

AS ADAPTACIÓNS DA PRESTACIÓN LABORAL ÁS NECESIDADES DE CONCILIACIÓN FAMILIAR: UNHA PERSPECTIVA TÓPICA

ANTONIO ÁLVAREZ DEL CUVILLO

Profesor Titular de Dereito do Traballo e da Seguridade Social
Universidade de Cádiz (España)
antonio.alvarez@uca.es

RESUMO

Este traballo explora a aplicación do método tópico ao contexto do Dereito Laboral, especificamente en relación coas adaptacións da xornada e do modo de prestación de traballo para satisfacer as necesidades de conciliación familiar, segundo o artigo 34.8 do Estatuto dos traballadores español. Trátase dunha norma “de textura aberta” que xera unha certa incerteza para os operadores xurídicos porque a primeira vista apunta a un conflito de intereses que debe reconducirse, con todo, a unha solución razoada en Dereito. A través dun enfoque que combina a retórica clásica coa teoría da argumentación xurídica moderna, o estudo propón un marco teórico que permite identificar os “tópicos” aplicables a estas situacións. Posteriormente, propóñanse ferramentas argumentativas concretas para as partes, combinando este marco teórico coa observación da práctica xudicial. Finalmente, ofrécense unha serie de orientacións metodolóxicas para asistir aos xuíces na adopción e xustificación das súas resolucións nesta materia.

Palabras chave: Adaptación de xornada, conciliación da vida familiar e laboral, razoamento xudicial, argumentación xurídica, tópica xurídica.

ABSTRACT

This paper explores the application of the topical method in the context of Labor Law, specifically regarding the

adaptations of working hours and modes of work to meet family reconciliation needs, as stipulated in Article 34.8 of the Spanish Workers' Statute. This provision, characterized by its "open texture," generates some uncertainty for legal practitioners, as it initially presents a conflict of interests that must be resolved through a reasoned legal solution. By combining classical rhetoric with modern legal argumentation theory, the study proposes a theoretical framework that identifies the "topics" applicable to these situations. Subsequently, concrete argumentative tools are provided for the parties involved, integrating this theoretical framework with observations of judicial practice. Finally, a series of methodological guidelines are offered to assist judges in adopting and justifying their decisions in this area.

Keywords: Schedule adaptation, Work-Family Balance, Judicial Reasoning, Legal Argumentation, Legal Topical Method.

RESUMEN

Este trabajo explora la aplicación del método tópico al contexto del Derecho Laboral, específicamente en relación con las adaptaciones de la jornada y del modo de prestación de trabajo para satisfacer las necesidades de conciliación familiar, según el artículo 34.8 del Estatuto de los Trabajadores español. Se trata de una norma "de textura abierta" que genera una cierta incertidumbre para los operadores jurídicos porque a primera vista apunta a un conflicto de intereses que debe reconducirse, sin embargo, a una solución razonada en Derecho. A través de un enfoque que combina la retórica clásica con la teoría de la argumentación jurídica moderna, el estudio propone un marco teórico que permite identificar los "tópicos" aplicables a estas situaciones. Posteriormente, se proporcionan herramientas argumentativas concretas para las partes, combinando este marco teórico con la observación de la práctica judicial. Finalmente, se ofrecen una serie de orientaciones metodológicas para asistir a los jueces en la adopción y justificación de sus resoluciones en esta materia.

Palabras clave: Adaptación de jornada, conciliación de la vida familiar y laboral, razonamiento judicial, argumentación jurídica, tópica jurídica.

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN; 2. EXPOSICIÓN BÁSICA DA PROPOSTA TÓPICA E DOS SEUS PRINCIPAIS PROBLEMAS; 3. A PONDERACIÓN DE PRINCIPIOS XURÍDICOS; 4. A CONFIGURACIÓN DA PONDERACIÓN DE PRINCIPIOS COMO UN “ESTADO DA CAUSA”; 5. CONSECUENCIAS PRÁCTICAS: ARGUMENTACIÓN DAS PARTES E CATÁLOGO DE TÓPICOS; 6. CONCLUSIÓN FINAL: O USO DA TÓPICA POR PARTE DO XUÍZ.

1. INTRODUCCIÓN

A miúdo concíbese o Dereito como un conxunto de normas que establecen solucións predeterminadas para os conflitos que puidesen presentarse na sociedade. Dende esta perspectiva, o saber xurídico consistiría fundamentalmente en coñecer o contido destas normas, de maneira que, fronte a un problema concreto, o xurista podería simplemente atopar a “única resposta correcta” a través dunha sinxela operación lóxica de subsunción dos feitos do caso no enunciado xeral da norma abstracta. Certamente, esta visión do Dereito é máis habitual no común dos cidadáns que entre os operadores xurídicos, por canto estes últimos xeralmente son conscientes de que non concorda do todo coa realidade práctica da súa actividade, que, de feito, en gran medida non sería socialmente necesaria se a resposta aos problemas xurídicos puidese sempre alcanzarse con tanta facilidade.

Iso non implica que esta perspectiva careza de valor. Trátase máis ben dun ideal regulatorio, vinculado á necesidade social de xeneralización de expectativas que na linguaxe técnica se denomina “seguridade xurídica” (art. 9.3 CE). O certo é que, a miúdo, esta necesidade se satisfai de maneira efectiva, na medida en que as normas xurídicas conseguen predeterminar un punto de equilibrio claro respecto de determinados conflitos de intereses presentes na sociedade, de modo que estes non se vexan sometidos a unha renegociación continua no desenvolvemento cotián da vida social. Por exemplo, na

maioría dos casos, as empresas determinan rutinariamente a contía do salario dos seus traballadores a partir do convenio colectivo que resulta de aplicación, sen que a cuestión resulte problemática; certamente, seguirá existindo un conflito de intereses en relación coa estipulación desta cantidade no convenio, pero esta controversia poderá reconducirse aos procesos periódicos de negociación colectiva. Por suposto, en moitos casos prodúcense discrepancias respecto da interpretación e aplicación destes parámetros normativos - tamén dos que rexen a contía salarial-, de maneira que a solución non aparecerá de maneira obvia e as partes en conflito tratarán de defender posicións distintas en función dos seus intereses. Gran parte da práctica xurídica oríntase á solución destes "casos difíciles" ou mesmo "tráxicos"¹, que poñen de manifesto a imposibilidade de realización plena do ideal dun sistema xurídico capaz de determinar de antemán a resposta a todos os problemas.

Os motivos polos que a "teoría da subsunción" non pode aplicarse a todos os supostos son moi variados, pero neste caso interésame destacar un deles: o principio de seguridade xurídica non é un valor absoluto, senón que debe conciliarse dalgún modo coa necesidade de que a solución aos problemas xurídicos responda de maneira adecuada ás circunstancias concorrentes en cada situación concreta. Así, por exemplo, parece pouco apropiado que o ordenamento xurídico responda de maneira contundente -xa sexa en sentido afirmativo ou negativo- á pregunta de se a empresa pode prohibir a exhibición de símbolos relixiosos no lugar de traballo ou utilizar cámaras para controlar o desenvolvemento da prestación laboral. A resposta máis adecuada a estas situacións vai depender necesariamente das circunstancias particulares de cada caso e, aínda que

¹ Atienza Rodríguez, "Sobre lo razonable en el Derecho", *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 27, 1989, pp. 97-101. Os casos difíciles serían aqueles nos que é necesario alcanzar un punto de equilibrio entre dous principios contrapostos (por exemplo, a liberdade de empresa e a conciliación da vida familiar); nos "casos tráxicos", non é posible atopar unha solución sen sacrificar elementos esenciais dalgún destes valores ou principios; por exemplo, un suposto no que a persoa traballadora tivese necesidades de conciliación absolutamente imperiosas que fosen totalmente incompatibles coa prestación de servizo que é obxecto do contrato.

certamente o lexislador podería establecer algúns parámetros orientativos, dificilmente pode prever con antelación todas as posibilidades que se poidan presentar no futuro.

Nestes casos, os xuristas prácticos poden atoparse con recursos argumentativos limitados para construír solucións apropiadas, particularmente no caso español, no que o ensino do Dereito e o discurso sobre o ordenamento xurídico seguen estando sustentados sobre un certo formalismo de orixe kelseniano, por máis que a nivel teórico e entre os profesionais, esta perspectiva estea relativamente desprestixiada². En definitiva, “saber Dereito” séguese identificando co coñecemento dunha serie de enunciados normativos, organizados nun sistema que se presenta como coherente e pechado. Neste contexto, a aprendizaxe das técnicas de argumentación xurídica para resolver casos “difíciles” ou “tráxicos” tende a desenvolverse de maneira máis intuitiva e menos explícita, a través da práctica mesma, sen ningún método que permita reflexionar activamente sobre esta experiencia ou que se dirixa a mellorar a súa eficacia. Esta actitude fronte ao dereito parece contrastar coa que se tiña na Antigüidade Clásica, na que a disciplina da Retórica tiña unha considerable relevancia explícita, tanto na formación dos xuristas como na súa actividade práctica.

Neste contexto, resulta de interese traer a colación a contribución teórica que fixo Theodor Viehweg a mediados do século XX, que influíu notablemente na configuración dun certo xiro retórico e argumentativo na ciencia xurídica. Viehweg tomaba dalgún modo a súa inspiración no mundo clásico e propoñía unha rehabilitación da “tópica” como método xurídico³ fronte ao modelo entón dominante, que, ata certo punto, sostíña a necesidade dun proceder “sistemático” e “lógico” que permitise deducir as solucións xurídicas dunha serie de mandatos xenéricos -normas xurídicas positivas ou conceptos abstractos-, que habían de conter por si mesmas a resposta a todos os problemas que puidesen suscitarse.

² Atienza Rodríguez, M., *El Derecho como argumentación*, Ariel, 2006, p. 23.

³ En realidade, Viehweg rexeita o uso do termo “método”, pero faino partindo dunha acepción que ao meu xuízo é demasiado estrita e que en todo caso carece de relevancia aos efectos deste traballo.

O propósito deste traballo é explorar as posibilidades que presenta este enfoque “tópico”, proxectándoo sobre un suposto específico do Dereito do Traballo español actual, que constitúe un caso extremo de incerteza que non pode afrontarse dende a lóxica da subsunción⁴ e que está a provocar na actualidade unha notable litixiosidade. Trátase da adaptación da xornada, o horario e outros aspectos da prestación laboral ás necesidades de conciliación familiar que se prevé no art. 34.8 ET. De acordo con este precepto, as persoas traballadoras teñen dereito a solicitar adaptacións da prestación laboral á necesidade de conciliar o traballo coas súas responsabilidades familiares, sempre que sexan “razoables e proporcionadas en relación coas necesidades da persoa traballadora e coas necesidades organizativas ou produtivas da empresa”. Unha vez feita a solicitude, a norma remite aos procedementos que puidese establecer a negociación colectiva e, na súa falta, determina unha serie de pautas para a negociación individual. Isto débese a que, neste caso, o lexislador non pode establecer un punto de equilibrio predeterminado entre os intereses contrapostos das partes, dado que a súa articulación óptima depende das circunstancias concorrentes en cada suposto particular, isto é, das necesidades familiares concretas da persoa traballadora e da incidencia específica da modificación proposta na organización da empresa⁵, de modo que se procura reconducir a harmonización de intereses a un proceso de negociación individual entre as partes en conflito.

