UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

SEGUNDA REUNION DE LA ACADEMIA IBEROAMERICANA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

(MEXICO-PUEBLA, 8 AL 12 DE OCTUBRE DE 1990)

PRESENTE Y PERSPECTIVAS DEL DERECHO DEL TRABAJO

OBRA

164277

KG432/R48 1990

FACULTAD DE DERECHO

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

SEGUNDA REUNION DE LA ACADEMIA IBEROAMERICANA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

(MEXICO-PUEBLA, 8 AL 12 DE OCTUBRE DE 1990)

PRESENTE Y PERSPECTIVAS DEL DERECHO DEL TRABAJO

OBR

164277
FACULTAD DE DERECHO
KG432/R48 1990

SEGUNDA REUNION DE LA ACADEMIA IBEROAMERICANA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

(México-Puebla, 8 al 12 de octubre de 1990)

PRESENTE Y PERSPECTIVAS DEL DERECHO DEL TRABAJO

Obra coordinada por Néstor de Buen

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
México, MCMXCI

D - 164277 II

SEÑORES ACADEMICOS PARTICIPANTES EN LA OBRA

Humberto A. Podetti	Argentina
Julio J. Martínez Vivot	Argentina
José Martins Catharino	Brasil
Octavio Bueno Mangano	Brasil
Rafael Forero Rodríguez	Colombia
Carlos Corro Zúñiga	Costa Rica
Francisco Walke Errázuriz	Chile
Manuel Alonso Olea	España
Jose Cabrera Bazán	España
Baltasar Cavazos Flores	México
Néstor de Buen	México
Mario Pasco Cosmópolis	Perú
Américo Plá Rodríguez	Uruguay
Héctor Hugo Barbagelata	Uruguay
Helios Sarthou	Uruguay
Rafael Caldera	Venezuela

PARTICIPANTE INVITADO

José Dávalos Morales	México

D- 164277 II

PALABRAS PRELIMINARES

Durante los días ocho al doce de octubre de 1990 se llevaron a cabo los trabajos de la segunda reunión de la Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en las ciudades de México, D.F. y Puebla.

La Universidad Nacional Autónoma de México hizo posible la celebración del encuentro, al que prestó su casa y un apoyo invaluable. En el Aula "Mario de la Cueva" de la Facultad de Derecho, se desarrollaron los trabajos salvo el día miércoles diez de octubre en que el Gobierno del Estado de Puebla cumplió, como tantas veces lo ha hecho antes, el papel de generoso anfitrión, prestando su Casa de la Cultura.

Hubo entre los señores académicos algunas dudas acerca de la mejor denominación de la reunión ya que parecía excesivo el nombre de "Congreso" a lo que fué, sobre todo, un encuentro entre amigos, preocupados por los problemas actuales del derecho del trabajo. Y aunque se anunció como tal, podría decirse que se trató de una reunión científica, apta para discutir en libertad los problemas actuales del derecho del trabajo.

En la fecha de la celebración de la reunión, cuarenta y ocho académicos eran de número. Faltaban por ocupar los sillones de Don Luis Frescura y Candia, de nacionalidad paraguaya (número 22) y de Don Fabián Jaramillo Dávila, de nacionalidad ecuatoriana (número 26) lamentablemente fallecidos, respecto de quienes se encuentran en trámite los procesos de integración de las vacantes.

Con posteridad al Encuentro sufrimos la baja muy sensible del maestro mexicano J. Jesús Castorena, quien murió el día dieciocho de noviembre de muy avanzada edad. Tuvimos el privilegio, sin embargo, de que el maestro Castorena, académico número 12, nos hubiere acompañado al acto de inauguración.

La intención de la Presidencia y de la Secretaría General de la Academia era que vinieran a México alrededor de veinte señores académicos, obviamente con el deseo de que pudieran hacerlo todos. Sin embargo, las distancias enormes sin olvidar los costos del traslado, además de las ocupaciones de muchos, no permitieron que se cumpliera en sus términos el proyecto inicial. No obstante, doce señores académicos acudieron a la cita, los señores Américo Plá Rodríguez, (36) presidente de la Academia y Helios Sarthou, (46) del Uruguay; Julio J. Martínez Vivot (18) y Humberto Podetti (27), de Argentina; Emilio Morgado (32) y Francisco Walker Errazuriz (49), de Chile; Octavio Bueno Magano (29), del Brasil; Mario Pasco (39), del Perú; Rafael Forero Rodríguez (20), de Colombia; Rafael Caldera (9), de Venezuela; Carlos Carro Zuñiga (11), de Costa Rica y José Cabrera Bazán (3), de España.

Junto con el maestro Castorena, presente sólo en el acto inaugural por razones

evidentes, participaron en la reunión los académicos mexicanos Alfredo Sánchez Alvarado (42), Baltasar Cavazos Flores (14) y Néstor de Buen (17), secretario general de la Academia. El Dr. Enrique Alvarez del Castillo (5), en razón de sus altas responsabilidades políticas como Procurador General de la República, no pudo participar, pero fué generoso en su apoyo.

Por una consideración especial muy merecida, también presentó una ponencia el Dr. José Dávalos Morales, Director de la Facultad de Derecho de la UNAM, en cuya casa se hizo la mayor parte de las reuniones.

La mecánica de la reunión fué la siguiente: bajo la presidencia de alguno de los mismos académicos, se exponían las ponencias, preparadas sobre temas libremente elegidos por los congresistas y presentadas por escrito durante, aproximadamente, veinte minutos y después se ponía a discusión el tema entre los demás académicos con oportunidad de intervención del público. Los tiempos funcionaron razonablemente bien y el resultado fue espectacular. Cualquier reunión posterior tendrá que considerar muy seriamente seguir el mismo modelo.

El Dr. Dávalos Morales ofreció, generosamente, hacer la publicación de las ponencias con los discursos pronunciados en el acto inaugural, que tuvo lugar en el Aula Jacinto Pallares de la propia Facultad de Derecho, bajo la presidencia del Lic. Manuel Gómezperalta, Subsecretario "A" del Trabajo y representante personal del Presidente de la República, Lic. Carlos Salinas de Gortari y del Dr. José Saruckán Kermez, ilustre Rector de la UNAM y quien hizo posible la celebración de estos actos académicos. Esos discursos fueron a cargo de Alfredo Sánchez Alvarado, en representación del Comité Organizador (que integraban también Baltasar Cavazos y Néstor de Buen), de Américo Plá Rodríguez y el Dr. Sarukhán quien conjuntamente con el Lic. Gómezperalta hizo la declaración inaugural. En la clausura, celebrada en el mismo ambiente de trabajo de la última sesión, pronunciaron unas palabras Baltasar Cavazos Flores, Mario Pasco Cosmópolis y el propio Dr. Dávalos Morales.

Se incluyen en esta obra colectiva los discursos iniciales y finales y las ponencias presentadas. Se ha respetado, con las mínimas coordinaciones, la forma elegida por cada ponente.

Algunos de los señores académicos que no pudieron estar en México, por dificultades de última hora, enviaron sus trabajos que también se incluyen en esta publicación. Fueron los señores Héctor Hugo Barbagelata (6), del Uruguay; José Martins Catharino (13), del Brasil y Manuel Alonso Olea (4), (presidente de honor) y Alfredo Montoya Melgar (7) de España.

La presencia del Lic. Mariano Piña Olaya, Gobernador constitucional del Estado de Puebla, en la sesión de la Casa de la Cultura y su amplio saludo a los señores académicos, fueron relevantes, como también el discurso preliminar, en la misma ocasión, de Emilio Morgado.

Es obvio que esta es la mejor oportunidad para expresar el agradecimiento de

todos los miembros de la Academia al Dr. José Sarukhán Kermez, al Lic. Mariano Piña Olaya y al Dr. José Dávalos por su apoyo absoluto y en particular al Dr. Dávalos por hacer posible la publicación de esta Memoria.

Sería injusto, sin embargo, omitir la referencia al Maestro David Pantoja, secretario general auxiliar de la UNAM y al Lic. Enrique Larios, secretario administrativo de la Facultad de Derecho, así como a los señores Lic. Héctor Jiménez, secretario de Gobernación del Estado de Puebla, Lic. David Hernández, secretario particular del Lic. Jiménez y Lic. Hugo Macotela, auxiliar de la propia Secretaría de Gobernación quienes hicieron posible, con una participación sin límites, los resultados positivos del Congreso.

Montevideo, Uruguay y México, D.F., diciembre de 1990.

Américo Plá Rodríguez — Presidente

Néstor de Buen — Secretario General

ACTO INAUGURAL

(8 de octubre de 1990)
Aula "Jacinto Pallares" de la Facultad de Derecho.
Palabras de los señores:
Dr. Américo Plá Rodríguez, presidente de la Academia
Lic. Alfredo Sánchez Alvarado, por el Comité Organizador
Dr. José Sarukhán Kermez, Rector de la UNAM

PALABRAS DEL DR. AMERICO PLA,
Presidente de la Academia

Tengo el gran placer y el inmenso honor de hablar en este acto inaugural de la segunda reunión plenaria de la Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Me adelanto a afirmar que en esto no hay ningún mérito personal sino que todo el mérito de la gestación de la idea, de la concreción del propósito y de la realización efectiva de esta iniciativa, ha sido exclusivamente del secretario general de la Academia que por su nombre, su trayectoria y su obra es un verdadero símbolo de Iberoamérica. Se llama Néstor de Buen. Nació en España, pero vive en México donde ha realizado sus estudios y se ha convertido en un portavoz obligado de nuestros anhelos, nuestras inquietudes y nuestros esfuerzos en cuanto Congreso se realiza de esta extensa y compleja región en que nos ha tocado vivir.

Esta presencia predominante de un mexicano en la preparación de esta segunda reunión plenaria de la Academia, me evoca otra circunstancia que nos es muy cara a todos nosotros. La primera reunión plenaria de la Academia - realizada en Madrid en estos mismos días de octubre de 1975 -, se proyectó, se decidió y se programó en suelo mexicano en octubre de 1974. Yo diría que desde el punto de vista de un laboralista, en el suelo mexicano más prestigioso porque fué en una reunión celebrada en la casa del maestro MARIO DE LA CUEVA, a quien quiero rendir un especial homenaje de recordación en este momento tan significativo que demuestra que las semillas que él sembró han germinado en un frondoso árbol.

Entiendo que mi función en este momento sea efectuar en voz alta una serie de reflexiones sobre la propia Academia, para que nos sirva de posible punto de arranque a una meditación común que profundice, vigorice y actualice la vida y la labor de la Academia.

La primera versa sobre qué papel cumple una Academia.

La ciencia - incluso la ciencia jurídica - avanza por medio del esfuerzo, del ingenio, de la creatividad de cada uno de sus cultores. Por más que se hable de la utilidad y fecundidad de los trabajos en equipo, la labor intelectual se asienta fundamentalmente en lo que conciba cada inteligencia y pueda transmitir quien ha tenido el pensamiento, la iniciativa, el talento de comunicar a los otros ese avance. En definitiva, la tarea científica es por naturaleza libre y pluralista. Se basa en la posibilidad de diversidad de visiones, perspectivas, enfoques y sistemas. Lo enriquecedor de una labor científica es su creatividad, no sujeta a trabas y la intercomunicación que permite el progreso acumulativo en el que se suman muchos esfuerzos, no siempre idénticos ni orientados en el mismo sentido.

La Academia entonces no puede mirarse nunca como una limitación sino como

un impulso. No es una autoridad, como la que puede ejercer en materia de la lengua, para fijar una verdad oficial ni establecer reglas obligatorias. Cada uno piensa, crea, expone y escribe, según su leal saber y entender, sin que pueda sentirse coartado en su libertad y sin que la diversidad de opiniones pueda desmerecer la labor colectiva.

Yo diría que la misión de la Academia es servir como una caja de resonancias para que los trabajos de los especialistas más consagrados y prestigiosos se difundan y circulen más. Eso tiene el peligro de que se mire la incorporación a la Academia como una honrosa distinción personal - que indudablemente lo es -. En realidad debe encararse como una responsabilidad más para seguir creando, a los efectos de aprovechar debidamente la resonancia que derive del prestigio del conjunto de sus miembros y de la seriedad que proviene de la propia tradición del nombre de la institución.

Pienso que la Academia debe constituir un estímulo, una sana y legítima emulación en la calidad de nuestros trabajos, una oportunidad para un recíproco enriquecimiento.

La segunda reflexión versará sobre cómo puede funcionar una academia intercontinental.

Todos tenemos la idea de las reuniones semanales, quincenales o mensuales de academias nacionales formadas por personas que residen en el mismo país. Pero nos cuesta imaginar - y sobre todo, nos cuesta llevar a la práctica - el funcionamiento de un cuerpo de cincuenta miembros diseminados a lo largo de un subcontinente tan extenso como el que identificamos con el nombre de América Latina y de una península situada en Europa a varios miles de kilómetros de distancia.

Pienso que esta conformación - de la que no nos arrepentimos - debe obrar como un desafío para nuestra imaginación, a fin de encontrar la manera de organizar nuestras reuniones conjuntas cada vez más difíciles por razones geográficas y económicas.

Pero debemos aprovechar la capacidad de convocatoria y de movilización que tienen disciplinas tan actuales y dinámicas como el Derecho del Trabajo y la Seguridad Social. Ayer, en una reunión informal entre varios académicos se habló de la posibilidad de coordinar las reuniones científicas de nuestra Academia con los Congresos Iberoamericanos que felizmente se realizan cada tres años en nuestra región. Habrá que seguir pensando en esa idea que no parece tan difícil ni gravosa, pero debemos también encarar otras oportunidades y posibilidades que a veces se presentan, cuando hay una voluntad real y firme de obtener determinado propósito.

Otra línea de posibles realizaciones que, de algún modo, se inició en el Simposio de Derecho del Trabajo publicado a raíz de la reunión de Madrid y que está por concretarse en otra publicación de una serie de trabajos académicos en Bogotá, es justamente la difusión escrita de la labor de los integrantes del Cuerpo.

Pienso que estos caminos se van haciendo al andar, como dijera el gran poeta español. Pero para que surjan esos caminos hay que ponerse a andar. y para andar hay que tener la voluntad común de convertir a la Academia en algo más que un nombre y una distinción.
Reuniones como la que iniciamos demuestran que muchas cosas que parecerían imposibles se han logrado. Su ejemplo servirá de estímulo, de impulso y de aliento para nuevos esfuerzos similares.
Una tercera reflexión la quiero destinar a pensar cuál es la función que debe cumplir una Academia de Derecho del Trabajo que tenga la nota de Iberoamericana.
Este calificativo - del que nos sentimos tan entrañablemente orgullosos y que consideramos sustancialmente válido - nos marca un derrotero dentro de nuestras disciplinas: demostrar ante los especialistas de otras partes del mundo, la riqueza, la potencialidad, el vigor, la vitalidad de la doctrina iberoamericana.
Yo estoy seguro que por razones idiomáticas y prácticas, gran parte de la enorme creación científica en materia de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social hecha en nuestros países, ha quedado ignorada o se conoce muy pobremente en otras partes del mundo. Y la única forma de hacerla conocer es difundirla, prestigiarla, jerarquizarla por su calidad.
Pero el compromiso que deriva de este calificativo no es sólo de orden comparativo. Es principalmente de orden sustantivo. Sin pretender provicianismos ni fragmentarismos geográficos de la ciencia jurídica, lo cierto es que nuestros especialistas poseen una formación cultural y jurídica distinta de la de otros países y, sobre todo, se enfrentan a realidades diferentes a las de otros centros culturales del mundo, tanto en el aspecto económico, como sociológico, como político, como histórico.
Sin caer en el error de acentuar artificialmente los elementos de diferenciación debemos tener en cuenta las peculiaridades de nuestra región, tanto en los problemas específicos como en la forma particular y distinta como se puedan encarar las soluciones y problemas universales.
Y esto nos enfrenta a nuevos desafíos. Desde luego, porque los grados de desarrollo, de salud económica, de conformación social, incluso de nivel cultural de todos nuestros países no son idénticos, pero también porque ha ido surgiendo en estos últimos quince años - que nos separan de la última reunión - una diferenciación no menos compleja. Con los países europeos que conforman nuestra región, seguimos teniendo los mismos vínculos espirituales y culturales que nos hermanan pero se ha ido produciendo una distinción económica y jurídica cada vez más acentuada como consecuencia de su incorporación a la Comunidad Económica Europea.

Todo esto que señalo no es con el propósito de desanimar ni amontonar dificultades sino precisamente lo contrario: para mostrar lo grande y hermosa

que es nuestra tarea.

La cuarta y última reflexión es de otra índole: examinar cuál es el papel de la Academia frente a los jóvenes.

No podemos tener ni parecer tener ni una sombra de sentimiento de superioridad frente a los más jóvenes que constituyen la enorme legión de laboralistas que se están formando en todos nuestros países.

Por el contrario, tenemos la responsabilidad de dar un ejemplo de laboriosidad, de fecundidad, de creatividad, de calidad en nuestros trabajos sin mengua, naturalmente, de la humildad, la sencillez, la comprensión para admitir las críticas, las discrepancias y las diferencias de enfoques.

Pero sobre todo, tenemos la responsabilidad de constituir entre nosotros mismos, un modelo de compañerismo, de amistad, de colaboración recíproca.

Y más allá de ello, saber que nuestra condición de académicos ha de impulsarnos para actuar con una gran atención y generosidad hacia el trabajo de los más jóvenes que necesitan nuestro apoyo, nuestra ayuda, nuestra colaboración y nuestro respeto.

Casi sin darnos cuenta hemos ido entrando en un ámbito de comportamiento personal que no es ajeno a nuestras responsabilidades académicas. Debemos actuar de tal manera tanto en el plano técnico como personal que podamos contribuir a mantener y enaltecer el prestigio de nuestra institución de tal suerte que los más jóvenes vean siempre como una honrosa distinción entrar a la Academia que hoy tenemos el honor y la responsabilidad de integrar.

PALABRAS DEL LIC. ALFREDO SANCHEZ ALVARADO,
Por el Comité Organizador.

La Universidad Nacional Autónoma de México y la Facultad de derecho de la UNAM se engalanan ante la presencia de connotados jus-laboralistas de Iberoamérica.

Este congreso se posibilitó ante la gran respuesta y apoyo del Dr. José Sarukhan Kérmez, Rector de la Universidad Nacional Autónoma de México, así como la del Dr. José Dávalos Morales, Director de nuestra Facultad y gran anfitrión de este evento, quien ha contado con la valiosa colaboración del Sr. Licenciado Enrique Larios, Secretario General de esta Facultad.

La Academia Iberoamericana de Derecho del Trabjao y de la Seguridad Social surgió por iniciativa del Dr. Alfredo Reprecht de la República Argentina, que contó con el respaldo de 18 distinguidos maestros, entre los que se encontraba Mario de la Cueva. Esta idea acabó de confirugarse en el mes de octubre de 1975 en la Ciudad de Madrid, cuando se aprobaron los estatutos que actualmente se encuentran en vigor.

La Academia es una sociedad científica internacional de carácter permanente, cuyo objeto es promover sobre una base internacional, los conocimientos jurídicos y científicos tanto del derecho del trabajo, como de la seguridad social.

En los diversos Congresos, Asambleas y Reuniones a que ha convocado la Academia y que han tenido lugar en Madrid, Lima, Sevilla, Sao Paulo, México, Caracas, Santo Domingo, Buenos Aires, Montevideo y otras ciudades más, siempre se ha contado con el más amplio apoyo de las autoridades gubernamentales y universitarias, así como de sus profesores.

La Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social cuenta en la actualidad con cincuenta miembros de diversos países de habla hispano-portuguesa.

La posibilidad de reunirnos con cierta regularidad nos ha permitido intercambiar en un plan de altura: ideas, opiniones, trabajos, experiencias y vivencias en el ámbito laboral, enriqueciendo nuestros conocimientos en muy diversas formas.

El impulso de la Academia es de todos sus integrantes, pero significadamente de aquellos maestros que ya no están con nosotros como son: Eugenio Pérez Botija, Gaspar Bayón Chacón, Guillermo Camacho Enriquez, Mario de la Cueva, Mario L. Deveali, Roberto Pérez Paton, Eduardo R. Stafforini, Francisco Walter Linares, Ernesto Krotoschin, Manuel Alonso García, Mariano R. Tissenbaum, José Montenegro Baca y algunos más, que nos dejaron un gran legado: sus obras.

Con motivo del X Congreso Iberoamericano del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social que se celebró en Montevideo en abril de 1989 surgió la idea del

actual presidente de la Academia, Dr. Américo Plá Rodríguez, de que esta reunión tuviera como sede la Ciudad de México, con el beneplácito de todos los asistentes, por ello, originalmente nos correspondió a los académicos de México en funciones. Cavazos Flores, De Buen Lozano y Sánchez Alvarado, la honrosa labor de organizar este encuentro, pero es necesario precisar que sin lugar a dudas, este evento se debe a la gran dedicación -única- del Doctor Néstor de Buen.

México aporta al mundo la primera Constitución que eleva al rango de norma primaria las garantías sociales para el ser humano que trabaja y por ello, es la base del Apartado XIII del Tratado de Versalles y de constituciones de diversos países con vigencia sucesiva.

También en México se dá la Declaración de los principios fundamentales de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social el 26 de septiembre de 1974 en la Ciudad de Querétaro, con el impulso creador de Mario de la Cueva y como un homenaje póstumo, los trabajos de este Congreso se realizarán el el "Auditorio Mario de la Cueva" y no dudamos que él estará presente.

Vivimos una época enormemente convulsionada en todos los órdenes, el ser humano reclama su libertad, el respeto a su dignidad y quiere ser arquitecto de su propio destino.

La materia laboral que es preocupación de todos, sin lugar a dudas se encuentra en el ojo del huracán o en el torbellino de los acontecimientos y coincidentemente, aquí estamos nosotros.

La Facultad de Dercho y sus profesores de derecho del trabajo me han distinguido con la encomienda de dar a todos la más cordial bienvenida.

PALABRAS DEL DR. JOSE SARUKHAN,
Rector de la Universidad Nacional Autónoma de México.

Las jornadas que hoy se inician del II Congreso de la Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, son la expresión de un esfuerzo renovado que arranca en 1972, con la iniciativa del Profesor Alfredo Ruprecht que le da forma en Sao Paulo a esta Academia y se instrumenta en 1975 en Madrid, con la celebración del primero de estos eventos.

Al aceptar con entusiasmo el carácter de anfitrión del Congreso, la Universidad Nacional Autónoma de México desea insistir en una tesis ya sustentada en otros foros: en un mundo como el de hoy que exige el abatimiento de fronteras económicas y que pone en competencia a gigantes económicos, altamente desarrollados industrial y tecnológicamente, con economías incipientes y crónicamente afectadas por la dependencia, la ineficiencia y el paternalismo, un recurso que puede protegernos es la búsqueda de nuestras raíces más profundas, de nuestras afinidades culturales y de las posibilidades de construir frentes que impidan nuestra desintegración como sociedades nacionales.

No es el propósito pregonar chauvinismos estrechos ni nacionalismos aldeanos, sino insistir en que la mejor manera de integrarnos a un mundo sin fronteras es preservando nuestras identidades. En nuestras culturas residen nuestras mejores reservas. Solo estaremos verdaderamente integrados al concierto universal si somos capaces de afirmarnos en nuestro ser nacional. Ser nacional que, por cierto, reclama su vocación latinoamericana y reinvindica, como parte de su origen, el legado español y el lusitano.

Por esta idea luminosa de mucha visión, rendimos homenaje a Ruprecht, Deveali, Tissenbaum, Alonso Olea, Alonso García, Bayón Chacón, Russomano, Cesarino, Sussekind, Montenegro Baca, Nugent, Pla, Barbagelata, Guzmán, Caldera, Lobo Xavier, Camacho Henríquez, Pérez Paton y De la Cueva. Son ellos quienes participaron originalmente en la Academia Iberoamericana del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Es a ellos a quienes debemos el que un grupo de académicos y especialistas se reúna a compartir sus saberes, a confrontarlos y debatirlos, a comparar sus sistemas e instituciones laborales y a crear una doctrina, una cultura iberoamericana del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

La reunión que hoy da inicio lo hace bajo el signo de profundos cambios. Los muros derrumbados no son sino una pálida representación simbólica de desgarrantes cuestionamientos y de dramáticos colapsos de sistemas políticos e ideológicos. Certezas otrora consistentes y verdades antes inconmovibles están en entredicho. Las construcciones y los paradigmas teóricos se resquebrajan y las disciplinas que ustedes cultivan no podrían
ser la excepción.

Durante años se enseñó en las aulas de las escuelas de Derecho una doctrina y unos principios que surgen en los albores de este siglo, pero que se desarrollan y perfeccionan con las dos guerras mundiales y con la crisis económica del 29. La organización del movimiento obrero y su toma de conciencia como clase fueron motores indiscutibles en la construcción de la legislación protectora del trabajo y de una estructura teórica que, progresivamente, abandonó las explicaciones y figuras propias del Derecho Privado, para entrar de lleno en una nueva rama jurídica. La concepción liberal de la igualdad de todos ante la ley -que ponía en evidente situación de desigualdad al débil frente al poderoso - fue substituída por los valores de la justicia distributiva. Las instituciones del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social fueron adoptadas en las leyes, en las constituciones y aún en las normas internacionales y su estudio y reflexión fueron legitimados académicamente como disciplinas autónomas en los planes y programas de las universidades.

En esta historia, México tiene un honroso capítulo escrito por sus aportaciones. Acuciosas investigaciones históricas nos muestran que el celebrado artículo 123, de la Constitución de 1917, es precedido por un importantísimo esfuerzo legislativo en varios Estados de la Federación, en donde legisladores locales, preocupados por la defensa de asalariado, logran importantes avances en materia de jornada de trabajo y salario; vivienda para los trabajadores; accidentes de trabajo; autoridades de trabajo; derecho de asociación y condiciones de trabajo de las mujeres y de los menores. Con todo, es el Congreso Constituyente de 1916-17 el que logra la síntesis más feliz: hoy es ampliamente reconocido que México dió a la cultura jurídica universal la primera Declaración de derechos sociales, que sirve de modelo fundamental para las legislaciones sociales de América Latina y para la constitución de la República Española y aún puede suponerse su influencia en la discusión de la Parte XIII del Tratado de Versalles, que pondría fin a la primera guerra mundial y del que nació la Organización Internacional del Trabajo. En el ámbito de la academia también ha habido significativas contribuciones y, sin desdoro de las demás, sólo mencionaré por su extraordinaria calidad, a la de un ilustre Rector de esta casa, el Dr. Mario de la Cueva.

Ahora bien, como antes decía, todas estas instituciones, principios y estructuras están de cara a un porvenir incierto. El sistema capitalista ha hecho de la crisis hasta ahora, su modo natural de desarrollo, pues merced a cada crisis que sufre se reestructura, se revitaliza y sobrevive hasta volver a enfrentar una nueva. Así hoy, nuevas técnicas de producción ligadas a la electrónica, a la robotización y a la informática permiten la intensificación de la producción, la reducción de puestos en las fuentes de trabajo y el abatimiento de los costos salariales. El capital se ha internacionalizado, el mundo entero es el nuevo espacio de producción y la exportación es el motor de impulso económico, lo que compele a una feroz competencia que exige bajos costos y eficiencia. Todo esto pone en

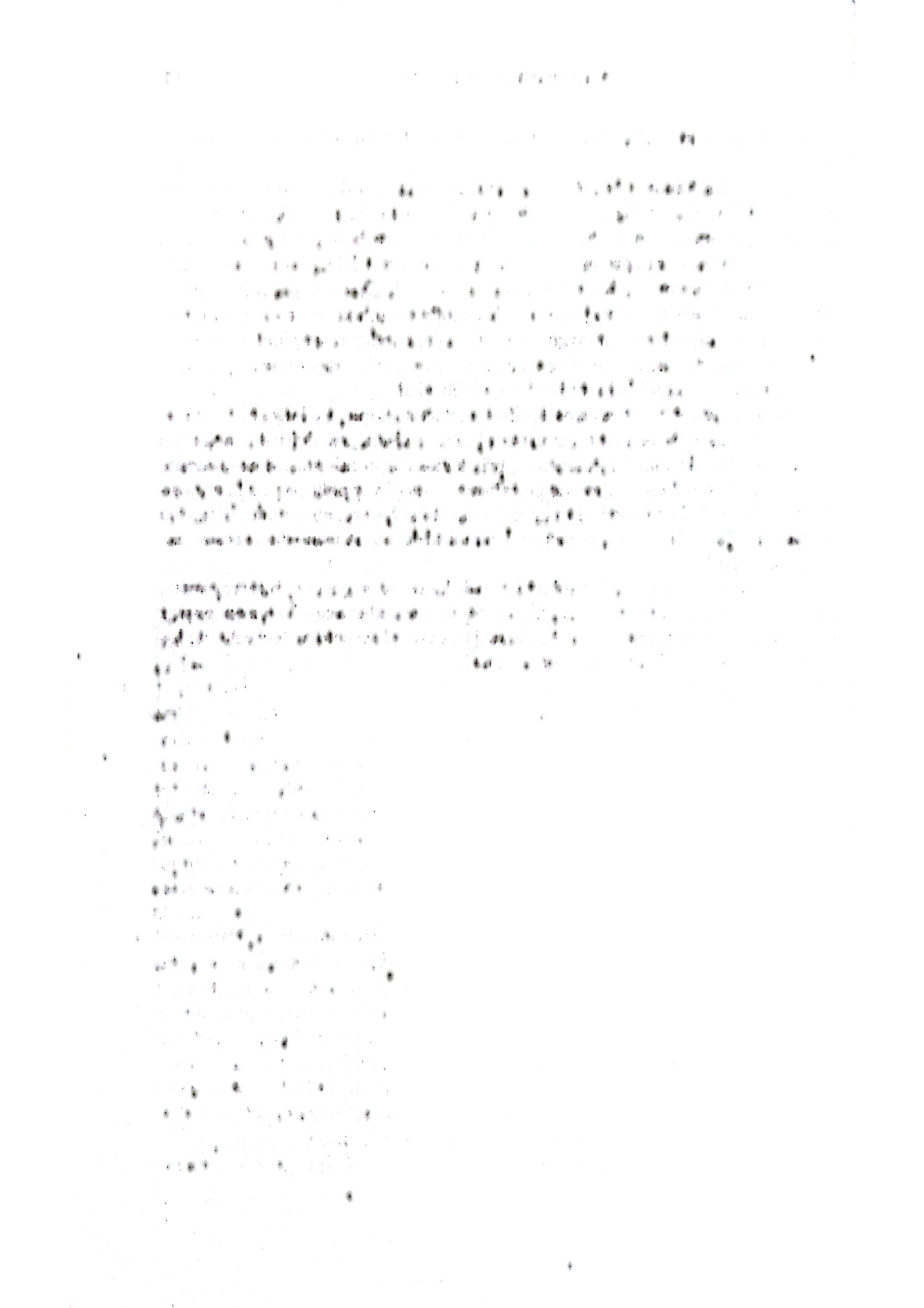
grave peligro a las instituciones y a los principios tutelares del trabajo asalariado.

Toca a ustedes, Señores Académicos, plantearse, a partir de vuestra experiencia profesional y alta calificación intelectual, si esta modernización de nuestros sistemas productivos debe hacerse excluyendo de sus beneficios a las grandes mayorías. Menester es preguntarse si la modernización debe hacerse aún a costa del envenenamiento del medio ambiente y de la feroz depredación de la naturaleza. Precisa interrogarse si el desarrollo es compatible con el analfabetismo, la insalubridad y la marginación. Conviene indagar si es ineluctable que el hombre tenga que convertirse en cosa, para adquirir cosas y que su posesión no le procure ni equilibrio, ni libertad, ni felicidad.

Al plantearme con ustedes estos desafíos intelectuales que nos lanza el presente, nada está más lejos de mi intención que el dar una visión nostálgica de un tiempo ya irrepetible de mantenimiento de privilegios corporativistas, normalmente acompañados de la supresión de pluralismo ideológico y político y de la imposición cupular de la colaboración interclasista. Si se quiere, en cambio, llamar la atención sobre el hombre, preocupación radical del humanismo que en esta casa no puede soslayarse.

No ignoro la dificultad de las soluciones o de las respuestas a tales interrogantes, pero si me parece pertinente evocar como guía que pudiera conducir a encontrar la felíz fórmula propuesta por Mario de la Cueva: el respeto al "derecho de los hombres a conducir una existencia digna".

¡Muchas gracias!



ACTO DE CLAUSURA

(12 de octubre de 1990)

Aula "Mario de la Cueva de la Facultad de Derecho
Palabras de los señores:
Dr. Baltasar Cavazos Flores, por el Comité Organizador
Dr. Mario Pasco Cosmópolis, por los académicos no mexicanos
Dr. José Dávalos Morales, Director de la Facultad de Derecho

PALABRAS DEL DR. BALTASAR CAVAZOS FLORES,
Por el comité organizador.

Se ha dicho, y a nuestro juicio con toda razón, que solo tienen derecho al éxito, aquellos que luchan por alcanzarlo.

Nestor de Buen, y su magnífico equipo de trabajo, lucharon esforzadamente por alcanzar el éxito en este Congreso y los resultados los tenemos a la vista.

La Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Previsión Social, integrada únicamente por 50 maestros laboralistas de Iberoamérica, debe de estar de plácemes.

De todos los confines de Iberoamérica vinieron los mejores tratadistas de la materia, que tanto nos han enseñado, no solo con su palabra, sino fundamentalmente con su ejemplo.

Lo que hoy aquí termina con tanto éxito, fue un verdadero torneo de derecho, enmarcado por nuestra muy querida Facultad que tan dignamente preside Don Pepe Dávalos, a quien así le decimos por cariño.

Los ilustres maestros que nos visitaron, se van, regresan a sus lugares de origen, a continuar dando cátedra y a sus foros laborales, pero nos han dejado lo mejor de ellos mismos: su pensamiento jurídico, su intelectualidad y su sincera amistad.

Nosotros pensamos que la amistad es un verdadero acto de fe, bien sea en el amigo, en el compañero o en el maestro.

También y porqué no decirlo, es un acto de esperanza que nunca se acaba y que constantemente se renueva.

Por ello estas palabras no constituyen un adiós, sino sólo un hasta luego.

La distancia geográfica que nos separa con ser tan grande, resulta pequeña e insignificante en comparación con el respeto y el cariño que les profesamos, pues como muy bien dijo el poeta, los grandes mares que nos separan, son como el llanto, en lugar de separarnos nos unen tanto.

PALABRAS DEL DR. MARIO PASCO COSMOPOLIS,
Por los académicos no Mexicanos.

Distinguidas autoridades, queridos amigos:
La clausura de un Congreso como el que hoy culmina deja en la boca un sabor agridulce: se agolpan en el espíritu encontradas emociones. Frescas todavía las imagenes del reencuentro con los queridos amigos de siempre, ya nos estamos despidiendo de ellos, aunque con la promesa, eso sí, y el compromiso implícito de volvernos a reunir al más breve término.
Congreso viene de congregar. Es importante en todo congreso el temario; son importantes las ponencias, los expositores, las reuniones de trabajo; pero lo verdaderamente importante, lo trascendente, lo hermoso de un encuentro así es el encuentro mismo, ese lazo humano que se anuda de tanto en tanto pero que nos mantienen unidos espiritualmente más allá de las distancias y a través del tiempo.
Permítanme decirles que es para mí un gran honor expresar - a nombre de todos los colegas no nacionales - nuestra gratitud a la UNAM, al Director de la Facultad de Derecho, nuestro buen amigo José Dávalos, a don Mariano Piña Olaya, Gobernador del Estado de Puebla, y por cierto a Néstor de Buen, nervio y motor del certamen, y a todos los que lo han hecho posible y tan exitoso, en particular al cuerpo administrativo de la Facultad.
Ese honor inmerecido sólo puede explicarlo en la circunstancia de ser un miembro recién llegado a la Academia, acaso el más reciente, y debo atribuirlo a la generosidad de mis amigos mayores.
Ello me lleva a recordar aquí a uno de esos mayores, aquel precisamente cuyo lugar en la Academia ocupo, nuestro recordado maestro José Montenegro Baca. Montenegro fue, como todos sabemos, uno de los fundadores de la Academia; fue - y todavía sigue siendo - el más profundo y versado cultor del Derecho Laboral en mi país, el Perú.
Jurista fino y acucioso, su obra trascendió el Derecho Laboral. Abogado pugnaz de sindicatos y trabajadores, fue cinco veces Decano del Colegio de Abogados de La Libertad, Trujillo, reflejo y fruto del respeto que le tenían sus coterráneos. Maestro, fue fundador de la Cátedra de Derecho Laboral, de cuya Facultad de Derecho fue también Decano varias veces. Propulsor y realizador incansable de eventos y certámenes científicos, llevó a Trujillo una y muchas veces a los más grandes especialistas de Iberoamérica. Escritor prolífico, a su aún no superada "Jornada de Trabajo y Descansos Remunerados" unió obras tan originales como "El Trabajo en El Quijote" y muchas otras.
Hay que recordarlo, pues, por toda esta vasta obra personal. Pero sería yo infiel a su memoria si me detuviera en el recuento de esa obra y no trajera a colación su rasgo más notable: su propia personalidad, su talante, la peculiaridad de su

figura, de tonos acentuados y hasta pintorescos.
A Pepe - en su dimensión humana es un deber llamarlo por su apelativo y no por sus muchos títulos - lo adornaban muchas cualidades: era conversador incansable y ameno y expositor magnético, con una gracia muy especial para relatar hechos ciertos o inventados. Mucho más allá de ello, las anécdotas no sólo las refería, sino que las protagonizaba.
Intentar recordar esas anécdotas, siendo tantas, tomaría un tiempo del que no disponemos. Pero quiero, sí, invitar a todos quienes lo conocieron a recordarlo así, original, jocundo, afable, humanísimo.
Es para mí un gran honor reemplazarlo en la Academia. Y he allí el porqué de este homenaje. Que es homenaje también para otros académicos que ya no nos acompañan: el maestro de maestros Mario de la Cueva, don Mariano Tissenbaum, Ernesto Krotoschin, Mario Deveali, Francisco Walker Linares, Manuel Alonso García, a todos los demás, los amigos ya idos.

Nezahualcoyotl, el rey poeta, me presta sus palabras para referirme a ellos:

"No hago más que buscar,
no hago más que recordar a nuestros amigos.
¿Vendrán otra vez aquí?
¿Han de volver a vivir?
¡Una sola vez nos perdemos,
una sola vez estamos en la tierra!
No por eso se entristezca el corazón de alguno:
al lado del que está dando la vida.
Puede ser que no vivamos alegres en la tierra,
pero tus amigos con eso tenemos gozo en la tierra."

Así como al principio hablé de un sabor ambivalente agridulce, la Academia, obra de humanos al fin, es también suma de contrarios: es la pena por la desaparición de un colega y la alegría por una nueva incorporación; es culminación de una carrera y el inicio de un nuevo desafío; es meta pero también principio; el Yin y el Yan del viejo Lao Tse; Huitzilopochtli y Coatlicue de la mitología azteca, o los incaicos Inti y Quillac.
Vida y muerte, luz y sombra, bien y mal, el sabor agridulce del adiós. Porque estamos aquí para el adiós.

"Dicen que no son tristes las despedidas. Dile a quien te lo diga que se despida."

PALABRAS DEL DR. JOSE DAVALOS,
Director de la Facultad de Derecho de la UNAM.

El intercambio de ideas es el medio que nos conduce al pensamiento profundo, trascendente; al conocimiento que es acción, que es motor de transformación.
Precisamente hoy, 12 de octubre, se cumplen 498 años, no digamos del descubrimiento de América, sino del encuentro maravilloso de dos mundos. El sentir latino es la fuerza de la sangre que brota de una fuente común, es el arraigo a una tierra con una historia semejante, es el anhelo de un futuro más digno de ser vivido, sustentado en el desarrollo integral de los pueblos.
El iberoamericanismo que nos une desde ayer, se acrecienta hoy con la encomiable labor de agrupaciones como la Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
En un par de años estaremos celebrando el V centenario del inicio del intercambio cultural entre los pueblos hispanos; la mejor manera de festejarlo es, sin lugar a dudas, intensificando el fructífero intercambio que en todos los órdenes han establecido nuestros pueblos.
La Universidad es espacio por excelencia en donde se debaten las ideas, en donde se confrontan los pensamientos; es la casa de la razón, la ciudad de la inteligencia; es el lugar en donde a diario se crea y se recrea el conocimiento.
Durante estos últimos días las aulas de la Facultad de Derecho, han vibrado al ritmo del conocimiento nuevo, del pensamiento comprometido de connotados juslaboralistas, miembros de la Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Este evento desarrolló sus trabajos con base en dos premisas fundamentales: el respeto a todas las ideas y la búsqueda de soluciones a problemas comunes, como una forma de reafirmar nuestras raíces, de consolidar nuestra identidad.
Aun en un mundo tan impredecible como el que nos ha tocado vivir, tenemos, como universitarios, el compromiso indeclinable de no permitir que la vida moderna supere los esfuerzos vertidos en el aula, en los laboratorios, en los cubículos de investigación.
Quiero expresar mi reconocimiento a los señores académicos, por el elevado nivel de las disertaciones. Los excelentes resultados obtenidos son fruto de la buena semilla que hace algunos años sembró un grupo de soñadores. Algunos de estos maestros ya no se encuentra entre nosotros; para ellos nuestra gratitud invariable. Como una forma de homenaje a los ausentes, estas sesiones académicas han tenido lugar en este auditorio que lleva el nombre del inolvidable Maestro Mario de la Cueva.
El escenario mundial cada día más complejo, caracterizado por una mayor interdependencia en todos los órdenes, por el imperio de la revolución tecnológica, por los inesperados cambios políticos, por el reacomodo de los bloques

comerciales y económicos, por el galopante crecimiento de la inflación y el desempleo, etc., afecta gravemente a nuestras sociedades, y demanda de nosotros imaginación creadora para aportar soluciones jurídicas viables.

Ante la etapa revisionista del derecho del trabajo, nos parece oportuna esta reflexión: los modelos económicos que hoy dominan en el mundo, no pueden, no deben, en un afán meramente utilitarista, avasallar los derechos innatos en el ser humano, uno de los cuales es el trabajo.

Qué oscuro destino el de aquellas sociedades que exaltan lo puramente material y desprecian lo trascendente, como es el trabajo del hombre, semilla del progreso de los pueblos.

Cuando el polvo del olvido cubra los recuerdos, ahí estará el derecho del trabajo convirtiendo en realidad los viejos sueños de justicia social de los hombres.

Hoy viernes 12 de octubre de 1990, me es muy grato declarar formalmente clausurados los trabajos del II Congreso de la Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

TEMAS GENERALES

Américo Plá Rodríguez (R.O. del Uruguay)
Relaciones entre la democracia y el derecho del trabajo.

Rafael Caldera (Venezuela)
El proyecto de Ley Orgánica del Trabajo de Venezuela

Baltasar Cavazos Flores (México)
El nuevo derecho laboral mexicano

Héctor Hugo Barbagelata (R.O. del Uruguay)
El particularismo del derecho del trabajo

José Martins Catharino (Brasil)
Efetividade dos direitos sociais na atual Constituçao brasileira.

Humberto A. Podetti (Argentina)
El derecho del trabajo en los países en vías de desarrollo y las normas internacionales del trabajo.

Rafael Forero Rodríguez (Colombia)
El derecho del trabajo y de la seguridad social en Colombia en la década de los ochenta.

RELACIONES ENTRE LA DEMOCRACIA Y EL DERECHO DEL TRABAJO

Américo Plá Rodríguez
(R.O. del Uruguay)

Después de haber vivido una dolorosa experiencia de pérdida de la democracia durante más de una década en mi país, que más allá de su pequeñez y de su modestia, basaba su personalidad y su peculiaridad en la estabilidad de sus instituciones y en la solidez de su régimen de libertades, hemos pensado que podía ser útil reflexionar sobre el significado que tuvo esa pérdida, desde la óptica de nuestra disciplina jurídica.

Me mueve a ello la convicción de que no fué una experiencia exclusiva sino que ella ha sido compartida en los últimos lustros por gran parte de nuestro continente y que felizmente ha podido ser superada en el transcurso de pocos años, en casi todos los países de nuestra región, incluso en aquellos que parecía más difícil como Chile o más insospechable como Paraguay.

