

CAPÍTULO V

LA ETAPA DE CONSTRUCCIÓN O TEÓRICA Y SU DOCUMENTACIÓN EN LOS PROCESOS DE INVESTIGACIÓN JURÍDICA

38. El desarrollo de la tercera etapa: de construcción o teórica	145
39. El plan o esquema de la construcción	146
40. La ejecución de la construcción	146
Ejercicio 20	154
41. La documentación de la construcción.	156
Ejercicio 21	157
Ejercicio 22	159

CAPÍTULO V

LA ETAPA DE CONSTRUCCIÓN O TEÓRICA Y SU DOCUMENTACIÓN EN LOS PROCESOS DE INVESTIGACIÓN JURÍDICA

La construcción jurídica y filosófico-jurídica, y la reconstrucción histórica-jurídica encontrarán en la síntesis científica la unidad, el equilibrio, la armonía y la validez deseados.

Aníbal BASCUÑÁN VALDEZ

38. *El desarrollo de la tercera etapa: de construcción o teórica*

En el desarrollo de los procesos de la investigación jurídica y una vez que se ha transitado por las etapas fenomenológica o de información y aporética o de planteamiento, se arriba a la teórica o de construcción.

Esta etapa se integra con las siguientes fases:

1) *Diseño del plan o esquema de construcción*

En esta fase se realiza el establecimiento y desarrollo del plan o esquema de la investigación para resolver los problemas identificados y comprobar las hipótesis formuladas, seleccionando las técnicas y los métodos conducentes. Asimismo, se genera la información adicional necesaria o se efectúan las operaciones de observación y se diseñan las pruebas necesarias.

2) *Ejecución de la construcción*

En esta fase se determina y ejecuta el mecanismo de organización y ordenación de los datos para la construcción jurídica o filosófica jurídica o para la reconstrucción histórica-jurídica, a través de la "síntesis

unitaria” que permite, según Aníbal Bascuñán, “[...] encontrar en la síntesis científica, la unidad, el equilibrio, la armonía y la validez deseados”.¹⁰⁰

La síntesis unitaria representa, entonces, la posibilidad de organizar técnicamente los medios de prueba, para que a través de un método rector se pueda llegar a conclusiones válidas, verdaderas y ciertas; pero significa, también, una forma previa de organizar los resultados de la investigación y, en consecuencia, se deberá precisar la manera en la que se ordenaron los datos, se establecieron las relaciones o se hicieron las inferencias o deducciones que permiten, con una lógica rigurosa, obtener conclusiones válidas. En resumen, significa preparar un “borrador de resultados” de la información, el planteamiento y la construcción unificada de la prueba de las hipótesis formuladas.

39. *El plan o esquema de la construcción*¹⁰¹

Si el objeto de conocimiento es ideal, la comprobación científica es procedente a través de vías formales de demostración que implican el uso de razonamientos, la formulación de postulados, el establecimiento de definiciones o la determinación de leyes.

La comprobación científica empírica es procedente a través de la verificación que usa, especialmente las vías de la observación. Esto es, la toma de datos directamente de los fenómenos o conductas a través de testimonios de terceros, así como por medio de la experimentación, de instrumentos o de la realización de experimentos, que permiten, a su vez, obtener datos y estadísticas que generalizadas hacen posible validar una hipótesis.

La interpretación de los resultados de la demostración y de la verificación requiere de una metodología que yendo de lo general a lo particular deduzca conclusiones, que partiendo de hechos generalice resultados induciendo efectos, o resulte numéricamente probable, o pueda ser demostrada o verificada a través de hechos históricos.

¹⁰⁰ Cfr. *Manual de . . .*, cit. p. 146.

¹⁰¹ V. “Técnica de la investigación jurídica”, Departamento de Metodología Docente de la Universidad Externado de Colombia, en *Antología de estudios sobre la investigación jurídica*, México, UNAM, 1978, compilada por Witker, Jorge. De este mismo autor en esta obra v. *Investigación jurídica formativa*, pp. 251 y ss., y Bascuñán Valdez, A., *op. cit.*, pp. 147 y ss.

Tanto en el ámbito de las disciplinas científicas formales como en el de las empíricas,¹⁰² lo que permite establecer correctamente hipótesis verdaderas y ciertas es el uso de un método que en rigurosa lógica lleve a la conclusión deseada como demostración.