O problema xurde cando os implicados non conseguen alcanzar un acordo, o que, desgraciadamente, sucede a miúdo. A este respecto, o lexislador non pode atribuír preponderancia a ningunha das posicións en liza, porque iso condicionaría radicalmente os resultados da negociación

⁴ Lousada Arochena, J.F. Reducción de jornada y adaptación del trabajo por motivos de conciliación en la doctrina judicial”, *Trabajo y Derecho*, 70/2020, pp. 1-2 [a paginación refírese ao exemplar electrónico xerado pola base de datos], refírese a este tipo de enunciados normativos como “normas de textura aberta”.

⁵ Álvarez del Cuvillo, A. “Retórica y ponderación judicial en las adaptaciones de la prestación laboral a las necesidades de conciliación”. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, n.º 479/2024, pp. 50-51.

previa, de modo que non ten máis remedio que remitir a solución definitiva do problema á decisión xudicial. Con todo, nas democracias liberais contemporáneas, os xuíces non operan como árbitros que compoñan discrecionalmente os intereses das partes, por cando a lexitimidade das súas decisións fronte á cidadanía non deriva do seu carisma persoal, do seu prestixio profesional a título individual ou dalgunha atribución divina de facultades sobrenaturais, senón que se sostén sobre a configuración destas decisións como respostas razoadas sobre a base dunha serie de textos normativos formalmente atribuídos á vontade popular. Neste caso, dado que a normativa aplicable non establece claramente unha solución predeterminada, a intervención do xuíz podería percibirse externamente como unha pura arbitraxe de equidade⁶, o que de ningún modo encaixaría no modelo constitucional. Prodúcese aquí o que no mundo clásico chamaban “aporía”: unha situación na que, a primeira vista, non parece haber unha resposta racional a un problema, polo menos cos recursos argumentativos dispoñibles. Precisamente, o modelo da tópica de Viehweg di enfocarse sobre a “aporía”, polo que resulta de interese pescudar se esta proposta metodolóxica en particular ou, con carácter máis xeral, unha certa recuperación da “tópica” clásica e do enfoque retórico, poden dar algo de luz sobre o problema.

Por suposto, os parámetros que debe utilizar o xuíz para abordar estas cuestións son totalmente alleos ao contexto social, histórico e político da Antigüidade Clásica, no que, por moitas razóns, xamais se podería discutir sobre os dereitos de conciliación da vida familiar e profesional dos traballadores asalariados. Con todo, precisamente por iso, resulta de interese utilizar un caso como este para determinar en que medida a metodoloxía tópica ten utilidade hoxe en día, máis aló da súa aplicación a certas institucións xurídicas onde a influencia do Dereito Romano segue a estar presente. Non se me escapa que o problema da adaptación da prestación de

⁶ Apunta estas contradicións, Jurado Segovia, A., “Tutela del derecho”, en F. Pérez de los Cobos Orihuel e E. Monreal Bringsvaerd (Dirs.), *Registro de la jornada y adaptación del tiempo de trabajo por motivos de conciliación: preguntas y respuestas*, Wolters Kluwer, p. 273.

traballo ás necesidades familiares parece encaixar con certa facilidade na teoría máis moderna de Robert Alexy sobre a ponderación entre principios xurídicos, por máis que esta se enfocase particularmente sobre os dereitos fundamentais⁷. Precisamente por iso, é necesario analizar cales poden ser as relacións entre ambas as teorías, por exemplo, se presentan algún tipo de complementariedade entre elas⁸ (epígrafe 3). Para abordar toda esta problemática, este traballo asume en gran medida unha metodoloxía filosófica (epígrafes 2, 3 e 4). Con todo, non se pretende con iso traballar nun plano puramente abstracto, disociado da realidade práctica, senón máis ben todo o contrario. En efecto, seguindo a tradición eminentemente pragmática da Retórica clásica, téntase axudar ás partes a elaborar argumentos en favor das súas posicións, ofrecéndolles un “catálogo de tópicos” derivado da proxección do marco teórico sobre a observación da práctica xudicial (epígrafe 5). Por último, o obxectivo final deste traballo consiste en proporcionar ferramentas concretas ao xuíz para a elaboración das súas sentenzas nesta materia (epígrafe 6).

2.EXPOSICIÓN BÁSICA DA PROPOSTA TÓPICA E DOS SEUS PRINCIPAIS PROBLEMAS

A famosa obra de Viehweg, “Tópica e xurisprudencia”⁹, toma como punto de partida a contraposición entre dous métodos

⁷ Non parece que a conciliación da vida familiar e laboral, considerada en si mesma, sexa un dereito fundamental, no sentido restrinxido que se xeneralizou no ordenamento español e que se refire aos dereitos protexidos polas garantías específicas do art. 53.2 CE. Non obstante, a súa conexión material coa igualdade entre homes e mulleres conecta a miúdo o seu exercicio coa prohibición de discriminación indirecta.

⁸ Berumen Campos, A. “Ponderación de principios y tópica jurídica”. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, n.º 143/2015, *per totum*.

⁹ Viehweg, T. , *Tópica y jurisprudencia*, (Trad. L. Díez-Picazo Ponce de León), Taurus, 1964 [publicado orixinalmente en 1953]. Os números de páxina indícanse no texto.

"científicos": o método tópico e o método crítico¹⁰. O método tópico -atribuído á Antigüidade Clásica- sosteíase sobre "o verosímil", mentres que o "método crítico" -fortemente conectado ao pensamento cartesiano-, caracterizábase por facer deducións en cadea a partir dunha verdade primeira (p. 27). Con obxecto de profundar no primeiro destes métodos, o noso autor explora o pensamento de Aristóteles, no que se acode a unhas ferramentas argumentativas denominadas "tópicos" (*topoi*), no terreo da Dialéctica, é dicir, do que resulta opinable ou discutible nun momento dado. Neste contexto, os tópicos serían "puntos de vista utilizables e aceptables universalmente, que se empregan en favor e en contra do opinable e que parecen conducir á verdade" (p. 38). A continuación, expón a evolución desta idea na obra de Cicerón, na que os "tópicos" aparecen como "lugares dos que se extraen os argumentos"; a este respecto, a intención de Cicerón sería máis pragmática -persuadir ao oínte- que puramente teórica -descubrir a verdade- e, por iso mesmo, o autor romano achega un catálogo de tópicos con exemplos concretos explicitamente referidos á práctica xurídica.

A partir destes precedentes clásicos, Viehweg define a tópica como unha técnica do pensamento orientada cara ao "problema" ou a "aporía". Un problema é unha cuestión que aparentemente admite máis dunha resposta, pero respecto da cal é necesario adoptar só una (p. 50). Cando o enfoque ponse no "sistema" en lugar de no "problema", entón será o sistema o que determine que tipo de problemas poden encaixar nel; en cambio, cando a énfase ponse no problema, é este o que apunta ao sistema que resulta máis adecuado para afrontalo (p. 51); nese sentido, a tópica é unha reflexión relacionada coa elaboración -"invención"- das premisas que posteriormente se van utilizar no razoamento que resolve un problema determinado (p. 58). Esta procura pode realizarse a través de dous procedementos. A "tópica de primeiro grao" consiste en seleccionar de maneira tentativa e relativamente arbitraria unha serie de "puntos de vista" que poden servir

¹⁰ Viehweg expón esta distinción baseándose no filósofo da Idade Moderna Giambattista Vico. Con todo, esta contraposición parece ter a súa orixe remota como mínimo na antiga Roma, pois xa se menciona con certa vaguidade en Quintiliano, *Instituciones Oratorias*, V, 14. 2.

como referencia para abordar o problema (p. 53); pola súa banda, a “tópica de segundo grao” acode a certos repertorios de puntos de vista preparados de antemán, pero que non derivan dunha dedución previa, senón que só cobran sentido a partir do problema mesmo (p. 55).

Polo demais, aínda que a Retórica clásica se refire aos tópicos como colectores abstractos para calquera tipo de problemas, Viehweg tamén considera que hai determinados tópicos que son propios soamente de ramas do saber específicas, como sucede co Dereito (p. 54). Posteriormente, argumenta que o método tópico era o que se utilizaba no *ius civile romano* (pp. 67 e ss) e no *mos italicus* (pp. 87 e ss). Así mesmo, sostén que os intentos máis modernos de converter o Dereito nun sistema pechado do que puidesen obterse deducións automáticas, ou mesmo matemáticas, non tiveron ningún éxito (pp. 105-124), de maneira que a metodoloxía tópica terminou deslizando subrepticamente na doutrina civilista europea (p. 127 e ss).

Ao meu xuízo, o principal problema que presenta a proposta metodolóxica de Viehweg é o seu elevado grao de abstracción, que implica unha certa ambigüidade respecto das súas formulacións. Esta excesiva abstracción conduce á súa vez a varias dificultades prácticas, que foron identificadas pola doutrina:

-En primeiro lugar, podería dubidarse de se se trata dunha teoría puramente descritiva -é dicir, se explica como funciona o Dereito- ou tamén prescritiva -isto é, se propón como debería de funcionar-¹¹. Ao meu xuízo, a formulación de Viehweg ten unha base fundamentalmente descritiva, pero dela derivan consecuencias prescritivas. En efecto, sostense que a práctica xurídica funciona *realmente* segundo o modelo tópico, de maneira que a teoría, para dar conta diso, ten que cambiar o seu paradigma e enfocarse no Dereito como “actividade argumentativa” fronte á idea dominante do Dereito como “conxunto de normas” ou “sistema conceptual”. Por outra banda, como práctica argumentativa, non se trataría dunha actividade puramente lóxica, senón sobre todo

¹¹ García Amado, J.A., *Teorías de la tópica jurídica*, Palestra, 2018 [texto orixinal de 1988], p. 81.

dialéctica e retórica, porque trata sobre cuestións opinables e, por tanto, nunca resoltas de modo definitivo. Nese sentido, deféndese que o papel da “invención” retórica é moito máis relevante que o da “subsunción”¹². De calquera xeito, esta descrición do funcionamento da práctica xurídica termina suxerindo tamén unha *actitude* determinada para o xurista práctico, que está cargada de elementos normativos: “Este modo de traballar caracterízase sobre todo porque permite aos xuristas entender o dereito non como algo que se limitan a aceptar, senón como algo que eles constrúen dunha maneira responsable”¹³. Agora ben, se o que queremos é resolver problemas como o da procura e xustificación dun punto de equilibrio entre os intereses do traballador e da empresa en relación coas solicitudes de adaptación da prestación de traballo ás circunstancias familiares, salta á vista que a disposición do xuíz a contribuír á creación do Dereito buscando a xustiza do caso concreto pode ser unha condición necesaria, pero non suficiente. Seguramente, o noso esforzado xuíz agradecerá que os académicos lle proporcionemos algún tipo de orientación teórica que lle axude a saír da aporía, por máis que non se lle poidan achegar certezas, porque as características da cuestión a tratar -por definición, opinable-, impídeno.

-Neste contexto, xorde un segundo problema: o de se a tópica é un procedemento dialéctico para a obtención dun coñecemento probable ou verosímil respecto da solución dun problema xurídico ou se se trata tan só dunha técnica retórica para persuadir ao auditorio da solución previamente adoptada por quen concibe o razoamento. A este respecto, son diferentes as aproximacións de Aristóteles e Cicerón¹⁴. Para Aristóteles, unha das funcións da dialéctica e, por tanto, da tópica, consiste en distinguir máis facilmente o “verdadeiro” do “falso”, tanto en termos xerais como respecto de cada tipo de coñecemento¹⁵. En cambio, para

¹² Viehweg, T., *Tópica y jurisprudencia...*, *Op. cit.*, p. 121.

