

La codificación en derecho del trabajo: pragmatismo e ilusiones¹

Antoine Jeammaud (*)

RESUMEN

Un ejercicio de derecho comparado, permite vincular el proceso de codificación del Derecho de Trabajo en Francia y en otros países, con la autonomía de esta rama del Derecho y con lo que podría llamarse una teoría general del Derecho del Trabajo.

Como bien se sabe, la legislación, en cuanto actividad pública, estatal, de producción de normas jurídicas, no tiene igual protagonismo – y, por ende, los « textos legislativos », en sentido material, no ocupan un espacio equiparable – en los ordenamientos jurídico-laborales de los distintos países. Además, entre los ordenamientos que cuentan con una sustancial normativa legislativa y reglamentaria, no todos conocen esta forma del « discurso legislativo »² consistente en un extenso cuerpo de enunciados encaminado a enmarcar, ordenar, regular el conjunto o la mayor parte de las relaciones entre los empresarios, sus trabajadores subordinados o dependientes (o asimilados), las organizaciones involucradas en la

representación y defensa de intereses de unos y otros, y los poderes públicos, abarcando las distintas dimensiones de dichas relaciones (relaciones de trabajo propiamente dichas, relaciones profesionales – « relaciones individuales » y « colectivas » en una muy discutible terminología³ – pero también instrumentos de política del empleo, instituciones de vigilancia del cumplimiento de las demás normas y de solución de los litigios y conflictos). Llámese a aquel conjunto extenso y ordenado de disposiciones « código del trabajo », « ley del trabajo » o « consolidación de las leyes del trabajo ».

Son pocos los Estados de Europa occidental dotados de ese tipo de instrumentos normativos. En lo que se refiere a la Unión Europea, sólo Francia (desde las décadas 1910-1920) y Portugal (con su *Código do Trabalho* de 2003, de inspiración y significación claramente opuestas a las del *Estatuto do Trabalho Nacional* de 1933) poseen un « código del trabajo ». Lo que no se ve en otros países con sistema de derecho del trabajo muy desarrollado y sofisticado como Alemania⁴, Italia o España, en los cuales las relaciones laborales se rigen básicamente por normas

(*) Profesor emérito de la Universidad Lumière de Lyon (Lyon 2)

Presidente honorario de la Asociación francesa de derecho del trabajo y de la seguridad social

- 1 Una versión en lengua portuguesa del presente trabajo se publicó en el libro 70 anos de CLT: Passado e Futuro das Relações de Trabalho, Anais da Academia Brasileira de Direito do Trabalho 20013, coord. N. Mannrich, G. Vogel, V. Florindo, Y. Frediani, Porto Alegre, Lex Magister, 2014 (pp. 193-217). Este estudio desarrolla la sustancia de una conferencia presentada por el autor, en cuanto miembro correspondiente de la Academia, en el Congreso de la misma celebrado en San Paulo, en septiembre del 2013, con motivo el setentavo aniversario de la Consolidação das Leis do Trabalho. El autor agradece mucho a Fernando Bolaños Céspedes, la revisión de este manuscrito.
- 2 Esa expresión « discurso legislativo » la usamos, y proponemos que se utilice, para denominar el conjunto de disposiciones con significación normativa en sentido amplio del adjetivo (es decir inclusive enunciados institutivos – a la manera del artículo 1° de la Constitución brasileira vigente : « A República Federativa do Brasil... constitui-se em Estado Democrático de Direito ... » o del artículo primero de la Constitución de Costa Rica : « Costa Rica es una República democrática, libre e independiente », procedentes de actos de legislación (leyes constitucionales, leyes ordinarias, decretos, otros actos previstos por las normas sobre producción de normas) que, en nuestros Estados contemporáneos, modifican, extienden o reducen, en un flujo constante, el conjunto de los enunciados vigentes. Este discurso legislativo constituye el componente central, pero no exclusivo (véase infra III, B, la evocación del peso paradójico de la jurisprudencia en el sistema francés), del ordenamiento jurídico estatal en países con sistema predominantemente legiferado, como son Francia, Brasil, Chile, Costa Rica, etc..
- 3 Véanse nuestras líneas para el verbete « Relações de trabalho », in ANDT, Dicionário brasileiro de Direito do Trabalho (J. A. Rodrigues Pinto, L. Martinez, N. Mannrich, coord.), São Paulo, LTr, 2013.
- 4 Leyes adoptadas desde el nacimiento de la República Federal de Alemania (1949) conviven con disposiciones del BGB (Código civil) sobre el contrato de servicio. No tuvieron éxito los intentos de codificación específica.

del Código civil y leyes particulares, aunque estas últimas resulten centrales en aquel ordenamiento laboral y emblemáticas del mismo, como es el caso de la ley italiana de 1970 conocida como *Statuto dei Lavoratori*⁵ o de la *Ley de Estatuto de los Trabajadores* (subordinados) española promulgada en 1980, en cumplimiento de un precepto de la Constitución democrática de 1978.⁶ Hay también códigos del trabajo en la mayoría de los países del centro y del este de Europa, o sea del « imperio soviético », que sustituyeron, tras la caída del Muro de Berlín, aquellos promulgados durante el periodo del « socialismo »⁷. En cambio, el espacio escandinavo y, evidentemente, el mundo anglo-sajón (desde Gran Britania hasta Nueva Zelandia) permanecen reacios a aquella forma de producto legislativo, en materia laboral y de protección social en particular, con una llamativa pero muy parcial excepción en América del Norte : Cánada y algunas de sus provincias⁸.

En América Latina, en cambio, bastantes ordenamientos jurídico-laborales se caracterizan por la presencia del tipo de instrumento legislativo aquí evocado. Así, sería el caso de México, cuya primera Ley federal del trabajo (LFT) se remonta a 1931, en cumplimiento del famoso artículo 123 de la Constitución de 1917, sustituida

por una nueva LFT en 1970 (reformada de manera importante a finales del año pasado), de los países dotados de un « Código del (o de) trabajo », como Chile (desde 1931 y nuevo código de 1987, reformado en 2001), Paraguay, Costa Rica, Guatemala, Panamá, República Dominicana, o « Código sustantivo del trabajo » con un correspondiente «Código procesal» para el caso de Colombia, o « Ley orgánica del trabajo » (complementada por sus reglamentos) en Venezuela, y obviamente Brasil con su *Consolidação* (CLT) de 1943. De modo que ordenamientos jurídico-laborales como los de Argentina, del Uruguay o de Perú, parecen excepciones.

Es, pues, en Francia que por vez primera se llevó a cabo, a principios del siglo pasado, y se concretó poco a poco, la ambición de confeccionar un instrumento legislativo que juntara en un *corpus* único, y en forma mínimamente ordenada, la inmensa mayoría de las disposiciones reguladoras de las relaciones laborales. Se trató sin embargo, y tras debates de no poca relevancia, de una ambición modesta, de menor alcance político, según parece, que aquella que iba a inspirar la confección de la *Consolidação* brasileña en aquel tiempo del Estado Novo de Getúlio Vargas. Pero no es sólo desde ese punto de

5 Ley del 20 de mayo de 1970, cuyo título preciso es: « Norme sulla tutela della libertà e dignità dei lavoratori, della libertà sindacale e dell'attività sindacale nei luoghi di lavoro e norme sul collocamento ». Ley emblemática históricamente y significativa desde el punto de vista de la política del derecho, pero que, por su objeto bastante limitado dista mucho de lo que debería ser un código del lavoro, e incluso de lo que sugiere la expresión tan difundida de « Statuto dei lavoratori ». En Italia, se publican libros titulados « Codice del lavoro » que reúnen textos nacionales, internacionales, europeos, sobre trabajo. Cabe señalar, entre otros, un genuino y riquísimo « Codice dei lavori » compuesto a iniciativa y bajo dirección de Marcello Pedrazzoli (Giuffrè Editore), auténtica obra maestra de dogmática jurídica « pura », en la medida en que se reproducen, combinan y ordenan, y no solo se describen, las disposiciones normativas).

6 Los objetos del « ET » español son mucho mas diversificados que aquellos del Statuto italiano. El discurso legislativo del país cuenta también, desde una ley de 2007, de un Estatuto del Trabajo Autónomo que destacados tratadistas españoles consideran, según parece, como nuevo componente del « derecho del trabajo » (las disposiciones referidas a los trabajadores autónomos económicamente dependientes - o TRADE - por lo menos). En ese mismo país un « Código del Trabajo » se aprobó en 1926, durante el período de la Dictadura del general Primo de Rivera. Con posterioridad, se propusieron anteproyectos de nuevos códigos (en 1935, durante la Segunda República pues, y en 1950, en aquel tiempo del « Estado nacional-sindicalista », es decir de la dictadura franquista). Adviértase que, de acuerdo con una disposición adicional (octava) de la vigente Ley de Estatuto de los Trabajadores, « El Gobierno, a propuesta del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, recogerá en un texto único denominado Código de Trabajo, las distintas leyes orgánicas y ordinarias que, junto con la presente, regulan las materias laborales, ordenándolas en Títulos separados, uno por ley, con numeración correlativa, respetando íntegramente su texto literal », y « asimismo, se incorporarán sucesiva y periódicamente a dicho Código de Trabajo todas las disposiciones generales laborales ... ». Hasta el momento, sin embargo, ningún gobierno acometió el cumplimiento de aquel encargo y permanece pendiente la labor codificadora.

7 Vigente desde febrero del 2002, el Código del trabajo de la Federación de Rusia sustituyó a aquel de la URSS que se remontaba a 1971.

8 Existen un Código canadiense (es decir federal) del trabajo, un Código del trabajo del Quebec (la provincia mayoritariamente francófona) y otro (Labour Code) de Columbia británica. Sin embargo, tanto el primero como el segundo no son sino cuerpos de disposiciones sobre organización y acción colectivas y sobre negociación colectiva (fuertemente y abiertamente inspiradas de la ley estadounidense sobre relaciones de trabajo), cuando, en el Quebec por ejemplo, otras leyes, distintas del código, contemplan las condiciones de empleo y de trabajo (Ley sobre las normas del trabajo, Ley sobre la salud y la seguridad del trabajo, ecc.).

vista – « político » digamos⁹ - que se distinguen las experiencias de ambos países: es también desde un criterio técnico. A saber, aquel de la relación entre el nuevo « *diploma* » y la normativa vigente al momento de su promulgación o aprobación de conformidad con el régimen constitucional del proceso legislativo. Lo anterior justifica dedicar un primer momento de la presente exposición a una breve *tipología de lo que llamaremos « codificación »* en el sentido genérico de la palabra (I), antes de subrayar los efectos de visibilidad que, a nuestro parecer, produce la forma « código » del discurso legislativo (II), pero también de hacer resaltar *cuanto de lo que puede considerarse y funciona efectivamente como derecho positivo dista – necesariamente – de aquel discurso*, inclusive de su tramo que puede ser considerado como un código de buena calidad técnica (III).