Desde mi punto de vista personal han pasado ya varios años como para serenarse los ánimos y poder mirar las cosas con otras perspectivas. Acaso no hubiera convenido apresurarse a hacer una reflexión, cuando las heridas todavía no habían cicatrizado y las pasiones seguían exaltadas.

Pero me adelanto desde ya a precisar que si bien fue ese el origen de la inspiración para la elección de este tema-en el que confluyen dos grandes vocaciones que han luchado por predominar en mi persona a lo largo de toda mi vida-trataré de estudiarlo con la mayor objetividad posible.

No describiré los sucesos ocurridos en cada uno de nuestros países. Ni siquiera los mencionaré. Ellos servirán como telón de fondo para un desarrollo que procuraré mantener en el plano doctrinario.

I - DELIMITACION DEL TEMA.

Empezaremos por delimitar el tema.

La palabra democracia ha sido utilizada en tantos sentidos distintos, no todos apropiados; ha sido acompañada por tantas otras palabras, que no sólo sirven como calificativos sino que dan origen a locuciones compuestas cuyo significado varía apreciablemente y ha originado tantas expresiones derivadas como valores democráticos, ideales democráticos, factores de democratización, procesos de democratización, que entendemos imprescindible precisar, con la mayor claridad posible, cuál es el territorio que recorreremos en nuestro desarrollo.

Nuestro propósito no es extendernos por todos los caminos que parten de la palabra democracia sino examinar, en concreto, qué relación existe entre la democracia política y el derecho del trabajo.

Ello obliga a descartar otros posibles enfoques no porque carezcan de interés o de importancia, sino porque no pueden tener cabida en un desarrollo que debe ser necesariamente limitado.

Lo que perdamos en extensión procuraremos compensarlo ganando en intensi-

dad y profundidad y, si es posible, en precisión.
En consecuencia, no abordaremos los siguientes tópicos, que quedan fuera de nuestro plan:

1) La distinción entre democracia formal y la democracia social, económica o industrial.
2) La democracia dentro de la empresa.
3) La influencia de la democracia en las relaciones laborales o el modelo democrático de relaciones laborales.
4) La democracia dentro del sindicato.
5) El papel del sindicato en una democracia.
6) La historia de la pérdida de la democracia en cada país y su proyección en el derecho del trabajo respectivo.
7) El proceso de democratización en cada uno de los países del área y su repercusión en el derecho laboral de los mismos.
8) La forma de adaptar el derecho del trabajo procedente de los regímenes no democráticos a la nueva realidad democrática. Lo que se ha llamado las experiencias post-autoritarias.
9) La crisis económica y su repercusión en la democracia y en el derecho del trabajo, lo que podría enunciarse con el título de un interesante estudio colectivo aparecido en Francia: "Derecho del trabajo, democracia y Crisis". (1)
Descartado lo que no vamos a tratar, corresponde describir el itinerario que vamos a seguir.
Primeramente vamos a exponer el concepto de democracia política y agregar unas reflexiones sobre la afinidad de la misma con el derecho del trabajo, en lo que podría ser la parte general de nuestra exposición.
Luego, abordaremos algunos temas específicos: si puede haber un derecho del trabajo donde no exista democracia política: cuál es la repercusión de la existencia de la democracia en el derecho individual del trabajo; cuál es la repercusión en el derecho colectivo del trabajo; cuál es en la seguridad social; si un derecho del trabajo adecuado sirve para afianzar la democracia y si puede existir democracia sin un derecho del trabajo aceptable. Esta última interrogante es la opuesta a la que nos planteábamos en primer término, con lo que de alguna manera, cerramos el círculo de las relaciones entre estas dos grandes realidades que enfocamos.

II - PARTE GENERAL

Hemos dicho que nos referiremos al concepto de democracia política.
Por eso, creemos útil precisar que siguiendo las concepciones más autorizadas (2)

podemos definir a la democracia como el régimen político institucional, estructurado sobre las siguientes bases:

1) Respeto de la persona humana por el mero hecho de serlo -sin distinción de razas, sexos ni opiniones- lo que implica el reconocimiento de sus derechos esenciales entre los cuales se cuentan las libertades individuales y políticas. Es lo que, en la actualidad, llamamos derechos humanos.
2) Regla de derecho, lo que significa el sometimiento de gobernantes y gobernados a normas jurídicas aptas tanto para la selección de los gobernantes como para el ejercicio del poder.
3) Regla del consentimiento, lo que equivale a la participación de los sometidos a las autoridades gubernamentales en la elección de las mismas, y en las manifestaciones de voluntad popular válidas de acuerdo a lo establecido por el régimen constitucional. Sufragio universal para reconocer a todo ciudadano el derecho al voto y un régimen de auténtica libertad electoral que respete, con lealtad, la voluntad de cada elector, la decisión de la mayoría y los derechos de las minorías.
4) Régimen de responsabilidad y publicidad para todo acto de gobierno. Ello se logra mediante la publicación de todas las resoluciones (con las inevitables reservas en materia militar y diplomática) y sobre todo, con el mandato a término por el que se renueva el personal gubernativo y la responsabilidad de cada gobernante por su gestión.
5) Pluralidad de partidos políticos, con el goce íntegro de sus derechos, lo que caracteriza a un gobierno de opinión, ya que todos los ciudadanos pueden tener ideas propias sobre los problemas del Estado y se les debe garantizar el derecho que tienen para agruparse y ejercer toda la actividad lícita que deseen a fin de hacerlas pesar en la solución de las cuestiones públicas.
Un régimen institucional que no posea estas características, no es democrático por más calificativos que se atribuya o buenas intenciones que afirme poseer.
Hemos puesto el acento en los elementos jurídicos de esta caracterización. De algún modo, forzando los términos, podríamos decir que lo hemos vaciado de contenido político. O sea, que no entramos ni entraremos en la orientación ideológica o político-partidaria del gobierno. No interesa si es conservador o derechista, si es progresista o de izquierda, si es moderado o de centro. Lo que importa es la estructura jurídica del régimen, más allá de las variaciones de la orientación partidaria propia de las alternancias o alternativas de los partidos que están en el poder, lo que es consustancial con los regímenes democráticos. Esta prescindencia de la orientación gubernamental, nos permite examinar el problema en los términos en que lo hemos querido plantear. O sea, qué repercusión tiene la democracia en sí misma, es decir, la democracia como tal, independientemente de las orientaciones o de las tendencias gubernamentales que puedan existir en cada momento.

Esta caracterización ha sido, a veces, subestimada con la denominación de democracia formal, que tiene un cierto sentido peyorativo porque se le llama así en contraposición a la democracia real o sustancial, (3) como si la formal fuera puramente instrumental y carente de toda preocupación por la justicia. Nosotros queremos reinvindicar la importancia de la democracia formal porque de ella depende el respeto del orden jurídico, de las libertades y de los derechos humanos, que si bien no constituyen los únicos valores apreciables en una sociedad, constituyen metas imprescindibles para la convivencia y para poder luchar por todos los demás valores. La experiencia de haberla perdido puso en evidencia todo lo que significa.

No todas las cosas se consiguen con la democracia formal pero sin ella, casi todas las demás cosas quedan en peligro. Leíamos hace poco en un comentario periodístico sobre la realidad colombiana, esta frase que traduce este mismo pensamiento con otras palabras: "La democracia no asegura una vida mejor. Sin embargo, es uno de los elementos idóneos para lograrla":(4)

La caracterización que hemos propuesto nos permite una apreciación drástica y global: si se llenan los requisitos expuestos, hay democracia, si falta alguno de ellos, no hay democracia. Por lo general, la falta de uno de ellos traduce o acarrea la falta de algún otro elemento porque hay una estrecha solidaridad e interconexión entre ellos.

Pero partiendo del nivel mínimo por debajo del cual no hay democracia, puede haber un proceso de crecimiento o profundización de la democracia.

Esa profundización se encamina en tres direcciones:

a) La efectividad de las libertades. Esto tiene que ver con la vigencia efectiva de las libertades. Ella deriva no sólo de su reconocimiento amplio y sin cortapisas sino también de la posibilidad real de su ejrcicio. O sea, que se hagan desaparecer no sólo los obstáculos formales sino también los reales.

b) El pluralismo, en los dos sentidos que tiene esta expresión. Por una parte, la posibilidad real de que existan diversas corrientes de pensamiento y de acción que puedan convivir en igualdad de condiciones y prerrogativas. Por otra parte, el reconocimiento de la existencia y la autonomía para la organización y el funcionamiento de las diversas agrupaciones en las que vive y se desarrolla plenamente la persona. Los hombres se agrupan de muy diferentes maneras, según sus lazos de parentesco, sus ideologías, sus intereses, sus aficiones, sus profesiones, sus preferencias, sus vocaciones, sus domicilios. Y debe reconocerse a cada una de estas agrupaciones el máximo de autonomía en todas sus posibilidades de expansión, compatible con la unidad del Estado.

c) La participación. O sea, la intervención directa de las personas y los grupos en la actividad pública y social. Cuanto más intensa sea la participación de los

ciudadanos no sólo a través de los organismos del Estado sino también a través de las distintas formas de la vida social, la democracia será más activa, dinámica, sana y enriquecedora.

El otro polo de la relacióon que estamos examinando, o sea, el derecho del trabajo, no es necesario definirlo porque ya se supone conocido.

Simplemente destacaremos la afinidad y comunidad de origen de ambos polos. En efecto, tanto la democracia como el derecho del trabajo parten de la valoración del hombre: Poseen pues un origen común.

Tanto la democracia como el derecho del trabajo buscan la protección del hombre: una en la sociedad política general; el otro en el mundo del trabajo. Poseen también una finalidad común.

Tanto la democracia como el derecho del trabajo suponen y requieren el cumplimiento de normas y no el simple acatamiento a la voluntad discrecional del que detenta la autoridad. En ambos mundos existe un amplio campo para la decisión de la autoridad respectiva pero la tendencia, la aspiración, la búsqueda es hacia la regulación del poder en todo lo que sea posible. En el campo del derecho público se habla del fenómeno de la racionalización del poder. En el campo del derecho del trabajo no suele utilizarse esa denominación pero es manifiesta la tendencia a regular la actividad empresarial en esta materia por medio de leyes, de convenios colectivos, de reglamentos internos. Son normas de distinta procedencia y naturaleza pero todas tienen como objetivo reducir la zona de discrecionalidad.

Desde otro ángulo, podemos decir que el camino del progreso democrático coincide con el sentido en el que las instituciones del derecho del trabajo están orientadas.

Acabamos de ver las tres líneas de dirección del progreso democrático. En las tres hay una clara y contundente coincidencia con la orientación del actual derecho del trabajo.

La libertad es el ambiente natural en el qué crece el derecho del trabajo que necesita de la autonomía de ambas partes para encontrar entendimientos, expresar sus discrepancias, resolver sus conflictos o discutir sus aspiraciones. Esa libertad se requiere para que el elemento trabajador diseñe su estrategia, ejercite sus instrumentos de comunicación con la opinión pública, ponga en juego sus medios de lucha. Tanto el entendimiento como el enfrentamiento requieren libertad.

El pluralismo es el requisito y la consecuencia de la libertad sindical, que constituye una de las piezas fundamentales donde se basa el desarrollo del derecho del trabajo contemporáneo. Y ello tanto en la posibilidad de que el trabajador pueda elegir el camino que prefiera como en la posibilidad de que los organismos intermedios (sindicatos, federaciones y confederaciones) actúen en el área de su competencia.

La participación porque a través de las instituciones del derecho del trabajo pero

especialmente a través de los sindicatos, los convenios colectivos, las comisiones paritarias y organismos tripartitos, se va generando una forma diaria, efectiva y eficaz de que cada trabajador intervenga en la regulación de los problemas que le atañen.
De esto se deduce que no sólo hay coincidencias actuales sino también convergencias en las tendencias para el futuro.
Pero creemos que es conveniente descender de las generalidades en las que nos hemos movido hasta ahora y pasar a examinar algunas cuestiones particulares. Seguiremos el orden indicado en las líneas introductorias.

III - ¿PUEDE HABER DERECHO DEL TRABAJO SI NO HAY DEMOCRACIA?

Si entendemos por derecho del trabajo el conjunto de normas que regulan el trabajo humano subordinado, la respuesta debe ser afirmativa: puede haber normas laborales durante un régimen autoritario o, incluso, totalitario.
Debe tenerse presente que el desarrollo de las normas laborales, por la universalización de la cultura y por la obra de la O.I.T. ha hecho que en los países existan normas de protección de los trabajadores. Cuando se instala en un país una dictadura no suele derogar todas las leyes laborales. A lo sumo, introduce algunas variantes o modificaciones.
De modo que la respuesta es clara: puede haber derecho laboral en un país aunque no haya democracia en él.
Pero esta afirmación inicial no nos impide agregar las siguientes precisiones:
1) La historia enseña que los períodos más fecundos para el derecho del trabajo, coinciden con los períodos democráticos.
Así lo señala Bertram Michel al afirmar que las tres etapas en que se desarrolló el derecho del trabajo alemán (1918-1926, 1946-1952 y 1969-1976) coinciden con fases caracterizadas por el crecimiento económico, el reforzamiento de la democracia o de la democratización del orden social y de la esfera política. (5).
Antoine Jeammaud y Antoine Lyon Caen expresan que un estudio preciso de la formación histórica del derecho del trabajo confirma ciertamente que sus principales etapas coinciden con períodos en los que la democracia política ha sido restablecida o se ha enriquecido. (6).
Aparte de esas significativas opiniones doctrinarias, todos tenemos la experiencia vivida en nuestros propios países, que durante el período de dictaduras militares que asoló el continente sudamericano en las décadas de los 70 y comienzos de los 80, hubo un estancamiento o retroceso del derecho del trabajo en el país afectado por esa pérdida de democracia. Está aun por escribirse la historia de esos deterioros del derecho del trabajo o quizá un conjunto de historias porque, sin duda, la anécdota, el contexto, la trama de esas variaciones

fueron distintas en cada país, pero el resultado fué el mismo.
Arturo Hoyos invocando el caso de Panamá sostiene que el fenómeno es más complejo. Si bien el mayor grado de autonomía colectiva se da en aquellos regímenes políticos de democracia representativa con participación ampliada, a veces existen regímenes populistas que aunque autoritarios en lo político pueden ser democráticos en lo social. Por eso dice que el esquema Democracia Representativa vs. Autoritarismo político no es la única dicotomía que debe tomarse en cuenta sino también el fenómeno del populismo y la cuestión de la participación y movilización en la democracia representativa. (7)
Sin perjuicio de reconocer que los hechos históricos, sociales y políticos no tienen la rigidez y la precisión de los fenómenos naturales, lo cierto es que el ejemplo que él cita es absolutamente atípico.
2) El Derecho del Trabajo que suele continuar en el período autoritario es el derecho individual.
Por lo general, los regímenes autoritarios apenas acceden al poder prohiben la actividad sindical o procuran encauzarla por moldes limitativos que le restan toda eficacia.
Siguiendo a Sarthou (8) podemos sintetizar las dos razones que explican ese hecho reiteradamente repetido en todos los casos:
a) Generalmente los regímenes autoritarios suelen aplicar una política de ajustes recomendada por el F.M.I. que incluye en el primer paquete de medidas la estabilización salarial o la reducción del salario real por considerar que el ingreso salarial es la causa principal de la espiral inflacionaria. Para aplicar una política impopular y antiobrera, se aplasta el aparato de lucha y resistencia de los obreros.
b) Al anular y destruir el derecho colectivo del trabajo se busca sustraer al sindicalismo los medios jurídicos y prácticos para la defensa del orden democrático violado.
Algunos autores han señalado que se ha producido una cierta compensación en el tema de los derechos individuales. Así Luis Enrique de la Villa y Carlos Palomeque López han anotado que durante el período franquista el estricto bloqueo de los derechos colectivos de los trabajadores fué curiosamente acompañado por un franco desarrollo de sus derechos individuales (9). Ese proceso de compensación fué proseguido al regresar a la democracia con un fenómeno de signo inverso: la concesión y el desarrollo de los derechos colectivos se vió acompañada de la limitación o congelación de los derechos individuales como si hubiera existido una especie de balanceo concretado implícitamente, entre las dos áreas del derecho laboral. (10).
Ese fenómeno no parece ser general ni constante. Lo que ocurre es que los períodos dictatoriales se producen en países que ya tienen una legislación, convenios internacionales ratificados, convenios colectivos que rigen en muchos aspectos la prestación de la labor. Se explica que por razones de inercia pueda

continuar aplicándose esa normativa anterior. Por otra parte, el control del cumplimiento de la misma puede obedecer a razones demagógicas o al deseo de evitar conflictividad. Los gobiernos autoritarios saben que cuanto mayor desconformidad exista en la masa obrera, más fácilmente sobreviven o reaparecen los sindicatos.

3) Sin democracia se seca la fuente de inspiración que anima e impulsa al derecho del trabajo.

René Laperriere escribe que la ausencia de inspiración por los ideales y valores democráticos estanca y congela a la vez al sindicalismo y al derecho del trabajo (11).

Es explicable que así sea porque falta la savia vivificadora y animadora del derecho laboral que es la experiencia vital, la imaginación, la creatividad, la capacidad de propuesta y la movilización de los trabajadores organizados.

Es un problema de fecundidad, de vitalidad, de potencialidad, de impulso dinámico.

Basta recordar brevemente las diversas etapas del derecho del trabajo. Cuando las explotaciones propias del régimen liberal llamaron la atención del legislador, éste reaccionó procurando compensar con desigualdades jurídicas a favor, las muy graves desigualdades económicas que sufría el trabajador frente a su empleador. En esta primera etapa, los sindicatos casi no existían porque estaban prohibidos o porque aún no había surgido la conciencia gremial. La acción del legislador se encaminó hacia lo más elemental: la protección biológica del hombre limitando la jornada, estableciendo el descanso semanal obligatorio, creando normas sobre el trabajo de los niños y las mujeres y, algo después, instaurando las vacaciones anuales. Bastante después cobraron importancia las normas protectoras en materia de higiene y seguridad. E! otro gran rubro fué la protección de la retribución del trabajador, procurando un nivel adecuado y resguardándolo de los peligros y riesgos que podían deteriorarlo. Pero, mientras tanto, los sindicatos habían ido surgiendo, creciendo y adquiriendo protagonismo. Y casi imperceptiblemente fueron promoviendo la acción del legislador mediante el planteo de temas y problemas. Incluso poco a poco, fueron desplazando gran parte de la acción del legislador a través de los convenios colectivos que comenzaron a elaborar efectivamente las normas que debían regir el trabajo en el marco de cada actividad.

Suprimir de golpe esa fuente de generación extraetática del derecho del trabajo es no sólo cortar la inspiración que promueve y anima la acción legislativa sino privarlo del medio complementario, suplementario y sustitutivo.

No es pequeño el golpe que recibe el derecho del trabajo. No son pequeñas las consecuencias de la falta del sindicalismo.

Pero es obvio que el tema no se presente en los mismos términos en todos los sectores del derecho laboral.

Por eso, nos proponemos abordar el examen de este tema, sucesivamente desde

el ángulo del derecho individual, del derecho colectivo y de la seguridad social.

IV - REPERCUSION DE LA FALTA DE DEMOCRACIA EN EL DERECHO INDIVIDUAL

Parecería que el derecho individual del trabajo es la parte menos afectada como consecuencia de la falta de democracia. Hasta, en algún caso pudo tener algún avance compensatorio.

Sin embargo, esto no significa que el derecho del trabajo en la parte de relaciones individuales prosiga sin democracia en condiciones normales. No decimos en condiciones óptimas sino tan sólo tolerables.

Por lo menos, caben estas cuatro consideraciones.

La primera es que la legislación referente al trabajo suele quedar estancada, o sea, sin progreso ni avance. Esto es particularmente grave en una época en que no existen -o existen en grado mínimo- los convenios colectivos. A través de éstos pueden suplirse las omisiones, los atrasos, las inadecuaciones de las normas legales. Cuando los convenios colectivos no pueden cumplir esa función, la pérdida de impulso de las leyes se hace mucho más sensible.

La segunda es que hay un tema donde la política económica de los regímenes dictatoriales o autoritarios afecta de manera vital al derecho del trabajo: es el referente a la fijación de la retribución de los trabajadores. Normalmente se le quita a los interlocutores sociales la función de fijar la retribución, lo que suele traducirse en una paulatina reducción del salario real. Basta reajustar los salarios en un porcentaje inferior al de la inflación para que la remuneración real vaya descendiendo.

Es cierto que ello también está ocurriendo en regímenes democráticos. Pero en tal caso existe el contrapeso promovido por la protesta y la movilización sindical que opera como freno o disuasivo. Muchas veces se piensa que esa resistencia de los asalariados es inútil porque el gobierno sigue adelante con su política. Pero debe pensarse en lo que podría ocurrir si no hubiera esa oposición. No siempre puede medirse la eficacia cuantitativa de las resistencias, pero ellas siempre tienen repercusión. Esa es la diferencia entre un sistema democrático y otro que no lo es. En un país donde no existe democracia, no puede haber protesta o ésta adquiere un carácter violento que el gobierno no tolera. Si esa protesta no existe, o no puede existir, se aplica la política regresiva sin contrapesos.

La tercera es que en un régimen democrático, el contralor estatal del cumplimiento de las leyes obreras se ve estimulado y complementado por la activa vigilancia del sindicato.

La experiencia indica que los servicios inspectivos oficiales difícilmente pueden alcanzar para cumplir su misión por la enorme variedad de situaciones a controlar. La presencia de los delegados sindicales, su labor de ilustración y

aliento al trabajador perjudicado, el dinamismo que imprimen a la denuncia, la constancia con que suelen seguir el caso, los convierte en imprescindibles colaboradores de la Administración del Trabajo.

Por eso, en todas partes donde ha habido dictaduras, el cumplimiento efectivo de la legislación protectora ha descendido considerablemente. La medida la dará el grado de eficacia del organismo estatal encargado de la vigilancia del cumplimiento de las normas vigentes.

La cuarta consideración es que hay dos temas específicos en los cuales la influencia de la falta de democracia puede ser mayor.

a) La vigencia de los derechos humanos especialmente en lo que tiene que ver con el respeto a la privacidad del trabajador.

Actualmente ha cobrado importancia la necesidad de preservar una zona de actividad no laboral del trabajador. Uno de los aspectos que debe resguardarse es la privacidad o intimidad del trabajador, en lo que se incluye todo el comportamiento del trabajador en la esfera no laboral.

En un trabajo publicado hace algunos años sobre la protección de la intimidad del trabajador, decíamos: "La empresa no puede investigar sobre lo que piensa o cree el trabajador en el orden filosófico, religioso, político, social, cultural. Cualquier interrogatorio verbal o cualquier cuestionario escrito que contenga preguntas relacionadas con estos puntos puede y debe ser impugnado por el trabajador, que tiene derecho a negarse a responder". (12).

Es obvio que un despido que se origine en una opinión o en una actuación o militancia política ajena a la empresa constituye una actitud ilícita del empleador.

Lamentablemente cuando no hay democracia no sólo se respeta la independencia del trabajador en ese aspecto sino que muchas veces se le cercena directamente. Durante la dictadura militar sufrida en nuestro país, todos los habitantes estábamos clasificados con las letras A, B, o C. Y en muchos casos los clasificados con la letra C no sólo no podían obtener trabajo sino que eran despedidos por presión de las autoridades o por iniciativa de los propios empleadores deseosos de obtener el favor de las autoridades. Eso no puede ocurrir dentro de un régimen democrático.

Rodríguez Piñero (13) cita algunas disposiciones de la ley de contrato de trabajo de 1931 - inspirada en la legislación alemana de la República de Weimar-entre las cuales se encuentra el párrafo final del art. 8 que respeta la esfera privada del trabajador impidiendo "advertencias acerca de la conducta del trabajador fuera del trabajo". Y concluye afirmando que son "normas de una sorprendente modernidad, aun para nuestro tiempo y que circunscriben en sus justos límites los poderes empresariales y la sujeción del trabajador que por el hecho de serlo, no debe ver ni cortada su libertad fuera del trabajo ni sometido dentro de él a otros poderes y sujeciones que los imprescindibles para la realización del trabajo

b) El modelo autoritario de la sociedad que tiende imperceptiblemente a

reflejarse en el ámbito de la empresa. Se produce un efecto subliminar de transferencia de los sistemas políticos generales autoritarios a los modelos autoritarios dentro de la empresa. En sentido inverso, un régimen de derecho, limitado por la Constitución, encuadrado dentro de un sistema de pesos y contrapesos, sin poderes absolutos, que tiene como centro el respeto a cada persona se proyecta inevitablemente a un modelo de funcionamiento de la empresa donde las facultades y las obligaciones de cada protagonista son establecidos de otra forma.
No hay una trasmisión directa de un plano a otro, pero sí existe una influencia perceptible en la realidad de los hechos.

V - REPERCUSION DE LA FALTA DE DEMOCRACIA EN EL DERECHO COLECTIVO

Ya hemos visto que los regímenes no democráticos restrigen las manifestaciones del derecho colectivo, especialmente los sindicatos y el derecho a la huelga.
Con respecto a los convenios colectivos no es tan drástica ni sistemática la prohibición pero generalmente la someten a ciertas restricciones, trámites y autorizaciones que ahogan la autonomía colectiva.
De todos modos, la dificultad para los convenios colectivos surge de la propia prohibición de los sindicatos ya que sin sindicatos reales y fuertes, sólo puede haber pseudos convenios colectivos. En efecto, a falta de sindicatos, el papel que juegan los convenios colectivos los intentan jugar acuerdos suscritos por una pluralidad de trabajadores. En tales casos, el elemento trabajo no ha adquirido realmente el carácter colectivo, que es el que fortifica a los trabajadores y crea las condiciones de equiparación con el sector empresarial.
Por otra parte, el pleno desarrollo de la actividad sindical requiere un clima de libertades civiles, que es propio de la democracia.
Esa vinculación de la democracia con la libertad está ubicada en la entraña misma de la concepción de la democracia que por ser el régimen político que se basa en el respeto del hombre, reconoce la posibilidad de cada hombre de pensar libremente, de actuar libremente, de agruparse libremente con otros hombres para buscar los objetivos que se proponga.
Está tan ligada la libertad con la democracia que cuando los más altos documentos internacionales en materia de derechos humanos quieren señalar un grado admisible de restricción de la libertad, aluden a los que se admiten en la sociedad democrática, como si fuera el criterio supremo del debido respeto a la libertad legítima. Así ocurre en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, cuyo artículo 29 inc. 2, alude a las limitaciones establecidas por la ley "con el único fin de asegurar ... y satisfacer las justas exigencias de la moral o del bienestar general en una sociedad democrática". Lo mismo sucede con la

Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, cuyo artículo 28 habla de "las justas exigencias del bienestar general y el desenvolvimiento democrático" y con el Convenio Europeo sobre derechos humanos que permite "formalidades y restricciones necesarias en toda sociedad democrática":
Corresponde llamar la atención sobre la interdependencia de las libertades.
El conjunto de libertades forma un todo indisoluble: no puede ejercitarse casi ninguna libertad si no se pueden ejercer todas. Ninguna está segura y garantizada sin el respaldo y el apoyo que derivan de la posibilidad de ejercer las demás. Basta que se niegue una libertad para que queden comprometidas todas las demás porque hay una comunicación y una solidaridad esencial entre todas ellas. Esto que parece el rudimento más elemental de la teoría política, se aplica de una manera mucho más clara en la relación entre la libertad sindical -que es un derecho colectivo, enfocado hacia la defensa de intereses gremiales - y las demás libertades que, por ser más generales, han recibido el nombre de libertades civiles.
Ermida Uriarte (14) afirma que está universalmente admitido que no es posible el desarrollo de la libertad sindical sin la presencia efectiva de los demás derechos humanos y que tampoco es posible el completo ejercicio de éstos sin la vigencia de aquella.
En otras palabras, la libertad sindical no es posible sin el ejercicio de otros derechos humanos y viceversa.
El derecho a la libertad sindical depende de los demás derechos fundamentales porque es prácticamente imposible constituir un sindicato libre y desarrollar una actividad sindical auténtica si no se puede ejercer derechos tales como, por ejemplo, el de reunión y el de libre expresión de pensamiento. El Comité de Libertad Sindical de la O.I.T. ha afirmado que un movimiento sindical realmente libre e independiente sólo puede desarrollarse dentro de un régimen que garantice los derechos fundamentales.
Sarthou (15) afirma que la libertad sindical es una libertad compleja y sintetizadora de otros derechos y libertades. No es autosuficiente en el sentido que requiere para existir la instrumentalidad de otras libertades civiles y políticas. ¿De qué sirve la declarativid formal de la libertad sindical si no es posible ejercer el derecho de reunión para constituir un sindicato o deliberar un programa de acción o difundirlo por la prensa? la libertad sindical es profundamente solidaria con las demás libertades que integran el sistema de derechos humanos reconocidos y garantizados constitucionalmente.
La O.I.T. ha tenido una especial preocupación por este tema.
La permanente labor del Comité de Libertad Sindical y de la Comisión de Expertos en la Aplicación de los Convenios así como la paciente, sistemática y concienzuda acción de la Comisión de Aplicación de Normas de cada Conferencia Internacional del Trabajo revelan la importancia que la Organización atribuye a este punto.

Pero es de destacar especialmente la Resolución tomada en la 54a. reunión de la Conferencia Internacional de Trabajo celebrada en 1970 como culminación de un largo proceso de estudio y de discusión general en que participó no sólo la Oficina sino también múltiples delegados (15).
De ella, seleccionaremos los siguientes artículos:
1) Reconoce que los derechos conferidos a las organizaciones de trabajadores y de empleadores se basan en el respeto de las libertades civiles enumeradas en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en el Pacto Internacional de derechos civiles y políticos y que el concepto de derechos sindicales carece totalmente de sentido cuando no existen tales libertades civiles.
2) Hace especial hincapié en las libertades civiles que figuran a continuación y que son esenciales para el ejercicio normal de los derechos sindicales:
a) el derecho a la libertad y a la seguridad de la persona y a la protección contra la detención y la prisión arbitraria.
b) la libertad de opinión y de expresión y, en particular, de sostener opiniones sin ser molestado y de investigar y recibir información y opiniones y difundirlas sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión;
c) el derecho de reunión;
d) el derecho a proceso regular por tribunales independientes e imparciales;
e) el derecho a la protección de la propiedad de las organizaciones sindicales.

VI - REPERCUSION DE LA FALTA DE DEMOCRACIA EN LA SEGURIDAD SOCIAL

Hemos querido incluir este aspecto en el estudio del tema, por la estrecha vinculación que tiene la seguridad social con el derecho del trabajo.
Aunque aparentemente no hay una vinculación tan directa y necesaria como en las otras ramas que hemos expuesto y exteriormente no suele haber transformaciones inmediatas porque los beneficios continúan prestándose en los períodos de facto, creemos que una mirada más atenta advierte ciertas particularidades.

1) Surge la tendencia hacia la centralización de la seguridad social en organismos estatales centralizados.
Se suele perder la autonomía de los organismos encargados de administrar los diversos servicios de la seguridad social para asumir el gobierno, a través del Ministerio respectivo, una ingerencia directa en la gestión de los fondos existentes y en la administración de los beneficos respectivos.
Esa concentración en manos del gobierno, en el sentido más estricto, es una muestra de la hostilidad al pluralismo que revelan todas las formas de dictadura.
Curiosamente esa tendencia centralizadora no es obstáculo a la admisión de los fondos voluntarios o complementarios que se moverían en la órbita privada. Esa

simpatía hacia la privatización de ciertos beneficios entra en la corriente general neo-liberal de reducción del Estado que los regímenes de facto acogieron con entusiasmo. Se da la paradoja de que si por un lado estos regímenes concentran poder y se inmiscuyen en la negociación colectiva atentando contra la autonomía colectiva, favorecen y estimulan la privatización de servicios que estaban en la órbita estatal.

2) Desaparecen las representaciones de los sectores interesados (trabajadores activos, jubilados, empresarios, o contribuyentes) para sustituirla por una representación monocolor de carácter gubernamental.

Esto significa que se suprime el tripartismo en la administración de estos órganos, de tanto arraigo en la legislación y en la doctrina. Pero significa algo más profundo: que se elimina todo elemento participativo. Esto confirma lo que dijimos al principio sobre la importancia de la participación para profundizar en el carácter democrático de un sistema; y revela lo que hemos expresado sobre la existencia de repercusiones de la pérdida de la democracia en este ámbito.

Muchas veces esta desaparición de los representantes de las partes se hace por la vía de la intervención de los organismos designando para cumplir esa misión una persona que goza de la confianza del gobierno.

3) Pierde transparencia la administración y las finanzas del organismo gestor. Esa transparencia es esencial en una democracia y si ella no existe, corresponde a los parlamentarios o a los organismos representativos de los beneficiarios, solicitar los esclarecimientos que crean del caso.

4) La fijación de las políticas de la seguridad social así como la de cada uno de los beneficios en particular, se integra dentro de la línea económica del gobierno. Lo mismo que en el problema de las retribuciones de los trabajadores privados y de los funcionarios públicos, en el tema de las jubilaciones y demás beneficios de la seguridad social, la última palabra la tiene el Ministro de Economía lo que significa la subordinación de lo social a lo económico.

En una democracia existen instancias de discusión en el Parlamento, en la opinión pública, en la prensa, en el diálogo con los poderes públicos. Pero en un régimen no democrático, esa posibilidad de discusión no existe o carece de toda relevancia práctica.

La resultante de todo lo anterior es que también en esta área la pérdida de la democracia es sumamente importante.

VII - IMPORTANCIA PARA LA DEMOCRACIA DE LA EXISTENCIA DEL DERECHO DEL TRABAJO.

Hemos visto que para el Derecho del Trabajo - incluso para la seguridad social - es necesario que exista democracia. En un régimen no democrático el derecho del trabajo existente es una caricatura del que debiera existir.

Ahora nos plantearemos el problema inverso: para que una democracia sea tal ¿es importante que exista el derecho del trabajo?
Diversos autores se adelantan a contestar afirmativamente en forma rotunda.
Gerard Lyon-Caen expresa: "Importa comprender que el derecho del trabajo por imperfecto que sea es un elemento esencial de la democracia. No hay democracia sin libertad sindical y libre concertación del trabajo y el capital. No hay democracia sin que el mayor número sea llamado a recoger los frutos del progreso. Defender el derecho del trabajo individual y colectivo es pues indispensable, para los trabajadores en primer término, pero también para la sociedad entera, pues su suerte está ligada a la de la democracia". (16)
Antoine Jeammaud y Antoine Lyon-Caen en otra afirmación categórica manifiestan que la existencia de un derecho del trabajo adecuado constituye un label democrático para cada sociedad. (17). O sea, que el signo que evidencia el carácter democrático de una sociedad es la calidad del derecho del trabajo que rige en ella.
Miguel Rodríguez Piñero cita esta expresiva frase de Kornhauser: "Allí dondel el pluralismo social es fuerte; la libertad y la democracia tienden a ser fuertes" (17). El pluralismo social tiene como ingrediente principal la libertad sindical. De modo que esa frase puede significar tanto como que allí donde exista realmente libertad sindical, la libertad y la democracia tienden a ser fuertes.
Mirando el problema desde un solo ángulo -pero muy representativo- Federico Durán López expresa: "En cualquier elenco de derechos democráticos imprescindibles, de "derechos de civilización" que se estima han de caracterizar necesariamente la conformación de una sociedad democrática, encuentra un puesto importante el derecho de huelga".(18). Líneas antes había afirmado que la necesidad de democracia conducía al reconocimiento del derecho de huelga. Como pieza fundamental del Derecho colectivo del trabajo esta afirmación encierra otra mucho más amplia, según la cual la necesidad de democracia conducía al reconocimiento del derecho colectivo del trabajo, que es la parte más polémica pero más peculiar del derecho del trabajo.
En el mismo orden de ideas, podemos citar una frase del anterior Director General de la O.I.T., Francis Blanchard quien expresó "No hay libertad sin sindicatos libres" (19). Y como si no hay libertad, no hay democracia podemos leer esta frase en la siguiente forma: No hay democracia sin sindicatos libres. Lo que equivale a decir: "No hay democracia si no hay derecho del trabajo.
Y Gino Giugni ha acuñado una frase semejante en sentido, claridad y concisión: "La efectividad del orden democrático puede ser medido por la eficacia de la libertad sindical". (20)
El núcleo de todas las afirmaciones que acabamos de recordar es que por el juego de la solidaridad y la interconexión de las libertades, no puede haber ninguna libertad si no hay libertad sindical, como no puede haber libertad sindical si no hay las restantes libertades.

Y como no puede haber democracia sin libertad, para que exista democracia es necesario que haya libertad sindical.
Ahora bien, como la libertad sindical constituye un elemento clave del derecho del trabajo, se deduce que no puede existir una auténtica democracia si no hay un derecho del trabajo completo, que incluya tanto el derecho individual como el derecho colectivo.
Se convierte así el derecho del trabajo en un componente indispensable del régimen democrático. De allí que simultáneamente se transforma en un instrumento de medida de la autenticidad democrática de una sociedad.
Pero a ello se agrega que, como dice Saldain (21) el derecho del trabajo es seguramente una de las ramas del derecho con mayor potencialidad democratizadora.
En consecuencia, podemos terminar afirmando que si el derecho del trabajo necesita de la democracia para poder existir en plenitud, la democracia necesita del derecho del trabajo para evidenciar su autenticidad.

NOTAS

1. "Droit du travail, democratie et crise". Essai comparatif sous la direction de Antoine Lyon - Caen el Antoine Jeammaud. Actes Sud. Paris 1986.
2. Dardo Regules. "Ideario". Montevideo 1966 pág. 90
3. Rodolfo Saldain "Revisión y perspectivas del Derecho del Trabajo como instrumento de democratización social" en Estudios laborales en homenaje al Prof. Rafael Alfonzo Guzman. Caracas 1986. T II págs. 424 y 428.
4. La humanidad, entre la democracia y la guerra por Norberto H. García Rozada. La Nación (Buenos Aires) 12 de agosto de 1990.
5. En la colaboración sobre la República Federal de Alemania en la obra Droit du Travail, Democratie et Crise dirigida por Antoine Lyon-Caen y Antoine Jeammaud (pág. 149).
6. Introducción al libro "Droit du Travail, Democratie et Crise", pág. 11.
7. "La transferencia del derecho del trabajo entre naciones" en la rev. Derecho Laboral. Montevideo (T.XXVII pág. 60).
8. Helios Sarthou, "Perspectivas del derecho colectivo del trabajo" en la rev. Derecho Laboral. Montevideo (T.XXIV pág. 585)
9. Colaboración sobre España en la obra "Droit du Travail, Democratie et Crise" ya citada pág. 55.
10. Op. Cit, págs. 65 y 66.
11. Colaboración sobre Estados Unidos en la obra "Droit du Travail, Democratie et Crise, pág. 206.
12. "El derecho laboral y la protección de la intimidad del trabajador" en la Protección del trabajo en el mundo moderno. Obra homenaje al Profesor Emérito Dr. Alfredo J. Ruprecht. México, D.F. 1987 (Vol. I pág. 657). Puede leerse también en la revista Derecho Laboral. Montevideo T.XXIX pág. 598.

13. Miguel Rodríguez Piñero. "Un modelo democrático de relaciones laborales" en "Ideologías jurídicas y relaciones de trabajo". Sevilla 1978. pág. 11.
14. Oscar Ermida Uriarte. "Sindicatos en libertad sindical" F.C.U. Montevideo 1985, pág. 24 y sgts.
15. Puede consultarse el volumen conteniendo el informe para la 54a. reunión de la Conferencia Internacional de Trabajo, titulado "Derechos sindicales y su relación con las libertades civiles" Ginebra 1969. Asimismo interesa la reseña de la discusión producida en la mencionada Conferencia aparecida en la Revista Internacional del Trabajo Vol. 82 pág. 369 (Segundo semestre de 1970) con el título "La quincuagésima cuarta reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo. Junio de 1970".
16. "La crisis actual del derecho del trabajo" en "Le droit capitaliste du travail" por F. Collin y otros. Presses Universitaires de Grenoble 1980. pág. 271.
17. "Comportamiento político en la sociedad de masas". Amorrortu. Buenos Aires 1969, pág. 222.
18. "Derecho de huelga e ideologías jurídicas" en el libro ya citado "Ideologías jurídicas y relaciones de trabajo pág. 133.
19. "No hay libertad sin sindicatos libres" en Información O.I.T. Ginebra 1980, vol. 16 No.4, págs. 1 y 2.
20. "Algunas consideraciones sobre la libertad sindical" en revista Trabajo y Seguridad Social. Buenos Aires 1983, pág. 203.
21. Op. Cit, pág. 425.

EL PROYECTO DE LA LEY ORGANICA DEL TRABAJO EN VENEZUELA

Rafael Caldera
(Venezuela)

Quiero empezar por una expresión de reconocimiento al Dr. Américo Plá Rodríguez y al Dr. Néstor De Buen Lozano, Presidente y Secretario General de la Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, por la iniciativa que tuvieron para hacer una nueva reunión de la Academia como se hizo una vez en Madrid, en la que cada uno de los individuos de número hará una exposición sobre un tema relacionado con la materia laboral. Al Dr. Néstor de Buen debemos reconocerle especialmente todo el esfuerzo que ha realizado y a la Universidad Nacional Autónoma de México, la hospitalidad que nos ha brindado para estas reuniones.

En la reunión de Madrid, que se celebró hace ya 15 años, yo desarrollé el tema de la Justicia Social Internacional. Lo recuerdo porque creo que el tema está recobrando mucha actualidad. Se habla constantemente de un nuevo orden económico mundial, pero pareciera que la idea de Justicia Social está ausente de la mente de quienes lo propugnan. Se quiere caer en la vieja idea de una libertad absoluta de contratación, en la que naturalmente los más fuertes, los más desarrollados llevan todas las ventajas y en la que pareciera quererse asignar definitivamente a los países de América Latina la función de proveedores de materias primas y mano de obra barata. Esta cuestión todos los días va tomando mayor gravedad y aunque a veces se adoptan soluciones que momentáneamente pueden aliviar una grave situación social, a la larga conducen no sólo a una situación de dependencia de nuestros países ante los países industrializados, sino también, finalmente, a un mayor empobrecimiento de grandes sectores de las poblaciones de América Latina.

Para esta reunión de la Academia yo escogí un tema al que en cierto modo me sentía obligado: La nueva Ley Orgánica del Trabajo de Venezuela. Es una ley que espero va a quedar sancionada por el Congreso en este mismo mes. Lleva cinco años de trabajo ininterrumpido. Su antecedente en el año de 1977 fue el acuerdo del Congreso Venezolano de Derecho Social celebrado conjuntamente con el VI Congreso Iberoamericano de Derecho del Trabajo, acuerdo en el que se recomendó la sustitución de la Ley del Trabajo todavía vigente,-con una serie de reformas parciales y enmiendas que la hacen a veces hasta contradictoria-, por una nueva Ley que recogiera toda la experiencia de cincuenta años en la vida laboral venezolana e introdujera las nuevas concepciones que el progreso social indicaba. Eso fue en 1977.

En el año de 1985 yo presenté, en mi condición de Senador al Senado de la República, un Anteproyecto para que sirviera como papel de trabajo, a fin de que sobre él, quitándole, poniéndole, modificándolo, pudiera, si era el juicio del Congreso, hacerse un proyecto definitivo. Quizás los estudiantes que nos acompañan aquí y cuya presencia no solamente nos honra sino que nos estimula, ignoren que en Venezuela los ex-Presidentes de la República que hayamos gobernado constitucionalmente al país por más de un período de cinco años, y no

hayamos sido condenados por delito contra la cosa pública, tenemos la condición de Senadores Vitalicios. La Senaduría Vitalicia es una tribuna que nos ofrece para expresar nuestras inquietudes, nuestros planteamientos a la opinión pública.

En mi condición de Senador, pues, presenté este proyecto y después de tres años de trabajo, una Comisión Bicameral que tuve el honor de presidir presentó un proyecto definitivo, en el cual hubo un acuerdo unánime de las corrientes políticas representadas en el Parlamento. Este proyecto fue discutido en la Cámara de Diputados, donde se le hicieron modificaciones, muchas de ellas resultado del diálogo; salió el Proyecto para el Senado, después el Senado lo estudió también profundamente y se le hicieron numerosas modificaciones, muchas de ellas de redacción, para aclarar conceptos, para fijar el sentido de algunas normas, y para permitir, que algunas críticas que se le habían hecho fueran resueltas. Luego volvió a la Cámara de Diputados, que acogió las modificaciones del Senado con excepción de algunos pocos artículos en los cuales se consideró que valía la pena hacer una reconsideración final, la cual hará en la Sesión Conjunta de ambas Cámaras; para lo cual se designó otra Comisión Especial, que también presidí, que ha presentado ya su informe, manteniendo algunas redacciones, modificando otras y suprimiendo algunos artículos por innecesarios.

