

LA DECISIÓN JUDICIAL EN EL PROCESO LABORAL. GÉNESIS, PARTICULARIDADES Y MITOS (*)

por

Dr. Luis Meliante Garcé (**)

“...El investigador científico busca la verdad descubriendo hechos nuevos. El Juez es, también, un investigador: busca la verdad. El primero tratará de buscar normas de carácter general y el segundo resolverá el caso particular y concreto. El primero estará sometido a leyes físicas o naturales; el segundo actuará bajo el imperio de la legislación positiva. Pero ambos trabajan buscando la verdad que, al fin y al cabo, juzgar es descubrir la verdad en la vida y en la ley...” (1)

I. INTRODUCCIÓN

Parece indiscutible que el camino hacia la madurez de la Ciencia Jurídica toda, así como la de cualquiera de sus ramas, requiera necesariamente del relacionamiento interdisciplinario.

Que el Derecho Laboral, rama autónoma y todavía joven de la Ciencia Jurídica, que ha marcado su independencia y particularidad entre otras cosas, a través de la puesta en evidencia del valor y trascendencia social de sus propios contenidos, transite por estos caminos, merece la aprobación indiscutible de la comunidad científica que integramos.

Sin perjuicio de ello, no es común, o lo es poco, que una disciplina con tal requerimiento científico y social, vuelva su mirada hacia la Filosofía del Derecho, que en general, bajo la impronta de la urgencia pragmática, es percibida normalmente por las ramas actuales de la Ciencia Jurídica –salvo contadas excepciones– con lejanía.

(*) El presente trabajo fue presentado originalmente, –salvo escasas modificaciones en su contenido y correcciones de sintaxis.– como una ponencia en las “Jornadas de Derecho Laboral y Filosofía del Derecho”, celebradas en la Regional Norte, Salto, en el mes de Mayo del año 2003. A mi juicio, la vigencia y el interés del tema propuesto por los organizadores del evento, así como la circunstancia de encontrarme convencido de que la pertinencia de la opinión vertida constituye un punto de partida válido para una posible reflexión de mayor altura, justificarían aquí, su divulgación.

(**) Prof. Adj. Gdo. III. Filosofía del Derecho. Facultad de Derecho. Universidad de la República.

(1) Gamarra, Francisco. La vocación judicial. Edición especial dispuesta por la Suprema Corte de Justicia en homenaje al Dr. Francisco Gamarra. 1987. pp. 8.

Suele ocurrir muchas veces que el Jurista, pierde de vista que la necesidad constante de examinar la realidad que circunda el espacio socio-cultural ocupado por los centros o sistemas normativos, es primero y ante todo, una tarea reflexiva, que en esencia se constituye como una actividad filosofante.

Por eso, llevar a la realidad este esfuerzo común, es sin duda el mejor de los caminos.

Por ello también, doble halago y doble aprobación, pues.

En la entrega que sigue, se analizará puntualmente el tema de la decisión jurisdiccional en la materia laboral, vinculado a la posición que asume el Magistrado al momento de elaborarla.

Precisamente, como decía Ossorio, la decisión de un Juez resuelve en primer lugar el caso de los litigantes, pero también alumbró y guía la conducta de muchos hombres que no pleitean.

Pero también, como decía bien Couture, en su aspecto externo, como actividad humana, en nada difieren la sentencia justa de la que no lo es.

Una decisión judicial, además de ser un acto volitivo dictado por quien se encuentra debidamente legitimado para ello, es ante todo, un hecho histórico, que compromete su historicidad a través de la irrupción que hace en la realidad, y en donde a través de determinados mecanismos pautados por el Derecho, suele modificarla: se modifica la realidad personal, la realidad patrimonial, en suma, la circunstancia del hombre, aún muchas veces, en contra de la voluntad de quien lo padece. Es entonces, también una manifestación del Poder jurídico del Estado.

Tales trascendencias, colocan al Jurista en la más profunda necesidad de una reflexión válida que intente aproximar respuestas posibles, por lo menos para algunas de estas cuestiones.

Si el Derecho Laboral, tiene entre sus principios, uno de tal trascendencia y magnitud como el denominado "principio protector", y cuenta entre su acervo de normas procesales, con un conjunto de éstas, que le hacen marcar distancia de casi la totalidad del resto de las ramas del Derecho, debe entrar bajo el tamiz de la sospecha.

Que el Derecho Laboral, vuelva su mirada en torno, -que no es otra cosa que volverla hacia la realidad circundante, histórica por naturaleza-, y enfoque esa mirada hacia la decisión del Juez, es un acto de autocrítica profunda.

Finalmente, cabe decir, que el análisis que se pone a consideración, fue realizado mediante la exposición de dos posibilidades teóricas, calificadas por los modelos que proponen dos tendencias opuestas desde su punto de partida. Una, la del jusnaturalismo contemporáneo, de corte romanista historicista, influenciado por las modernas concepciones del realismo aristotélico. La otra, la del realismo contemporáneo, de corte empirista y antimetafísico.

Paradójicamente, como se verá, se llega a través de ambas, a conclusiones similares.