I. ¿Qué codificación?

A/ La exposición de motivos de la CLT, firmada por Alexandre Marcondes Filho en su calidad de Ministro del Trabajo en aquel tiempo, distingue, al paso, tres especies de lo que llama, mediante una expresión, a nuestro entender más estética que rigurosa, « *corporificação do direito* » : la *compilación*, que no es sino mera colección (o recopilación) de leyes vigentes, la *consolidación*, definida como « concatenación de los textos », su « coordinación sistematizada » con una dimensión de « coordinación de los principios » que desvela el « pensamiento del sistema » compuesto por aquellos textos, y la *realización de un código*. Esa breve tipología sirve entonces para esclarecer el sentido y el alcance del instrumento presentado. Y es probable que la insistencia sobre el aspecto de « coordinación de los principios » - la exposición de motivos habla también de « recapitulación de valores

coherentes » nutridas o ilustradas por el anterior desarrollo legislativo – fuera una forma de subrayar cuanto distaba, por la introducción de disposiciones innovadoras, de una simple compilación de normas ya vigentes.¹⁰

En verdad, es posible enriquecer la tipología tomada de la exposición de motivos de la CLT identificando una cuarta variedad de « *codificación* » en sentido genérico, es decir el más extensivo de la palabra que pueda admitirse racionalmente. Una especie que se ubique entre la *compilación* y la *consolidación* (en el sentido de la CLT), que el lenguaje de los juristas y de la administración de Francia pasó a llamar « *codificación con derecho constante* » - constante, esto es *mantenido* - quedando por supuesto en la cumbre de dicha tipología la *codificación-reforma*, comprendida como emanación de un conjunto de normas nuevas, a la manera de la adopción de los cinco códigos napoleónicos, del famoso Código civil de 1804 en primer lugar. La idea es que, en aquella figura del segundo nivel de la tipología, se reúnen, modifican, armonizan cuando necesario en su terminología, coordinan y ordenan racionalmente disposiciones legales o reglamentarias ya vigentes, pero sin alteración ninguna, enriquecimiento tampoco de las normas significadas. Ello implica que cambian un poco, cuando necesario, los enuncios y su presentación – cambia la forma del discurso ¹¹ – pero permanecen los contenidos normativos. Mejor, han de ser mantenidos, salvo excepción, y esto es el encargo de los operadores de semejante tipo de « clarificación » del derecho válido. Ocurre que la confección del primer Código del trabajo fue la primera experiencia, en el marco del sistema de derecho moderno francés, de lo que todavía no se llamaba « codificación con derecho constante ».

9 Estamos evocando el régimen sindical plasmado en el texto de la CLT y la clásica controversia, en Brasil, acerca del grado de influencia de la ideología del corporativismo (o del fascismo de corte mussoliniano) en el instrumento, pero también la dimensión propagandista de la realización de ese último, inclusive el servicio del prestigio del entonces jefe del Estado (la Exposición de motivos del proyecto dirigida al Presidente de la República presenta la CLT como « o diploma do idealismo excepcional do Brasil orientado pela clarividência genial de Vossa Excelência »).

10 Al aceptar otra comprensión del término « *consolidação* » como « *reunião, em um só corpo, convenientemente sistematizada, de todas as leis referentes a uma matéria* », excluyente de cualquier creación de nuevas normas, José Augusto Rodrigues Pinto considera que, si bien la CLT realizó semejante cometido, lo hizo « de forma ampliada pela contribuição criativa de inúmeras outras normas, de modo a invadir o terreno conceitual do código » (« *Consolidação das Leis do Trabalho – CLT* », in ANDT, *Dicionário brasileiro de Direito do Trabalho*, cit.).

11 Lo que no admite el mandato dirigido al Ejecutivo de España por la disposición adicional de la Ley de Estatuto de los Trabajadores citada más arriba (nota 4), que le encomienda recoger « en un texto único denominado Código de Trabajo, las distintas leyes (...) *respetando íntegramente su texto literal* ». De realizarse tal « código », se trataría, pues, de simple compilación (o recopilación),

B/ El Código civil de los Franceses, vigente desde 1804, sólo dedicaba dos artículos, bastante breves aunque significativos y prácticamente importantes, al contrato de arrendamiento de servicios (« arrendamiento de gente de trabajo » o « arrendamiento de los criados y obreros », en otras expresiones del mismo código), presentado como especie del género « contrato de arrendamiento », y más precisamente del arrendamiento de obra (distinguido de aquel de cosas). Tras la derogación, por una ley de 1868, de la segunda de esas disposiciones, considerada discriminatoria¹², cuando el Gobierno del Segundo Imperio (Napoleón III) buscaba conseguir una forma de apoyo de la naciente clase obrera en un contexto de agudizamiento de la llamada « cuestión social », sólo quedó vigente el precepto del artículo 1780 (todavía válido hoy en día) el cual excluía la contratación perpetua¹³. La verdad es que en aquel tiempo de elaboración del Código civil, en los albores del siglo XIX, se proyectaba la confección de un código industrial, distinto del también previsto código de comercio, para acoger disposiciones de corte más reglamentario, sustituyendo los reglamentos corporativos derogados con el derrocamiento del sistema corporativo¹⁴. De ahí que juristas civilistas de finales del mismo siglo y principios del siguiente – republicanos socialmente conservadores o moderadamente abiertos al « progreso social » - iban a calificar aquel prestigioso Código civil de « código burgués » o « ley de la sociedad burguesa » por no haber contemplado la existencia de clases populares, de obreros en particular, de sus condiciones de vida y problemas « patrimoniales » cotidianos.

Sin embargo, leyes que todos llamaban « obreras » o « sociales » - por referencia a la « cuestión social » identificada en el pensamiento social y político francés desde mediados del siglo XIX - sí existían cuando se celebró el centenario de aquel Código civil tachado de « burgués ». La primera había sido adoptada en 1841 para acotar un tanto el empleo de los niños en la industria.

Otras habían surgido en las siguientes décadas, sobre todo tras el establecimiento de un régimen republicano y de democracia representativa (Tercera República fundada por las leyes constitucionales de 1875), apto para ofrecer un papel parlamentario a partidos de lo que había pasado a llamarse « la Izquierda », en especial a fuerzas que se encontraban luchando por una forma de socialismo. A principios del siglo XX, el ordenamiento jurídico francés contaba, pues, con un no desdeñable elenco de leyes tendientes a enmarcar el trabajo de los jóvenes y de las mujeres, imponer normas básicas de higiene y seguridad en los lugares de trabajo, limitar en alguna medida la duración del tiempo de trabajo (inclusive imponiendo un descanso semanal), organizar un cuerpo de inspección del trabajo encargado de velar por el respeto de dichas leyes protectoras, reconocer al trabajador contratado por tiempo indeterminado un derecho a indemnización en caso de ruptura abusiva por el patrono, instaurar un sistema sumamente original en su tiempo de indemnización de los daños debidos a accidentes del trabajo (pronto extendido a las enfermedades profesionales), y hasta reconocer (con una famosa ley - « republicana por excelencia » - de 1884) la libertad sindical para cualquier clase de profesionales - obreros y empleados en primer lugar-, cuando no era reconocida todavía la libertad más general de constituir asociaciones.

Tal desarrollo de una legislación intervencionista, sin antecedente en la historia del país, y singular porque abiertamente se encaminada a amparar personas en condición de debilidad económica y dominación social, tuvo que ver – ¿quién jamás lo negó o se atrevería a cuestionarlo? – con un coetáneo y profundo cambio en la sociedad. Es que la categoría, por no decir « la clase », de los obreros y empleados, poco numerosa al inicio del siglo XIX, en aquel tiempo posrevolucionario de la codificación napoleónica, creció espectacularmente a lo largo de esa centena de años con el proceso de

12 «Al dueño se le cree por su afirmación en cuanto a la cuota de los salarios, en cuanto al pago del salario del año vencido, y en cuanto a lo que diga haber dado a cuenta por el año corriente ».

13 « Los servicios sólo pueden comprometerse para un tiempo determinado o una determinada obra ».

14 Al instituir la libertad de trabajo, comercio o cualquier otra actividad profesional, la ley Allarde de 1791 (adoptada por la Asamblea constituyente, autoproclamada por una mayoría de los diputados en los Estados Generales del Reino convocados a Versalles por el rey Luis XVI) impuso a los activos así « liberados » actuar de conformidad con « los reglamentos de policía » (un texto posterior iba, por ejemplo, a imponer a los obreros el sistema de la libreta obrera).

industrialización (episodio francés de la bien conocida « Revolución industrial ») que supuso y llevó consigo, a la vez, una práctica extensiva del recurso al trabajo por cuenta ajena, esto es, de la contratación laboral¹⁵. Es decir de una forma de relacionarse contractualmente, de una mediación/legitimación algo « mágica » de un intercambio singular y de apropiación de la plusvalía producida por la fuerza de trabajo así proporcionada al capitalista¹⁶. Y, de todos modos, una práctica en gran escala de la contratación laboral hecha posible – mejor, hecha lícita – por la liberación jurídica del trabajo y de la actividad empresarial realizada por la Revolución de 1789.

Queda pendiente de interpretación esa relación entre cambios socioeconómicos y advenimiento de una legislación indudablemente protectora de los trabajadores por cuenta ajena, lo que constituye, según

piensan tantos juslaboralistas en el mundo entero, la esencia de lo que pasó a llamarse « derecho del trabajo »¹⁷. Pero, por lo que aquí nos ocupa, basta observar que, a principios del siglo XX, el discurso legislativo de la República francesa especialmente relativo a las relaciones laborales lo integraban textos dispersos : una única disposición del Código civil y distintas leyes « sociales » u « obreras ». Así surgió, entre universitarios dedicados al estudio de la « legislación industrial »¹⁸ o de la economía política, sindicalistas¹⁹, políticos y pensadores sociales vinculados con el socialismo reformista o el catolicismo social, el proyecto de reunir aquellos elementos en un instrumento normativo único.

