

# UNA APROXIMACIÓN METODOLÓGICA AL PROBLEMA DE LA EFICACIA DE LAS NORMAS LABORALES

Antonio Álvarez  
del Cuvillo<sup>1</sup>

PROFESOR CONTRATADO DOCTOR  
UNIVERSIDAD DE CÁDIZ

1. Introducción. 2. Un problema netamente jurídico que exige un giro metodológico. 2.1. Paradigmas y enunciados posibles en la investigación jurídica. 2.2. La eficacia de las normas como un problema netamente jurídico. 2.3. La eficacia de las normas laborales como un problema interdisciplinar. 3. Marco teórico para el análisis de la efectividad, eficacia y eficiencia de las normas laborales. 3.1. Los fines de la norma: el análisis funcional. 3.2. Los efectos de la norma: el análisis de la práctica jurídica. 3.3. Análisis de efectividad: los determinantes del cumplimiento de las normas laborales. 3.4. La racionalidad de la norma: eficacia, proporcionalidad y eficiencia. 4. Conclusiones.

II [...] Es en la práctica donde el hombre tiene que demostrar la verdad, es decir, la realidad y el poderío, la terrenalidad de su pensamiento. El litigio sobre la realidad o irrealidad de un pensamiento que se aísla de la práctica, es un problema puramente escolástico [...]  
MARX, K., *Tesis sobre Feuerbach*

## 1. INTRODUCCIÓN

Señala Bobbio que la reflexión sobre las normas jurídicas puede referirse a tres tipos distintos de valoraciones, que no tienen por qué coincidir necesariamente: la vigencia, la justicia y la eficacia<sup>2</sup>. La vigencia se refiere a la existencia de la norma misma en el campo del Derecho, la justicia a su conformidad con una serie de valores externos al ordenamiento jurídico y la eficacia a su influencia real sobre la sociedad a la que la norma se dirige. Este trabajo se centra en el tercer tipo de valoraciones. En los últimos tiempos, la preocupación por la eficacia de las normas laborales es muy frecuente por parte de la doctrina iuslaboralista española. Sin embargo, a mi juicio no se ha reflexionado suficientemente acerca de las exigencias metodológicas que plantea, en parte debido a que los trabajos de carácter epistemológico son escasos entre nosotros<sup>3</sup>.

La noción de eficacia de las normas está sometida a alguna imprecisión terminológica, de manera que es preciso aclarar con qué sentido se va a utilizar el término en

<sup>1</sup> Además de jurista, el autor es licenciado en Antropología Social y Cultural.

<sup>2</sup> BOBBIO, N., *Teoría general del Derecho*, Debate, Madrid, 1991 [1954 y 1956] pp. 33-40. CRUZ VILLALÓN, J. y RODRÍGUEZ-RAMOS VELASCO, P., "Técnicas normativas y efectividad...", *Op. Cit.*, 15-25.

<sup>3</sup> Con honrosas excepciones, como los ensayos de MONTROYA MELGAR, A., "Sobre el Derecho del Trabajo y su ciencia", *Civitas, Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 68, 1994; PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F., "Algunas reflexiones metodológicas sobre la investigación del iuslaboralista", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 68, 1994; RODRÍGUEZ DE LA BORBOLLA Y CAMOYÁN, J., "Algunas reflexiones sobre metodología de investigación en Derecho del Trabajo", *Temas Laborales*, nº 31, 1994. Mucho más usuales han sido los trabajos que han reflexionado globalmente sobre el objeto y el sentido del Derecho del Trabajo.

este trabajo. A menudo se distingue entre “efectividad”, “eficacia” y “eficiencia”<sup>4</sup>. La efectividad implica el reconocimiento y acatamiento de la norma por parte de los sujetos obligados a su cumplimiento; la eficacia, por su parte, alude a la consecución de las finalidades previstas por la norma, puesto que puede suceder que una norma se cumpla sin que se alcancen los objetivos que el legislador pretendía con su promulgación; por último, la eficiencia (palabra derivada del lenguaje económico) se refiere a la maximización de los resultados pretendidos por la norma al mínimo “coste”, es decir, con el mínimo sacrificio para otros bienes jurídicos valorados por el legislador. En ocasiones, los términos de “eficacia” y “efectividad” se consideran sinónimos o, curiosamente, se invierten los significados señalados anteriormente.

A los efectos de este trabajo voy a definir la “eficacia” como la *influencia real de las normas sobre el resto de la sociedad*; esta noción es amplia y abarca al mismo tiempo las nociones más estrictas de eficacia, efectividad y eficiencia en los términos señalados anteriormente. El núcleo del concepto está a mi juicio en el cumplimiento real de las funciones o propósitos de las normas estudiadas, si bien evidentemente la aplicación efectiva de las normas es un requisito previo de su eficacia que hay que tomar en consideración ineludiblemente dentro de este tipo de valoraciones. Por otra parte, no hay ningún obstáculo para que el análisis de la eficacia normativa abarque valoraciones más complejas de proporcionalidad o de eficiencia; la preocupación por el cumplimiento de los fines previstos por la norma no solo no excluye, sino que en muchos casos exige, el análisis crítico del modo en el que estos fines se pretenden cumplir para tomar en cuenta los costes o efectos secundarios de los medios utilizados.

Este trabajo se divide en dos partes. En la primera de ellas me propongo justificar la validez de esta línea de investigación en el marco de la Ciencia Jurídica, pero al mismo tiempo destacar la importancia de una cierta apertura interdisciplinaria. Además de este propósito retórico, intento plantear algunas pautas orientativas para la combinación de las perspectivas interna y externa del Derecho y para afrontar los problemas que esta interdisciplinaria acarrea. En la segunda parte procuro definir un marco teórico para este tipo de investigaciones, reflexionando sobre el análisis funcional del Derecho, la consideración de la práctica jurídica, los parámetros para el cumplimiento efectivo de las normas laborales y las valoraciones técnico-jurídicas de eficacia y proporcionalidad.

## 2. UN PROBLEMA NETAMENTE JURÍDICO QUE EXIGE UN GIRO METODOLÓGICO

### 2.1. PARADIGMAS Y ENUNCIADOS POSIBLES EN LA INVESTIGACIÓN JURÍDICA

Para muchos juristas puede resultar dudoso que la “eficacia de las normas laborales” constituya un problema válido del que tenga que ocuparse nuestra disciplina.

<sup>4</sup> CRUZ VILLALÓN, J. y RODRÍGUEZ-RAMOS VELASCO, P., *Op. Cit.*, pp. 15–25. Chameil–Desplats, V., *Op. Cit.*, p. 12–6.

La respuesta a esta cuestión dependerá del paradigma de investigación que guíe la indagación sobre el Derecho. Un paradigma es un esquema cognitivo básico acerca de un determinado campo de investigación, que determina cuáles son los problemas de investigación adecuados y los métodos válidos para resolver estos problemas<sup>5</sup>.

Simplificando mucho los términos podríamos decir que la Ciencia del Derecho se ha desarrollado fundamentalmente en el marco de tres grandes paradigmas: el *iusnaturalismo*, el *positivismo legalista* y el *realismo* o *pragmatismo*<sup>6</sup>. Cada uno de estos bloques abarca tendencias heterogéneas y a veces absolutamente contrapuestas en términos ideológicos e incluso epistemológicos; no obstante, cada uno de ellos tiene en común una determinada concepción del Derecho como *objeto* de la Ciencia Jurídica que es en parte incompatible con la concepción de los otros dos bloques. Para los iusnaturalistas, además del Derecho positivo producido de manera contingente por las sociedades humanas, existe un Derecho natural de carácter universal que viene de algún modo impuesto por la naturaleza o por alguna divinidad sobrenatural. Desde la perspectiva legalista, generalmente se considera que el jurista-investigador debe ocuparse únicamente del “derecho positivo” que, en la tradición de Europa continental, se identifica generalmente con las normas válidas emanadas del Estado. Por último, las escuelas realistas o pragmáticas, a pesar de las diferencias que las separan, tienen en común la consideración del Derecho como un conjunto de prácticas y representaciones humanas que se construye en la sociedad a través de la intervención de distintos actores (legisladores, interlocutores sociales, jueces, operadores jurídicos, personas que de un modo u otro aplican el Derecho, destinatarios de la norma, etc.)<sup>7</sup>.

Personalmente me sitúo en la posición que he denominado “pragmática”. Para mí, el Derecho es un campo o subsistema social que se configura en el mundo real a través de una serie de prácticas significativas y de representaciones compartidas (estructuras de pensamiento y de significado) que gozan de una cierta autonomía respecto al resto de la sociedad, pero que no dejan de formar parte de ella. Estas

<sup>5</sup> La noción de “paradigma” corresponde a KUHN, T.S., *The structure of scientific revolutions*, University of Chicago Press, Chicago & London, 1968 [1962].

<sup>6</sup> Utilizo aquí el término “pragmatismo” para intentar agrupar en una misma categoría diversas corrientes de pensamiento jurídico que, a pesar de las enormes diferencias que tienen entre sí, insisten de un modo u otro en el Derecho como práctica social: realismo jurídico norteamericano, escuela de pensamiento crítico, estudios socio-legales (o Derecho y Sociedad), análisis económico del Derecho (o Derecho y Economía), feminismo jurídico, etc. No me refiero estrictamente a la corriente filosófica denominada “pragmatismo”, aunque esta presenta vínculos con el realismo jurídico norteamericano que da origen a todas estas tendencias (sobre esta influencia, *Vid.*, RUMBLE, W.E. JR: *American legal realism*, Cornell University Press, Ithaca, NY, 1968, pp. 4–8). BOBBIO, N., *Op. Cit.*, pp. 40–51, hace referencia a estos tres paradigmas (iusnaturalismo, positivismo y realismo), aunque los considera especialmente en sus posiciones más extremas, que exageran el papel de las valoraciones de justicia, validez o eficacia, respectivamente, respecto a los demás tipos de valoración.

<sup>7</sup> El realismo jurídico más tradicional se centró específicamente en las resoluciones de los jueces y Tribunales. A mi juicio, la consideración del Derecho como práctica exige ampliar la percepción a muchos otros actos de carácter jurídico.

prácticas y representaciones pueden ser observadas empíricamente y no constituyen entidades imaginarias separadas del mundo a las que se acceda únicamente a través de la especulación. Esta consideración del Derecho como *práctica* no implica que deba desatenderse el estudio de las normas y de los principios jurídicos. Al contrario, las normas y los principios generales del Derecho son los tópicos sobre los que se configura el discurso jurídico y la práctica del Derecho<sup>8</sup>. La conducta humana se convierte en objeto de la Ciencia del Derecho en la medida en que puede ser percibida y valorada por determinados discursos que se articulan en torno a las normas y principios jurídicos, ya sean discursos legales, judiciales, administrativos, doctrinales o de la práctica aplicativa.

Sobre el Derecho como espacio social de significados compartidos y prácticas asociadas a esos significados pueden hacerse dos *tipos de enunciados: internos y externos*<sup>9</sup>. Los enunciados internos (también llamados “*doctrinales*”) son discursos que siguen la lógica interna del sistema jurídico que analizan y del que forman parte. En cambio, los enunciados externos se plantean desde la perspectiva de un observador que se separa formalmente del sistema jurídico, para tomar en consideración variables extrajurídicas. Los enunciados externos abarcan tanto las proposiciones de carácter descriptivo (que llamaremos “*enunciados socio-jurídicos*”) como las proposiciones de carácter filosófico y ético, que frecuentemente constituyen valoraciones relativas a la “*justicia*” de la norma.

La reflexión académica acerca del Derecho ha sido tradicionalmente doctrinal desde sus inicios, que son muy anteriores a los de la ciencia moderna. La *doctrina* académica ha cumplido tradicionalmente una función social muy concreta en el campo jurídico: proporcionar conocimiento a los operadores jurídicos acerca de los contenidos del “Derecho”<sup>10</sup>. En este sentido, el discurso académico ha formado parte del campo del Derecho, entendido como subsistema social. Por este motivo, en su momento se promovió una especie de “*división del trabajo*” entre las disciplinas académicas, según la cual el análisis “*doctrinal*” correspondería a la ciencia del Derecho, mientras que todos los elementos socio-jurídicos habrían de ser estu-

<sup>8</sup> En este sentido, MONTOYA MELGAR, A., *Op. Cit.*, p. 176 afirma que, aunque el concepto de Derecho es más extenso que el de la regla del Derecho, esta disciplina tiene un carácter fundamentalmente normativo (es decir, la norma es el centro del discurso).

<sup>9</sup> Esta distinción aparece reflejada de un modo u otro en el discurso de varios autores. Así, Hart distingue entre una perspectiva interna y una perspectiva externa del Derecho, *Vid.*, HART, H.L.A., *Concept of Law*, Oxford University Press, Oxford, 1994 [1961], pp. 88–91 (véanse también pp. 56, 242, 255). Max Weber distingue entre la perspectiva sociológica y la perspectiva jurídica; por otra parte, Hans Kelsen distingue entre una “*ciencia jurídica normativa*” y una “*ciencia jurídica sociológica*”. Para una reflexión más profunda sobre esta materia, *Vid.* TAMANAHA, B.Z., “The Internal/External distinction and the notion of a ‘practice’ in Legal Theory and Sociological Studies”, *Law & Society Review*, Vol. 30, nº 1, 1996.