II LAS POSIBILIDADES DE LA DIALÉCTICA COMO BASE DE LA DECISIÓN JUDICIAL. LA CONCEPCIÓN DEL MODERNO REALISMO ARISTOTÉLICO EN LA VERSIÓN CONTEMPORÁNEA DEL JUSNATURALISMO ROMANISTA-HISTORICISTA

Para el pensamiento jusnaturalista romanista-historicista que representa una parte de la visión jusfilosófica del moderno realismo de cuño aristotélico (*) que ha visto con marcado escepticismo la evolución contemporánea de la Ciencia Jurídica, contaminada por un exceso de normativismo y dogmatismo (2) y que promociona con aristas bien definidas el viejo y polivalente concepto de “*naturaleza de las cosas*”, se postula que la “*dialéctica*, entendida a la manera del maestro griego, es el punto de partida y finalmente se convertirá, en el centro neurálgico en que debe basarse la decisión judicial en el caso concreto.

Veamos entonces pues antes, en este sentido, que es *naturaleza de las cosas* y que cosa significa *dialéctica*, para que se le haya adjudicado el privilegiado papel de configurar la base misma, de toda decisión judicial.

El llamado principio de la “*naturaleza de las cosas*” (3), mutado bajo distintos ropajes, fue y es aún hoy, en la vida política y jurídica de muchas naciones de Occidente, el principio pragmático, de utilidad diversa, componedor y siempre de alcance difuso, que orientó mucho aunque no siempre, y sirvió poco aunque a veces mucho, para intentar corregir o acaso justificar los tropiezos –y muchos desbordes– de las “palabras de la ley” así como de sus posibilidades pragmáticas.

La utilización hábil del principio y sus derivas, sus tonos naturales bien marcados, y las síncopas que transcurrieron desde el primigenio Aristóteles y la lucidez de la Roma antigua, pasando por el pensamiento del medioevo al iluminismo y los teóricos del derecho natural moderno y el historicismo, y de ahí con saltos insospechados hasta el presente: concluyen en una oferta que suele provocar –aún hoy– tentaciones y adopciones (4).

Como se sabe, Aristóteles nos descubre la *naturaleza* como abarcadora de todas las realidades primeras y de sus seres singulares, pero la naturaleza está además compuesta de esencias generales y complejas, como integrando un orden pleno de configuraciones; y cuya *dialéctica* interior se origina, confronta, y neutraliza a la vez, en las nociones de “*acto y potencia*” (de la semilla a la eclosión de la planta). Surge allí también la finalidad para la cual los seres se ordenan, ya desde la mera expectativa nutricia, ya hasta la consecución –por lo menos ideal– de fines y valores.

(*) Para comodidad del lector, de aquí en adelante la referida corriente será denominada como “j.r.h”.

(2) Villey, Michel. Método, Fuentes y Lenguaje Jurídicos, Ghersi Editores. Buenos Aires. 1976. Castro, Alicia. Meliante, Luis: Una visión dialéctica del Derecho: Michel Villey, en. “Hermenéutica y Racionalidad.” Montevideo. F.C.U. 1994.

(3) Debe aclararse que en mi opinión, el concepto de “*naturaleza de las cosas*”, –tal como ha venido siendo expuesto hasta nuestros días, es un “principio” que ha sido tenido en cuenta por la teoría jurídica y política de Occidente y que tiene sus raíces argumentales más refinadas, en la genialidad aristotélica y en su repetición místico cristiana, a través de Santo Tomás de Aquino. Puede decirse también, incluso, que conforma el punto de partida hábil, para ser el asiento de una metodología para la interpretación de la realidad juridico-política, y de hecho así ha operado –y opera aún– muchas veces.

(4) Similar concepto se expone en: Meliante, Luis: “Poder Derecho y Sociedad en el S. XXI. La alternativa de la Justicia”, ponencia para las Jornadas Uruguayo-Santafesinas. 2ª. Etapa. Mayo de 2003. Hoy editada en archivos CADE, como edición especial de las ponencias presentadas en dicha Jornada.

La noción de “cosa”, por su parte, comprenderá todas las integridades que forman parte de la naturaleza, pero además se presentará móvil y cambiante, y en un sentido amplio, todas las cosas, incluso las creaciones del hombre, son parte de la naturaleza.

El *realismo aristotélico contemporáneo* entonces, en su visión j.r.h., postula volver nuevamente a este concepto de *naturaleza de las cosas* que imperó entre los Juristas por lo menos hasta el S XIV, y encuentra su explicación –como se vio– en los sistemas de Aristóteles y luego en su repetición místico-cristiana de la mano de Santo Tomás de Aquino.

Es en definitiva, una vuelta al Derecho Natural Clásico, rechazando la concepción del jusnaturalismo Moderno que impera desde el S XVI en adelante y que tiene su cúspide en el kantismo, y para cuya concepción el Derecho no resulta ser ya el producto de la naturaleza, sino de la razón o la voluntad o acaso del espíritu.