En este tema tenemos que plantear lo que es un modelo y lo que significa el diseño.¹⁰³

a) *Modelo*

Es el conjunto de decisiones que se plantean y se toman en la producción o descripción de una cosa. Por lo tanto, el *modelo de una investigación* consistirá en el conjunto de acciones relativas a la identificación del problema, a la formulación de la hipótesis y al uso de técnicas y aplicación de métodos para comprobar una hipótesis científica.

b) *Diseño*

Es el ajuste de las decisiones requeridas para el hallazgo de un nuevo conocimiento por medio de la comprobación de una hipótesis.

A cada investigación corresponderá un modelo, en cuanto a que para cada línea de ésta se abre un proceso científico de comprobación; por lo tanto, no podríamos señalar que la investigación jurídica, que es una especie de la investigación científica, se encuentre condicionada a la utilización de un modelo único de investigación, sino que en razón del objeto de la misma,¹⁰⁴ el modelo presentará diferentes características o formas de diseño de prueba, para lograr comprobar la hipótesis planteada.

Es procedente el uso del término *diseño* y especialmente aquel que se refiere a las *formas de comprobación*, en cuanto que efectivamente se trata de delinear los pasos conducentes a la manera en la que los problemas se formulan y las hipótesis se plantean y se demuestran.

Siendo el derecho, como ya se ha mencionado, un objeto de conocimiento que puede ser analizado en diferentes dimensiones: normas,

¹⁰² Sobre las tendencias en esta disciplina v. Piaget, Jean *et al.*, *Tendencias de la investigación en las ciencias sociales*, Madrid, Alianza-UNESCO, 1973.

¹⁰³ Sobre modelos y diseño de investigación v. Pardiñas, F., *op. cit.*, pp. 186 y ss.; Tamayo y Tamayo, M., *Diccionario . . .*, *cit.*, p. 145. El término "diseño" es usado especialmente por los investigadores sociológicos.

¹⁰⁴ V. capítulo II para recordar el objeto de la investigación jurídica. También Cortari, Eli de, *Conclusiones y pruebas en la ciencia*, México, Océano, 1983, p. 207 para análisis de argumentación jurídica.

contenidos, valores y elementos históricos, la investigación se podrá diseñar básicamente en dos planos: el teórico, y el de los hechos relacionados con los contenidos de las conductas normadas. Se podría decir que el diseño de la prueba dependerá del tipo de hipótesis que se ha formulado, ya sea ésta doctrinal o teórica, en cuyo caso estaríamos considerando al derecho como norma o como valor; o bien fáticamente, en cuanto a que la investigación se refiera al derecho en el tiempo, o en el espacio, o a los contenidos sociales, económicos y políticos de las conductas normadas.

En razón de lo anterior y con efectos meramente pedagógicos, se podría señalar que existen dos tipos de modelos de investigación jurídica que pudieran generar sendos esquemas de diseño de comprobación de la prueba y realización de la investigación.

1) *El modelo teórico* que se integra con los siguientes elementos:

a) *El resumen del problema*

En este sector del modelo y con la utilización de términos fidedignos, claros y técnicos, se formula el problema identificado.

b) *La identificación de proposiciones*

Señalamiento de teorías generales y postulados que sirven de marco de referencia a la formulación de la hipótesis en cuanto a su base.

c) *Las técnicas de comprobación*

Esta parte del modelo se refiere al conjunto de reglas que permiten obtener la información adicional por extrapolación, analogía, extensión, sustitución o referencia, de datos que permiten ser interpretados y que constituyen el cuerpo de la hipótesis.

d) *Los métodos de construcción*

En esta parte del modelo se desarrollan los métodos de deducción, inducción y mayoría de razón, entre otros, que en el rigor de las reglas de la lógica, permiten interpretar los datos generalizando los resultados de manera tal que esta generalización haga válida o verdadera la hipótesis planteada.