Tres soluciones se presentaban y fueron discutidas : 1/ insertar en el Código civil las disposiciones de la legislación « obrera » aparecida durante el medio siglo transcurrido, aprovechando una reforma de aquel

15 Se habló indiferentemente, a lo largo de dicho siglo, y sin inconveniente en razón de la falta de régimen especial de una u otra de estas especies contractuales, de « arrendamiento de servicios » o « arrendamiento de obra » (A. Jeammaud, « Desde el arrendamiento de servicios del Código civil napoleónico hasta el contrato de trabajo del vigente derecho francés », en *Orígenes del contrato de trabajo y nacimiento del sistema de protección social*, G. Rojas Rivero, coord., Albacete, Ed. Bomarzo, 2012, pp. 47 y ss.).

16 Teniendo en cuenta que la libertad contractual y la fuerza obligatoria del contrato, que garantizaba desde un principio el Código civil, fundaron jurídicamente aquella contratación laboral por un contrato, « especial » ya que identificado en su discurso pero casi desprovisto de reglamentación propia, cabe observar que, a pesar de las apariencias, de su parquedad acerca de ese arrendamiento de servicios, de la acostumbrada denuncia de su « olvido de los obreros », el Código de 1804 « no se había olvidado de la clase obrera » (Manuel Álvarez de la Rosa, *La construcción jurídica del contrato de trabajo*, Granada, Comares, 2011, pp. 68 y ss. ; A. Jeammaud, cit.).

17 ¿Fruto de la lucha social y de conquistas del movimiento obrero o logro de la benevolencia, del sentido de la justicia, de la clarividencia de las capas dominantes, burguesía mayoritariamente generosa y élites políticas, y muestra, por ello, de la capacidad del capitalismo de reformarse profundamente y ofrecer el bienestar a todos ? Apostemos que prevalecería la admisión de una convergencia, una compaginación o relación dialéctica de ambas estrategias o movimientos. Pero queda también por plantearse, yendo más allá de esa manera de « explicación » en un enfoque histórico, las *funciones* (es otra cosa que las « fines » o « finalidades ») objetivamente cumplidas en la sociedad por un derecho del trabajo, protector de los trabajadores y garante de relaciones profesionales de corte democrático. Aquí se oponen dos « lecturas » : 1/ la percepción de ese tipo de derecho como normativa unilateral y exclusivamente favorable a los trabajadores (« por completo y exclusivamente bueno para los trabajadores »), transformadora de la naturaleza de la sociedad pese al mantenimiento de una economía capitalista (*main stream* de la doctrina), fruto de la generosidad y la inteligencia de las élites (versión « de derecha ») o conquista de las luchas de la clase obrera (versión « de izquierda » y un tanto « romántica »); 2/ la interpretación de esa clase de normativa como « ambivalente » por sus funciones de mediación, legitimación y reproducción de las relaciones capitalistas de producción, pues de salvaguardia de las mismas, de un lado, y de efectiva moderación o relativa compensación de la explotación y de la dominación, de otro lado. Esa segunda tesis, muy minoritaria por no decir marginal, de la *ambivalencia* de un derecho del trabajo como aquel de Francia, la expusimos y profundizamos desde finales de los años setenta, tratando de ir más allá, con fuerte preocupación teórica y clara referencia marxiana, de un análisis iconoclasta lanzado por Gérard Lyon-Caen en los cincuenta. Véase en especial : A. Jeammaud *et al.*, *Le droit capitaliste du travail*, Grenoble, PUG, Col. « Critique du droit », 1980 ; « Propuestas para una comprensión materialista del Derecho del Trabajo », *Metodología y derecho privado, Anales de la Cátedra Francisco Suarez*, Universidad de Granada, n° 22/1982, pp. 101-124. Esa tesis sería expresiva, según analiza el fallecido Héctor Hugo Barbagelata, de una corriente del pensamiento juslaboralista que él llama « revisionismo crítico de intención desmistificadora » (*Curso sobre la evolución del pensamiento juslaboralista*, Montevideo, FCU, 2009, pp. 237 y ss.). Nótese que la expresión « derecho capitalista del trabajo », que nos atrevimos a forjar para poner de relieve la relación, « funcional » en alguna medida, entre derecho del trabajo y capitalismo, la escogió también un colega brasileño en un reciente libro (Wilson Ramos Filho, *Direito Capitalista do Trabalho. História, Mitos e Perspectivas no Brasil*, São Paulo, LTr, 2012).

18 Un decreto de 1889 introdujo en el programa de las facultades de derecho una asignatura titulada « legislación industrial », que abarcaba tanto la normativa sobre instalaciones industriales y lo que hoy en día llamamos « propiedad industrial », como la legislación social. Los primeros manuales de esa nueva disciplina se publicaron pocos años después (1894 para aquel de Paul Pic, profesor de derecho mercantil de la Facultad de Derecho de Lyon, exponente de una línea de reformismo social y miembro del partido radical; manual que conocería varias ediciones hasta los años cuarenta).

19 Se trataba de representantes de la Confederación General del Trabajo (CGT), primera confederación sindical del país, constituida en 1895, y entonces en una línea anarco-sindicalista (independencia del sindicato respecto de cualquier partido político, con objetivos, a la vez, de revolución social por superación del capitalismo y de lucha reivindicativa con miras al mejoramiento inmediato de la vida de la clase obrera).

« monumento » y despojándolo así de su carácter « burgués » ; 2/ acoger dicha legislación en un instrumento del todo nuevo, intitulado « código obrero » o « código del trabajo » ; 3/ incorporar al Código civil, conectándolas con el « viejo » artículo 1780, las disposiciones recientes relativas al arrendamiento de servicios, de tal manera que apareciera en dicho código un régimen sustancial de aquel contrato especial, mientras se acogerían en un « código obrero » los enunciados legales constitutivos de una reglamentación (en el sentido material de la palabra: normas sobre higiene y seguridad, tiempo de trabajo, etc.), expresivos de una tutela pública de los trabajadores²⁰.

Tras la presentación de algunas proposiciones parlamentarias, ni siquiera discutidas en la Cámara de diputados, Alexandre Millerand, entonces Ministro de comercio e industria²¹, encargó en 1901 una comisión de expertos (altos funcionarios, magistrados de la Corte de casación y del Consejo de Estado, diputados, y también profesores de la Facultad de Derecho de París²²) de preparar una « codificación de las leyes obreras », aproximando los textos vigentes, ordenando racionalmente sus disposiciones, borrando las repeticiones vanas y las redundancias, pero con explícita prohibición de llevar adelante correcciones sustanciales, de cambiar el sentido o el alcance de dichos textos, y de introducir nuevas disposiciones. La idea del Ministro era, en efecto, que la operación se cumpliera « a costes constantes », o sea sin incremento de las obligaciones y cargas financieras de los empleadores ; tanto más cuanto la patronal no dejó, durante aquella fase de debate acerca de

la conveniencia de adoptar un código del trabajo, de expresar su hostilidad a la adopción de tal instrumento que significaría, a su manera de ver, nuevos « progresos sociales », sinónimos de nuevas limitaciones del poder empresarial y de un coste suplementario de la mano de obra. La labor de la comisión desembocó, en 1904, en un proyecto de « Código del trabajo y de la previsión social » contando con cinco libros, pronto votado sin debate por la Cámara de diputados (abril de 1905).

Sin embargo, cabe advertir que, mientras tanto, se había explorado la vía más innovadora de una codificación-reforma (en el sentido de la tipología propuesta más arriba), con la preparación, en 1905, por un órgano consultivo del aparato estatal, el Consejo superior del trabajo²³, de un proyecto de « código del trabajo » sustancialmente nuevo. De ese documento se inspiró un Ministro de comercio e industria, sucesor de Millerand, para elaborar un proyecto de ley sobre contrato de trabajo, antes de apoderarse de otro proyecto sobre el tema, del todo original, propuesto por una asociación de juristas, la Sociedad de estudios legislativos, y de presentarlo en 1906 ante la Cámara en una perspectiva de «enriquecimiento del Código civil». No obstante, nunca se abrió el debate parlamentario a su respecto, y ese proyecto, que afectaba el contrato individual de trabajo, así como también la figura totalmente nueva del convenio colectivo²⁴, sólo fue discutido en el marco de otra institución cultural, la Asociación francesa para la protección legal de los trabajadores²⁵.

Finalmente, se reanudaron en el Senado las discusiones parlamentarias, pendientes tras el primer

20 Pertenecientes al « derecho público » pensaban (y siguen pensando), juristas apegados a una visión más ideológica y « fundamentalista » que rigurosa de una *summa divisio*, más tradicional, y hasta rutinaria, que significativa. Se pueden encontrar algunas precisiones acerca de este debate en el rico estudio de María Emilia Casas Baamonde, « La igualdad en las transformaciones y el los orígenes del Derecho del trabajo », en *Orígenes del contrato de trabajo y nacimiento del sistema de protección social*, cit., pp. 69 y ss., (esp. pp. 90 y ss.).

21 Abogado parisino y político « socialista independiente », muy activo en materia social a nivel nacional como internacional, ministro en distintos gobiernos, creador, en el seno de su ministerio de comercio e industria, de una Dirección general del trabajo que prefiguró el futuro ministerio específico. Iba a evolucionar, antes de y durante la guerra de 1914-1918, hacia la Derecha, posturas nacionalistas y una clara hostilidad al movimiento obrero. Alcanzó en 1920 las funciones de Presidente del Consejo de ministros (equivalente del actual Primer ministro), y pocos meses después, de Presidente de la República.

22 De los cuales el más famoso fue Henri Capitant, en aquel tiempo civilista ya reconocido pero muy interesado por los temas laborales, y que iba a ser posteriormente coautor de un exitoso manual de legislación industrial.

23 Integrado por delegados del empresariado y de los trabajadores asalariados, parlamentarios, especialistas de legislación industrial, con misión de estudiar toda cuestión sometida por un ministerio para aviso.

24 Sobre la aparición de la expresión « contrato del trabajo » en estudios de juristas y economistas de finales del siglo XIX, y la sustitución de « arrendamiento de servicios » por aquel nuevo nombre, acogido por el proyecto de ley de 1906 y luego en el libro primero del Código nuevo, véase nuestro estudio ya citado: « Desde el arrendamiento de servicios ... » (esp. pp. 54 y sig.).