La diferencia crucial está, en que para la visión clásica, la *naturaleza* alcanza a tener el valor de *fuerza del derecho*, en la visión del iusnaturalismo moderno, no. El legislador moderno, nunca elabora sus leyes precediendo su tarea con la observación de la naturaleza.

Según la primigenia visión del realismo aristotélico, y en una idea filosófica que precedió a las mejoras formas del Derecho Romano clásico: observando la naturaleza, las organizaciones políticas, económicas y familiares, se pueden descubrir relaciones sociales armoniosas, es decir, *lo justo*. Por eso es necesario confiar en los juristas, como la clase de expertos, de prudentes (jurisprudentes), como aquellas personas cuya autonomía de juicio, permite extraer de la naturaleza las normas que ella abriga (5).

Por su parte, la *dialéctica* en la concepción de Aristóteles, consistía como la *retórica*, en un método universal, aplicable al estudio de las cosas, verdaderas, reales, concretas, creadas por el hombre o no, en cuanto ellas tengan de mutables y contingentes.

No parte como la ciencia (*episteme*) de axiomas o definiciones ciertas, sino de opiniones probables, verosímiles, que por ser múltiples y contradictorias, deben ser confrontadas. La *dialéctica*, parte de lo probable, y sus conclusiones permanecerán también en el plano de lo probable, verosímil y por ende contingente.

La dialéctica, se opondrá así, a la *erística*, a la *sofística* y a la pura *retórica*.

En la herencia sostenida con énfasis en la visión del realismo aristotélico, en su concepción j.r.h contemporánea, decir *dialéctica* es decir en primer término, *discurso*, y por lo tanto colocarse en el ámbito de lo probable. Para alcanzar su pleno significado habrán de rastrear sus pasos no sólo en Aristóteles, sino en la Summa Teológica de Santo Tomás de Aquino y en la Escolástica Española (Vitoria, Molina, Vázquez), así como en las ideas que estos recogieron de Scotto y Occam.

Se llegará así a comprender, que este *arte-método de la dialéctica* que parte de premisas *plausibles o probables* y caracterizado por la probabilidad, contingencia y verosimilitud de sus soluciones, se encuentra en el corazón de la experiencia que caracteriza al Derecho.

(5) Cfr. Castro, A.; Meliante, L.: en *ibid* pp. 73.

Dentro de la concepción que hemos venido desarrollando, el Derecho se identifica así con las *soluciones del caso concreto, verosímiles y contingentes*, que deben ser encontradas despaciosamente y mediante la confrontación de argumentaciones opuestas. Es la mejor y buena solución jurídica, que debe ser buscada caso a caso, y adaptarse a cada situación.

Las reglas – normas legales o incluso conclusiones doctrinales- deben sólo servir de guías, porque cada solución debe adaptarse a cada caso, esto es, adaptarse a la *naturaleza de la causa*, (como decían los juristas romanos), que no es sino decir a la *naturaleza de las cosas*.

La búsqueda del derecho, como solución adaptada al caso, se hará en forma colectiva entre los litigantes, será una *obra polifónica* (6).

Hay una lógica interna que caracteriza esta búsqueda polifónica, y estará dada por el arte de conducir ordenadamente esa investigación.

Mediante la controversia argumentativa de las partes que nace de premisas plausibles sostenidas por cada litigante y con la conducción del Magistrado, se avanzará por tanteos hacia la solución definitiva, puesto que la solución, no saldrá de la norma, que sólo da pautas, sino de la *naturaleza del caso* (causa-cosa).

O de otro modo. Si mediante la exposición, dialogal y retórica, cada parte plantea sus argumentos, el Magistrado *inventará* (en el sentido de *ars-inveniendi, in-venire*, venir dentro de), la solución, que se alcanzará *dialécticamente*, como una solución probable, verosímil, adaptada a la naturaleza del caso (causa-cosa). Para ello será necesario, finalmente, una real y sincera búsqueda de la verdad por todos los involucrados -el Juez, las partes y sus Abogados, el Ministerio Público- y una necesaria adecuación del discurso dirigido a esa búsqueda.

La dialéctica, se encuentra así según una de las tesis mas fuertes de esta concepción, en el corazón de la decisión judicial.

III. LA DECISIÓN JUDICIAL EN EL ÁMBITO DEL REALISMO CONTEMPORÁNEO. NATURALEZA Y CARACTERES. EL RAZONAMIENTO JUDICIAL

Las concepciones *realistas* contemporáneas (7), de las que, con una mirada crítica y en términos generales participo, perciben la actividad del Juez al momento de tomar una decisión para el caso concreto, como una cuestión esencialmente práctica (8).

(6) Cfr. *ibid.* pp. 79.