La sesión conjunta de las Cámaras está fijada por la Comisión de Mesa para el día Jueves 25 de octubre; por eso confío que esa reunión, que es la última, sea ya la definitiva.

El proceso de esta ley ha sido en Venezuela el de mayor participación de la sociedad civil en todos sus aspectos. Ha sido quizás el mayor ensayo de democracia de participación. Cuando se constituyó la Comisión Bicameral, se comenzó por invitar, desde luego, al Ministro del Trabajo, quien dijo que el Gobierno veía con simpatía la redacción de una nueva Ley y encontraba bien que se tomara como base el Anteproyecto que yo presenté. Luego, a la Directiva de la Central de Trabajadores más importantes, la CTV; luego, al Directorio de Fedecámaras, la asociación cúpula del movimiento empresarial; a las directivas de las otras Centrales Sindicales: CODESA, CUTV, CGT; a los Directorios de los otros organismos empresariales: Consecomercio, Conindustria, Fedeindustria. Luego a la Directiva del Instituto Venezolano del Derecho Social; después a los profesores universitarios. Las universidades también se interesaron. Por ejemplo, la Facultad de Derecho de la Universidad Central publicó un número de su revista con 25 estudios de 25 profesores, en torno a diversos aspectos del anteproyecto que se estaba considerando para convertirlo en proyecto. La Universidad de Zulia, la Universidad de Carabobo, todas las Universidades han realizado Foros y han hecho publicaciones importantes en torno a este proyecto. Pero hay algo más significativo todavía. A los organismos indicados se les pidió que designaran, si a bien lo tenían, observadores que asistieran a todas las

reuniones de la Comisión, las cuales por cierto se grabaron taquigráficamente. Algún día quizás se publique y serán una fuente de interpretación bastante importante. Y a estos observadores se les ofreció -y se les cumplió- darles derecho de palabra en la Comisión Bicameral, de tal manera que muchos de ellos intervinieron en numerosas ocasiones y algunos, quizás, -lo digo en son de un poco de gracia pero muy cerca de la realidad - hablaron más que los propios Senadores y Diputados miembros de la Comisión. Cada vez que un observador pedía la palabra, hablaba con toda libertad, sin limitación de tiempo, y en la misma forma en que podía hablar cualquier miembro de la Comisión.

El trabajo de la Comisión duró tres años, reuniéndose todos los miércoles en el "Salón de los Escudos" del Congreso Nacional y las intervenciones a veces fueron reiteradas y hubo materias que se revisaron no una sino dos y hasta tres veces, para encontrar fórmulas de avenimiento.

Por supuesto, el proyecto sufrió muchas modificaciones. Yo creo que en lo fundamental se mantuvo pero con una serie de modificaciones, algunas de las cuales no son del agrado de todos. Yo mismo, como Presidente de la Comisión, expresé que no estoy a favor de algunas de las reformas que se hicieron; pero lo que se ha buscado es un gran consenso.

Ahora, esta ley ha sido objeto de terribles ataques por parte de algunos voceros del sector empresarial. Han hecho declaraciones monstruosas. Hubo un diario de Caracas, que se caracteriza por el escándalo, que usa titulares para las materias más sensacionalistas, en letras rojas y encabezando sus ediciones, que todos los miércoles (como sabía que se reunía la Comisión) sacaba unos titulares tremendos: "La Ley Caldera, (la denominaron así, yo dije: me honran con esto pero lo hacen con el deseo de quitarle fuerza y apoyo colectivo al proyecto) va a hundir al país, van a cerrar las empresas, se van a provocar fenómenos tremendos inflacionarios". En realidad, el editor de ese periódico tomó esa actitud porque es un patrono no sumamente generoso y porque le dijeron que una disposición del proyecto le podía causar grandes trastornos económicos: la que decía que el trabajador es la persona que presta sus servicios a otra bajo su dependencia, pues se agregaba que la dependencia puede ser jurídica y económica. La jurídica consiste en cumplir las instrucciones, las obligaciones impuestas por el patrono; la económica, cuando no se demuestra la jurídica, existe cuando la persona a cambio de su trabajo recibe como remuneración lo indispensable para subsistir él y su familia. Esta última parte, sus abogados le dijeron que podía obligarlo a tener que pagarle prestaciones sociales a los dueños de los kioskos que venden los periódicos, y a los pregoneros desde luego; esto lo alarmó y han realizado una campaña sostenida durante 5 años, en los cuales ha dicho las mayores monstruosidades. Pero el propio organismo cúpula del empresariado, Fedecámaras, ha estado a veces gastando millones en publicaciones, publicidad pagada, para demostrar que la ley es una amenaza contra la economía, sin que haya demostrado una sola vez la sustancia de sus afirmaciones. Porque la ley no contiene

disposiciones que en sí envuelvan un aumento de salarios, salvo en algunos aspectos relativamente benignos. Por ejemplo, se reduce la jornada de trabajo de los obreros manuales, que todavía está en 48 horas a 44 horas semanales. Esto sería más o menos un 9% de la reducción del tiempo, y sólo para los obreros manuales que son quizás menos de la mitad de los trabajadores empleados en el país, porque los no manuales están en 44 horas.

Refutando esta medida, que nos parecía inaplazable porque la Constitución dice: el límite máximo de las jornadas semanales es de 48 horas,pero la ley tendrá la disminución progresiva de la jornada, y hace ya 30 años que se promulgó la Constitución, los artesanos decían: lo que interesa no es rebajar el trabajo sino dar empleo, porque hay desempleo. Y respondimos: precisamente, una de las primeras medidas que se adoptan en todas partes para aumentar el empleo es la de reducir la jornada, para tener que suplir proporcionalmente el número de trabajadores que prestan sus servicios.

En realidad, la lucha ha sido tremenda; pero yo siento la necesidad de plantear ante la Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo, (a cuyos miembros le repartí la primera edición del Anteproyecto en la ocasión del Congreso Mundial de Derecho del Trabajo que tuvimos en Caracas justamente en septiembre de 1985, dos meses después de haberlo presentado) porque entiendo que hay en el fondo de todo esto un movimiento general que ha invadido a América Latina y más allá de América Latina para enfrentar, invocando la situación económica, las normas protectoras de Derecho del Trabajo que han sido resultado de un largo esfuerzo, de muchas labores, de muchos sufrimientos y que quieren borrar de golpe, para decir que ellas son un obstáculo para la recuperación económica de nuestros países.

El argumento de que no se puede dictar una Ley del Trabajo en momentos de crisis lo hemos respondido en esta forma: Es precisamente la crisis económica la que reclama una mayor protección para el trabajador. ¿Por qué? Porque cuando la situación económica es buena y hay abundancia de recursos y hay pleno empleo, no existe la angustia para el trabajador; hay un equilibrio en la oferta y la demanda del trabajo, más bien el trabajador puede poner sus condiciones para aceptar o no aceptar un empleo. En cambio, en situaciones de crisis es cuando la protección más se necesita. Y a los neo-liberales les presento este argumento: si ustedes ven como norma general de la vida económica la ley de la oferta y la demanda, deben reconocer que en este momento hay un desequilibrio estructural entre la oferta y la demanda de trabajo, en todos los países del mundo y especialmente en nuestros países. Si hay poco trabajo que ofrecer y mucha gente sin empleo demandando trabajo, el desequilibrio entre la oferta y la demanda coloca al empresario en una situación de preeminencia que le permite imponer todas las condiciones y el trabajador tiene que aceptarlas si quiere el empleo o rechazarlas y entonces exponerse a cegar sus fuentes de vida.

Esta situación de desempleo tiene causas muy profundas: desde luego, una clara

es la revolución tecnológica. La República Federal Alemana, por ejemplo, hace 10, 20 años, importaba millones de trabajadores, de Turquía, del Sur de Italia, de España y Portugal que en esos momentos estaban en condiciones económicas muy deficientes, para completar la mano de obra necesaria para atender su producción. Ahora tiene un desempleo que pasa del 10%. ¿Por qué? ¿Ha disminuído la riqueza, la producción de la República Federal Alemana? No. Lo que pasa es que la tecnología ha desplazado y continúa desplazando a cada momento mano de obra, inevitablemente. Y la gente no puede cerrarse al progreso. Hubo una época en la que decían que era bueno usar tecnología atrasada para que se empleara mayor cantidad de mano de obra y en la India hicieron intentos al respecto, pero eso no puede ser. Además, cuando se invoca la ley de la competitividad, mientras más avanzada es la tecnología, mayor posibilidad hay de competir.

La revolución tecnológica hace que todos los días la producción sea más capital-intensiva y menos trabajo-intensiva. La agricultura, la gran esperanza de las naciones subdesarrolladas, puede y debe ser una fuente de riqueza, de producción, de vida económica, pero no de empleo, porque a cada momento el progreso agrícola supone más técnica y necesita menos trabajadores para producir. Yo he citado muchas veces estos números que son muy fáciles de retener: en los Estados Unidos, donde se produce para alimentar una población de más de 250 millones de habitantes, donde se venden cereales a la Unión Soviética cuando la cosecha en Rusia es mala porque hubo una nevada anticipada, donde se regala, a través de diversos programas, productos agrícolas, la mano de obra empleada en la agricultura es un 3% de la población económicamente activa. Y esto mismo está pasando en la Comunidad Europea; ya Bélgica, el país de mayor intensidad productiva agrícola en la Comunidad Europea, está creo que en el orden del 4 ó 5% de la población activa. Y Francia, que estaba hace 10 años en el 8%, ahora va bajando también considerablemente el porcentaje.

En cuanto a la industria, es cada vez más tecnificada. Yo le he observado a los editores de diarios: Ustedes antes, en su taller tenían una considerable cantidad de empleados, de obreros, para armar los tipos, para componer las páginas, para imprimir. Ahora resulta que en unas procesadoras de palabras pueden escribirse directamente los artículos que pasan después a grandes rotativas que cuestan 50, 100 millones de dólares, no sé cuanto, y que botan milares de ejemplares en media hora, pero son atendidas por dos trabajadores apenas, bien remunerados y calificados, pero que están reemplazando a una cohorte de obreros.

Y los servicios, que ha sido el refugio entre nosotros, están ya invadidos también por la revolución tecnológica. A cada paso leemos que en los EEUU hay bufetes de abogados que empleaban diez secretarias y ahora, con una ó dos secretarias equipadas con máquinas modernas, procesadoras de palabras, y todo lo que produce la informática, pueden atender mejor y con más eficacia lo que antes hacían diez o más.

Hay una situación de desempleo estructural y están empeñados algunos en nuestros países que eso lo remediemos quitándole al trabajo la protección legal y dando posibilidades para que los empresarios paguen más barato a través de las llamadas becas-salario o enganche trabajadores, a los cuales no pasan a las nóminas de protección porque tienen contratos temporales, y esto en el fondo no remedia nada.

A mí me parece muy importante la experiencia de España. En España han tratado de flexibilizar, de desregular en cierta manera, la relación laboral para facilitar el acceso al empleo y España sigue siendo, después de Irlanda, el país de la Comunidad Europea que tiene más alto nivel de desempleo, alrededor (estaba hablando hace poco con el Prof. Cabrera, de la Universidad de Cadiz) del 17%. Irlanda tiene un poquito más: 17.1 ó algo parecido. Y la propia Comunidad Europea tiene un 11% de índice promedio de desempleo, que si no fuera por la Seguridad Social, que es muy buena y en la cual se invierten cuantiosos recursos, ya habrían llevado al mundo a una catástrofe como la que se inició o se engendró en los años 30, con la Gran Depresión. Pero es la Seguridad Social la que permite que los que sufren ese desempleo estructural encuentren posibilidades de vida. Esta situación en nuestros países es más grave, porque la Seguridad Social está en una situación de deficiencia en muchos de nuestros países (no sé cómo será en México). En general, la Seguridad Social en los años 40 en América Latina empezó con gran emoción, con gran decisión y después se fue quedando atrás; y la ineficacia por una parte, por otra parte la currupción, por otra parte el clientelismo político, por otra parte la mezquindad, la resistencia a dar todo lo que la Seguridad Social exige, han ido conduciendo no sólo a una situación precaria de la Seguridad Social sino a la falta de confianza de los trabajadores en la Seguridad Social.

Esta situación es de una importancia trascendental, y yo siento que en este momento los laboralistas que tenemos conciencia de que el Derecho del Trabajo no es un accidente en la vida económica sino una exigencia de la justicia, de la dignidad humana, porque el hombre es más importante que el capital y que el dinero, tenemos que tomar una actitud firme de defensa de las instituciones laborales frente a una arremetida que usa un lenguaje como el que se usaba en el siglo XVIII cuando empezó la Revolución Industrial.

Indudablemente que estamos en un proceso de cambio; por eso nuestro proyecto, nuestra ley, no es un "código" de trabajo. Nos hemos opuesto a darle la característica de código, precisamente porque la codificación da idea de culminación de una labor, de elaboración de un texto tan definitivo que a través del tiempo parece casi inmutable. Decir que el Código Civil Francés, el Código Napoleón, celebró su centenario, que el Código Civil Chileno de Andrés Bello, celebró su centenario parece algo normal. No es posible ahora elaborar un código del trabajo en el sentido de algo definitivo, sino una ley, con la convicción de que se realizan cambios, pero que tendrán que realizarse muchos más. Eso sí,

teniendo el cuidado de que esos cambios no vayan a atropellar, a desconocer, derechos fundamentales que se han ido conquistando para bien de los trabajadores.

Esta Ley nuestra no es una ley revolucionaria, pero no es una ley regresiva, es una ley progresiva, progresista, en que se establecen mejoras, menos de las que habríamos querido pero las que son compatibles con la realidad y con la situación. No retrocedimos ante la arremetida del sector empresarial contra la ley y las actitudes complacientes frente a la arremetida de Fedecámaras por parte de algunos sectores oficiales, concretamente dle Ministerio del Trabajo: ha habido una actitud firme y un consenso sólido. Esta no es una ley partidista, está por encima de las denominaciones de grupo. Hasta ahora se puede decir que a pesar de las discusiones, que han sido muchas en torno a algunas partes del proyecto, lo que ha salido ha salido por unanimidad.

Ahora ¿qué aportaciones importantes tiene nuestro Proyecto? yo no tengo derecho a extenderme mucho, pero no quiero hacer la promesa más vulnerada, ésa que hacen todos los oradores cuando empiezan a hablar, que dicen: voy a ser breve. Yo creo que esta es la promesa más traicionada más que las promesas de los candidatos políticos en tiempo de elecciones. No voy a prometerlo; voy a tratar de aprovechar todo el tiempo que me permita la bondad del Presidente Forero Rodríguez, pero debo hacer algunas consideraciones.

Una que a mí me parece importante, es la de que el Art. 1 dice: la presente ley rige las relaciones y situaciones jurídicas derivadas del trabajo como hecho social. Es decir, no es una ley para regir un determinado contrato que empezó en el Derecho Civil por arrendamiento de servicios y luego pasó acá. Es el trabajo, que es un hecho humano, como hecho social. Y el artículo 2o exalta la dignidad de la persona humana del trabajador. ¿Qué consecuencias tiene esta concepción del trabajo como hecho social, desde el punto de vista práctico? Desde luego, como todo el Derecho del Trabajo, la Ley regula la relación jurídica entre un trabajador dependiente y la persona quien le da el empleo, que seguimos llamando patrono pero para aceptar una terminología que se va generalizando decimos "patrono o empleador". La O.I.T. usa siempre el término empleador. Los brasileros dicen empregador - empregado, pero la contraparte de "empleador" es "empleado" y empleado es, entre nosotros, el trabajador no manual. Entonces, parecería que el empleador tendría que tener un término correlativo, no el término trabajador. Sin embargo, lo ponemos allí para no cerrarnos a su generalización, aunque mantenemos patrono. Y quisiera hacer una observación de paso: nosotros decimos "patrono", de acuerdo con la tradición española; los mexicanos dicen "patrón". Yo pienso que nuestra versión es más adecuada, más conforme al origen linguístico. El plural de patrón es "patrones" el plural de patrono es "patronos". Seguimos usando, pues la palabra. Pero además del trabajo prestado a un empleador o patrono a través de una relación de trabajo (incorporamos el concepto de la relación de trabajo, que por cierto Mario de la

Cueva defendía con mucho brillo en sus libros y que desde luego tiene como fuente principal la fuente contractual pero no la única) abrimos campo para que los trabajadores independientes o no dependientes, como nos hizo poner uno de los observadores que fue a nuestra Comisión, un profesor universitario (es muy sutil la diferencia pero, bueno, aceptamos decir no dependiente en vez de independientes) tienen cabida a través de varios campos: uno, la sindicalización, los trabajadores no dependientes puede constituir sindicatos de acuerdo con la Ley del trabajo. Otro, la negociación colectiva, ¿con quién? Depende: los choferes de taxi pueden celebrar y celebran una negociación colectiva con las autoridades de tránsito o con las autoridades de un aeropuerto, quienes no son propiamente patronos, porque los taxistas no están en situación de dependencia, pero es la entidad a la cual fundamentalmente, o a través de la cual fundamentalmente prestan su servicio; y naturalmente, la aspiración de que se incorporen a la Seguridad Social.

La Ley Orgánica contiene solamente principios sobre la Seguridad Social, o varios, que tiene que modificarse de acuerdo con las necesidades actuales.

Debo aclarar también que en la Constitución Venezolana introdujimos el término Ley Orgánica con un sentido intermedio entre la Constitución y la Ley Ordinaria. No estoy enteramente satisfecho del nombre que le dimos, no encontramos otro, pero la Constitución Española, que es posterior a la nuestra introdujo también esa expresión: Ley Orgánica con un sentido parecido al nuestro, es decir, una ley que priva sobre las leyes especiales de la material. Lo hicimos más que todo para la materia económica, para la materia crediticia y financiera, con la idea de que una Ley Orgánica de Presupuesto establezca normas que priven sobre las disposiciones de cualquier ley anual de presupuesto, o una Ley Orgánica de Crédito Público para establecer las normas bajo las cuales deben realizarse las operaciones de crédito público que se aprueban mediante leyes especiales.

Pues bien, esta Ley Orgánica nuestra, esta Ley establece la aspiración de que los trabajadores no dependientes puedan tener acceso a la Seguridad Social. Pero tenemos también algunas otras normas en esta materia de trabajadores no dependientes: ayer se habló aquí de los Colegios de Profesionales; nuestra Ley introduce la norma de que los Colegios de Profesionales (Colegios de Abogados, Colegio de Médicos, etc) pueden ejercer las atribuciones que la Ley del Trabajo da a los sindicatos, siempre que se registren en el Ministerio del Trabajo y puedan cumplir las funciones respectivas. Esto lo introdujimos también en relación al sector patronal, porque es un hecho -no solamente en Latinoamérica- sino un hecho universal, que los patronos o empleadores han sido resistentes a crear sindicatos patronales, a pesar de que las leyes les dan una igualdad de trato con los de los trabajadores. Pues bien, nosotros hemos introducido la previsión de que las Cámaras de Comercio y Producción, las Federaciones y Confederaciones de Cámaras pueden ejercer las atribuciones de sindicatos patronales o de federacio-

nes o confederaciones sindicales patronales, registrándose en el Ministerio del Trabajo y llenando las condiciones del caso para que puedan celebrar convenios colectivos con valor jurídico, con valor legal.

En toda esta materia hay consideraciones específicas. Por ejemplo, en este momento uno de los puntos que queda por decidir es el relativo a los empleados públicos. Venezuela tiene una Ley de Carrera Administrativa, que admite la sindicalización pero no la huelga de los empleados públicos. Los empleados públicos han realizado un movimiento muy fuerte de presión para ser incluidos en la Ley del Trabajo, y a lo último ha habido un acuerdo de principio (aunque el Ministro del Trabajo hizo unas declaraciones hace dos o tres días, en que establece reparos a esto) en que los empleados públicos, con las excepciones de los altos empleados (y, desde luego, de los Cuerpos Armados que están sujetos a norma especial) estarán protegidos por las disposicones de la Ley del Trabajo, quedándole a la Ley de Carrera Administrativa las normas sobre enganche, sobre ascenso, sobre estabilidad de los funcionarios públicos.

Le hemos dado mayor relevancia al sentido del intermediario como patrono intermediario, lo mencionaremos con la idea de que no se puedan eludir frente al trabajador las obligaciones del empleador a través de maniobras en que unas veces aparezcan uno como patrono y otro como intermediario; establecemos -y ya lo habíamos puesto en la Constitución- el principio de la solidaridad de ambos respecto del trabajador para que pueda reclamar sus derechos frente a uno y frente a otro.

Tenemos disposiciones especialmente protectoras para la pequeña y la mediana empresa. Una, de carácter general, interesante, es la de que cuando se tenga que oir de acuerdo con la ley la opinión del sector patronal, deberá oirse especialmente también la opinión del representante de la pequeña y mediana empresa, porque los pequeños o medianos empresarios no se sienten representados por los grandes empesarios, que tratan muchas veces de absorberlos.

En materia de participación de utilidades, de porcentaje de trabajadores extranjeros y otras más, se le da un tratamiento especial más favorable a los pequeños y medianos empresarios. Se establece además una norma que es programática más que preceptiva, pero que señala un camino que en los planes de desarrollo; en las medidas de protección que el Estado dé a las empresas, serán preferidas siempre aquellas que proporcionalmente den mayor capacidad de empleo, que son generalmente las pequeñas y medianas empresas.

La materia del salario ha sido motivo de grandes discusiones. La definición del salario es muy amplia, pero para el cálculo de las prestaciones e indemnizaciones se introdujo un calificativo que ya está en algunos convenios colectivos, que es el salario normal, para evitar las irregularidades que se establecen a veces para el cálculo de las prestaciones. Introdujimos las normas de que el salario debe mejorarse cuando aumente el costo de vida, de que el salario debe mejorarse cuando aumente la productividad y estos artículos dieron lugar a muchas

disquisiciones y diálogos, y por fin se encontraron fórmulas que más o menos son aceptables para todos. Y la tradicional atribución que han ejercido los gobiernos de ordenar por decreto aumentos salariales o fijaciones de salarios mínimos, se encuadra dentro de una situación más regular, porque se le obliga al Ejecutivo a solicitar previamente la opinión de los sectores más representativos de empleadores y trabajadores, del Consejo de Economía Nacional y del Banco Central de Venezuela, y se establece además que estos decretos deben ir al Congreso para que el Congreso, o la Comisión Delegada si no está reunido el Congreso, en un plazo de 10 días puede rechazarlos o plantear modificaciones; puede, pues, devolver, el decreto al Ejecutivo, y si no lo hace en términos de 10 días queda firme.

La participación en las utilidades, que actualmente en Venezuela es del 10% del total de los beneficios, se eleva al 15% pero para evitar problemas para los empresarios, se establece que será deducible para su declaración al Impuesto Sobre la Renta, de manera que no tengan que pagar una especie de doble contribución. En materia de jornada se introducen ciertas normas de flexibilidad, que han costado mucho, por cierto, porque la resistencia de los representantes sindicales ha sido muy fuerte. La posibilidad de establecer una distribución del tiempo de trabajo siempre que en un término de ocho semanas, el promedio se mantenga dentro del límite legal, ha sido una cuestión muy discutida. Pero tenemos experiencias interesantes. yo puedo contar, por ejemplo, el caso de la última etapa del Complejo Hidrológico del Guri, donde había 12, 14, 16 mil trabajadores que iban a estar allí, no por unos meses, sino por dos años o dos años y medio, y aunque tenían vivienda, comedores y hasta salón de cine, se sentían como en un campo de concentración. La moral era muy baja, los conflictos eran constantes y llegaron a un arreglo, que era ilegal, para la legislación actual, pero que fue salvador: se aumentó la jornada de trabajo a cambio de darle a cada trabajador la posibilidad de ir una semana cada mes a su casa, a su ambiente, a disfrutar con su familia. Lo aceptaron y cambió totalmente la situación, porque los trabajadores sintieron que no estaban en realidad en un campo de concentración sino que podían comunicarse con los suyos. Esto lo trata de legalizar el Proyecto de Ley Orgánica del Trabajo.

En materia de vacaciones, el derecho de 15 días hábiles se aumenta en un día por cada año de antiguedad al servicio hasta un máximo de 15 días más y se agrega un bono vacacional, es decir, el pago adicional de 7 días de salario y un día más por cada año de antiguedad, para que pueda disfrutar de las vacaciones. Quizás estos son los recargos financieros que los adversarios del proyecto dicen que puede costar mucho. Se establecen normas para las vacaciones colectivas, que es un hecho que va tomando cada vez más fuerza, para lograr que se hagan sin desmedro de los derechos del trabajador.

La materia de los regímenes especiales es de las más importantes del proyecto; no solamente las tradicionales: menores, aprendices, domésticos, sino conserjes,

trabajadores a domicilio, que tratan de abrir camino a las nuevas perspectivas que existen. También se consideran los trabajadores rurales, los deportistas profesionales, materia que por cierto en México y en España tiene bastante importancia y desarrollo; los trabajadores del transporte: el transporte terrestre, el transporte marítimo, fluvial y lacustre, el transporte aéreo. Y una nueva forma quse ha aparecido, los motorizados, los mensajeros motorizados, que son una novedad y que están muy desprotegidos, desasistidos en la actualidad. La obligación, por ejemplo, del patrono pagar el seguro y de darle una cantidad prudencialmente estimada para los gastos de combustible y de mantenimiento del vehículo, cuando el motorizado aporte su propio vehículo, son una necesidad. Y disposiciones, más que todo iniciales para que haya un régimen de protección de los trabajadores minusválidos, los actores, músicos, folkloristas y demás trabajadores de la cultura. Y todo un título especial, que fue resultado de muchas reuniones con las organizaciones de mujeres, y que se denominó finalmente protección laboral de la maternidad y la familia. Se aumenta el descanso de maternidad, que es actualmente de 6 semanas pre y 6 semanas post-parto, a 6 semanas y 12. En el Anteproyecto yo ponía 8, las mujeres presionaron para llevarlo a 12. Esto ha dado lugar a un escándalo feroz de los empresarios, que dicen no van a emplear mujeres, como si no supiéramos de que a las mujeres las emplean porque les pagan menos que a los hombres. Desgraciadamente, 70 años de lucha de la Organización Internacional del Trabajo, no han podido lograr todavía la igualdad, salvo en algunos trabajos, como en los altos cargos ejecutivos, en algunos cargos de la docencia, o en el poder judicial. Del resto, en las industrias que ocupan mujeres en gran número, siempre les pagan menos que a los hombres. Pero, desde luego, este descanso de maternidad no lo paga el empresario, lo paga la Seguridad Social, de acuerdo con los principios tradicionales en la materia. Las mujeres lucharon mucho para que se lograra la mayor igualdad, hasta casi quitar la palabra mujer, simplemente decir "el trabajador", hasta hacernos desconocer un convenio de la Organización Internacional del Trabajo, ratificado por Venezuela hace muchos años, que prohíbía el trabajo nocturno, contra lo cual han luchado vigorosamente. Y yo les he dicho que llegamos a la igualdad hasta todo donde pudimos. Lo único que no previmos fue el embarazo masculino aunque algunas noticias de ciencia ficción parecen abrir la posibilidad: nos pareció que iríamos demasiado lejos.

Toda una parte nueva del Proyecto es el Derecho Colectivo y es importante el enfoque de la cuestión sindical. ¿Cómo lograr armonizar el principio de la libertad sindical, la no intervención del Ejecutivo en la vida sindical, con la protección del miembro del Sindicato y de las minorías sindicales y con la prevención de abusos en que con frecuencia se realizan en la vida sindical? Todos los especialistas del Derecho del Trabajo están conscientes en que el movimiento sindical en el mundo no está en su mejor momento. El índice de afiliación a los sindicatos ha bajado hasta en el Reino Unido, que ha sido la cuna prácticamente

del tradeunionismo, del movimiento sindical, pero si no fortalecemos el sindicato dejamos sin una base de sustentación fuerte al derecho del trabajo. Por eso hemos introducido una norma que desde hace mucho tiempo debía existir, de que no pueden celebrar convenios colectivos sino los sindicatos, grupos ocasionales de trabajadores se prestan para que patronos inescrupulosos impongan condiciones a su manera y después no haya un sujeto organizado capaz de reclamar. Esto, que lo han atacado, yo lo he defendido acaloradamente, apasionadamente. Pero se han introducido otras normas, como ésta, por ejemplo: cuando una Directiva sindical no convoca, en el tiempo previsto por los Estatutos, el órgano o Asamblea, como sea, llamado a renovar la Directiva, un grupo de trabajadores que represente siquiera el 10% tiene el derecho de ir al Juez del Trabajo y pedirle que ordene la convocatoria para hacer la nueva elección. Más aún, algo que no se atrevieron a objetar, que es muy fuerte: el fuero sindical, es decir, la inamovilidad de los dirigentes sindicales, que los cubre actualmente mientras ejercen su cargo y hasta 3 meses después, en la Ley se establece mientras tienen derecho a ejercer su cargo, en el período estatutario, si lo prolongan de facto pierden la protección de la inamovilidad, para que se sientan obligados a renovar y a no eternizarse en la dirección de los sindicatos. Hemos introducido una norma, que sí ha sido rechazada por la CTV, y está todavía pendiente una útlima solución, la de que un número de trabajadores que represente siquiera el 10% puede pedirle al Contralor General de la República, el exámen de las cuentas de la Organización Sindical. Ellos lo han rechazado y han propuesto fórmulas de Contraloría Interna, de que sea la Federación o la Confederación la que haga esa investigación de los fondos, pero indudablemente que casos de corrupción en el movimiento sindical ha habido y hay en todos los países del mundo, y es algo que preocupa mucho a los trabajadores.

Hemos introducido el principio de que todas las elecciones sindicales deben ser por votación secreta, y las que son para cuerpos colegiados, por representación proporcional, para darle carácter legal al pluralismo, para que tenga que salir una directiva que raras veces puede representar solamente a una determinada corriente política. Hemos introducido el principio de la inamovilidad de los miembros del sindicato en el período previo a las elecciones; dos meses antes de las elecciones sindicales, todos los trabajadores gozan de inamovilidad, para evitar las maniobras que el empresario, de acuerdo con algunos miembros del mismo Sindicato, pueda realizar para tratar de influir en el proceso electoral. Hay una cantidad de normas más.

Hemos tratado de darle a la convención colectiva el mayor campo posible y hemos encontrado algo muy curioso: cuando hemos establecido que una convención colectiva puede modificar la situación establecida, los que han sido más resistentes a darle amplitud a este principio han sido los propios dirigentes sindicales, a pesar de que en el fondo son ellos los que van a negociar la convención. De manera que hemos tenido que llegar a una transacción, pero sí

se ha establecido la previsión, que es importante, de que la convención colectiva puede modificar la situación existente, e incluso renuncian a algunos beneficios, siempre que se los sustituya con otros beneficios diferentes y haya un equilibrio favorable para los trabajadores. Se le ha dado una forma especial al proceso que un Decreto 440 de 1958 llama "convención obrero - patronal". Nosotros la llamamos "Reunión Normativa Laboral" que permite se establezca un solo convenio colectivo por rama de industria, con una serie de condiciones entre las cuales está la de que los trabajadores no pierden el derecho de ir a la huelga, si lo consideran indispensable.

No quiero abusar mucho de ustedes, ya lo he hecho en parte, pero quiero mencionarles esto: se amplían las facultades de la administración, se trata de insistir en que el Inspector del Trabajo inspeccione, porque muchas veces se convierte en un funcionario de conciliación o un simple funcionario administrativo. Por supuesto, en esta materia es donde la corrupción ha invadido más y todos los que han actuado en el mundo del trabajo saben que muchas veces a los Inspectores o sus delegados una cantidad de dinero les sirve para hacerse la vista gorda ante las irregularidades que encuentren. Esto se trata en lo posible de corregir.

Se introduce el principio de la cogestión, en una forma que yo hubiera deseado más amplia. En el momento actual hay una ley para que en las empresas del Estado y los Institutos Autónomos del Estado Federal, en su directiva deban tener un representante de los trabajadores. Esto se modifica en la nueva Ley en cuanto a su amplitud, porque la disposición que versa sobre los órganos del Estado Federal se extienden a los servicios, a los institutos autónomos y empresas de los Estados federales, de los municipios y demás órganos del poder público. Y el representante se convierte en dos: uno, es elegido por consenso, por la organización sindical más importante, pero otro debe ser resultado de elección directa y secreta de los trabajadores de la propia entidad. Además, se establece que el representante de los trabajadores debe ser un trabajador, con antiguedad no menor de tres años en la empresa, para que tenga una vinculación efectiva con el mundo laboral.

Hubo en el seno de la Comisión el deseo que yo en gran parte compartía, de que se extendiera la representación de los trabajadores en la gestión al mundo privado. No me atrevía al principio proponer otra cosa que lo que en definitiva quedó, una especie de caramelo, un atractivo, el de que las empresas que establezcan un régimen similar de representación de trabajadores en su dirección, tendrán preferencia en todos los planes del Estado, en la cuestión impositiva, en todos los aspectos en los cuales haya ciertas medidas favorables para la economía. En el seno de la Comisión se propuso y se aprobó, pero después hubo muchas presiones de diversos lados y hubo que quitarlo, que las empresas que reciban fondos, créditos del Estado en cantidad considerable, estarían obligadas a tener el mismo régimen de participación que las empresas del Estado que pasan

a patrimonio privado y que tuvieran representación de los trabajadores, tendrían que mantenerlos cuando se privatizaran. Aquí sí que ardió Troya, porque con esta corriente de la privatización dijeron que con esa medida nadie iba a asumir el manejo privado de una empresa del Estado y hubo que suprimir la norma.

Uds. saben que la privatización está de moda. Yo no soy enemigo de la privatización, pero tampoco soy adorador de la privatización. Creo que en muchos casos es conveniente, o al fin y al cabo es una salida para que el Estado que está manejando mal algunas empresas se las quite de encima. Pero ni está demostrado que siempre la administración del sector público es necesariamente mala ni está demostrado que siempre la administración del sector privado sea buena. Muchos bancos en Venezuela fueron nacionalizados o asumidos por el Estado porque sus dueños privados los manejaron mal y hubo que tomarlos para evitar males a los depositantes y a los clientes del banco. Y ahora los vuelven a privatizar, ojalá que no haya que volverlos a sumir más adelante sino que el experimento resulte.

Yo he observado que en Venezuela no tenemos ferrocarriles porque los concesionarios de las líneas ferrocarrileras desde fines del siglo pasado, ingleses y alemanes, no tuvieron nunca interés en renovar el material, en mejorar sus líneas, en poner los ferrocarriles al día, sino que los explotaron, los exprimieron hasta el momento que ya no les dieron más y se los entegaron al Estado vueltos chatarra. De manera que este dogma de la privatización que ahora nos están metiendo, hay que recibirlo en beneficio de inventario.

Al fin y al cabo todas estas cosas que estamos viviendo y que llaman "modernización" y que llaman "flexibilización", que llaman "liberalización", son tan uniformes que revelan que obedecen a un director de orquesta, porque no es casual que hayan surgido en cada uno de nuestros países una literatura exactamente igual sin que hubiera habido un movimiento ideológico, una discusión académica para hacer los planteamientos sino que vinieron de arriba; y como debemos dinero nos hemos sometido a las fórmulas exigidas por los organismos financieros internacionales para darnos un certificado de buena conducta. Por eso yo pienso que el problema fundamental para nuestros países ha sido en este momento, el más grave de todos, la deuda externa. El peso de la deuda nos estranguló y nos puso en condiciones de aceptar todo lo que se nos manda. Estas recetas son buenas algunas, otras no tan buenas. La reducción del gasto público es una buena receta, difícil de cumplir pero indispensable. En mi país hay una situación a este respecto que uno no la alcanza a entender. El último presupuesto antes del boom petrolero, hace 16 años, fue de 14 mil millones de bolívares. El presupuesto este año pasa de 750 mil millones, es decir, más de 52 veces el valor del presupuesto anterior. Es cierto que la moneda se ha devaluado pero se ha devaluado 11 veces, entonces, podría ser el presupuesto en vez de 14 mil, de 140,150, 160 mil millones. Pero es de 750 mil, con la circunstancia de que

entonces se decía que teníamos dinero para cubrir nuestras necesidades esenciales y ahora se dice que estamos en la inopia, que no tenemos absolutamente nada con que atender a ninguna necesidad. Esto es importante, pero en ese aspecto el Fondo Monetario Internacional no logra nada ni tiene autoridad moral, porque tendría que empezar por imponerle sus reglas al Gobierno de los Estados Unidos, que tiene un presupuesto tremedamente deficitario, déficit que es causa de muchos problemas

Bueno, señor Presidente, le agradezco mucho su tolerancia. Yo, de corazón, invito a los laboralistas a defender un patrimonio moral que hemos hecho a lo largo de más de un siglo de esfuerzo, de trabajo, de lucha, de fidelidad a una idea de justicia social que se impuso en el mundo a pesar de las diferencias ideológicas. Se habló de justicia social en los países de Europa del Este, cada uno concibiéndolo a su manera pero con la condición de que el trabajo y otros aspectos de la vida social obtuvieran una garantía social.

Yo no creo que quitándole garantías al trabajo vamos a resolver el problema del desempleo. El problema sigue en pie, en algunos países más grave, como en el mío porque la fuente principal de riqueza que es el petróleo, nos da dinero pero no empleo. La industria petrolera en Venezuela es una industria tecnificada, es una industria extractiva que emplea directamente a menos de 1% de la población económicamente activa. Resolver el problema para el otro 99% es realmente una cosa muy delicada, pero no se va a resolver a base de mano de obra barata que puede dar un alivio parcial y muy transitorio. ¿Qué se va a hacer con esa gente a la que enganchen ahora por un tiempo de trabajo limitado, para despedirla después? ¿Cómo se va a resolver ese problema? Yo creo que en realidad esto es muy serio y me siento muy complacido de que el Congreso de mi país durante cinco años haya mantenido una concepción clara de que la democracia tiene necesariamente un contenido social y si no, se ahoga y naufraga.

Algnas veces me han preguntado fuera de Venezuela, a qué atribuyo yo el que en momentos en que la democracia naufragó en países de mejor tradición institucional que el nuestro, en Venezuela se ha mantenido. Creo que entre los factores hay tres muy importantes: uno, que el liderazgo político tuvo en el momento necesario suficiente percepción de que por encima de sus diferencias tenía que plantearse la necesidad del país, la necesidad de alcanzar y sustentar las libertades. Otro , que las fuerzas armadas encajaron (se logró realmente lo que todavía en Argentina, por ejemplo, se ve con dificultad), encajaron dentro del sistema democrático y se convencieron de que su papel profesional se ralizaba mejor en un país en que las libertades existieran que dentro de un país autocrático. Otro, que tuvimos un empresariado que no estaba cerrado al cambio social. Se estaba consciente de que era necesario el cambio social.

En este momento, en mi país el liderazgo político está muy devaluado; las Fuerzas Armadas mantienen su adhesión a los principios de la democracia; pero el sector empresarial pareciera haber retrocedido considerablemente. Quieren

imponernos algunas normas que se han establecido en Europa y que allá no han resuelto tampoco el problema del desempleo, sin darnos cuenta de que en Europa la Seguridad Social es muy grande. La República Federal Alemana gasta más del 30% de su presupuesto en Seguridad Social. La nación de los Países Bajos invierten el 25% del producto interno bruto en Seguridad Social. Y en España el gasto en Seguridad Social es un gasto formidable. Si están dispuestos a realizar este gasto para que la Seguridad Social enfrente esta situación tan grave, el resultado sería distinto.

Muchas gracias por la paciencia ...

EL DERECHO LABORAL MEXICANO

Baltasar Cavazos Flores
(México)

Los tiempos cambian. Nuestro Derecho Laboral Mexicano también ha cambiado con los tiempos.
Las nuevas estructuras políticas y económicas le han dado una nueva forma y un contenido dinámico y cambiante.
El Derecho Laboral en 1917 es muy distinto a nuestro Derecho del Trabajo de 1990.
Para nosotros, el Derecho de Trabajo Mexicano, ha pasado por tres etapas muy bien definidas a saber:
La primera de ellas la ubicamos de 1917 a 1962.
Con el artículo 123 Constitucional de 1917 nace en México, por así decirlo, nuestro Derecho del Trabajo.
Los mexicanos nos sentimos muy orgullosos de nuestra Constitución que ha servido de base e inspiración a muchas otras Constituciones en el mundo, incluyendo a la Constitución de Weiman de 1919.
Sin duda alguna nuestro Derecho Laboral de 1917 era marcadamente protector de la clase trabajadora.
No podía ser de otra manera.
El Derecho del Trabajo Mexicano ha sido, es y será siempre protector de la clase laborante.
El artículo 123 de nuestra Carta Magna estableció en 1917, el derecho de los trabajadores a un salario mínimo y a una jornada máxima.
Se previno que la falta de contrato escrito era imputable al patrón y que entre el que prestaba un servicio personal y el que lo recibía se presumía la existencia de un contrato de trabajo.
En 1931 se promulgó nuestra primera Ley Federal del Trabajo reglamentaria del artículo 123 Constitucional que tuvo vigencia hasta el año de 1970.
Dicha Ley también fué protectora de la clase trabajadora a quien se le concedió y reglamentó su derecho a la sindicalización, a la contratación colectiva y sobre todo al derecho de huelga, a fin de lograr un mejor equilibrio entre los factores de la producción.
En 1962 el Presidente López Mateos reglamentó algunas de las fracciones del artículo 123 Constitucional que no tenían aplicación en la práctica y otras que requerían nuevos ajustes y fue así como se cambió la edad mínima para ser sujeto del derecho del trabajo, de 12 a 14 años, se reglamentó el trabajo femenino, prohibiéndose trabajar a las mujeres después de las diez de la noche, se estableció un salario mínimo profesional para ciertas actividades inspirados en la Legislación Laboral de Nueva Zelanda, se pretendió establecer lo que se conoce con el nombre de "la reinstalación obligatoria", se reglamentó el derecho de los trabajadores a participar en las utilidades de las empresas y en la última fracción del 123 Constitucional, la XXXI, se amplió la competencia federal para conocer de ciertas ramas de la industria, ya que en México todo aquello que no está

expresamente concedido a la Federación, se entiende tácitamente reservado a las Autoridades Locales.

La segunda etapa la estimamos de 1963 a 1982-1985.

Durante esta etapa nuestro país empezó a consolidar su evolución industrial.

Se empezó a pensar que el Derecho del Trabajo no podía ser un simple derecho de clase en donde el trabajador tenía que arrancar, incluso por la fuerza, "conquistas" a la clase empresarial.

Se empezó a escribir que la teoría del conflicto tenía que ser substituída por la teoría de la colaboración, que no entrega, de los factores de la producción.

Durante esta etapa sostuvimos y además seguimos sosteniendo que el moderno Derecho del Trabajo, que el Derecho del Trabajo del futuro, tenía que fundamentarse, necesariamente en tres principios generales a saber:

a) En un respeto mutuo de derechos entre patrones y trabajadores.

b) En una comprensión recíproca de necesidades entre ellos mismo y

c) En una coordinación técnica de esfuerzos

En 1970, bajo la Presidencia de don Gustavo Díaz Ordaz, se promulgó la "Nueva Ley Federal del Trabajo" que actualmente se encuentra en vigor, por cierto muy modificada, en la cual participó en forma muy brillante y determinante el maestro de maestros mexicanos Dr. Mario de la Cueva y de la Rosa.

En 1980 siendo Secretario del Trabajo don Pedro Ojeda Paullada, se modificó substancialmente nuestra Legislación Laboral, sobre todo en cuanto al aspecto Procesal se refiere inspirándose, fundamentalmente, en las ideas de nuestro otro gran maestro, don Alberto Trueba Urbina.

Para Mario de la Cueva y para don Alberto Trueba Urbina nuestro más sincero reconocimiento.

En 1982, al desplomarse nuestra moneda en relación con el dolar, se desplomó con ella nuestro Derecho Laboral.

El peso mexicano que en enero de 1982 estaba a 27 por dólar se devaluó en diciempre del propio año a 150 y ahora, ocho años después, estamos a cerca de tres mil pesos por dolar y como se sabe, no es lo mismo, no puede ser lo mismo un Derecho Laboral en épocas de bonanza que un Derecho Laboral en épocas de crisis.