25 Precursora de la actual Asociación francesa de derecho del trabajo y de la seguridad social (AFDT).

voto de los diputados, sobre el proyecto de la comisión puesta en pie en 1901. Una primera ley acogió el libro primero, « De las convenciones relativas al trabajo », y fue promulgada el 28 de diciembre de 1910 para reemplazar dieciséis leyes expresamente derogadas y entró en vigor el 1° de enero siguiente. Leyes de 1912, 1924 y 1927 llevaron adelante tres otros libros - « De la reglamentación del trabajo », « De la jurisdicción. De la conciliación y del arbitraje (...) », « De las agrupaciones profesionales », respectivamente – cuando fracasó el intento de codificar las disposiciones sobre seguros obreros y previsión social, de modo que el instrumento se quedó como « *Code du travail* ».

« Texto de apariencia » o « de falsa apariencia », « supuesto código del trabajo », « simple compilación », comentaron destacados juslaboralistas y tratadistas de su tiempo²⁶. No sin razón: la realización del instrumento no fue sino lo que se suele llamar, hoy día en Francia, *una codificación con derecho constante*. Y fue, ya lo advertimos, como la inauguración de este tipo de racionalización del discurso legislativo. Una operación que, recordémoslo también, se separa de la *codificación-reforma*, pero que supone una labor de elaboración, por aproximación, racionalización y ordenación de los enunciados, por lo cual se aleja de la compilación *stricto sensu*, comprendida como colección de textos vigentes²⁷. Si la connotación peyorativa de la palabra « compilación » llevó a algunos autores a hablar preferentemente de « consolidación », ese término, a la luz de nuestra tipología, tampoco cabe.

Para comprobarlo, basta con entrar en una comparación entre la *Consolidação das leis do trabalho* y aquel primer *Code du travail*. En este, desprovisto de cualquier disposición o serie de disposiciones introductivas, sólo descubrimos enunciados tomados de leyes vigentes hasta el instante de entrada en vigor de cada una de las cuatro leyes que lo constituyeron²⁸, o, a lo sumo, enunciados que sólo pretenden expresar, en otras palabras o sintéticamente en su caso, la significación (normativa) misma de otras disposiciones de leyes así sustituidas. Aquella, en cambio, comienza con un título introductivo compuesto de artículos cuyo tenor normativo fue creación de los expertos encargados de preparar el texto – que, como bien se sabe, cabe considerar creación del « legislador », conforme a intenciones suyas - aunque inspirado por el contenido de la legislación que se trataba de « consolidar ». Es muy llamativa, para un jurista francés, la presencia en la introducción de la CLT de disposiciones que significan reglas de calificación de « empleador » o asimilación a tal clase de sujeto, y de calificación de « empleado », cuando ningún Código del trabajo de su país, ni el primero que apenas evocamos, ni él que lo reemplazó en 1973 y que fue recién recompuesto (2008), ofreció u ofrece disposiciones con tales objetos: ni siquiera cuenta con una disposición que rija en forma general la calificación de « contrato de trabajo », clave sin embargo en el derecho del trabajo francés²⁹. Llama también su atención, la presencia y el tenor de un artículo como el 8°, cuyo objeto (la forma de superar una laguna de los textos)³⁰ era y sigue siendo totalmente ausente del vigente Código del trabajo³¹.

26 Paul Pic, Georges Scelle, el propio Henri Capitant y su coautor Paul Cuche, y, a finales de los años cuarenta, Paul Durand, autor del primer tratado intitulado « Droit du travail ».

27 Es por inadvertencia, que aquí confesamos, que, en el estudio ya citado (« Desde el arrendamiento de servicios ... ».), hemos utilizado, para calificar la confección de aquel código, la palabra « recopilación » (p. 48), que no puede ser sino sinónimo de « compilación » o « colección de leyes ».

28 Más una que repite literalmente el enunciado del artículo 1780 del Código civil sobre prohibición del compromiso perpetuo de los servicios.

29 Sobre esa centralidad de la categoría « contrato de trabajo » en el derecho francés, la diferencia a ese respecto con el derecho español por ejemplo – diferencia que también se manifiesta con el derecho brasileño – y el carácter jurisprudencial de la norma general de calificación, véase nuestro estudio : « Desde el arrendamiento de servicios ... », cit..

II. Efectos de visibilidad

A pesar de las críticas que recibió, más por motivo de su nombre de « código » considerado inadecuado que por su contenido, el instrumento adoptado en Francia entre 1910 y 1927 contribuyó a hacer más visibles las disposiciones laborales (B), pero también, y ante todo, a que el derecho del trabajo se perfilara como rama distinta del ordenamiento estatal (A). Merece la pena detenerse en este aspecto, porque no es de descartar que efectos análogos se hayan producido en Brasil con la adopción de la CLT.

A/ Una hipótesis, de difícil comprobación empírica por cierto pero muy plausible, es que la confección y vigencia de un Código del trabajo hayan propiciado la admisión de la existencia, dentro del conjunto de normas que constituye el ordenamiento jurídico de la República francesa, de una rama distinta del derecho civil, del derecho mercantil, y del derecho administrativo: aquella que los juristas pasaron paulatinamente a llamar « derecho del trabajo ».

A esta altura se necesita una aclaración, por la polisemia de la palabra « derecho ». De un lado, utilizada en expresiones como « derecho brasileño », «

derecho civil brasileño », « derecho del trabajo francés », etc., denomina un conjunto de normas socialmente producidas, es decir creadas o consagradas por órganos investidos del poder constituyente, legislativo, etc, por otras autoridades instituidas, o a través de aquel proceso que llamamos jurisprudencia; o también un segmento - se suele hablar de *rama* - de aquel conjunto normativo. Siendo entonces el término « derecho » el nombre de un fenómeno social, consideramos insensata la aserción « el derecho (o el derecho del trabajo) es una ciencia ». En cambio, cuando hablamos de « derecho » o « derecho del trabajo » en expresiones como « facultad de derecho » o « me dedico al derecho del trabajo », estamos designando el conocimiento de aquella normativa o de tal u otra de sus ramas, o un conjunto de conocimientos relativos a aquel fenómeno social normativo, y también, en una forma de metonimia, la actividad intelectual de producción de tales conocimientos. Una actividad a cargo de los « juristas expertos » (universitarios y profesionales cuando se dedican a la docencia o a la literatura jurídica) en el caso de la dogmática jurídica (descripción sistematizada y ordenada del derecho vigente), de la actividad doctrinal en sentido estricto (discusión del derecho vigente y propuesta de eventuales cambios, análisis de las « cuestiones de

30 Art. 8° : « En falta de disposiciones legales o contractuales, las autoridades administrativas y la Justicia del Trabajo decidirán de conformidad con la jurisprudencia, por analogía, por equidad y otros principios y normas generales del derecho, principalmente del derecho del trabajo, y todavía siguiendo a los usos y costumbres, o al derecho comparado, pero siempre de manera que ningún interés de clase o particular prevalezca sobre el interés público. El derecho común será fuente subsidiaria del derecho del trabajo, siempre que nos sea (o fuera) incompatible con los principios fundamentales de este. »

31 Sin perjuicio de lo llamativo, para aquel mismo jurista francés, del contenido del precepto, con su referencia expresa a la jurisprudencia y su remisión a principios generales del derecho, inclusive y principalmente a aquellos del derecho del trabajo. Es que, en nuestra opinión, hace falta plantearse seriamente y con el mayor rigor conceptual (¿ qué debe comprenderse por « principio » ?) la positividad de verdaderos principios (tipo : principio de primacía de la realidad, principio de favor, etc., de los cuales tanto se habla en la literatura latinoamericana) en la rama « derecho del trabajo » del ordenamiento francés. Cabe aclarar que, en nuestra terminología, que pensamos adecuada en el campo de la teoría del derecho, « norma » es nombre de un género de instrumento mental (o de contenido de pensamiento), cuando « reglas » y « principios » denominan especies de ese género. Elaborar el concepto de *principio (jurídico)* como especie de norma jurídica es tarea de la teoría del derecho, independientemente del uso de la palabra « principio » tanto en el lenguaje del derecho (esto es en el discurso legislativo) como en aquel de los juristas en su actividad dogmático-doctrinal, ambos lenguajes que, en el caso francés, lo manejan de forma lamentablemente incontrolada (véase nuestro estudio : « De la polysémie du terme 'principe' dans le langage du droit et des juristes », in *Les principes en droit*, S. Caudal dir., Paris, Economica, 2008, p. 49 y sig.). Resulta muy atractiva, por el prestigio del autor, la distinción entre *rules* y *principles* que proponía Ronald Dworkin, y hay evidentemente que « tomarla en serio », pero sin desconocer lo que debe a la experiencia del derecho estadounidense. Hoy en día, nos parece conveniente reservar el nombre de « principio » a una especie de norma que se caracteriza por su *alto grado de generalidad* y su *proximidad de los valores* (libertad, igualdad, por ejemplo) que se consideran dominar, inspirar, el ordenamiento positivo ; poco importando que tal norma sea « escrita » (esto es, significación de un enunciado del discurso legislativo, como lo son el principio de no retroactividad de la ley o aquel de la libertad contractual significados por artículos del Código civil francés) o no (descubierta, por ejemplo, por inducción generalizante en base a un conjunto de normas legislativas o por identificación del « espíritu » de un segmento de la reglamentación jurídica, como podría ser el caso de un principio de favor que, según parece, se considera norma positiva de bastantes ordenamientos juridico-laborales latinoamericanos). Queda por saber si, como piensan algunos (Riccardo Guastini, entre ellos), la « defectibilidad » - es otra cosa y más que la admisibilidad de algunas normas de excepción significadas por disposiciones (de interpretación estricta) y tampoco se reduce a un efecto de la banalidad de los conflictos puntuales entre principios como consecuencia de su alto grado de generalidad - constituye otra característica de ese tipo de norma.

derecho »), de la teoría del derecho y de su estudio histórico, pero también de los mismos juristas y de sociólogos o filósofos en los campos de la sociología y de la filosofía del derecho. No es absurdo hablar de « ciencia del derecho » o de « ciencias jurídicas » para esas actividades de conocimiento, aunque sea imprescindible plantearse su cientificidad y reconocer que tal terminología sólo la permite un concepto poco exigente de ciencia. Por nuestras fuertes dudas a ese respecto, al menos en lo concerniente a la actividad dogmatico-doctrinal³² y, por supuesto, la filosofía del derecho, preferimos hablar de *disciplina* o *disciplinas*. Pero lo necesario es, en todo caso, distinguir *derecho del trabajo-rama* y *derecho del trabajo-disciplina* (o – *ciencia*), de conformidad con una distinción a la que corresponde otra: aquella del *lenguaje del derecho*, en el cual se expresa el derecho mismo – lenguaje, pues, del discurso legislativo – y del *lenguaje de los juristas*, en el cual se habla del derecho (el de la dogmática jurídica y de la actividad doctrinal en primer lugar)³³. Queda claro, sin embargo, que la identificación de las ramas de un determinado ordenamiento jurídico, o el diagnóstico de la existencia de una determinada rama en aquel sistema, es tarea de los dogmáticos que son los « juristas expertos » cuando se dedican a la descripción de dicho sistema de derecho positivo³⁴.