(7) En este caso, el término *realismo*, debe entenderse fundamentalmente, como la exposición de una postura antimetafísica en torno al derecho, acorde con principios empiristas de arraigo en la ciencia contemporánea y sus confluencias epistemológicas, preponderantemente en el ámbito de las ciencias sociales. Una ciencia jurídica *realista* es, para decirlo en pocas palabras, una rama de las ciencias sociales

(8) Cfr.: Olivecrona, Karl. *El Derecho como hecho*. La Estructura del ordenamiento jurídico. Editorial Labor. Barcelona. 1980. Ross, Alf. "Sobre el Derecho y la Justicia". Eudeba. Buenos Aires. 1997. Olivecrona, K. *La realtà del diritto*. Antologia di scritti da cura de Silvana Castignone, Carla Faralli e Mariangela Ripolli. G. Giappichelli Editore. Torino. Italia. 2000

No obstante, no por sabido conviene dejar de precisar, que el realismo percibe al derecho, en términos generales como un *hecho social*, que debe ser estudiado en base a la lógica interna que caracteriza a la ciencias empíricas modernas. La Ciencia Jurídica, asumiendo una actitud antimetafísica será así vista como una Ciencia Social o acaso una rama de ellas.

Dentro de tal cuadro de análisis, el aspecto más relevante que caracteriza a la experiencia del Derecho, es que la observancia del mismo está condicionada por el uso regular y sistemático – real o latente – de la fuerza, por parte de los órganos del Estado.

De tal manera entonces, no es posible concebir una sociedad organizada bajo la forma de un “Estado de Derecho” sin que, precisamente, el Derecho sea aplicado por los órganos del Estado legitimados para ello. En puridad los órganos legitimados son todos aquellos constitucional o legalmente, creados o constituidos; los que –aunque no lo hagan correctamente– aplican siempre, de alguna manera, el sistema de normas al que llamamos Derecho del Estado (9).

Sin embargo, en la experiencia jurídica, toman especial significado por su relevancia, los órganos del Estado llamados Tribunales que, en sentido restringido (10), están conformados por aquellos órganos de uno de los Poderes del Estado, organizados jerárquicamente que tienen los cometidos y funciones asignadas por la Constitución de la República y la Ley, y entre ellas la posibilidad, con el auxilio de la fuerza, de hacer cumplir sus decisiones también, de acuerdo a la Ley.

Entonces pues, en la experiencia jurídica, la aplicación del sistema de normas por partes de los Tribunales, llamado “Derecho del Estado”, supone el uso regular –real o latente– de la fuerza. Esto es así para cualquier tipo de sistema o subsistema normativo real, vigente o efectivamente aplicado en una sociedad determinada, llámese Derecho Civil, Penal, Laboral, Administrativo, etc.

Este aspecto, –que puede rechinar en una aproximación al tema prejuiciosa o ligera, constituido por el recurso constante a la posibilidad real o latente del uso de la fuerza–, es necesario para mantener el respeto y acatamiento de las normas, siendo la fuerza, el ejercicio de la coacción por parte de los Tribunales para hacer cumplir sus mandatos, de acuerdo a la Ley. Sin perjuicio existen también algunos ámbitos del Derecho, como por ejemplo en el Derecho Penal, en donde la fuerza también es utilizada por parte de los órganos administrativos policiales, en lo que se conoce como la faz preventivo-represiva de la actividad delictiva.

Cabría también asimilar a tal hipótesis, de alguna manera, y con las relatividades del caso, la función que desempeña el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social a través de sus dependencias, al haberle conferido la Ley, la función de ejercitar la prevención del conflicto judicial laboral, a través de la audiencia conciliatoria administrativa, en donde incluso, se faculta al organismo a la aplicación de sanciones económicas en caso de la inasistencia reiterada de las empresas patronales citadas en esa vía.

(9) Similares conceptos se exponen en op. cit. nota (4), *supra*.

(10) Sobre el concepto amplio de Tribunal, Cfr. Ross, *Alf. ob cit.* pp. 62, especialmente nota. 6, y para un posición intermedia, Cfr. Meliante, Luis. *Semiótica y Derecho Penal. Aproximación interdisciplinaria y vinculación con la práctica.* pp 17, Carlos Alvarez Editor. Montevideo, 2003.

Cabe consignar, que para el *realismo* el uso real o latente de la fuerza, no es la única razón que determina el acatamiento de las normas, o si se quiere mejor, la observancia de los mandatos que contienen las normas. Es necesaria también y concomitantemente, la necesidad que exista en los soportes de los órganos legitimados para aplicar el derecho del Estado, una verdadera *convicción* tendiente a su acatamiento, así como también una necesaria *proclividad*, también a su acatamiento, por parte de la mayoría de los miembros del conjunto social.

Ello supone, como es fácil inferir, un conjunto de aptitudes y actitudes, en distinto grado, y adquiridas en base a pautas culturales, valores educativos específicos, y adecuada formación ética, todos socialmente internalizados.

Finalmente, cabe especificar, que el uso real o latente de la fuerza, y dentro de una sociedad constituida democráticamente, se encuentra limitado siempre por el Derecho, lo que se logra –incuestionablemente– con la existencia y actuación de un Poder Judicial verdaderamente independiente (11), esto es, aquel que además de gozar de las prerrogativas –económicas y funcionales– de un verdadero Poder del Estado, encuentre en sus Magistrados –fundamentalmente– y funcionarios de cualquier nivel, la posibilidad ética de conculcar cualquier interferencia de los centros de poder organizados en el ámbito social, llámese poder político, económico, etc.