En 1985, la situación económica del país se agravó con el terremoto del 19 de septiembre y fue en estas fechas cuando termina la segunda etapa de nuestro Derecho Laboral.

La tercera etapa del Derecho del Trabajo Mexicano la ubicamos de 1985 a nuestros días y la caracterizamos como una etapa de Concertación Social.

Fue en Caracas, Venezuela con el insigne maestro don Rafael Caldera a la vanguardia, donde se empezó a estructurar la moderna teoría laboral de la Concertación Social, que había tenido como antecedentes los Pactos de la Moncloa en España y los Acuerdos Scotti en Italia.

La Concertación Social se nos dijo entonces, era un abrazo entre débiles, un

abrazo entre desesperados, un acuerdo económico conjunto entre Patrones, Trabajadores y Gobierno, para poder sacar adelante nuestras deterioradas y paupérrimas economías nacionales.

La Concertación Social implica desde luego sacrificios tripartitos voluntarios, de trabajadores, patrones y gobierno.

De los trabajadores se requiere moderación salarial, habida cuenta de que la solución a la pobreza no es el aumento salarial, ya que como lo sostiene el propio don Rafael Caldera, mientras los salarios suben por las escaleras, los precios suben por el ascensor.

Del Sector Patronal se requiere un mayor control de los precios de sus productos, por no decir un congelamiento temporal de los mismos y del Sector Oficial se requiere una drástica disminución del gasto público.

Para lograr lo anterior en México con los Presidentes Miguel De la Madrid y don Carlos Salinas de Gortari se suscribieron dos Pactos de gran trascendencia: el de Solidaridad Económica y el de Estabilidad y Crecimiento que aún se encuentra en vigor.

Los resultados si no óptimos, sí han sido bastante satisfactorios.

La inflación ha bajado y México empieza a despertar nuevamente.

Si con los Pactos celebrados no estamos como deberíamos estar sin los pactos, sin duda alguna, estaríamos peor.

Nuestros salarios mínimos actuales son del todo insuficientes, es cierto, pero el progreso de un país no se hace por Decreto.

Nosotros estimamos que el avance de nuestro moderno Derecho del Trabajo tiene que ser de micro a macro y no de macro a micro.

En la medida en que cada empresa en lo particular se entienda adecuada y justamente con sus trabajadores, en esa medida saldremos adelante.

Pensamos que es preferible tener a un trabajador con dos salarios mínimos que a dos trabajadores con un salario mínimo.

Eso es productividad.

El número de trabajadores de una empresa no es lo que determina la riqueza de la misma. Una empresa nunca es más rica por el simple hecho de tener más trabajadores, a lo mejor, por ello, puede ser más pobre.

Se ha dicho que en México nuestro derecho del trabajo se está flexibilizando y también "patronalizándose".

No lo creemos así, flexibilizándose sí, pero patronalizándose no.

El Derecho del Trabajo Mexicano, el Derecho del Trabajo Latinoamericano y el Derecho del Trabajo Iberoamericano tendrá que seguir siendo protector de la clase trabajadora a fin de poder lograr el tan deseado equilibrio entre los factores de la producción.

En materia laboral, pensamos nosotros, no se puede ni se debe dar un paso atrás en contra de la clase laborante.

EL PARTICULARISMO DEL DERECHO DEL TRABAJO

Héctor-Hugo Barbagelata
(R.O. del Uruguay)

I

Introducción

1.- En el ámbito iberoamericano, ya en 1920, Alfredo Palacios, en el curso libre que dictó en la Universidad de Buenos Aires, señalaba la imposibilidad de encontrar en los códigos civiles una respuesta apropiada a la problemática del trabajo y reclamaba el desarrollo de un "nuevo derecho" que viniese a sustituir al tradicional (1).

Casi al mismo tiempo, George Scelle, un jurista proveniente del campo del derecho público, en frase que se hizo famosa, celebraba la excepcional oportunidad de contemplar "un derecho en pleno crecimiento" y acotaba que: "más felices que los romanistas que disecan un cadaver, o los civilistas que a menudo cuidan un viejo, nosotros podemos estudiar el desarrollo de un adolescente". Completaba la idea aseverando: que, "empinándonos atentamente, podemos ver el derecho obrero vivir como una institución nacida espontáneamente en el seno de las relaciones sociales" (2).

Un poco antes, mientras jueces y tratadistas todavía se esforzaban por explicar los efectos jurídicos de los convenios colectivos recurriendo a los clisés del Derecho Civil, León-Duguit proclamaba en sus memorables conferencias sobre las transformaciones del derecho, que "el contrato colectivo es una categoría absolutamente nueva y por completo fuera de los cuadros tradicionales". (3)

Por otra parte, en Alemania, donde los desarrollos doctrinarios fueron muy tempranos, Hugo Sinzheimer había elaborado en 1907, a partir de la Verbandstheorie, una construcción jurídica del convenio colectivo, que no fue bien acogida en los medios sindicales, pero que se desarrollaba enteramente al margen de la preceptiva del Código Civil (4).

2.- La histórica incorporación del art. 123 a la Constitución de Querétaro, seguida por la proclamación universal de los fundamentos de una nueva regulación de las condiciones de trabajo, contenida en el Preámbulo de la Sección XIII del Tratado de Versalles y los ulteriores progresos del constitucionalismo social, no sólo daban apoyo a la reivindicación de un espacio propio y distinto para los estudios jurídicos sobre cuestiones laborales, sino que incluso ponían en tela de juicio la pertenencia de éstos al Derecho Privado. En ese sentido, se llamaba la atención sobre el hecho que "el Derecho Civil no conoció siquiera el contrato de trabajo" (5).

En todo caso, la doctrina que se desarrollaba al amparo de cátedras independientes, -aunque muchas veces todavía identificadas con nombres que no les correspondían o que incluían calificativos que implicaban la negación de la calidad de disciplina de primera categoría (6)-, no sólo permanecía atenta a las innovaciones legislativas que se multiplicaban y consolidaban en códigos o leyes generales,

sino que reclamaba, con muy pocas excepciones relevantes (7), el reconocimiento de su autonomía.

Tal pretensión, que se apoyaba en la demostración de que estaban cubiertos los criterios aceptados para el reconocimiento de la autonomía de otras ramas del derecho, o variantes de éstos (8), recordaba en alguna forma, - para seguir con el símil de Scelle-, la rebeldía del joven que, llegado a cierta edad, exige ser tratado como adulto. Por lo demás, la postulación de la autonomía del Derecho Laboral, se planteó por casi todos los autores, como autonomía relativa, o como una tendencia o proceso.

3.- Los juristas que desde principio de siglo comenzaron a reclamar la institución de un "nuevo derecho", además de llamar la atención sobre la ineptitud del derecho tradicional para resolver su problemática, pusieron en evidencia que el Derecho Civil no había considerado que el trabajo representase un valor en sí mismo que mereciese ser objeto de protección por el derecho (9). Advirtieron asimismo, como lo expuso agudamente Gustavo Radbruch, -y lo tuvo presente la doctrina laboralista iberoamericana desde sus inicios (10)- que el Derecho Civil, no sólo ignoraba al trabajador individualmente considerado y su verdadera posición ante el empresario, sino que tampoco sabía nada de la solidaridad entre aquéllos, ni de sus organizaciones y las acciones que llevaban a cabo, ni tenía en cuenta el carácter colectivo de las relaciones de trabajo, ni se percataba del trasfondo económico de "supuestos contratos libres" (11).

La idea del nuevo derecho consistía pues, en tomar en cuenta todo lo que el derecho tradicional había desconocido. Para empezar a caminar, era preciso dejar atrás la pretensión de explicar estas nuevas realidades apelando a fórmulas de supuesto valor universal, profundizando, en cambio, la exploración de esa realidad.

La tarea de construcción de una nueva doctrina, apta para la comprensión de estos nuevos fenómenos, no era fácil y sigue no siéndolo, por varias fazones. En todo caso, la doctrina laboral continúa dependiendo, en variada forma, de la del Derecho privado y, lo que tiene todavía más serias consecuencias: son muchos (y entre ellos, jueces de las instancias superiores), los que piensan que esa dependencia es tan necesaria como inevitable.

Por otra parte, como lo ha destacado G. Lyon-Caen, la elaboración de una teoría del Derecho del Trabajo plenamente autónomo, requiere no sólo "el abandono de algunos términos y de algunas nociones mecánicamente transpuestos", sino también, y es lo más difícil, "encontrarles sustitutos" (12).

4.- Al quedar establecido que el Derecho Laboral no podía identificarse con el Derecho Privado, se plantearon otras alternativas. Así se buscó instalarlo en categorías conocidas del sistema jurídico o, de todos modos, integrarlo en un plano conceptual más amplio. A ese respecto, al tomar nota que se trataba de un derecho comprometido con la protección del trabajo y, consiguientemente, del trabajador, -considerado individual y colectivamente-, que en muchos países

tiene consagración constitucional, surgió la idea de que se inscribía en el derecho público.

Tal caracterización, que en un primer momento se presentó como satisfactoria y sedujo a varios insignes laboralistas, no pudo resistir a la comprobación de que muchas de las relaciones que el trabajo promueve, no pueden asimilarse a las que el derecho público considera (13). Además, la doctrina laboral, llegó al convencimiento que esa clasificación, heredada del Derecho Romano, poco o nada podía tener que ver con un derecho que abordaba realidades de otra naturaleza que las tenidas en cuenta cuando se proclamó esa distinción como summa divisio. Todo lo cual, tuvo diversas derivaciones, pero siempre en el entendido de que se trataba de un derecho distinto e irreductible a las categorías tradicionales.

5.- Por otro lado, como su objeto tiene notorias implicaciones económicas, ha sido relativamente frecuente sucumbir a la tentación de integrarlo en una nueva categoría a la que se adscribiría todo lo concerniente a la organización de sistema de esa categoría de relaciones y se le ha considerado parte del Derecho Económico. Sin embargo, es obvio que el Derecho del Trabajo no puede integrar el Derecho Económico, en la medida que su objetivo no es regular las relaciones económicas, sino atender a la protección del trabajo y del trabajador; lo cual no significa que no tenga consecuencias económicas, sino que las consideraciones de esta índole deben estar supeditadas a la consecución de su objetivo propio.

Esa diferencia sustancial, quedó sintetizada en la Declaración de Filadelfia de 1944, que está validada como expresión de un consenso universal. En ella consta un aforismo que, bajo su formulación asertiva ha sido, -y no sin razón-, muy cuestionado, pero que leído en clave jurídica, o sea, significando que el trabajo no debe ser considerado una mercancía, expresa un claro propósito y, al mismo tiempo, reivindica la autonomía del Derecho del Trabajo respecto de la Economía.

6.- La presente ponencia no se propone encarar la cuestión de la autonomía, porque a esta altura del desarrollo del Derecho Laboral se trata de un problema en buena medida superado. En efecto, se ha alcanzado en forma amplia, su aceptación como disciplina con características específicas y, como dice Néstor de Buen, en definitiva, el problema de la autonomía de cualquier rama del derecho, es una cuestión de política y de conciencia social (14).

Por lo demás, si no introducimos en la idea de la autonomía relativa, como hace la mayoría de la doctrina, -y por lo que se señaló en párrafos precedentes, ello es, al menos por ahora, inevitable-, nos tropezamos con una grave dificultad. En efecto, la determinación del grado en que una autonomía relativa puede calificarse como tal, pertenece a la categoría de las sorites a que se referían los interlocutores de las Cuestiones Académicas de Cicerón, cuando negaban la posibilidad de "indicar el último de los pocos o el primero de los muchos". Todo ello, sin contar con que el grado de autonomía alcanzado, está sujeto a circunstancias variables en los distintos países.

En ese entendido, lo que parece oportuno, al término del siglo que lo vio desarrollarse, es más bien reexaminar los rasgos que hacen a este derecho distinto y configuran lo que, siguiendo a Paul Durand, se califica como particularismo del Derecho del Trabajo (15). En todo caso, conforme a lo dicho, la cuestión de la autonomía quedará planteada en términos de deber ser.

II

Particularidades del Derecho del Trabajo

1.- La particularidad esencial.-

7.- La principal particularidad del Derecho del Trabajo, de la que, en cierta forma derivan todas las demás, quedó en evidencia en los párrafos introductivos. Tiene que ver con el objeto de su protección y supone una nueva actitud ante las realidades del mundo del trabajo. Implica, asimismo, desde otro ángulo, un cambio en la forma de concebir la igualdad de las personas, la que, -como señalaba Radbruch-, "deja de ser punto de partida del Derecho, para convertirse en meta o aspiración del orden jurídico" (16).

Si se tiene presente lo ya establecido en cuanto a las diferencias entre el nuevo derecho y el tradicional, no parece necesario examinar con más detenimiento este punto, máximo que se trata de cuestiones que han motivado cuidadosos estudios y sobre cuyas derivaciones existe un amplio acuerdo. En efecto, aunque no siempre se le de al realismo de esta rama del derecho su total alcance, es valor entendido por la doctrina laboral que el del trabajo no es, como dice agudamente G. Lyon-Caen: "un derecho de esencias, sino de existencia". Por lo demás, el "amparo preferente" al trabjador, ha sido erigido como principio rector de toda la disciplina y su significación y consecuencias han motivado valiosísimos aportes a los que corresponde remitirse (17).

8.- En una tentativa de sistematizar otras notas que hacen al particularismo de este derecho, podría referírselas a los siguientes extremos: A) Subyacencia del conflicto en las relaciones laborales; B) Dimensión colectiva del conflicto laboral; C) Papel central de la negociación; D) Repercusiones en el plano de las fuentes del derecho; E) Significación del tiempo social en el sistema normativo-laboral; F) Variedad y poderes de los operadores jurídicos. De tales asuntos, se tratará brevemente a continuación.

2.- Factores que determinan otras particularidades.-

A) Subyacencia del conflicto en las relaciones laborales.-

9.- La forma más corriente de aplicación del trabajo humano y la que, desde sus inicios, reclamó la atención del Derecho del Trabajo, es la que se desenvuelve dentro de una relación de trabajo. Este tipo de relación es, por su propia naturaleza, conflictual, en cuanto supone restricciones a la libertad de quien desempeña la labor.

Tal circunstancia, es independiente del régimen de producción, de la normativa jurídica y del sistema político, tanto como de la voluntad de las partes, aunque estas variables no sean indiferentes al grado o profundidad con que el conflicto se manifiesta y puedan influir para agravarlo o atenuarlo.

En efecto, al margen de la considerable variación que resulta de nuevas formas de organizar la producción, es obvio que el conflicto puede resultar atenuado por la protección que el derecho acuerde al trabajo asalariado (18), así como por el adecuado manejo de las relaciones humanas y por la puesta en práctica de contrapesos apropiados (salarios altos, reducción y flexibilidad de los horarios de labor, participación en la gestión y en los beneficios, obras sociales, etc.). También cabe admitir que la sensibilidad al conflicto varía por factores culturales o aún personales de cada trabajador hasta el punto que algunos de ellos parecen actuar como si el conflicto no existiese, lo que, desde luego, no quiere decir que no exista, al menos potencialmente (19).

10.- Sin abundar, por ahora, sobre las particularidades que se derivan del reconocimiento del carácter conflictual de las relaciones laborales, es oportuno retener, al menos, las que hacen a la dinámica de las consideradas por el derecho y las que condicionan la temporalidad de las soluciones concretas que se arbitren para superar las confrontaciones.

En cuanto a lo primero, es posible reconocer que el conflicto no sólo está en el origen y promueve el desarrollo de las organizaciones laborales, sino que es el motor de su actuación, tanto en el plano de la confrontación abierta, que incluye acciones como la hulega, -imposibles de identificar con los pourparlers característicos de las relaciones entre particulares que atiende el Derecho Civil-, como en el de los medios para superar esa fase.

En cuanto a lo segundo, importa recordar que como consecuencia de su sustracto conflictual, todos los acuerdos, tanto a nivel individual como colectivo son precarios. Vale la pena decir, al pasar, que por no haber comprendido esto, los jueces tardaron mucho en aceptar que la huelga no ponía fin a la relación de trabajo, e incluso, como ocurrió en Francia, demoraron en admitirlo aun después que ya se había operado el reconocimiento constitucional del derecho de huelga. Pero, sobre otras particularidades relativas a la subyecencia del conflicto habrá oportunidad de volver, cuando se examinen los demás factores.

(1) En nota que figura a p.60 de la 5a. ed. de El nuevo Derecho, (Ed, Claridad, Buenos Aires, 1960), se aclara que ese libro, cuya primera edición es de diciembre de 1920, recoge las conferencias dictadas por Alfredo L. Palacios en 1919 y 1920 en un Curso Libre de Derecho del Trabajo desarrollado en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.

(2) Le droit ouvrier, A. Colin, Paris, 1922, p. VI.

(3) Las transformaciones del Derecho Público y Privado, reeditado en su versión

española por Heliasta, B.Aires, 1975, p.230.
(4) Cf, Rainer Erd, "Hugo Sinzheimer (1875-1945).- Un appello alla liberazione del uomo" in Giornale di Dir. del Lav. e di rel. Ind., núm. 44, año XI, 1989/4, p.645 y ss.
(5) Como afirmaba rotundamente nuestro decano J. Jesús Castorena en su Manual de Derecho Obrero cuya primera edición es de 1932.
(6) Dicen con razón G. Ghezzi y U. Romagnoli que "antes de alcanzar una identidad propia, el nuevo derecho permaneció largo tiempo en condiciones de semi-clandestinidad en la periferia de un imperio, el del derecho privado codificado" (Il rapporto di lavoro, Zannichelli, Bolonia, 2a. ed., 1989, p.2)
(7) El más notorio exponente de esta posición, fue L. Barassi, quien la mantuvo en Il dir. de lav. (giuffré, 1949, t. I, p.169-171) y en sus El. di Dir del Lav (6a. ed. act. Giuffré, 1954,p.23). En ambos insiste en que la cuestión "carece de la importancia que se le ha atribuído" y rechaza la "ruptura brutal de los vínculos del derecho del trabajo con las otras zonas del derecho y, especialmente del derecho común"; pero admite que configura "una zona del derecho - derecho privado común, derecho público- con propios y peculiares caracteres, que por tanto, debe ser considerado como derecho especial" (p.23). El propio Barassi, al comentar tesis sobre la autonomía relativa, como la de Deveali y las referencias de éste a su posición, expresa: "Tengo la impresión... que la diferencia entre sus conclusiones y las mías, no es muy grande" (Il diritto, cit., nota 36 a p.170). De Ferrari también rechazaba el vocable autonomía, pero admitía que se trata de un derecho nuevo o distinto en muchos aspectos al tradicional" (Lecciones, FDCS, Mont., 1961,t,I,p.392).
(8) Es clásico el recurso a los criterios de A. Rocco (1928).
(9) Ghezzi y Romagnoli (op. cit., p.2) citan varios párrafos de un estudio de F. Carnelutti de 1913, sobre Infortuni sul lavoro (Studi, I, p.XII), donde éste destacaba que las necesidades existenciales del hombre que trabaja, dejan "casi indiferente a una ciencia jurídica imperturbablemente burguesa".
(10) Así p.ej., Cesarino Jr. en su Direito Social Brasileiro, cuya primera edición es de 1940, incluyó múltiples citas, muchas veces compartidas expresamente, de la Introducción a la Ciencia del Derecho, de G. Radbruch, en su edición española, (Madrid, 1930), donde constan los argumentos con que este A. contrapone el Derecho obrero al Derecho civil.
(11) Radbruch, op. cit., p.113.
(12) Este A. cita como ejemplos de términos y nociones a abandonar, los siguientes: "consentimiento de partes, obligaciones recíprocas, sinalagmatismo, rescisión judicial, culpa contractual, y también: acción en justicia, sentencia, ejecución; incluso vocablos tan neutros como usos y costumbres, jurisprudencia, exigen ser revisados y corregidos; a fortiori deben someterse a examen crítico, la significación usual de orden público, de abuso del derecho y, sobre todo, de empresa "(Du role des principes généraux du Droit civil en Droit du travail", in,

Rev. Dr. Civ., LXXII, 1974, p.231.
(13) Cfr. G. Lyon-Caen, op.cit., p.231-232.
(14) Derecho del trabajo, t.I. Porrúa, México, 1974, pp.109-109.
(15)"Le particularisme du Droit du travail", in Droit Social, Paris, 1945, p.298 y ss, - El término fue aceptado, en America Latina, entre otros, por De Ferrari, (Lecciones, cit., p.392).
(16) Introducción a la Filosofía del Derecho, México, 1955, p.162, apud De Buen L, N., op.cit. t.I.p.96.
(17) Desde luego hay que citar la obra de Américo Plá Rodríguez,Los principios del Derecho del Trabajo, 2a. ed. actualizada, Depalma, Buenos Aires, 1978, (p.23 a 66), aunque no se comparta la restricción del alcance de los principios.
(18) Por eso, estaban parcialmente en lo cierto los sindicalistas que se resistían a aceptar mejoras legislativas en las condiciones de trabajo, para no acallar la "protesta obrera". Pero, su razonamiento era falacioso, puesto que por un lado, como otras postulaciones metafísicas, conducía a aceptar el mantenimiento de condiciones inicuas por un tiempo indefinido, a la espera del paraíso terrenal, sacrificando, sin posible recuperación, las generaciones actuales. Por otro, no tomaba en cuenta que cualquiera fuera el nuevo orden que sustituyera al existente, no habría forma de quitarle al trabajo su penibilidad intrínseca y a las relaciones que crea, su compulsión limitativa de la libertad. A la primera de las objeciones, supo escapar Marx cuando replicando al obrero Weston, en 1865, introdujo el concepto de usurpaciones del capital y aplaudió la lucha de los sindicatos para erradicarlas, aunque estableció que su acción no debía "limitarse a una guerra de guerrillas contra los efectos de sistema existente, en vez de esforzarse, al mismo tiempo, por cambiarlo" (Salario, precio y ganancia, numeral 3 de la prop. de resol. presentada al Consejo Gral. de la Asoc. Int. de Trab. 26-27, VI, 1965, in C. Marx - F. Engels, Obras Escogidas, E.L.E., Moscú, 1955, t.I. p.465).
(19) Basta recordar la intensidad que suele alcanzar el conflicto cuando se manifiesta en sectores laborales que hasta ese momento habían expresado, aparentemente, conformidad con sus situación.

B) La dimensión colectiva.-
11.- El conflicto, puede ponerse de manifiesto a nivel individual o al de las organizaciones de trabajadores. Esta distinción, como se sabe, posee innegables consecuencias respecto de los medios técnicos para su solución, pero carece de límites precisos, por cuanto todo conflicto laboral puede transformarse por la acción sindical en un conflicto colectivo. De donde, la conversión de un conflicto en litigio, o viceversa, depende de la opción que haga el sindicato, sin perjuicio que, desconociendo el carácter sustancialmente colectivo de todos los conflictos, la legislación pretenda encasillarlos en una categoría preestablecida.
Es que la dimensión colectiva de los conflictos deriva en primer lugar de la

integración al mundo de las relaciones de trabajo de las manifestaciones de solidaridad de los trabajadores, dimanantes de la toma de conciencia, o la aceptación, de la existencia de "intereses comunes", para emplear la expresión utilizada como anatema por la Ley Le Chapellier.

D-164277 //

12.- Desde luego, esas manifestaciones de solidaridad tienden a hacerse visibles en las coaliciones y cuajan en organizaciones que asumen la defensa permanente de esos intereses comunes y emprenden acciones también colectivas. Es precisamente esa característica, la que, como ya se señaló, hace al conflicto laboral y a sus consecuencias jurídicas, irreductible a los esquemas del derecho tradicional.

13.- La dimensión colectiva se proyecta al conflicto individual y a las relaciones de esa clase, no sólo por la eventualidad de que todo conflicto individual se transforme en colectivo, sino por la propia integración de la peripecia del trabajador, individualmente considerado, en el mundo del trabajo (20).

<(20) Al no advertir esa dimensión colectiva, y al entender que las relaciones individuales carecían de especificidad, algunos autores, como De Ferrari, han sostenido que correspondía devolverlas al Derecho Civil o al Comercial (Lecciones, Cit. t.I, p. 19)>

Dicha integración, tiene además como consecuencia, que todo lo actuado en relación con un conflicto individual, adquiera proyección colectiva. Así un empleador decide el despido de un trabajador, no sólo ateniéndose a circunstancias relacionadas con el caso individual, sino también en vistas de obtener efectos de tipo colectivo como provocar una acción ejemplarizante, cursar un mensaje al sindicato, afirmar su autoridad, no crear precedentes, etc. A su vez, cuando se inclina a no adoptar una medida de esta clase, mide, además del peso del caso individual, los efectos que ella podría tener sobre el clima social de la empresa o del sector; sobre sus relaciones con el sindicato, etc.

Del mismo modo, las sentencias que los tribunales dictan en los litigios individuales, tiene una "fuerte proyección colectiva" (21) y un efecto paradigmático, más allá del valor que podría asignárseles en tanto que precedentes judiciales.

<(21) Monteiro Fernández, A., "Organizacao da Justica do Trabalho", in Anais do Congresso Internacional sobre Justica do Trabalho, TST, Brasilia, 1981, p.26.>

14.- En otro sentido, la dimensión colectiva, significa que el conflicto laboral, tanto actual, como potencial, interesa a todas las personas que integran una comunidad, al margen de su pertenencia o no al mundo del trabajo. De donde, surge otra particularidad, que está dada por las repercusiones del conflicto y de las soluciones dadas para evitar que se evidencie como confrontación o para que ésta cese.

C) Papel central de la negociación.-

15.- El conflicto,en su modalidad de confrontación, no puede ser una situación permanente,porque es incompatible con la prosecución normal de las relaciones

DERECHO

de trabajo y los trabajadores, ni pueden tener el propósito de impedir definitivamente el funcionamiento del sistema productivo (22), ni podrían permitírselo, por su dependencia económica del trabajo.
Por eso, se ha dicho con razón, que la negociación es una faceta de la acción sindical que, aunque se presenta como aparentemente contradictoria respecto de la confrontación, es en realidad complementaria (23).
<(22) Desde luego, conforme a la concepción de cierto sector del sindicalismo revolucionario, el instrumento apto para llegar a cambiar el sistema, es la huelga general por tiempo indeterminado; pero se trata, de todos modos, de una situación transitoria, pues también en este caso, el restablecimiento de la actividad económica, bajo otras bases, es el objetivo final, aunque la diferencia aquí pueda ser cualitativa.>
<(23) Iturraspe, F.J., "Introducción" (a "Retrucos sindicales...), Cuadernos Nueva Sociedad, Caracas, 1984, p.3.
16.- La negociación, en la acepción en que el término se emplea en el ámbito de las relaciones de trabajo, implica una voluntad de aproximación del titular de un interés, respecto de quien tiene intereses contrapuestos, unida al propósito de alcanzar ciertos logros.
Puede operar como un mecanismo preventivo de la confrontación, o sea, no entrar en funcionar sólo como fase resolutiva de ésta; pero ello no la desliga del conflicto, que conforme a lo ya señalado, siempre se encuentra presente en el mundo del trabajo. De donde, la solución a la que se arribe, no deja de ser un mero compromiso, cuya eficacia y permanencia no puede compararse con la de los contratos (24).<(24) Lyon-Caen, G., op. cit., p.241.>
En efecto, mientras que los contratos se fundan en el acuerdo de voluntades, en el compromiso que pone término a una negociación,- aun cuando se explicite en un convenio colectivo e incluso en una ley-, no existe tal acuerdo; o si se quiere, el único acuerdo, está referido al cese de la confrontación, es decir, que no alcanza al fondo del asunto. (25).<(Las anteriores consideraciones, no contradicen, como en seguida se verá, definiciones generalmente recibidas, como la de A. Marsh, aceptada por R. Blanpain, que presentan a la negociación e.s.e. como un..."conjunto de tratativas de los representantes de los trabajadores y los empleadores, con el objeto de establecer términos mutuamente aceptables y condiciones de empleo" (Comparative Labour Law and Industrial Relations la ed., Kluwer, Deventer, 1982, p.209). El compromiso se alcanza efectivamente cuando los términos son mutuamente aceptables, pero ello no equivale a la plena conformidad.> De donde, es acertada la comparación de los acuerdos surgidos de la negociación, en el ámbito laboral, con los armisticios y no con los tratados de paz.
17.- La idea de que el compromiso emergente de la negociación no supone un acuerdo de voluntades, deriva de la aceptación de la inmanencia del conflicto laboral, pero también de la forma en que se procesa, en función del conflicto

concreto que está tratando de resolver.
En efecto, los términos del compromiso son aceptados por las partes intervinientes respondiendo a supuestos que no incluyen lo que los filósofos griegos llamaban la synkatáthesin; esto es, la plena conformidad o aprobación, apta para servir como punto de partida del desarrollo de un discurso aceptable para ambos interlocutores. Antes bien, la aparente conformidad con el compromiso se hace normalmente bajo ciertas reservas, expresadas o no, que, simples o combinadas, giran sobre los siguientes extremos: aceptación de la fórmula de solución del conflicto como mal menor o como alternativa menos dañosa, o aún inocua; aceptación de la fórmula, como una etapa en el camino hacia un resultado o un objetivo más radical o diferente, y aceptación o aparente conformidad, atribuyéndole a la fórmula un sentido diferente, o se busca o aguarda que cause efectos distintos de los esperados por quienes la proponen o apoyan (26).
<(26) No parece necesario extenderse sobre la precedente afirmación. En todo caso, quien haya participado en una negociación laboral a cualquier nivel, sabe que las cosas ocurren de esa manera.>
18.- El reconocimiento de esta diferencia esencial entre el compromiso resultante de la negociación y el contrato (cuyos efectos como ley de las partes se funda en la ficción del acuerdo de voluntades), desacredita terminantemente el recurso a las técnicas de interpretación de éstos, consagradas por el Derecho Civil y obviamente la búsqueda de una común voluntad de las partes que no tienen porqué existir y que normalmente no existe.
Las conclusiones precedentes, a poco que se reflexione, resultan válidas tanto en el sistema de relaciones bilaterales permanentes descrito por O. Khan-Freund como típico de Gran Bretaña (27), como en aquellos casos que las tratativas representan un momento perfectamente determinado de las relaciones laborales.
<(27) Labour and the law, 2a. ed., Londres, 1977, pp.52-54; párrafo transcripto por B. Hepple, "Great Britain", in IELL,1980, parág. 44.
19.- Por otra parte y en la medida que la dimensión colectiva del conflicto de trabajo involucra a la sociedad en su conjunto, la negociación es un procedimiento que abarca todos los medios a través de los cuales es posible superar la confrontación. De donde, el Derecho Laboral se manifiesta, de varias maneras, como un derecho negociado y esa particularidad afecta, como se expondrá a continuación, todo el sistema de las fuentes.
D) Repercusiones en el plano de las fuentes.-
20.- Las particularidades del Derecho del Trabajo en materia de fuentes del derecho son múltiples, especialmente respecto de las que dan en llamarse fuentes formales (27). <(27) El autor de esta ponencia ha examinado algunos aspectos de esta cuestión, en ocasión del Simposio de Madrid (V. la publ. del Centro Iberoamericano de Cooperación, Madrid, 1978, pp.81-95) y, más extensamente, en el número especial de la Rev. del Colegio de Abogados del Uruguay,

Montevideo, dic. 1988, pp. 7-22). Algunas de esas particularidades son corrientemente reconocidas, aunque no siempre se les atribuye todo su alcance. Incluso se suele distinguir fuentes calificadas de propias (como serían los convenios internacionales del trabajo y los convenios colectivo), de las tildadas de comunes con otras ramas del derecho, sin detenerse a considerar las especificidades que éstan también presentan.

21.- En lo que se refiere a la legislación, englobando en esa expresión, tanto las leyes, como los convenios internacionales, -dentro de los sistemas en que éstos tienen ese reconocimiento cuando son ratificados- y los reglamentos y otros actos análogos, no cuesta mucho admitir su carácter negociado. En efecto, en la medida que la legislación laboral pretende introducir modificaciones a la realidad social, es inevitable que se contrapongan posiciones distintas sobre la oportunidad y conveniencia de las mismas, o sobre el grado en que serían aceptables y no es concebible, al menos dentro de un esquema democrático, otra alternativa, que la negociación y el compromiso, bajo las mismas reservas apuntadas en la sección precedente (28).<(28) V.supra numeral 17. Se dirá que, es corriente en el proceso de elaboración de las leyes, la negociación y el compromiso. Es verdad, la diferencia radica en que en el caso de la legislación del trabajo (y de la legislación social en general), la negociación siempre se refiere a cuestiones que hacen a una concepción de la sociedad y concretamente a la protección que debe acordarse al trabajo y a los trabajadores.>

Asimismo, el carácter negociado de esta fuente, se evidencia a través de los efectos indirectos de la autonomía colectiva, en cuanto los contenidos de la negociación y los compromisos fruto de ella, tienden a ser recogidos por la legislación, desde luego, por los decretos reglamentarios y por actos análogos de los gobiernos (29), pero también por las leyes.(30). <(29) Cabe destacar, que conforme lo exigen normalmente los convenios internacionales, los gobiernos deben efectuar consultas, o sea negociar, con las organizaciones de empleadores y trabajadores, antes de dictar las correspondientes reglamentaciones.>. <(30) Cfr. Ghera, E., Diritto del lavoro, Cacucci, Bari, 1989, p.8, En el Uruguay, dichos efectos indirectos de la negociación colectiva, se advierten desde las primeras leyes y concretamente la que estableció la prohibición del trabajo nocturno en las panaderías en 1918, recogió un acuerdo entre los empleadores y los obreros.> Todo lo cual, es sin contar nuevas modalidades, como las que resultan de la concertación social (31) y en general, de la fase llamada de estatización negociada, que se caracterizaría por "la abundancia de vinculos jurídicos que reposan sobre una combinación de autoridad y de consensus de los representantes de los intereses sociales" (32).<(31) Ermida Uriarte se

pregunta si no estamos ante una nueva fuente formal ("Introducción al estudio e la concertación social", in La concertacion social, AMF, Montevideo, 1985, p.42)> <(32) Ghezzi, G.-Romagnoli, O., "Italie", in Droit du travail, Democratie et Crise, 1986, p.130.

22.- Desde otra perspectiva, es posible comprobar que en la legislación laboral es muy frecuente la aparición de categorías de normas que son extremadamente raras fuera del ámbito del derecho social, como las de promoción, las programáticas y las de principio.

Por lo demás, aunque no sea tampoco una característica exclusiva, pero si una particularidad que la aparta netamente del Derecho Civil, la legislación del trabajo se integra y completa, -como ya se mencionó-, con normas de origen administrativo, como los decretos reglamentarios, los homologatorios y extensivos y las resoluciones con alcance general. La tendencia, en el derecho comparado, muestra una permanente ampliación del campo de esta clase de normas, incluso cuando existe codificación o consolidación de los textos (33).<(33) El código del trabajo francés, adoptado en 1973 por la ley 73-4, es representativo de esta tendencia, puesto que por el Decreto 73-1048, se fijó la parte reglamentaria de la codificación, en paralelo con los textos aprobados mediante ley (caracterizados por la letra "L"). De este modo, dicho código tiene actualmente una segunda parte, que incluye los decretos bajados en Consejo de Estado, (caracterizados por la letra "R"), y una tercera, que contiene los simples decretos (caracterizados por la letra "D"). En América Latina el caso de Venezuela es ampliamente demostrativo de la importancia que puede tener la reglamentación, incluso cuando existe codificación.>

23. El carácter negociado, determina otra particularidad de la legislación laboral, que se evidencia en su expresión verbal. En efecto, en la legislación del trabajo no sólo el imperativo suele estar fuertemente atenuado o flexibilizado (34), <(34) En relación con ese asunto, dicen con humor Ghezzi y Romagnoli, refiriéndose a las normas laborales a las italianas, pero el comentario es válido en general, que hacen pensar en mandamientos que en vez de ordenar simplemente: "honrarás a tu padre y a tu madre", agregara: "o al menos a uno de los dos" (Il rapporto di lavoro, 2a. ed., 1987, p.13). Por mi parte, ante la redacción a la que a veces es necesario llegar, especialmente en los convenios internacionales, añadiría: "siempre que te sea posible".> sino que es corriente, -y prácticamente inevitable-, la vaguedad y la ambigüedad de los términos, puesto que la imprecisión e incluso el silencio sobre un punto, que puede ser esencial, es generalmente un precio que hay que pagar para que el compromiso pueda lograrse (35). <(35) Lo dicho es, obviamente, válido también para los convenios colectivos que son las normas negociadas por antonomasia.>

De allí también que a los factores de fondo que concurren para que la normativa laboral sea siempre incompleta, se añadan los relativos a su expresión verbal,

para configurar un panorama de extrema e inevitable lagunosidad (36), que también puede ser anotado como otra particularidad de este derecho.<(36) Sobre esta cuestión, V., más extensamente: "El problema de las lagunas en las normas laborales ..." in VIII Congreso Iberoamericano de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, Buenos Aires, 1983, "Ponencias", t.II, pp. 993-1025.

A ese respecto, y teniendo presentes otros factores que concurren a provocar las lagunas, tales como el cambio de las costumbres y de la tecnología o que influyen sobre su percepción por los operadores jurídicos, es dable afirmar que en esta rama del derecho se dan varios tipos de ellas, incluyendo en alta proporción las lagunas deliberadas, las técnicas y las axiológicas.

24.- En los párrafos anteriores se han puesto en evidencia diversos factores que hacen a la particularidad de los convenios internacionales del trabajo. Entre ellos, se ha destacado la tendencia a su integración en la legislación interna incluso por expreso mandato constitucional (37);<(37) Como en España, por disposición del art. 96 de la Constitución de 1978. Desde luego, la referencia es, en este caso, genérica a "los tratados internacionales válidamente celebrados", pero en ninguna otra rama del derecho, la integración al derecho interno del contenido de las normas internacionales, posee la significación que tiene en Derecho Laboral. Es de señalar que en Argentina, donde ha existido una fuerte resistencia a aceptar la autoaplicación de los convenios internacionales, se han registrado recientemente fallos favorables a esa tesis en la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala VI, en relación con los derechos a la salud, a la negociación colectiva y de asociación (Casos Ojeda c/Maronese, 1985; Zander c/ Entel, 1988, y Juárez c/ Ministerio de Educación, 1989)> la manera en que se opera esa integración, y el incuestionable carácter negociado de su producción, consustancial, además de la estructura tripartita de la Conferencia Internacional del trabajo donde son aprobados.

Además de esas características, de por si suficientes para consagrar su especificidad en el sistema de las fuentes, es preciso anotar que bajo determinados supuestos, los convenios internacionales del trabajo, pueden ser considerados como poseyendo superlegalidad (38).<(38) El reconocimiento de la superioridad de la norma internacional, debidamente ratificada, sobre el derecho interno, está expresamente consagrado por algunas constituciones políticas, como la de Perú de 1979. En otras, explícitamente, como en la de España, (art. 10.2), o implícitamente, como en la de Uruguay (art.332), los convenios internacionales, la DUDH y demás instrumentos de esta clase, concurren, además, a la interpretación e integración de las laborales que involucran derechos y libertades fundamentales.> Aún es dable entender que, en ciertos casos, poseen obligatoriedad en el ámbito interno aún sin haber sido ratificados, y que, en otros, son fuente de conocimiento de normas complementarias, o funcionan como normas supletorias (39).

<(39) Los códigos de trabajo de Costa Rica (art.15) y de Haití (art.13), incluyen

los convenios no ratificados y las recomendaciones entre las fuentes aptas para colmar los vacíos de la ley. En el de Paraguay, es mencionado el Código Internacional del Trabajo entre las "fuentes de inspiración" de la legislación del trabajo, sin perjuicio que los convenios ratificados funcionen como normas supletorias (art. 6)>

27.- Si se vuelve a los convenios colectivos, donde la condición de norma negociada está fuera de discusión, habría que agregar a las diferencias reconocidas por los juristas tradicionales y a las que han ido señalándose en los párrafos precedentes, las que hacen a su dinamismo.

Es así que, a partir de la idea del conflicto, los acontecimientos posteriores a la aceptación del compromiso, no son, ni por tanto pueden ser considerados, como en la doctrina de los contratos, en tanto que evidencias de la común voluntad de las partes. Antes bien, las acciones de los partícipes en la negociación, posteriores al compromiso, deben ser examinadas y entendidas en función de la praxis y calificadas como relevantes, teniendo en vista su eficiencia.

28.- La significación cuantitativa y cualitativa de los usos y costumbres profesionales en el sistema de las fuentes del Derecho del Trabajo, configura otra particularidad de este Derecho, respecto de la que, por contar con general reconocimiento, no parece necesario insistir.

Empero, no puede pasarse por alto, que en esta rama del derecho, la costumbre puede operar incluso contra la ley, siempre que, como enseñaba E. Krotoschin: "no rompa la unidad del ordenamiento jurídico-laboral y no introduzca en él elementos contradictorios (en la medida en que exista tal unidad, no quebrada por la pretensión de legisladores ad hoc)" (40). <(40) "Los usos y costumbres en el derecho del trabajo", in Rev. Leg. del Trab. t.XIX, p.481, apud García Martínez, Roberto, "La costumbre como fuente de Derecho del Trabajo" in Rev. Der. Lab., Buenos Aires, año XXXI, núms, 8-9, agosto/set., 1989, p.264.

29.- Tal cuestión, nos conduce hacia otra particularidad relacionada con las fuentes, y es la relativa al funcionamiento del ordenamiento normativo en que se integran. En efecto las normas que forman el sistema, establecen sus prelaciones en función de su propósito protector, que se manifiesta en los principios de conservación y sobrepujamiento de los niveles mínimos asegurados por las distintas categorías de aquéllas (41).

<(41) V., más extensamente, en el Simposio de Madrid, cit.>

De tales principios, deriva una nueva concepción del orden público, calificado como laboral o social, cuyas especiales características han sido largamente examinadas por la doctrina. Cabe acotar, de paso, que si bien es necesario admitir que la tendencia a la flexibilización del Derecho del Trabajo y la consiguiente desregulación, ha provocado una reducción del ámbito del orden público laboral, existen fundadas razones para afirmar que este proceso tiene límites infranqueables, por lo que, de todos modos, se preservará una zona de garantías básicas (42).

<(42) Este asunto está desarrollado, en: "Los límites de la flexibilidad del mercado de trabajo" in rev. Derecho Laboral, Montevideo, tomo XXXII, núm. 155, julio-septiembre, 1989, pp. 414-429.>

E) Significación del tiempo social

30.- El trabajo y las relaciones que genera, son particularmente sensibles a los cambios que se operan a través del tiempo en las bases de la estructura social y en las diversas manifestaciones de la cultura. Fueron precisamente cambios de ambas clases, los que propiciaron el surgimiento y ulterior desenvolvimiento, tanto del movimiento sindical, como de la legislación de protección al trabajador y, en definitiva, del propio Derecho del Trabajo.

No se dice nada nuevo, a ese respecto, cuando se asevera que los aludidos cambios, que han continuado produciéndose en forma cada vez más acelerada, someten al nuevo derecho a presiones mucho más continuadas e intensas que aquellas a las que están expuestas las demás ramas.

Por lo demás, es sabido que el Derecho del Trabajo, a diferencia del derecho tradicional, se ve directamente afectado no sólo por los cambios reales en las orientaciones de la política económica y social, sino también por las oscilaciones o variantes más o menos circunstanciales en la forma que se ejerce el poder político.

31.- La acción del tiempo es, como ya se dijo, factor determinante de los inevitables vacíos de la normativa laboral, sin perjuicio de sus permanentes ajustes. Estos son tanto más frecuentes que en otros sectores del ordenamiento jurídico, cuanto que el sistema de las fuentes del Derecho del Trabajo dispone, a ese propósito, de variados mecanismos para la producción de las correspondientes normas.

Asimismo, los cambios se manifiestan en todos los planos, incluso en el de los valores, promoviendo variadas alternativas en relación con la regulación de una situación dada. Por tal razón, puede ocurrir que, en un momento, se aprecie como positiva para
la protección del trabajo una determinada solución, que luego es desechada. Es clásico el ejemplo de ciertas normas restrictivas del trabajo de la mujer, que pudieron considerarse favorables a principios de siglo y hoy son valoradas negativamente. Del mismo modo, luego de alcanzado determinado grado de protección en las condiciones de trabajo, puede surgir como más valiosa la seguridad del empleo, que el mejoramiento de aquellas.