En Francia, pero suponemos que lo mismo sucedió en otros países, lo que hoy día se considera como rama « derecho del trabajo » del ordenamiento jurídico

estatal no nació en cuanto tal por la sola acumulación de textos legislativos sobre trabajo asalariado, aun acompañada por peculiares contribuciones jurisprudenciales (sobre criterio de la calificación de contrato de trabajo, por ejemplo). Fue, en gran parte, obra experta. Al presentar una descripción ordenada, racionalizada, del tenor normativo de un segmento del ordenamiento, juristas « doctrinarios » en su actividad de dogmática principalmente, y docente, concurren tanto a asignar una identidad a aquel conjunto como a difundir el conocimiento de su contenido y a hacer operativas las normas que lo integran. Al ponerlo en evidencia, distinguiéndolo en cuanto subconjunto de la normativa del Estado y sugiriendo su coherencia, impulsan su acceso al estatuto de rama. Por eso no se puede desconocer lo que la identificación de la rama debe a la disciplina, aunque esta parezca limitarse a tomar nota de la existencia de aquella. Pero, no cabe duda que la forma en que se presenta el conjunto de disposiciones en vía de reconocimiento como rama gracias a la mediación dogmático-doctrinal puede favorecer sumamente tal promoción.

En nuestro caso, aunque el programa oficial de las facultades francesas haya mantenido el título « legislación industrial » para la asignatura hasta los años cincuenta del siglo pasado, autores empezaron a hablar de « derecho del trabajo » tras la adopción de un Código del trabajo, tomando como argumentación la existencia de este instrumento para afirmar también

32 Algunos admiten liberalmente que merece el nombre de « ciencia » o « producto de una actividad de ciencia » todo conjunto de conocimientos razonados y coordinados, de modo que una descripción ordenada del régimen del contrato de trabajo en derecho francés o en derecho brasileño, por ejemplo, en una clase universitaria o un manual de derecho, puede considerarse como ciencia o discurso científico.

33 El *lenguaje de los juristas* constituye un metalenguaje con relación a aquel del derecho. En su manejo se forman propuestas lingüísticas que, en el caso de aquellas de la dogmática jurídica al menos, tienen valor de verdad o de falsedad (verdadera la aserción que el derecho francés cuenta con una norma que supedita cualquier despido de un trabajador asalariado a la existencia de una causa real y seria, falsa aquella que enunciaría que, en el mismo sistema, el Presidente de la República tiene poder de negarse en promulgar una ley votada con regularidad por el Parlamento). En cambio, para quién no cree en la existencia de un derecho natural, trascendente (o simplemente descubierto por la Razón) y tranhistórico, que sería « el Derecho verdadero » cuyo respecto se impusiera al derecho positivo, las propuestas de los actos legislativos y del discurso legislativo no pueden ser objetos de un juicio de verdad o falsedad (sólo son válidas o inválidas). Esa distinción « descubierta » - o sistematizada – por el penalista y teórico polaco Bronislaw Wroblewski en un trabajo de 1948, fue acogida en la literatura española por Juan Ramón Capella desde 1968 (*El derecho como lenguaje. Un análisis lógico*, Barcelona, Ed. Ariel, 1968). Curiosamente, permanece casi desconocida o descuidada por los juristas franceses.

34 El asunto puede convertirse en auténtica « cuestión de derecho », más precisamente de interpretación de una disposición normativa. Por ejemplo cuando un enunciado constitucional, al fijar y atribuir las competencias para producir actos normativos, hace referencia al « derecho civil », « derecho del trabajo », etc. Así es el caso con el artículo 34 de la vigente Constitución francesa (cuando limita a la emanación de normas bastante generales que llama « principios fundamentales » la competencia normativa del Parlamento en materia de « derecho del trabajo », a diferencia de lo que ocurre para los principales objetos del derecho civil), pero también con el artículo 22 de la Constitución de Brasil (« Compete privativamente à União legislar sobre : I.- direito civil, comercial..... e do trabalho ... »).. ¿Qué hay que comprender por « derecho del trabajo »? ¿Es tal tema, tal categoría de relación, objeto de esa rama?

la de la nueva rama, y considerando el contenido del mismo documento a la hora de delimitar esa última, dibujar sus fronteras, dentro del conjunto normativo que es la forma fenomenal del ordenamiento jurídico³⁵. Se puede hablar de efectos prácticos de una « fuerza simbólica » o de « efecto de estuche de joya »³⁶ de la producción de un instrumento denominado « código ».

¿No habría acontecido algo parecido, en el mundo jurídico brasileño, con la *Consolidação das Leis do Trabalho*?

B/ El objetivo más compartido por los protagonistas del debate de los años 1900 sobre la oportunidad de reunir, bien creando un instrumento nuevo y específico, bien plasmándolas en un Código civil renovado, las disposiciones (o enunciados sinónimos) de las llamadas « leyes sociales », fue favorecer el conocimiento de las normas laborales recién nacidas por los mismos trabajadores, primeros interesados en su aplicación y cumplimiento³⁷. ¿Se logró el propósito? A falta de investigación empírica llevada a cabo en los tiempos que siguieron la promulgación de los sucesivos libros del primer Código del trabajo, la pregunta resulta de imposible respuesta. Sin embargo, parece razonable presumir que, entonces – en un tiempo de menor grado de alfabetización de la población que hoy – más aun que en nuestros días, la consulta directa del discurso legislativo, es decir de las disposiciones « crudas »,

no era el medio privilegiado, sobre todo en las capas populares, de conseguir un conocimiento de « la ley » y de « sus derechos »³⁸. Pero ¿cómo no pensar que la existencia del fruto de una codificación con derecho constante facilitó objetivamente su conocimiento, su comprensión un tanto sistematizada, en un tiempo sin más recursos « técnicos » que el diario oficial, las revistas y enciclopedias « papel », los manuales y tratados, y el manejo « artesanal » del todo, al menos por parte de los juristas de oficio y de los actores sociales un poco iniciados a « las cosas del derecho ».

Además, la vocación y esperada ventaja de un instrumento en forma de código eran las de acoger e insertar de manera instantánea las futuras reformas legales, que modificaran o agregaran disposiciones. Así, y entre otras, se incorporaron de inmediato y sin dificultad para encontrar su sitio lógico, las disposiciones de las leyes de 1919 sobre convenio colectivo (primera ley sobre el tema) y sobre la jornada de trabajo de ocho horas; luego aquellas tres leyes de 1936, emblemáticas del breve periodo de gobierno del Frente popular, sobre duración legal del trabajo (« la semana de 40 horas »), vacaciones anuales pagadas, y reforma del régimen del convenio colectivo (sustituyendo las disposiciones introducidas en 1919). En cambio y por falta de marco racionalmente adecuado, no se plasmaron en el Código los textos creadores y reguladores de dos

35 En consideración al contenido de aquel Código, el derecho del trabajo-rama que se entendió, desde un principio, como *derecho de las relaciones laborales en el sector privado y en el sector público industrial y comercial* (las empresas públicas), con exclusión de las relaciones en la administración, quedando, pues, fuera de la rama, el régimen de trabajo de los funcionarios (« derecho de la función pública ») y aquel de los agentes contractuales de las entidades públicas encargadas de un servicio público administrativo (Estado, colectividades territoriales, establecimientos públicos administrativos, hospitales públicos), que se consideran vinculados con la persona jurídica (pública) empleadora por un « contrato de trabajo de derecho público » al cual, en la doctrina constante del Consejo de Estado (jurisdicción administrativa suprema), no se aplican la mayoría de las disposiciones del Código del trabajo (que abriga, sin embargo, las disposiciones generales sobre los sindicatos, y el régimen de la huelga en los servicios públicos de toda clase, es decir administrativos inclusive), y que se rige por textos dispersos. Estos, así como las disposiciones de los « estatutos » de la función pública, permanecen como capítulos del derecho administrativo. Quedaron sin éxito algunos pocos esfuerzos doctrinales para promover una concepción más amplia de la rama, incorporándole ese régimen de trabajo en la administración pública.

36 Expresión utilizada por un famoso civilista de los tiempos recientes, Jean Carbonnier (*Droit et passion du droit sous la Ve République*, Paris, Flammarion, 1996, p. 8).

37 Si el conocimiento de « la ley » parece acondicionar en alguna medida su efectividad, no es, por supuesto, una condición suficiente.

38 La única investigación en el campo francés que conozcamos se realizó en los ochenta, tras las importantes reformas laborales de la mayoría de Izquierda en 1982-1983, por un grupo de sociólogos y juristas conocedores de los métodos de esa ciencia. Sus resultados permiten vislumbrar mejor las dificultades de los « actores » para conseguir informaciones fiables sobre el derecho social y apreciar el alcance de sus normas, a través de la prensa especializada o no, de los servicios públicos (Inspección de trabajo en primer lugar), de los abogados, de las organizaciones y de los militantes sindicales, de los delegados del personal en las empresas. Pero no ofrecen indicaciones acerca del conocimiento directo del Código del trabajo (*Les dédales du droit social*, dir. Pierre Cam et Alain Supiot, Paris, Presses de la Fondation nationale des sciences politiques, 1986). De ahí la « buena pregunta » que sugiere aquel informe de investigación: « ¿Hasta qué punto puede pretenderse combatir las desigualdades sociales con un instrumento cuyo uso permanece socialmente desigual » ?

instituciones de representación de los trabajadores en las empresas, puestas en pie en el período de la Liberación en cumplimiento del programa del Consejo nacional de la Resistencia – los comités de empresa (1945) y los delegados del personal (1946) –, tampoco las disposiciones de la « ley pos-movimiento de mayo de 1968 » sobre ejercicio del derecho sindical en la empresa, cuando encontraron su lugar, por simple reemplazo de las antecedentes, nuevas disposiciones en materia de contrato colectivo llevadas adelante por una ley de 1950 y, más tarde, aquellas sobre huelga en los servicios públicos introducidas en 1963. Vale la pena señalar que los actos legislativos organizadores de la Seguridad social en aquel mismo momento de la Liberación, fueron también reunidos y ordenados en un Código de la seguridad social.