Como se dijera más arriba, dentro de este esquema de interpretación, la cuestión de la decisión judicial, es percibida como, precisamente, una cuestión esencialmente práctica.

El Juez habrá de decidir finalmente, si en última instancia a los efectos de hacer cumplir el mandato que contiene su decisión, deberá emplear la fuerza a través de los mecanismos legales inherentes.

Para tal cuestión habrá recorrido un itinerario en el que se habrán conjugado la intersección de distintos elementos: el conocimiento de los hechos, el planteo argumental de las partes, el conocimiento del sistema normativo general y del subsistema específico, etc.

En la lógica que caracterizó a la primitiva teoría de la decisión judicial, de naturaleza mecanicista –positivista, centro del conocido modelo *reductivista* (12) el Magistrado fue visto como un mero aplicador ciego –quizás también mudo– de la ley, concebida como la voluntad del legislador. Un juez entonces autómatas, pleno de acatamiento a esa voluntad ajena, y a quien se negaba la posibilidad de interpretar.

Hoy esta cuestión está fuera de toda discusión, por más que resurjan rebrotes teóricos de corte exegetico, a ultranza. *La interpretación de la ley, es una actividad no sólo connatural a la propia génesis de la decisión jurisdiccional, sino que necesaria e incuestionable.*

La interpretación es así, parte del razonamiento judicial, cuestión que analizaremos brevemente enseguida.

(11) Cfr.: Olivecrona, Karl. "El Derecho como hecho...", ob. cit. pp. 259.

(12) Cfr. Ross, A. Ob. cit. pp. 173.

En efecto, como dice Edward H. Levi (13), : “*En un sentido importante las reglas jurídicas no son nunca claras, y si una regla tuviese que ser clara antes de que pudiera aplicársela, no podría haber sociedad...*”.

El razonamiento judicial, no puede consistir exclusivamente en la aplicación de reglas conocidas a hechos diferentes. Por lo demás, existen también casos en que no hay normas que regulen situaciones específicas, o las existentes resultan insuficientes. Precisamente es en estas situaciones en donde la tarea hermenéutica del Juez asume un protagonismo evidente. En tal caso es imperioso que el Juez establezca o determine un conjunto de semejanzas o diferencias entre los casos. De tal manera es necesario sostener que un sistema jurídico eficiente o práctico tiene que estar dispuesto a escoger semejanzas claves y a elaborar razonadamente a partir de ellas, la aplicación de una justa clasificación común (14).

Finalmente, queda evidenciado que es estéril a esta altura del proceso de conformación de la Ciencia Jurídica, sostener que el Derecho se halla expresado en un conjunto de reglas jurídicas cierto e inmutable o, por el contrario, que es incierto y cambiante y consiste fundamentalmente en una operación técnica que encabeza el Juez para decidir casos concretos.

El derecho es, como se ve, una cosa y la otra.

Y bien. Retomando la idea que se venía esbozando en torno a la naturaleza de la decisión judicial, conviene aclarar algunos aspectos.

En primer lugar, la decisión judicial es un *itinere*, un *proceso*, que tiene la doble calidad de ser por un lado *cognoscitivo* y por otro *interpretativo* y cuya culminación es un *acto volitivo del Tribunal*, expresado bajo la formulación lingüística de una *directiva*.

La interpretación, precisamente, no es meramente un acto que se limite a desentrañar lingüísticamente los enunciados de la ley. Es un acto complejo, racional, hermenéutico, caracterizado, no sólo por la lingüisticidad, sino además por su contextualidad y generalidad y su historicidad. Cualquier posibilidad, que privilegie tan sólo uno de estos elementos, es insuficiente.

La irrupción y naturaleza histórica no sólo de los hechos y actos que deben ser interpretados, conectados en su contextualidad, no es menos propiamente histórica, que la decisión misma con la que culmina el proceso (15).

Y, precisamente, dentro de la contextualidad, aparece en forma privilegiada por su protagonismo, la condición humana del Juez.

Tal cuestión, implica también distintas prevenciones.

No basta con sostener que el Juez, es un ser humano, calificado por su función, que tratará con objetividad el hecho con irrupción histórica que requiere su decisión.

(13) Cfr. Levi, Edward H. Introducción al razonamiento jurídico. Buenos Aires. Eudeba. 1964. pp. 9.

(14) Cfr. Ibid. pp. 11 y ss.

(15) Cfr. Meliante. L. ob. Cit. pp. 20.

El Juez es como dice Ross (16), : "...un ser humano que presta cuidadosa atención a su tarea social tomando decisiones que siente como "correctas", de acuerdo con el espíritu de la tradición jurídica y cultural..."

De tal manera es así, que precisamente esa tradición jurídica y cultural, compuesta por un conjunto de ideales, valores, standards y actitudes y que el realismo denomina *conciencia jurídica material*, convive en el Juez con aquella *convicción* de respeto y acatamiento a la ley, imprescindible en todo Magistrado, a que aludíamos líneas arriba y que el *realismo* denomina también, *conciencia jurídica formal*.