<sup>10</sup> VICK, DW., “Interdisciplinarity and the Discipline of Law”, pp. 175–177 subraya, a mi juicio, con acierto, la importancia de las conexiones entre los estudios de Derecho y la profesión legal y su influencia sobre el carácter doctrinal de la investigación jurídica. También insiste COTERELL, R. “Why must legal ideas be interpreted sociologically?”, *Journal of Law and Society*, Vol. 25, nº 2, 1998, siguiendo a Balkin, en que el Derecho puede ser colonizado por otras disciplinas, pero nunca conquistado, debido a su relación con el mundo de la práctica jurídica, p. 178.

diados por la Sociología u otras ciencias sociales<sup>11</sup>. Más allá de esta tendencia, en el mundo anglosajón ha adquirido una gran importancia en las últimas décadas la investigación específicamente centrada en enunciados socio-jurídicos realizada mayoritariamente por juristas (*socio-legal studies*)<sup>12</sup>. En cambio, en Europa continental el trabajo académico se ha mantenido *formalmente* y a grandes rasgos en el marco de la tradición doctrinal; de cualquier modo, dentro de este marco formal, en la práctica se ha desarrollado un interés creciente, aunque no siempre explícito, por plantear discursos de carácter socio-jurídico, muchos de los cuales se refieren precisamente a la eficacia de las normas<sup>13</sup>; este interés se manifiesta de manera muy acusada en el Derecho del Trabajo<sup>14</sup>.

A mi juicio, el conocimiento aportado por la Ciencia Jurídica debe abarcar *necesariamente* tanto enunciados de carácter interno como enunciados de carácter externo (socio-jurídicos o filosóficos)<sup>15</sup>. Ciertamente, los investigadores, en su carrera académica o en determinados trabajos pueden enfocarse o concentrarse más en unos u otros tipos de proposiciones, pero difícilmente pueden ignorar completamente cualquiera de estos enfoques. De hecho, la investigación puramente doctrinal es imposible y cualquier trabajo de cierta calidad debe formular constantemente enunciados socio-jurídicos o filosóficos.

El análisis *exclusivamente* doctrinal abandona radicalmente la perspectiva de la “observación externa” que caracteriza a la metodología científica. Si fuera completamente coherente con estos planteamientos, el investigador restringiría radical y artificialmente sus posibilidades de comprensión real del ordenamiento jurídico,

57

<sup>11</sup> Describe esta situación, COTTERRELL, R., “Why must legal ideas be interpreted sociologically”, *Journal of Law and Society*, Vol, 25, nº 2, 1998, p. 171. En este sentido, los trabajos de Hans Kelsen han insistido enormemente en esta separación: *Vid.* KELSEN, H., *Introduction to the problems of legal theory*, 1992 [1934], Clarendon Press, Oxford, 1992, pp. 13 y 14; *General Theory of Norms*, Clarendon Press, Oxford, 1991 [1979], p. 301 (nota 45); *What is justice: justice, law and politics in the mirror of science: collected essays*, University of California Press, Berkeley, 1957.

<sup>12</sup> WHEELER, S., THOMAS, P., “Socio-legal studies”, in AAVV (ed. David Hayton), *Law's Future (s)*, Hart Publishing, Oxford, 2000, p. 267; THOMAS, P., “Socio-legal studies: the case of disappearing fleas and bustards”, in AAVV (ed. Philip Thomas), *Socio-legal studies*, Dalmouth, Aldershot, 1997, p. 4; AAVV (eds. Mike McConville y Wing Hong Chui), *Research Methods for Law*, Edinburgh, University Press, 2007, pp. 1–5.

<sup>13</sup> CRUZ VILLALÓN, J., “Presentación”, en AAVV (dir. J. Cruz Villalón), *Eficacia de las normas laborales desde la perspectiva de la calidad en el empleo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 12, se refiere en concreto al surgimiento en la doctrina iuslaboralista española de una corriente de investigación dedicada a analizar la capacidad de impacto real de la regla jurídica sobre la realidad social.

<sup>14</sup> RODRÍGUEZ DE LA BORBOLLA CAMOYÁN, J., *Op. Cit.*, p. 23 (citando a varios autores italianos y españoles).

<sup>15</sup> En este sentido, WINGENS, L.J., “Legislation as an object of study of Legal Theory: Legisprudence” en AAVV (e d. Luc J. Wingens), *Legisprudence: a new theoretical approach to legislation*. Hart Publishing, Oxford/Portland, 2002, p. 21. Mc Conville, M., “Introduction and overview”, en AAVV (de. Mike McConville y Wing Hong Chui), *Research Methods for Law*, Edinburgh University Press, Edinburgh, 2007, p. 6. Se ha llegado a afirmar que, puesto que estas perspectivas deben estar imbricadas, la distinción es innecesaria (en este sentido, COTTERRELL, R. “Why must legal ideas be interpreted sociologically?”, *Journal of Law and Society*, Vol. 25, nº 2, 1998, pp. 188–189). A mi juicio, la distinción sigue siendo clarificadora, siempre que no se entienda como una disociación de dos perspectivas opuestas, puesto que ambas deben actuar de manera integrada.

limitando su percepción a los parámetros ideológicos que emanan –o supuestamente emanan– de las normas vigentes; de este modo se bloquearía su percepción de la realidad objeto de estudio. En realidad, esta comprensión incompleta terminaría impidiendo el cumplimiento eficaz de las funciones más puramente doctrinales de la reflexión académica sobre el Derecho y ello por diversas razones.

En primer lugar, la separación del objeto de estudio y la perspectiva externa pueden generar nuevas pautas interpretativas que integren el discurso doctrinal, enriqueciendo la comprensión “interna” de la norma<sup>16</sup>. Por supuesto, aunque los enunciados socio-jurídicos no están limitados por los parámetros del sistema, los discursos doctrinales iluminados por ellos deben plantearse en términos apropiados dentro de la lógica interna del Derecho; pero, en cambio, si la comprensión de la norma se restringe *a priori* a lo que supuestamente constituye el discurso propiamente jurídico, es posible se impida el surgimiento de nuevas interpretaciones jurídicamente válidas.

En segundo lugar, esta mirada externa viene exigida de manera expresa por el ordenamiento jurídico (art. 3 CC), puesto que los criterios teleológico, histórico y sociológico de interpretación exigen una atención particular al *contexto* en el que la ley se aplica. Esta previsión normativa es coherente con la tradición clásica de la hermenéutica, que exige la comprensión del texto en su contexto. Parte de este contexto viene determinada por la realidad social, cultural y económica de la que la norma surge –con determinadas funciones o finalidades– y en el que la norma se aplica, así como por la práctica jurídica.

En tercer lugar, la sociedad demanda a la doctrina académica que haga *propuestas de política jurídica o de reforma* de la normativa vigente<sup>17</sup>. Los poderes públicos pretenden –a menudo de manera equivocada o ilusoria– que la normativa laboral provoque una serie de efectos sobre la realidad y en este debate pueden y deben participar los iuslaboralistas aportando sus saberes específicos. Aunque pueden hacerse propuestas *de lege ferenda* desde perspectivas *aparentemente* internas, es evidente que resultan bastante pobres o limitadas si no hacen una mínima referencia a la realidad que la norma pretende regular.

Por último y en relación con lo anterior, la coherencia absoluta con la perspectiva interna probablemente es imposible para cualquier estudioso del Derecho. Así pues, en cualquier trabajo que no se limite a reproducir mecánicamente los términos de la ley, van a existir enunciados socio-jurídicos de manera más o menos explícita. Si estos enunciados no se consideran como proposiciones posibles para la

<sup>16</sup> “[...] the combination of both points of view, called above the hermeneutic point of view then generates new meanings that can be reintroduced in legal discourse. In this respect, there is no strict separation between pure (internal) legal meaning and sociological (external) meaning”. WINGENS, L.J., *Op. Cit.*, p. 21. De hecho, esta necesidad de separación del objeto de estudio es seguramente la razón principal por la que se utilizan técnicas de Derecho Comparado (que serían inútiles desde la perspectiva del positivismo más legalista como el que derivaba de la escuela de la exégesis).

<sup>17</sup> De acuerdo con PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F., *Op. Cit.*, p. 885, las consideraciones de política del Derecho no solo son pertinentes, sino también necesarias.

Ciencia Jurídica, quedan libres de todo control metodológico, planteándose como verdades indiscutibles que derivan necesariamente de la norma misma.

En otro orden de cosas, desde una perspectiva “cientificista” podría pretenderse que los enunciados socio-jurídicos o externos son los únicos que pueden plantearse en un discurso que pretende ser científico. Estas posiciones extremas olvidan la importancia que en las ciencias sociales y humanas tiene la comprensión (*verstehen*) de los espacios de significados compartidos en los que se desarrolla la acción social humana y que aportan sentido a esta conducta<sup>18</sup>. Tratar de aproximarse al Derecho del Trabajo sin asumir la interpretación que la comunidad jurídica hace de sus normas y principios generaría un conocimiento ininteligible e inútil en la práctica.

Como se ha indicado anteriormente, no todos los enunciados externos tienen un carácter socio-jurídico, puesto que no todos se limitan a describir e interpretar la realidad en la que el Derecho se conforma y se aplica. Ciertamente, pueden plantearse enunciados de carácter valorativo que contrasten los contenidos del Derecho con otras pautas de comportamiento derivadas de las pautas morales que afectan al investigador o con el proyecto filosófico de desvelar progresivamente una ética racional tendencialmente universal. Desde esta perspectiva, la reflexión jurídica no sería puramente científica, pero podría tener un importante valor filosófico. En este trabajo no me ocupo particularmente de este tipo de enunciados, dado que no se refieren estrictamente a la eficacia de las normas, aunque podrían muy fácilmente combinarse con juicios de este tipo. De hecho, el discurso basado exclusivamente en el análisis de la eficacia de los fines previstos por el legislador que no se plantea críticamente la adecuación de estos fines resulta incompleto para el propósito de aportar algún valor intelectual a las propuestas de política jurídica<sup>19</sup>.

## 2.2. LA EFICACIA DE LAS NORMAS COMO UN PROBLEMA NETAMENTE JURÍDICO

El problema de la eficacia de las normas laborales se sitúa precisamente en la intersección entre la perspectiva puramente jurídica y las demás perspectivas de análisis de la realidad social. A grandes rasgos, la conexión con la realidad extrajurídica se plantea en dos puntos distintos: de un lado, la realidad social debe tomarse en consideración como *causa* de las normas; de otro lado, es preciso analizar los *efectos* que tiene la norma sobre la sociedad. Estos dos elementos –la causa y los efectos de la norma– son precisamente los que Kelsen adjudicaba a una Sociología Jurídica

<sup>18</sup> “Anthropologists would scoff at the suggestion that a scientist could take the internal view of a culture without first learning the language of that culture; but few legal anthropologists and sociologists have made the effort to learn legal language or how that language is used to construct law in actual practice [...] perhaps that explains why there are few sociological or anthropological accounts of how judges and lawyers understand their own activities”. TAMANAHA, B.Z., “The internal/external distinction and the notion of a ‘Practice’ in Legal Theory and Sociolegal studies”, *Law and society review*, vol 30, nº 1, 1996, p. 199.

<sup>19</sup> Desde una perspectiva aún más amplia, TAMANAHA, B.Z., *A general jurisprudence of Law and Society*, Oxford University Press, Oxford/New York, 2001, p. 132 critica que la ineficacia de las normas se contemple automáticamente como una patología.

separada de la Ciencia Pura del Derecho<sup>20</sup>. Así pues, desde posiciones legalistas podría atribuirse el estudio de la eficacia de las normas a la Sociología o a otras ciencias sociales y humanas.

Estas posiciones restrictivas pueden vincularse en parte a algún tipo de “esencialismo disciplinar” que resulta criticable. En efecto, la división del conocimiento entre diversas disciplinas no responde a una “esencia inmutable de las cosas”, sino que es una construcción humana<sup>21</sup>; esta división puede ser muy útil para obtener conocimiento, pero no debe ser en ningún caso un obstáculo. El problema de la eficacia de las normas no sólo puede, sino que debe ser tratado por la Ciencia Jurídica, con independencia del grado de interdisciplinariedad que asuman sus métodos.

Por supuesto, he llegado a esta conclusión debido a mi opción por un paradigma pragmático: si el Derecho se entiende como práctica, es fundamental aproximarse a su aplicación cotidiana. También deriva de mi conciencia de que la reflexión académica tiene que combinar enunciados doctrinales y socio-jurídicos, dado que las proposiciones acerca de la eficacia de las normas tienden a ser de carácter socio-jurídico. De cualquier modo, la necesidad de abordar el problema de la eficacia de las normas se sustenta asimismo en dos argumentos. En primer lugar, con independencia de la especialización de determinados autores o trabajos, la Ciencia Jurídica que ignore completamente el problema de la eficacia aporta un conocimiento vacío e inútil; en segundo lugar, la ciencia social no puede abordar el problema de la eficacia de las normas si no es capaz de comprender su contenido desde una perspectiva interna.

Respecto al primer argumento, es evidente que la vigencia de la norma es una cualidad distinta de su eficacia, pero ambos atributos son fundamentales para comprenderla adecuadamente. Desde luego, el jurista práctico, para operar en la realidad con solvencia necesita conocer ambos aspectos<sup>22</sup>. Pero también debe hacerlo el jurista-investigador si quiere proporcionar conocimiento realmente útil y relevante a la sociedad, es decir, a los estudiantes, a los operadores jurídicos, a los interlocutores sociales, a los legisladores, etc. Supongamos que un profesor de Derecho del Trabajo en España explicara a sus estudiantes el principio de causalidad en la contratación temporal sin hacer la más mínima referencia al fraude generalizado y a la deformación de estos principios en la realidad. El conocimiento que proporcionaría

<sup>20</sup> KELSEN, H., *Introduction to the problems...*, *Op. Cit.*, p. 13, *General theory of norms...*, *Op. Cit.*, p. 301, nota 45.