¹³ *Ibid.*, p. 74.

¹⁴ García Amado, J.A., *Op. cit.*, p. 70.

¹⁵ Aristóteles, *Tópica*, I, 110a-110b, 30-35.

Cicerón, a tópica forma parte da invención retórica¹⁶, que consiste en “a procura de argumentos verdadeiros ou verosímiles que fagan crible nosa causa”¹⁷. Dito doutro xeito, no que respecta ao xénero xudicial, Cicerón sitúase na posición dos litigantes que van defender unha postura predeterminada e non na dos xuíces que teñen que poñer fin á controversia. Iso non quere dicir que se desentenda da procura do coñecemento; ao contrario, afirma expresamente que a Retórica debe vir acompañada da sabedoría e poñerse ao seu servizo¹⁸. Simplemente, a apreensión da verdade das cousas sería o punto de partida da argumentación e non o de chegada¹⁹. Como xa se dixo, o propósito deste traballo é explorar os posibles usos da tópica para orientar aos xuíces na adopción de decisións difíciles -ou “tráxicas”-, fronte ás solicitudes de adaptación da prestación de traballo. Por tanto, resulta de interese examinar as posibilidades que ten a invención retórica como instrumento de apoio para atopar unha resposta apropiada para afrontar cuestións opinables. Certo é que, nun momento posterior, o propio xuíz terá que presentar o seu razoamento de maneira intelixible ou efectiva, pero antes de persuadir aos demais, deberá “convencerse a si mesmo”. A este respecto, sosteño que os procedementos de indagación que se utilizan para defender unha determinada posición de maneira persuasiva (Retórica) poden facilitar a fixación da posición do intérprete en cuestións opinables (Dialéctica)²⁰.

-En terceiro lugar, o concepto de “tópico” presenta unha notable indefinición que podería dificultar a súa operatividade. En época arcaica utilizábase esta palabra para facer referencia a esquemas formais que se podían aplicar a

¹⁶ Cicerón, *Tópicos*, II.

¹⁷ Cicerón, *La invención retórica*, I, 9-7.

¹⁸ Cicerón, *La invención retórica*, I, 1.

¹⁹ García Amado, J.A., *Op. cit.*, p. 70.

²⁰ Esta idea coincide coa miña experiencia persoal como árbitro de eleccións a representantes dos traballadores durante máis de dez anos. Aínda que é habitual que se parta dunha idea intuitiva de cal é a solución “correcta” tras as alegacións das partes e a práctica da proba, non é estraño que esta posición inicial se modifique durante o proceso de elaboración da argumentación destinada a xustificala. Só a través da argumentación mesma somos capaces de comprender os casos difíciles na súa globalidade.

calquera tema para xerar argumentos²¹, ou, con outras palabras, puntos de vista ou “clixés” argumentativos²². Seguindo esta pauta arcaica só ata certo punto, tanto Aristóteles como Cicerón presentan inicialmente os tópicos como “lugares comúns” dos que se obteñen as proposicións do discurso²³. Con isto refírense en principio a unha serie de ideas moi abstractas que poden utilizarse estratexicamente para concibir argumentos respecto de calquera tema, con obxecto de sostener unha posición determinada; así, por exemplo, serían tópicos a “similitude”, a “comparación”, a “contraposición” ou a “reciprocidade”. Estas ideas operarían como colectores abstractos, que só cobrarían sentido ao conectarse co problema e xerar o argumento concreto. Así, por exemplo, pode acudirse ao lugar común das “consecuencias” para sinalar que un determinado horario de traballo é incompatible co coidado dun menor. Non obstante, ao mesmo tempo, Cicerón utiliza a expresión *loci* (lugares ou tópicos) para referirse a estratexias argumentativas moito máis concretas, que se presentan de maneira estandarizada en determinadas situacións, por exemplo, a idea de afirmar no xuízo que “ningún acto pode ser considerado como inútil ou vergoñoso, ou ao contrario, como útil e digno, sen comprender as intencións, circunstancias e causas polas que se produciu”²⁴.

Agora ben, esta ambigüidade na definición dos tópicos parece ineludible²⁵ e vén dada fundamentalmente polo feito de que estes se definen pola súa función e non pola súa natureza²⁶. Como consecuencia diso, este termo pode terminar agrupando enunciados moi variados, como refráns xurídicos, leis lóxicas, canons de interpretación, conceptos, opinións

²¹ Guzman Brito, A., “Dialéctica y retórica en los “Tópica” de Cicerón”, *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos [Sección Historia del Pensamiento Jurídico y Político]*, XXXII, 2010, p. 169.

²² García Amado, J.A., *Op. cit.*, pp. 47-48.

²³ Aristóteles, *Retórica*, II, 1396b, 25 e ss; Cicerón, *Tópicos*, II.

²⁴ Cicerón, *La invención retórica*, 77.

²⁵ Fernández Gaztea, J., “Concepto y funciones de la tópica jurídica en el Derecho Público”, *Revista de Derecho Público: Teoría y método*, 2/2020, pp. 58 e 68.

²⁶ García Amado, J.A., *Op. cit.*, pp. 66 e 127.

xeneralizadas ou regras de uso lingüístico²⁷, con distintos niveis de concreción, chegando ás veces a confundirse cos argumentos en sentido estrito, que son as proposicións conectadas ao problema. Así, distinguíuse entre tópicos formais -ideas xerais comunmente aceptadas que serven para buscar puntos de vista- e tópicos materiais -aforismos aos que se atribúe un valor normativo²⁸-. Por exemplo, da idea abstracta de "imposibilidade", poderíamos extraer un lugar común do razoamento práctico "ninguén está obrigado ao imposible", que se concreta tamén nun principio xeral do Dereito "É nula a obrigación de cousas imposibles"²⁹; este principio, á súa vez, cristalizou como unha norma xurídica positiva no ordenamento español "Non poderán ser obxecto de contrato as cousas ou servizos imposibles" (Art. 1272 do Código civil). Con todo, en realidade, nin sequera esta idea máis concreta é un argumento en sentido estrito -dado que non se vincula cun problema específico-, senón que segue sendo un lugar común, xeralmente aceptado, que permite xerar un argumento cando se conecta co problema: "O traballador non pode solicitar un cambio de horario por motivos familiares, dado que o establecemento só abre ao público na franxa horaria que se lle asignou". En relación con isto, Viehweg destaca que na práctica xurídica algúns "tópicos" acabaron por "dogmatizarse", consagrándose no texto das leis, ou mesmo da Constitución nacional, polo que quedan protexidos fronte a calquera ataque retórico, ao situarse no centro de cada cultura xurídica³⁰. Isto pode levar finalmente, a unha confusión entre os tópicos e as normas xurídicas, que desembocaría na seguinte cuestión.

-En cuarto lugar, criticouse que a aplicación da tópica podería vulnerar o principio de legalidade que rexe nas democracias liberais modernas, na medida en que termina situando no mesmo plano xerárquico a lei e calquera outro argumento,

²⁷ *Ibid.*, pp. 68 e 372; Fernández Gaztea, J., *Op. cit.*, pp. 57 e 59.

²⁸ Díez Sastre, S., "La tópica como método en el Derecho Público", *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, n.º1/2020, pp. 376-377.

²⁹ Celso, *Digesto*. L, XVII, 185.

³⁰ Viehweg, T., *Tópica y filosofía del Derecho*, (Trad. J. M. Seña), Gedisa, 1997 [recopila textos publicados orixinalmente en distintas datas], pp. 172-173.

aínda que non derivase do texto das normas. Dende un positivismo xurídico moderado, García Amado defende que a posición respecto diso de Viehweg é un tanto ambigua, pero que certamente non implica un ataque frontal ao principio de legalidade e moito menos se se entende como unha teoría descritiva do que realmente sucede³¹, que en realidade conectaría cunha perspectiva próxima ao realismo xurídico. Na miña opinión, as formulacións da tópica desenvólvense nun plano discursivo totalmente distinto ao da descrición abstracta do ordenamento xurídico como un conxunto de normas sistematizadas e xerarquizadas. No caso da tópica, o foco ponse máis ben nas argumentacións que efectivamente se levan a cabo para resolver problemas xurídicos concretos que se suscitan cando non existe un consenso absoluto na aplicación do Dereito. Para entender esta diferenza, resulta oportuno acudir á distinción aristotélica entre os argumentos intrínsecos ao discurso, que deben ser “inventados” (elaborados) polo orador e os extrínsecos a aquel, que veñen dados de antemán e que, por tanto, non se “inventan”, senón que, simplemente, se “utilizan” no discurso, tomándoos da realidade mesma³². As leis serían, en efecto, circunstancias externas ao discurso³³, que indubidablemente condicionan os seus resultados -como sucede cos feitos do caso-, pero que non son en si mesmas obxecto de invención retórica, senón que existen previamente no mundo social no que se desenvolve a argumentación. Os “tópicos” non serían outra cousa que ferramentas cognitivas destinadas a xerar os argumentos concretos, en interacción coas circunstancias concorrentes, tanto fácticas como estritamente normativas, incluíndo, naturalmente, os textos xurídicos que se consideran vixentes nunha sociedade determinada. Por iso,

³¹ García Amado, J.A., *Op. cit.*, pp. 256 e ss. e 373-374.

³² Aristóteles, *Retórica*, I, 2, 1355b, 35. Cicerón mantén esta distinción (Véxase *Tópica*, II), pero modificando en gran medida o seu sentido, como indica Guzmán Brito, A., *Op. cit.*, p. 172. En efecto, o autor romano menciona a existencia de tópicos vinculados a estes factores extrínsecos, indicando que normalmente se basean na “autoridade” (*Tópica*, IV). En calquera caso, non pretende que estes elementos sexan obxecto de invención, senón que esta ocupárase de xerar argumentos que permitisen a aplicación destes lugares extrínsecos a un caso concreto.

³³ Aristóteles, *Retórica*, I, 15, 1375a, 20.

as argumentacións dos xuristas non poden ignorar a lei, como tampouco poden ignorar os feitos. Así, por exemplo, no caso que nos ocupa, non se pode sosteñer que, como o art. 34.8 ET resulta demasiado confuso, o xuíz está facultado para aplicar nestes casos un precepto doutro ordenamento, que resulta máis adecuado aos ideais de xustiza; esta solución non se axusta ao consenso que actualmente existe na comunidade política respecto da vixencia da lei e, por tanto, non resulta aceptable no foro. De feito, é precisamente a necesidade de aplicar esta norma confusa a que xerou un problema xurídico que debe resolverse a través da argumentación e, por tanto, da tópica.

Na Antigüidade Clásica, aínda que certamente non estaba en vigor o principio de legalidade tal e como hoxe o coñecemos, tamén formaba parte do “sentido común” a idea de que os conflitos deben resolverse conforme á lei que os regula. Así, por exemplo, Aristóteles sostén que nos asuntos que a lei é capaz de precisar, ninguén dúbida que debe ser esta a que decida o³⁴ mellor ; de feito, mesmo afirma que a lei debe ser o máis precisa posible, para reducir a discrecionalidade do xuíz ao máximo³⁵. Tamén Cicerón -unha vez máis, dende unha postura máis pragmática que teórica- afirma que “como a lei é en toda controversia o argumento máis firme, temos que invocar sempre o testemuño e auxilio das leis”³⁶. Agora ben, a existencia da lei non impide que se sigan producindo controversias sobre temas opinables, referidos tanto á existencia ou á cualificación dos feitos como á determinación dos contidos do Dereito. É nestas cuestións discutibles onde se utilizan os tópicos como ferramentas para xerar argumentos, que deben aparecer sempre conectados tanto á lexislación aplicable como aos feitos do caso. Como explica Viehweg³⁷, aquilo que se acepta como xusto no aquí e no agora deriva dun proceso de comunicación moi complexo,

³⁴ Aristóteles, *Política*, III, 16, 1287 b, 10.