La capacidad del Código de acoger y ordenar la casi totalidad de los textos normativos de derecho del trabajo no podía sino ser afectada por el cambio constitucional de 1958 y la nueva distribución de competencias normativas. Desde que el poder para « legislar » en materia laboral (y de seguridad social) se repartía entre la ley, es decir el Parlamento – para promulgar o modificar las disposiciones más importantes de cada mecanismo o institución (que no se reducen a auténticos « principios fundamentales », a pesar de la terminología torpe del artículo 34 de la Constitución) – y el reglamento, o sea el Gobierno, para las demás disposiciones, se volvió imposible seguir acogiendo en un Código del trabajo, cuyos enunciados tenían todos y desde un principio jerarquía legislativa, textos nuevos o reformados procedentes de decretos en virtud de las nuevas normas constitucionales. Apareció oportuno, pues, cambiar la estructura del Código³⁹, documento contra el cual se dirigían, en el mismo tiempo, nuevas críticas con sugerencia de adoptar un nuevo instrumento « moderno », como decían algunos, o construido en torno a algunos « principios » propios del derecho del trabajo, como proponían otros. Finalmente

se preparó, colaborando los servicios del Ministerio del Trabajo con la Comisión superior de codificación, instituida algunos años atrás y dependiente del Primer Ministro (sin participación alguna de universitarios), y según el procedimiento de codificación con derecho constante, otra vez, un proyecto de nuevo código. Una ley adoptada sin la menor dificultad y promulgada el 2 de enero de 1973 introdujo en el ordenamiento positivo la « parte legislativa » de un nuevo Código del trabajo, recogiendo y ordenando nuevamente las disposiciones con « naturaleza legislativa » según el criterio constitucional, es decir sólo derogables o modificables por ley en adelante. Dos decretos del siguiente mes de noviembre sumarían a esa parte una segunda, para disposiciones procedentes o con rango de reglamentos tras consulta del Consejo de Estado, y una tercera, para textos procedentes o con rango de simples decretos gubernamentales.

De este segundo Código del trabajo se esperaba una mejor aptitud para acoger, ubicar dentro del sistema y hacer inmediatamente visibles los cambios ocurridos en el discurso legislativo. De hecho, cumplió el papel esperado al servicio de la visibilidad de las disposiciones vigentes y acogió las innumerables reformas legales y reglamentarias, innovadoras en muchos casos y casi siempre más complejas, sobrevenidas a lo largo de unos 35 años, tanto, por ejemplo, las emblemáticas reformas « progresistas » de los periodos 1981-1986 y 1988-1993 (« la jornada de 35 horas »), como las intervenciones legislativas de corte « flexibilizador » de los episodios con mayoría política de ideología liberal. Pero, la obsesión de nuestro tiempo por la « simplificación » del derecho y la « seguridad jurídica », algo paradójico y a veces demagógico⁴⁰, ha determinado, en los últimos años, bastantes operaciones de codificación o recodificación con derecho constante⁴¹. Así se acometió, en cumplimiento de una ley de 2006 que habilitó el Gobierno a operar por vía de ordenanza la incorporación de textos

39 Pero de otros también (el Código de la seguridad por ejemplo), inclusive de los dos códigos procesales (civil y penal) originarios de la codificación napoleónica.

40 De un lado, la intensificación de la « política-espectáculo » y de la « legislación-espectáculo » - la adopción incesante de nuevos actos normativos sería la máxima muestra de responsabilidad y de efectiva preocupación por los problemas y aspiraciones de los ciudadanos-electores – conlleva una incansable producción de textos, que afectan las más de las veces tal u otro código. De otro lado, no paran las quejas – incluso, si no en primer lugar, de políticos involucrados en el proceso de « inflación legislativa » - por la « insostenible pesadez » y la « creciente complejidad » de la legislación y reglamentación. De ahí las recurrentes (e ingenuas) iniciativas para « simplificar » el derecho.

todavía no codificados, mejorar el plan del instrumento, remediar los errores e insuficiencias de redacción, una reescritura parcial y, sobre todo, una recomposición del Código del trabajo⁴².

Tras la adopción de una ordenanza de marzo de 2007, su ratificación por una ley de enero de 2008, y dos decretos del siguiente mes, Francia tiene hoy en día, no un « nuevo código » como dicen algunos, sino un instrumento que sigue siendo el segundo Código del trabajo, recompuesto y muy parcialmente reescrito, sin que hayan cambiado, en principio, las normas en adelante significadas por sus enunciados. Creemos correcto hablar de un instrumento «reconfigurado», con un texto vigente desde mayo de 2008⁴³. Se trata todavía, como lo era el primero y este segundo código en su versión inicial de 1973, de un conjunto de disposiciones, con ausencia de artículos introductivos, generales y con significación de auténticos principios⁴⁴; sin incorporación tampoco – ¿lo permitiría el concepto de « derecho constante »? - de disposiciones que « legalicen » normas jurisprudenciales estables y de mayor importancia (sobre calificación de contrato de trabajo, cambio de las condiciones de empleo o trabajo, huelga, ecc.). Un texto indudablemente

mejorado, aunque no alcance, desgraciadamente, el grado exigible de rigor en su terminología⁴⁵. Lo más notable y útil, en nuestra opinión, es la inserción – por un añadido que constituye una manera de desviación respecto de la ortodoxia de la codificación con derecho constante – de disposiciones aparentemente claras sobre el campo de aplicación de los distintos segmentos del Código⁴⁶.

Al fin y al cabo, pensamos que el Código del trabajo, sobre todo en su versión de 2008 facilita realmente la visibilidad de las disposiciones legislativas y reglamentarias que conforman el componente « discurso legislativo » del derecho del trabajo como rama del derecho positivo francés. De este punto de vista, su reconfiguración, llevada a cabo « en una lógica de usuarios » para tomar las palabras del propio Director del Trabajo que encabezó la parte administrativa del procedimiento, logró en buena medida su propósito. Visibilidad facilitada, inclusive y sobre todo en este tiempo de generalización de las técnicas informáticas puestas al servicio de medios de acceso a los documentos legislativos que no se imaginaban pocos años atrás. Medios que, por otra parte, limitan los inconvenientes de una clase de dispersión que se deriva

41 El derecho francés cuenta en adelante con unos setenta códigos, incluso el Código civil vigente desde 1804, el único « superviviente » de los cinco códigos napoleónicos, pero que ha sufrido innumerables y profundas reformas.

42 Según el artículo 38 de la Constitución de 1958, « el gobierno puede, para la ejecución de su programa, solicitar del Parlamento la autorización de tomar en forma de *ordenanza*, durante un plazo limitado, medidas que son normalmente del dominio de la *ley* » (una reforma de disposiciones con rango legislativo, por ejemplo). Esas ordenanzas se adoptan en Consejo de ministros presidido por el Presidente de la República, entran en vigor desde su publicación, pero deben ser posteriormente « ratificadas » por una ley votada por el Parlamento (y que puede obviamente modificar las disposiciones nacidas de la ordenanza ratificada) para seguir vigentes con valor legislativo.

43 El ministerio del Trabajo puso en pie, con el acuerdo de las confederaciones sindicales y empresariales representativas (los « interlocutores sociales »), un procedimiento especial : trabajo de preparación del texto por un grupo de funcionarios experimentados de la Inspección de trabajo, sumisión de las propuestas de ese grupo al dictamen de « expertos » (dos altos magistrados judiciales, un abogado especializado, un profesor de derecho) cuya actividad quedó muy incierta o desigual, y luego examen por una comisión consultiva integrada por representantes de las interlocutores sociales, proclives, según parece, a velar por el respeto de la exigencia de « derecho constante ». El clásico papel de la Comisión superior de codificación, actor-clave de la elaboración de los demás códigos y de su reforma, fue adaptado para compaginarlo con aquel esquema singular.

44 Un « capítulo preliminar », intitulado « Diálogo social », recoge tres artículos introducidos por una ley de 2007 en la versión anterior del código. Se trata de disposiciones organizadoras de un procedimiento de discusión de los proyectos de leyes en materia de relaciones de trabajo, empleo y formación profesional, que impone al Gobierno de consultar los « interlocutores sociales » antes de depositar cualquier proyecto legislativo, abriendo a las organizaciones sindicales y empresariales representativas la facultad, si es de su conveniencia, de entrar en negociación en busca de un acuerdo nacional interprofesional que « ahorre » un acto de legislación. Dispositivo ilustrativo de lo que a tantos les gusta llamar « democracia social ».

45 A nuestro entender, si no fue obra indigna (inmensa fue la labor de los funcionarios del ministerio), no merece tantas alabanzas.

46 No parecía posible redactar una disposición única sobre campo de aplicación del instrumento en su conjunto. Pero queda claro, a la vista de aquellos nuevos artículos, que la casi totalidad de los segmentos (libros, títulos, capítulos, ecc.) del código reconfigurado permanecen inaplicables fuera del sector privado y del sector público industrial y comercial. Son muy pocas las excepciones expresamente previstas. Ese añadido de disposiciones ha « consolidado » las soluciones establecidas con anterioridad en la jurisprudencia de las jurisdicciones supremas (Consejo de Estado, Tribunal de conflictos principalmente).

de la inserción las algunas disposiciones laborales en otros códigos, también nacidos o reconfigurados en el marco de la amplia política de codificación con derecho constante acometida hace un cuarto de siglo. En efecto, disposiciones sobre contrato de trabajo, condiciones de empleo y trabajo, sindicalismo y acción sindical, huelga, etc., para determinadas profesiones o sectores de actividad, se hallan en el Código rural y de la pesca marítima (para trabajadores rurales), el Código minero, el de la acción social y de las familias, y aquellos, muy recientes, de los transportes y del deporte⁴⁷.