<sup>21</sup> “The boundaries that now exists between various academic disciplines were not the inevitable consequence of the intrinsic nature of the phenomena with which scholars have concerned themselves. Rather, the distinctions drawn between areas of knowledge are essentially a social construction resulting from the confluence of historical experience, economic forces and institutional imperatives”, VICK, D.W., “Interdisciplinarity and the Discipline of Law”, *Journal of Law and Society*, Vol. 31, n° 2, 2004, p. 167.

<sup>22</sup> “The doctrinal gaze does not, however, provide a satisfactory explanation of how a practising lawyer operates or employs his or her various skills. The practising lawyer has a more pragmatic understanding of law than what is mediated by the rule-based paradigm”, BANAKAR, R. y TRAVERS, M., “Law, Sociology and Method”, in AAVV (Ed. Reza Banakar and Max Travers), *Theory and method in socio-legal research*, Hart Publishing, Oxford, 2005, p. 9.



sería válido desde el punto de vista de la vigencia de las normas, pero completamente inútil y engañoso para los estudiantes, puesto que ignoraría radicalmente la dimensión práctica que necesitan para desenvolverse en el mundo real. Si una práctica contradice la norma, entonces el discurso doctrinal deberá señalarlo, del mismo modo que señalaría que un reglamento contradice una ley. Una norma no deja de estar en vigor porque no se aplique en la práctica, pero precisamente es un dato interesante saber que la norma está vigente pero que no se aplica.

Seguramente, en los momentos iniciales de consolidación de un sistema de relaciones laborales democrático en España se hacían especialmente importantes los trabajos eminentemente doctrinales, que permitieran construir un aparato teórico coherente para comprender –y construir– las instituciones de nuestro Derecho del Trabajo. En la actualidad, este edificio dogmático está suficientemente asentado; ciertamente, la legislación laboral es muy cambiante, pero las nuevas instituciones o los cambios significativos son percibidos desde un esquema teórico bastante bien desarrollado. En este contexto, el jurista–investigador puede encontrarse con dificultades para que su trabajo realmente aporte algo al conocimiento del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, más allá de la descripción apresurada y mecánica de los cambios normativos al hilo de cada proceso de reforma. Con objeto de abrir nuevos cauces a la investigación, los estudiosos podemos centrarnos en abordar problemas sociales que tienen una indudable dimensión jurídica: la precariedad laboral, la segmentación del mercado de trabajo, la siniestralidad laboral, el envejecimiento de la población, la crisis del familiarismo del bienestar, los problemas de competitividad de las empresas... Evidentemente, hay muchos factores ajenos al Derecho del Trabajo que inciden también en estos problemas sociales; sin embargo, el papel del ordenamiento jurídico en estas materias puede ser muy relevante y esta relevancia depende precisamente del grado de eficacia que tengan las normas laborales y de Seguridad Social.

Respecto al segundo argumento, las ciencias sociales no pueden analizar el problema de la eficacia de las normas laborales sin partir de un conocimiento profundo de las normas mismas y de su interpretación. Ello es así porque, aunque el problema de la eficacia hace referencia a la realidad extrajurídica (causas y efectos de las normas), el centro del discurso son las propias normas jurídicas. Así, por ejemplo, es relativamente habitual que las aproximaciones económicas al problema de los “costes” de despido ignoren lo que significa el concepto de despido improcedente, que no deja de ser un ilícito, por más que en la práctica se haya convertido en un modo normal de gestión de las plantillas en España.

### 2.3. LA EFICACIA DE LAS NORMAS LABORALES COMO UN PROBLEMA INTERDISCIPLINAR

La indagación acerca de la eficacia de las normas exige siempre un cierto grado de apertura interdisciplinar con respecto a las ciencias sociales y humanas<sup>23</sup>. Esta

<sup>23</sup> CRUZ VILLALÓN, J., “Presentación”, en AAVV (dir. J. Cruz Villalón), *Eficacia de las normas laborales desde la perspectiva de la calidad en el empleo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 12; CHAMPEIL–

apertura se hace necesaria tanto para determinar el *contexto* social y económico del que surgen las normas e identificar las *funciones* que cumplen en la sociedad, como para observar los *efectos* producidos por la regulación o por su aplicación.

A los efectos de este trabajo voy a definir la interdisciplinariedad como todo proceso cognitivo que trasciende o rebasa de algún modo las fronteras que separan las distintas disciplinas, en este caso el Derecho con respecto a otras ciencias sociales y humanas. La superación de las barreras entre las disciplinas puede darse en diversos grados<sup>24</sup>:

– Un primer nivel de interdisciplinariedad consiste en el uso instrumental de las teorías, los datos, las conclusiones y las técnicas de investigación emanados de las ciencias sociales con objeto de afrontar problemas netamente jurídicos<sup>25</sup>. Por supuesto, dentro de este nivel pueden darse diversos grados de intensidad en la inmersión en los campos ajenos al Derecho.

– Un segundo nivel consistiría en la “multidisciplinariedad”<sup>26</sup>, es decir, en la combinación de perspectivas académicas diversas por parte de equipos multidisciplinarios o de personas de formación mixta, con objeto de comprender globalmente problemas sociales de carácter general (la feminización de la pobreza, la segmentación del mercado de trabajo, las condiciones de vida de los inmigrantes...) También podría incluirse en este nivel la utilización del saber jurídico como punto de partida para llevar a cabo indagaciones sobre cuestiones generales que afectan a la comprensión global del ser humano (el poder, la alienación, la identidad...) o que constituyen aspectos centrales de la teoría social<sup>27</sup>.

– El tercer grado de interdisciplinariedad consistiría en la eventual formación y el posible desarrollo de una nueva disciplina científica que abarque las distintas perspectivas que previamente se habían combinado en torno a los nuevos problemas planteados<sup>28</sup>.

DESPLATS, V., “Efectivité et droits de l’homme...”, *Op. Cit.*, p. 14; JONES, H.W., *The efficacy of Law*, Northwestern University Press, Evanston, Illinois, 1969, p. 64. En relación con la investigación jurídico-laboral en general, *Vid.*, RODRÍGUEZ DE LA BORBOYA CAMOYÁN, J., *Op. Cit.*, p. 24; MONEREO PÉREZ, J.L. y MONTOYA MELGAR, A., *Op. Cit.*, pp. 186–187 (aunque manifestando también temores hacia la hibridación metodológica en la p. 188).

<sup>24</sup> De hecho, podría decirse que en la actualidad, la mayoría de los trabajos académicos de cierta calidad adoptan al menos un grado mínimo de interdisciplinariedad VICK, D.W., *Op. Cit.*, p. 184.

<sup>25</sup> “[...] There is empirical research that addresses the questions asked about law by black-letter [tradicionales o doctrinales] lawyers and practitioners. This often views social science instrumentally as something that can be used to address legal concerns”, BANAKAR, R., y TRAVERS, R., “Socio-legal research in UK”, *Op. Cit.*, p. 279. “[...] At one end is research that attempts to answer what are essentially doctrinal questions about legal rules or proposed law reforms by using, in part, information gained from other disciplines”, Vick, D., *Op. Cit.*, p. 184.

<sup>26</sup> BANAKAR, R. y TRAVERS, R., “Law, Sociology and Method [...]”, *Op. Cit.*, p. 5.

<sup>27</sup> BANAKAR, R. y TRAVERS, R., “Socio-legal research in UK [...]”, *Op. Cit.*, p. 279.

<sup>28</sup> BANAKAR, R. y TRAVERS, R., “Law, Sociology and Method [...]”, *Op. Cit.*, p. 5; VICK, D., *Op. Cit.*, p. 184.

Este trabajo se centra particularmente en el primero de estos niveles. El segundo nivel de interdisciplinariedad me parece muy importante para poder llevar a cabo una investigación socialmente útil: a mi juicio, son cada vez más necesarios los trabajos multidisciplinares que no se orienten hacia áreas concretas de conocimiento, sino a la resolución de problemas humanos que deben abordarse combinando distintas perspectivas de análisis<sup>29</sup>. No obstante, la cuestión de la “eficacia de las normas laborales”, al menos si se plantea con esta formulación, se trata de un problema netamente jurídico, por más que exija la apertura a otros saberes. De cualquier modo, pretendo que las reflexiones de este trabajo resulten también útiles para determinar cuál es el papel de la perspectiva propiamente jurídica en el marco de estos trabajos más ambiciosos y omnicomprendivos que pudieran llevarse a cabo para abordar temas generales de trascendencia social desde diversas ópticas. En cuanto al tercer nivel de interdisciplinariedad, no creo que actualmente estemos en un contexto que requiera la configuración de una nueva área de conocimiento.

Así pues, como he señalado anteriormente, el problema de la eficacia de las normas laborales exige recurrir a las *teorías*, los *datos*, las *conclusiones* y las *técnicas* de otras ciencias sociales y humanas.

– Las teorías globales que pretenden abarcar la totalidad de la vida social<sup>30</sup> constituyen paradigmas que determinan el modo en el que el jurista-investigador se aproxima a su objeto de estudio y que son distintos de los paradigmas jurídicos anteriormente expuestos. En efecto, el análisis de la eficacia de las normas laborales presenta perfiles distintos si se plantea desde el materialismo histórico, el interaccionismo simbólico, la teoría de los sistemas autopoiéticos o la teoría de la acción racional y la teoría de juegos. En todo caso, a mi juicio, la complejidad de la vida social humana y su conexión con espacios de significado que pueden interpretarse de modos muy diversos exige que los científicos sociales utilicemos planteamientos pluralistas que estén abiertos a utilizar o combinar distintos paradigmas si es necesario para obtener un conocimiento más profundo<sup>31</sup>.

Más allá de estas grandes teorías omnicomprendivas, las teorías sustantivas<sup>32</sup>, es decir, los esquemas teóricos que explican fenómenos concretos, permiten iluminar la indagación jurídica, contribuyendo a construir conceptos y categorías jurídicos, a detectar la finalidad de las normas, a explicar los problemas aplicativos, etc. Así, por ejemplo, la distinción entre sexo y género permite aplicar el principio de transversalidad de género a todo el ordenamiento jurídico<sup>33</sup>; la teoría de la identidad social acuñada por la Psicología Social puede ayudarnos a construir un concepto

<sup>29</sup> VICK, D.W., *Op. Cit.*, p. 193.

<sup>30</sup> PEZZANETTA, S., *Op. Cit.*, p. 123 hace referencia a las “teorías generales de la sociedad”.

<sup>31</sup> En sentido similar, RODRÍGUEZ DE LA BORBOYA CAMOYÁN, J., *Op. Cit. Per totum*, apuesta por una metodología pluralista.

<sup>32</sup> PEZZANETTA, S., *Op. Cit.*, p. 123.

<sup>33</sup> ÁLVAREZ DEL CUVILLO, A., “El género como categoría y las categorías de género”, *Revista de Derecho Social*, n° 52, 2010.

jurídico de discriminación<sup>34</sup>; la teoría de los mercados de trabajo segmentados puede ayudar a comprender la legislación de extranjería; la “teoría del trabajador socializado” puede explicar algunos usos aparentemente irracionales en términos económicos de la contratación temporal, etc.

– Los *datos* producidos por las ciencias sociales y por los organismos públicos y privados que elaboran estadísticas, así como las *conclusiones* obtenidas al analizar e interpretar estos datos, pueden proporcionar información muy relevante acerca de las funciones y efectos de la normativa laboral. En ocasiones es preciso hacer un cierto esfuerzo de “traducción” de esta información al discurso jurídico, porque los propósitos de investigación y los problemas que se plantean en las ciencias sociales son diferentes a las cuestiones que ocupan principalmente a los juristas.

– Ahora bien, como consecuencia de estas diferencias entre los propósitos de investigación de las ciencias sociales y el Derecho, es muy habitual que los datos producidos por otras disciplinas resulten insuficientes. Las preguntas que se hace un economista, un sociólogo o un psicólogo son distintas que las que se hace un jurista, de manera que sus trabajos empíricos no siempre se dirigen a obtener los datos que el jurista requiere. Así, por ejemplo, un trabajo sociológico puede prestar mucha atención a las relaciones de poder o a las formas de comunicación en el seno de las pequeñas empresas, pero no profundizar demasiado en la eventual aplicación o inaplicación de las normas laborales. Por este motivo, la evaluación de la eficacia de la normativa laboral puede requerir que el jurista-investigador produzca sus propios datos acerca de la *práctica jurídica*. Por ejemplo, para confirmar o refutar el tópico de que los jueces españoles tienden a hacer interpretaciones muy restrictivas de la causa de despido puede ser necesario analizar cualitativamente una muestra de sentencias judiciales o bien entrevistar en profundidad a una serie de jueces para analizar su percepción de la regulación. Ciertamente, este tipo de procedimientos cognitivos exigen la aplicación de “técnicas de investigación social” (como la Estadística o las técnicas cualitativas), pero también requieren de una formación jurídica sólida<sup>35</sup>.