³⁵ Aristóteles, *Retórica*, I, 1, 1254a, 30 e 1254b, 1 ss. Non obstante, hai que matizar que a noción de “lei” de Aristóteles non coincide enteiramente coa actual, dado que parece situar á “lei non escrita” nunha posición de certa preponderancia.

³⁶ Cicerón, *Tópicos*, XXV.

³⁷ Viehweg, T., *Tópica y Filosofía del Derecho*, Op. cit., p. 179,

que se leva a cabo “a través de textos xurídicos”; isto leva a que o recurso a estes textos sexa ineludible.

Por iso, na miña opinión, non ten ningún sentido considerar se os tópicos se atopan ao mesmo nivel xerárquico que a lei, a un nivel superior ou a un nivel inferior; en realidade, como xa se dixo, operan en planos do discurso radicalmente distintos ás normas xurídicas, o que impide a constitución de relacións de oposición xerárquica entre eles, do mesmo xeito que carece de sentido a pregunta de se en caso de conflito debe prevalecer a Constitución española ou a lingua castelá na que esta norma se expresa. Non pode dicirse que as leis sexan “tópicos” en sentido estrito, pero hai que admitir que os textos legais a miúdo recompilan tópicos preexistentes na cultura xurídica ou mesmo xeran outros novos que se incorporan a ela a través do acto lexislativo; nestes casos, pode afirmarse, con carácter xeral, que a invocación destes “lugares comúns” gozará dunha particular autoridade, ou que, mesmo a miúdo, resultará ineludible na argumentación, pero iso non implica que se atopen nunha posición xerárquica diferenciada respecto doutros tópicos. A propia idea do carácter vinculante das leis é un tópico firmemente asentado na cultura xurídica e, do mesmo xeito, o sentido da lei ou a súa aplicabilidade a un caso concreto seguen sendo cuestións que nun momento dado poden ser obxecto de discusión. Noutras palabras, por máis que se admita o principio de legalidade moderno, non se pode renunciar ao uso dos tópicos, pois son inherentes a toda argumentación³⁸ (do mesmo xeito que non se pode renunciar á linguaxe). Con todo, estas reflexións permiten poñer de manifesto que, aínda que a metodoloxía tópica sexa perfectamente compatible coa vinculación dos xuíces ao imperio da lei nas democracias liberais, o certo é que non permite explicar o modo no que se produce esta vinculación nin cales poden ser as súas consecuencias na configuración do razoamento xudicial; de aí dedúcese unha certa debilidade desta teoría para representar adecuadamente o procedemento polo que os xuíces adoptan as súas decisións. Esta cuestión levaríanos á seguinte obxección.

³⁸ En sentido similar, Fernández Gaztea, J., *Op. cit.*, p. 61.

En quinto lugar, o problema máis importante que se atribúe a esta proposta é que aparentemente non establece ningún criterio para elixir os tópicos aplicables a cada caso, sucedendo que a selección duns ou outros podería levar a solucións distintas³⁹. En realidade, non sería coherente que o fixese, posto que, precisamente, o que se propón a tónica moderna é desterrar o pensamento axiomático que tenta forzar o encaixe do problema nun sistema previo, substituíndoo por un procedemento de indagación máis aberto que permita xerar a argumentación que cada problema necesita. Dito doutro xeito, inevitablemente, os tópicos máis oportunos para resolver un caso práctico serán os que deriven das circunstancias que efectivamente concorran en cada problema e non os que se deduzan dunha teoría predeterminada, construída no baleiro e “embotellada” para o seu uso polos xuristas.

Non obstante o anterior, é indubidable que esta remisión ás circunstancias de cada problema concreto, por máis que sexa coherente coas premisas de partida, resulta completamente inútil como apoio para a adopción de decisións xudiciais. Dende logo, non achega ningunha ferramenta específica que nos permita abordar a aporía relativa ás adaptacións da prestación de traballo ás necesidades familiares. Persoalmente, paréceme insatisfactorio soste que o xuíz simplemente debe adquirir unha certa “prudencia” a través da experiencia práctica que progresivamente lle permitirá buscar a solución máis xusta a cada caso concreto dentro do respecto ao marco xurídico vixente. É certo que a práctica profesional permite desenvolver ata certo punto esta habilidade, pero en realidade, para iso non necesita do auxilio de ningunha teoría xurídica académica. A clave é se dende a metodoloxía tónica pode proporcionarse algunha ferramenta que facilite o desenvolvemento desta virtude, do mesmo xeito que é máis fácil aprender a tocar un instrumento musical se se proporcionan uns rudimentos técnicos, en lugar de deixalo todo a un procedemento de “proba e erro”. Precisamente por iso, como xa vimos, distínguese entre unha “tónica de primeiro grao”, puramente tentativa, e unha

³⁹ García Amado, J.A.. *Op. cit.*, pp. 66, 74 e 141.

“tópica de segundo grao” que recompila a experiencia acumulada en catálogos de tópicos que serven de guía para o intérprete.

Como veremos máis adiante, este problema da selección dos tópicos adecuados a un caso pode abordarse inicialmente a través da doutrina dos “estados de causa”, concibida polos rétores clásicos dende a perspectiva dos litigantes (epígrafe 4). Nun segundo momento, habería que considerar os “puntos de vista” das partes dende unha perspectiva imparcial (epígrafe 6). Nada disto implica que a teoría xurídica poida proporcionar ao xuíz certeza ningunha, pero isto sería imposible, dado que o punto de partida é a necesidade de resolver unha cuestión que, por definición, é opinable ou discutible. Tratarei de proxectar estas orientacións sobre o problema que nos ocupa, pero antes, é preciso examinar as posibles relacións da tónica xurídica coa teoría da ponderación de principios.

3. A PONDERACIÓN DE PRINCIPIOS XURÍDICOS

Seguramente, a teoría da argumentación xurídica máis popular na actualidade é a de Robert Alexy. Este autor afirma que dirixe a súa investigación a similares propósitos que a tónica de Viehweg, pero critica unha serie de debilidades que advirte nela⁴⁰: a) a heteroxeneidade dos diversos “lugares comúns” que se enumeran nos diversos catálogos de tópicos; b) a consecuente falta de diferenciación entre as diferentes premisas que se utilizan no razoamento xurídico, o que leva a non prestar suficiente atención ao papel da lei, a dogmática xurídica e o precedente; c) a formulación a miúdo moi abstracta dos “lugares comúns”, que non resulta efectiva, porque xera conceptos xurídicos indeterminados, sen especificar mecanismos para a súa determinación; c) a ausencia de criterios para seleccionar e xerarquizar os “puntos de vista” a considerar, máis aló dunha remisión

⁴⁰ Alexy, R., *Teoría de la argumentación jurídica: la teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, (Trad. M. Atienza e I. Espejo, Trad.), Palestra, 2017 [o texto orixinal é de 1978], pp. 36-37. Aínda que a continuación se enuncian estas debilidades tal e como as describe este autor, salta á vista que estas coinciden substancialmente cos problemas que se enunciaron no epígrafe anterior.

excesivamente ampla ao consenso, sen especificar como se conforma ou controla este.

Aos efectos deste traballo, resultan de particular interese as propostas deste autor respecto da ponderación entre principios xurídicos, no contexto da súa teoría dos dereitos constitucionais⁴¹. Alexy recolle a distinción teórica contemporánea entre “regras” e “principios” (p. 82), dotándoa dunha maior precisión e concreción. Segundo esta tese (pp. 86-87), os “principios” serían mandatos de optimización, que ordenan que algo sexa realizado na maior medida posible, dentro das posibilidades fácticas e xurídicas existentes, polo que, en último termo, admiten varios graos de cumprimento (por exemplo, o dereito á intimidade); en cambio, as “regras” son mandatos taxativos que só poden cumprirse ou non cumprirse (por exemplo, a prohibición de tortura). Esta distinción resulta moi apropiada para abordar os problemas de conflito entre normas aparentemente contraditorias, dado que a colisión entre regras conduce xeralmente a unha discusión sobre a súa validez, mentres que a colisión de principios conéctase co peso relativo dos argumentos (pp. 88-89), é dicir, coa máxima da proporcionalidade (p. 111).

Non cabe dúbida de que a proposta de Alexy resulta de enorme interese para o problema ao que se refire este traballo, que facilmente pode presentarse como un conflito entre principios de optimización, de acordo coa súa configuración explícita no propio texto do art. 34.8 ET. En efecto, o lexislador desexa que os traballadores poidan compatibilizar ao máximo as súas obrigas laborais coas súas responsabilidades familiares e, ao mesmo tempo, que as empresas poidan xestionar o uso da forza de traballo coa máxima liberdade posible. Evidentemente, ambos os mandatos poden resultar incompatibles nun gran número de situacións, polo que o propio texto da norma invoca expresamente a necesidade dunha ponderación entre ambos os principios: “As ditas adaptacións deberán ser razoables e

⁴¹ Alexy, R., *Teoría de los derechos fundamentales* (E. Garzón Valdés, Trad.). Centro de Estudios Constitucionales Alexy, 1993 [publicado orixinalmente en 1986]. Os números de páxina indícanse no texto.

proporcionadas en relación coas necesidades da persoa traballadora e coas necesidades organizativas ou produtivas da empresa". Deste xeito, mesmo aínda que adoptásemos unha perspectiva estritamente positivista, que se opuxese con carácter xeral á aplicación das teorías da ponderación entre principios xurídicos, a letra da lei obrigaríanos a efectuar, dun modo ou outro, unha análise de "proporcionalidade", similar á que propón Alexy.

Na súa teoría, o exame da proporcionalidade estrutúrase nun esquema de xustificación baseado en tres criterios: adecuación, necesidade e proporcionalidade en sentido estrito⁴². A adecuación e a necesidade responderían supostamente á conciliación do principio de optimización coas posibilidades fácticas, mentres que a proporcionalidade en sentido estrito referiríase á súa harmonización coas posibilidades xurídicas⁴³.

A "adecuación" (tamén denominada "idoneidade") implica a postulación dunha conexión de causalidade entre a medida que se propón -neste caso, a adaptación da xornada, o horario ou o modo de prestación de traballo que se solicita- e a realización do mandato contido no principio (a atención ás necesidades de coidado no seo da familia). A "necesidade" alude, de maneira un tanto equívoca, á ausencia de alternativas menos lesivas do principio contraposto⁴⁴. Por

⁴² Estes criterios constitúen unha racionalización das argumentacións dos tribunais constitucionais europeos pero á súa vez a súa formulación específica terminouse asentando na doutrina xudicial destes órganos; neste sentido, Atienza Rodríguez, M., "A vueltas con la ponderación", en M. Atienza Rodríguez e J. A. García Amado, *Un debate sobre la ponderación*, Palestra, 2012, p. 18. De feito, como é sabido, o Tribunal Constitucional español recolle explicitamente este esquema tripartito nos conflitos relacionados coa limitación dos dereitos fundamentais, tamén no ámbito laboral.