2) *El modelo empírico*; éste se integra por:

a) *El resumen del problema*

Este género de modelo prevé que se describan los hechos que presumiblemente constituyen un problema cuya solución se requiere.

b) *El planteamiento de la hipótesis*

En este sector del modelo se realiza el supuesto relativo a los hechos que constituyen el problema.

c) *La búsqueda del marco teórico de referencia*

Lo cual significa la determinación de la base de conocimiento existente que permite dar cuerpo a la hipótesis.

d) *La realización de los procesos de observación*

En este sector del modelo se analizan los hechos o se construyen instrumentos para la toma de la información, i.e. la formulación de cuestionarios o formularios que permitan obtener información directa o indirecta sobre los hechos observados.

e) *La interpretación lógica*

Especialmente inductiva, que permita generalizar los resultados de la comprobación que ha sido debidamente verificada empíricamente a través de la observación.

f) *La transformación de los datos en estadísticas*

De conformidad con el método probabilístico, la transformación de los datos en estadísticas permite generalizar los resultados de la verificación de la hipótesis formulada.

40. *La ejecución de la construcción*¹⁰⁵

El esquema de la investigación corresponde al plan de trabajo que deberá elaborar el investigador en la toma de decisiones respecto a las

¹⁰⁵ V. Bascuñán Valdez, A., *op. cit.* segunda parte; Fix-Zamudio, H., *Reflexiones sobre . . . , cit.*, pp. 55 y ss.

vías técnicas y metodológicas que utilice para demostrar su(s) hipótesis, y estará en razón de las modalidades de la hipótesis planteada y con respecto al problema identificado. Debemos referirnos concretamente y de nueva cuenta, al o los niveles o planos del objeto del derecho que constituyan el marco de la investigación en desarrollo.

Hemos citado abundantemente al tratadista Aníbal Bascuñán Valdez; lo haremos en seguida y literalmente para poder apreciar los dos criterios de planificación que permitirán plantear los diversos esquemas o planes de trabajo de la comprobación de las hipótesis jurídicas y por lo tanto, ejecutar la construcción: "dos criterios fundamentales podemos distinguir en la planificación de una investigación jurídica: el criterio histórico (genético, sincrónico), que representaremos por trazos horizontales [...] y el criterio dogmático (sistemático o vertical)".¹⁰⁶

Desde el punto de vista de la *planeación histórica*, se toma en cuenta que el derecho es esencialmente un producto de la vida humana; en otras palabras, las normas jurídicas constituyen un producto cultural, pero no un fenómeno abstracto sino el que tiene lugar en una sociedad determinada regulada por normas legales y que se desarrolla tanto en el tiempo como en el espacio, y cuya fundamentación jurídica o régimen jurídico obedece a elementos que influyen en lo social, y que son de orden económico, político o de carácter sociológico.

De esta manera entenderíamos, por una parte, que el fenómeno jurídico tiene su origen en las características y necesidades de la sociedad que lo produce, y que las fuentes de creación de este fenómeno, las llamadas fuentes formales, se producen en un momento históricamente considerado; por otra, que las instituciones jurídicas que propician la satisfacción de necesidades sociales son el producto de la evolución de la sociedad misma, que por lo tanto el estudio histórico del derecho constituye uno de los elementos de comparación en los diversos momentos de la vida de las instituciones y en diversas organizaciones jurídicas que lo han adoptado, como satisfactor natural y eficiente de las necesidades que le dieron origen.

La *planeación sistemática* se basa en el acerto de que el derecho es una estructura normativa válida en un momento determinado, y que desde el punto de vista dogmático y doctrinal, le impone a la investigación marcos conceptuales preestablecidos.¹⁰⁷

En razón de lo cual el proceso de investigación tendrá que ceñirse al marco teórico de referencia y a las reglas de indagación lógica y méto-

¹⁰⁶ Cfr. *op. cit.*, p. 102.

¹⁰⁷ En este sentido Bascuñán Valdez, A., *op. cit.*, p. 104.

dos de interpretación para la demostración formal de las hipótesis planteadas.

Los planes o esquemas descritos pueden ser ejemplificados de la siguiente manera:

1) *Plan o esquema histórico*

Supongamos, como hemos venido desarrollando el ejemplo, que un investigador pretende desarrollar un análisis del derecho del trabajo mexicano y que elige, después de su información preliminar, el tema "el salario que es la retribución del trabajo, no implica en la relación jurídica laboral mexicana, la subordinación económica del trabajador, sino una subordinación jurídica tutelada por el Estado que protege su condición humana".