Es decir, que la *decisión judicial*, será finalmente, el resultado de la convergencia de estos dos factores.

Si uno de ellos no existe, está debilitado, o incluso no tiene la potencia para hacer un adecuado balance con el otro, la decisión asume una "*calificación de riesgo*" (17), que despertará, sin duda, prevenciones de todo tipo.

El Juez, finalmente, puede aprobar o disentir con la norma que debe aplicar; puede también tener reacciones emocionales, en fin, puede estar invadido de todas las interferencias posibles que caracterizan a la compleja naturaleza humana, por lo que más allá de la necesaria calificación y selección de quienes asumirán la función jurisdiccional, – aspecto éste en el que insisten muchos autores que participan de la concepción realista (18)-- la cuestión crucial para la emisión del acto volitivo, lingüístico, directivo, histórico y contextual que conforma la decisión judicial es, descartando posibles patologías, una adecuada convergencia y balance entre la *conciencia jurídica formal* y la *conciencia jurídica material*.

IV. EL DERECHO LABORAL Y LA DECISIÓN JUDICIAL. LAS COSAS POR SU NOMBRE

El Derecho Laboral, es un Derecho especial y autónomo, en la medida que ha demostrado poseer un dominio vasto, un conjunto de principios y conceptos generales diferentes a los de otras ramas del Derecho que con él coexisten en el sistema general del Derecho de un Estado, y tener, además metodologías propias, o por lo menos algunas de ellas compartidas con otros subsistemas del Derecho. Ha ganado su privilegiado protagonismo a fuerza de una lucha intelectual, científica, de largo aliento, y que ha roto al fin y al cabo, con todos los dogmatismos posibles.

Conforma hoy como se dijo, con la perspicacia de la mirada sistémica, un subsistema dentro del sistema general del Derecho vigente en un Estado contemporáneo, categorías que se aplican de tal modo, al Estado Uruguayo, y al conjunto normativo sistemático que regula las particularidades de la relación de trabajo dependiente y sus derivaciones jurídicas y socio-económicas, vigente en la República Oriental del Uruguay.

(16) Cfr. Ross, A. Ob cit pp. 174.

(17) La terminología utilizada: "calificación de riesgo", puede que no sea muy feliz, habida cuenta de las reminiscencias que puede traer en relación a la realidad socio-económica de nuestro país. Pero así son las cosas.

(18) Cfr. Olivecrona, K. El derecho como hecho..., ob. cit. pp. 201.

La especialidad del Derecho Laboral, a mi juicio, en lo que dice relación con el tema elegido para este debate, toma relevancia en lo sustantivo, a través de la ponderación de uno de los contenidos que nutren a dicha especialidad, concretamente en relación a la difusión teórico-práctica del denominado "*principio protector*".

Según establece prestigiosa doctrina, este principio está ligado con la propia razón de ser del derecho del trabajo.

En efecto, como dice Plá, no se pudo mantener más la ficción de una igualdad existente entre las partes del contrato de trabajo y se tendió a compensar al trabajador con una protección jurídica favorable al mismo, la parte débil del contrato, los hiposuficientes en la ya clásica terminología de Cesarino Junior.- (19).

Siguiendo esta línea de pensamiento, corresponde precisar cual es el alcance del mencionado principio, a saber (20):

1.- No constituye un método especial de interpretación, sino un principio general que inspira todas las normas del derecho del trabajo y que debe ser tenido en cuenta en su aplicación.

2.- Existe una peligrosidad connatural, ante una mala o inadecuada aplicación del mismo, por el evidente riesgo de que conspire contra la seguridad jurídica.

3.- Corresponde su aplicación en todas las etapas del derecho del trabajo.

Finalmente, cabe consignar, que ha sido recogido legislativamente en el Derecho positivo vigente del Estado Uruguayo, a partir de su consagración constitucional en el art. 53 de la Constitución de la República y leyes especiales.

Por otro lado, sin perjuicio de lo expuesto en forma precedente, y desde el punto de vista adjetivo, "*... la especialidad de los intereses en juego, llamó la atención del legislador... en el entendido de que en dichos casos no podía dejarse en manos de las partes el aporte probatorio ...*"(21), por lo que se ampliaron sustancialmente los poderes del Juez en tal sentido.

De tal manera, primero en la legislación especial (D. Ley 14.188 y D. Ley 14.848), para luego culminar en las disposiciones consabidas del Código General del Proceso, y cuya "excursión legislativa" – según la feliz expresión de Stipanivic-Valentín (22), tiene su cúspide en el art. 350.5 de dicho cuerpo normativo, que confiere al Magistrado de la materia Laboral, "*... todos los poderes de instrucción que la ley acuerda a los Tribunales del orden penal en el sumario del proceso penal, sin perjuicio del respeto al principio de contradicción y a los propios del debido proceso legal...*"

Y, así las cosas, más allá o más acá de las distintas interpretaciones posibles de tales normas específicas, todo parece indicar que, conforme he venido diciendo podría llegar a

(19) Plá, Américo. "Los principios del Derecho del Trabajo", Montevideo, M.B.A. 1975, pp. 32

(20) Cfr. Plá, A. Ibid., pp. 40 y ss.