Realmente, estas “técnicas de investigación social” no forman parte del patrimonio de ninguna disciplina en concreto, sino que constituyen simplemente herramientas o instrumentos que se utilizan para producir conocimiento en cualquier área. En realidad, la utilización de estas técnicas, comunes a la mayoría de las ciencias, solo puede considerarse un empeño “interdisciplinar” en la medida en que los juristas, por motivos perfectamente contingentes, no hemos sido formados tradicionalmente en ellas, al contrario de lo que sucede con otros investigadores.

Por supuesto, el trabajo interdisciplinar implica algunos problemas operativos:

<sup>34</sup> ÁLVAREZ ALONSO, D. y ÁLVAREZ DEL CUVILLO, A., “Nuevas reflexiones sobre el concepto de discriminación y la eficacia de la tutela discriminatoria”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 132, 2006.

<sup>35</sup> ÁLVAREZ DEL CUVILLO, A., *Vicisitudes y extinción de la relación de trabajo en las pequeñas empresas*, CES, Madrid, 2007, p. 403.

1) En ocasiones, se critica que la inmersión en otras disciplinas puede difuminar la lógica propiamente jurídica; en muchos casos lo que subyace a esta crítica es una discrepancia ideológica, que no siempre se hace del todo explícita debido a la (mala) práctica común entre los juristas de mantener invisibles los presupuestos ideológicos que condicionan las propias opiniones. No me refiero exclusivamente a la ideología política en sentido estricto, aunque esta circunstancia también puede ser influyente. De hecho, las distintas escuelas pragmáticas no son ideológicamente neutras (como tampoco lo es, aunque lo pretenda, el positivismo legalista); así, para muchos iuslaboralistas, el análisis económico del Derecho puede resultar “demasiado de derechas” (en el sentido de económicamente liberal), mientras que para otros investigadores, las escuelas de pensamiento crítico pueden resultar “demasiado de izquierdas”<sup>36</sup>; en ocasiones, esta discrepancia ideológica se suele expresar en términos retóricos como una reivindicación de la lógica propia del Derecho.

En todo caso, cuando hablo de “discrepancia ideológica” me refiero también al conjunto de representaciones y valores relativamente compartidos por los estudiosos del Derecho, con independencia de sus opiniones políticas. Los juristas en general y los iuslaboralistas en particular estamos socializados en una serie de valores, que solo son parcialmente coincidentes con los valores dominantes de la sociedad (aunque la invocación mística de la “soberanía popular” a veces lo pretenda). En cambio, los investigadores en otras materias pueden estar condicionados por sus propios sistemas de valores, que, de un modo u otro, se incorporan a su discurso; en concreto, los planteamientos utilitaristas, instrumentales o tecnocráticos que implican las consideraciones de eficacia pueden chocar con los valores jurídicos o con los ideales de justicia<sup>37</sup>.

Las críticas sobre la disolución de la lógica propiamente jurídica deben ser reconducidas a riesgos concretos y específicos que afecten a la producción de conocimiento, puesto que la “pureza” o la “identidad” de una disciplina no es un fin en sí mismo, sino un medio al servicio del conocimiento mismo. De este modo, partiendo de las premisas que se han desarrollado en los puntos anteriores podemos concretar determinadas pautas de actuación:

– Por más interés que susciten los enunciados socio-jurídicos, en ningún caso deben abandonarse los discursos doctrinales que permitan comprender la lógica “interna” del ordenamiento jurídico.

<sup>36</sup> VICK, D.W., *Op. Cit.*, p. 186.

<sup>37</sup> “Indiscutiblemente no se deja de llevar razón cuando se llama la atención acerca de los riesgos o peligros de determinados análisis que terminen abandonando la perspectiva final de los valores que nos deben orientar a todos y no sólo a quien analiza las relaciones laborales desde una perspectiva jurídica. Pero, al mismo tiempo, estas posiciones críticas también tienen el riesgo de adoptar posiciones alejadas del debate cotidiano, necesariamente multidisciplinar en el ámbito de las ciencias sociales. En particular, esa garantía de derechos, de no tomarse en consideración todos los elementos y condicionantes en juego antes aludidos, puede acabar perdiendo toda su eficacia, cuando no producir efectos indirectos o contradictorios nada deseables”, CRUZ VILLALÓN, J., y RODRÍGUEZ-RAMOS VELASCO, P., *Op. Cit.* p. 58.

– Estos discursos deben estar centrados o enfocados en las normas y en los principios jurídicos. Aunque sea muy importante la atención a la práctica aplicativa, esta práctica debe confrontarse con el ordenamiento considerado en abstracto para que tenga sentido desde una perspectiva interna.

– El jurista–investigador no está libre de condicionamientos ideológicos o filosóficos a la hora de interpretar la realidad jurídica. No obstante, aunque la neutralidad no es realizable, ni, en realidad, deseable (de hecho, la capacidad crítica de la doctrina se enriquece con el pluralismo ideológico), sí que es posible la fidelidad al objeto de estudio en orden a la maximización del conocimiento. Con independencia de los valores que se adopten, es preciso tener una visión lo más completa posible de la realidad que se examina y ello exige la “triangulación” de perspectivas diversas. Así pues, en lo que refiere a los esquemas de pensamiento propios de cada disciplina, el investigador no tiene por qué abandonar la lógica más puramente jurídica, pero su comprensión se incrementa si es consciente de cómo otros investigadores contemplan los mismos fenómenos desde puntos de vista diferentes.

– Por último, aunque lo más probable es que el jurista–investigador se enfoque más en unas disciplinas que en otras en función de su formación y de sus paradigmas e intereses de investigación, el hecho de rebasar las limitaciones de la ciencia jurídica para aproximarse a otras disciplinas no puede implicar la asunción acrítica de las limitaciones que puedan tener las líneas dominantes de estas otras ramas de la ciencia<sup>38</sup>. Así, por ejemplo, para el iuslaboralista resulta muy útil comprender que la regulación del despido se contempla frecuentemente desde la Economía o desde la Organización de Empresas como un “coste para el empresario” pero ello no puede implicar que la comprensión de la institución se restrinja a esta visión limitada y parcial del fenómeno; desde una perspectiva más abierta a la consideración de factores sociológicos o políticos, la regulación del despido implica también un control del poder del empresario que es fundamental para que los valores democráticos puedan encarnarse en la realidad de la empresa.

2) En cualquier caso, el problema más importante de las aproximaciones interdisciplinarias es el déficit de formación que normalmente tenemos los juristas en las teorías y metodologías de otras ciencias sociales<sup>39</sup>.

Por supuesto, existe un riesgo de que los juristas comprendamos erróneamente el material teórico producido por otras disciplinas debido a que carezcamos de los conocimientos oportunos acerca del contexto más amplio de estas teorías, o bien a una comprensión errónea de la terminología técnica utilizada. A pesar de estas dificultades, el trabajo más puramente teórico no es del todo ajeno a las pautas más tradicionales de la investigación académica en Derecho, que se ha vinculado al análisis e interpretación de textos y, en algunos casos, a la reflexión filosófica y

<sup>38</sup> Así, por ejemplo, el análisis económico se ocupa tan solo de determinados aspectos de las relaciones sociales; *Vid.*, COTTERELL, R., “Why must...”, *Op. Cit.*, p. 184.

<sup>39</sup> BANAKAR, R. y TRAVERS, R., “Law, Sociology and Method...”, *Op. Cit.*, p. 1.; Vick, D.W., *Op. Cit.*, p. 185.

política. En cambio, existen mayores dificultades para aproximarse a las técnicas de investigación utilizadas por estas otras ciencias.

Este déficit en el conocimiento de las técnicas de investigación social no solo dificulta el trabajo de recopilación de datos, sino que también puede suponer algunos obstáculos para la interpretación correcta de los datos obtenidos por otros investigadores. No siempre los juristas somos conscientes de que en otras disciplinas existe también un amplio espacio para la interpretación (que debe, por tanto, estar sometido a reglas hermenéuticas, pero que permite un extenso debate), de manera que los resultados alcanzados por un estudio “científico” podrían magnificarse en lugar de ponerse en su contexto<sup>40</sup>. Así, por ejemplo, podemos caer en la mística de los “números”, es decir, en la atribución acrítica de certeza o de precisión “científica” a formulaciones numéricas que no son más que cuantificaciones de elementos cualitativos (por ejemplo, los índices de la OCDE sobre la legislación de protección del empleo) o en la sacralización de los datos producidos con técnicas cuantitativas de investigación, sin advertir que para producir estos números es preciso siempre tomar decisiones cualitativas de carácter interpretativo. Un ejemplo de trabajo cuantitativo podría ser una encuesta realizada a extranjeros acerca de si se han sentido alguna vez discriminados en su trabajo; con independencia de que los datos obtenidos por esta encuesta son muy importantes, los resultados van a variar en función de cuál sea la población concreta objeto de encuesta y también según los conceptos de discriminación que utilicen los extranjeros encuestados. Precisamente, en los casos en los que las decisiones cualitativas sobre aspectos que se cuantifican se refieran a la interpretación de factores jurídicos, los juristas podemos aportar una crítica muy útil al trabajo de otros especialistas, puesto que habitualmente partimos de un conocimiento más amplio acerca del Derecho desde la perspectiva interna o doctrinal.

Para afrontar el déficit de formación existen varias estrategias, compatibles entre sí, que ya se vienen desarrollando progresivamente de manera espontánea. En primer lugar, cada vez más los juristas estamos adquiriendo formal o informalmente los conocimientos y capacidades necesarios para el trabajo interdisciplinar. En la formación –permanente– del jurista–investigador siempre se aprenden cosas nuevas y no hay ningún obstáculo para que también se aprendan técnicas de investigación social; simplemente, a mi juicio es deseable que esta formación específica se vaya desarrollando de un modo cada vez más sistemático y formal. En segundo lugar, cada vez somos más los juristas–investigadores en Derecho del Trabajo que estamos también formados en otra disciplina o en un área interdisciplinar (Economía, Ciencias del Trabajo, Ciencias Políticas, Sociología, Antropología Social y Cultural...) y que, por tanto, estamos en posición de tender puentes entre unas y otras áreas de conocimiento. En tercer lugar, cada vez es más frecuente el trabajo realizado en equipos multidisciplinares y cada vez más importante la integración real de las diferentes perspectivas en estos trabajos.

<sup>40</sup> VICK. D.W, *Op. Cit.*, p. 185.

### 3. MARCO TEÓRICO PARA EL ANÁLISIS DE LA EFECTIVIDAD, EFICACIA Y EFICIENCIA DE LAS NORMAS LABORALES

#### 3.1. LOS FINES DE LA NORMA: EL ANÁLISIS FUNCIONAL

Cualquier evaluación de la eficacia de las normas requiere llevar a cabo un análisis funcional del ordenamiento jurídico. Entiendo por *análisis funcional del Derecho* la identificación de las funciones o finalidades que cumplen o persiguen las normas jurídicas y la determinación de las relaciones que se producen entre las distintas funciones o finalidades que operan simultáneamente. Estas relaciones pueden ser de complementariedad o de oposición y el modo en el que se concretan puede ser muy variable (por ejemplo, las relaciones de jerarquía entre fines o la búsqueda de un punto de equilibrio entre intereses contrapuestos).

Un sistema es una estructura ordenada de elementos que se relacionan entre sí. Las relaciones entre los distintos elementos de un sistema pueden contemplarse como *funciones* de estos elementos en el conjunto al que pertenecen. Algunas de estas funciones pueden atribuirse, real o metafóricamente a propósitos humanos. Desde una perspectiva interna o doctrinal, el discurso jurídico y el método teleológico de interpretación hacen referencia frecuentemente a la “finalidad de las normas”. Para ello frecuentemente se personifica una entidad abstracta denominada “legislador”, a la que se atribuye una serie de intenciones o propósitos. Por supuesto, los distintos participantes en el proceso de elaboración de las normas sí que tienen realmente una conducta orientada a fines y esta conducta influye de manera significativa en la “función” que globalmente cumplen las normas, pero en último término esta función es una abstracción relativamente independiente de los objetivos particulares de las personas que producen la norma. Por supuesto, esta abstracción no es más que un modo de expresar o de representar lo que desde la perspectiva más habitual de las ciencias sociales sería la “función” de la norma.

No obstante lo anterior, las “finalidades” y las “funciones” de la norma no siempre coinciden, puesto que las normas cumplen a menudo a menudo funciones extra-jurídicas o incluso antijurídicas en el contexto del sistema social total. Así pues, el análisis funcional debe combinar las perspectivas interna y externa para comprender adecuadamente el ordenamiento jurídico y plantearse la cuestión de la eficacia o ineficacia de sus preceptos; en cambio, el análisis teleológico o de la “finalidad” de las normas debe adoptar una perspectiva exclusivamente interna y se utiliza para aplicar correctamente el criterio teleológico de interpretación.

Desde una perspectiva interna, el Derecho en su conjunto es un subsistema funcionalmente especializado en la resolución de conflictos que opera a través de la generalización de expectativas<sup>41</sup>. Por supuesto, si se observa desde un punto de vista

<sup>41</sup> Esta definición está basada en parte en los trabajos de Teubner (en el marco de la teoría de Luhman) sobre el Derecho como sistema autopoietico; personalmente no comparto este paradigma hasta sus últimas consecuencias pero encuentro que de él pueden extraerse muchas ideas provechosas. De acuerdo con esta perspectiva, la función del Derecho es la resolución de los conflictos y la operación del Derecho es la generalización de expectativas.



externo, el ordenamiento jurídico no siempre cumple adecuadamente con esta función en términos reales<sup>42</sup>, pero precisamente esta circunstancia es lo que permite hacer valoraciones de eficacia. Las normas serán más eficaces cuanto mejor consigan resolver o canalizar los conflictos de intereses entre personas o grupos, evitando que estos provoquen disfunciones sociales. Asimismo, las normas serán más eficaces cuanto mejor generalicen las expectativas estableciendo de antemano soluciones claras para los eventuales conflictos que puedan producirse, o, dicho en términos doctrinales, cuanto mayor sea la seguridad jurídica que generen.