De qué manera hará su planteamiento histórico el investigador:

Tendrá que encontrar primeramente el antecedente más remoto del derecho del trabajo, a través del análisis constitucional inicial, Constitución de 1857, y posteriormente señalar e identificar las fuentes del contrato de trabajo en los códigos civiles de 1870, y 1884, para pasar posteriormente a las leyes previas a la Constitución de 1917, especialmente las que se refieren a la seguridad industrial, y a las propias del trabajo de Salvador Alvarado en Yucatán, por ejemplo y, más tarde, analizar la manera en la que se ha planteado las diversas proposiciones del artículo 123 constitucional, pasando en seguida a examinar el debate de los constituyentes.

Posteriormente, tendrá que referirse el investigador, a la manera en la que las leyes estatales del trabajo calificaron el salario, y pasar finalmente a la identificación de las leyes federales del Trabajo de 1931 y 1970.

Toda esta identificación de hechos, normas, contenidos, apreciaciones sociales y económicas, las encontrará el investigador en el curso del tiempo y en un espacio determinado, el del Estado mexicano.

2) *Plan o esquema sistemático*

El investigador, sobre la base del mismo ejemplo analizado en el esquema histórico, tendrá que acotar de qué manera la concepción del trabajo se desarrolla en el sistema institucional mexicano, qué género de ideas alimentan a los legisladores y qué doctrinas socioeconómicas y políticas conforman el asiento de la relación entre el capital y el tra-

bajo. De esta manera tendrá que caracterizar al Estado liberal postulado por la Constitución de 1857 y el neoliberal o liberal social planteado por la Constitución de 1917, y en ésta tendrá que caracterizar esa nueva rama de derechos de carácter social referidos al trabajo, a la educación y a la propiedad colectiva, que se denominan derechos sociales. Finalmente, habrá de irse al fondo del estudio sobre la teoría de la relación jurídica del trabajo que empieza a establecer la Ley Federal del Trabajo de 1931.

El manejo de los dos esquemas y su cruzamiento equilibrado, es decir, el análisis del periodo histórico y de las diferentes corrientes o doctrinas jurídicas vigentes, dará por resultado lo que Bascuñán Valdez llama un *esquema mixto*,¹⁰⁸ en el que con claridad se equilibren los extremos de los hechos históricos y de las teorías o corrientes del pensamiento en torno a las normas jurídicas y a su contenido, especialmente las atinentes al salario, que es el tema que se sigue utilizando como ejemplo.

En cuanto al uso del análisis doctrinal en diversos periodos o de conformidad con ciertos hechos históricos, pero no en todos los estudiados, el resultado será la *esquemización ecléctica*, la cual significa que en determinado periodo se estudiarán las corrientes y las posiciones doctrinales y en otros solamente se hará el señalamiento histórico del derecho.

Cuando se trata de utilizar el *plan o esquema comparativo*, nos estamos refiriendo a un análisis institucional que descomponga en categorías jurídicas y los elementos de ésta el tema de que se trata. Si consideramos que el salario como componente de la relación contractual del trabajo, implica la existencia de un sujeto que lo recibe y que presta su esfuerzo de trabajo, quedando subordinado jurídicamente por el pago de éste a prestar un trabajo determinado, e intentáramos averiguar si en otros ordenamientos jurídicos se presentan los mismos elementos y los efectos que en la legislación nacional, tendríamos que descomponer el acto jurídico en sus elementos tradicionales: sujeto, objeto, causa, efecto, y en el caso de lo laboral, de conformidad con la doctrina de Mario de la Cueva, el estatuto jurídico objetivo que proporciona los mínimos de bienestar automáticamente por el hecho de prestarse el trabajo.¹⁰⁹

En este caso agruparíamos las normas comparativamente en razón de cada uno de los elementos, y se desprenderían principios cuyo análisis, en cuanto al alcance de los efectos, daría por resultado la estimación de que en el orden del derecho comparado y de la legislación compa-

¹⁰⁸ *Op. cit.*, p. 106.

¹⁰⁹ Cueva, M. de la, *op. cit.*, pp. 179 y ss.

rativa, existen principios comunes que regulan instituciones análogas. El plan o esquema en cuestión se denominaría comparativo.