(21) Cfr.: Stipanivic, E. y Valentín, G.: Proceso Laboral, Montevideo, "Del Foro", 1999, pp. 157.-

(22) Cfr.: Stipanivic-Valentín, ob. cit. pp. 159.

pensarse, que desde el origen mismo del “itinerario” o “proceso” de la decisión judicial, atinente a un conflicto planteado a nivel jurisdiccional, conforme a las normas y principios relativos al subsistema de Derecho del Trabajo vigente en el Estado uruguayo, (v. *supra* N° II), tal decisión podría estar contaminada, inficionada, de alguna manera, por un nivel de prevenciones y preconceptos que provienen del propio subsistema, y que revelarían de un punto de vista pragmático, la **no neutralidad** del Magistrado llamado a decidirlo.

Pero veamos. Las cosas por su nombre.

Imparcial, según refiere el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española (23), es en su primera acepción, “... *que juzga o procede con imparcialidad... Juez imparcial...*” A su vez, **imparcialidad**, es según la misma fuente, la: “...*Falta de designio anticipado o de prevención en favor o en contra de personas o cosas, que permite juzgar o proceder con rectitud...*”

Por su parte, **neutral**, en su primera acepción, refiere a: “... *Que no es de uno ni de otro, que entre dos partes que contienden, permanece sin inclinarse a ninguna de ellas. Dicese de personas y cosas...*” (24).

Recuerdo con imborrable cariño, las enseñanzas del Dr. Hugo Malherbe, quien fuera Maestro de todos los actuales Profesores de la Cátedra de Filosofía del Derecho, y que solía referir que como Juez, se había encontrado más de una vez en el ejercicio de su magisterio, con abogados que pretendían interpretar las normas jurídicas sólo a través del exclusivo significado de las palabras que extraían del Diccionario, advirtiendo lo erróneo de tal práctica, si se pretendía hacerla aparecer como un método válido de interpretación, casi como la aplicación degradada de una metodología semiótica aplicada al derecho.

Pero bien, esta vez, acudir al diccionario – a mi juicio - se justifica, en la medida que el juego de palabras convocadas como punto de partida del tema en examen, es lingüísticamente riesgoso.

En efecto, si se atiende a un precario abordaje semántico, en última instancia, ambos términos pueden desembocar en la misma conducta. Porque **imparcial** es el Juez que actúa como tal *con falta de designio anticipado, o de prevención en favor o en contra de personas, lo que le permite juzgar con rectitud; y neutral*, será el Juez, *que no es de uno ni de otro, que entre dos partes que contienden permanece sin inclinarse a ninguna de ellas.*

Valga la diferencia, que es tan sutil, que sólo cabe decir que el buen Juez, es aquel que es **imparcial** porque no tiene designios contra ninguna de las partes, pero que también es **neutral**, porque entre las dos partes que contienden, permanece durante el proceso, sin inclinarse a ninguna de ellas, excepto, claro está.... al momento de tomar su decisión final, en que necesariamente esa neutralidad, termina.

Pero, de acuerdo a lo que viene de decirse, aquella irrupción del llamado “principio protector”, dentro del plano más elevado del Derecho del trabajo, en lo sustantivo, y aquella

(23) Cfr. Diccionario de la Lengua Española. Real Academia Española. 21ª. Ed. Espasa Calpe. España. 1994, pp. 1144.-

(24) Cfr. Ibid. pp. 1438.

otra irrupción tuitiva de la norma procesal adjetiva en el área probatoria, han hecho pensar con justeza, que la *neutralidad* podía haber acabado desde el momento mismo del comienzo del "itinerario" o proceso decisional.

No obstante, creo, que lo correcto hubiera sido pensar, que lo que podría haberse acabado o verse degradado, podría ser precisamente la "*imparcialidad*" del Juez, en tanto esta imparcialidad podría estar contaminada, precisamente, por los preconceitos o designios, que inficionan desde el origen la toma de decisión, a cuenta de la irrupción indiscriminada y no controlada del principio protector en el Derecho de fondo y por ende en el propio proceso, o también a través del uso riesgoso del derecho procesal especial en materia probatoria, según acaba de verse.

No obstante, pienso que a través de todo lo expuesto en los apartados precedentes (vide *retro* Nos. I y II), en la forma de dos modelos teóricos contemporáneos, arraigados y posibles, y que informan dos visiones contrapuestas de abordar la experiencia decisional de un conflicto sometido a jurisdicción: uno de ellos hábil, jugado a la dialéctica como arte-método de conducir la averiguación de la verdad y sin pretensiones de rigurosidad; el otro partiendo de la experiencia, de la praxis y considerando que el problema de la toma de decisión judicial es una cuestión práctico-funcional, histórico-social, como lo es el derecho todo; puede paradójicamente, llegarse a conclusiones similares.