Las *funciones extrajurídicas* de las normas son sus interacciones sistemáticas con el resto de la sociedad que no se dirigen (directa o indirectamente) a la solución de los conflictos de la sociedad o que no lo hacen a través de la generalización de expectativas. Algunas normas cumplen una función *expresiva* o *simbólica*; en estos casos, las personas que redactan el texto normativo pretenden lanzar determinados mensajes a los ciudadanos o al electorado, ya sea para obtener votos, para expresar formalmente los valores de la sociedad o la preocupación del legislador por un tema o para influir indirectamente sobre la conducta de los ciudadanos, más allá de los efectos puramente jurídicos de las normas. Otras normas, aunque no desplieguen efectos jurídicos, cumplen con una función *pedagógica* al comunicar mensajes que ya previamente formaban parte del ordenamiento, facilitando su conocimiento por parte de los destinatarios. Así sucede con numerosas cláusulas de convenios colectivos que se limitan a reproducir el contenido de la ley, con independencia de que esta técnica también presenta problemas operativos como la inadaptación del texto del convenio a los cambios legales o la falta de atención a otras normas que también aparecen en la ley pero que no han sido reproducidas en el texto convencional.

Las *funciones antijurídicas* de las normas son sus interacciones sistemáticas con el resto de la sociedad que, o bien se oponen a la resolución de los conflictos de intereses, porque alimentan el conflicto en lugar de canalizarlo o bien perjudican la generalización de expectativas porque reproducen o mantienen unas expectativas contrarias a las que están consagradas formalmente en el texto normativo, como sucede en los sistemas de *doble regulación* de los que se hablará más adelante.

En un segundo nivel, dentro del ordenamiento jurídico en su conjunto, la función global del *Derecho Social en una sociedad de mercado* consiste en *canalizar los conflictos* provocados por el hecho de que, en el modo de producción capitalista, el mercado es el principal mecanismo de integración económica y la fuerza de trabajo se separa formalmente de los trabajadores, vendiéndose en el mercado como un factor más de producción<sup>43</sup>. A grandes rasgos, este conflicto se canaliza *corrigiendo las disfunciones sociales, económicas y políticas del mercado de trabajo*. A menudo, esta finalidad correctora se considera como una función externa a la institución del

<sup>42</sup> TAMANAHA, B.Z., *Op. Cit.* pp. 135–155. Rechaza las definiciones funcionales del Derecho por este motivo y finalmente opta por una aproximación convencional pp. 166–167) que no me parece muy útil. Precisamente, las valoraciones de eficacia del Derecho exigen un contraste entre sus finalidades desde una perspectiva interna y las funciones que realmente cumple en la sociedad.

<sup>43</sup> *Vid.* POLANYI., K., *The great transformation*, Boston, Beacon Press, 1975 [1944].

mercado, pero esta visión es parcial e incompleta y proviene de un sesgo derivado de las barreras artificiales construidas entre las disciplinas académicas. La mayoría de los economistas tienden a concebir el Derecho como una serie de restricciones –más o menos adecuadas– que se aplican a la “libre” interacción entre la oferta y la demanda en mercados que se consideran órdenes “naturales” y “espontáneos”, independientes de la intervención estatal. Esta perspectiva de análisis es incompleta, porque ignora que el mercado es una institución social contingente que se construye a través de una serie de interacciones sociales donde el papel del Estado es fundamental. Así pues, el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social tiene un papel importantísimo en la creación, configuración y mantenimiento del mercado de trabajo<sup>44</sup> y en la determinación de las características de la oferta y la demanda de fuerza de trabajo; la corrección de sus disfunciones económicas y sociales del mercado a través de mecanismos reguladores puede considerarse como una parte de esta institución.

El Derecho puede adoptar diversas estrategias para alcanzar sus objetivos. Estas estrategias serán más democráticas en la medida en que impliquen un mayor control y racionalización del poder que unas personas o grupos ejercen sobre otros, sea un poder público o privado. En concreto, el modo de producción capitalista otorga un importante poder social al empresario, que, si no se somete a un control apropiado, puede generar numerosas disfunciones políticas, sociales o económicas. El Derecho del Trabajo reconoce y legitima este poder económico y social, convirtiéndolo en un poder jurídico, pero al reconocerlo también lo racionaliza y lo limita, *empoderando* a los trabajadores a través de medidas protectoras o bien de mecanismos que les permitan la movilización y defensa individual y colectiva de sus intereses. Por otra parte, las normas de protección social o de promoción social se dirigen también a corregir las disfunciones del mercado de trabajo desde otras perspectivas. La protección social garantiza la subsistencia y el bienestar de las personas ante los “fallos” del mercado, afectando también a la demanda de bienes y servicios, mientras que la promoción social (por ejemplo, la política de empleo o de formación profesional) se ocupa de proporcionar a los trabajadores aptitudes que faciliten una mejor incorporación al mercado de trabajo, al resto de los mercados y a la vida social, modulando las condiciones de la oferta de fuerza de trabajo.

<sup>44</sup> En los últimos tiempos, algunos autores están insistiendo en esta perspectiva de considerar al Derecho Social como un elemento interno al mercado que contribuye a generar equilibrio en este, antes que como una disrupción extraña que perturba unas leyes del mercado que se hacen surgir “de la nada”. Particularmente provocadora es la definición de HYDE, A., “What is Labour Law?” en AAVV, (Eds. Guy Davidov y Brian Langille), *Boundaries and Frontiers in Labor Law*, Hart Publishing, Oxford, 2006: “Labour and employment law is the collection of regulatory techniques and values that are properly applied to any market that, if left unregulated, will reach socially sub-optimum outcomes because economic actors are individuated and cannot overcome collective action problems”, p. 53. En mi opinión resulta especialmente interesante la postura de DEAKIN, S. y WILKINSON, F., *The law of the labour market: industrialization, employment and legal evolution*. Oxford University Press, Oxford, 2005. p. 284 “[...] redistribution is hended not to reverse the unpleasant results of the market, but rather to provide the preconditions for the market working in the first place. From this perspective, we would suggest, many of the redistributive and protective rules of labour law have a *market-creating* function”.

Un tercer nivel de análisis funcional es que se refiere a las funciones de las instituciones específicas o de los preceptos concretos que componen el Derecho Social, tomando en cuenta las consideraciones anteriores. Este tipo de análisis puede revelar situaciones muy complejas. Pueden coexistir las funciones propiamente jurídicas con las funciones extrajurídicas (simbólicas, expresivas o pedagógicas) o incluso con funciones antijurídicas. Las funciones propiamente sociales, esto es, de regulación y construcción del mercado de trabajo, pueden convivir con funciones que no se relacionan directamente con los fines del Derecho Social; así, por ejemplo, en la regulación de la inmigración laboral, la regulación del mercado de trabajo se combina con otras finalidades relativas al control de la población extranjera.

Por otra parte, en el marco del Derecho del Trabajo, las funciones de reconocimiento y legitimación del poder empresarial se superponen a menudo con las funciones de control de este poder a través del empoderamiento individual y colectivo de los trabajadores, contraponiéndose a ellas. El Derecho del Trabajo en su conjunto tiene un carácter eminentemente “protector”, porque el poder que se intenta controlar y limitar es una realidad “preexistente” respecto al contenido de las normas jurídicas, en el sentido de que deriva del modo de producción sobre el que se basa la subsistencia y la reproducción de la vida en las sociedades capitalistas. No obstante, en algunas normas concretas se percibe claramente la finalidad de legitimar e incluso de reforzar el poder del empresario. Así sucede, por ejemplo, cuando se permiten reducciones unilaterales del salario contractualmente pactado, que no serían posibles en otros contratos privados. La función de protección de los trabajadores puede ser compleja porque la atención a determinados empleados podría perjudicar a otros trabajadores; de igual modo, la consideración de los intereses empresariales puede ser diversa según el tipo o la dimensión de la empresa; los intereses de las empresas pueden ser distintos en función de las diversas estrategias competitivas que adopten; incluso en los casos en los que la degradación de las condiciones de trabajo beneficie los intereses de los empresarios como empleadores puede perjudicarlos como vendedores, etc.

Desde una perspectiva interna al ordenamiento, todas estas finalidades pueden estar jerarquizadas entre sí de determinada manera, o bien pueden haberse establecido determinados puntos de equilibrio para ponderar fines contrapuestos. Desde una perspectiva externa, puede existir un contraste adicional entre las finalidades que se priorizan en la redacción de la norma o en la retórica de las exposiciones de motivos y las funciones que realmente está cumpliendo esta norma en términos empíricos.

### 3.2. LOS EFECTOS DE LA NORMA: EL ANÁLISIS DE LA PRÁCTICA JURÍDICA

El análisis funcional del Derecho puede realizarse en gran medida aplicando una metodología teórica y abstracta. En primer lugar, el jurista-investigador puede partir directamente de los textos jurídicos como objeto de estudio y aplicar las técnicas hermenéuticas tradicionales para determinar la finalidad o finalidades de las nor-

mas desde una perspectiva interna. En segundo lugar, para contemplar estos textos desde una perspectiva externa pueden aplicarse técnicas cualitativas de “análisis de discurso”, que, si bien no han sido muy habituales en la práctica de los juristas académicos, son fácilmente aprehensibles por personas con esta formación, puesto que al fin y al cabo implican simplemente una amplificación del contexto en el marco del cual se interpreta el texto normativo o jurisprudencial. En tercer lugar, el conocimiento de los resultados alcanzados por otras disciplinas puede facilitar la identificación abstracta de las funciones de la norma.

No obstante, para aproximarse adecuadamente al problema de la eficacia de las normas laborales no basta con atender a sus fines, sino que también es preciso determinar cuáles son sus efectos sobre la realidad social. Para ello es preciso tomar en consideración la práctica jurídica.

La *práctica jurídica* consiste en un conjunto de comportamientos humanos que son calificados por las normas jurídicas (lo que en la teoría general del Derecho se denominan *actos jurídicos*) y un conjunto de discursos y representaciones formales o informales que se articulan en torno a las normas y los principios jurídicos como tema central o nuclear. A grandes rasgos, el análisis de la práctica jurídica se ocupa de cómo los distintos *operadores jurídicos* interpretan, perciben y aplican el ordenamiento jurídico. Los operadores jurídicos serán todos aquellos sujetos que produzcan este tipo de actos, discursos y representaciones, tengan o no formación específica en Derecho.

Los conceptos de *interpretación*, *percepción* y *aplicación* de las normas están íntimamente relacionados entre sí y son difícilmente separables, pero pueden distinguirse a efectos analíticos.

– La “interpretación” es la comprensión que los operadores jurídicos tienen del significado de la norma desde una perspectiva interna al ordenamiento jurídico, es decir, qué es lo que entienden que la norma dice.

– La “percepción” es la comprensión que los sujetos tienen de la norma desde una perspectiva externa: si conocen o no su existencia y contenido y, en caso de que la conozcan, cómo la valoran, cómo perciben que afecta a sus vidas, cómo adaptan a la norma sus estrategias de actuación, etc.

– La “aplicación” es el efecto que la norma tiene sobre la conducta de los operadores jurídicos o destinatarios, contemplada desde la perspectiva jurídica. Si la norma está planteada como un mandato de hacer o de no hacer es preciso determinar si la norma se acata, si se desobedece abiertamente o si se intenta bordear o defraudar. No obstante, no todas las normas se configuran de esta manera; muchas otras se limitan a determinar un espacio de posibilidades que las partes pueden aprovechar o no (aunque, si lo hacen, deben ceñirse a determinados mandatos o prohibiciones). Así, por ejemplo, los empleadores no están obligados a utilizar la figura del despido objetivo por inadaptación del trabajador al puesto de trabajo; los trabajadores no están obligados a pedir excedencias para el cuidado de hijos; las personas

que se encuentran en una determinada situación de necesidad no tienen que solicitar forzosamente una prestación. En estos casos, no tiene sentido determinar si la norma “se cumple”, sino más bien si los operadores jurídicos utilizan a menudo estas posibilidades o, en términos más precisos, si las utilizan cuando surgen las necesidades que la norma intentaba atender.

El estudio de la práctica aproxima a los juristas a la consideración de objetos de estudio distintos de las propias normas: resoluciones procesales; actos administrativos y prácticas administrativas llevadas a cabo por la vía de hecho; acuerdos colectivos que no tienen en sí mismos la consideración de normas; contratos y acuerdos individuales; estrategias y conductas de empresarios, trabajadores y beneficiarios de la seguridad social. Aunque este objeto no encaja en las técnicas más tradicionales de investigación jurídica, lo cierto es que ya se han dado muchos pasos en ese sentido con respecto a los planteamientos más radicales del positivismo legalista.