⁴³ Alexy, R., *Teoría de los derechos...*, *Op. cit.*, pp. 111-113; Alexy, R., *Teoría de la argumentación...*, *Op. cit.*, pp. 548 e ss. Na miña opinión, esta afirmación resulta moi discutible, porque, en realidade, como se verá, as posibilidades fácticas e xurídicas están a miúdo entrelazadas.

⁴⁴ O uso do termo "necesidade" é confuso, porque é moi difícil -seguramente imposible- imaxinar unha medida que sexa absolutamente necesaria para alcanzar un obxectivo calquera. En realidade, a expresión fai referencia á inexistencia de alternativas menos lesivas do principio afectado, o que termina conectando cunha valoración de proporcionalidade reforzada. Esta "ausencia de alternativas" é un feito negativo e, por tanto, non pode ser en realidade obxecto de acreditación por parte de quen defende a necesidade

outra banda, a proporcionalidade en sentido estrito implica unha verdadeira ponderación do “peso” relativo da afectación dos principios que están en xogo, que no noso caso sería a atención ás necesidades do traballador en relación coa consideración das necesidades organizativas da empresa. Xeralmente, a cuestión máis difícil de resolver é a que se refire á proporcionalidade en sentido estrito, porque nela é onde se pon en evidencia que, a miúdo, un principio debe prevalecer fronte ao outro. No suposto que nos ocupa, se a persoa traballadora non alcanza un acordo coa empresa, o xuíz só poderá estimar ou desestimar a demanda (no seu caso, total ou parcialmente), dando a razón a unha das partes; con todo, é moi difícil determinar que principio ha de prevalecer en cada caso e, por tanto, tamén xustificar racionalmente a decisión adoptada.

Para abordar esta dificultade de concreción, Alexy representa a ponderación a través dunha fórmula matemática⁴⁵, definida como un cociente numérico entre os factores que afectan a cada un dos principios que se contraponen; estes factores son, a) o valor abstracto de cada principio, pois asúmese que un deles podería ser máis importante que outro en termos xerais; b) a intensidade de afectación a cada principio, xeralmente definida nunha estrutura triádica de leve/medio/grave e, c) o grao de fiabilidade dos presupostos empíricos e normativos sobre os que descansan as valoracións anteriores.

Esta redución da ponderación á linguaxe formal das matemáticas resulta moi criticable⁴⁶. Para empezar, salta á vista a súa falta de operatividade práctica respecto das discusións reais que teñen lugar no foro. Non parece probable que ningún avogado ou graduado social considere oportuno utilizar esta fórmula para expoñer con maior claridade os seus argumentos no xuízo; tampouco ten moito sentido que o xuíz acuda a ela para facer a súa resolución máis aceptable

da medida que se cuestiona. Na práctica, este só pode facer unha mera afirmación de que a medida é “necesaria”, recaendo sobre a parte contraria a carga de rebater esta alegación.

⁴⁵ Alexy, R., *Teoría de la argumentación...*, Op. cit., pp. 563 e ss.

⁴⁶ Neste sentido, pronúnciase Atienza Rodríguez, M., “A vueltas con la ponderación”, Op. cit., pp. 25-26.

ou comprensible pola sociedade. Certamente, podería aducirse que este problema estaría relacionado coa presentación retórica do discurso -en tanto que os operadores xurídicos non adoitan sentirse cómodos coa linguaxe matemática-, pero que non excluíría o valor epistémico da fórmula ou a súa utilidade para comprender mellor as resolucións xudiciais ou para someter a crítica os seus razoamentos, como sucede, por exemplo, coa particular linguaxe na que se expresa a lóxica formal, que tamén é difícil de aprehender polo común dos cidadáns. Pero o certo é que na ponderación de principios, non nos movemos no ámbito da Lóxica, senón no da Dialéctica, é dicir, nunha discusión que versa sobre cuestións opinables e onde, por tanto, non ten cabida a exactitude propia das Matemáticas. A este respecto, cobrarían vixencia de novo as críticas de Viehweg á redución da aplicación do Dereito a unha serie de operacións puramente lóxicas, posto que esta manobra trata infrutuosamente de forzar o problema para que encaixe nun sistema predeterminado de maneira artificiosa.

Hai que conceder que a "fórmula do peso" non opera como un sistema pechado que exclúa completamente a discusión, posto que esta habería de enfocarse sobre as valoracións relativas á cuantificación dos distintos factores, que, en realidade, serían intrinsecamente cualitativas a pesar da súa determinación numérica (como sucede coa puntuación dun exame). Con todo, precisamente por iso, os aspectos verdadeiramente interesantes para o debate son aqueles que non foron "capturados" pola fórmula⁴⁷, mentres que os elementos que se integran nela quedan desprovistos de sentido, ao quedar artificialmente arrincados do seu contexto e, por tanto, separados do problema; se acaso, proporcionan unha ilusión de obxectividade e precisión respecto de cuestións que realmente son opinables e discutibles, e daquela funcionarían como un artificio retórico falaz. En definitiva, para aplicar esta fórmula, o intérprete debe tomar decisións cualitativas para asignar os valores numéricos e,

⁴⁷ Atienza Rodríguez, M., "A vueltas..", *Op. cit.*, p. 26, sostén que a presentación matemática da "fórmula do peso" é desafortunada, porque non engade maior rigor e pode inducir a pensar que o importante é a fórmula mesma, cando o relevante é a asignación dos valores.

despois de operar con eles, volver interpretar os resultados en termos cualitativos, en lugar de comprender directamente as dimensións e matices do problema no seu contexto e nos termos nos que se formula na linguaxe común. Ao meu xuízo, trataríase dun empeño similar ao dun falante de español que tentase comprender mellor un poema escrito nese idioma traducíndoo primeiro ao chinés, para despois volvelo a traducir á súa lingua nativa. Noutras palabras, os valores numéricos incorporados á fórmula non significan nada se se separan dos motivos polos que o intérprete os determinou nun primeiro momento, de maneira que estas operacións matemáticas estarían “a sumar peras con mazás”. Alexy adiántase a esta obxección, afirmando que o carácter conmensurable destas magnitudes é unha premisa necesaria para poder afirmar a posibilidade de adoptar unha decisión racional dende a perspectiva constitucional⁴⁸; por suposto, para resolver un conflito entre dous bens socialmente recoñecidos é necesario asumir que pode establecerse unha comparación entre eles, pero iso non implica que esta comparación poida expresarse en números abstractos que operen á marxe dos motivos polos que se fixo a asignación numérica, que son os que realmente se comparan. De feito, mesmo aínda que admitísemos que a intensidade na afectación de cada principio pode presentarse nunha escala homoxénea na que os valores numéricos poidan ser equivalentes a través da súa identificación con indicadores cualitativos (por exemplo: leve, medio, grave), esta tarefa parece aínda máis difícil no que respecta á necesaria equivalencia entre a escala de “pesos abstractos” de cada principio, por unha banda, e a escala de “intensidade da afectación” destes, doutra banda, dado que uns e outros indicadores se refiren a calidades diferentes entre si. Este problema de baleirar de sentido os elementos trasladados á fórmula ponse de manifesto de maneira moi clara nos “empates” numéricos, nos que parece que non hai solución posible e, con todo, a resposta á aporía pode vir determinada con certa claridade polas circunstancias do caso, pero isto

⁴⁸ Alexy, R., *Teoría de la argumentación...*, Op. cit., pp. 563 e ss.

non pode advertirse na representación matemática, ao quedar estas fóra da fórmula.

Poñamos un exemplo. Supoñamos o caso dunha nai solteira que carece de apoio familiar ou estatal e está contratada para traballar pola noite, de maneira que para asistir ao traballo tería que deixar só en casa ao seu bebé de tres meses -o que, evidentemente, é inviable-, mentres que, pola contra, tería algunhas alternativas de gardaría se traballase en horario de mañá. Nesas circunstancias, poderíamos considerar que a súa necesidade de modificar o horario de traballo é extrema e, por tanto, asignar un grao máximo de afectación do principio. Con todo, dado que a empresa é un pequeno pub nocturno e que só abre polas noites, realmente non pode conceder un cambio de horario, polo que tamén asignaríamos un grao de afectación máximo ao interese empresarial. Trátase, por tanto, dun caso "tráxico", porque non pode alcanzarse un equilibrio satisfactorio que respecte o núcleo esencial dos dous principios en xogo. Aínda que a aplicación da fórmula matemática levaría a un "empate" irresoluble, o xuíz finalmente dá a razón ao empresario, entendendo que a causa do contrato de traballo -que é a relación que, en definitiva, une ás partes- decaería completamente se a traballadora non puidese prestar servizos no único horario en que a empresa está aberta ("ninguén está obrigado ao imposible"); lamentablemente, a traballadora tería que solicitar unha excedencia ou, no seu caso, deixar o emprego, sufrindo os consecuentes prexuizos económicos. A resposta do xuíz non se debe a que este atribúise un maior peso abstracto aos intereses empresariais fronte aos que se refiren á conciliación da vida familiar e laboral; tampouco se basea en que a afectación do interese empresarial sexa maior que o da traballadora nin en que estas valoracións sexan máis ou menos fiables. De feito, no caso concreto, a situación de necesidade da traballadora parece a primeira vista máis perentoria e digna de compaixón que a do empresario, porque o bebé non pode quedar pola noite sen alguén que o coide e ela necesita o traballo como medio de supervivencia. Certamente, podemos defender que a realización do valor da Xustiza esixe que esta situación de vulnerabilidade sexa atendida dalgún modo -por exemplo,

polos poderes públicos-, pero non ten moito sentido neste caso concreto atribuír ao empresario a responsabilidade de atender esta necesidade da traballadora, polo menos se iso non deriva dun mandato legal máis específico. Isto débese, sinxelamente, ás circunstancias particulares que concorren no caso, que só poderían encaixar nunha fórmula matemática de maneira forzada, alterando artificialmente as puntuacións numéricas para que respondan á resposta intuitivamente dada, como faría un profesor que primeiro cualificase globalmente o exame do alumno e logo tratase de encaixar esta cualificación na rúbrica que se lle proporcionou.

Noutra orde de cousas, tamén resulta discutible a separación estrita entre idoneidade e necesidade por unha banda e proporcionalidade en sentido estrito por outra, dado que, en realidade, as posibilidades fácticas e xurídicas se atopan entrelazadas. Para que este problema se entenda hai que poñer de manifesto que a "idoneidade" e a "necesidade" admiten gradacións e, por tanto, a miúdo teñen que integrarse na valoración de proporcionalidade en sentido estrito. Así, por exemplo, o empresario pode propoñer ao traballador unha solución alternativa que só cubra parcialmente o seu interese, pero que lle resulte menos daniña que a proposta do traballador; neste caso, a "necesidade" veríase reducida, aínda que non eliminada; tamén pode soste que o cambio de horario á quenda de mañá para conectalo co horario escolar non cumpre esta función en períodos non lectivos, reducindo así a intensidade da "idoneidade".