En cambio, si el preámbulo de la Constitución francesa de 1958 ha mantenido vigente aquel de la Constitución de 1946 que contiene algunos enunciados con objeto social cuya significación normativa ha sido afirmada por las jurisdicciones supremas (garantía de la libertad sindical, del derecho de huelga...), ningún artículo de la misma consagra derechos fundamentales o abarca temas laborales o previsionales como lo hacen los artículos 5° y siguientes de la actual Constitución federal brasileña. Por lo tanto, no hay riesgo que la incidencia de normas constitucionales, con su autoridad y su grado de indeterminación a la vez, perturbe la visibilidad de las disposiciones del Código del trabajo. Pero, a decir verdad, tal incidencia afectaría, más que la visibilidad de algunos enunciados legislativos, la determinación de su tenor normativo o del alcance de las normas significadas. En otras palabras, se trataría más bien de un problema de interpretación de dichos enunciados. Esto es de un aspecto del fenómeno más central y perturbador de la « vida del derecho ».

III. La insuperable distancia del código al derecho

Lo esencial en el acceso al derecho, que pretende hacer más fácil y seguro cualquier clase de codificación *sensu lato*, no es evidentemente el conocimiento de las disposiciones, sino de lo que significan esas y de su alcance en un caso concreto, las posiciones que su « juego » impone u ofrece a un sujeto, a una autoridad, a las partes en relación o en pugna, lo que

podrá o tendrá que deducir « en derecho » de todo ello el juez llamado a zanjar un litigio. Aquí, y a pesar de la calidad de la escritura y de la construcción que puede mostrar un código, se pone de manifiesto *un límite radical de la codificación* (A). Otro importante límite se desprende del siguiente fenómeno: en un ordenamiento como aquel surgido de la República francesa, cuya Constitución, cuyo Código civil u otro código no admiten otra fuente de normas que actos de legislación, el derecho positivo *deja sitio a normas (principios y reglas) que no son significaciones de disposiciones del discurso legislativo*, de cualquier código en particular (B).

A/ Es básica, en teoría del derecho, la distinción entre el texto legal, o sea *la disposición* del discurso legislativo (en una terminología que creemos más precisa), y *la norma*. Esta última es un objeto mental, un contenido de pensamiento, significación de aquella, la cual no es sino su significante. Siendo la interpretación, en su concepto general, una operación por la que se atribuye una significación a una cosa cualquiera, la interpretación de una disposición constitucional, legal en sentido formal o reglamentaria (o contractual), consiste en determinar si tiene significación de norma, acto institutivo, decisión, orden, descripción, expresión de un sentimiento, o que consiste, si se considera que tiene significación de norma, identificar el tenor de esa. Adviértase que el término « interpretación » designa también, por un tipo de metonimia de las más acostumbradas, el producto de dicha operación, o sea el tenor normativo en su caso, cuya descripción es tarea de la dogmática jurídica.

Sin embargo, esa concepción de la interpretación no parece la más compartida entre los juristas, entre aquellos que llamamos « juristas expertos » en primer lugar. Por ejemplo, el libro de « vocabulario jurídico » el más clásico y aceptado en Francia sostiene que la interpretación « consiste en discernir el *verdadero* sentido de un texto *oscuro* ». Sobre todo, sigue siendo muy difundida - desde la formación académica básica de los futuros juristas - la creencia de que las

47 Existen también tres códigos del trabajo distintos para territorios pertenecientes a la República, pero con estatuto de fuerte autonomía (Isla de Mayotte, Polinesia francesa, Nueva Caledonia).

disposiciones legales (en sentido amplio) poseen, normalmente, un « sentido claro » que hace inútil, y hasta prohíbe, cualquier operación de interpretación (*In claris cessat interpretatio*). Esa « doctrina del sentido claro » puede resumirse con tres proposiciones, entre acto de fe y prescripción : la significación (« el sentido ») de la mayoría de los textos legales es, en sí y objetivamente, manifiesta, obvia ; los términos no definidos por el legislador han de conservar el sentido que es suyo en el lenguaje ordinario y la oscuridad de un texto legal no puede ser sino un efecto de la ambigüedad o la indeterminación del sentido usual de sus términos ; el reconocimiento del sentido claro u oscuro de un texto no es fruto de una interpretación, ya que se desprende del contacto inmediato de dicho texto con la conciencia de quién lo descubre, lo lee. Vale la pena recordar que, en otro tiempo, esa doctrina se convirtió en referente de tribunales supremos (la Corte de casación de Bélgica, en especial) para el ejercicio de su control de la interpretación de las leyes por jurisdicciones inferiores.

Mucho más adecuada a la descripción de la experiencia jurídica nos parece la llamada « teoría realista de la interpretación » (TRI), según la cual la comprensión, y más aún la aplicación en un caso concreto, de cualquier disposición del discurso legislativo, supone o requiere su interpretación. Teoría que hace resaltar, en otras palabras, que la interpretación constituye el paso necesario desde cualquier disposición hasta la norma que significa, esto es un proceso que no se impone sólo en caso de patología de la redacción de una ley, que no es operación excepcional, accidental, sino inherente al

uso « cotidiano » de las disposiciones, a su aplicación. Y es por experiencia propia del estudio y manejo del Código del trabajo francés en particular, inclusive de su versión « mejorada » en vigor desde cinco años, que nos adherimos a esta última tesis. Una tesis – o, mejor, una representación – que merece su calificativo de « realista » en el tanto no pretende sino dar cuenta de « la vida efectiva del derecho »⁴⁸. Concretamente, hemos poco a poco descubierto como casualmente surge, frente a un enunciado del discurso legislativo, aun de un texto conocido desde hace tiempo y hasta familiar, el interrogante « ¿Qué quiere decir? ¿Cuál es la norma aquí significada? ». En particular cuando se plantea una cuestión concreta, práctica, sobre todo un problema nuevo o no encontrado hasta la fecha, y más aún en presencia de una argumentación a favor de una determinada, original o atrevida, lectura del texto y de la solución que de ella se desprende, o de argumentaciones contrarias. Sabemos el sinnúmero de disposiciones del Código del trabajo cuyo tenor normativo puede fácilmente ser cuestionado. Sobre todo cuando los intereses de los actores – o su enfrentamiento – animan dicho cuestionamiento, agilizándolo la imaginación de los juristas involucrados en la argumentación o la controversia. En síntesis, es destino natural de una disposición del discurso legislativo revelarse equívoca, aun cuando sus autores han tenido la certidumbre de redactar un enunciado perfectamente claro y unívoco, y que aparece tal cual a la primera lectura.

Si discrepamos en algunos puntos de los análisis de la TRI en su expresión alcanzada por sus mayores exponentes, es principalmente en lo que respecta al

48 La TRI pertenece, pues, al campo de la teoría y no de la filosofía del derecho, tampoco de « la doctrina jurídica » (expresión demasiado vaga que no puede ser sino sinónima de « literatura relativa al derecho y a lo jurídico » y abarca, por ende, escritos de distintos cortes epistemológicos, desde de dogmática jurídica hasta de teoría, sociología y filosofía del derecho). La TRI debe bastante, por supuesto, a análisis de Hans Kelsen (sobre interpretación) y de Herbert L. A. Hart (« la textura abierta de las reglas »). Desconocida todavía por la inmensa mayoría de los juristas franceses (inclusive de aquellos que se atreven a publicar manuales de introducción al estudio del derecho), parece estar conquistando espacio en el mundo académico francés. En Francia, su mayor exponente es Michel Troper, profesor emérito de la Universidad Paris X-Nanterre, destacado constitucionalista y teórico del derecho. Encontramos una versión de la TRI, por ejemplo, en trabajos de Eros Roberto Grau (véase en particular : *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*, São Paulo, Melheiros Editores, 5a ed., 2009 ; *Por que tenho medo dos juizes (a interpretação do direito e os princípios*, 6a ed. refundida de *Ensaio e discurso...*, São Paulo, Melheiros Editores, 2013). Si compartimos en lo esencial dicha teoría, discrepamos de nuestros amigos Troper y Grau cuando sostienen que sólo hay « texto », y no norma todavía, mientras el « intérprete (auténtico) » no ha fijado su significación (para Eros Grau el texto de la ley es análogo a una obra de arte alográfica, como música y teatro). Pensamos que atribuir tal alcance a la distinción del texto y de su significación (la norma) desconoce « violentamente » la experiencia social : a las disposiciones de una ley recién conocida o hecha vigente, la mayoría de los actores sociales (con un mínimo de cultura cívica, por supuesto) que se enteren de ella no vacilan en reconocer que han introducido nuevas « reglas », aunque no vean o comprendan claramente su tenor o que permanezcan reales incertidumbres al respecto. Otra cosa es observar cuán frecuente es que una disposición del discurso legislativo carezca de significación normativa un poco cierta, estabilizada o compartida, hasta la interpretación fijada (siempre provisoriamente en el caso francés) por la jurisdicción suprema....

concepto mismo de interpretación. Es que, a nuestro entender, la extensión de este concepto no se reduce a la determinación de la significación de un texto legal y abarca otras operaciones que tienen por objeto la norma misma y no su significante: a saber, la identificación del sentido de esta norma⁴⁹ y de su alcance en la respuesta a una determinada cuestión de derecho.⁵⁰

Al final de cuentas, resulta largo e incierto el camino desde la disposición hecha perfectamente visible por la forma « código », hasta llegar a la norma, y, más allá, hasta la configuración de las situaciones jurídicas y la solución de los casos (muchísimas veces más « difíciles » de lo que se pensaba), de conformidad con dicho enunciado. Tanto más cuanto se revela que la interpretación, en especial la interpretación jurisdiccional, es función de voluntad más que de conocimiento, y frecuentemente acto de poder más bien que de sumisión a « la voluntad del legislador ». Resulta imposible, por consiguiente, decir de una determinada interpretación de cualquier enunciado legal que es verdadera o falsa, exacta o equivocada. Y aquí tenemos la proposición más « escandalosa » de la teoría realista de la interpretación, aquella que desata las críticas indignadas de expositores ingenuos de la separación de los poderes – para quienes la TRI legitimaría y alentaría « el gobierno de los jueces », de sí arbitrario - y de partidarios de la doctrina del sentido

claro de la ley, quienes creen y tratan de hacer creer que los jueces buscan sistemáticamente - porque « están obligados » a buscarla y pueden encontrarla - la « intención del legislador », clara y unívoca. Otra vez, la experiencia de la práctica del derecho, en particular la consideración sobre las « audacias interpretativas » de la Corte de casación francesa, respecto de tantas disposiciones del Código del trabajo,⁵¹ nos lleva a compartir esta teoría.