Con objeto de graficar los esquemas ejemplificados, en seguida se diseñan los mismos, sobre la base de que se está desarrollando una investigación en torno a la hipótesis de que "el salario subordina jurídicamente a los trabajadores, y no los hace dependientes económicamente, sino que el estatuto objetivo a través de diversas instituciones de bienestar, regula el desequilibrio entre el capital y el trabajo, y por lo tanto pretende satisfacer económicamente los requerimientos que el trabajador como persona de derecho puede detentar objetivamente".

EJERCICIO 20.

MODELOS DE PLANES O ESQUEMAS DE INVESTIGACIÓN JURÍDICA.

Histórico

Caracterización del salario

Constitución de 1857	Código Civil 1870	Código Civil 1884	Leyes de Seguridad Industrial previas a la Constitución de 1917	Constitución de 1917	Leyes estatales del trabajo	Ley Federal del Trabajo 1931
----------------------	-------------------	-------------------	---	----------------------	-----------------------------	------------------------------

Sistemático

Del contrato a la relación jurídica del trabajo

Doctrina y teoría liberal sobre el trabajo

Los derechos en el liberalismo

La teoría contractualista de derecho privado, principios

La doctrina de los derechos sociales

Mixto

Caracterización del salario

Constitución de 1857	Códigos Civiles de 1870 y 1884	Constitución de 1917
Doctrina liberalismo	Doctrina contractualista de derecho privado	Los derechos sociales
Los derechos del hombre	El papel de la voluntad en los contratos	El estatuto objetivo

Ecléctico

Caracterización del salario

C O N S T I T U C I O N D E 1857	Constitución de 1917	Ley Federal del Trabajo de 1931
	Antecedentes del derecho del hombre	
	Los derechos sociales	
	Los mínimos de bienestar	Las reglas de la relación del trabajo

Comparativo

Elemento de la relación del trabajo

ELEMENTOS	LEY FEDERAL DEL TRABAJO 1970	LEGISLACION ARGENTINA	PRINCIPIOS COMUNES
SUJETOS			
OBJETO			
EFFECTOS			
CAUSA			
ESTATUTO OBJETIVO			

41. *La documentación de la construcción*

Una vez que el investigador ha establecido su plan o esquemas de comprobación, procederá a construir el desarrollo o comprobación de las hipótesis planteadas y a documentar las mismas. Para tal efecto utilizará las llamadas *fichas de construcción*, de conformidad con los siguientes pasos:

1) Realizará una búsqueda específica en las bibliotecas, fondos documentales, archivos, hemerotecas, concretamente para identificar fuentes de detalle y de acercamiento a las particularidades que componen o integran los diferentes elementos del problema.

Desde luego, sin demérito de repasar en su cartoteca de trabajo todos los elementos documentales que en su fase de información general y particular le sirvieron para documentar el tema, con objeto de encontrar en su síntesis o en la transcripción, elementos que le permitan construir una idea que debidamente argumentada pueda ser incorporada a la ficha de construcción correspondiente.

2) A cada uno de los puntos que componen el esquema tendrá que articularle una ficha de construcción, desagregando en cada ficha, independientemente de que ésta conste de varias tarjetas, una sola idea que permita plantear integralmente los elementos históricos, doctrinales

y otros, que cruzadamente responden a la manera de ir construyendo directa o indirectamente su probanza de hipótesis.

3) Paralelamente dispondrá a la mano de un cuaderno de notas, en el cual irá señalando con números arábigos y de manera progresiva, aquellas referencias o citas a ideas, pensamientos, expresiones o fuentes que en su recorrido de construcción irá citando, o en las cuales se irá apoyando, de tal manera que al terminar esta etapa con sus fichas de construcción y una primera relación de notas, constituirán su particular aparato crítico.

4) En cada unidad de construcción se sugiere que se redacten los antecedentes históricos, si los hubiera, del punto construido. En seguida las principales corrientes, si las hubiera, respecto al punto en cuestión, y finalmente, la redacción de los diversos argumentos que como producto de la prueba de la hipótesis por inducción, deducción, mayoría de razón o analogía, se producen como resultado de lógica y de probanza al punto construido.