Así por ejemplo, a pesar del dominio formal del positivismo legalista hoy en día es imposible concebir el trabajo doctrinal sin la consideración de las decisiones judiciales; ello ha sido así porque en la práctica, el entendimiento de las normas exige el conocimiento y sistematización del modo en el que los juzgados y tribunales las interpretan. Por lo general, el análisis de las decisiones judiciales se restringe a los órganos que se encuentran en una posición jerárquica más elevada, dado que el conocimiento de sus decisiones tiene una utilidad práctica más inmediata para los operadores jurídicos, tanto por su valor procesal como por su fuerza retórica. No obstante, la creciente incorporación de sentencias de instancia a las bases de datos informáticas está favoreciendo que a veces estas resoluciones judiciales se utilicen como ejemplos de casos concretos, de interpretaciones posibles (“correctas” o no) o de problemas jurídicos novedosos. Debe tenerse en cuenta que en muchas ocasiones las limitaciones del sistema de recursos impiden que determinados problemas o determinadas valoraciones lleguen a los órganos superiores, de manera que se hace especialmente importante examinar las sentencias dictadas en la instancia.

Por otra parte, el hecho de que en el sistema español los convenios colectivos sean normas jurídicas y se publiquen en diarios oficiales y bases de datos informáticas ha implicado que el estudio de estos instrumentos por parte de la doctrina haya sido muy extenso. Aunque es imposible abarcar todo el mapa de la negociación colectiva en su totalidad, los trabajos que se han ocupado de esta materia han confeccionado muestras más o menos representativas, o bien simplemente han citado los convenios como ejemplos de aplicación práctica o de recepción de las normas. También se ha producido una cierta apertura a la consideración de otros productos de la autonomía colectiva que no se publican oficialmente, como los acuerdos de empresa, cuando los investigadores han podido acceder a ellos.

De cualquier modo, la consideración de la práctica puede y debe ampliarse a muchos otros actos y discursos: contratos de trabajo, recibos de finiquito, expedientes administrativos, pliegos de condiciones para la subcontratación, percepciones sociales y empresariales acerca del contenido de la norma, etc.

Esta ampliación del objeto puede causar una cierta desazón al jurista, acostumbrado a trabajar sobre una realidad relativamente abarcable (cada vez menos, en función de la tendencia a la inflación normativa en una sociedad de complejidad creciente). Pero este problema es común a todas las ciencias humanas y sociales. Por supuesto, en el examen de la práctica jurídica, al igual que en las ciencias sociales, tiende a ser muy importante la cuestión de la *representatividad*, es decir, el problema de si la conducta de los sujetos examinados representa adecuadamente la realidad global objeto de estudio. Para afrontar este problema es oportuno contar con estadísticas (oficiales, generadas por las ciencias sociales o de elaboración propia) o llevar a cabo técnicas muestrales para la selección de los sujetos examinados o de los actos jurídicos objeto de estudio.

No obstante lo anterior, la representatividad no es un valor absoluto y algunos datos aislados pueden ser muy valiosos por varias razones. En primer lugar, pueden tener un gran valor heurístico, proporcionando pistas para una investigación de carácter cualitativo o para el trabajo teórico que no se hubieran podido obtener de otro modo. En segundo lugar, a pesar de su insuficiencia, pueden suplir en parte la carencia de datos cuantitativos; por más que desde la perspectiva de otras disciplinas pudiera cuestionarse la representatividad de los datos, la riqueza de la información sigue siendo mayor que si no se atiende de ningún modo a la práctica jurídica. En tercer lugar, las conductas poco frecuentes o cuya frecuencia no se ha acreditado pueden seguir siendo muy relevantes para el análisis jurídico, dado que esta disciplina no pretende en principio llevar a cabo generalizaciones sobre la conducta humana, sino más bien atender a problemas concretos. Así, por ejemplo, detectar un caso aislado de uso desviado de la norma o un problema operativo de aplicación o interpretación en la práctica puede ser muy útil para “problematizar” o contemplar críticamente una norma, con objeto de mejorar su calidad técnica aunque estos hechos no sean muy frecuentes o aunque esta frecuencia no pueda acreditarse.

Tanto por este dilema de la representatividad como por muchas otras exigencias del trabajo científico, resulta muy conveniente, que los juristas nos familiaricemos con los resultados obtenidos por las ciencias sociales y que incluso pongamos en práctica determinadas técnicas de investigación social (encuestas, entrevistas, grupos de discusión, análisis del contenido de textos no jurídicos, estudio de casos...) para obtener datos empíricos de la práctica jurídica. El uso de estadísticas oficiales, e incluso de los resultados de otras áreas de conocimiento es cada vez más frecuente entre los iuslaboralistas españoles. En cambio, la utilización de técnicas de investigación social está en un estado muy poco desarrollado, debido fundamentalmente a las dificultades formativas que se mencionaron anteriormente, pero también a que el uso de estas técnicas exige una inversión mayor de tiempo y de recursos respecto al trabajo jurídico tradicional. Por lo general, los trabajos de carácter interdisciplinar tienden a centrarse en aspectos más teóricos que empíricos<sup>45</sup>.

<sup>45</sup> VICK. D.W., *Op. Cit.*, p. 189. En el ámbito anglosajón, los estudios jurídicos de carácter empírico están mucho más desarrollados que en Europa Continental, pero todavía son escasos en comparación con los de carácter teórico.

No obstante lo anterior, creo que también es importante reconocer y potenciar un tipo de conocimiento práctico del jurista–investigador que deriva de su presencia en la sociedad en la que la norma se aplica y, especialmente, de su participación en el campo objeto de estudio como un experto. En primer lugar, debido a su especialización, el jurista–investigador entra en contacto con numerosos discursos (verbales o escritos) de carácter jurídico, científico o periodístico donde pueden obtenerse datos acerca de la aplicación del Derecho en la vida real. En segundo lugar, es habitual que por razones profesionales o personales tenga contactos y conversaciones informales con operadores jurídicos (abogados, graduados sociales, jueces y magistrados, inspectores de trabajo, empresarios, gestores de recursos humanos...); sin duda, los conocimientos teóricos facilitan el procesamiento de la información obtenida de manera informal a través de estos contactos. En tercer lugar, es muy frecuente que muchas personas (por ejemplo trabajadores o empresarios) consulten informalmente con el investigador los problemas que se encuentran en la práctica, poniendo así en contacto al teórico con los problemas reales que plantea la aplicación de la normativa en la vida cotidiana. Como resultado de estos procesos, lo habitual es que un académico de cierta experiencia se convierta en lo que en Antropología se denomina, un “informante bien informado”; desde luego, su conocimiento es menos directo e intenso que el que tiene una persona que está aplicando el Derecho Social en el día a día, pero a veces puede aportar una perspectiva más global que la de los juristas prácticos, al estar familiarizado con una diversidad mayor de situaciones.

75

Este conocimiento derivado de la experiencia debe ser reconocido y valorado, puesto que permite la aportación de datos de la práctica que enriquecen nuestros trabajos. Es habitual que los juristas, para facilitar la resolución de problemas interpretativos futuros o para hacer apreciaciones técnicas, “problematicemos” la norma planteando situaciones hipotéticas, o bien estrategias o reacciones posibles de los destinatarios ante los enunciados normativos. En ocasiones, estos casos hipotéticos no proceden de la imaginación del jurista, sino de la vida real, pero esta circunstancia se mantiene oculta para proyectar una imagen de mayor rigor, coherente con las tradiciones dogmáticas del discurso precientífico. Sin embargo, desde una perspectiva más vinculada al método científico, aunque no deja de ser útil plantear supuestos hipotéticos, un caso real es más valioso que una hipótesis construida únicamente por la imaginación; al mismo tiempo, a menudo puede ser oportuno hacer visibles las circunstancias en las que este caso real se ha producido, para facilitar el control intersubjetivo de las conclusiones a las que se llega.

Una vez que el jurista–investigador ha cobrado conciencia de la importancia de este conocimiento puede tratar de sistematizar la producción de datos basados en esta participación en el campo, a través de la técnica de investigación denominada “observación participante” que han popularizado los antropólogos. El mero hecho de ser consciente de la posición de observador puede permitir una mayor atención a la información recibida o motivar que se planifique de algún modo la información que se pretende recolectar de los contextos informales (por ejemplo, para hacer

las preguntas más adecuadas para sus propósitos de investigación). Por otra parte, podría incluso redactarse un “diario de campo” que permitiera registrar, ordenar y analizar posteriormente los datos producidos en la inmersión en el campo objeto de estudio.

### 3.3. ANÁLISIS DE EFECTIVIDAD: LOS DETERMINANTES DEL CUMPLIMIENTO DE LAS NORMAS LABORALES

Es evidente que el mero hecho de que el ordenamiento jurídico establezca una serie de mandatos, prohibiciones o posibilidades de acción no garantiza que los mandatos sean cumplidos, las prohibiciones respetadas o las posibilidades de acción puestas en práctica. Por este motivo, la “efectividad” o la aplicación del Derecho siempre constituye un problema importante a tomar en consideración en el análisis de cualquier norma jurídica o conjunto de normas.

He definido anteriormente el Derecho como un subsistema social funcionalmente especializado en la resolución de conflictos a través de la generalización de expectativas. A partir de esta definición pueden identificarse dos problemas fundamentales y permanentes que afectan al cumplimiento efectivo de las normas.

En primer lugar, cada uno de los subsistemas especializados en los que se dividen las sociedades más complejas tiene una racionalidad propia y se guía por procesos de comunicación relativamente independientes y en parte autorrecursivos<sup>46</sup>. En este contexto, el ordenamiento jurídico pretende regular a los demás subsistemas de la sociedad y a las demás instituciones sociales, pero lo hace con una lógica y un funcionamiento distintos a los que orientan estas instituciones. Así, por ejemplo, la lógica que rige el funcionamiento del Derecho es muy distinta a la lógica que reina en instituciones sociales como la familia o la empresa o en subsistemas o campos sociales como la economía o la política. Por este motivo, la intervención del Derecho resulta en cierto modo invasiva o agresiva, especialmente cuando se manifiesta abiertamente como una fuerza externa que impone a las partes en conflicto una solución ajena a su voluntad. Por supuesto, lo que sucede en un campo social puede afectar a otros campos, pero los estímulos “externos” son leídos e interpretados dentro de los parámetros de cada sistema y movilizan los elementos de este sistema dentro de su propia lógica. Así, por ejemplo, si la lógica de la empresa capitalista, a grandes rasgos, es la maximización del beneficio, el empresario contemplará el ordenamiento jurídico como un contexto o espacio de posibilidades en el que tiene que moverse para poder alcanzar este objetivo. En términos generales (al margen de la interacción con otros campos) no resulta predecible que un empresario adopte espontáneamente un comportamiento antieconómico. Si cumple con los mandatos del ordenamiento jurídico normalmente será porque considera que con ello con-

<sup>46</sup> Desde la perspectiva del Derecho como sistema autopoiético y analizando un caso concreto relativo a la prevención de riesgos laborales, *Vid.* PATERSON, J. y TEUBNER, G., “Changing Maps: Empirical Legal Autopoiesis”, en AAVV (Ed. Reza Banakar and Max Travers), *Theory and method in socio-legal research* [...]”.



sigue un beneficio, como el control de la incertidumbre o bien evita un perjuicio, como el coste de las eventuales sanciones o los problemas de funcionamiento de la empresa que implica un conflicto mal gestionado.

Debido a este carácter “externo” e “invasivo” del sistema jurídico, *en la práctica* opera como un agente subsidiario que se manifiesta visiblemente cuando las partes no son capaces de canalizar el conflicto a través de los mecanismos internos del espacio social en el que el conflicto aparece. Cuando el conflicto surge entre persona que tienen una relación social continuada, lo más habitual es que las partes solo pongan en funcionamiento el poder coactivo del ordenamiento jurídico cuando la relación social regulada está *de facto* rota o muy debilitada; y, por otra, parte, en caso de que esté debilitada, la invocación de esta fuerza externa e invasiva puede terminar por fracturar definitivamente la relación entre las partes. Así, por ejemplo, los progenitores pueden estar en desacuerdo acerca de una decisión relativa al ejercicio de la patria potestad, pero lo normal es que traten de resolver estos problemas a través de mecanismos internos a la institución familiar, o, en caso de que no constituyan una familia, a través de otras pautas culturales que regulan ese tipo de relaciones; el hecho de que acudan a un juez para resolver una cuestión cotidiana relativa al ejercicio de la patria potestad implica ya un funcionamiento patológico de la familia o de las relaciones sociales entre los padres.

En segundo lugar, la existencia del conflicto presupone que las partes están condicionadas por intereses contrapuestos. Estos intereses condicionan notablemente la conducta de las partes. En principio, el ordenamiento jurídico establece un punto de equilibrio determinado entre estos intereses en pugna, proporcionando una cierta certidumbre respecto a los problemas que puedan plantearse en el futuro. Sin embargo, existe una fricción permanente entre la necesidad que tienen las partes de que existan soluciones predeterminadas para sus eventuales conflictos y las propias necesidades que derivan de los intereses en juego. Por este motivo, a menudo la intensidad del enfrentamiento de intereses desborda el marco regulatorio, lo que implica una tendencia a intentar modificarlo, o simplemente, a no acatar los patrones jurídicos.

En este contexto, las razones para cumplir las normas pueden dividirse en dos grandes apartados: la legitimación y la coacción<sup>47</sup>.

La *legitimación* de las normas jurídicas es su aptitud para ser cumplidas de manera voluntaria y espontánea, sin necesidad de una fuerza externa que se imponga a los destinatarios. Considero oportuno distinguir entre tres tipos de legitimación: formal, sustancial y pragmática.