32.- Mención especial, reclaman los cambios tecnológicos y los que se operan en las costumbres.

En lo que dice a los cambios tecnológicos, continúan siendo un motor de incesantes transformaciones de todo tipo que, en definitiva, repercuten siempre sobre el Derecho del Trabajo, tanto en lo relativo a la formación profesional, como respecto de las relaciones de trabajo y en lo atinente a la terminación de éstas y a la problemática de la desocupación.

Para señalar solamente un aspecto de la cuestión, - pero ciertamente de gran importancia y actualidad-, ahí está el proceso de desarrollo de modalidades atípicas en las relaciones laborales, que por diversos caminos ingresan al Derecho del Trabajo. En ese sentido, pocos ejemplos pueden ser más ilustrativos, que el de la contratación del trabajo a través de las agencias de trabajo temporal, pero también cabe citar los llamados contratos de solidaridad y los de empleo-formación, todos los que han motivado, en varios países, la adopción de regulaciones tentativas y provisionales.

33.- Asímismo, no se puede ignorar la especificidad que confiere al Derecho del Trabajo, y, en general al Derecho Social, su sensibilidad al cambio de las costumbres, que también está detrás de las variantes en la apreciación de los valores, a que ya se hizo referencia.

En efecto, el cambio de las costumbres, tanto hace aparecer como desaparecer ocupaciones, así como modifica su posición relativa en la escala de prestigio social, con inevitables repercusiones sobre la perceptiva laboral.

34.- En otro plano, es innegable también que en el Derecho del Trabajo se da, como en ninguno, el fenómeno del deslizamiento de los contenidos de las normas; o sea, como lo definió T. Ascarelli, la posibilidad de que "un instituto jurídico alcance a asumir nuevas funciones, independientemente de una modificación de su estructura y, por eso mismo, independientemente de una modificación de su regulación jurídica" (43).<(43) "Funzione economiche ed institut, giurid, nella tecnica della interpretazione", Milan, 1952, pp. 57-58, apud Veneziani, B., La mediazione dei pubblici poteri nei conflitti collettivi di lavoro, Il Mulino, Bologna, 1972, p.18.>

En todos los paises pueden, seguramente, encontrarse ejemplos de deslizamientos de esta clase. Para citar algunos ya clásicos del derecho del trabajo uruguayo, cabe mencionar los que se registraron en la aplicación de la ley que instituyó los Consejos de Salarios en 1943 (44),

<(44) Ley 10.499 de 12 de noviembre de 1943.>

cuya estructura jurídica estaba prevista para generar privativamente relaciones tripartitas, pero fue utilizada con éxito para desarrollar la autonomía colectiva y priorizar la acción sindical. A ese respecto, puede recordarse concretamente, el recurso a la homologación de los convenios colectivos por los consejos de salarios, para dotarlos de efectos erga omnes, y la sustitución de la elección directa de los delegados en dichos consejos, por la designación por las organizaciones sindicales más representativas de la rama de actividad. Todo lo cual se cumplió sin modificar ni una coma en el texto de la ley referida.

Otro ejemplo extraido de las prácticas uruguayas, es el del deslizamiento del contenido, que se operó en la ley que instituyó el seguro de paro en 1958 (45).

<(45) Ley 12.570 del 23 de octubre de 1958. La legislación del beneficio del seguro de paro total para los suspendidos, recién se produjo cuando se adoptó una nueva definición de los beneficiarios, en el art. 6o A del decreto-ley 15.180

del 20 de agosto de 1981.> En efecto, la ley contemplaba bajo la hipótesis del seguro de paro total, exclusivamente los casos de "trabajadores que hubieran perdido su empleo", esto es, que hubieren sido despedidos. De hecho, mucho antes que se enmendara la ley para acoger esa solución, se admitió la aplicación del régimen del seguro de paro total a todos los casos en que, aun sin que mediara ruptura de la relación laboral, la prestación de los servicios quedara totalmente suspendida, por decisión del empleador no fundada en motivos disciplinarios.

F) Variedad y poder de los operadores jurídicos.

35.- Los operadores jurídicos, que manejan las normas y a los que se les reconoce autoridad para interpretarlas y aún para aplicarlas, son en el Derecho del Trabajo más numerosos y tienen más poder que en otras ramas del Derecho.

En lo que dice a su número y variedad, hay que señalar que en el nuevo derecho, además de los operadores jurídicos tradicionales (jueces, tratadistas y profesores de derecho), existe una extensa lista de personas que pueden ser calificadas de ese modo. En dicha lista, hay que incluir, entre otros, a los inspectores del trabajo y de los servicios de la seguridad social y otros organismos aseguradores, pero también a los abogados y contables de las empresas y, desde luego, a los empleadores y quienes ejercen funciones de tales, así como a los comités de empresa y otros órganos análogos y, en cierta forma, a las organizaciones sindicales y sus asesores.

36.- Respecto de los poderes que los operadores jurídicos ejercen en la práctica de las relaciones laborales, son manifiestas las diferencias con los de quienes actúan en las demás ramas del derecho.

Por de pronto, la incompletud y lagunosidad de la normativa laboral abre un amplio campo de actuación a todas las categorías de operadores jurídicos que la manejan. Desde luego, obra en el mismo sentido el paso del tiempo, como acaba de verse. Pero además, en el caso de algunos de estos operadores, como los jueces, se produce, según ya hubo oportunidad de señalarlo, una colectivización de sus interpretaciones y decisiones. Este efecto paradigmático pueden tenerlo también, por lo menos en algunos casos, las decisiones que adoptan o las medidas que toman otros operadores, como los inspectores de trabajo y los funcionarios superiores de la administración del trabajo.

37.- Otro factor que influye para que la actuación de los operadores jurídicos posea mayor significación en el Derecho del Trabajo, tiene que ver con el involucramiento con la situación a la que no pueden escapar, como consecuencia de la concepción de la sociedad y de la problemática del mundo del trabajo que cada uno tiene. O sea, que los operadores jurídicos, incluso los técnicamente imparciales, perciben las lagunas o las rellenan y pronuncian en sus juicios, dictámenes, y pareceres en función de su idea sobre como debería razonablemente comportarse un "buen trabajador" y respecto de los derechos y beneficios que deberían reconocérsele. Los operadores del derecho tradicional, sólo excepcionalmente, por ejemplo en algunos temas del derecho de familia, se

manejan con materias que generan situaciones análogas y en las que se vuelve relevante la carga de prejuicios y emotividad.

38.- Otra nota distintiva resulta del hecho que en el ámbito laboral varios operadores están en condiciones de crear normas con mayor amplitud que lo que nunca han llegado a hacerlo en los demás campos. Y no se trata sólo de los jueces, sino de los propios empleadores, que, en muchos países, no solamente son todavía juez y parte en materia disciplinaria, sino que suelen ser quienes elaboran los reglamentos internos, que luego interpretan y aplican.

Las propias organizaciones de trabajadores se ven atribuir, en ciertos casos, facultades como "administradoras" de los convenios colectivos en que participaron (46) y, desde luego, intervienen al mismo título, pero con distinto propósito que los empleadores y sus organizaciones, en el proceso de interpretación y aplicación de los compromisos asumidos como resultado de la negociación. Dicho proceso como ya hubo ocasión de subrayarlo, es fundamental para la definición del verdadero alcance de lo acordado (47).

<(46) Tal como dispone expresamente la Ley Federal del Trabajo en México.>

<(47) Es posible reconocer casos en que las organizaciones sindicales introducen, por su cuenta, nuevas normas a través de su participación en la aplicación de las existentes. Así en la práctica uruguaya, los sindicatos, habían conseguido al fin de los 60, que los empleadores reconocieran la validez erga omnes de los convenios colectivos que celebran, aun sin contar con la hemologación de los consejos de salarios, con tal que se hubiera hecho efectiva la publicación del convenio en el Diario Oficial.> 39.- Aún, es imperioso incluir en este rubro, los poderes de autoregulación del conflicto que las organizaciones sindicales han ido asumiendo en muchos países, al instituir modalidades que se comprometen a observar en el ejercicio del derecho de huelga. Estos poderes, se concretan en normas elaboradas por los propios sindicatos, que, además de introducir limitaciones a la acción sindical, en los hechos, imponen su observancia a los empleadores involucrados. En efecto, los códigos de autoregulación, no solamente establecen, por ejemplo, la forma en que han de cubrirse los servicios considerados esenciales, sino que está implícito en ellos, que el empleador debe aceptar la prestación del servicio en esas condiciones, bajo pena de ser responsable de su interrupción.

III

Conclusiones

40.- la conclusión general que parece posible extraer de los expuesto precedentemente, es la confirmación del particularismo del Derecho del Trabajo y su condición de distinto, respecto de las demás disciplinas jurídicas.

Si se examinan las consecuencias de ese particularismo, es dable establecer

algunas otras conclusiones que básicamente pueden ser referidas a: a) cuestiones relacionadas con la teoría jurídica; b) cuestiones metodológicas, y c) cuestiones relativas a la justicia del trabajo.

41.- En lo concerniente a la teoría jurídica, los desarrollos anteriores sirven para justificar plenamente que no se trata sólo del rechazo del sistema tradicional, sino que es necesario continuar replanteando todos los problemas, a partir de la realidad del mundo del trabajo, manteniéndose en permanente contacto con ella. Lo que se necesita, es perfeccionar un sistema que tenga en cuenta la protección del trabajo y no olvide la subyacencia del conflicto, ni la dimensión colectiva de las relaciones laborales, ni las contingencias de la negociación, ni los demás particularismos de aquellas.

Semejante enfoque, lleva implícita la renuncia a toda pretensión de llegar a la elaboración de "conceptos puros"; o sea, exige del jurista la disposición a aceptar que en esa rama de la ciencia jurídica, no es posible elevarse, sino muy prudentemente, por encima de un marco de referencia concreto. Es oportuno recordar, a estos efectos, que las circunstancias de hecho en que operan las normas laborales y la realidad social que la circundan, además de variar en el espacio y de ser afectadas por las transformaciones estructurales, de la tecnología, de la cultura y del sistema político, son susceptibles, a su vez, de resultar modificadas por efecto de las mutaciones deliberadas de esa normativa, que es empleada y funciona como instrumento de cambio social.

42.- La consecuencia que corresponde extraer de lo antedicho es que los estudiosos del Derecho del Trabajo, deberían conformarse con elaborar teorías del orden de las que se definieron por R.K.Merton como de alcance medio; esto es, teorías que sólo tienen validez para una determinada clase de fenómenos.

43.- En otro plano, también se debe admitir que el conflicto que informa todo el Derecho del Trabajo, no se presta, sino en una mínima parte, a su resolución por vía jurisdiccional, es decir, haciendo funcionar el derecho. Por el contrario, cuando el conflicto laboral trasciende al ámbito colectivo y asume carácter de confrontación, -lo que puede ocurrir en cualquier momento-, es lógico suponer que serán vanos los intentos por encontrarle solución, aunque sea temporaria, sometiéndolo a decisión de órganos judiciales o a arbitrajes compulsivos. Todo lo cual debe ser entendido, no como una insuficiencia o imperfección del sistema, -como en algún momento se pensó-, sino como la consecuencia natural y necesaria de los factores que hacen a su particularismo.

44.- En cuanto a las referencias metodológicas, parece claro que el realismo y el abandono de las ficciones, impone a todo el que desee comprender la dinámica propia del Derecho del trabajo, transitar por caminos no frecuentados por las demás ramas del Derecho.

La cuestión consiste, en no apartarse del punto de vista jurídico, pero estar atento al auxilio que pueden proporcionar otras ciencias sociales y, fundamentalmente, saber aprovechar los datos que proporciona el enfoque multidisciplinario de las

Relaciones Laborales.

45.- De lo establecido precedentemente, se desprende también, que el Derecho del Trabajo, reclama nuevas actitudes en todos aquellos que operan con él. Desde luego, lo que acaba de afirmarse es especialmente válido para los jueces llamados a aplicarlo a los conflictos individuales, máxime, si se tiene en cuenta la inevitable ambiguedad de los textos, las lagunas y las mutaciones resultantes del transcurso del tiempo.

La necesidad de lograr ese acercamiento a la realidad, así como la admisión de la inmanencia del conflicto, -y en cierta medida, el propósito de atenuarlo-, condujo a que, desde los inicios de la magistratura laboral, se pusiera en práctica su integración con jueces extraídos del mundo del trabajo y que se la dotara de poderes para fallar por equidad.

La experiencia de muchos países muestra, sin embargo, que esa fórmula no siempre ha dado los resultados esperados. Asimismo, ocurre que a través de recursos de casación o amparo, las controversias más importantes terminan por ser resueltas por tribunales superiores, cuyos integrantes, por el propio cargo que ocupan, por su formación, o por la mayor frecuentación que han tenido con el derecho tradicional, suelen no poder desprenderse de los esquemas mentales de éste. Como consecuencia de ello, no sólo tales tribunales, son reticentes a aceptar elaboraciones doctrinales adecuadas a la finalidad del Derecho del Trabajo, sino que, a veces, aferrándose a concepciones del derecho común, se resisten a aplicar en su recto sentido las disposiciones inequívocas de las leyes laborales (48).<(48) Se recuerda, a ese propósito, los "Apéndices críticos" a las sucesivas ediciones de El nuevo der. mexicano del trab., donde De la Cueva denunciaba, con vehemencia, las desviaciones de la preceptiva de la nueva LFT en que, a su entender, incurría la jurisprudencia de su país.>

45.- Corolario de la anterior afirmación, es la exigencia de que exista especialización de la magistratura y del régimen procesal en todas las instancias; pero también, el requerimiento de que los jueces de la materia laboral, tengan una formación especializada, en la que no debería faltar un conocimiento teórico-práctico de la realidad del mundo del trabajo.

Ello, ciertamente, no va a evitar que la concepción que cada cual tenga sobre la problemática laboral, influya en las decisiones que adopte, pero asegurará que quienes realicen la carrera en ese sector de la magistratura, estén compenetrados con la idea de que se trata de un derecho distinto y prevenidos respecto de los riesgos especiales que plantea el ejercicio de la función jurisdiccional en este campo. Todo lo cual, es sin perjuicio de reconocer la importante contribución al progreso del Derecho del Trabajo que la jurisprudencia ha hecho, en casi todos los países.

46.- No es posible dar por terminado este desarrollo, sin aludir, aunque sea muy brevemente, a los efectos que pueden tener sobre el Derecho laboral las transformaciones que están operándose en la actualidad, especialmente como

consecuencia de la llamada flexibilidad del mercado de trabajo. O sea, es el caso de preguntarse, como ya se está haciendo insistentemente desde hace varios años, si todo este particularismo no es algo del pasado y, en definitiva, el derecho del trabajo no debería retornar al cauce del Derecho Privado (49).

<(49) La cuestión había sido promovida ya antes, por otros fundamentos, por Deveali y con particular énfasis por De Ferrari, según lo señala Plá Rodríguez, "El der. del trab. en Am. lat. Sus crisis y perspectivas, in rev. Der.Lab., Montevideo, t.XXI, núm.110, 1978, pp. 149 y ss.>

47.- A este respecto, corresponde comenzar señalando que incluso las poderosas organizaciones patronales europeas que han prohijado el movimiento hacia la flexibilización, admiten que no entra en sus propósitos reinstaurar la situación que caracterizaba a las relaciones laborales con anterioridad al surgimiento del Derecho del trabajo (50). <(50) Cfr. J. Monat, "La flexibilidad del mercado de trabajo", in Confebask, p. 17.>

Asímismo, los exponentes más calificados de la doctrina de la flexibilidad, no postulan un modelo de flexibilización salvaje, sino más bien una flexibilización controlada que reconoce frenos a la libertad empresarial, y que en cierto sentido, reafirma algunos de los rasgos caracterizantes del Derecho del trabajo (51). <(51) Así por ejemplo R. de Luca Tamajo, "La flexibilidad del trabajo en los países de la CEE", en Cuestiones Laborales (homenaje a M.V. Russomano), UNAM, México, 1988, p.238.> Por lo demás, aun quienes llevan la idea de flexibilización hasta sus últimos extremos, no pueden dejar de reconocer que el proceso en cuestión, tiene condicionamientos económicos y técnicos que no pueden expandirse más allá de ciertos límites sociales, políticos, sindicales y jurídicos (52). <(52) V., más extensamente, sobre este particular: "Los límites de la flexibilidad del mercado de trabajo", in rev. Der. Lab., Montevideo, julio-septiembre 1989, t.XXXII, núm. 155, pp. 414-429.>

48.- En suma, pueden sentarse como conclusión final, que conforme al dinamismo de la situación sobre la que está implantado, al Derecho del Trabajo le aguardan cambios que irán procesándose de diferente manera y con diferente profundidad en los diversos países. Estos cambios, no significarán solamente rectificaciones parciales y presumiblemente temporales de algunas de las tendencias que lo caracterizaron hasta el presente, sino también ampliaciones de su campo (53) y de todos modos, no afectarán su particularismo esencial.

<(53) V., más extensamente, las conclusiones que resultan de la mesa redonda desarrollada en ocasión del X Congreso Iberoamericano de Der. del Trabj. sobre El futuro del Derecho del trabajo, Montevideo, 1989.>

EFETIVIDADE DOS DIREITOS SOCIALS NA ATUAL CONSTITUÇÃO BRASILEIRA

JOSE MARTINS CATHARINO
(BRASIL)

sendo que, para e econômica, concorrem às gigantescas apátridas, multinacionais ou transanacionais.
A homegeneidade das causas da "Questão Social" concorreu, e está concorrendo, para a uniformidade da legislação do trabalho lato senso, compreendendo a da Segurança Social.
A idéia - mestra que move a atuação da OIT pode ser expressa assim: harmonizar heterogeneidade nacionais com tratamento jurídico homogêneo. Concorrer para uma unidade global, com diversidade.
Essa tarefa também deve ser a de todos os juristas iberoamericanos.
"A Questão Social" é, por subentendimento pacífico, uma das questoes sociais, a gerada pelos conflitos entre às forças do capital e do trabalho, individuais e coletivas. Entre trabalhadores e donos de empresa, ambos indispensáveis à produção de bens e servicos em massa, para o mercado.
O social, adjetivando essa questão específica, veio do Século XVIII, cada vez mais arraizou-se e expandiu-se, ganhando significado tácito próprio. Por ex., "Direito Social", como sinônimo de Direito do Trabalho, de Direito da Previdência Social e de "direitos sociais."
Social, não no sentido genérico, mas em específico determinado, tendo o mestre brasileiro A.F. Cesarino Júnior unido a ambos através sua concepção de Direito Social, dedicado aos "hiposuficientes", em conflitos e controvérsias con os hipersuficientes, constituindo "A Questão Social."
Essa concepção "social" do Direito, generalizada, mais ou menos influente, concorreu para o humanismo jurídico. Normativo, bem diferente do humanitarismo caritativo, dependente de consciências individuais, por religiosidade ou não. Concepção que desencadeou o movimento comunista e a "doutrina social da Igreja", hoje ecumênica.
Humanismo jurídico, pela razão simples e fundamental de ser o trabalhador pessoa humana, socialmente considerada, qualitativa e quantitativamente. Historicamente, surgiu o "social" em contraposição ao individual, ao individualismo proprietarista, baseado na concepção abstrata e numérica individual, alheia à condição e situação sócio-existencial dos trabalhadores, da qual é exemplo a medição per capita do produto nacional bruto - PNB.
"Justica social" e "Paz social" são apontadas, respectivamente, como solução e finalidade.
1.3 - Pessoalismo e socialidade.
Os dois são manifestações contrarias ao individualismo exacerbado, mas são incapazes de elimina-lo.
Pessoalismo não é personalismo, nem socialidade, socialização. O primeiro e o terceiro significam um avanco humanista, em relação ao individualismo, ao egoismo, socialmente nocivo, refletido em uma economia autoritária, que impede o processo democrático de igualização, da qual a sociedade anônima, a abertura de seu capital, mal dita "democrática", e a ação ao portador são significativos

exemplos.
Na área da propriedade, do domínio das matérias naturais e dos bens e serviços produzidos, exemplos de socialidade são: a desapropriação por utilidade e para fim social, a função social da empresa e os encargos sócio-trabalhistas.
Na área do trabalho, a lei trabalhista em geral, protetora dos que o prestam, e que lhes garante mínimos. Legislação como manifestação de socialidade, mas não significando, nem causando mudança estrutural, embora tendo como destinatária a pessoa trabalhadora, mas não o enriquecimento de sua personalidade.
Ê no contexto dessa socialidade e desse pessoalismo que devem ser colocados os "direitos sociais."
1.4 - "Direitos sociais."
"Sociais", e não socialistas nem socializantes, pois nenhuma substancial alteração revelam ou produzem nas bases da sociedade, principalmente quanto ao exercício e distribuição do poder político, econômico e da renda nacional. Entre esses "direitos sociais" estão os trabalhistas lato senso, importantes porque: a) conferidos a pessoas que estão trabalhando e às que trabalharam, contra renumeração, o que atribui conteúdo econômico; b) conferidos a uma quantidade cada vez maior de pessoas.
Em duas palavras, importância qualitativa e quantitativa. por isso, revelando humanismo social, de caráter imperativo, que exige intervenção do Estado, para sua própria estabilidade.
Tais direitos, recém-criados, atestam evolução do Direito, e menor imperfeição da sociedade. mais ou menos acentuada, em proporção a menor formalismo e a maior e real efetividade.
Evolução iniciada mediante leis esparsas e poucas, que se foram avolumando; após, consolidades e codificadas, como no Brasil, e, afinal, refletida nas Constituições - o que chamamos verticalização. Essa fase de verticalização nacional iniciou-se aqui, no México, que nos honra com sua hospitalidade, internacionalizouse a expandiu-se, até se tornar geral.
Consequencia dessa evolução é o conceito "social" do salário, em oposição ao individualista, privatista, proprietarista, civilista, impermeável, fechado em si mesmo.
Socialidade significando "uma victoria del humanismo jurídico... Essa ampliación conceptual personalista, contraria a la reducción, abstracta y numérica es consecuencia de la consagración de los "derechos sociales." Inicialmente em la legislación ordinaria y despues en la constitucional... "Derechos sociales" nacidos en reacción al individualismo formal y abstracto, de nefastas consecuencias, contra la persona trabajadora, pero que se vienem a juntar a los "derechos individuales" del ciudadano contra el poder autoritario...
Definitivamente, el "concepto social de salario" - que sirve para garantizar la capacidad de consumir .- tiene reflejo económico positivo, en esta sociedad en que vivimos. Pero no se trata aun de un concepto socializante, vale decir, democrático.

Por eso mismo, tal concepto no conduce a la desaparición del régimen asalariado, porque los costos resultantes del "salario social" son trasladados a los consumidores, que son todos, a pesar defensa de los "intereses difusos". (Concepto de "Salario Social. El Salario." Estudios en homenaje al Profesor Américo Plá Rodríguez, Tomo I, Montevideo, 1987)

Mudando-se o que se deve mudar, estas observações são extensivas a muitos institutos do Direito do Trabalho, também exemplos de socialidade. Sem falar na responsabilidade objetiva de indenizar dano causado por infortunio do trabalho, emigrando para sistema de Segurança Social. Socialidade do risco, socialidade do seguro. Risco social, inimputável a alguém determinado, coberto, por isso mesmo, por prêmio diluído e difundido ao máximo. Social, portanto. Socialidade que passou a impregnar quase todas às ordens jurídicas nacionais.

Nada melhor e mais apropriado para ilustrar o principio da socialidade do que o ocorrido com o direito de propriedade, sempre relacionado com o poder e o trabalho. Entre quem é proprietário e quem é somente trabalhador. Marcante e progressiva evolução, que alimenta esperança no aperfeiçoamento da estrutura social.

Escravatura, servidão, trabalho formalmente livre, e mais real, graças ao Estado democrático e ao normativismo autônomo, produzido por sindicatos e empresas, grupos sociais.

Do direito absoluto de propriedade -até de usar e abusar do escravo = coisa - a sua função social, refletida na desapropriação e na finalidade atribuida a empresa neocapitalista.

Entretanto, sem que haja transformação da economia autocrática e autoritária em economia democrática a democracia política não se aperfeicoa, e sempre estará periclitando, pois contrafeita. Em passando, a abolição da propriedade privada, contrária a natureza humana, é utópica e não traz, necessariamente, mais liberdade e menos desigualdade. Isso só e possível pela socialização.

Não se trata de extinguir o direito de propriedade. Ao contrário, de assegurá-lo a um número cada vez maior de pessoas, principalmente às trabalhadoras; para que mais sejam proprietárias, e que menos sejam proprietários de mais, com toda sequela decorrente, de excessiva desigualdade.

II

2 - A VERTICALIZAÇÃO CONSTITUCIONAL, ESPECIALMENTE NO BRASIL.

- A Constituição do Império, de 25.3.1824, limitou-se a declarar a liberdade de trabalho, e a abolir "às corporações de oficio", a garantir "os socorros públicos", etc. Fê-lo sob a influência dos principios individualistas, refletidos na "Declaração de Direitos", de 12.6.19776, em Williamsburgh, antes da declaração da indepen-

dência norte-americana, e logo após a da Virginia; na "Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadao", de 29.8.1789, que iria ser o preâmbulo da Constituição francesa de 3.14.9.1791, e tivera uma fonte o Bill of Rights de Virginia. Assinale-se que, provando o dito no ítem 1.1, desta comunicação, antes da Constituição francesa de 1791, em nome da liberdade individual do trabalho, e contra o corporativismo medieval, o "Decreto d'Allard", de 2-17 de março de 1791, e a "Lei Le Chapelier", de 14-17 de junho, do mesmo ano, já haviam abolido às corporações de oficio. Assim tendo sido, na Constituição do Império, de 1824, ecoou o que se proclamara na Revolução Francesa, cujos princípios individualistas, burgueses e proprietarista, criatalizaram-se no Código Civil dos franceses, de 31.3.1804.

Era a época em que, quando "a França tinha gripe, o Brasil espirava", no sugestivo dizer de Sá Pereira.

- A primeira Constituição republicana, de 1891, limitou-se a assegurar o direito de associação e o de reunião e a liberdade de trabalho. Com sua reforma, em 1926, passou a ser da exclusiva competência do Congresso Nacional "legislar sobre o trabalho".

- A Revolução de 30, caracterizada por notáveis deslocamentos dos centros de poder, deu inicio à fase de atos legislativos esparsos, quando foi criado o Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio, cujo primeiro titular foi o notável Lindolfo Collor.

Dela foi fruto a Constituição de 1934, um verdadeiro marco divisório. Tem trascendente valor histórico, à maneira liberal progresista, pois a primeira conter um elenco de "direitos econômicos e sociais", após os políticos e individuais (Tít. IV, arts. 115 a 143; especialmente, arts. 120 a 123).

Dezessete anos depois da Declaração de Direitos Sociais, em Quéretaro, inserida na Constituição mexicana de 1917, honra e glória da nossa hospedeira. Pouco menos após a Declaração dos Direitos do Povo Operário e Explorado, aprovada pelo Congresso dos Sovietes de Operários, Soldados e Camponeses, seguida da Constituição do mesmo ano de 1918. Do "Tratado de Versalhes", de 28.6.1919, do qual nasceu a OIT (Parte XIII dedicado ao Trabalho, arts. 387 a 426) e da "Constituição de Weimar", de agosto do mesmo ano, social-democrática.

- Golpe de Estado, em 1937, seguido da Carta, do mesmo ano, contendo na parte dedicada a "Ordem Econômica", arts. 136 a 139, um elenco não-exaustivo de preceitos trabalhistas.

Muito legislou-se no período, sendo dele a Consolidação das Leis do Trabalho. Período em que foi nítida e confessada a influencia do regime corporativo fascista italiano.

O fato comprova a importancia da "Questão Social", necessitando de leis específicas, independentemente de ideologias e de formas de Governo.

-Cessado o período ditatorial, iniciado em 1937, tivemos a Constituição de 1946, mais avancada do que a de 1934.

Do seu Tit. V - Da Ordem Econômica e Social, seus arts. 157 a 159 foram dedicados a legislação do Trabalho, a greve e a organização sindical.
- Novo golpe de Estado, vitorioso em 1.4.64, e o poder militar, coadjuvado pelo econômico, e apoiado pelas forças conservadoras e retrógradas, passou a ser o verdadeiro Governo.
Somente em 24.1.1967 foi baixada outra Carta constitucional. Como a Constituição de 1946, dedicou um Título a "Ordem Econômica e Social", cujos arts 165 e 166 dispuseram, também, sobre direitos trabalhistas mínimos, incluso o de greve, e sindicais.
De abril de 1964 a pouco antes de 1988, transcorreu um longo período, quando o exercicio das liberdades tornou-se quase impossivel, sufocado por um conceito maquiavélico de "segurança nacional." Semelhante aos havidos em outros países iberoamericanos, como na Argentina, Chile e Uruguai.
Para o jurista, do ponto de vista de técnica legislativa, desse período é uma fase inusitada, e, talvez, ímpar.
De 1.4.64 - embora formalmente ainda vigente a Constituição de 1946, até perto de 1988, os militares, apoiados pelas forças económicas, perseguindo os demais poderes não-constituídos, impuseram a sociedade nacional daus ordens: a constitucional ditada, e a "institucional", derivada de "Atos Institucionais". Paralelas, e, portanto, somente se encontrando no infinito. A segunda, superposta a primeira.
Basta um exemplo, dentre outros muitos: a Carta de 1967 incluía, entre os "direitos e garantias individuais" (art. 153, 4o., modificado pela Emenda Constitucional n.7, de 1977), o da lei não poder "excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual". Pois muito mal, um "Ato Institucional" (o primeiro não teve número, pois seria único) determinou a exclusão. Como numerosíssimos Decretos-leis - ato legislativos de um Poder Executivo usurpador, - foram baixados com fundamento em "Atos Institucionais", surgiu um problema sem similar: o da ininstitucionalidade de Decreto.lei...
-Finalmente - sempre restritos ao tema, veio a Constituição de 5.10.1988, a de mais longa gestação.
Esta Constituição contém novidade notável, quanto a sistemática. No seu "Título II - Dos Direitos e Garantias Fundamentais", em seguida ao "Capítulo I - Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos", está o específico, dedicado aos "Direitos Sociais" (arts. 6o. a 11).
Enquanto isso fizeram, os constituintes dedicaram o Título VII a "Ordem Econômica e Financeira", e o seguinte, a "Ordem Social", compreendendo: "da Seguridade Social; Educação, Cultura e Desporto; Ciência e Tecnologia; Comunicação Social; Meio Ambiente; Família, Criança, Adolescente e Idoso, e Indios." (2)
Esse critério de sistematização, determinante da inclusão dos "Direitos Sociais" entre os "Direitos e Garantias Fundamentais", como se verá, é de suma importância no subtema seguinte, o principal desta comunicação.

III

3 - A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS CONSTITUCIONAIS.

As ordens jurídicas das nações iberoamericanas padecem de dois grandes males: 1o - o da inércia de muitos dispositivos das suas Constituições; 2o.- o da deficiente aplicação da legislação vigente, para o que concorre a escassa atuação administrativa, de inspeção e fiscalização a que se soma generalizada impunidade.
Esses fatores patológicos e endemicos estão relacionados com os sistemas de direito escrito, como são os das nações iberoamericanas, com raízes espanholas e portuguesas, desde o tempo da redescoberta e da colonização.
Trata-se de característica comun, uma das várias que separam a Iberoamérica da Norteamerica, esta com outras raízes, cujo sistema jurídico é o da Common Law.
Não estando a deficiente aplicação em causa, bastam algunas registros.
Em nossa monografia "O Trabalhador Rural Brasileiro", de 1958, sendo a legislação trabalhista agrária muito descumprida, colocamos estas palavras de Einstein:
"Para o prestígio de um Estado e para o de uma lei, nada há mais perigoso do que promulgá-la e não estar em condições de impor seu cumprimento."
Muitos anos antes, em 1941, haviamos apresentado, ao 1o. Congresso Brasileiro de Direito, a seguinte tese:
"Em se tratando da aplicação das leis sociais, é regra geral, no Brasil, a sua parcialidade. São exceções: - I - a
aplicação integral: - II - a não-aplicação."
Pode-se afirmar, com escassa margem de erro, que o descumprimento voluntário da lei, inclusive o doloso, fraudulento, é mais generalizado do que o resultante do seu desconhecimento. (O art. 5o., da Introdução ao Cód. Civ. brasileiro, de 1916, determina: "Ninguém se excusa, allegando ignorar a lei..." Este preceito, em pais continental como o Brasil, com contingente elevado de analfabetos, e mais o fato da vacatio legis ter quase desaparecido, contamina esse preceito de injusto irrealismo).
Houve quem dissesse que lei virgem nada gera, mas certo é ser seu descumprimento elemento de peso na formação e crescente desenvolvimento da economia oculta.
No Brasil, há mais de 10 milhões de trabalhadores irregulares, de uma população ativa conhecida de uns 40 milhões.

3.1 - Realidade social e realidade jurídica.

Filosoficamente, real se opoe ao aparente. Real é o que é. Irreal, o que não é, embora pareça ser. Entretanto, o conceito de real varia de acordo com numerosas correntes filosóficas, sendo a empirista e a idealista às mais divergentes entre si, sem falar na do realismo exclusivamente sensorial.
A realidade social, compreendendo sujeitos, atos, fatos e coisas materiais e

imateriais, e matéria prima do Direito, que a especifica, dando-lhe efeito jurídico, segundo critério valorativo, normatizando o produto, o que é normalizá-lo. Entretanto, nem todo ato, fato ou coisa é aproveitado na produção jurídica. Deles há resíduo não aproveitavel, embora possa vir a ser reciclado.

Em contrapartida, o Direito têm realidades próprias, "que a própria realidade não têm"...

A essas realidades costuma-se chamar "ficções jurídicas", ou seja, realidades criadas pelo Direito, para uso próprio, que não são poucas. Ninguém melhor que o grande Santi Romano, organicista, tratou do assunto sob o título "Realidad Jurídica (Fragmentos de um Dicionario Jurídico", trad. argentina, 1964).

A pessoa jurídica é considerada uma dessas "ficções".

para o direito do trabalho, de muitas legislações nacionais, o ano têm treze meses, e, por consequência, há um décimo-terceiro salário mensal, sob denominações variadas.

Outro ex., brasileiro: a hora noturna de trabalho é no período das 22 às 5, sendo de 52 minutos e 30 segundos.

Essas aligeiradas observações nos vieram à mente quando pensávamos na efetividade das Constituições, e na em realidade social iberoamericana.

3.2 Realidade social e realidade constitucional.

Não se trata, aqui, de abordar "el principio de la primacía de la realidad", magistralmente conceituado por nosso eminente companheiro Plá Rodríguez, na obra "Principios del Derecho del Trabajo", 1973,surgida para fica. Trata-se, sim, de abordar tema fundamental, o da inércia de dispositivos constitucionais, comum à Iberoamérica. Muito deles, como já dissemos, de certa feita, belos adormecidos", sem que apareca uma princesa para despertá- los... Exemplos de "romantismo constitucional", em prosa. (Sobre isso, indispensável Le Romantisme Social, de Roger Picard, 1944).

Normas constitucionais sem real efetividade são mais que imperfeitas - às programáticas, ou menos que perfeitas - às dependentes de regulamentação.

Apesar das diferencas, de fundo e de forma, mais desta, entre os sistemas constitucionais iberoamericanos, derivados do continental europeu, e os angloamericanos, a respeito da efetividade e aplicação das normas constitucionais, no Brasil, enraizou-se sua classificação em auto-aplicáveis (self-acting ou self-executing às que não o são, pois dependentes de regulamentação.

Classificação essa tradicional, importada da doutrina e da jurisprudência norte americana, apesar das nossas Constituições - tal vez por isso mesmo - serem analíticas, extensas e até discursivas, e consideradas como um todo acabado, em flagrante contraste com o direito constitucional dos EE.UU.

(Não é difícil descobrir às razões dessa importação imprópria, da qual Rui Barbosa foi pioneiro, tendo concorrido para sua aceitação, com o peso da sua autoridade).

O que hoje já está inteiramente superado é acrescentar-se áquelas duas espécies de normas constitucionais uma terceira, chamada programática, que o nosso

grande Rui Barbosa já repelira. (A propósito disso, sobre a aplicabilidade da norma constitucional que instituiu o mandado de injunção, Inocêncio Mártires Coelho, Revista de Informação Legislativa, SF-SET, out. a dez. - 1989, ano 26, n. 104, ps. 44 e 46).

Não e preciso ser kelseniano para afirmar ser a Constituição a fonte primeira do direito positivo, anterior e superior a todas às outras, que dela derivam, e dela depende sua eficacia.

Felizmente - antes tarde do que nunca, comecou a surgir uma revolução técnica contrária a existência de normas constitucionais dependentes de regulamentação. Com ela, estas, pelo menos, ficaram em minoria.

Nada mais salutar para o fortalecimento dos alicerces da ordem jurídica.

No final das contas, quem, em sã consciência, poderá chamar determinada Constituição de "Lei Magna" ou "Lei Maior", se, em grande parte, não têm real efetividade ou eficácia. Se, em duas palavras, não vale?

Norma prescrita em Constituição é como receita sem aviamento. Direito que assegure, sem possibilidade de ser exercitado, é direito abortado. Tão morto como o fulminado pela prescrição. Aquele não chegou a existir, deixou de ser nascituro; este, deixou de ser. Quem poderá convencer outro, principalmente se jejuno em tecnicismo jurídico, que uma Constituição, "Lei Magna" ou "Maior", vale e não vale, ao mesmo tempo?

Pensamos que, na apontada dicotomia separatista, reside uma das principais causas do desprestigio de qualquer Constituição.

O problema da inércia da norma legal constitucional, e da ordinária, subverte a hierarquia das fontes do direito positivo e mina o preceito dogmático da separação dos três Poderes do Estado, em crescente relatividade.

-Quanto a norma legal ordinária.

No Brasil, como em todos os países com sistema de direito escrito ou formal, é comum a edição de leis, com eficácia dependente de regulamentação pelo Executivo, e este, muitas vezes, no prazo fixado, nada faz. A nosso ver, omitindo-se ele, desobedecendo a lei, esta adquiere plena eficacia, vencido e prazo fixado. Insustentável que o Executivo - geralmente o Presidente da República, sobreponha-se a vontade do Legislativo, por veto tácito, arbitrário, a destempo, de fato e permanente, tornando a lei exangue, paralítica ou congelada.

Admitir-se o contrário importa, a um só tempo, subverter a hierarquia das fontes, e violar o principio relativo da separação dos Poderes.

-Quanto a norma constitucional dependente de regulamentação, pelo legislador ordinário.

A situação é semelhante a anterior, com a diferenca de afetar hierarquia legisferante interna.

Insustentável, também, que o legislador ordinário possa desobedecer, impunemente, ao constituinte, não tornado efetiva norma por este promulgada.

Ambas às situações não devem ficar insolúveis, produzindo efeitos altamente

nefastos. Não apenas a ordem jurídica, mas, também, a realidade social madura, disciplinada pelo legislador constituinte, ou pelo ordinario.
En termos de Constituição, o primado é o da realidade social e o da constitucional, inseparáveis entre si devido a nexo de causalidade.
Impõe-se eliminar, imediata ou mediatamente, a possibilidade de norma constitucional inanida, sem dinâmica, sujeita a condição, suspensiva, ou até resolutiva. Se solução não for prevista, pelos próprios constituintes, continuará havendo norma "constitucional" natimorta, com atestado de óbito lavrado na própria Constituição, sem ressurreição e sem repristinação possível.
As observações acima deixadas ganham ainda mais justificação em se tratando de direitos trabalhistas, realistas por natureza. O direito mais moderno vem sendo aperfeiçoado, mediante fórmulas eficazes, para acabar con normas constitucionais contrafeitas, às apenas no papel. A rigor, não - constitucionais, de papel.
Felizmente, a Constituição brasileira de 88, bem avançou.

3.3 Efetividade ordinária e "aplicação inmediata":
A regra é esta:
"As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais
têm aplicação imediata". (Art 5o., & 1o.)
O notável líder dos advogados, Eugênio Roberto Haddock Lobo ("Comentários a Constituição Federal", 1989, ps. 134 a 135), considerou que o dispositivo, oriundo do "cauteloso Legislador Constituinte", não era "necesario".
A razão desse entendimento reside em ter Haddock Lobo isolado um aspecto da regra, o da "aplicação imediata". Dai a conclusão de não ser necessario, pois às normas imperativas têm "aplicação imediata", o que se não confunde com a retroativa. (Do inciso XXXVI do mesmo art. 5o. consta: "a lei não prejudicará o direito adquirido,o ato jurídico e a coisa julgada". Repetição literal do 3o. do art 153, da CF-67, por sua vez reprodução do & 3o. do art. 141, da CF-46).
Haddock Lobo ficou adstrito ao aspecto intertemporal da regra. Acontece que a "aplicação imediata" pressupoe a eficácia ou efetividade das "normas definidoras dos direito e garantias fundamentais". A primeira têm por causa a segunda, da qual é efeito.
Além do mais, não há dispositivo constitucional desnecessário ou inútil. No máximo, pode não ser imediatamente eficaz ou eficiente por si mesmo, hipótese em que sua "densidade eficacial" (Mártires Coelho) é incompleta, enquanto, se meramente programática ou educativa, a densidade é nenhuma. Se assim fosse, chegar-se-ía à negação de vera e propria norma constitucional e ao recohnecimento de ser catequética, laica ou secular.
Apropriado apontar precedente nas Constituições de Portugal e Espanha, quando se livrarem, como o Brasil, de regimes autoritários. Mais apropiado ainda por pertenecermos a Iberoamérica.
Solteiras transcrições dos textos português e espanhol são bastantes.

"Art. 18o (Força jurídica)
1 - Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam às entidades públicas e privadas."
(Parte I - Direitos e deveres fundamentais. Título I - Princípios Gerais).