B/ Por lo demás, las « osadías » de los tribunales supremos del país – Corte de casación sobre todo por lo concierne al derecho laboral, pero también el Consejo de Estado y el Tribunal de los conflictos,⁵² sin hablar aquí del Consejo constitucional - no sólo se observan en el terreno de la interpretación de los textos y de las normas.

El ordenamiento de la República francesa se reputa prevalente y sumamente legalizado. Sería como una herencia de la Revolución de 1789 y de lo que suele llamarse « la concepción francesa de la separación de los poderes ». Ni La Constitución vigente, el Código civil, así como tampoco otros instrumentos del ordenamiento reconocen el menor espacio a cualquier labor normativa de las jurisdicciones. No existe figura, tan extraordinaria para un jurista francés, como aquella de las « sùmulas » (« vinculantes » o no) del derecho brasileño⁵³, y el

49 Vale decir que pensamos fecundo distinguir « significación » (lo que quiere decir un enunciado) y « sentido » (como aquel de la corriente de un río, de un acontecimiento, o « de la historia »).

50 Por ejemplo, es producto (poco discutible e indiscutido en los hechos) de la interpretación de un enunciado del Código del trabajo francés una norma que impone al empleador convocar a entrevista previa al trabajador que está pensando despedir, siendo esa fase de convocatoria y celebración de la entrevista la primera del procedimiento de despido (ruptura unilateral de un contrato de trabajo por tiempo indeterminado). Ocurre que pequeños o medios empleadores encargan, no un asalariado suyo (jefe jerárquico del trabajador, director de recursos humanos, por ejemplo), sino a un abogado externo o a un perito en contabilidad que gestiona las cuentas de la empresa y hasta los documentos laborales, de llevar a cabo aquel procedimiento, inclusive la entrevista y, en su caso, la consiguiente notificación del despido. En ocasión de algún recurso judicial de un trabajador despedido, llegó hace pocos años ante la Corte de casación la cuestión, en el silencio de la ley, de la regularidad del procedimiento o de la misma validez del despido. Fue en atención de la razón de existir de aquella fase de entrevista previa – discutir con el trabajador, escuchar sus explicaciones, para tomar una decisión racional de despedir o no - que la Sala de lo social de la Corte estimó irregular el procedimiento de despido y el despido mismo desprovisto de causa real y sería por haber sido decidido sin que el autor jurídico de la decisión haya estado en contacto y diálogo con el trabajador afectado. La operación racional que llevó los magistrados a tal conclusión pertenece plenamente, a nuestro entender, a la extensión del concepto de interpretación – interpretación de la norma en este caso - es decir a la actividad intelectual que se necesita para pasar de la positividad de una disposición a la respuesta, conforme la norma significada por esta última, a una cuestión de derecho y la consiguiente solución de un caso concreto (respuesta que constituye entonces la llamada « norma de decisión »).

51 Desde dos decenios aproximadamente, es común, de parte de juslaboralistas, en general vinculados con el sector empresarial, acusar a la Sala de lo social de la Corte de « rehacer la ley ». Con algo de exageración, si no de mala fe, por supuesto. Como si « tuvieran miedo de los (altos) jueces »... experimentando un sentimiento expresado por Eros Grau a propósito de la movilización de los principios y de su ponderación.

52 Juez de los conflictos de competencia entre orden judicial y administración o jurisdicción del orden administrativo.

término « jurisprudencia », en cuanto designa una producción normativa derivada de sentencias de las jurisdicciones supremas, es casi desconocida del discurso legislativo. Pese a ello, es claro que se consideran como positivas - porque funcionan como tales « en los hechos » y « cotidianamente », es decir en actos jurídicos, en cálculos jurídicos de actores, en argumentaciones ante los tribunales, y sobre todo en decisiones jurisdiccionales – determinadas interpretaciones « estabilizadas » de textos legales - son ellas las normas significadas por ellos - pero también normas que no son y no pueden logicamente considerarse como significaciones de enunciados del discurso legislativo. Normas « sin texto » en alguna manera, que sólo pueden imputarse a la motivación, explícita o implícita (resaltada como « necesaria » por comentarios o literatura dogmática de juristas) de un determinado fallo o de una serie de sentencias de una jurisdicción suprema. Ese protagonismo « oficialmente inconfesado e inconfesable » de la jurisprudencia constituye la mayor paradoja del régimen de las fuentes del derecho francés. Y se manifiesta inclusive en el ámbito de ramas del ordenamiento dotadas de un código, en particular en el derecho del trabajo.

No es secundaria la contribución jurisprudencial al derecho del trabajo vigente, concretamente la que es obra de la Corte de casación (Sala de lo social y Sala de lo penal esencialmente), jurisdicción suprema del orden judicial cuyas instituciones conocen la inmensa mayoría de los litigios laborales,⁵⁴ pero también aunque en menor medida del Consejo de Estado, que encabeza el orden jurisdiccional administrativo

competente para decidir sobre las contestaciones de la legalidad de las decisiones ministeriales o de la Inspección de trabajo. Contribución que no se limita a la fijación de la interpretación de disposiciones del Código o de normas significadas – Corte y Consejo actuando como « intérpretes auténticos » en el sentido de exponentes de la TRI – y que es también producción de normas de imposible imputación a enunciados legales que serían sus significantes. Es esta última aportación que aquí merece atención.

Estamos aludiendo, entre otros aportes, al régimen de la calificación de contrato de trabajo, a elementos básicos del régimen de algunas cláusulas estipuladas en contratos de trabajo, del cambio de las condiciones de empleo o trabajo, de la responsabilidad del trabajador respecto de su empleador, de la huelga⁵⁵, que son sectores de la normativa laboral francesa con limitada « cobertura » legal. Pero evocamos también componentes normativos hoy en día importantes de instituciones que cuentan con un denso tejido de textos, y aquí no podemos sino pensar en el régimen del despido, donde han surgido auténticas reglas en el ámbito de (o espacio abierto por) una noción-marco (o *standard*) como « causa real y seria », erigida por el Código en condición de validez de todo despido, y de su manejo⁵⁶. Pero la jurisprudencia ha ido más allá. Por ejemplo cuando la Corte se refiere (desde un famoso fallo de 1996), con dudosas referencias textuales en un primer momento y luego sin invocación de la menor disposición, al « principio conocido como 'a trabajo igual, salario igual' », y en sentencias de

53 Una *súmula* es un breve resumen de la respuesta del Supremo Tribunal Federal (STF) o de un Tribunal superior (el Tribunal Superior do Trabalho – TST, por ejemplo) a una determinada cuestión de derecho surgida a través distintos recursos, cuando una *orientação jurisprudencial* es una simple compilación de precedentes uniformes del mismo tribunal. Ambos tipos de actos (« directivos » en sentido amplio para las jurisdicciones inferiores) se adoptan en condiciones y mediante un procedimiento fijados por normas especiales. Hoy día, sólo el STF tiene poder para emitir, de conformidad con el actual art. 103-A de la Constitución federal (emenda constitucional de 2004) *súmulas vinculantes* que se imponen a todos los jueces y tribunales como a los órganos de la administración pública de nivel federal, estadual y municipal, y funcionan, pues, como actos normativos, como « fuentes primarias de derecho ». En cambio, las *súmulas* de los tribunales superiores, así del TST, no tienen efecto vinculante. Véanse los verbetes « *Orientação jurisprudencial* », « *Súmula* », « *Súmula com efeito vinculante* », por Maria Cristina Peduzzi, in ANDT, *Dicionário brasileiro de Direito do Trabalho*, cit..

54 Con los *conseils de prud'hommes* (tribunales paritarios del trabajo), los tribunales de instancia y tribunales de gran instancia, cortes de apelación en caso de recurso ordinario de reformación, pero también con los tribunales penales por la importancia de las disposiciones de incriminación insertas en el Código del trabajo y el papel que pueden tener incriminaciones del Código penal (homicidio por imprudencia en caso de accidente del trabajo, por ejemplo).

55 Suele decirse, y con razón, que el derecho francés de la huelga sigue siendo « esencialmente pretoriano ».

56 Por ejemplo, no cabe duda que el ordenamiento cuenta entre sus normas positivas, desde la « recepción » por el mundo de los juristas de oficio de un fallo de la Corte de casación de 1990, cuya doctrina ha sido confirmada por fallos subsiguientes – hasta un eventual « cambio de jurisprudencia » por supuesto – una regla que supedita la admisión del carácter real y serio de una causa de despido « inherente a la persona » del trabajador a la condición que sea fundada en elementos objetivos, de modo que una pérdida de confianza invocada por el empleador no basta para justificar un despido.

los últimos años, al « principio de igualdad de trato » (« isonomía ») de los trabajadores asalariados de un mismo empleador, que no puede considerarse como una norma de tipo « principio » puesta a la luz por un razonamiento inductivo que generalice soluciones convergentes de algunas disposiciones normativas particulares.

Abundan, pues, las pruebas de que el conjunto de las normas que integran lo que ha de considerarse como el derecho positivo de un Estado como la República francesa⁵⁷, rebasa ampliamente aquel de las normas que significan las disposiciones del discurso legislativo

del mismo ordenamiento. De ahí, y a manera de conclusión, que *la existencia de códigos de cualquier clase (según la tipología esbozada o recordada más arriba), en particular de un código del trabajo, tan extenso, pormenorizado en sus disposiciones, y bastante bien estructurado como lo es el Código del trabajo de Francia recién reconfigurado, no ofrece o garantiza, porque no puede hacerlo, un directo y rápido acceso a lo que es el derecho vigente en un determinado momento. ¡Apostamos que tal conclusión, referida a la experiencia de aquel código, valdría igualmente para aquella de la CLT o de cualquier otro producto de « codificación !*

57 Estamos hablando del derecho propio, nacional (« interno », como se suele decir). Sobre el territorio y ante las autoridades y tribunales de aquel Estado valen también las normas de los tratados y convenios internacionales ratificados por la República, y las de aquel « ordenamiento jurídico original » en palabras de la Corte de Justicia de Luxemburgo, formalmente supranacional, que es el derecho de la Unión europea (tratados institutivos y modificativos, Carta de los derechos fundamentales de la Unión, y un impresionante elenco de reglamentos, directivas, etc.), que, a pesar de lo que se dice tan fácilmente, no se incorporan al ordenamiento nacional de cada uno de los Estados miembros, como si se « nacionalizaran » en cada uno de ellos, pero que igual se impone, vale igualmente en cada uno, con primacía sobre las normas nacionales.