Agora ben, aínda que o modelo de Alexy fracase na súa representación matemática e, por outra banda, os conceptos do seu esquema de xustificación non poden interpretarse con excesiva rixidez, o certo é que segue resultando moi útil como orientación e fonte xenerativa de recursos para a argumentación. Nese sentido, como afirma Atienza, o que fai este esquema é mostrarnos "os lugares, os tópicos, aos que hai que acudir para resolver conflitos entre dereitos ou entre bens"⁴⁹. En efecto, a presentación xeral do problema da adaptación da xornada ás circunstancias familiares como un

⁴⁹ Atienza Rodríguez, M., "A vueltas..", *Op. cit.*, p. 26.

conflito entre “principios de optimización”, o esquema de xustificación baseado nas ideas de idoneidade /necesidade /proporcionalidade, e mesmo, ata certo punto, os factores que se incorporan á “fórmula do peso” -sempre que se entendan en termos cualitativos-, constitúen un indiscutible apoio para a invención retórica e poderían considerarse, dende a perspectiva que nos ocupa, como “tópicos”⁵⁰. O propio Alexy defende a súa “lei da ponderación”, xustificando que non é unha fórmula baleira, posto que sinala que é o que ten que ser fundamentado racionalmente⁵¹ -cara a onde deben dirixirse os argumentos-, con independencia de que tamén subliña que, naturalmente, tamén poden utilizarse outros elementos -é dicir, outros “tópicos”-, empregados habitualmente na argumentación, como serían os canons de interpretación⁵².

Neste punto, pode atoparse unha conexión e unha certa complementariedade entre a tónica xurídica e a teoría de Alexy⁵³. De feito, o propio Viehweg fai referencia “*avant la lettre*” aos posibles conflitos entre principios xurídicos abstractos, que, ao seu xuízo, non deberían contemplarse dende a lóxica dedutivo-sistemática, senón máis ben dende as formulacións da tónica⁵⁴. Dende esta perspectiva, a “ponderación de principios” podería contemplarse como unha situación estandarizada, que se conecta xeralmente co uso de determinados tópicos previamente catalogados, polo que a súa descrición teórica pode proporcionar unha valiosa orientación ao intérprete, sen excluír o uso doutros recursos argumentativos cando o caso o esixe. Este tipo de situacións estandarizadas encaixa co que os rétores clásicos chamaban “estado da causa”.

4. A CONFIGURACIÓN DA PONDERACIÓN DE PRINCIPIOS COMO UN “ESTADO DA CAUSA”

Como xa se viu, un dos problemas que presenta o método tónico é a falta de determinación dos criterios para

⁵⁰ Neste sentido, Díez Sastre, S., *Op. cit.*, pp 388-399.

⁵¹ Alexy, R., *Teoría de los derechos...*, *Op. cit.*, p. 167.

⁵² *Ibid.*, p. 159.

⁵³ Berumen Campos, A., *Op. cit.*, pp. 542-543.

⁵⁴ Viehweg, T., *Tópica y jurisprudencia*, pp. 140-143.

seleccionar os tópicos aplicables a un caso. Certamente, esta tarefa resulta imposible se o que se pretende é establecer un sistema pechado para resolver os conflitos, pero, ao mesmo tempo, como xa se dixo, o mero chamamento á prudencia do intérprete resulta insatisfactorio. A Retórica Clásica abordaba esa cuestión establecendo unha serie de tipos estandarizados de cuestións, por exemplo, os “estados de causa”, que agrupaban os problemas, permitindo ao intérprete acudir a catálogos de tópicos específicos que habitualmente se utilizaban nesas situacións, sen que iso excluía a utilización doutros cando fose oportuno. Deste xeito, a reflexión sobre o tipo de problemas que se está tentando resolver facilita enormemente a invención de argumentos para defender unha postura determinada, da mesma maneira que o recurso flexible aos canons dun xénero musical ou literario poden estimular a creatividade do artista, sen que isto constitúa necesariamente unha limitación. Iso si, os distintos tópicos recompilados para cada situación non se xerarquizaban entre si, entre outras cousas, porque se adoptaba a posición do litigante, que podía utilizar os “estados de causa” como recursos para obter ideas que permitisen a invención retórica, pero sempre con obxecto de defender a súa propia posición. A primeira clasificación de estados da causa que se coñece atribúese a Hermágoras de Temnos⁵⁵, aínda que ao longo do tempo propuxéronse múltiples variacións. Seguirei aquí a grandes liñas o esquema que presenta Cicerón en *La invención retórica*⁵⁶, para que sexa máis sinxela a súa vinculación cos catálogos de tópicos que se inclúen nesta obra. Este autor sostén que hai catro tipo de disputas dende o punto de vista da refutación dunha acusación determinada: as que versan sobre a concorrencia ou non dos feitos (conxectura), as que tratan sobre como estes deben denominarse (definición), as relativas á valoración dos feitos (cualificación) e as que se refiren á adecuación do procedemento (competencia). O suposto que nos ocupa, do mesmo xeito que os demais “conflitos entre principios xurídicos” situaríase no estado de “cualificación”, porque se

⁵⁵ García Amado, J.A., *Op. cit.*, pp. 75-76; Guzmán Brito, A., *Op. cit.*, p. 179.

⁵⁶ Cicerón, *La invención retórica*, I, 10-16.

trata de determinar se a solicitude do traballador de modificar as súas condicións de traballo é “razoable” e “proporcionada”, o que implica facer unha serie de valoracións⁵⁷. Este “estado cualificativo” podería á súa vez subdividirse en dous tipos de causa, a que se refire á xustiza ou inxustiza dun feito (xurídica) e a que versa sobre a determinación das leis e costumes aplicables (pragmática). Neste caso atopariámonos ante o primeiro tipo, porque, en realidade, non se trata de determinar cal é a norma aplicable nin o seu contido abstracto ou a súa finalidade, senón máis ben en conectala cun caso concreto. Agora ben, esta determinación non se pode facer valorando o feito -o cambio que se solicita-, por si só -como sucedería na causa que se denomina “xurídica absoluta”-, senón en relación con outro elemento, o que nos levaría á “causa xurídica asuntiva”. Finalmente, dentro da causa asuntiva, atopariámonos ante o estado da causa que Cicerón denomina “comparación”, porque a produción do dano -neste caso, a limitación da potestade empresarial para xestionar a man de obra- se xustifica en base á obtención dun beneficio -a atención a unha necesidade familiar-⁵⁸.

⁵⁷ En cambio, se se quixese eludir a ponderación de principios, formulándose a aplicación dunha regra taxativa, habería que reconducir o estado da causa á definición en lugar de á cualificación. A este respecto, resulta rechamante un exemplo de Cicerón (*La invención retórica*, II, 52-53), relativo a un pai que recorre á patria potestade para dar ordes a un cargo público; o problema analízase dende a perspectiva da definición do delito e non do conflito entre diversos bens dignos de protección, aínda que admitindo explicitamente que se podería acudir a outro estado de causa. Nos tempos modernos, este problema xurde no que respecta aos conflitos -polo menos aparentes- entre dereitos fundamentais, posto que hai autores que postulan que non debería acudir-se á ponderación, senón á delimitación (definición) do contido de cada dereito; neste sentido, Presno Linera, M.A., “Una crítica al uso de la teoría de la ponderación en los conflictos (aparentes) entre derechos fundamentales”, *Liber amicorum: homenaje al profesor Luis Martínez Roldán*, Universidade de Oviedo, 2016, pp. 575-587. Pola miña banda, aínda que non comparto esta crítica con carácter xeral, si que entendo que a lóxica da delimitación debe prevalecer fronte á da ponderación no que respecta á prohibición de discriminación. Non obstante, no relativo á adaptación da xornada e prestación de traballo ás necesidades familiares, como xa se suxeriu, a mención legal expresa á idea de “proporcionalidade” impón a lóxica da ponderación.

⁵⁸ O exemplo que pon Cicerón é o dun xeneral que entrega ao inimigo as armas e aparellos do seu exército para salvar as vidas dos seus soldados.

Por suposto, a “comparación” non exclúe a posible invocación doutros “estados de causa”; así, por exemplo, poderán utilizarse “conxecturas” para impugnar os feitos alegados pola parte contraria⁵⁹, pero existen unha serie de lugares comúns vinculados á comparación mesma, que, en último termo, se reconducirían aos recursos do xénero deliberativo, que son os tópicos da dignidade, utilidade e necesidade⁶⁰. Certamente, este modelo do xénero deliberativo lembra dalgún modo o esquema moderno de Alexy, aínda que con bastantes matices.

A dignidade faría referencia ao valor intrínseco do ben perseguido⁶¹, o que, aplicado ao contexto moderno, podería identificarse co seu recoñecemento constitucional; dende a perspectiva de Alexy, poderíase conectar co “peso abstracto” do principio, aínda que, en realidade, dado que non é posible aplicar mecanicamente unha fórmula matemática, o máis oportuno sería construír retoricamente o valor especial do principio que se defende en cada caso a partir das circunstancias concretas que se producen no suposto sobre o que se argumenta⁶². A “utilidade” responde substancialmente ao que hoxe en día chamaríamos “racionalidade instrumental”⁶³ e que poderíamos vincular ao requisito da

⁵⁹ Cicerón, *La invención retórica*, II, 74.

⁶⁰ *Ibid.*, 75-76.

⁶¹ *Ibid.*, 159.

⁶² Se un principio se concibe en abstracto como xerárquicamente superior a outro, entón non habería, en realidade, ningunha necesidade de ponderalos. Nese contexto, o que Alexy denomina o “peso abstracto” non pode ser outra cousa que unha apreciación xeral de que, nun número maior de situacións, un destes principios tende a prevalecer sobre outro, en relación co modo en que habitualmente se ven mutuamente afectados. Así sucedería, por exemplo, se se argumenta que o dereito á vida habitualmente prevalece sobre o dereito á liberdade, porque non hai liberdade sen supervivencia, pero, ao mesmo tempo, admítase que hai situacións en que isto non vai ser así, como a obriga do soldado de arriscar a súa vida nunha guerra. Por tanto, o “peso específico” non pode desconectarse da situación concreta na que se produce o conflito.

⁶³ Inicialmente, Cicerón critica que Aristóteles estableza que o fin do xénero deliberativo é a “utilidade” (*La invención retórica*, II, 156), sostendo que tamén hai que tomar en consideración a dignidade, pero isto é porque vincula a utilidade exclusivamente aos medios materiais ou externos que se utilizan para alcanzar outros fins (168-169; con todo, décadas despois (*Tópicos*, XXIV) asumirá que o discurso deliberativo se concentra na

“adequación” do esquema de Alexy. En canto á “necesidade”, Cicerón recoñece que, se esta fose absoluta, non tería cabida a deliberación, polo que normalmente se fai referencia a unha necesidade impropia, condicionada ao desexo de evitar ou de obter un resultado, o que en último termo se conecta coa dignidade e a utilidade⁶⁴; nós poderíamos referila, non á ausencia de alternativas menos danosas -que é o sentido que ten no esquema de Alexy-, senón máis ben á intensidade de afectación do principio, que é precisamente ao que se refire o art. 34.8 do Estatuto dos traballadores cando se refire ás “necesidades” do traballador e da empresa.

5. CONSECUENCIAS PRÁCTICAS: ARGUMENTACIÓN DAS PARTES E CATÁLOGO DE TÓPICOS

Así as cousas, podemos concibir a ponderación de principios como un “estado da causa” específico, que consiste nunha comparación entre dous bens considerados valiosos polo ordenamento e que remite, en último termo aos lugares comúns do discurso deliberativo, que se refiren á razoabilidade dos fins, a racionalidade dos medios utilizados e á intensidade na que cada un dos bens en conflito se ven afectados. Este modelo proporciona ás partes a orientación para inventar argumentos que permitan defender as súas posicións, primeiro na negociación previa e logo ante o xuíz, poñendo en conexión os tópicos relativos á deliberación coas circunstancias particulares do caso. En concreto, o que teñen que facer as partes é incorporar á negociación previa e despois ao proceso, unha serie de feitos que permitan amplificar a relevancia do principio xurídico que subxace á súa postura ou minimizar a relevancia do principio que se opón a el⁶⁵. Polo demais, tamén poderán acudir aos tópicos

“utilidade”. En realidade, poderíamos recuperar esta distinción para diferenciar entre a razoabilidade dos fins en si mesmos (dignidade) e a racionalidade instrumental, referida aos medios utilizados para alcanzar tales fins (utilidade).