"Artículo 53.
I - Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título (o Capítulo referido têm o título Derechos y Libertades) vinculam a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenudo esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades ..."
Salvo o uso da expressão "aplicação imediata", ao invés de directamente aplicáveis, o texto brasileiro resultou do português.
Poa não termos ainda penetrado no âmago da matéria principal, apenas declaramos comungar da opinião de Mártires Coelho, e da que citou, de Celso Bastos e Ives Gandra Martins (tr. cit., III).
- "... nossa Carta Política contém preceito determinando que às normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais tenham aplicação imediata, em ordem a afastar, desde logo, e como regra, às construções hermenêuticas que, no passado, lograram esvaziar o conteúdo das chamadas "Declarações de Direitos", com o expediente de condicionar a sua concretização ao advento de normas infraconstitucionais que, muitas vezes, nem sequer eram previstas no Texto da Lei Maior."
- Mártires Coelho.
- Bastos e Gandra Martins "propõem se considere como princípio vigorante o da imediata aplicabilidade de tais normas, salvo quando a própria Constituição, expressamente, declarar que o direito acenado só será executável nos termos e na forma da lei, ou quando o preceito for destituído de elementos mínimos, que assegurem sua aplicação (Comentários à Constituição do Brasil, São Paulo, Saraiva, 1989, 2o. vol., p. 393)."
Acertadíssismas palavras. Verdadeira lição de boa exegese, que intérpretes misoneístas, retrógrados, apegados ao pretérito, saudosistas, conservadores, teimam em não assimilar, contaminados por preconceitos. Veem, mas não enxergam o conteúdo do texto, encerrando rutura técnica na realidade sócio-jurídica passada, e, por isso mesmo, em harmonia com a presente, que há tempo vem sendo gerada, estando em expansão.
Entretanto, justiça lhes seja feita. Nenhum deles considerou o dispositivo transcrito condicionado a regulamentação...
-"... normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais..."
Não há dificuldade alguma em determinar quais são esses "direitos e garantias fundamentais."
São os alicercados nos "princípios fundamentais" (Tít. I), entre eles, art. 1o. incisos III e IV:
"a dignidade da pessoa humana; os valores sociais do trabalho e da livre

iniciativa;..."
Outro princípio fundamental é o da "cidadania" (art. 1o., II), inspirador dos "direitos e deveres individuais e coletivos" (Tít. II, Cap. I, art. 5o.)
Os dois primeiros princípios acima transcritos são os que determinaram e moldaram os "direitos sociais" (Tít. II, Cap. II), compreendendo os sociais genéricos e difusos (2), enumerados no art. 6o., e os "dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem a melhoria de sua condição social" (art. 7o.), mínimos, portanto, e mais os sindicais, inclusive o de greve e o de participação em órgãos públicos e em empresas (arts. 8o a 11).
Dessarte, a regra antes dominante está invertida, convertida em exceção.
Anteriormente, somente admitia-se serem sempre auto-aplicáveis os dispositivos proibitivos. Agora, mantida a auto-aplicação destes,a regra é inversa: os "direitos e garantias fundamentais" são incondicionados e exigíveis, sendo exceção seu condicionamento a regulamentação, mediante processo, para elaboração de lei complementar, ordinária, delegada, medida provisória, decreto legislativo e resolução (art. 59, II a VII).
A regulamentação de muitos desses direitos e garantias constitucionais deixou de ser necessária, o que não descarta possa ser procedida, se considerada útil, se lhes for fiel. Situação semelhante ocorre no caso de simples lei condicionada e de decreto regulamentar.
Somente não são auto-aplicáveis os dispositivos consagrados aos "direitos e garantias fundamentais", excepcionados, explicitamente, pelo próprio constituinte, legislador superior, de acordo com a regra de que às exceções devem ser estritamente interpretadas. Efetividade originária e imediata, se auto- aplicáveis, e efetividade derivada e mediata, legislativa, se não. Em ambas às hipóteses, cabe ao Judiciário a tarefa de decidir sobre sua aplicação em cada caso, o que lhe é atribuído normalmente.
Corretamente preocupados com o irrealismo constitucional, os congressistas criaram um instrumento capaz de eliminá-lo, quando e se dispositivos condicionados a complementação regulamentar permanecerem ineficazes ou ineficientes, por culpa ou dolo do legislador inferior.
3.4 - Efetividade derivada e mediata, a cargo do Judiciário. Mandado de injunção: antecedentes estrangeiros, disponibilidade imediata, pressupostos, natureza, efeitos e alcance da sentenca injuntora.
Trata-se de instituto processual novo, perfeitamente entrosado na sistemática da CF-88, e, também ele, inspirado na Constituição de Portugal. Assim criado:
"conceder-se-à mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerente a nacionalidade a soberania e a cidadania". (Art. 5o., LXXI). Sublinhamos o pertinente.
- A Constituição portuguesa determina incumbir "aos tribunais assegurar a defesa dos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos, reprimir a violação

da legalidade democrática..." (art. 206).
Instrumento semelhante ao MI, mas inominado, está previsto no seu art. 283, da sua Parte IV - Garantia e revisão da Constituição, Título I - Garantia da Constituição, Capítulo I - Fiscalização da constitucionalidade.
Compete ao Tribunal Constitucional verificar e apreciar "o não cumprimento da Constituição por omissão das medidas necessárias para tornar exequível às normas constitucionais." (3)
Verificando o Tribunal existir "inconstitucionalidade por omissão", somente lhe cabe comunicar sua decisão "ao órgão legislativo competente." (4)
Essa simples comunicação revela evidente e demasiada preocupação com a "independencia" do Poder Legislativo, exercido pela Assembléia da República, um dos órgãos da soberania (art. 113), sendo que, no seguinte, está este princípio geral, da organização do poder político: "1. Os órgãos da soberania devem observar a separação e a interdependencia estabelecida na Constituição."
Precisamente, para preservar ao máximo essa separação, não compete ao Tribunal Constitucional, ele próprio, suprir a omissão inconstitucional, exercendo poder legisferante.
A Constituição espanhola não preve remédio semelhante ao da portuguesa, e sim o "recurso de amparo" (art. 53, 2 e 161, 1, b), parecido com o mandado de segurança brasileiro, por "violación de los derechos y libertades referido en el articulo 53, 2,..., o los casos y formas que la ley establezca."
Entre os autores, que já trataram do MI, lavra divergência quanto a sua fonte alienígena. José Afonso da Silva, "Mandado de Injunção e Habeas Data", 1989, é dos que pensa ter, "especialmente a injunção norteamericana", servido, "certamente, de fonte ao nosso legislador constituinte, tal o objetivo idêntico que o nosso guarda com determinadas formas de injunção nos Estados Unidos" (p.10; ver às seguintes, até a 18). (5).
- Instituto novo no direito brasileiro, natural que muito já se tenha escrito e divergido sobre ele.
Divergências que variam de um a outro extremo, inclusive quanto à sua utilidade.
Negativista extremado mostrou-se Edson de Arruda Câmara que, além de afirmar em nada se assemelhar a "injunction" do sistema da "Common Law", concluiu não ser "mais que uma inutilidade cara" (art.publ. na R. LTr., vol. 53, n.8, agosto de 1989, ps. 965 a 967).
Também, quanto a aplicação da norma constitucional, Arrunda Câmara é negativista: o dispositivo constitucional, que criou o MI, depende, necessariamente, de regulamentação, "dirigido sempre contra o legislador omisso..."
Essa opinião favorável a "eficácia contida" é minoritária. Ao que sabemos, além de Arruda Câmara, somente M.C. Ferreira Filho e Inocêncio Mártires Coelho assim entenderam.
Formam a corrente majoritária, esmagadora: Celso Agrícola Barbi, J.J. Calmon de

Passos, Ulderico Pires dos Santos, José Afonso da Silva, Irineu Strenger, Ritinha Georgakilas, Adhemar Ferreira Maciel, Randolpho Gomes, Manoel Antonio Teixeira Filho.

Este último, em trabalho denominado "Mandado de Injunção e Direitos Sociais" (Rev.Ltr., vol. 53, n.3, março de 1989, ps. 322 a 330), sem a deixar "impressionar por uma leitura inicial do dispositivo mencionado", lançou poderosos e candentes argumentos favoráveis a eficácia incontida ou incondicionada.

"Com efeito, pondo-se a frente o fato essencial de que a ação em pauta foi concebida, fundamentalmente, para tornar possível o exercicio dos direitos e garantias constitucionais - assegurados aos indivíduos (e às coletividades) - sempre que o ordinário se omitir na elaboração da indispensável norma regulamentadora do preceito seria, no mínimo, render culto a isonia imaginar que a regra instituidora da ação injuntiva, para ter eficácia, dependesse, também, de regulamentação legislativa (ordinária ou complementar) iIrrisão! - havia de exclamar HAMLET, em meio às brumas do castelo de Elsinor."

(O autor já conquistou merecido prestígio entre os processualistas do trabalho brasileiros, tendo, publicados, duas excelentes monografias: "Os Embargos de Declaração na Justiça do Trabalho" e "A Prova no Processo do Trabalho", além de "Comentários às Súmulas do TST.").

Inteira razão assiste a Teixeira Filho.

Seja o critério de hermenêutica adotado, para compreensão do dispositivo constitucional criador do MI, sejam todos eles - vontade e intenção do constituinte, exegético, histórico, evolutivo, teológico -, conduzem a conclusão de sua vigencia, independentemente de qualquer ato infràconstitucional. Caso de dizer-se: "todos os caminhos conduzem a Roma"...

(Três obras que honram a cultura brasileira, sobre a matéria: "Hermenêutica e Aplicação do Direito", de Carlos Maximiliano: "O Fator Político-Social na Interpretação das Leis", de Alípio Silveira, e "Hermeneutica Tradicional e Direito Científico", de Carlos Caampos). A sequência lógica formal demonstra o absurdo do entendimento contrário a auto-aplicação.

Como já visto no item 3.3., a regra estatuída é da "aplicação imediata" das "normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais" ; o direito de requerer MI é um deles, individual ou coletivamente, "sempre que a falta de norma regulamentar torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais..."; se não fosse operante o instituto - garantia que é o MI, com a finalidade imprescindivel de permitir o exercício dos direitos fundamentais, apesar da omissão dolosa ou culposa do legislador inferior, terse-ía de admitir aborto, mistificação, branco ou vazio constitucional. um círculo viciado e vicioso, do nada ao nada. Um impasse. Um marco zero, de nenhum caminho.

Não é outra a opinião de Aricê Moacyr Amaral Santos, "O Mandado de Injunção", 1989, 22 a 23, expressa com objetividade e concisão. "Simplesmente argumentado, constituiria um desmedido contra-senso que o constituinte tivesse criado um

instituto destinado a dar aplicabilidade às normas constitucionais inoperantes, sem que o tivesse aparelhado adequadamente para o cumprimento de tal finalidade." Após citar Celso Ribeiro Bastos, e transcrito trecho seu, lavrado "com pena fina", Amaral Santos concluiu: "De conseguinte, a norma de injunção é auto-executável, independente mesmo, do disposto no & 1o, do art. 5o, que reza..."
Assinale-se haver Ribeiro Bastos citado os precedentes do mandado de segurança e da ação popular, "que, no passado, foram utilizado mesmo antes de sua disciplina legal..."
Em conclusão, não há justificativa que socorra a tese da não aplicação incontinenti, da necessidade de regulamentação legislativa. Util e proveitosa sim, essa regulamentação, por se tratar de instituto novo, merecedor de normas processuais adequadas, que lhe permitam constituir-se garantia rápida e eficaz de direitos fundamentais. (A OAB-Pe. elaborou um anteprojeto de lei, regulamentando o rito processual do MI, apresentado ao Congresso Nacional pelo dep. Maurílio Ferreira Lima; elaboraram o texto os professores Nélson Saldanha, Bernadette Pedrosa, Romualdo Marques Costa e Nilzardo Carneiro Leao).
De lege ferenda, melhor seria construção legislativa unificada, abrangendo os mandados, de segurança, de injunção e o habeasdata - este também criado na CF-88. De um texto único, consolidador e codificador, tratando-se, como se trata, de um gênero, ou espécie, compreendendo espécies, ou subespécies. (O MS está regulado por leis específicas.).
- O MI depende de dois pressupostos negativos: 1o - "a falta de norma regulamentadora"; 2o. - não qualquer, mas a que "torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais...".
O primeiro é amplo; o segundo, limitado. Este, ao contrário do outro, infenso a precisa conceituação. Ambos, revelando o aspecto teleológico do instituto, de permitir a efetividade "dos direitos e liberdades constitucionais." Instituto processual destinado a provocar o Judiciário para completar a normatividade constitucional, de modo que da omissão do Legislativo não resulte inaplicação de norma constitucional.
O primeiro pressuposto é o da "inconstitucionalidade por omissão", haurido da Constituição portuguesa, tendo a da Iugoslávia (1974) como precursora.
A norma constitucional, superior, máxima, preexiste, mas, por falta de legal, inferior, está queda ou jazida, sem estar morta, eliminada, derrogada - o que afasta a hipótese de repristinação. Está, apenas, em potência, sem dinamização. Em paráfrase: como um motor, em perfeitas condições, mas parado por falta de força energética.
Em suma: a decisão injuntora injeta a força da qual necessita a norma constitucional, para que, realmente, seja eficiente e aplicável.

-O segundo pressuposto, no que ora mais interessa - inviabilidade do exercício dos "direitos sociais", não é, repetindo, fácil de ser precisado.

Inviável é o ainda inexequível, mas possível de ser viável e exequível, gracas ao mandado de injunção, para isso criado.

"...o exercício dos direitos..."

São os constitucionalmente estabelecidos, ratificados ou recém criados. Aqueles que, sem positividade, ainda não podem ser exercidos, por insuficiência normativa.

Cabe, aqui, a lição precisa do prof. Calmon de Passos: "... o mandado de injunção não é ação de cognição, objetivando certificar direito incerto. Ele reclama, como pressuposto direito certo, cuja atuação se frustrou em virtude da falta de norma regulamentadora. Direito certo, porque derivado da incidência do preceito constitucional imediatamente aplicável, mas direito insatisfeito por faltar a disciplina necessária ao exercício (não existência) desse direito, dever que foi atribuído ao legislador, o qual, porque ainda inadimplente, vai ser substituído, no caso concreto, pelo Poder Judiciário, mediante o órgão constitucionalmente competente".

3.4.1 - A viabilidade do exercício de "direitos sociais", por mandado de injunção. Ver 1.4.

O "Cap. II - "Dos Direitos Sociais" pertenece ao Tit. II - "Dos Direitos e Garantias Fundamentais", que compõem o Cap. I, estando neste o & 1o. do art. 5o., que se refere aos "direitos e garantias fundamentais".

Segundo a terminologia e a sistêmática da CF-88, o adjetivo social, aplicado a direito, têm sentido amplo e sentido estrito.

No primeiro, estão os "direitos sociais" enumerados no art. 6o.: "a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a seguranca, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição." Quase todos tratados no Tit. - "Da Ordem Social" (arts. 193 a 232).

No segundo, estão os "direitos dos trabalhadores urbanos e rurais ...", individuais (art. 7o.), sindicais (8o), o coletivo por sua própria natureza - o de greve (9o), e os relativos a "participação dos trabalhadores e empregadores nos colegiados dos órgaõs públicos" (art.19), e na empresa (art.11).

Apesar da clareza dos textos quanto a sistêmática e à articulação da Constituição; do & 2o. do seu art.5o. estabelecer que "os direitos e garantias... não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados..."; de ser o da igualdade jurídica um desse princípios (art.5o. caput); apesar de tudo isso, há os que pensam não ser possível asssegurar "direitos sociais" por ação injuntora.

Entre eles, Elcias Ferreira da Costa ("O objeto e a competência no mandado de injunção", Revista de Informação Legislativa, SF- SSET, out.-dez.-89, ano 26, n.104, ps. 63 a 65).

Ferreira da Costa afirma o descabimento de MI para garantir o exercício de qualquer "direito social", embora quase toda a sua argumentação refira-se aqueles enumerados no art.6o. Entretanto têmo-lo como negativista genérico, porque, "a título de ilustração", mencionou "o direito social da participação nos lucros da

empresa" (art.7o, XI), que é social específico, trabalhista.
Eis a conclusão a que chegou: "Assim, pois, parecem não podem incluir-se na categoria de "direitos constitucionais", para efeito de mandado de injunção, os direitos sociais elençados, de modo genérico, no caput do art. 6o, e de modo explícito, nos diversos dispositivos do corpo da Constituição."
Outro, com o mesmo entendimento,é o conhecido constitucionalista,prof. Manoel Goncalves Ferreira Filho, para quem, segundo às palavras de Teixeira Filho (Rev. LTr., 53- 3/324), "a alusão efetuada pelo art. 5o, LXXI, às prerrogativas "inerentes à nacionalidade, à soberania e a cidadania" está a repetir a utilização do "mandado" injuntivo como instrumento de viabilização do exercício dos direitos sociais, vez que essas prerrogativas se encontram vinculadas, apenas, ao status da nacionalidade. (3) In "Repertório IOB de Jurisprudência", n.20/88, pag. 297 e seguintes."
Teixeira Filho opos a tal entendimento crítica vitoriosa, embora apenas por duas razões: 1a - o texto do inciso LXXI, cit. por Ferreira Filho, "alude, também (e antes), a direitos constitucionais; a nimguém por certo, haverá de sentir-se à vontade para afirmar que os direitos sociais,..., não posseum sede constitucional"; 2a. - difícil seria compreender-se a razão pela qual o constituinte, ao redigir o art. 105, I, h, da Constituição em vigor - que dispõe sobre a competência do Superior Tribunal de Justiça -ressalvou a competência da Justiça do Trabalho;..."
A nosso ver, a simples leitura do citado inciso não autoriza a negação feita por Ferreira Filho. Nele está "...direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas...", unidos e cumulados pela conjunção aditiva e.
Calmon de Passos, ao tratar dos pressupostos específicos do instituto (obr.cit., ps. 106 e seguintes, 20), após registro à ausência de palavra liberdades, no Cit.II e no seu Cap. I, considera não determinar "problemas maiores de natureza prática... Tudo quanto se enumera nos arts. 5o. a 17, quando referíveis a situações subjetivas, são direitos (lato senso) constitucionais..."
Se dúvida remanescer, quanto a caber MI para assegurar o exercício dos "direitos sociais", estari ela restrita aos em amplo sentido (art. 6o.). Nenhuma aos em sentido estrito - os dos trabalhadores, principalmente os contidos no art. 7o.
Quanto aos direitos sociais trabalhistas, nunca fomos incomodados por dúvida.l
Para nós, não apenas o mandado injunção individual, mas também o coletivo, ambos estão a disposição de quem quiser exercê.los. (Conf.: "Poder Normativo da Justiça do Trabalho",
R-IOB-RJ, n.22/89, e "Mandado de Injunção Coletivo", idem, n.4/90).
3.4.2. - Natureza e alcance da sentença injuntora.
Esta comunicação ficaria muito insuficiente e deficiente se lhe faltasse o exame da natureza e alcance da sentença, injetora de mais energia normativa.
Questoes relevantíssimas de cuja solução depende a eficácia plena do MI, para atingir a finalidade que lhe destinou o constituinte. A Constituição portuguêsa (art. 283, 2) não resolve a contento o problema do alcance da sentença, que não

pode ser separado da sua verdasdeira natureza. Pela mesma, da inconstitucionalidade por omissão", reconhecida pelo Tribunal Constitucional, resulta, apenas, comunicação "ao órgão legislativo competente". Nada mais, tratando-se de ato administrativo judiciário, perfeito por recepção, mas imperatividade, pois, se o "órgão legislativo" não suprir a sua omissão, nenhuma sanção é prevista.

A nosso ver, o constituinte português não foi às últimas consequências, em homenagem ao dogma da separação ultrapassada dos três Poderes, que não deve ser tido como tabu, contra a realidade constitucional.

Recebida a comunicação, o "órgão legislativo" pode continuar omisso, permanecendo a impotência e a inoperância da norma constitucional.

Ao prof. Alfonso da Silva (obr.cit.,n.9) não escapou essa possibilidade de fracasso da ação judiciária, por não preencher o vazio, doloso ou culposo, do legislador ordinário.

Ouçamo-lo.

"Há quem sustente que o mandado de injunção se limitará a determinar que o órgão competente expeca a norma regradora do sispositivo constitucional, carente de regulamentação. Quer-se, com essa tese, que o mandado de injunção tenha idêntico objeto da ação de inconstitucionalidade por omissão, que está previsto no art. 103, & 2o.

. . . . . .

Pretender, agora, que o mandado de injunção cumpra a função de ação de inconstitucionalidade por omissão é injurídico por muitos motivos, que citou e fundamentou.

A esses "motivos", acrescentamos, para distinguir essas duas ações - a de inconstitucionalidade e a de injunção, terem causa e efeito específicos, inconfundíveis e inconciliáveis entre si. A de inconstitucionalidade por ação visa suspender a eficácia de norma legal (ordinária existente e em vigor. A injuncional, espécie da mandamental, não. Sua razão de ser é a existência de norma (constitucional), embora ainda sem eficácia e, portanto, inaplicável. Sua finalidade: torná-la plenamente eficaz, por ato do Judiciário, possível ante a omissão do Legislativo inadimplente quase dissemos renunciante. (6)

Entretanto, não nos é possível concordar com às conclusões do prof. Afonso da Silva, a respeito dos efeitos e alcance da sentença injuncional. Para ele, "o processo injuncional não objetiva diretamente obter a regulamentação que vise tornar viável o exercício dos direitos e liberdades... O impetrante (é o nome consagrado, no Brasil, para o autor de ação mandamental) age na busca de realização concreta e direta do seu direito ou prerrogativa, independentêmente de regulamentação. A sentença há de ser, pois, satisfativa do direito..., objeto do pedido... Não cabe ao Juiz regular a matéria genérica e determiná-la imperativamente. Incumbe-lhe apenas estabelecer o modo concreto de atender o interesse do impetrante, no caso concreto, sem extensão alguma (destaques nossos). Os limites subjetivos do julgado no processo injuncional seguem o princípio geral de ater- se tão-só aos

sujeitos da lide, da res in judicium deducta." (Obr. e n. cits. p.27. O autor complementou se entendimento ao tratar, no n.16, da mesma obra, da sentença injuncional).

Pensamos haja o conceituado monografista sido influênciado - também ele - pelo absolutismo, superado, da regra da separação dos três Poderes constituídos. Influência, em parte, decorrente de haver o constituinte brasileiro, de 1988, repetido, por automatismo condenàvel, a formulação obsoleta, até absurda, dessa mesma regra: "São Poderes da União, independientes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário" (art. 2o.).

Até absurda, sim, e de impossível respeito.

Mesmo a soberania de cada nação não é mais, nem pode ser absoluta, dai a decadência de sentimento patriótico permanente e exacerbado. Do nacionalismo xenófobo. Decadência que enseja possibilidade de paz internacional, formentando interdependência entre às nações, e criação de normas superestatais mais eficazes.

Estas, concorrendo para a evolução positiva do Direito Internacional Público.

Nada, nem ninguém pode ser, ao mesmo têmpo, independente e harmônico, em relação a outro algo, ou a algum outro.

No que se refere ao Estado nacional, cuja unidade assenta na soberania, que lhe atribui independência relativa, sempre, em grau variável, até nenhuma, e independência entre os seus três Poderes determinaria desarmonia implosiva. Em verdade, são eles interdependentes. No máximo, autônomos. Segundo e em proporção a estrutura político-constitucional.

Em lógica decorrência da crítica feita, compartilhamos da opinião do prof. Calmon de Passos

Ei-la, em resumo.

Falando da decisão acerca dse MI; depois de repetir não ser dele objeto "a lide configurada com a resistência oposta a pretensão de quem se diz titular de um direito constitucional," o mestre bahiano afirmou, exemplarmente:

"Decidindo o mandado de injunção, o magistrado não se sensibiliza em função do caso concreto, ele o situa na generalidade de sua ocorrência e infere a norma adequada para disciplinar esse universo de casos concretos... O que se vai definir no mandado de injunção é o modo de proceder para que se atenda à prescrição constitucional, ... E decidindo, o Supremo definirá a norma, que não é aplicável só a esse caso, mas a todos os casos iguais, dada a absoluta impossibilidade de se regulamentar um preceito constitucional sem atendimento ao princípio da igualdade de todos perante a lei, também presente na espécie.

Os julgadores realizam, em verdade, decidindo o mandado de injunção, uma atividade em tudo correspondente à do legislador competente para a regulamentação do preceito constitucional." (obr.cit., ps. 123 a 124).

(os destaques dispensam cometários.)

Estas afirmações honram qualquer jurista em dia com a evolução social e jurídico-

constitucional, que se não deixa levar por préconceitos estereotipados, mecanicamente reproduzidos.

Vale registrar um fenômeno sempre presente no Direito. Quando surge um novo instituto jurídico, no primeiro momento prucura-se enquadrá-lo em espécie já existente. Verificando-se ser impossível ou inadequado, apela-se para o misto ou eclético, persistindo, em parte, a tendência misoneísta. Segue-se crítica demolidora do artificialismo classificador, do que resulta o apelo ao sui generis, e, afinal, a conceituação correta.

Esse fenômeno ocorreu com a convenção sindical normativa e com a sentença com igual força, ambas fontes de produção do direito positivo ou objetivo. Quanto a segunda, enraízada no Brasil, por um complexo de causas, independentes de ideologia, relembre-se a metáfora do grande Carnelutti: "corpo de sentença com alma de lei." A sentença injuntora veio se juntar, na ordem jurídica brasileira, a "sentença coletiva". Ambas dotadas de normatividade pela Constituição, tendo a atual (art. 114, & 2o.) mantido a segunda.

Embora às duas sejam normativas, são bem distintas.

A coletiva, por têmpo determinado, resolve dissídio coletivo preponderantêmente econômico, e possui graus de normatividade, segundo os sujeitos por ela atingidos. Além disso, seu alcance objetivo, comparado com o da injuncional, é muito mais curto, não indo além de determinadas categorias, de empregados e de empregadores. Ademais, geralmente, têm aplicação territorial restrita. Outra sua característica reside em poder ser revista.(7).

A injuntora, diversamente, têm normatividade igual e plena por têmpo indeterminado. As suas normas regulamentares têm vigência erga omnes, em todo o território nacional. Têm "corpo e alma de lei",sendo fonte substitutiva, eventual, constitucional, da legislativa seca.

Sentença, apenas, por ser ditada por tribunal.

Devido a atribuição da Constituição - que se não confunde com delegação, nada obsta que um dos três Poderes constituídos exerça função de outro. A isso, o notável precursor Gallart Folch referiuse, dizendo ser o direito do trabalho "confusionista de poderes". O constituinte brasileiro foi corretamente previdente. Se o legislador ordinário omite-se, descumprindo seu dever para com o povo, tribunal, colocado no "banco de reserva", é chamado a participar da peleja legislativa, sem que haja disfunção, absolutamente. Precisamente, funcionalidade.

A sentença injuncional, como qualquer, é declaratória, e, principalmente, constitutiva positiva. Primeiro, declara haver "falta de norma regulamentadora", bem como ser "inviável o exercício" de direito ou liberdade constitucional...", sem que seja proferida. Segundo, constitui a "norma regulamentadora" necessária, positiva em duplo sentido, porquanto cria norma substituta, que se insere na ordem jurídica, no "direito positivo."

Que é constitutivo, todos estão de acordo, até os que lhe negam normatividade,

como p. ex., Aricê Moacyr Amaral Santos (obr. cit., p. 29, de modo peremptório). Certo é não ter normatividade integral, como a "sentença colectiva." Sim, porque, preexistente a norma constitucional, a sentença injuntora possui normatividade complementar, relativa, secundária, regulamentar, embora indispensável.
Essa normatividade foi bem revelada por Calmon de Passos (obr. cit., p. 124): "Têmos, portanto, uma sentença de natureza constitutiva, positiva, que cria ou constitui a situação nova, inobtenível sem a decisão judicial: condição para o exercício do direito já certificado:"

IV

4 - PRINCIPAIS CASOS DE EFETIVIDADE DERIVADA E MEDIATA, POR MANDADO DE INJUNÇÃO (art. 7o, I, XI, XXI).

4.1 - Texto:"relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos;" (8)
O direito ao emprego, espécie do direito ao trabalho (9), é o mais importante de todos baseados no trabalho. Em suma, o direito do empregado a estabilidade, consiste na impossibilidade de despedir. Por isso: a) dele resulta severa restrição ao exercício do direito de propriedade, ao poder econômico do empregador, dono da empresa "pode quem têm"; mais pode quem mais têm; b) inevitável a polêmica sobre a estabilidade, verdadeira e própria, entre os que têm e os que só contam com o seu trabalho para viver e sobreviver; polêmica entre os que querem manter o autoritarismo econômico e os que querem democratizá-lo, sem o que a democracia política não existe, não evolui, nem se mantêm sem solução de continuidade; c) estabilidade é um foco onde se concentram e se sucedem ação e reação, degladiam-se ideologias, lutam conservadores e reformistas, de grau e matizes variáveis.
Tudo isso ficou comprovado durante a longa gestação da Constituição dada a luz em outubro de 1988.
Um simples lancar de olhos sobre o texto acima transcrito bem revela como os constituintes conseguiram flanquear o que então foi chamado "buraco negro". Como foi possível transformar um impasse em "passe", para seguir em frente.
O inciso I do art. 7o., da Constituição de 88, resultou de um acordo sobre fusão de emendas, assinada por 23 constituintes, dentre eles pelo representante do "Centrão" - uma aglutinação de partidos e de parlamentares conservadores e retrógrados (10), e do PMDB, preponderantêmente conservador.
Essse acordo somente foi possível gracas ao compromisso de ser colocado dispositivo no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, multiplicando por 4 a indenização prevista na Lei do FGTS, criada para não permitir a aquisição de estabilidade, ou eliminar existente. (11)
O texto aprovado saiu tanto a contento dos conservadores e retrógrados, por

interesse individual ou por convicção, contrários a estabilidade, que eles comemoraram ruidosamente a grande vitória. (O resultado da votação foi este: 528 parlamentares votaram "sim"; 373, "não", e 4 abstiveram-se).

Tinham eles razões para comemorar, principalmente por três: 1a - a proteção da relação de emprego ficou sujeita a lei complementar. (No. art. 59, &, da Constituição, está prevista uma dispondo "sobre a elaboração, redação, alteração e consolidação das leis."); 2a. - não ficou determinado ao legislador complementar instituir a garantia do emprego, e sim "indenização compensatória", que têm por pressuposto a despedida válida, ainda que sem causa, ou sem justa causa; 3a. - para evitar impasse definitivo, não se usou garantia de emprego nem estabilidade, e sim a expressão vaga e inominada "dentre outros direitos", entre os quais o legislador pode aou não incluir o à estabilidade.

Maior razão ainda para o júbilo dos vencedores, pois não há sequer indício de vir a lei complementar, nem a longo prazo. Ao contrário, possivelmente nunca. (12).

Forte corrente há no sentido de que a "indenização compensatória" é bastante para proteger a relação de emprego contra "despedida arbitrária" ou injusta. Logo, essa corrente é favorável a deixar como está, pois a indenização existe há muito.

Pelas razões já apontadas, o dispositivo constitucional, profundamente transacional, revelando posições antagônicas, é apenas sofrível, se tanto. (13)

Unânime a opinião de não se tratar de dispositivo self enforcing. Sua efetividade e aplicação poderá ser mediata, tanto mais quanto terá de haver compatibilização entre garantia de emprego e o regime do FGTS, que ainda lhe é contrário. (14)

Por causa de tudo isso, apresenta-se esta questão fundamental: ante a inércia desrespeitadora do legislador complementar, ao Poder Judiciário, provocado por MI, cabe regulamentar o dispositivo? A nosso ver, pode e deve. Não apenas para ditar regras determinando a "indenização compensatória", mas também a garantia de emprego, abrindo exeções para situações em que a relação termina sem que haja despedida, ou esta não é "arbitrária ou sem justa causa." Os princípios que devem nortear a tarefa regulamentadora, legislativa ou judiciária, estão na própria Constitucionais, no seu Tít. VII - Da Ordem Ecônomica e Financeira, art. 170, III e VIII "função social da propriedade" e "busca de pleno emprego."

Na base do problema da estabilidade, elogiada e criticada em excesso (15), está a resposta que se der a esta indagação fundamental: o que é mais importante, a pessoa humana - no caso, a que trabalha ou a ecônomia autoritária? O desenvolvimento econômico ou o "progresso social", humanista, por definição?

Nós juristas não devemos incorrer no mesmo erro, em sentido contrário, do que imputamos, principalmente, aos ecônomistas puros, os "ecônomezes", sem empatia para com os trabalhadores. Devemos, sim, tudo fazer para que os "direitos sociais" sejam compatibilizados e harmonizados com o desenvolvimento econômico, e vice-versa. (16)

Usando termo muito em voga, máxime em períodos de crise, deve haver flexibilidade normativa, elasticidade recíproca entre ecônomia e direito do trabalho.

Conforme às circunstâncias, maior ou menor extensão das regras ecônomicas ou das trabalhista, interdependentes.
A empresa, privada ou pública, e o Estado, na sua tradicional tipicidade, são fontes de emprego, o que não pode ser desconsiderado na regulação da estabilidade, inclusive o avanço tecnológico.
Do ponto de vista de custo social, a garantia do emprego, já obtida, a estabilidade pode reduzí-lo.
4.2 - Texto: "participação nos lucros, ou resultados, desvinculada da remuneração, e, excepcionalmente, participação na gestão da empresa, conforme definido em lei;"
O primeiro destes dois institutos inovadores já foram forlmalmente criado pela CF-46, e ambos, na de 1964/67, sendo que nesta, assim (art.165,V): "integração (dos trabalhadores) na vida e no desenvolvimento da empresa, com participação nos lucros e, excepcionalmente, na gestão, segundo for estabelecido em lei."
Apesar da participação em lucro ser, tão-somente, instrumento de socialidade (ver 1.3 e 1.4, desta), nunca se tornou efetiva. O mesmo ocorreu com a cogestão, instrumento de socialização, de verdadeira democratização da ecônomia, pelas mesmas causas, mais ainda.
Exemplos marcantes de arte de constitucionalizar pura, de "arte pela arte", sem outra finalidade, se não da beleza em si mesma...
Os constituintes, que instituiram estas duas formas de participação, foram, no mínimo e ao mesmo têmpo, insinceros e pragmáticos. Adotaram-nas tendo a convicção que não seriam implantados, principalmente a cogestão, ainda que excepcionalmente. A sua própria omissão, como legisladores ordinários, demonstrou estarem certos. Agora, todavia, com a Constituição vigente, cabe ao Judiciário, substituindo o Legilsativo omisso, fazer com que os dois institutos adquiram vida, ingressem na ordem jurídica positiva, e não fiquem quedados ou jazidos, como fetos em museu.
A grande novidade do novo texto está na desvinculação da "participação nos lucros" da "remuneração", o que serve para reduzir a reação contra o instituto.
Outra, embora de pouca monta, reside na alternativa: participação "nos resultados", a que existe, a rigor, quando o salário estipulado é comissão, isto é, em função e em proporção aos negocios engariados pelo empregado.
"Resultados", sinônimo, au não, de "lucros"?
Se sim, superfluidade; se não, duas espécies de participação, pois "resultados" têm mais amplitude que "lucros".
Considerando-se a regra de exegese, que a lei não contém palavra supérflua, deve-se negar a sinonímia.
Além da complexidade intrínseca da matéria, e das dificuldades inerentes para tornar efetivos os dois institutos, há outra derivada do texto: definir e explicitar o que seja "excepcionalmente", quanto à cogestão.
Parece que a "excepcionalidade" impõe exceções, quanto a empresa, segundo o

porte ou dimensão que tiver. (17)
Realmente, cogestão de micro ou pequena empresa, principalmente a unipessoal, não se justifica.
A cogestão, para ser socializante, depende da naturaleza e da extensão dos poderes conferidos aos cogestores, diretamente eleitos por todos os empregados da empresa.
Admita-se, contudo, cogestão de estabelecimento(s), assim como participação nos "resultados" obtidos, não em lucros da empresa, mas os gerados em e por estabelecimento(s).
Seja como vier a ser, a tarefa regulamentar é complexa e a efetividade de ambas às participações muito depende da eliminação de certos dogmas, a que os detentores de capital, controladores de empresas, apegam-se "com unhas e dentes", tais como: voto e deliberação por capital, e não per capita; "soberania de assembléia geral", e, por consequência, incontestabilidade do balanco que aprovar.
No fundo da questão, na sua essência, está a da limitação do exercício do poder decorrente da titularidade da propriedade privada. O mesmo, em relação à estabilidade. Se a empresa têm ou não, preponderantêmente, finalidade social.
4.3 - Texto: "aviso prévio proporcional ao têmpo de servico, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei;"
O "têmpo de servico" é o prestado a determinada empresa, ou a grupo empresário. (18)
As inovações conferida ao instituto - a nosso ver, desvirtuado e ultrapassado - são quantitativas..
1a - a fixação do prazo mínimo de 30 dias, sem distinção do período considerado para pagamento do salário (hora, dia, semana, quinzena, mês, semestro ou ano).
2a - proporcionalidade "ao têmpo de serviço."
A primeira teve aplicação imediata, alcançando os contratos em curso, mesmo se fluindo o prazo do aviso.
Quanto à segunda, domina a opinião de ser dependente de regulamentação, sendo pacífica a dos tribunais.
José Carlos Arouca serve de exemplo da opinião acima: mínimo, imediato; proporcionalidade, mediata, devendo ser regulamentada por lei ordinária (A Nova Constituição e os Trabalhadores, 1988, por 33 e 44).
Calmon de Passos (obr.cit., p. 123) admitiu, explicitamente, a regulamentação mediante mandado de injunção, quanto à proporcionalidade. Tomou até o aviso prévio, "para exemplificar: se o mandado de injunção versa sobre como ser exercitado o direito do trabalhador ao aviso prévio proporcional, o órgão competente... não pode apreciar a existência ou inexistência de relação de emprego, a justiça ou injustiça da despedida, a existência ou não do direito ao aviso prévio etc., tudo isso já foi solucionado no processo próprio. O que se vai decidir no mandado de injunção é o modo de proceder para que se atenda a prescrição constitucional."

Opinião favorável a imediata efetividade e aplicação da proporcionalidade é a de Vania Cunha Mattos ("Aspectos dos Direitos Sociais na Nova Constituição", 1989, obr. col., coord. por Ricardo Carvalho Fraga, ps. 38 a 40).
Para ela, "a sistêmatização de tal dispositivo constitucional, en contra-se prevista de forma analógica, na própria legislação trabalhista."
A autora propôs "interpretação com a finalidade de aplicação imediata da garantia constitucional."
Em verdade, a analogia pressupõe lacuna no dispositivo constitucional, servindo como meio de inteiração, e não de interpretação. (19) Segundo a mesma, os fundamentos da solução analogia residem: a) no art. 126 do Cód. de Proc., consequência do juiz não poder se eximir "de sentênciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei"; b) "no art. 4o. da Lei de Introdução", com evidente erro tipográfico, pois o art. é o 7: "Aplicam-se nos casos omissos às disposições concernentes aos casos análogos..."
Tratando-se dispositivo referente ao trabalho, bastaria invocar o art. 8o. da CLT, cabeca, contendo a analogia como instituto para preenchimento de lacuna, legal ou contratual.
Cunha Mattos apelou para a aplicação subsidiária do art. 478, da CLT, cuja cabeca, fixa a indenização "devida pela rescisão de contrato por prazo indeterminado" em "um mes de remuneração por ano de servico efetivo." Assim, ter-se-á aviso analogamente proporcional: 30 dias multiplicado pelo número de anos: e se o empregado for estável, dobrado o multiplicador de acordo com o & 3o. do art. 499, ao qual acrescentamos o 497, combinado com o seguinte, mais apropriado para servir de parâmetro.
Assim sendo, efetividade por inteiro do dispositivo constitucional, sem prejuízo de regulamentação, que, embora desnecessária, estabeleça outra proporcionalidade mais apropriada.
V.- REFORÇO A APLICAÇÃO DAS NORMAS TRABALHISTAS. O MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO.
Texto: "o mandado de seguranca coletivo pode ser impetrado por: a) partido político .....;
b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano em defesa dos interesses de seus membros ou associados." (Art. 5o., LXX, do Cap. I, do Tít. II, "Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos").
Assim, à família iniciada com o mandado de segurança, hoje chamado individual, nascido da Constituição de 1946, gracas ao grande jurista João Mangabeira, além do habeas-corpus, o constituinte de 88 acrescentou o coletivo, o de injunção e o habeas-data.
Fê-lo, atendendo a geral aspiração, porque não era assegurado a entidade sindical - sindicato, federação e confederação - impetrar MS. Exemplo disso era o Enunciado 286, da Súmula do Tribunal Superior do Trabalho, negando legitimi-

dade ao sindicato "para propor, como substituto processual, demanda que vise a observância de convenção coletiva."
O MSC, espécie do MS tradicional, requerido por "organização sindical", serve "para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas-corpus ou habeas-data,quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público". Trata-se de substituição processual, prevista no Cód. de Proc. Civ. (art. 6o.), dependente de lei.
Antes, entidade sindical possuia, apenas, poder de representação, para instaurar processo coletivo (CLT, art. 513, a, primeira parte e 856 e seguintes), e para defender "os interesses individuais dos associados relativos a atividade ou profissão exercida" (art. 513, a, segunda parte).
Dá-se a substituição processual quando sujeito de direito age em nome próprio, mas no interesse de outrem, enquanto que, na representação, age em nome e no interesse de terceiro.
Essa substituição - também a tributária (20) - é, segundo a doutrina processual civil, forma de legitimidade "anômala" ou
"extraordinária."
Não nos parece apropriada essa adjetivação, em se tratando de entidade sindical, pois esta têm a prerrogativa e o dever, que lhe é inerente, de defender os "interesses dos seus membros ou associados."
Bem que se pode chamar tal substituição processual sindical de normal ou ordinária. (21)
Substituição essa que também se distingue da representação sindical quanto ao alcance subjetivo. Na primeira, a entidade sindical quanto ao alcance subjetivo. Na primeira, a entidade sindical age, apenas, em defesa de associado seu, por si substituído. Na segunda, atua em defesa de todos os componentes da categoria, como "representante legal" desta. (Sobre isto, nosso Tratado Elementar de Direito Sindical, 2a., ed., 1982, 2.1.3.2, ps. 154 a 156, e 2.1.4.2, ps. 176 a 180).
Indubitável o reforço à aplicação das normas trabalhistas.
Regulamentada norma da Constituição, pelo Legislativo, ou pelo Judiciário - pela via do mandado de injunção, cabe a entidade sindical o direito - dever de promover sua real efetividade, violada por autoridade pública ou assemelhada, ou simplesmente ameaçada. Respectivamente, por MS repressivo ou preventivo.
Vamos além de acordo com às fontes produtoras de direito positivo, material ou objetivo, do Direito do Trabalho, que lhe são caracteristicas. Queremos nos referir às suas fontes autônomas: a convenção sindical normativa, dita convenção ou contrato coletivo, e o acordo de igual natureza e conteúdo. (22)
Existindo "direito líquido e certo" trabalhista, criado por fonte autônoma, cabe a entidade sindical promover sua aplicação, sendo dele titular associado seu.
A respeito, registre-se existir, há muito, no direito brasileiro, uma ação especial, chamada executória ou de cumprimento (CLT, art. 872). Dela pode se valer

sindicato, também como substituto processual de associados seus, mas, apenas para forçar empregador a cumprir sentença normativa, transitada em julgado, ou acordo extintivo de processo coletivo, perante a Justiça do Trabalho. (CLT, art. 625).

NOTAS

1 - Sobre a lei da ação - reação e sua incidência quando da elaboração da Constituição de 1988, pronunciamos conferência comemorativa do 40o ano do Partido Socialista Brasileiro, em 13.8.87. O texto está no prelo.

2 - Sobre têmas da "Ordem Social", duas obras recentes: "A Seguridade Social na Constituição Federal", 1989, de Wladimir Novaes Martinez, e Previdência - Assistência - Saúde, O Não Trabalho na Constituição de 1990, de Marly A. Cardone.

3 - Pelo art. 103, IX, "confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional" podem propor "a ação de inconstitucionalidade". "Declarada e inconstitucionalidade por omissão para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para faze- lo em trinta dias." (& 2o.)

4 - Parece evidente ter o constituinte português, por sua vez, inspirado-se no art. 337 da Constituição da República Socialista Federativa da Iugoslávia, de 1974. Pelo mesmo, verificando o Tribunal Constitucional da Iugoslávia não ter "o órgão competente" promulgado "às prescrições necessárias a execução das disposições da Constituição..., das leis federais e das outras prescrições federais e atos gerais, dará do fato conhecimento a Assembléia da República...".
Pelo visto, mais do que inconstitucionalidade por omissão estrito senso.

5 - No mesmo sentido, mais ou menos: Vicente Greco Filho, "Tutela Constitucional da Liberdade" ; Diomar Ackel Filho, "Writs" Constitucionais"; Adhemar Ferreira Maciel, "Conjeturas sobre o Mandado de Injunção", em art. cit. por Arice Moacyr Amaral Santos, obr. cit. ps. 12 e 13; Cyro Penna César Dias, "Modinhas e modismos jurídicos", em art. publ. na Folha de São Paulo: "Essa figura nova nos obriga a um exercício de direito comparado, pois que parece calcada em instituto do Direito Anglo-Saxônico, onde se constam algumas peculiaridades relativas ao instituto, das quais algumas merecem destaque... Parece claro que o "mandado de injunção" que se pretende criar teve inspiração, pois, na figura do "mandatory injunction" norte-americano." - Em sentido contrário: Manoel Goncalves Ferreira Filho, "curso de Direito Constitucional" ; Celso Ribeiro Bastos "Comentários a Constituição do Brasil, vol. 2 etc. Conclusão de Amaral Santos, obr. cit., p. 14: "Forçoso é concluir que o Writ of injunction é a fonte embrionária do instituto que leva o seu nome no Brasil."

6 - Declarada a inconstitucionalidade por ação, pelo Supremo Tribunal Federal, ao qual cabe "processar e julgar, originariamente, a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual" (CF, art. 102, I, a), cabe ao Senado Federal, privativamente, "suspender a execução, no todo ou em parte, de

lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal" (art. 52, X).

7 - De acordo com o art. 873, da CLT, após um ano de vigência, se houver fixado "condições de trabalho, quando se tiverem modificado às circunstâncias que às ditaram, de modo que tais condições se hajam tornado injustas ou inaplicáveis." - Apesar do nome . "revisão", essa ação coletiva não se assemelha à de revisão criminal nem importa ofensa a coisa julgada.

8 - Este texto é visceralmente diferente dos anteriores. Da Comissão Provisória de Estados Constitucionais, do Anteprojeto de 198, do Anteprojeto coordenado pela Comissão de Sistêmatização, da Constituinte, e do Substitutivo.