<sup>47</sup> JONES, H.W., *Op. Cit.*, p. 63 se refiere a la “obligación” (que viene a coincidir con lo que he denominado “legitimación”) y la “coacción”. CRUZ VILLALÓN, J. y RODRÍGUEZ-RAMOS VELASCO, P., *Op. Cit.* p. 28 se refieren a los condicionantes intrínsecos al proceso de creación de la norma y los que son relativamente externos; dentro de los condicionantes intrínsecos distinguen entre una vertiente subjetiva (pp. 28–29), que viene a coincidir con lo que yo he llamado legitimación formal y una vertiente objetiva (pp. 29–30) que se vincula a lo que he denominado legitimación sustancial y legitimación pragmática.

La *legitimación formal* deriva de la autoridad moral (*auctoritas, ethos*) que tiene la entidad que promulga las normas o el procedimiento por el que se han configurado. La autoridad del procedimiento de creación del Derecho puede derivar de la creencia generalizada de que las normas se han formado en virtud de algún principio “democrático” o incluso de que provienen de la propia voluntad de los sujetos afectados por ellas (por ejemplo, a través de la autonomía colectiva); pero también puede sustentarse en otras vías como la vinculación a un orden religioso o a una verdad “científica” o a la confianza depositada en los líderes que han participado en el procedimiento de adopción de decisiones. La autoridad moral de la entidad que produce la legislación puede derivar de todos estos factores, y también, en términos generales, de la integración política y social de los destinatarios de la norma en la sociedad donde se inserta; si los destinatarios están excluidos de la participación política o si sufren exclusión social es menos probable que acaten espontáneamente los preceptos normativos<sup>48</sup>, si los demás factores permanecen constantes.

La *legitimación sustancial* de las normas consiste en la aceptación de la bondad o justicia de su contenido, que puede derivar de la interiorización de sus pautas de comportamiento o simplemente del hecho de que éstas se hayan hecho coincidir con los valores dominantes. Los sujetos que tienen interiorizados los contenidos de las normas jurídicas las cumplen espontáneamente, sean o no conscientes del carácter jurídico de su conducta.

78

La *legitimación pragmática* consiste en la necesidad permanente de reducir al máximo la incertidumbre en la vida social y de favorecer la seguridad del tráfico jurídico y económico; así, por ejemplo, hay fuertes razones para obedecer la norma que ordena a los conductores circular por la derecha, aunque su contenido no sea particularmente necesario o aunque la autoridad que la haya emitido sea poco aceptada.

La *coacción* es la imposición de las soluciones previstas por el ordenamiento a través de la violencia institucionalizada y legalmente sancionada del aparato de poder estatal en el que las normas se integran, como una fuerza externa que los destinatarios se sienten compelidos a obedecer, aunque no funcionen los mecanismos de legitimación. También podemos distinguir tres tipos de coacción:

a) La imposición directa de los patrones normativos a través de la potestad jurisdiccional de “hacer ejecutar lo juzgado”, no implica que los ciudadanos cumplan las normas pero sí que sus efectos previstos se van a terminar aplicando.

b) La anticipación de este poder coactivo puede llevar a las personas a cumplir con los mandatos normativos de un modo aparentemente espontáneo pero no del todo voluntario; así, por ejemplo, si a un empresario le notifican una sentencia desfavorable, lo normal es que la cumpla, puesto que de lo contrario al final terminaría aplicándose un proceso de ejecución.

<sup>48</sup> JONES, H.W., *Op. Cit.*, p. 84. A mi juicio, este es el principal motivo de que la “cultura cívica” de cumplimiento de las normas sea tan distinta en los países de industrialización deficiente respecto a aquellos en los que el orden capitalista se ha instalado de manera más profunda y estable.

c) El establecimiento de una pena o sanción, que supone la amenaza de un mal que los destinatarios de la norma pretenden evitar. El establecimiento de “sanciones positivas” que incentivan o estimulan la realización de un determinado acto jurídico no encaja fácilmente en el concepto de “coacción”, pero en realidad opera de un modo similar: el destinatario cumple una norma para obtener un resultado concreto aunque esta norma en sí misma no posea una legitimación muy intensa.

Aunque la coacción implica un cumplimiento “alienado” de la norma, en el que el sujeto obligado responde a una fuerza externa que se impone sobre su voluntad, también es probable que constituya un refuerzo simbólico importante para la legitimación sustancial de las normas en la medida en que, por razones diversas, los destinatarios tienden a interiorizar más fácilmente las normas cuando los mecanismos coactivos son adecuados<sup>49</sup>. Por otra parte, los efectos de la coacción no se aplican únicamente a las prohibiciones y los mandatos, sino que pueden influir indirectamente en las normas que establecen posibilidades de actuación; normalmente, el sujeto hará un uso más frecuente de estas posibilidades si tiene confianza en la aplicación efectiva del contenido de la norma en caso de conflicto.

Uniendo todas estas reflexiones puede llegarse a algunas conclusiones generales respecto a la efectividad del Derecho. Los contextos sociales regulados por el ordenamiento jurídico siguen su propia lógica, aunque también reciben los estímulos del Derecho y reaccionan a ellos conforme a sus patrones de funcionamiento específicos; en estos espacios las personas y grupos “movilizan” distintos elementos para apoyar sus intereses, ya sea en la gestión cotidiana del conflicto, ya sea en momentos patológicos de crisis de las relaciones sociales. Aunque desde una perspectiva interna el ordenamiento jurídico “debe” ser obedecido en todo caso, si se examina la realidad práctica desde una perspectiva externa, el Derecho es uno más de estos elementos que condicionan la relación de poder entre las partes, participando con otros factores en la determinación de las soluciones a las que efectivamente se llega en el enfrentamiento de intereses contrapuestos.

Aunque, como ya he señalado, el recurso a los mecanismos estatales de coacción solo se produce en situaciones extremas o patológicas en los que la relación social entre las partes está seriamente dañada o a punto de dañarse, el Derecho también cumple un papel muy importante actuando “en la sombra”, de manera indirecta, como un marco regulatorio que influye en la gestión cotidiana del conflicto<sup>50</sup>.

Por una parte, la eventual intervención final del poder estatal se contempla como el posible coste de un conflicto mal resuelto; así pues, este resultado posible “aletea” sobre la conducta de las partes e influye en su conducta de manera directa o indirecta, consciente o inconsciente. Salvo en situaciones patológicas, los conflictos se resuelven por los mecanismos internos de cada subsistema social pero en la movilización de estos mecanismos influye notablemente la relación de poder entre las

<sup>49</sup> JONES, H.W., *Op. Cit.*, p. 78.

<sup>50</sup> Vid. ALBISTON, K., “Bargaining in the shadow of social institutions: competing discourses and social change in workplace mobilisation of Civil Rights”, *Law and Society Review*, Vol. 39, n° 1, 2005.

partes, que en parte está condicionada por el Derecho. Así, por ejemplo, si en último término el conflicto mal resuelto entre empresario y trabajador se va a saldar con un despido o con una extinción a iniciativa del empleado, el coste previsible de estas formas de extinción afecta a las relaciones de poder en los pequeños conflictos cotidianos entre trabajador y empresario, a pesar de que por distintas razones resulte poco práctico acudir a la jurisdicción para afrontar estas disputas.

Por otra parte, las normas jurídicas pueden servir para concretar y especificar determinados intereses que previamente no estaban verbalizados y también para proporcionar una suerte de “legitimación moral” a la defensa de los intereses amparados por el Derecho. Así, por ejemplo, incluso en el ámbito de la empresa, el hecho de que un interés sea reconocido formalmente como un “derecho” puede hacer que el trabajador cobre conciencia de ese interés, puede infundirle ánimos para su defensa o puede hacer que sus parientes y amigos lo motiven en este sentido<sup>51</sup>; también puede ser un elemento retórico de legitimación en la negociación informal con el empresario, aunque por supuesto los resultados de esta negociación dependen sobre todo de las relaciones de poder entre las partes.

En términos generales, el Derecho no será efectivo en la canalización del conflicto de intereses en la medida en que<sup>52</sup>:

- a) Las relaciones de poder entre las partes en conflicto estén tan desequilibradas que impidan o dificulten notablemente la movilización de los derechos por cauces formales o informales (déficit en la coacción).
- b) Los mecanismos de tutela y coacción resulten insuficientes, por ser las sanciones jurídicas previstas de entidad escasa o bien por que no existan certezas de su imposición (déficit en la coacción).
- c) Las normas no sean conocidas por los destinatarios o su contenido no esté claro, de manera que no aporten seguridad jurídica (déficit de legitimación pragmática).
- d) La autoridad que emite la norma o el procedimiento en el que se han configurado no están legitimados socialmente (déficit de legitimación formal)
- e) El contenido de las normas no sea compartido por sus destinatarios (déficit de legitimación sustancial) o no sea técnicamente apropiado para afrontar el conflicto (déficit de legitimación sustancial y de legitimación pragmática).

Un caso extremo de falta de efectividad es el fenómeno que en varios de mis trabajos he denominado *doble regulación* y que consiste en una superposición contradictoria entre las pautas formalmente vigentes y las pautas informales, ajenas al Derecho como sistema especializado, a las que se ajustan verdaderamente las

<sup>51</sup> *Ibid.* p. 27.

<sup>52</sup> Desde otra perspectiva, JONES, H.W. *Op. Cit.*, p. 14 se refiere a fallos en la comunicación, fallos para conseguir acciones de apoyo (como la demanda o solicitud formal), evitación del cumplimiento de la norma (sea o no de modo fraudulento), fallos en la coacción y fallos en la obligación (legitimación).

expectativas de los actores sociales. Así, por ejemplo, existe una cierta doble regulación en el contexto de las pequeñas empresas y, sobre todo, de las microempresas; también existe en la ordenación de las migraciones laborales (puesto que la forma real de inmigrar a España difiere notablemente del modelo legal), o en materia de contratación temporal. En estos casos el Derecho fracasa en su misión de generalizar expectativas para la resolución de conflictos, puesto que los destinatarios de la norma ajustan su conducta a otros patrones que conocen y que no coinciden con los previstos por el ordenamiento. Por supuesto, la doble regulación admite varias gradaciones, desde las sutiles diferencias entre las normas de tráfico “oficiales” y las normas por las que realmente se rigen los conductores, hasta la distancia radical que existe o ha existido en los países colonizados entre los sistemas tradicionales de resolución de conflictos y el marco institucional impuesto por la potencia colonial cuando esta imposición ha sido poco exitosa.

El análisis de la efectividad del Derecho despliega especificidades muy importantes en el contexto laboral. Esto no quiere decir que el problema no tenga relevancia en materia de Seguridad Social; en este caso pueden contemplarse aspectos como el desconocimiento de los derechos por parte de los destinatarios de la norma, el fraude de los beneficiarios en el disfrute de prestaciones, la evasión del pago de cotizaciones por parte de los empresarios o las malas prácticas administrativas. No obstante, en términos generales, la normativa laboral se caracteriza por presentar especiales dificultades para su cumplimiento y ello se basa, a mi juicio, fundamentalmente, en dos motivos.

En primer lugar, las empresas capitalistas son entidades que compran en el mercado diversos factores de producción y los organizan para producir bienes y servicios y venderlos en el mercado, buscando siempre el máximo beneficio del intercambio; así pues, en la empresa hay una tendencia muy fuerte a la manipulación del factor trabajo como un elemento impersonal en la maximización del beneficio y en este contexto el Derecho del Trabajo se percibe a menudo por el empresario como un factor externo que provoca disrupciones en esta lógica básica<sup>53</sup>; incluso los empleadores sin ánimo de lucro se ven compelidos por el contexto económico en que se encuadran a seguir en muchos aspectos una lógica puramente empresarial.

En segundo lugar, el modo capitalista de producción implica que el empresario que compra la fuerza de trabajo en el mercado se sitúe en una posición de poder respecto al trabajador cuyo esfuerzo organiza y del que se beneficia; la desigualdad entre las partes es inherente a la relación de trabajo asalariado, aunque, por supuesto, su intensidad y características dependen de muchos otros factores. Este poder social, como todas las formas de poder, tiene, en términos globales, una tendencia “natural” al exceso (incluso más allá de las finalidades estrictamente económicas) y, de cualquier modo, dificulta la movilización de los derechos laborales.

A mi juicio, el grado de cumplimiento de la normativa laboral en la empresa depende fundamentalmente de cuatro factores, que a su vez derivan de un cúmulo muy

<sup>53</sup> CRUZ VILLALÓN, J. y RODRÍGUEZ-RAMOS VELASCO, P., *Op. Cit.*, p. 30.

complejo de circunstancias: 1) La *capacidad de organización* de los trabajadores; 2) El “*coste*” (en sentido amplio) de la extinción del contrato y el coste de sustitución del trabajador; 3) El funcionamiento eficaz de los *mecanismos jurídicos de coacción* que permiten la tutela de los derechos laborales; 4) La *legitimación* formal, sustancial y pragmática de las normas laborales.

Las normas jurídicas pueden influir en estos cuatro factores, pero no pueden controlarlos del todo, ya que también es muy grande la influencia o la significación de otros elementos del contexto, de carácter económico, social y cultural:

– El poder de organización de los trabajadores puede verse influido por el Derecho Colectivo del Trabajo (especialmente por la promoción del hecho sindical) y también por la regulación de la estabilidad en el empleo, pero también depende de otros elementos, como las condiciones objetivas en las que se desarrolla el trabajo (por ejemplo, en el servicio doméstico o en las microempresas existen dificultades muy grandes para la organización), el nivel de desempleo o la cultura asociativa y las tradiciones sindicales.