⁶⁴ É por iso que Quintiliano (Instituciones Oratorias, III, 8) prefire non facer referencia á “necesidade”.

⁶⁵ Na práctica xurídica española adoita utilizarse impropriamente a expresión “indicios” para referirse aos feitos incorporados ao proceso que, unidos a un determinado razoamento, apuntan a unha determinada cualificación xurídica complexa (por exemplo, a laboralidade dunha relación contractual ou a

doutros estados de causa, sobre todo da “conxectura” cando se pretendan refutar os feitos alegados pola parte contraria. Así mesmo, poderán incorporar ao seu razoamento elementos argumentativos que non son “feitos” en sentido técnico-xurídico, pero que, dende unha perspectiva retórica, funcionan como circunstancias aplicables ao caso que condicionan a solución final; así, por exemplo, poderán alegar normas específicas -como o convenio colectivo aplicable- ou precedentes xudiciais. Sobre estes elementos poderanse formular, á súa vez, os clásicos problemas relativos ao significado e aplicabilidade das normas e outros elementos textuais, que remitirían a outras situacións estandarizadas e que, por tanto, non se tratarán aquí.

O traballador ten que soste, en primeiro lugar, a existencia dunha “necesidade familiar”, entendida como unha incompatibilidade das súas condicións de traballo actuais con determinados requirimentos do coidado de familiares⁶⁶. En segundo lugar, poderá achegar elementos que intensifiquen esta necesidade, como a especial vulnerabilidade da persoa que debe ser coidada (por exemplo, pola súa reducida idade⁶⁷ ou grao de dependencia) ou a imposibilidade de que outros familiares se fagan cargo⁶⁸. En terceiro lugar, pode subliñar a dignidade da finalidade pretendida, aludindo á doutrina do Tribunal Constitucional que obriga a tomar en consideración a dimensión constitucional do dereito (SSTC 3/2007 e 26/2011), conectando a súa pretensión cos valores da protección da familia e a igualdade de xénero; con todo, como se dixo, para que esta invocación do “peso abstracto”

delimitación dun centro de traballo). Digo que este uso é impropio porque en Dereito Procesual un “indicio” é un feito que, a través dun razoamento, apunta a outro feito e non a unha cualificación xurídica. Por iso considero máis oportuno utilizar neste caso a palabra “indicadores”.

⁶⁶ Así, por exemplo, o órgano xudicial aprecia que non se acredita suficientemente a necesidade de coidado en SXS n.º 1 de Santiago de Compostela, do 26-3-2024, (n.º 64) e SXS n.º 2 de Toledo, do 27-3-2024, (n.º 82).

⁶⁷ SXS n.º 1 de Logroño, do 23-1-2023 (n.º 15); SXS n.º 1 de Salamanca, do 22-2-2023 (n.º 70).

⁶⁸ SXS n.º 2 de Cidade Real, do 25-4-2023 (n.º 148); SXS n.º 1 de Mieres, do 19-5-2023 (n.º 109); SXS n.º 1 de Ávila, do 13-4-2023 (n.º 127); SXS n.º 1 de Logroño, do 23-1-2023 (n.º 15), ECLI:ES:JSO:2023:586; SXS n.º 2 de Ponferrada, do 15-12-2022 (n.º 566).

que se atribúe ao principio valorado polo ordenamento sexa realmente persuasiva, convén conectar estes elementos coas circunstancias concretas do caso, normalmente aludindo ás “consecuencias”⁶⁹ que podería ter a denegación empresarial sobre a igualdade de oportunidades entre homes e mulleres, a corresponsabilidade dos homes ou a protección da familia⁷⁰. En cuarto lugar, ten que argumentarse, polo menos nun grao mínimo, a idoneidade ou utilidade que presenta a modificación que se solicita para atender á necesidade familiar que a xustifica (por exemplo, se a solicitude permite harmonizar o horario de traballo co tempo no que os menores acoden á escola)⁷¹. En quinto lugar, podería minimizarse o impacto da medida que se solicita sobre as necesidades empresariais, por exemplo, sinalando que a empresa ten un elevado número de traballadores⁷², o que permite cambiar as quendas con facilidade. Por último, podería criticarse a actitude da empresa no proceso de negociación previo,

⁶⁹ “Ademais, cando dúas cousas son moi próximas unha a outra e non podemos percibir ningunha superioridade respecto da outra, hai que velo a partir das súas consecuencias”, Aristóteles, *Tópica*, III, 2, 117a, 5.

⁷⁰ Por exemplo, unha traballadora muller pode razoar que, se non se concede a modificación, se vería obrigada a exercer outros dereitos “de ausencia” ou, no peor dos casos, abandonar o emprego asalariado, dedicándose exclusivamente ás tarefas de coidado; un traballador home pode explicar que a medida é oportuna para favorecer a súa corresponsabilidade no coidado da familia ou ben para contribuír co seu exemplo á idea de que os homes tamén deben asumir responsabilidade no coidado. O problema da consideración da “dimensión constitucional” do dereito á conciliación, trátase con maior detalle en Álvarez del Cuvillo, A., *Op. cit.*, pp. 55-57, onde se destaca que esta esixencia pode quedar baleira de contido se non se conecta con argumentos concretos vinculados ao caso. Isto débese a que a importancia do interese en xogo non pode realmente incorporarse a unha fórmula matemática como a de Alexy.

⁷¹ As resolucións xudiciais a miúdo desestiman a pretensión se a adaptación concreta que se solicita non conecta suficientemente coas necesidades alegadas. Por exemplo, SXS n.º 2 de Xixón, do 16-12-2022 (n.º 248); SXS n.º 2 de Burgos, do 7-3-2023 (n.º 113); SXS n.º 4 de Toledo, do 28-11-2022, (n.º 413); SXS n.º 1 de León, do 20-1-2023 (n.º 15); SXS n.º 4 de Toledo, do 16-4-2024, n.º 136; SXS n.º 1 de Cuenca, do 25-4-2024 (n.º 161).

⁷² Na SXS n.º 1 de Cartaxena, do 25-3-2024, (n.º 122), tense en conta, entre outros elementos, que a empresa tiña 110 traballadores.

alegando que non se deu unha resposta razoada⁷³ ou que non se quixo negociar de boa fe.

Pola súa banda, o empresario xeralmente centrará a súa argumentación na intensidade do prexuízo organizativo ou económico que sufriría se admitise a medida solicitada, en función de factores como: a necesidade de cubrir o servizo nunha franxa determinada⁷⁴, a cualificación ou responsabilidade específicas da persoa solicitante⁷⁵ ou o reducido ou nulo número de traballadores que poderían substituír ao solicitante⁷⁶. Neste sentido, no caso de que só poida atender á solicitude contratando outra persoa, podería defenderse que decaería completamente a causa do contrato de traballo. Así mesmo, a "dignidade" da súa posición podería amplificarse argumentando que a hipotética modificación do contrato prexudica significativamente a outros traballadores⁷⁷, por exemplo, se estes tivesen que desprazarse a outro horario e tivesen tamén necesidades familiares equivalentes⁷⁸. Se fose posible, tamén podería tratar de refutar ou minimizar os argumentos achegados de contrario, sostendo a inexistencia da necesidade familiar, dos factores que a intensifican ou da conexión de causalidade entre esta e a solución proposta polo traballador; outra opción sería propoñer na fase de negociación unha alternativa menos lesiva para os seus intereses, que satisfaga as necesidades familiares do solicitante, contrastándoa coa súa falta de disposición para chegar a un acordo⁷⁹.

⁷³ SXS n.º 3 de Badaxoz, do 22-3-2024 (n.º 74); SXS de Pontevedra, do 22-3-2024 (n.º 107).

⁷⁴ SXS n.º 4 de León, do 3-2-2023 (n.º 30); SXS n.º 1 de Guadalaxara, do 20-4-2023 (n.º 56); SXS n.º 1 de León, do 24-4-2024 (n.º 180).

⁷⁵ SXS n.º 2 de Palma de Mallorca, do 17-1-2023 (n.º 17).

⁷⁶ SXS n.º 3 de Cartaxena, do 30-12-2022 n.º 5/2023; SXS n.º 4 de León, do 29-4-2024 (n.º 164).

⁷⁷ SXS n.º 4 de Toledo, do 28-11-2022, (n.º 413); SXS n.º 4 de León, do 29-4-2024 (n.º 164); SXS n.º 3 de Vigo, do 5-4-2024 (n.º 181); SXS n.º 4 de León, do 29-4-2024 (n.º 164).

⁷⁸ En relación coas necesidades familiares dos demais traballadores, SXS n.º 1 de León, do 16-1-2023 (n.º 12); SXS n.º 7 de Vigo, do 22-12-2022 (n.º 475).

⁷⁹ Véxase. SXS n.º 1 de Burgos, do 10-4-2024 (n.º 181). A empresa ofreceulle. SXS n.º 2 de Vigo, do 4-4-2024 (n.º 157).

Loxicamente, os tópicos a utilizar non están xerarquizados entre si, nin seguen realmente un esquema ríxido de xustificación, porque os litigantes os utilizarán da maneira que lles resulte máis conveniente, en relación coas circunstancias do caso, incorporando os feitos que conectan con eles e anticipándose aos posibles argumentos da contraparte. A continuación engádese -seguindo a tradición da retórica clásica dos “catálogos de tópicos”-, unha táboa de argumentos posibles a utilizar polas partes nestes casos, que vén sintetizar todo o anterior, xunto con outros parámetros teóricos e xudiciais⁸⁰ nun formato directamente utilizable polos operadores xurídicos. Por suposto, este catálogo podería expandirse no futuro, ampliando a información a partir do estudo de sucesivas resolucións xudiciais.

TÓPICOS ARGUMENTATIVOS EN FAVOR DA PERSOA TRABALLADORA		
Necesidade familiar	Grao mínimo (existencia dunha necesidade familiar)	Menor de 12 anos a cargo (automático) Maior de 12 anos convivente (acreditar dependencia)
	Intensidade da necesidade	Vulnerabilidade da persoa coidada -Idade -Grao de dependencia Imposibilidade /dificultade de que se fagan cargo:

⁸⁰ Apóioime tamén nun estudo anterior sobre a argumentación das resolucións dos xulgados de instancia: Álvarez del Cuvillo, A., *Op. cit.*, *pertotum* .