9 - O direito ao trabalho é bem mais amplo que o ao emprego, pois compreende a qualquer trabalho ou ocupação. O segundo, por sua vez, abrange o de conseguir emprego e o de mantê-lo. A ocupação, como o emprego, pode não ser plena, quando houver subocupação, e subemprego. Em outras palavras, "desocupação parcial", oposta à "aberta", desemprego parcial, oposto do total. Também denominados primário, de emprego pleno, e secundário. A propósito: "Sistêmas de Garantia de Emprego", relatório ao Simposio promovido pelo Instituto de Direito Social, SP, 1979, encerrado no volume "Estabilidade e Fundo de Garantia."

10 - Como afirmamos alhures, o nome "Centrão" é inadequado. Seus componentes não estavam no centro, equidistantes, mas abaixo e à direita, e não eram muito numerosos, embora muito ativos.

11 - Registre-se um fato inusitado. O Tribunal Superior do Trabalho firmou jurisprudência de que o empregado já estável, que opta pelo regime do FGTS perde sua estabilidade, pelo simples fato de haver optado. O Tribunal Federal de Recursos, contrária.

12 - A afirmação é feita baseada na heterogeneidade do Congresso, e, principalmente, em que a maioria dos seus membros é formada, ou têm ligações íntimas, por grandes proprietários rurais, e empresários em geral. Além disso, fundamentada em precedentes, como o da participação nos lucros, prevista desde a CF-46,k e, na gestão, desde a CF-64; o de ter sido mantida a estrutural sindical inspirada no fascismo, depois da CF-46 até a atual.

13 - A análise mais extensa e intensa do dispositivo constitucional, com crítica das mais contundentes, é a de Carlo Alberto Gomes Chiarelli, professor e atual Ministro da Educação, no vol. I, ps. 30 a 42, da obra "Trabalho na Constituição", 1989.

14 - A possibilidade de compatibilização é afirmada pela maioria, na qual estamos incluídos. Dentre os seus mais lúcidos defensores, destacam-se o prof. Arion Sayão Romita e o advogado e publicista B. Calheiros Bomfim, autores de uma proposição ao Instituto dos Advogados do Brasil e convertida em Projeto de Lei, apresentado pelo senador Nélson Carneiro ao Congresso, o qual hoje é o seu Presidente. - Ver, de Calheiros Bomfim, "Direitos e Liberdades dos Trabalhadores", 2a ed., 1981, e Sayão Romita, "Direito do Trabalho na Futura Constituição", 1986.

15 - Trata-se de fenômeno cumum. Quando se degladiam opiniões sobre

determinado instituto jurídico, os seus adeptos aumentam suas qualidades e reduzem seus defeitos, enquanto os que lhe são contrários procedem inversamente. As vezes, até de maneira absoluta, sem objetividade.

16 - Há muito repetimos, em várias oportunidades, ser o grande desafio que a Iberoamérica deve enfrentar.

17 - Também quanto a sua natureza, familiar e artesanal. - A Constituição, art. 11, assegura a elição de um representante dos empregados, se a empresa tiver mais de 200, mas "com a finalidade exclusiva de promover-lhes o entendimento direto com os empregadores."

18 - Segundo o art. 2o, & 2o, da CLT, "Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada um delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob o controle ou administração de outra, constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade ecônomica, serão, para os efeitos da relação de emprego, solidariamente responsáveis a empresa principal e cada uma das subordinadas." - O dispositivo é aplicável às empresas urbanas, mas a Lei n. 5.889/73, regulamentada pelo Decreto n.73.626/74, contém disposição semelhante. - Predomina na doutrina o entendimento de ser passiva e ativa a solidariedade entre às empresas agrupadas, sendo corrente a expressão "empregador único." - O Tribunal Superior do Trabalho, pelos Enunciados ns. 129 e 205 assentou duas tese: 1a - o fato de empregado prestar "serviços a mais de uma empresa do mesmo grupo econômico, durante a mesma jornada de trabalho, não caracteriza a coexistência de mais de um contrato de trabalho, salvo ajuste em contrário"; 2a - "O responsável solidário, integrante do grupo econômico, que não participou da relação processual como reclamado, e que, portanto, não consta do título executivo judicial como devedor, não pode ser sujeito passivo na execução."

19 - Inteiração ou integração. São estes os seus fatores, na ordem em que os coloçou o legislador brasileiro, no art. 8o da CLT: jurisprudência, analogia, que pode ser legal our jurídica, equidade, "princípios e normas gerais de Direito, principalmente do Direito do Trabalho", usos e costumes e direito comparado." - Ver, do autor, Compêdio de Direito do Trabalho, vol. 1, 3a. ed, 1982, 1.4.5

20 - Amílcar de Araújo Falção, excelente jurista, prematuramente desaparecido, discorrendo sobre a responsabilidade tributária, distinguiu a originária da derivada, a solidariedade da "substituição completa do contribuinte" - a substituição legal do contribuinte. Sua definição de substituto tributário é exemplar: "aquele terceiro a quem a lei comete , - com exclusividade, o dever de pagar um tributo alheio" (Introdução ao Direito Tributário, 1959, ps. 114 a 117). No Brasil, o empregador rural é
substituto tributário. Na gestão de negócio (alheio), regulada nos arts. 1.331 a 1.345, do Cod. Civ. brasileiro, dá-se substituição do dono do negócio pelo gestor. - Além dos casos de substituição processual citados no texto, há outros, como, p.ex., "de grupo de associados" por sindicato em processo judicial sobre insalubridade ou periculosidade" (CLT, art. 195, 2o); também de sindicato, para agir em

juízo, pleiteando seja assegurada "a percepção dos valores salariais corrigidos" (art. 3o, & 2o, da Lei n. 6.708/79).

21 - Pelo art. 513 da CLT, LETRA a, é prerrogativa do sindicato representar "os interesses gerais da respectiva categoria", bem como os "individuais dos associados relativos a profissão exercida." Pelo art. seguinte, é dever do sindicato "manter serviços de asistência judiciária para os associados." - Pela Lei n. 5.584/70, ao sindicato a que pertencer o trabalhador, a assistir em juízo, revertêm os honorários de advogado devidos pelo empregador vencido.

22 - CLT, arts. 611 a 625. - A diferença entre a convenção e o acordo coletivo do trabalho é uma só, quanto aos celebrantes. A primeira é bifrontalmente sindical, enquanto que o segundo somente unilateralmente, entre sindicato e empresa(s). - Sobre a metéria, nosso Tratado Elementar de Direito Sindical, 2a. ed., 1982, 2.2, onde sustentamos a denominação utilizada no texto: convenção sindical normativa.

Agosto, 1990.



EL DERECHO DEL TRABAJO EN LOS PAISES EN VIAS DE DESARROLLO Y LAS NORMAS INTERNACIONALES DEL TRABAJO.

Humberto A. Podetti
(Argentina)

I. Derecho y proceso de desarrollo.

1.1. Un aspecto particularizado en la elaboración del Derecho del Trabajo.

En el "microcosmos" que dentro del mundo jurídico es el Derecho del Trabajo - esa parte del ordenamiento jurídico relativa a la solución justa de los conflictos originados en las relaciones de trabajo individuales y colectivas -, la incidencia que en su elaboración tienen las normas internacionales del trabajo, constituye un aspecto particularizado, cuyo examen permite poner de relieve cuestiones subyacentes en aquél, pero que en las exposiciones en uso suelen soslayarse o al menos ser tratadas con cierta superficialidad.

A fin de no incurrir en el vicio de la "abstracción" a que a veces conducen los intentos de construcciones sistemáticas afines a la dogmática jurídica, en desmedro de la "realidad" (1); pero sin tampoco sustraerse a lo propiamente jurídico en desmedro de un exagerado "sociologismo" que se ciña excesivamente a los datos socioeconómicos - de necesario conocimiento por el jurista, pero no determinantes si se llega al extremo de la pérdida de identidad de la ciencia jurídica -, la temática de lo que aquí se aborda no puede prescindir del "aquí" y del "ahora". Pero bien entendido que a la utilización o la referencia a los datos extra-jurídicos, o el uso de los refinamientos de la dogmática, cabe "asignarle una función meramente instrumental y subordinada al logro de una finalidad superior, que es la justicia" (2)

El "aquí", es el de los países de América Latina, que sirve para denominar a países que se diferencian de lo europeo y de lo anglosajón, según una interpretación "voluntarista y de autodefinición cultural y política" que recoge Ermida Uriarte (3), pero sin perjuicio de su propia identidad y sin entrar a disquisiciones polémicas, cabe reconocerles raíces tanto en lo autóctono como en el trasplante de la civilización trasatlántica desde el Descubrimiento en 1492, así como la innegable influencia cultural y tecnológica que viene desde el Norte.

El "ahora" puede ser visto desde las nociones de "desarrollo" y de "subdesarrollo", entre los cuales la locución "países en vías de desarrollo", sin perjuicio de entre cuales de esos polos quepa ubicarlos, tiene cierta imprecisión, que Russomano atribuyera en distribución equitativa entre el amor al eufemismo y el propósito de no herir sentimientos patrióticos (4). Ese "ahora", caracterizado por "una situación económica y social particularmente difícil: marcado subdesarrollo, dependencia económica, retraso tecnológico, pesada deuda externa, bajo nivel de vida", repercutiendo en las estructuras políticas y sociales, con determinación de que "la situación política general y la laboral en particular se caractericen por ser conflictivas e inestables" (5).

1.2. Desarrollo y subdesarrollo

Es sabido que la idea de desarrollo tiene desde sus orígenes una clara connotación económica, vinculada con el crecimiento en ese aspecto, de carácter autosostenido. Así se lo ha entendido como "una transformación estructural de la economía,

en tal forma que la economía adquiere ciertos mecanismos que hacen que su expansión sea autosostenida" (6). El concepto "economicista" del desarrollo mereció desde varios lustros atrás críticas muy severas, y en una posición extrema se ha llegado a cuestionar a la idea misma de desarrollo económico como un mero "mito movilizador de esfuerzos de los países subdesarrollados", afirmación ésta que para su cabal comprensión requiere a su vez la crítica de los presupuestos ideológicos que la sustentan (7).

A su vez, el subdesarrollo, también desde un enfoque económico, se lo concibe como lo propio de una estructura social, "en que la plena utilización del capital disponible no es condición suficiente para la completa absorción de la fuerza de trabajo al nivel de la productividad correspondiente a la tecnología que prevalece en el sector dinámico del sistema"; y se agrega que "es la heterogeneidad tecnológica entre sectores o departamentos de una misma economía lo que caracteriza al subdesarrollo (8).

Una conclusión simplista y por demás errónea, ha podido llevar a muchos a suponer que el subdesarrollo es una especie de desarrollo "atrasado"; y que dadas ciertas condiciones de modernización de la economía, los países subdesarrollados irán alcanzando los logros de los países desarrollados. Los hechos económicos contradicen tal suposición, toda vez que la brecha entre unos y otros se hace cada vez más amplia. El análisis, en sí también polémico y no exento del todo de críticas, que parte desde la constatación del deterioro de los términos del intercambio ha permitido llegar a conclusiones sobre la vulnerabilidad creciente de los países productores de materias primas en su comercio con los países industrializados; y por ende el creciente endeudamiento de los primeros, y la falta de disponibilidad real de medios para superar su situación de inferioridad económica. Por cierto que no ha de incurrirse en una suerte de "monismo" causa, que sirva para explicar toda la problemática del subdesarrollo en el referido deterioro. Además de ese factor externo - y de otros que implican una debilidad congénita de muchos de los países de la periferia, así denominados en comparación con los países del centro -, se añaden diversos factores estructurales internos.

Así ha podido expresarse en un instrumento internacional, que "el problema del subdesarrollo... existe como resultante no sólo de estructuras internas inadecuadas, sino también de un sistema económico mundial profundamente injusto" (9).

En ese orden de ideas, el subdesarrollo aparece como una "situación estática o dinámica, caracterizada por una deficiente articulación interna de las estructuras y partes del sistema social societario y por presiones y dominaciones externas, expresivas de una desigualdad externa" (10)

1.3 El desarrollo integral y los estilos de desarrollo

Para que la respuesta al subdesarrollo sea eficaz y axiológicamente positiva, ha de buscársela en un modelo de desarrollo que, aunque cuente con el factor económico, no se reduzca exclusivamente a él; y permita asociar un crecimiento

autosostenido sin incurrir en el consumismo - propio o caracterizante del "modelo" de la "sociedad de consumo" -, ni hacer perder la identidad cultural propia y los valores que la sustentan.

El cambio de estructuras sociales en los países en vías de desarrollo requiere, eso sí, una modernización de la economía; y sustanciales mejoras en el bienestar social, en el nivel de vida, y una distribución más equitativa de los bienes. Pero como los bienes no son sólo materiales, sino también culturales en el más amplio sentido del vocablo, el desarrollo ha de atender a su disfrute generalizado y equitativo; y además servir para cambios en la estratificación y movilidad sociales, y a una mayor participación en la comunidad nacional (11).

Dicho de otro modo, no hay contraposición entre el desarrollo "económico" y el "social"; al contrario, hay una interdependencia entre ambos, "en el proceso más amplio de crecimiento y cambio", dentro de una estrategia de desarrollo integrado que tenga plenamente en cuenta, en todas las etapas sus aspectos sociales" (12). En el mismo sentido, se ha expresado que "el progreso y el desarrollo en lo social deben encaminarse a la contínua elevación del nivel de vida tanto material como espiritual de todos los miembros de la sociedad, dentro del respeto y del cumplimiento de los derechos humanos y de las libertades fundamentales". Su fin último, "es lograr una mejor calidad de vida para todos, lo que significa no solamente el desarrollo de los recursos económicos y otros recursos materiales, sino también el perfeccionamiento físico, moral, intelectual y cultural de la persona humana" (13).

La integralidad del desarrollo lleva a un crecimiento personal y comunitario; persona y comunidad deben asumirlo como protagonistas. Es así que cabe entenderlo como "una combinación permanente de cambios mentales y sociales que hacen apta a una población para aumentar duradera y acumulativamente su producto real global, y en términos más amplios, el conjunto de sus valores"(14)

Todo esto implica promover el desarrollo de todas las potencias en cada hombre, individualmente considerado y en cada sociedad, de modo que armonice con las exigencias de lo esencial de la naturaleza humana y conducir a un enriquecimiento de los vínculos societales y a profundizar el las relaciones interpersonales. Por eso, en definitiva, el desarrollo integral como superación de otros intercambios sociales más superficiales o simplemente referidos al intercambio de bienes, es el que permite, como lo expresara Francois Perroux, llegar mediante la reciprocidad de los servicios a la reciprocidad de las conciencias (15).

Pero en lo dicho no se agota, ni mucho menos, la comprensión de desarrollo integral, ya que aquél supone también entre otras cuestiones esenciales la de definir el modelo preferible de sociedad. Su análisis pasa por la evaluación de los "costos sociales" del crecimiento y la utilidad última del proceso de modernización, en el paso de una sociedad tradicional a otra "moderna", en el alcance de que ello no conduzca a la "centralización creciente, la tecnología delirante desprovista de fundamentos éticos, el Super Estado y el totalitarismo, y la

cosificación del hombre"(16). Asimismo, cabría examinar las alternativas del desarrollo y los "estilos" de éste, entendidos como los modos "en que dentro de un determinado sistema social se organizan y asignan los recursos humanos y materiales, con el objeto de resolver los interrogantes sobre para quienes y cómo producir los bienes y servicios" (17).Si el propósito último es arribar a un modelo de sociedad creativa, de bienes, valores y nuevas instituciones (18), en lo jurídico propiamente dicho, y en relación a lo que es materia de este estudio, cabe recordar la afirmación de Hoyos sobre que la "transferencia de normas e instituciones de Derecho del Trabajo y su aplicación práctica entre diversos países dependen en buena medida del estilo de desarrollo que adopte cada uno de éstos, aunque, por otra parte, la adopción y aplicación de dichas normas pueden constituir un elemento que ayuda a calificar un determinado estilo de desarrollo" (19).

1.4 Garantías jurídicas y promoción legal en el proceso de desarrollo.

Impulsado por factores económicos, sociales, políticos y culturales, con sus correspondientes ingredientes ideológicos que nutren las respectivas cosmovisiones, el proceso de desarrollo produce un cambio desde un determinado tipo de sociedad actual hacia un modelo de sociedad distinta que se configurará en el porvenir. Lo deseable es que esa sociedad producto del desarrollo mantenga, perfeccione y haga crecer los valores propios de la cultura tradicional; fruste el crecimiento de antivalores; y en la perspectiva de la persona, posibilite que alcance cada uno de los que componene la respectiva comunidad nacional, los fines existenciales que están trazados por la naturaleza humana.

En lo atinente a la dimensión jurídica del proceso de desarrollo, el Derecho ha de operar ante todo como un conjunto de garantías eficaces de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, según se ha indicado precedentemente. El contenido mínimo de esos derechos y libertades es el que resulta de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 1948; del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1966; y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 1966. En los países americanos, cabe añadir, la Declaración de Principios Sociales de América, 1945; la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre,1948; la Carta Interamericana de Garantías Sociales,1948; la Carta de la Organización de los Estados Americanos, art. 43; y el Pacto de San José de Costa Rica.

Es que el Derecho debe servir para facilitar y promover los cambios en la estructura socio-económica. Se constituye así en el marco legal del desarrollo, como expresión jurídica de una "política global que busque el cambio de estrucutras para el logro del desarrollo integral y que, al propio tiempo, garantice la plenitud razonable de los derechos humanos" (20).

1.5 Las normas internacionales del trabajo

El examen de la relación entre las normas internacionales del trabajo con los países en vías de desarrollo, apunta al tema de la influencia que las primeras

pueden tener sobre la legislación y las prácticas nacionales de los segundos, y si ello contribuye desde el Derecho al crecimiento integral de esos países; y ligado a lo que antecede, cómo alcanzar el objetivo tendiente a que efectivamente se concrete la recepción de aquella normativa.

Las normas internacionales del trabajo como fuente principal pero no exclusiva del denominado Derecho Internacional del Trabajo, en tanto normas jurídicas, integran el respectivo ordenamiento jurídico de que se trate.

Es preciso destacar aquí que las normas internacionales del trabajo a que se hace referencia en este estudio, son los convenios y las recomendaciones de la OIT; ambas fuentes primoridales aunque no exclusivas entre las emanadas de los órganos de aquélla (21), y que aparecen contemplados en el art. 19, 5 y 6 de su Constitución. Uno y otras son adoptados por la Conferencia Internacional del Trabajo. "A aquellos podrían sumarse otros instrumentos de jerarquía inferior, como las resoluciones adoptadas por la Conferencia, las conferencias regionales, las comisiones de industria, y los reglamentos tipo de higiene y seguridad del trabajo;" pero sólo "los convenios y las recomendaciones crean obligaciones genéricas previstas en la Constitución, para los Estados Miembros" (22). "La ratificación de un convenio acarrea dos obligaciones básicas para el país interesado: proceder a su aplicación y someterse a los procedimientos destinados a verificarla" (23). En cambio, "una recomendación no puede ser ratificada y constituye sólo una guía para una acción nacional en la materia cubierta por este instrumento" (24), de utilidad para "delinear objetivos sociales que son demasiado avanzados como para pretender una aplicación generalizada, o a fin de tratar materias muy complejas o que se presentan en forma muy disímil entre los países, o para regular en detalle los principios más generales incorporados a un convenio" (25).

A traves de convenios y recomendaciones, la OIT procura satisfacer su cometido de "lograr la realización de ciertas metas normativas con miras a garantizar que todos los seres humanos, sin distinción de raza, credo o sexo, pueden perseguir su bienestar material y su desarrollo espiritual en condiciones de libertad y dignidad, de seguridad económica y en igualdad de oportunidades" (26); y "constituyen un medio de plasmar los objetivos constitucionales en reglas y directrices más concretas a la vez que ofrecen una unidad de visión para la acción de la OIT" (27). Por otra parte, la "cooperación técnica, la investigación y otras actividades prácticas llevadas a cabo por la Organización deben guiarse por las normas y políticas definidas en dichos instrumentos. A su vez, pueden utilizarse tales actividades para fomentar la aplicación de las normas de la OIT y también para determinar hasta qué punto se cumplen, si se adaptan a circunstancias cambiantes y si es necesario y oportuno revisar los instrumentos existentes o elaborar otros nuevos" (28).

La distinción originaria entre convenios y recomendaciones radicaba en que "en épocas" anteriores se trataban muchos temas por medio de recomendaciones,

particularmente cuando se abordaban cuestiones de política general o programas prácticos o cuando debido a falta de experiencias nacionales suficientemente desarrolladas, parecían normas de carácter exploratorio" (29). El carácter autónomo de las recomendaciones sin relación con los convenios fue sustituído de modo que sean instrumentos complementarios de estos últimos (30).

Pero para abordar la consecución de objetivos alcanzables mediante la adopción de "una política nacional en la esfera considerada" y no mediante el establecimiento de normas precisas, se ha recurrido últimamente a "convenios promocionales", a los cuales cabe el reparo de su relativa indefinición, aparejando dificultades en su aplicación por los Estados y de evaluación por los órganos de supervisión de la OIT (31). De ahí, que sea válido el interrogante que en la Memoria a la 70a. reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo de 1984, se planteara el Director General, sobre si "con miras al futuro cabe preguntarse esencialmente si debería hacerse de nuevo mayor uso de instrumentos no obligatorios, reservando los convenios para temas importantes susceptibles de una definición y acción precisos"; máxime cuando además de las recomendaciones hay disponibles otros instrumentos no obligatorios (32).

Las distinciones antedichas tienen particular importancia para los países en vías de desarrollo; lo mismo que la elaboración de las normas de la OIT, "debería seguir desarrollándose sobre una base universa, y de que habría que tener en cuenta las diferencias entre las condiciones y niveles de desarrollo nacionales mediante la inclusión de disposiciones o fórmulas apropiadas de flexibilidad" (33). Pero el recurso a claúsulas de flexibilidad hace necesario facilitar más amplia información y asesoramiento a los Estados Miembros (34).

A propósito de si conviene elaborar las normas internacionales del trabajo con ajuste a una técnica jurídica flexible, se suscitan diversos interrogantes, de cuya respuesta dependerán los lineamientos que adopte la respectiva política de la OIT (35). En relación entonces a la técnica jurídica, de la que se acaba de hacer referencia a su resultado (normas rígidas o normas flexibles), cabe también mencionar su elaboración; para que la participación en ella de los países en vías de desarrollo sea útil y efectiva deben adoptarse los métodos de trabajo que posibiliten a esos países exponer sus puntos de vista, lo que redundará en que el instrumento en elaboración pueda después ser más fácilmente aplicado (36).

En cuanto a la naturaleza jurídica de los convenios ha habido una riquísima gama de opiniones (37), habiéndose sostenido por Von Potobsky y Bartolomei de la Cruz que deben ser considerados "como una especie nueva en derecho internacional, con peculiaridades que los distinguen tanto de los tratados-leyes como de los tratados-contratos, como asimismo de los tratados multilaterales (abiertos o cerrados), sin perjuicio de que... algunas de sus características coincidan con elementos de una u otra de esas categorías, en particular la primera" (38).

Notas al Cap. I.

(1) Aquí cabe hacer necesaria referencia a las reflexiones de Máximo D. Monzón a propósito de la obra de Francisco de Ferrari.
(2) Latorre, Angel, Estudio preliminar a Biondo, Biondi, "Arte y ciencia del Derecho", Barcelona, 1953, p.29.
(3) Ermida Uriarte, Oscar, "Las relaciones de trabajo en América Latina", rev. Derecho del Trabajo (Buenos Aires), 1989-B,p.1267.
(4) Russomano, Mozart Victor, "La actuación de los sindicatos en los países en desarrollo", rev. Derecho Laboral (Montevideo), T.XXIII, No. 117, enero-marzo 1980, p. 102.
(5) Ermida Uriarte, ob.cit., p.1268.
(6) Germani, Gino, "Desarrollo económico y modernización social", en Instituto Internacional de Estudios Laborales, "Relaciones de trabajo en el proceso de desarrollo social y económico", Buenos Aires, 1968, p.61.
(7) Véase la síntesis de Hoyos, Arturo, "La transferencia del derecho del trabajo entre naciones", rev. Derecho laboral (Montevideo), t. XXVII, No.133, enero-marzo 1984, p.63 y sus citas de Wolfe y de Furtado.
(8) Furtado, Celso, "Desarrollo y subdesarrollo", Buenos Aires, 1964, p. 178.
(9) Conferencia Mundial del Año Internacional de la Mujer, México 19/6 al 2-7-75, "Declaración de México sobre la igualdad de la mujer y su contribución al desarrollo y la paz", 1975, punto 14.
(10) Ramlot, Michel, "Participación y desarrollo", Montevideo, 1967, p.13-14.
(11) Moore, Lawrence, "Política social y política del desarrollo", RIDS, Nueva York, 1971, No. 3, p.46.
(12) Asamblea General de las Naciones Unidas, "Declaración sobre el progreso y el desarrollo en lo social", Resolución No. 2542, 11-12-69.
(13) Id. Cfr. en igual sentido, Valticos, Nicolas, "Droit international du travail", en el "Traité de droit du travail", publié sous la direction de G.H.Camerlynck, Paris, 1970, t.VIII, No.142, p.130.
(14) Ramlot, ob.cit., p.33.
(15) Cfr. Podetti, Humberto A., "Política Social", Buenos Aires, 1982, S 68,p.77.
(16) Sábato, Ernesto, "Apologías y rechazos", Barcelona, 2a. ed., 1980, p.133.
(17) Gildenberger, Carlos, "Desarrollo y calidad de vida", en Rev. Arg. de Relac. Internac.", Buenos Aires, septiembre-diciembre 1978, año IV, No.12, p.41.
(18) Sobre los "modelos" de sociedad (opulenta;dominadora;desacondicionada;informada) sistematizados por Mandrioni, Héctor, véase "Filosofía y política", Buenos Aires, 1975, p.46 y sgtes.; y su resumen en "Política Social", cit. S95 y sgtes., pág. 103 y sgtes.
(19) Hoyos, ob.cit., p.65.
(20) Oyhanarte, Julio, "Poder político y cambio estructural en la Argentina", Buenos Aires, 1969, p.12; cfr. Granji, Manoucher, "La realización de los derechos económicos, sociales y culturales: problemas, políticas, logros", Naciones Unidas, Nueva Yor, No.150, p.330.

(21) Cfr. Von Potobsky, Geraldo W. y Bartolomei de la Cruz, Héctor G., "La Organización Internacional del Trabajo", Buenos Aires, 1990, S 6, p.20.
(22) Id. ob. y lug. cit.
(23) Cfr. id. ob. cit., S 7, p.24 y S 34, p.77.
(24) Id., pág. 24.
(25) Id., ob. y lug. cit.
(26) "Normas Internacionales del Trabajo", Extracto de la Memoria del Director General a la Conferencia Internacional del Trabajo, 70a. reunión, 1984, p.3.
(27) Id., ob. y lug. cit.
(28) Id., ob. y lug. cit.
(29) Id., ob. cit., p.16.
(30) Id., ob. y lug. cit.
(31) Cfr. id., ob. y lug. cit.
(32) Id., ob. cit., p.17.
(33) Id., ob. y lug. cit.
(34) Id., ob. cit., p.18.
(35) Id., ob. y lug. cit.
(36) Id., ob. cit., p.20/21. Una enunciación de métodos en uso o a implementar puede verse aquí, lug. cit.
(37) Para un resumen de las diversas opiniones, véase Von Potobsky y Bartolomei de la Cruz, S 8, p.25 y sgtes.
(38) Id., ob. cit., p.29/30.

II. Principales aspectos de incidencia de las normas internacionales del trabajo.
2.1. Alcance de las normas internacionales del trabajo.

En relación concreta a las normas internacionales del trabajo, su contenido se vincula más inmediatamente con los derechos económicos, sociales y culturales, en un sentido amplio; ello incluye su reconocimiento en las relaciones laborales individuales y colectivas,y frente a las contingencias sociales; y también a la elevación del nivel de vida, de la protección de la familia y de la educación (1). Todo lo cual, está de acuerdo con el principio básico sustentado por la OIT en la Declaración de Filadelfia, 1944, de que "todos los seres humanos, sin distinción de credo, o sexo, tienen derecho de perseguir su bienestar material y su desarrollo espiritual en condiciones de libertad y dignidad, de seguridad económica, y en igualdad de oportunidades".

Sin embargo, frente a argumentos que suelen exgrimirse sobre la anteposición en el tiempo de la etapa de crecimiento económico como condición necesaria previa para el desarrollo social(2), es oportuno recoger la observación de que las normas internacionales del trabajo "representan una síntesis de tendencias laborales internacionales, confeccionadas por los propios protagonistas, de manera tal que puedan influenciar la dinámica social de los diversos países"; así como que esto "no significa desconocer las dificultades que pueden obstaculizar

la aplicación de ciertas normas, derivadas del insuficiente desarrollo económico e inclusive administrativo de determinados países. En este caso, tales normas constituyen una guía para una futura adecuación y su influencia queda latente" (3). Ellas más bien "ocupan una situación intermedia en la que se ha tratado de lograr un equilibrio entre los principios generalmente aceptados y una meta realista a la que debe tenderse. Pueden representar en ciertos casos una base mínima y un punto de arranque para toda superación que asegure un bienestar creciente a los trabajadores en el marco de las posibilidades económicas". (4)
Una síntesis de lo que antecede podría constituirla el párrafo de la Declaración de Buenos Aires, (7a. Conferencia de los Estados de América Miembros de la OIT,1961), sobre la perentoria necesidad de que "los gobiernos den vigencia inmediata a las normas jurídico-sociales, adaptándolas a la realidad económica y social en armonía con los convenios y recomendaciones de la OIT y completándolas con las medidas de carácter administrativo y financiero indispensables para suprimir trabas impuestas al desarrollo económico y social equilibrado de los países" (5). En ese orden de ideas, dichas normas representan la expresión programática de una Política Social adecuada a las expectativas de un cambio constructivo hacia una sociedad más justa y más participativa, dentro de los carriles del Derecho.

2.2 Improcedencia de las generalizaciones

En todo estudio sobre la influencia de las normas internacionales del trabajo en los países en vías de desarollo ha de hacerse la salvedad sobre las diferencias cuantitativas y cualitativas de cada uno, según resulta de los respectivos indicadores sociales. De ese modo, no cabe formular generalizaciones que basadas en un afán sistemático a favor de esquemas simplistas y a la vez irreales; o por la comodidad de soslayar el estudio y la compulsa de dichos indicadores, no resultan aptas para diagnósticos científicamente fundados. Por esa vía se suele llegar a conclusiones que al carecer de sustento real, y con omisión de las necesarias diferenciaciones, en definitiva terminan siendo inútiles ejercicios intelectuales.
Los estudios pormenorizados, país por país, reduciendo a comunes denominadores los datos recopilados de modo que sirvan para comparaciones válidas, no resultan por otra parte fácilmente alcanzables. La falta de confiabilidad de ciertos indicadores y la rapidez de los cambios - políticos internos y externos; sociales; económicos; y culturales -, suele hacer perder rápidamente de actualidad a tales estudios.
Dentro de los necesariamente limitados extremos de este estudio, no resulta posible sino el señalamiento de algunos de los aspectos en los que cabe una influencia práctica de las normas internacionales del trabajo en los países en vías de desarrollo, con selección de los más relevantes. Para eso se admite a modo de postulado, la comprobación de la influencia que han tenido y siguen teniendo los convenios y las recomendaciones de la OIT en el contenido y evolución de la legislación social, tanto de los países industrialmente avanzados como en los

demás países; y la aceptación en tales legislaciones de ciertos principios y tendencias, junto con la incorporación de normas específicas (6).

Aquí cabe recoger, sin embargo, la oportuna observación de Blanchard, quien después de afirmar "que no puede sacrificarse la política social al progreso económico", dejó sentado que "la aplicación de las normas internacionales de la OIT no tiene pleno sentido sino en un mundo solidario"; pero con realismo también puntualizó que al estar falseadas las relaciones económicas internacionales, quedaba en cuestión el papel de dichas normas dentro de lo que se ha convenido en designar como cooperación internacional, con obvia referencia a las consecuencias desfavorables para los países en desarrollo de la crisis económica mundial, que de tasas de crecimiento espectaculares en los años '60 se estacionaron en los años '70, siendo nulas e incluso negativas en ciertos países (7).

2.3 Empleo

En los países en vías de desarrollo la problemática del desempleo debe comenzar por su calificación como estructural, a lo que se añade el desempleo encubierto; y como causal de agravamiento, el pluriempleo y la utilización habitual de horas extraordinarias entre los ocupados, con lo que se altera el equilibrio de un mercado de trabajo donde escasean los puestos de trabajo (8).Una respuesta profesoral a esos fenómenos, que tuviera en consideración al desarrollo insuficiente de la economía vinculado con altas tasas de crecimiento demográfico, podría ser que la respuesta ha de consistir en una política de empleo que permita hacer efectivo el derecho al trabajo.

Pero una respuesta tal supone el cumplimiento de una serie de condiciones de más sencilla proposición que de concreción. Pero con todo vale la pena enunciar los objetivos de una política de empleo. Esta "deberá tender a garantizar: a) que habrá trabajo para todas las personas disponibles y que busquen trabajo; b) que dicho trabajo será tan productivo como sea posible; c) que habrá libertad para escoger empleo y que cada trabajador tendrá todas las posibilidades de adquirir la formación necesaria para ocupar el empleo que le convenga y de utilizar en este empleo esta formación y las facultades que posea sin que se tengan en cuenta su raza, color, sexo, religión, opinión política, procedencia nacional u origen social" (9). Para alcanzar tales objetivos deben implementarse medidas jurídicas, económicas y educativas.

Jurídicamente, deben dictarse las normas de derecho interno para hacer efectivo el derecho al trabajo. En particular, evitar la discriminación (10); garantizar la libertad de elección del trabajo, con prohibición del trabajo forzoso (11); establecer el servicio de empleo (12), con la prohibición de agencias retribuídas de colocación (13); y las demás normas sobre regulación del trabajo en sí y de las obligaciones y derechos de empleadores y trabajadores a que se hace referencia después, en sus aspectos individuales y colectivos. En cuanto al seguro de ocupación, veáse infra 2.6.

Socio-económicamente, para una política de empleo ha de adoptarse planes para

que en relación a la política económica general de crecimiento, se creen empleos en número suficiente para la oferta actual y futuras; se establezcan metas cuantificadas para reducir progresivamente el desempleo y el sub-empleo; se ponga énfasis en la evaluación de planes de desarrollo a los aspectos del empleo y distribución de ingresos, en orden a la elección alternativa de aquéllos; se adopten políticas activas en el mercado de empleo; se prevean políticas salariales que aseguren niveles mínimos y la gradual elevación de los salarios reales (14). La necesaria integración de la planificación económica con la social se pone especialmente de manifestación en relación al problema del empleo.

En lo educativo, se deben instituir sistemas de orientación y formación profesional y aprendizaje, que capacite a los jóvenes, y permita la actualización y readaptación profesional de los adultos, como forma de la "educación permanente" (15).

Pero la realidad es muy cruel. El cotejo de proposiciones como las que anteceden con altas tasas de desocupación, servicios educativos deficientes o inviabilidad del seguro de ocupación en los países en vías de desarrollo, muestra la larga distancia que suele haber entre planificaciones o proposiciones que lindan con lo utópico y aquélla "tumba económica de paro estructural" a que en otro contexto, pero en una fórmula precisa aludiera Sinzheimer (16).

2.4 Condiciones equitativas de trabajo

Aparte de que en lo socio-económico la planificación para el desarrollo debe tender a que junto con el incremento del producto bruto interno (PBI) se asegure una mayor participación de los trabajadores en dicho incremento, traducido en la elevación del salario real; y que la incidencia global de las remuneraciones en el PBI sea progresivamente mayor hasta el límite de las razonables ganancias de las empresas y de la cuota de inversión de éstas, la legislación debe establecer garantías mínimas sobre los aspectos que se indican seguidamente, junto con los mecanismos aptos para su observancia.

a) Remuneraciones. El derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria que asegure al trabajador y a su familia una existencia humanamente digna (17), con respeto al principio de igual salario por trabajo igual para la mano de obra masculina y femenina (18), debe ampararse con la fijación de salarios mínimos (19); y además el establecimiento de garantías jurídicas para la efectiva e íntegra percepción de la remuneración (20). Esas garantías deben comprender asimismo los supuestos de contratos celebrados por las autoridades públicas (21).

b) Seguridad e higiene en el trabajo. Dentro de la fórmula genérica de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias, quedan comprendidas la seguridad e higiene en el trabajo (22). Sobre ello, además de las regulaciones para profesiones o actividades específicas o en relación a ciertas condiciones de labor, o al manejo de ciertas substancias, y que pueden implementarse siguiendo lo establecido en diversos convenios y recomendaciones de la OIT, lo mismo que los códigos modelo o códigos de práctica, cabe adaptar las previsiones de carácter

general contenidas en diversos instrumentos (23).

Merece particular importancia la prevención de los accidentes de trabajo, que en los países en vías de desarrollo aparece muy descuidado, lo cual, consideraciones morales aparte pero verdaderas, apareja económicamente un incremento de costos, aunque sean modestos los montos indemnizatorios, y los accidentados sean fácilmente reemplazables cuando el desempleo y el sub-empleo son elevados. De todos modos, a menudo las víctimas suelen ser "trabajadores calificados, a quienes se ha impartido una formación. Su sustitución entraña, por tanto, un costo". En su calidad de víctimas, quedan a cargo de la comunidad o de sus familiares (24). Al respecto, la carencia de políticas adecuadas y de falta de conciencia de la gravedad ética y económica de la ocurrencia frecuente de accidentes y enfermedades del trabajo, reconoce diversos responsables. Cabe imputar esa omisión al Estado y a la administración del trabajo; a aquellos empresarios que visualizan la cuestión como un costo negligible, que no merece inversiones para ampliar la prevención; y a los sindicatos que más preocupados por las claúsulas salariales u otras ventajas, no postulan ni se interesan por la inclusión en los convenios colectivos de las que promuevan la prevención de los accidentes y enfermedades del trabajo.

Por otra parte, el derecho interno debería además, como prevención imponer sistemas de medicina del trabajo (25), a armonizar con el seguro de salud (veáse infra 2.6).

c) Goce de descansos y limitación de las horas de trabajo. El derecho al descanso y disfrute del tiempo libre, y la limitación razonable de las horas de trabajo, determina que deba legislarse sobre la jornada laboral (26); el descanso semanal (27); y sobre vacaciones anuales y otras licencias pagas (28).

ch) Protección al extinguirse la relación laboral Al ser de ordinario el trabajo la primordial fuente de subsistencia del trabajador y su familia, la ley debe amparar la conservación del empleo, salvo justa causa, con el pago de una adecuada indemnización en caso de inobservancia de ese amparo, a modo de garantía mínima (29); y sin perjuicio de la cobertura de la contingencia de desempleo (véase infra 2.6).

d) Goce de servicios sociales. Sin perjuicio de la garantía de la remuneración y de las prestaciones del sistema de Seguridad Social, la ley debería imponer, o auspiciar por convenio colectivo o iniciativa del empleador, el goce de servicios sociales varios (provisión de alimentos; de transportes; de lugares de recreación; de vivienda; etc.) (30).

e) Grupos especiales de trabajadores. La distinta situación de grupos profesionales diferentes, algunos por razón del sexo, como las mujeres; otros, por la edad, los menores; y otros por la índole de su actividad laboral, deben dar lugar a regulaciones específicas que pueden recoger las normas internacionales de trabajo dictadas acerca de esos grupos (31).

f) Los trabajadores autónomos. Entre los distintos grupos de trabajadores

también se incluyen a aquéllos, que trabajando por cuenta propia, se hallan sociológicamente expuestos a similares- a veces, peores- situaciones que la de los trabajadores por cuenta ajena. Los pequeños productores y artesanos (32), los productores rurales (33) y los integrantes de cooperativas de producción y de trabajo, entre otros (34), deben ser destinatarios también de medidas legislativas apropiadas y específicas, sobre los cauces de las normas internacionales de trabajo.

g) Trabajadores migrantes. La situación de los trabajadores migrantes, que además de constituir en general un aspecto de la lucha contra la discriminación en el empleo y la ocupación por razones de nacionalidad (35), debe también encararse en cuanto concierne al goce amplio de sus derechos, y particularmente de las condiciones de trabajo (36). Ello requiere un tratamiento específico, cuando se trata de países en vías de desarrollo (37); en estos países, se añade a los problemas que suscitan ofrecer condiciones equitativas de trabajo a los nacionales, los de la recepción de los trabajadores migrantes (38).

h) Organismos administrativos y judiciales de aplicación. Para que la legislación social sea aplicada efectivamente, junto con las disposiciones de fondo deben preverse las que reglen el funcionamiento de organismos administrativos para la inspección del trabajo (39) y otras funciones del Estado en materia laboral; lo mismo que el establecimiento de Tribunales del Trabajo, con competencia para los litigios laborales, y procedimientos dotados de gratuidad para los trabajadores y procurando la inmediatez del magistrado y la celeridad de los trámites (49).

i) Recapitulación crítica. El conjunto de proposiciones de la normativa internacional concerniente a cada uno de los aspectos antes reseñados, en el supuesto que un país en vías de desarrollo pudiera implementarlo, choca con un obstáculo esencial, cual es la segmentación del mercado de trabajo. A causa de ello, a lo sumo habrían normas laborales de mayor o menor eficacia, pero aplicables sólo al sector formal de la economía. La política entonces debería orientarse no tanto a forzar por vía de sanciones la observancia legal en el sector informal, sino procurar su "legislación", aun a veces al precio de "concesiones" a una realidad que suele mostrar anticipos de cambios sociales no siempre negativos (41).

12.5 Sistema de relaciones de trabajo, libertad sindical y negociación colectiva

a) El sistema de relaciones de trabajo. En los países de América latina, y con la salvedad de los debidos matices geográfico-temporales, cabe señalar entre otras características del sistema de relaciones de trabajo al intervencionismo estatal; la brecha entre derecho y realidad; la conflictualidad; la progresiva "laboralización" de las relaciones de trabajo en el sector público; el crecimiento del sector informal, antes señalado; y particularidades específicas en orden a la estructura sindical y la negociación colectiva (42).

Esas relaciones de trabajo admitirían un par de alternativas en lo que a las políticas aplicables se trata. Si el desarrollo es entendido como crecimiento

económico con subordinación del aspecto social, hay una relativización de las relaciones colectivas; ello se proyecta en consecuencias peyorativas para la importancia de los sindicatos; para la extensión de la negociación colectiva; y para la promoción del diálogo tripartito. A la luz de diversas experiencias, se trata de un modelo poco viable, con una movilización latente del movimiento obrero en épocas de dificultades y restricciones (43).

Si la alternativa es un desarrollo equilibrado de lo económico y social, lo que exige un enfoque participativo para la integración de los diversos estratos de la sociedad, se favorece la ampliación y la consolidación de la democracia (44).

b) Libertad sindical. Ante la carencia de instituciones sociales diversificadas que suele caracterizar a ciertos países en vías de desarrollo, en especial, la ausencia de sindicatos, la legislación debería comenzar por garantizar el derecho de toda persona a fundar sindicatos y a sindicarse para la defensa de sus intereses (45). Como contenido concreto de esa garantía sirven de orientación las disposiciones de diversos convenios de la OIT (46), incluídas las referentes a la actuación de los dirigentes sindicales (47).

Lo básico es entonces el respeto de la libertad sindical, orientándose hacia la participación. Esta concretamente tienen una serie de requerimientos en lo que hace a la actividad sindical: (i) Estructura sindical amplia por industrias o ramas de actividad; (ii) Representación de los trabajadores en la empresa; (iii) Concentración hacia arriba, en federaciones y confederaciones; (iv) Fomento de una amplia representatividad a los fines participativos; (v) Reconocimiento del derecho de sindicación en el sector público; (vi) Promoción de la sindicalización en el sector agrícola, que es importante en los países cuya población rural sea mayoritaria (48).

C) Negociación colectiva. Al reconocimiento del derecho de sindicarse debe seguir necesariamente el de poder negociar colectivamente (49), lo cual implica además una de las formas más fecundas de participación en lo social (veáse infra, 3.4); y es contribución esencial para el paso de una acción social de tipo prescriptivo a otra de tipo deliberativo.