En el primer sentido, en el modelo planteado por la corriente contemporánea j.r.h, afín a las modernas posturas del realismo aristotélico, dentro de la actividad jurisdiccional atinente al caso concreto, el ápice que conforma el momento histórico dentro del proceso que constituye el "itinerario" donde se comienza a gestar la decisión, es como ya dijera, una actividad "polifónica", colectiva, un juego de compañeros. En esta actividad colectiva, los recursos retóricos argumentales elaborados por las partes y sus abogados, muestran tan sólo un aspecto de la "causa" (cosa). Se irá por tanteo, reconstruyendo la verdad, con la hábil disposición dialéctica del Juez, director de esa indagación polifónica, en donde lo que las partes digan es solo una muestra acotada y parcial de la verdad. No obstante, entre todos se contribuirá a la buena solución, mediante la habilidad dialéctica del Magistrado, y la contribución que propicie la propia naturaleza de la causa (cosa). La solución, no es la verdad absoluta. Es sólo contingente, verosímil. Es la buena solución que sugiere la naturaleza de las cosas (causa).

La imparcialidad del Juez y acaso su neutralidad, en este caso, - y salvo aspectos que conformen lo que podría denominarse alguna "patología del decisor" (25) - están garantizadas, porque la averiguación de la verdad, como se dijo, es una obra colectiva, un juego de contrapesos polifónico, que, como la armonía culminante de una sinfonía, no se alcanza sin todo el conjunto instrumental.

Desde la otra perspectiva teórica, es decir, desde los principales núcleos teóricos de las "modernas concepciones realistas", como se ha venido diciendo insistentemente, la cuestión de la decisión judicial es eminentemente práctica, pero también es, como en la visión teórica que se sitúa en las antípodas de ésta, un proceso, un "itinerario", con irrupción histórica, pero también volitiva, lingüística, directiva y contextual.

(25) El cuerpo, la mente, y el sentimiento moral del ser humano, pueden estar contaminados, como todas las cosas de la naturaleza.

Precisamente a través del concepto de contextualidad, es donde toma relevancia la figura del Magistrado.- sujeto preeminente en este acto complejo de características múltiples,- junto con la necesidad de que su decisión, se encuentre garantizada por la imparcialidad de su accionar, y acaso también por su neutralidad, según se viera en líneas precedentes y partiendo – como se hizo – de la confluencia semántica riesgosa de ambos términos.

En este ámbito, es necesario decir que dentro de este contexto teórico, la decisión jurisdiccional.- y salvo incidencias patológicas a que aludíamos *supra*,- también está garantizada respecto a su posible contaminación a través de prevenciones o preconcepciones que provengan desde el subsistema normativo específico, o incluso desde el sistema normativo general, por la incidencia equilibrada, de lo que hemos denominado, *la conciencia jurídica formal y la conciencia jurídica material*, imprescindibles y necesarias en todo Magistrado. La decisión final, está garantizada por el efecto combinado –como dice Ross– por la interpretación cognoscitiva de la ley y la actitud valorativa de la conciencia jurídica (26). Esto no quiere decir, por supuesto, que el Juez en una suerte de estímulo consciente y predeterminado, “active” la confluencia de estos dos factores. Lo común es, que en un Magistrado adecuadamente formado –en todos los aspectos posibles– la confluencia se dé en forma inconsciente.

Finalmente, y ya culminando, no debe perderse de vista, que la conformación, la creación del acto decisorial jurisdiccional, es también, de alguna manera, un acto de *comprensión* (27) con las características propias que le adjudica a éste Georg Gadamer, entendiendo el *comprender* como un *ver en torno*, y que en su propia dinámica, asegura la ruptura de una consideración esquematizada de la unidad que se forma entre el sujeto y el objeto de la comprensión (Círculo hermenéutico).

Este ejercicio comprensivo, acaece no sólo en un espacio y un tiempo determinados, sino que también atiende a distintas circunstancias y posibilidades *comprensivas* de las cuales, el subsistema específico y el sistema general de normas de Derecho, conforman tan sólo una de estas posibilidades (Universalidad de la comprensión).

Pero, fundamentalmente, tal actividad, sería imposible, si no se efectúa dentro de un contexto o marco lingüístico de referencia (*Lingüisticidad*), que en el campo de la Ciencia Jurídica, y particularmente en este caso, en el marco del subsistema del Derecho Laboral, tiene particularidades que también refieren al propio funcionamiento de todo el sistema jurídico general del Estado, y donde se revela la influencia de un particular entramado “discursivo” que proviene de todos los protagonistas e involucrados en la causa, y aún también desde fuera de ella, y donde también, los “momentos de silencio”, tienen especial significación, e inciden incuestionablemente en la decisión.

No deben tenerse entonces tantas prevenciones frente al acto comprensivo del Juez que conformará la “decisión judicial”. Los modelos de análisis ensayados – creemos que se ha demostrado cabalmente – son autosuficientes, si se quiere autárquicos desde sus propios centros teóricos, como para prevenir contaminaciones indeseadas.

Mayo del año 2003.

(26) Cfr Ross, A. ob. cit. pp. 175.

(27) Cfr Meliante, L. ob. cit. pp. 22