		-O outro proxenitor ou outros familiares -Servizos externos
	Dimensión de xénero e protección da familia (dimensión constitucional)	Consecuencias da falta de atención á necesidade familiar Necesidade da traballadora de acudir a “dereitos de ausencia” máis lesivos ou deixar o emprego Oportunidade do traballador home solicitante de corresponsabilidade coa súa parella feminina ou, en caso de non tela, de contribuír simbolicamente á corresponsabilidade.
Conexión de idoneidade entre a adaptación solicitada e a necesidade	Conexión da adaptación solicitada coa dispoñibilidade de recursos familiares (por exemplo, o outro proxenitor) ou externos (por exemplo, horarios escolares). Consecuencias sobre a familia do tempo de desprazamento (para o teletraballo)	
Minimización do impacto sobre a empresa	Elevado número de traballadores	
Actitude da empresa no proceso de negociación	Falta de boa fe	

TÓPICOS ARGUMENTATIVOS EN FAVOR DA EMPRESA		
Necesidade empresarial	Grao mínimo: existencia dun prexuízo organizativo	
	Intensidade do prexuízo	-Necesidade de cobertura do servizo nunha franxa horaria determinada -Cualificación específica da persoa solicitante -Número reducido de traballadores para intercambiar posicións -Decaemento da causa do contrato (ex. necesidade de contratar a outra persoa)
Afectación a outras persoas traballadoras	Contradición con dereitos de conciliación posibles ou xa solicitados Intereses individuais de traballadores afectados (especialmente, se afecta a varios traballadores ao mesmo tempo)	
Refutación de argumentos expostos pola persoa traballadora	Discusión sobre: -Existencia da necesidade -Intensidade da necesidade -Dimensión constitucional (xénero e protección da familia) -Conexión de idoneidade	

	-Comportamento da empresa na negociación
Formulación dunha alternativa menos lesiva sobre a organización empresarial	• Cobertura total da necesidade familiar • Cobertura parcial da necesidade familiar • Vinculación á actitude negativa da persoa solicitante no proceso de negociación

Con todo, aínda queda resolver a cuestión que se formulou ao comezo deste estudo, respecto de se o método tópico pode proporcionar algún tipo de orientación efectiva ao xuíz que finalmente ten que decidir sobre o caso.

6. CONCLUSIÓN FINAL: O USO DA TÓPICA POR PARTE DO XUIZ

O punto de partida para abordar o problema por parte do xuíz debe ser a asunción de que este se refire, por definición, a unha materia “opinable” ou suxeita a discusión, que non deixa de selo despois da sentenza. A resolución xudicial, cando é firme -no caso que nos ocupa, as posibilidades de recurso son moi limitadas- certamente pon fin imperativamente á controversia suscitada, tanto por motivos pragmáticos, como, sobre todo, porque, aínda que non sexa aceptada polas partes, termina por se impoñer a estas forzosamente. Con todo, en realidade, iso non implica que a decisión adoptada polo xuíz sexa indiscutible en termos racionais, salvo que esta derive necesariamente de premisas irrefutables, o que non sucede cando existe unha verdadeira ponderación de principios normativos. As aporías nunca son susceptibles dunha solución definitiva dende unha perspectiva racional, pero non por iso carecen de sentido, porque poden ser obxecto dunha decisión que poña fin á discusión, por máis que teoricamente sigan sendo posibles

outras respostas⁸¹. Isto implica que nestes casos non pode dicirse que exista verdadeiramente unha “única resposta correcta”, na medida en que poidan formularse interpretacións alternativas á solución adoptada que poidan ser tamén razoables ou defendibles. Tamén implica que o xuíz, do mesmo xeito que os litigantes, debe construír unha argumentación que sexa suficientemente persuasiva para a comunidade xurídica.

Agora ben, o certo é que a idea da “única resposta correcta” resulta necesaria como un ideal regulatorio, que opera como un presuposto necesario para o debate xurídico⁸², aínda nos casos nos que realmente caiban varias respostas ben fundamentadas. No suposto que nos ocupa, o xuíz ten a obrigaón de buscar un punto de equilibrio entre os intereses das partes recoñecidos polo ordenamento, apuntando cara á consecución da xustiza “no aquí e o agora”⁸³ e actuando coma se houbera soamente un único punto de equilibrio óptimo. De feito, preséntase unha situación similar en calquera deliberación que se refira a cuestións opinables, por exemplo, no plano da ética ou a política; en todos estes casos, a procura dunha solución óptima é un presuposto da deliberación mesma.

O xuíz afonda nesta indagación a través da súa exposición aos argumentos expostos polas partes e adoptando alternativamente os seus “puntos de vista” de maneira sucesiva. A dialéctica implica a existencia dun diálogo, se non real, polo menos figurado, entre posicións contrapostas sobre unha cuestión aberta a debate; neste caso, o diálogo entre as partes prodúcese efectivamente no proceso de negociación previo ao xuízo e, en caso de desacordo, reprodúcese de novo no proceso xudicial. En tal caso, o xuíz deberá arbitrar o intercambio comunicativo, controlando a aplicación das regras de procedemento dialéctico e determinando imperativamente cal é a conclusión que del se desprende, dado que a falta de acordo presupón que as

⁸¹ A autoría desta idea corresponde a Sampaio Ferraz Jr., citado por García Amado, *Op. cit.*, p. 121 (non foi posible localizar o texto orixinal).

⁸² Alexy, R., “*Teoría de la argumentación...*”, *Op. cit.*, pp. 517-518.

⁸³ Cfr. Viehweg, T., *Tópica y jurisprudencia*, *Op. cit.*, pp. 100 e 128.

partes non alcanzaron por si mesmas ningunha conclusión na súa discusión.

En canto ás regras de procedemento, o xuíz leva a cabo un control *a posteriori* da negociación individual realizada polas partes; neste caso, as regras da Dialéctica vincúlanse ao principio xeral de boa fe na negociación. Nos casos nos que se acredite que algunha das partes non se comportou correctamente na negociación previa, é moi posible que as súas pretensións se vexan desestimadas, sen entrar, por tanto, na ponderación ou, de calquera modo, o proceso de negociación condicione os feitos que poden facerse valer en xuízo. Por outra banda, as regras do intercambio dialéctico proxéctanse tamén sobre o proceso xudicial posterior; no caso que nos ocupa, resulta especialmente necesario acudir aos tópicos relacionados coa carga da persuasión, cuxa aplicación a miúdo leva a eludir a ponderación en sentido estrito. A carga da persuasión corresponde inicialmente a quen pretende modificar o *statu quo*, polo que será o traballador, na súa solicitude inicial á empresa, quen deberá alegar tanto a existencia dunha necesidade familiar como a idoneidade da medida proposta para abordala. Se non o fai, entón non conseguiría configurar nin sequera o suposto de feito ao que se refire o art. 34.8 do Estatuto dos traballadores e que, no seu caso, desencadeara a ponderación. En cambio, o traballador non ten inicialmente a carga de acreditar a “necesidade” no sentido de Alexy, isto é, a ausencia de alternativas menos lesivas para o interese empresarial, dado que se trataría dun feito negativo, polo que este trazo debe presumirse como un punto de partida que pode ser refutado pola contraparte. Unha vez configurado o suposto de feito da norma, é o empresario o que -no proceso de negociación previa e logo no xuízo-, ten a carga de expoñer as dificultades da empresa para acceder á solicitude ou ben de ofrecer alternativas menos lesivas para o seu interese que satisfagan en todo ou en parte a necesidade do traballador. Se non consegue facelo, a solicitude do traballador deberá admitirse, porque non haberá elementos que ponderar.

A ponderación soamente se produce no caso de que ambas as partes achegasen os feitos que permitan soste minimamente a carga da persuasión que corresponde a cada

unha delas. Nese momento entra en xogo outra regra dialéctica incorporada ao procedemento xudicial, que é a igualdade de partes. O xuíz debe examinar todos os argumentos presentados por ambas as partes, tomando en consideración todos os feitos achegados, tanto os que intensifican a necesidade do traballador como os que subliñan a posición da empresa. No noso sistema xurídico, o xuíz non se atopa estritamente vinculado pola argumentación das partes, pero si polos feitos que estas achegaron ao proceso, de modo que tamén debe analizar de maneira independente estes feitos, adoptando sucesivamente o punto de vista de cada unha das partes, poñéndoos en relación cos tópicos que resulten aplicables e buscando a solución que apuntaría ao momento de equilibrio óptimo definido como ideal regulatorio; a estes efectos, tamén poderá acudir a precedentes xudiciais ou a outras normas específicas que os litigantes non incorporasen. Esta necesaria consideración sucesiva dos puntos de vista de ambas as partes lembra o método escolástico da *disputatio*⁸⁴, segundo o cal o estudo dun tema implica sempre a ponderación dos argumentos a favor de cada unha das posicións posibles. Neste contexto, a convicción do xuíz non parte do baleiro, senón que está condicionada polos elementos fácticos achegados polas partes no proceso, así como, en gran medida, polos argumentos que alegasen. Por outra banda, mesmo máis aló destes argumentos, os tópicos comunmente aceptados -por exemplo, o esquema baseado na idoneidade, necesidade e proporcionalidade-, funcionan como “disparadores” que permiten activar a invención de novos argumentos por parte do xuíz, asumindo sucesivamente a posición de ambas as partes.

Non obstante, hai que admitir que a decisión final que determinaría o punto de equilibrio óptimo entre os principios contrapostos, ten un elemento intuitivo que resulta ineludible e que non admite o seu encaixe en ningunha fórmula matemática. Por iso, unha vez que o xuíz adoptou a decisión que persoalmente considera óptima -tras sopesar alternativamente os “puntos de vista” de ambas as partes-,

⁸⁴ Alude a ela o propio Viehweg, T., *Tópica y jurisprudencia*, Op. cit., p. 96.

ten que xustificala para facela aceptable pola comunidade xurídica, o que nos sitúa de novo no plano retórico. Neste segundo momento, a súa actividade é similar á dos litigantes, coa excepción de que a presentación explícita da argumentación non debe en ningún caso omitir estratexicamente a mención expresa das circunstancias que favorecen á opción que se rexeita. Dito doutro xeito, os argumentos que xogan en contra da opción que finalmente se defende teñen que refutarse explicitamente, en aplicación das regras da Dialéctica. Para iso, o xuíz ten que preguntarse polos motivos que lle levaron no caso concreto a dar un maior valor ao interese do traballador ou ao do empresario despois de examinar ambos os puntos de vista á luz dos tópicos que resultan aplicables en función das circunstancias fácticas e xurídicas que rodean o suposto. Despois deberá trasladar estes motivos de maneira intelixible ao texto da fundamentación, utilizando para iso recursos argumentativos, como os modalizadores do discurso, que permiten subliñar a importancia de determinadas circunstancias e minimizar a relevancia doutras⁸⁵.

En definitiva, a metodoloxía tópica resulta frutífera para abordar os problemas aplicativos que xera o art. 34.8 ET, aínda que loxicamente non pode proporcionar certezas nin enganosas fórmulas matemáticas que permitan deducir unha solución irrefutable. En primeiro lugar, permite poñer o foco na argumentación como unha técnica apropiada para buscar -e logo defender- respostas verosímiles para unha cuestión que é esencialmente discutible. En segundo lugar, facilita a localización do problema nunha situación estandarizada (a ponderación de principios xurídicos) que apunta a determinados "tópicos" que poden recompilarse a partir da observación da práctica xudicial. En terceiro lugar, favorece o contraste dos "puntos de vista" contrapostos das partes a partir dunha serie de regras de procedemento (boa fe na negociación previa, carga da persuasión, igualdade de partes no proceso), que condicionan as operacións intelectuais

⁸⁵ Véxase, Álvarez del Cuvillo, A., *Op. cit.*, pp. 74-75, onde se ofrecen exemplos concretos de modalizadores discursivos extraídos do texto de diversas resolucións xudiciais.

dirixidas cara á procura dunha verdade plausible, a partir do ideal regulatorio do punto de equilibrio óptimo. En cuarto lugar, os tópicos convértense finalmente en ferramentas retóricas que permiten xustificar de maneira convincente a solución final alcanzada polo órgano xudicial. Non se trata de que o xuíz se vexa substituído por un procedemento infalible, senón máis ben de proporcionarlle xustificacións para que a resposta xudicial non se presente como unha mera arbitraxe de equidade.