– El coste global de la sustitución del trabajador depende en gran medida de la regulación de protección del empleo (despido, extinción y contratación temporal), pero también del poder de mercado del trabajador, derivado de su cualificación y de las condiciones de la oferta de trabajo en el mercado (por ejemplo, los niveles de desempleo y los requerimientos de mano de obra).

82 – La eficacia de los mecanismos de tutela depende en buena parte de la regulación del proceso judicial y de otros procedimientos de tutela (como los de carácter sancionador) y de los medios materiales y humanos puestos a disposición de esta finalidad pública. Pero, por otra parte, es difícil que estos mecanismos puedan ponerse en práctica de manera adecuada si el desequilibrio de las relaciones de poder (determinado por los dos factores anteriores) impide la movilización efectiva, ya sea individual o colectiva, de los derechos laborales.

– La legitimación formal, sustancial y pragmática de las normas deriva en gran medida de su diseño y procedimiento de elaboración. Así, por ejemplo, es muy difícil que las normas se apliquen efectivamente si son técnicamente deficientes, si están mal redactadas, si no son comprensibles, si no parten de una comprensión mínima del contexto de aplicación, si están planteadas para un contexto distinto del que existe realmente o si no tienen en cuenta la percepción o los intereses de los destinatarios. Asimismo, a priori parece que puede contar con mayor legitimación una norma pactada por interlocutores sociales que sean representativos que la imposición de una fuerza externa a las partes del contrato de trabajo. No obstante, no todos los elementos relevantes pueden ser controlados por el legislador.

En la actualidad, por ejemplo, existe en nuestro país una crisis muy fuerte de legitimidad de la institución parlamentaria (por diversas razones es difícil sostener o fingir que el Parlamento emite las normas que los ciudadanos mayoritariamente han querido para sí mismos) y una gravísima crisis de legitimación y representa-

tividad de los sindicatos y organizaciones empresariales que opera en perjuicio de la autoridad moral de las instituciones que generan las normas laborales. Por otra parte, también pueden ser relevantes elementos culturales en relación con la valoración social que en distintas sociedades merece el cumplimiento de las normas estatales, si bien estas diferencias culturales no son variables independientes, sino que provienen a su vez de las distintas formas de organización social y de la evolución histórica de la construcción de la economía de mercado en cada entorno.

En todo caso, a mi juicio, la legitimación es un factor secundario en el ámbito laboral debido a las particularidades de la empresa capitalista que se han mencionado anteriormente. Si las relaciones de poder entre las partes, derivadas de los demás factores, se encuentran muy desequilibradas, entonces resulta muy difícil que el empresario acepte e interiorice normas restrictivas contrarias a sus intereses inmediatos. En cambio, si existe un cierto equilibrio en las relaciones de poder, la cuestión de la legitimación cobra relevancia en la determinación de la efectividad de las normas.

En este contexto, la capacidad de los trabajadores de movilizar sus derechos laborales en la gestión cotidiana del conflicto inherente a las relaciones laborales se retroalimenta con el empoderamiento del trabajador que lleva a cabo el Derecho del Trabajo, formando un círculo virtuoso, o, en su caso, vicioso. Cuanto más equilibradas estén las relaciones de poder entre empresario y trabajador, más capacidad tendrá este para movilizar sus derechos laborales y cuanto mayor sea esta capacidad de movilizar los derechos, más se aplicará efectivamente la función de empoderamiento del Derecho del Trabajo, equilibrándose aún más las relaciones de poder. Y también al contrario, cuanto más débil sea la posición del trabajador, menos capacidad tendrá para movilizar sus derechos, lo que debilitará aún más su capacidad de influencia.

Por este motivo, es preciso plantearse cuáles son las instituciones clave del Derecho del Trabajo, a las que hay que prestar una especial atención puesto que que permiten un empoderamiento efectivo del trabajador y facilitan la aplicación del resto de las normas. A mi juicio, la piedra angular de toda la normativa laboral es la regulación del despido y las instituciones conexas, porque es el espacio donde el legislador puede ejercer una influencia más intensa sobre los factores anteriormente señalados. Por supuesto, la influencia sobre los costes de la extinción es directa e inmediata, pero este efecto supone también una evidente ampliación de la capacidad de organización de los trabajadores y de sus posibilidades para movilizar el resto de los derechos acudiendo a los mecanismos de tutela. En segundo término también influyen decisivamente sobre estos factores la legislación procesal, el derecho sancionador del trabajo y el Derecho Colectivo del trabajo (este último en la medida en que suponga un estímulo para la organización efectiva de los trabajadores).

#### 3.4. LA RACIONALIDAD DE LA NORMA: EFICACIA, PROPORCIONALIDAD Y EFICIENCIA

Los parámetros anteriores establecen un marco para el análisis técnico-jurídico de la racionalidad de la norma. Utilizo aquí el término “racionalidad” en el sentido de

“racionalidad instrumental”, de modo que este análisis se refiere a la adecuación de los medios utilizados para alcanzar los fines pretendidos, en términos de eficacia y eficiencia. Las proposiciones alcanzadas de este modo tienen un carácter eminentemente técnico y son relativamente independientes de los juicios de valor que al jurista le merezcan los fines pretendidos por la norma o la jerarquización de estos fines, es decir, de las consideraciones filosóficas sobre la *justicia* de las normas, si bien existen algunas conexiones entre unos y otros aspectos.

También se distingue de los juicios sobre la *validez* de la norma, es decir, de su existencia real en el ordenamiento jurídico desde una perspectiva interna. De acuerdo con la jurisprudencia reiterada del Tribunal Constitucional, las distinciones normativas pueden vulnerar el principio constitucional de igualdad en el contenido de la ley si la diferencia de trato no se debe a una causa objetiva, razonable y proporcionada. No obstante lo anterior, resulta excesivo considerar que todas las normas ineficaces resultan contrarias a la Constitución; ello solo sucedería con las que provocaran situaciones de desigualdad tan desproporcionadas respecto a los fines de la norma que resultaran arbitrarias. En virtud de la noción de *discriminación indirecta*, el juicio de proporcionalidad es más intenso cuando la norma provoca un impacto desfavorable sobre colectivos que se encuentran en una posición sistemática de desigualdad en la sociedad; en estos casos, la carga de la justificación es mayor y exige que la relación de proporcionalidad no se contemple exclusivamente respecto a las diferencias individuales, sino que se tenga en cuenta también el impacto en la degradación de la posición socio-jurídica de estos colectivos; para expresar esta mayor intensidad de la justificación se hace referencia en ocasiones a la noción de *necesidad*. Tampoco en este caso las exigencias constitucionales suponen que cualquier norma *mejorable* en términos de eficacia y eficiencia sea inválida, lo que resultaría absurdo, sino que su expulsión del ordenamiento jurídico solo se producirá cuando exista un determinado grado de desproporción entre los fines perseguidos y los medios empleados, que dependerá de cada caso concreto, pero que presenta matices diferenciados cuando se produce un impacto desfavorable sobre determinados grupos sociales.

Para llevar a cabo el análisis de eficacia puede ser útil partir de un esquema de trabajo. La estructura que planteo a continuación se ordena en una serie de fases que, en principio, se conciben como sucesivas. No obstante, debe tenerse en cuenta que las diferentes fases se encuentran interconectadas entre sí, de modo que a menudo será necesario volver hacia atrás, a medida que los nuevos datos amplifiquen el contexto del análisis. Por otra parte, la exposición de los resultados obtenidos no necesariamente tiene que ceñirse al esquema de razonamiento que se ha seguido para el análisis.

– En primer lugar, es necesario partir de la *comprensión de la norma desde un punto de vista interno*. Esto exige recurrir a las clásicas técnicas hermenéuticas para la determinación del significado de las normas partiendo de la literalidad de su enunciado y del contexto sistemático y social en el que las normas aparecen.



– En segundo lugar, a través del análisis funcional (*Vid. Supra.* 3.1) deben examinarse las distintas funciones que cumple la norma y la superposición, contraposición y jerarquización de estas. Por supuesto, esta fase está íntimamente conectada con la anterior, por cuanto, como he señalado anteriormente, el análisis funcional facilita la interpretación teleológica de la norma.

– En tercer lugar, es preciso proceder a una reflexión acerca de los *efectos* de la norma. Para ello resulta muy conveniente analizar la práctica jurídica y social (*vid. Supra.* 3.2.), pero también es preciso “problematizar” la norma a través del planteamiento de casos hipotéticos, aunque, por supuesto, partiendo de los conocimientos previos que el investigador tiene de la realidad social y la práctica jurídica. Este examen de casos hipotéticos es necesario en todo caso por dos motivos: por una parte, los datos sobre la práctica jurídica son insuficientes; incluso aunque nos encontráramos en un estadio más avanzado respecto a los trabajos empíricos, la realidad jurídica como totalidad es inabarcable. Por otra parte, la reflexión del jurista-investigador debe ser capaz de anticiparse a problemas futuros.

El análisis de los efectos de la norma abarca varios aspectos:

a) Reflexión sobre la *efectividad o aplicación del Derecho* (*Vid. Supra.* 3.3), que se refiere a los efectos *pretendidos* por el legislador, combinando aspectos empíricos e hipotéticos. Esta reflexión abarca, por una parte, el problema de si los mandatos o prohibiciones se cumplen, se desobedecen abiertamente o se bordean o evaden por otros cauces y, por otra parte, la cuestión de si los operadores jurídicos aprovechan las posibilidades de acción generadas por la norma, especialmente cuando concurren las necesidades sociales o económicas que el legislador pretendía atender. De este modo puede plantearse la adecuación de los medios empleados a los fines perseguidos por el legislador.

b) Reflexión sobre los *efectos secundarios*, que son los “no pretendidos” por el legislador, es decir, los que no están vinculados a los fines de la norma, hayan sido o no realmente previstos por el legislador. Normalmente, estos efectos no pretendidos pueden calificarse como *efectos secundarios negativos o perversos* porque se oponen a la finalidad de la norma (efecto *boomerang*)<sup>54</sup> o a otra finalidad valorada positivamente por el ordenamiento jurídico (*efectos negativos colaterales*). Por supuesto, no es imposible que los efectos no pretendidos de alguna norma contribuyan a finalidades valoradas positivamente por el ordenamiento.

<sup>54</sup> En cambio, FUENTES RODRÍGUEZ, F., “El efecto boomerang: un apunte sobre el análisis jurídico desde la perspectiva de los objetivos de la norma”, en AAVV (dir. Jesús Cruz Villalón), *Eficacia de las normas laborales...* Op. Cit. p. 167 se utiliza la expresión “efecto boomerang” en términos más amplios [...] “aquellas situaciones en que se da la existencia de normas que se cumplen pero que, previstas con determinada finalidad, producen un efecto diverso, que puede ser añadido o no, al deseado. Las variantes pueden ser muchas: normas que provocan el efecto buscado, pero que desencadenan un efecto colateral adicional no deseado; normas que no provocan el efecto buscado, dando lugar a consecuencias diversas pero no contrarias al efecto buscado; normas que provocan un efecto inverso al deseado; normas no laborales que provocan efectos indeseados en las laborales”.

c) En muchos casos, podría ser necesario un examen específico de los *costes económicos* de la medida, que tienen la ventaja de que se pueden cuantificar. En todo caso, en términos cualitativos y a efectos de su ponderación con los resultados obtenidos por la norma, el “coste” total de la medida incluye tanto estos costes económicos como el eventual daño que pudiera producirse para bienes valorados positivamente por el ordenamiento jurídico.

– En cuarto lugar, la comparación entre los efectos pretendidos y los efectos secundarios permite hacer *valoraciones de proporcionalidad* de los preceptos analizados.

– En quinto lugar, en función de las disfunciones que se hayan observado podrán plantearse *alternativas hipotéticas de regulación* que resulten más eficientes en la consecución de los fines pretendidos por la norma. En la medida en que estas alternativas resulten convincentes, podrá criticarse, en su caso, la *eficiencia* de la norma.

#### 4. CONCLUSIONES

El problema de la eficacia normativa es una cuestión netamente jurídica que es preciso afrontar para comprender el ordenamiento de un modo socialmente útil. Este empeño necesita combinar las visiones interna y externa del ordenamiento jurídico.

86 Para abordar este problema de manera solvente es necesario aproximarse a las teorías, las técnicas de investigación y los resultados obtenidos por otras disciplinas sociales y humanas. Esta apertura interdisciplinar plantea algunas dificultades que es preciso tomar en consideración.

La valoración técnico-jurídica de la eficacia de la norma exige partir de un análisis profundo de las funciones que cumple en el sistema social total, pero también de un examen de la práctica jurídica a través de fuentes diversas de conocimiento para determinar los efectos que la norma produce o puede producir sobre la realidad social.

En el marco de este examen de los efectos de la norma cobra especial relevancia el problema de la aplicación efectiva del Derecho, que en el ámbito laboral presenta connotaciones particulares. Dada la importancia que tiene en este marco la desigualdad de poder entre las partes, considero que es oportuno esforzarse especialmente en el análisis de las instituciones que son más relevantes para el empoderamiento de los trabajadores y en especial, de la institución del despido.

Por otra parte, también es muy relevante la consideración de los posibles efectos secundarios de la normativa. El conocimiento de la aplicación efectiva de las normas analizadas y la ponderación entre los efectos pretendidos y los efectos secundarios permiten hacer apreciaciones acerca de la racionalidad y eficiencia de instituciones jurídicas concretas o de preceptos determinados.