EJERCICIO 21

LAS FICHAS DE CONSTRUCCIÓN

SALARIO ¹¹⁰

I. Concepto

Etimológicamente el vocablo proviene del latín *salarium* y de sal, sal que en la antigua Roma acostumbraba utilizarse como moneda de pago para la soldadesca. El *Diccionario de la Lengua Española* de la Real Academia define al salario como: "Estipendio o recompensa que los amos dan a los criados por razón de su servicio o trabajo" y por extensión "estipendio con que se retribuye servicios personales". Esto nos permite inferir que la servidumbre es un antecedente histórico del trabajo asalariado contemporáneo.

Para autores como De la Cueva, imbuidos en la creación de nuestra legislación laboral de 1970, la idea de salario está plagada de una ética humanista, y así lo transmite el ordenamiento legal que nos postula un

¹¹⁰ V. Tamez Menchaca, Rodolfo S., *El salario*, México (tesina para la asignatura técnica de investigación jurídica), Div. Est. Posgrado, Fac. de Der. UNAM, 1988.

deber ser muy ambicioso, sobre todo en épocas de crisis económica como la actual. Este autor nos habla de la retribución que debe ser pagada al trabajador y que debe permitirle una existencia digna y decorosa para él y su familia. Estos bellos ideales por la justicia que encierran chocan abiertamente con una realidad económica aplastante que los convierte en letra muerta.

Para el tratadista brasileño Víctor Mozart Russomano, el concepto salario es especie del género remuneración, siendo este último un concepto más amplio que el simple pago que el empleador hace al trabajador —véase el caso de la propina—, y en lo que sí coincide este autor es que ambos conceptos son esencialmente alimenticios, es decir, que son parte medular de la subsistencia de los trabajadores.(1)

EJERCICIO 21

LAS FICHAS DE CONSTRUCCIÓN

EL SALARIO

2. Ubicación general y jurídica

Vemos la figura del salario como una fría representación monetaria del costo del trabajo, es decir, un valor económico determinado como un costo más de la producción, y que en un sistema capitalista como el nuestro, debe permitir al empleador o patrón una ganancia lícita. Esta concepción puede ubicarse en el ámbito de la economía y choca abiertamente con las concepciones jurídicas humanistas como la Declaración de Filadelfia emitida el 10 de mayo de 1944, en donde se estipula como principio social trascendental de la conferencia de la Organización Internacional del Trabajo, que: "a) El trabajo no es una mercancía".(2) Esto quiere decir que el salario no es un valor de cambio sujeto a transacciones comerciales, y pensamos que esto obedece a que el titular o productor del trabajo no es una cosa u objeto fungible en un mercado de valores.

Como una muestra del perspectivismo que adolece el concepto salario lo ubicamos fuertemente en el ámbito de la economía, y aun en esta materia varía su concepto según la posición doctrinaria que se tenga: liberal, marxista o socialista. A manera de ejemplo diremos que para Marx y Engels existe la ganancia del capitalista que consiste en el "tra-

bajo no retribuido” en tanto que “la forma del salario borra toda huella de la división de la jornada de trabajo en trabajo necesario y trabajo excedente, en trabajo pagado y trabajo no retribuido. Aquí, todo el trabajo aparece como si fuese trabajo retribuido”.(3) Es decir que, finalmente la fuerza de trabajo tiene un precio (salario) inferior al precio que produce, y que: “al consumirse engendra, crea nuevo valor: esta mercancía es la fuerza de trabajo”.

“[...] este trabajo de más que el obrero rinde después de haber trabajado el tiempo necesario para reponer al patrono el salario que le abona, es la fuente que alumbró la plusvalía, la ganancia, la fuente del incremento incesante y progresista del capital”.(4)

EJERCICIO 22

EL CUADERNO DE NOTAS

EL SALARIO

1. Concepto.

(1) Mozart Russomano, Víctor y Bermúdez Cisneros, Miguel. Derecho del Trabajo. (El Empleado y el Empleador), México, 1982, Cárdenas Editor, pp. 591 y 592.

2. Ubicación general y jurídica.

(2) STPS. Cincuentenario del Ingreso de México a la OIT, México, 1982, Pub. de la STPS, primera edición, p. 91.

(3) Marx, Carlos. El Capital. Crítica de la Economía política, traducción de Wenceslao Roces, tomo I, vigésima reimpression, Fondo de Cultura Económica, México, 1987, p. 452.

(4) pp. 745 y sigs., op. cit. (Manuscritos de Engels).