Se ha podido afirmar entonces que la negociación colectiva es la de mayor incidencia en la estrategia del desarrollo por su influencia en la redistribución de ingresos, y en la capacidad de capitalización en inversión (50). En relación a lo primero, se destaca la importancia del salario como factor de redistribución, cuando es menor el impacto de otras políticas redistributivas de las que se ensayó en el ahora en crisis Estado de Bienestar. A la par, a la larga y salvo circunscriptos lapsos en que por imperativo del orden público económico sea aconsejable suspender la negociación colectiva, una suspensión tal resulta ineficaz como factor anti-inflacionario (51). Al contrario, los convenios colectivos aparecen como instrumentos económicos anti-inflacionarios y para un incremento de la productividad global de la economía (52).

Enfocada la negociación colectiva como estrategia participativa, se ha aconseja-

do-siempre en referencia a los países en vías de desarrollo- la diversificación de los niveles de negociación para una articulada, a partir de una negociación por industrias o ramas de actividad; y de ahí otra negociación complementaria en las empresas. Las ventajas de la primera consisten en una mayor cobertura personal; la uniformidad de condiciones mínimas; la discusión de temas que rebasan el ámbito de la empresa; y la reducción de focos de conflictos. A su vez, son ventajas de la segunda, el reajuste salarial según la mayores capacidades de cada empresa; la adecuación de condiciones de trabajo a las peculiaridades de cada unidad; y la solución de problemas específicos que se presentan en cada empresa. Un segundo aspecto de esa estrategia participativa es la de la negociación colectiva en el sector público (53). Pero esto último ofrece algunas dificultades, entre las que cabe computar en algunos países y paradójicamente la debilidad de la Administración para negociar ante la alternativa de huelgas "salvajes" o simplemente de limitaciones derivadas de insuficiencias técnico-administrativas y presupuestarias (54).

ch)Conflictos colectivos. Aunque el objetivo a tener en cuenta en la política laboral sea la de la paz laboral (55), siempre que no se lo persiga mediante la pretensión - por demás ineficaz - de la supresión del conflicto por medio de prohibiciones legales de las huelgas, sino de su encauzamiento por la negociación, la legislación no debe impedir la autotutela de los trabajadores. Debe en cambio reconocerse el derecho de huelga, ejercido de conformidad con las leyes (56); y a la vez, establecer procedimientos aptos para la conciliación y el arbitraje (57).

Cuando la tasa de conflictividad es alta se producen trabas a la producción; y se desalientan las nuevas inversiones. La consecuencia es negativa para el desarrollo. A partir de la aceptación del conflicto que como los de intereses son propios de las relaciones intergrupales, un sistema de relaciones de trabajo debe incluir procedimientos para solucionarlos.

En vista de una estrategia para el desarrollo, Von Potobsky postula la adopción de procedimientos eficaces y que funcionan en la práctica, para solucionar los conflictos de intereses. Frente a ese desideratum, se advierte en los países de América Latina una serie de características negativas; (i) legalismo, con formalidades propias de un juicio contradictorio, en vez de flexibilidad formal y habilidad conciliatoria, apropiados para la composición de intereses contrapuestos; (ii) imposición necesaria de trámites formales para llegar a la huelga, lo que con frecuencia es una mera formalidad que deja expedito el recurso a la misma; (iii) complicación de trámites y dificultad para cumplir los requisitos previos a la huelga; (iv) imposición del arbitraje obligatorio, sea impuesto por las autoridades estatales, o como consecuencia inefuctuable si fracasa la conciliación o la mediación previas (58).

Las consecuencias que se siguen son el de que el proceso conflictivo evoluciona en un plano distinto al legislativo, con elevado porcentaje de huelgas ilegales;

poco uso del procedimiento arbitral voluntario; el desarrollo de un procedimiento administrativo, no previsto legalmente, pero con resultados positivos a falta de otra cosa. La solución aconsejable para los países en vías de desarrollo pasa por lo siguiente: (i) opción por métodos flexibles y variados, en vez de procedimientos legalistas; (ii) acentuación de la conciliación administrativa, dotando a los organismos de los recursos necesarios, y permitiéndoles una acción preventiva para evitar conflictos complejos por la acumulación excesiva de problemas; (iii) utilización de árbitros elegidos por las partes; (iv) utilización de comisiones de encuestas sobre el origen y posibles soluciones de conflictos importantes; (v) extensión y generalización de conflictos con relieves políticos, sólo solucionables por la concertación social (59).

d)La cogestión. En el ámbito de la empresa, y como forma de evolución hacia lo que se suele denominar "democracia industrial", deben preverse reformas, que comiencen al menos en la satisfacción del derecho de información a los trabajadores (60) y distintas formas de colaboración en el seno de aquélla (61). A las medidas a adoptarse progresivamente en este aspecto de la legislación social - pero que requiere entre otras condiciones, además de la imprescindible buena fe y mutuo espíritu colaborativo, una necesaria capacitación de los trabajadores que asumen roles en la cogestión, han de añadirse las propias de la participación y de la concertación social, en el nivel inherente a ésta (véase infra 3.4).

2.6 Protección frente a las contingencias sociales. A. El amparo a los trabajadores en función de tales, debe complementarse con la institución de servicios de seguridad social para la cobertura de las consecuencias desfavorables de las contingencias sociales. Su campo de aplicación personal, según las tendencias contemporáneas, debe exceder a los trabajadores dependientes y sus familias para cubrir en la etapa de desenvolvimiento que corresponda, a los trabajadores por cuenta propia o autónomos, y por fin a la totalidad de la población del país (62).

La implantación y en su caso, la reforma de un sistema de seguridad social debe efectuarse en cada país previos estudios de su factibilidad (63), con criterios prácticos y realistas que atiendan a los principios de progresión racional y de economicidad (64). Especial cuidado merece el aspecto técnico-financiero (65), cuidando no incurrir en generosas planificaciones luego irrealizables. Por lo demás como lo ha puntualizado Fourastié hay una trágica paradoja consistente en que "cuanto más pobre es un país y mayor necesidad tiene, por ende, de un sistema de seguridad social, más difícil le resulta establecerlo" (66), observación ésta que los dirigentes de los países en vías de desarrollo no pueden de ningún modo pasar por alto.

B. Para hacer efectivo el derecho a la seguridad social (67), las prestaciones a otorgarse según las contempladas en el Convenio 192, sobre la seguridad social (norma mínima), 1952, corresponden a las siguientes contingencias:

a) enfermedad:prestaciones médicas y monetarias (68)

b) desempleo: sin perjuicio del servicio del empleo (veáse supra, 2.3), prestaciones o subsidios monetarios (69), aunque en los países en vías de desarrollo su vialidad es más que reltiva (70).
c) maternidad: dejando a salvo la protección que en cuanto a la prestación de sus tareas corresponde a la mujer embarazada y el amparo contra la pérdida del empleo antes o después del parto, aquélla es acreedora a prestaciones monetarias mientras dure la suspensión del trabajo y además asistencia médica (71).
ch) invalidez, vejez y muerte del sostén de la familia: prestaciones monetarias periódicas y de pago único, que se otorgan diferenciadamente según quienes resulten sujetos protegidos, aunque por razones técnicas estas tres contingencias suelen ser tratadas conjuntamente (72).
d) accidentes del trabajo y enfermedades profesionales: sin perjuicio de las medidas de prevención (véase supra, 2.4,b) configurada alguna de estas contingencias, las prestaciones son monetarias (combinadas, en su caso, con las debidas por invalidez) y de asistencia médica (73).
e) cargas de familia: se compensan con prestaciones monetarias por hijos (u otros familiares a cargo), de pago periódico o de pago único (74).
C. Las normas internacionales de trabajo enfatizan el reconocimiento de los derechos a prestaciones de la seguridad social a favor de los trabajadores migrantes (75), lo cual interesa a los países en vías de desarrollo. Si éstos son receptores de los trabajadores extranjeros, muchas veces calificados, deberían prever para ellos un tratamiento no discriminatorio y en igualdad de derechos con los nacionales; y cuando a su vez son los nacionales de los países en desarrollo los que se trasladan al extranjero, es importante que haya reciprocidad de trato, lo cual suele articularse mediante los respectivos tratados bi o multilaterales (76).
Un tercer supuesto es el señalado antes de las migraciones de trabajadores desde un país subdesarrollado a otro -generalmente fronterizo- que también lo es (véase supra,2.4,g). Múltiples factores definen este supuesto: persecuciones políticas, desempleo en el país de origen, ofertas o posibilidad de trabajo -así sea estacional- en el país de destino, búsqueda de otra calidad de vida; etc. El tratamiento igual a estos trabajadores halla una dificultad más allá de cualquier discriminación de otro tipo, en que si ni siquiera puede darse suficiente amparo a los residentes permanentes, qué se podrá hacer con los recién llegados.
CH. Pero la realidad actual de los sistemas de seguridad social de los países en vías de desarrollo de América Latina, obliga a ser sumamente cauto en la en la posibilidad de aplicación de las normas internacionales sobre la materia. Por eso es necesaria una referencia a los sistemas existentes; sus problemas claves; las estrategias posibles; y las tendencias u orientaciones existentes.
a) En la generalidad de dichos países, sea a impulso de políticas de gobiernos populistas, sea de los provenientes de gobiernos autoritarios ansiosos de una "legitimación" por vía del otorgamiento de beneficios sociales, sea simplemente por afán modernizante de élites con poder decisorio, se implantaron sistemas

similares a los propios del Estado de Bienestar de los países desarrollados. Pero sin sustento económico-financiero, ni técnico, esos sistemas en general muestran su radical insuficiencia, apareciendo como una amarga caricatura del modelo del Welfare State; lo que se agrava ahora con la crisis de este modelo, que grave en los países desarrollados- por sus efectos-, lo es mucho más en los países en vías de desarrollo.

b) Los problemas claves que confrontan los países de América Latina, a veces en naturaleza, otra en intensidad, según de que se trate de sistemas con mayor, media o baja satisfacción de los objetivos propios de la seguridad social. Esos problemas conciernen a la satisfacción o no del principio de universalidad; al desequilibrio económico financiero; a la incidencia de la evolución demográfica; al aumento del desempleo y el trabajo por cuenta propia; a los desfases provocados en el pago de las pensiones por el alza de las expectativas de vida; las soluciones ineficaces para la adaptación de las prestaciones monetarias al costo de la vida, al compás de la inflación; al incremento acelerado de los gastos de salud, unas veces y otras por la dificultad o imposibilidad de ofrecer adecuados servicios médicos preventivos y curativos (77).

c) Frente a esta problemática se plantean estrategias enfrentadas. Una, la de que la seguridad social es un reflejo de la sociedad y no puede pedírsele que sea mejor que ésta, por lo que aquélla evolucionará de manera gradual como evoluciona la sociedad. Otra, aceptando que la seguridad social venga determinada por la estructura socio-económica, propone un cambio de ésta para transormar aquélla. Por fin, y ante los inconvenientes de una y otra, se propone una tercera estrategia combinatoria de las dos: impulsar el cambio máximo posible en el corto y el mediano plazo, y en el largo plazo perseguir el ideal de la seguridad social (78).

ch) En referencia a las posturas que frente a la seguridad social latinoamericana reconocen un claro matiz ideológico, que toscamente cabe ubicar entre los que la examinan desde o a partir de la economía de mercado y los que lo hacen tratando a la seguridad social como un derecho humano. Pero a una u otra postura les falta análisis refinados de la situación socio-económica, de la psicología de los grupos sociales, y de los medios con que se cuenta; y "reconocer que el progreso social de una sociedad en desarrollo sólo se realiza por etapas". Asimismo que es creciente la crisis de confianza de las instituciones implantadas, pérdida de credibilidad que debilita el tradicional apoyo popular a la seguridad social (79).

d) En ese panorama se perfilan tendencias u orientaciones que deben conjugarse con las estrategias antes referidas, ya que son las que le darían contenido concreto: esas orientaciones son, en primer lugar la creciente preocupación acerca de la dimensión económica de la seguridad social; en segundo lugar, en la insistente inquietud de que las prestaciones de salud se integren en una política nacional de salud; en tercer lugar, distanciarse de los tradicionales modelos del

"seguro", para ampliar la solidaridad social y amparar a los más necesitados; y en cuarto lugar, las tendencias que se manifiestan a nivel nacional, según motivaciones y exigencias específicas (80).

2.7. Efectos socio-económicos de la incorporación de las normas internacionales del trabajo.

En lo que antecede se han enumerado los principales "capítulos" que deberían abordarse en los países en vías de desarrollo en relación a la legislación social, sea para implantarla ex novo -supuesto éste prácticamente inexistente-, o para la modificación y mejoramiento de la actual; y se cotejó sumariamente las normas internacionales de trabajo que podrían servir de guía para el contenido mínimo a incorporar progresivamente.

Los efectos socio-económicos que aparejería tal incorporación puede sintéticamente resumirse en que sin lugar a dudas produciría una transformación favorable hacia el desarrollo. Una legislación sobre remuneraciones, que garantice su cuantía mínima y la efectividad de su percepción debería traer como consecuencia un incremento del salario directo, sobre todo si va unido a medidas económicas de fondo, que favoreciendo el crecimiento del PBI, posibilite además un aumento remunerativo real. Si a eso se añade la implantación de diversos servicios sociales y de prestaciones de la seguridad social, se obtendría la percepción de un salario indirecto, que unido al anterior, serviría para la elevación del nivel de vida. Como la tendencia suele ser en tales casos una propensión al consumo, ello aparejaría los conocidos efectos multiplicadores, que si pudieran ser previstos y controlables debidamente, obviarían o al menos atenuarían los casi inevitables procesos inflacionarios. Sobre esto, es importante que los aumentos remunerativos (directos o indirectos) no sobrepasen el límite de la productividad, que es el que los condiciona. Todo ello, sin perjuicio del descrédito en que han caído, en función de efectos decepcionantes, muchas políticas de inspiración keynesiana, cuyo análisis no cabe hacer aquí.

La implantación de medidas de medicina preventiva disminuye los costos destinados a la medicina curativa, y mantiene y aún aumenta la capacidad productiva de los trabajadores.

Por lo demás, la efectiva garantía de los derechos laborales individuales y colectivos, la promoción de vías de participación popular, y la implantación de programas educativos, en no muy largo plazo lleva a cambios en la estructura social, tanto en las actitudes como en el comportamiento de los sujetos en las relaciones intersujetivas (laborales, económicas, políticas, etc.).

Tanto la política laboral -especialmente la que se oriente a través de la negociación colectiva (81) - como la de seguridad social tienen reconocidamente efectos socio-económicos, favorables para una planificación del desarrollo (82). Desde ese punto de vista, la adopción de las normas internacionales del trabajo, si es hecha como parte de una planficación socio-económica, con participación popular (83), y no como respuestas ocasionales a presiones, o como medidas demagó-

gicas espontáneamente adoptadas para alcanzar fines políticos subalternos, puede contribuir al crecimiento integral de los países en vías de desarrollo.
Pero todo lo que antecede requiere o presenta un condicionamiento esencial, que está dado por factores económicos y socio-culturales, lo mismo que políticos. Las planificaciones sociales cuyo fundamento se busque en las normas internacionales del trabajo o en cualquier otro "modelo", no tienen por ello asegurado el éxito, si no funcionan adecuadamente todo lo que incide en el antedicho condicionamiento. Sin resolverlo a la vez que se busca alcanzar el objetivo de incorporación de las normas internacionales del trabajo (y no, ciertamente, después), podría llevar a renovados fracasos.

2.8 Integraciones regionales

Dentro del panorama que aquí se intenta ofrecer, cabe una breve referencia a las integraciones regionales, por la enorme utilidad que para failitarla pueden tener las normas internacionales del trabajo. La necesaria armonización de las legislaciones locales puede hallar una base común, de indudable jerarquía técnica y de contenido axiológicamente positivo, en los convenios y recomendaciones de la OIT.

Notas al Cap. II

(1) Cfr. Ganji, ob. cit., No. 108, p.279.
(2) Von Potobsky, "Normas internacionales del trabajo, libertad sindical y derecho colectivo del trabajo", en el "Tratado de Derecho del Trabajo", dirigido por Mario L. Deveali, Buenos Aires, 2a. ed., 1972, t.V.,p 869 y sgtes.; Von Potobsky y Bartolomei de la Cruz, ob.cit., s.10, p.39.
(3) Von Potobsky y Bartolomei de la Cruz, ob.cit., S 10, p.36.
(4) Von Potobsky, "Normas internacionales..." cit., p.872/873; cómp Blanchard, Francis, "Normas internacionales y desarrollo", rev. Derecho del Trabajo (Buenos Aires), 1986-A, p.769 y sgtes.
(5) Cit. Von Potobsky y Bartolomei de la Cruz, ob.cit., p.39.
(6) Cfr. id., ob. cit., S 13, p.43 y sgtes. donde se mencionan las diversas formas en que puede hacerse efectiva la influencia de las normas internacionales del trabajo (inducción directa; inducción indirecta; ratificación de un convenio; acción espontánea de armonización; acción del control internacional).
(7) Blanchard, ob.cit., p.773/774.
(8) En general, cabe remitirse a Podetti, Humberto A., "El desempleo y el Derecho del Trabajo - Impacto y respuesta" y sus referencias, J A 1990, ej. del 13-6-90.
(9) OIT, Convenio 122, art.2o.; Recomendación 122.
(10) OIT, Convenio 111; Recomendación 111.
(11) OIT, Convenio 29; Convenio 105.
(12) OIT, Convenio 88; Recomendación 83.
(13) OIT, Convenio 34; Recomendación 42; Convenio 96 (revisado).

(14) Cfr. OIT, Conferencia Mundial Tripartita sobre el Empleo, la Distribución de los Ingresos y el Progreso Social, Ginebra, 4 al 17-6-76, Programa de Acción, puntos 1 y 4.
(15) Cfr. OIT, Convenio 117, art.15; Convenio 142; Recomendación 136; Recomendación 150.
(16) Sinzheimer, Hugo, "La crisis del derecho del trabajo", en "Crisis económica y derecho del trabajo - Cinco estudios sobre la problemática humana y conceptual del Derecho del Trabajo", Madrid, 1984, p.98.
(17) ONU, Declaración Universal de Derechos Humanos, art.23,3; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1966, art. 7o., a),II.
(18) ONU, Declaración, cit. art. 23,2; Pacto, cit., art.7o., a), I; OIT, Convenio 100; Recomendación 90.
(19) OIT, Convenio 117, art.10; Convenio 131; Recomendación 135.
(20) OIT, Convenio 95; Recomendación 85; Convenio 117, arts. 11 y 12.
(21) OIT, Convenio 94, Recomendación 84.
(22) Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art.7o., b); art.12, 2,b).
(23) OIT, Recomendación 97, arts. 1o. a 7o.; Convenio 119; Recomendación 118; Convenio 120; Recomendación 120.
(24) Blanchard, ob.cit., p.772.
(25) OIT, Recomendación 97, arts. 8 a 18; Recomendación 122.
(26) OIT, Convenio 1, Convenio 30, Convenio 47.
(27) OIT, Convenio 106; Recomendación 103.
(28) OIT, Convenio 132; Convenio 140; Recomendación 148.
(29) OIT, Recomendación 119.
(30) OIT, Recomendación 102; Recomendación 115.
(31) Véase en Valticos, ob.cit., la reseña de instrumentos sobre categorías especiales de trabajadores, No.527, p.476 y sgtes; id., sobre la mujer, No.508, p.458 y sgtes.; id. sobre los menores, No. 481, p.437 y sgtes.; etc., reseña actualmente incompleta.
(32) OIT, Convenio 117, art.5o., 1; art. 13.
(33) OIT, Convenio 117, art. 4o.; Recomendación 132; Convenio 141; Recomendación 149.
(34) OIT, Recomendación 127.
(35) Cfr. OIT, Convenio 111.
(36) OIT, Convenio 21; Convenio 66; Convenio 97; Recomendación 143.
(37) OIT, Recomendación 100.
(38) En general, sobre la protección internacional de los trabajadores migrantes, véase los estudios de Falchetti, rev. Trabajo y Seguridad Social (Buenos Aires), 1984, p.694; Raso Delgué, rev. Derecho del Trabajo (Buenos Aires), 1984-B, p.1035.
(39) OIT, Convenio 81; Recomendación 81; Convenio 150; Recomendación

158.
(40) Bureau International du Travail, "Les tribunaux du travail", Genéve, 1938.
(41) Cómp. las observaciones de Giugni, Gino, "Il diritto del lavoro negli anni '80", DLRI, No. 15, anno IV, 1982, p.404.
(42) Ermida Uriarte, ob.cit., p.1269 y sgtes.
(43) Von Potobsky, "Las relaciones de trabajo como factor estratégico del desarrollo", rev. Trabajo y Seguridad Social (Buenos Aires), 1986,p.962).
(44) Id., ob. y lug. cit.
(45) ONU, Declaración Universal de Derechos Humanos, art.23,4; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art.8o., 1, a, parte 1a.
(46) OIT, Convenio 87; Convenio 98; Von Potobsky y Bartolomei de la Cruz, ob.cit., S 107 y sgtes., p.211 y sgtes.
(47) OIT, Convenio 135; Recomendación 143.
(48) Von Potobosky, "Las relaciones de trabajo...", cit., p.962/963.
(49) OIT, Convenio 98, art.4o., y sgtes.; Recomendación 91.
(50) Von Potobosky, "Las relaciones de trabajo...", cit., p.964.
(51) Id., ob.cit., p.964.
(52) Cfr. Rodríguez Mancini, Jorge, "Rol del convenio colectivo en la economía nacional", en "Tendencias actuales del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social", Buenos Aires, 1987, p.199 y sgtes.
(53) Von Potobosky, "Las relaciones de trabajo...", cit., p.965.
(54) Acerca de la negociación colectiva de la administración pública, véase OIT, Convenio 151; y los estudios de Morgado, rev. Trabajo y Seguridad Social (Buenos Aires), 1986, p.685; Fontana, rev. Derecho del Trabajo (Buenos Aires), 1989-B, p.1109; Rodríguez Mancini, rev. Trabajo y Seguridad Social (Buenos Aires) 1988, p.961; etc.
(55) Cfr. Hueck, Alfred y Nipperdey, H., "Compendio de derecho del trabajo", Madrid, 1963, p.45 y sgtes.; Oyhanarte, ob.cit., p.48.
(56) Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1966, art. 8o., 1,d).
(57) OIT, Recomendación 92. Véase id., "Conciliación y arbitraje en los conflictos de trabajo. Estudio comparativo", Ginebra, 1981, p.168 y sgtes. con las referencias sobre el arbitraje obligatorio.
(58) Von Potobosky, "Las relaciones de trabajo...", cit., p.965.
(59) Id.,ob. y lug. cit.
(60) OIT, Recomendación 129.
(61) OIT, Recomendación 94; Recomendación 113.
(62) Sobre el campo de aplicación de los sistemas de seguridad social y la satisfacción del principio de universalidad, cft, Podetti, "Política Social", cit. S206, p.188 y sgtes. Véase OIT, Convenio 102, en donde se preve los distintos porcentajes de población que debe ser protegida.
(63) OIT, Convenio 102, art. 71, 3; Convenio 128, art. 15,2.

(64) Deveali, Mario L., "Lineamientos de derecho del trabajo", Buenos Aires, 1956, 3a. ed., Cap. V, p.109 y sgtes.
(65) VIII Conferencia de los Estados de América Miembros de la OIT, Ottawa, 12 al 23-9-66, "Programa de Ottawa de Seguridad Social para las Américas."
(66) Fourastié, Jean, "Por qué trabajamos", Buenos Aires, 3a. ed., 1964, p.98.
(67) Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1966, art.9.
(68) OIT, Recòmendación 69; Convenio 102, arts. 7 a 18; Convenio 130; Recomendación 134.
(69) OIT, Convenio 44; Recomendación 44; Convenio 102, arts. 19 a 24.
(70) Véase, Podetti, "El desempleo y el Derecho del Trabajo...", cit.
(71) OIT, Convenio 102, arts. 46 a 52; Convenio 103, art. 4
(72) OIT, Convenio 102, arts.25 a 30; y 53 a 64; Convenio 128; Recomendación 131.
(73) OIT, Convenio 102, arts. 31 a 38; Convenio 121; Recomendación 121.
(74) OIT, Convenio 102, arts.39 a 45.
(75) OIT, Convenio 48; Convenio 102, art.68; Convenio 118; Convenio 130, art.32. Entre otros estudios, véase Grego, Rubén o., "La internacionalización de la seguridad social", rev. Derecho del Trabajo (Buenos Aires), 1984, p.1225 y sgtes.
(76) Cfr. Valticos, ob.cit., No.452, p.411 y sgtes.
(77) Mesa Lago, Carmelo, "El desarrollo de la seguridad social en América Latina, Estudios e informes de la Cepal, 43, Santiago de Chile, 1985, p.225 y sgtes.
(78) Id. ob. cit., p.229 y sgtes.
(79) Tamburri, G., "Reflexiones irreverentes sobre la seguridad social en América Latina", rev. Trabajo y Seguridad Social (Buenos Aires), 1989, p.865 y sgtes.
(80) Id., ob. y lug. cit.
(81) Pérez Botija, Eugenio, "El convenio colectivo de trabajo como instrumento de planificación y de ordenamiento económico", en "Anales del Segundo Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social", Córdoba, República Argentina, 2-7 abril 1962, t.II, p.814.
(82) Cfr. Podetti, "Política Social", cit.,S229,p.199.
(83) OIT, "La participatión des employeurs et des travailleurs a la planification - Introduction générale", Généve, 1973.

III. La recepción interna de las normas internacionales del trabajo.

3.1 Diversidad de supuestos

Las normas internacionales del trabajo, en cuanto respuestas normativas a las deficiencias sociales principalmente en materia laboral y de la seguridad social,

y más ampliamente en la Política Social en sentido genérico, pueden ser incorporadas a las legislaciones nacionales, dentro de diversos supuestos.

a) Ratificación del convenio. Un primer supuesto de esa recepción consiste en la ratificación por el Estado Miembro del respectivo convenio de la OIT, lo que constituye una obligación impuesta por la Constitución de aquélla, luego que haya entrado el mismo en vigor. Según cual sea la doctrina aplicable en cada país, monista o dualista, habrá o no incorporación automática de la legislación nacional del convenio ratificado(1), sin perjuicio de la distinción entre las disposiciones auto-ejecutivas y las que requieren una legislación específica.(2) Si se trata de disposiciones que no sean auto-ejecutivas; o si el sistema es dualista, el convenio ratificado adquiere un carácter programático, cuya concreción resultará de las circunstancias de cada pais; ello así, sin perjuicio de los informes que debe rendir el Estado Miembro sobre el cumplimiento del convenio ratificado. Cabe hacer la salvedad, que se admite que la incorporación al derecho interno lo sea por normas de distinta jerarquía, y no necesariamente legislativas (3). El dictado de tales normas para la armonización del derecho interno con el convenio ratificado puede resultar de una acción espontánea de cada Estado, o como consecuencia del control de la OIT, sea por acción inmediata o mediata (4).

b) No ratificación del convenio. Cuando no se ratifica el convenio, sin perjuicio de que ello pueda configurar un incumplimiento por el Estado Miembro a las obligaciones impuestas por la Constitución de la OIT, sin embargo ello puede dar lugar a situaciones diferentes, que deberán ser apreciadas de manera particular.

Una primera situación, consiste en que la legislación nacional contenga ya previsiones como las contempladas en el convenio, o en su caso más avanzadas (5). Una segunda situación es la de que después de aprobado el convenio por la Conferencia Internacional del Trabajo, la legislación nacional recoja sus disposiciones en algunas formas a las que ya se hizo referencia antes (supra, 2.2 y nota 6) entre ellas la inducción directa (tomando como modelo la respectiva norma internacional) o inducción indirecta (inspirándose en legislación comparada, que a su vez haya aplicado el convenio o aun la recomendación de que se trate (6).

3.2 Obstáculos para la recepción legislativa

En ejercicio de sus facultades soberanas, cada Estado Miembro puede armonizar su legislación interna con las normas internacionales del trabajo, mediante la ratificación de convenios o no, según los diversos supuestos antes examinados. Esa recepción puede operarse en normas nacionales de diferente carácter o jerarquía dentro del orden normativo de cada ordenamiento jurídico, siempre que se trate de normas de origen estatal. En la medida en que se admita que la jurisprudencia de los Tribunales del Estado o la costumbre administrativa sean fuentes del Derecho, en el sentido de tener fuerza vinculatoria, cabría incluir como casos de tales fuentes, con la salvedad de su efecto normalmente más restringido, habida cuenta de su contenido concreto, y aun con indiferencia de la

que haya habido ante la voluntad tendiente a recibir la norma internacional o no. Por fin, cabe computar la recepción que se opere sin norma estatal u otras fuentes asimilables, cuando se opera en los usos o conductas seguidas por las partes sociales, o en las cláusulas de los convenios colectivos.

Se han intentado exámenes desde distintas ópticas para explicar el grado y clase de dificultades para la recepción de las normas internacionales, con mención especial a las de origen político, cuando la inestabilidad conspira contra la continuidad de políticas socio-económicas, o cuando se instauran regímenes autoritarios;económicos, tales la deuda externa, la inflación, la baja productividad; socio laborales, como la desocupación estructural o la deficiente articulación o caracterización de los sistemas de relaciones de trabajo (7).

De todos modos, parece obvio que la recepción legislativa puede encontrar obstáculos que sean diferentes en cada país y en cada época. Pero no faltan supuestos en los que la no receptividad de las normas internacionales del trabajo responde a la falta de voluntad política de poner en ejecución las soluciones normativas que proponen aquéllas. Los motivos que pueden llevar a ello son muy complejos; sin pretender agotarlos, cabe anotar la antes referida falta de estabilidad política impidiente de políticas sociales y económicas por tiempo prolongado; la indiferencia o aún la hostilidad de los órganos de gobierno hacia la adopción de medidas que tendientes al bien común rectamente entendido, se las interprete sin embargo como "excesivas" o "utópicas", o "demagógicas" o "sectoriales"; la incompatibilidad entre los modelos que proponen las normas internacionales del trabajo, y los adoptados expresa o implícitamente en materia socio-económica por el Estado de que se trate; y finalmente, la ineptitud para utilizar o para implementar así sea parcial y gradualmente las medidas previstas en los convenios y recomendaciones.

3.3 ¿Son superables los obstáculos?

A la complejidad de los motivos indicados corresponde también una gama de maneras cómo se podría incorporar al derecho interno las normas internacionales del trabajo.

Dentro de los procesos de cambio social, las élites renovadoras o modernizantes no siempre son las mismas. Si en dichas élites se incluye a los empresarios y a los dirigentes sindicales, en aquellos países en donde un crecimiento desigual de la legislación y de las instituciones sociales ha permitido el desarrollo del movimiento sindical y la práctica de la negociación colectiva, la recepción de las normas internacionales del trabajo puede alcanzarse mediante convenios colectivos -según se puntualizara antes, o en los acuerdos-marcos o en los pactos sociales. Pero esta hipótesis no suele ser la general en los países en vías de desarrollo, en los cuales la debilidad del sindicalismo y la escasa o nula experiencia sobre convenios colectivos, torna lejana una solución como la apuntada. De todos modos, para que esta vía de recepción de las normas internacionales de trabajo sea viable, es condición que se difunda el contenido de dichas normas, y

se explique cómo pueden incorporarse en los convenios colectivos, y en los demás instrumentos de uso en la concertación social.

Una otra manera de superar los obstáculos reseñados supra (3.2) estriba en la presión de la opinión pública sobre los órganos del Estado con competencia decisoria (8), siendo de especial relevancia la de origen sindical (9). Esa presión, dentro de los límites de la ley, por la vía del derecho de peticionar a las autoridades, si va acompañada de una campaña de esclarecimiento para la población, y de la proposición de medidas que a la vez de concretas resulten técnica y económicamente factibles, debería tener por resultado la adopción de las reformas legislativas requeridas. Pero esto supone también un condicionamiento político: que se trate de sociedades libres, que tengan una organización democrática.

No cabe soslayar la importancia que para la remoción de los obstáculos antes indicados tiene la actividad universitaria, en sus tareas de investigación y de enseñanza. La indagación de los problemas sociales y la búsqueda de soluciones forma parte del cometido propio del quehacer académico. El análisis y la sistematización de las normas internacionales del trabajo y su cotejo con la realidad política, cultural y socio-económica de cada país, que se traduzca en la enseñanza o en producción monográfica es dable de contribuir positivamente a abrir cada país a la recepción de dichas normas.

3.4 La participación en el desarrollo y la concertación social

A. Por descontado que si en el respectivo país existe la decisión política de llevar a cabo una política de participación en el desarrollo, será a través de los mecanismos específicos que se podrá alcanzar la armonización legislativa nacional con las normas internacionales del trabajo.

En los países en vías de dearrollo, en cuanto se los tipifica como sociedades preindustriales, las vías de participación política, económica y cultural suelen ofrecer muy bajos niveles. El cambio social hacia el desarrollo, en cuanto éste debe ser una empresa compartida, en la que la población sea protagonista, requiere que se instrumente una política de participación, cuyo objetivo consista en expandir y redistribuir las oportunidades para tomar parte en el proceso societal de toma de decisiones (10). La importancia que contemporáneamente tiene la participación ha llevado a calificar a la sociedad justa hacia la que debe aspirarse como sociedad participativa(11).

En el proceso de desarrollo, la participación posibilita tomar parte en la selección del propio estilo de vida, individual y colectivo; en la formulación de decisiones; en la aplicación de los programas; y en la obtención de los beneficios de éstos (12). Se trata de un requisito esencial para la sociedad democrática, que posibilite un hacer permanente y constante en función del bien común colectivo (13). Pero hay que alertar sobre el riesgo de ser tomada como mero medio de estrategia política, para alcanzar otras finalidades, con la consiguiente manipulación de las personas y de los grupos sociales.

Con la instrumentación de una política de participación se posibilita el fortalecimiento de las distintas partes de la sociedad, lo que constituye la mejor defensa frente a concepciones autoritarias del poder político, capaces de llevar al Estado totalitario o al menos de fuerte autoritarismo; y también frente a otras formas abusivas que atentan contra la libertad (tecnocracias; dictaduras de grupos económicos; presiones de minorías políticas o sindicales; etc.).

Las organizaciones de trabajadores y de empleadores -si es que existen y tienen representatividad y no son meras "fachadas"- constituyen instituciones para la participación de altísima eficacia. Mediante ellas se puede alcanzar logros importantísimos en lo socio-político-económico; y constituyen la vía apta para obtener que el contenido de las normas internacionales de trabajo se incorporen al ordenamiento jurídico nacional (véase supra 3.3)

B.La concertación social aparece como una forma privilegiada de participación en lo socio-económico. La reconocida falta de éxito que en general ha tenido en los países de América Latina ha dado lugar a análisis de distintos tipo, entre los que cabe mencionar el debido a Hernández Alvarez (14).

Entre las condiciones para que sea viable pueden enumerarse con Von Potobosky las siguientes: (i) equilibrio de fuerzas entre las partes sociales; (ii) espíritu o ánimo de concertación, con actitud pragmática ante los problemas; (iii) representatividad de las organizaciones centrales para asegurar el respeto a los acuerdos; (iv) capacidad de los gobiernos para ejecutar los compromisos contraídos; (v) existencia de materia de intercambio y margen de maniobra, que no se da por ejemplo en materia salarial, si se está en el límite de la subsistencia; (vi) situación política favorable, como cuando hay alguna afinidad o buena relación entre la organización sindical y el partido en el poder (15) Esta enumeración, cotejada con las condiciones críticas de que adolecen los países latinoamericanos parece que no ofreciera alternativa alguna de éxito.

Sin embargo, si se prefiere temas puntuales, en vez de otros muy amplios y ambiciosos, podría ser el que el sector público esté en condiciones de cumplir a lo que se compromete, ante las conocidas dificultades e imposibilidad de asumir compromisos excesivos; si se avanza por etapas y no se pretende llegar de una vez a las metas visualizadas; y si en vez de pactos sociales que aludan a enunciados amplios pero de escasa sustancia, se optare por metas más modestas (16), sería posible al menos comenzar a transitar el camino de la concertación social.

Por cierto que ésta supone una necesaria capacitación de quienes son llamados a participar. Son entonces importantes los instrumentos elaborados a propósito de la formación de quienes serán los interlocutores naturales (17); pero tampoco sería acertado esperar largos años para que esos programas fructifiquen, si entre tanto no se va intentado mecanismos de concertación social.

Optando por la concertación social, en rigor se hace una elección entre un laisez faire económico sin motivaciones sociales, o un estatismo sumergido en problemas crecientes, o un autoritarismo de contenido variable (18), a favor de una

convivencia civilizada entre protagonistas que no ignoran las dificultades ni creen ingenuamente en soluciones mágicas que resultarían de los acuerdos recogidos en un papel.

Es que hay una responsabilidad de las partes sociales, que cabe sintetizar en sopesar "las consecuencias y asumir la responsabilidad que les incumbe si desean crear o mantener un sistema intermedio, en el que la búsqueda conjunta de un desarrollo económico y social equilibrado pueda realizarse en el contexto de una democracia política" (19).

3.5 La asistencia técnica

Entre las actividades no normativas de la OIT, la asistencia técnica puede ayudar positivamente en orden a lo que es materia de este estudio.

Dejando a salvo la multiplicidad de objetivos que tienen los programas de la OIT, y que abarcan actividades en orden a los recursos humanos, la formación profesional, el perfeccionamiento de personal dirigente, la promoción de la pequeña empresa, de las cooperativas o de la seguridad social incluso (20), es poco lo que se enfatice sobre la capacitación de aquellos, trabajadores y empresarios, puedan ser agentes activos de los planes de desarrollo nacionales, regionales y locales. De ese modo puede contribuirse, entre otros aspectos al conocimiento de las normas internacionales de trabajo, de modo que éstas, según las circunstancias propias de cada país se incorporen a los respectivos ordenamientos jurídicos nacionales.

3.6 La solidaridad internacional.

La solidaridad internacional es a la vez propósito y consecuencia de la intensificación de las relaciones internacionales, con manifestaciones distintas según el tipo de deficiencia social que a través de aquélla se trata de contribuir a su reparación. El punto de partida lo constituyen las diferencias que se dan entre los países según su distinto grado de desarrollo, entre otros motivos que al conmover la conciencia de la humanidad dan lugar a la instrumentación de los programas respectivos. En su conjunto llegan a configurar una política social específica, la política social internacional. Es que ante una mayor interdependencia entre las distintas comunidades nacionales, se repunta que sus relaciones en tanto deben estar regidas por la justicia, ha de serlo no sólo por la justicia conmutativa, sino más bien por la justicia social internacional. Hay así en las relaciones internacionales conductas propias de "un deber impuesto por la propia naturaleza de las cosas y exigido por la necesidad urgente de la paz" (21). Esas conductas, con adecuada observancia también entre los Estados del principio de subsidiaridad, imponen, en función de la libertad y dignidad humanas, que respetando los derechos de iniciativa y decisión de los países en desarrollo, los que estén en una fase más avanzada, contribuyen a que aquéllos alcancen sus propios objetivos. Esto, según Caldera, "no como filantropia, no como dádiva, más o menos generosa y a veces circunstancial y caprichosa" (22), sino como expresión del principio de solidaridad.

Para la OIT, sustentada en una visión universalista y global de los problemas del trabajo y más ampliamente de los de la política social, "la adhesión colectiva, solidaria, de la comunidad internacional es condición indispensable para el progreso de cada país y del conjunto de todos ellos" (23); por eso ha podido afirmar su Director General, a propósito de la aplicación de las normas internacionales, que su aplicación no tiene sentido sino en un mundo solidario (24). De ese modo, la solidaridad internacional, que por ejemplo a través de la asistencia técnica ofrece una colaboración de carácter técnico, organizacional y financiero para contribuir al desarrollo económico y social de los pueblos (24), es en última instancia lo que dinamiza la elaboración, aprobación, ratificación e incorporación a los ordenamientos jurídicos de cada Estado de las normas internacionales del trabajo.
Buenos Aires, 5 de octubre de 1990.

Notas al Cap. III
(1) Cfr. Von Potobosky y Bartolomei de la Cruz, ob.cit., S 34, p.77.
(2) Ver Id., ob. cit., S 13, p.44.
(3) Id., ob. cit., S 25, p.65 y sgtes.
(4) Sobre el control a cargo de la OIT, véase Id., ob. cit., S 45 y sgtes., p. 91 y sgtes.
(5) Ver Id. ob. cit., S 12, p.40 y sgtes.
(6) Véase supra, Cap. II, nota 6.
(7) Von Potobosky, "Las relaciones de trabajo...", cit., p.961; Hoyos, "La transferencia...", cit., p.62 y sgtes.
(8) Ver Von Potobosky y Bartolomei de la Cruz, ob. y lug. cit. en la nota 5.
(9) Von Potobosky, "Derecho internacional...", cit., p.866.
(10) CEPAL, "El cambio social y la política de desarrollo social en América Latina", Nueva York, 1969, p.289.
(11) Paulo VI, discurso en Colombia, 23-8-69; Juan Pablo II, discurso en Panamá, 5-3-83.
(12) Ganji, ob.cit., No.122, p.327/328.
(13) Molina Cabrera, Orlando, "Participación, desarrollo y planificación", ed. IEPAL, s/l y s/a, p.20/21.
(14) Hernández Alvarez, Oscar, "Condicionantes y limitaciones de los procesos de concertación social en América Latina", en rev. Derecho Laboral (Montevideo), tomo XXX, No.147, julio-septiembre 1985, p.553 y sgtes.
(15) Von Potobsky, "Las relaciones de trabajo...", cit., p.966.
(16) Id., ob. y lug. cit.
(17) Ver Podetti, "Política Social", cit., S 388, p.322; OIT, Recomendación 127, sobre las cooperativas.
(18) Von Potobosky, "Las relaciones de trabajo...", cit., p.966.
(19) Id., ob. y lug. cit.
(20) Blanchard, ob. cit., p.770.

(21) Caldera, Rafael, "La justicia social internacional", discurso en el Colegio de Abogados de Buenos Aires, 9-2-73, p.15.
(22) Id., ob. y lug. cit.
(23) Blanchard, ob. cit., p.770.
(24) Von Potobosky y Bartolomei de la Cruz, ob. cit., S 6, p.21.



EL DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN COLOMBIA EN LA DECADA DE LOS OCHENTA.

Rafael Forero Rodríguez
(Colombia)

En Colombia la legislación laboral ha tenido similar trayectoria a la de la mayoría de los países de América y que se caracteriza por su marcada inestabilidad.
De 1934 a 1950 existió una legislación abundante pero caótica. Se destacan la Ley 10 de 1934 orgánica del auxilio de cesantía, la Ley 6a. de 1945 considerada como la columna vertebral de nuestra legislación social, la Ley 90 de 1946 orgánica de los Seguros Sociales, y el Decreto Ley 2158 de 1948 que constituye nuestro Código de Procedimiento del Trabajo".
En 1950 se dictaron los Decretos Leyes números 2663 y 3743, que dieron vigencia al actual "Código Sustantivo del Trabajo" cuyo artículo 1o. dice: "La finalidad primordial de este Código es la de lograr la justicia en las relaciones que surgen entre patrones y trabajadores, dentro de un espíritu de coordinación económica y equilibrio social".

ANTECEDENTES LABORALES EN COLOMBIA

RAFAEL URIBE URIBE.

El general y doctor en Derecho RAFAEL URIBE URIBE quien se distinguió tanto en el campo de batalla como en el foro, propuso en el año de 1904 una serie de ideas dentro del campo social y de la seguridad social, algunas de las cuales restan aún por ser ejecutadas. Con el objeto de ser más exactos dentro del formulamiento presentado por Uribe Uribe, transcribimos los siguientes apartes de un ciclo de conferencias dictadas en el Teatro Municipal de Bogotá en el mes de octubre de 1904 así:
"Protección racional a las industrias nacionales, de que habla el informe que tendré el honor de presentar a la Cámara, participación de los obreros asalariados en las ganancias de la
industria o explotación en que se ocupan; organización oficial de las cajas de ahorros, puestas al alcance de todos los salarios, para libertar a las masas obreras de la esclavitud de la ignorancia, creación de bancos de anticipos que le hagan préstamos al obrero para ayudarle a establecerse; fundación de bancos hipotecarios que desempeñen el mismo papel respecto de la agricultura; desarrollo de los seguros y de todos los sistemas cooperativos; medidas preventivas y aún coercitivas contra el alza artificial de los víveres y demás artículos de primera necesidad, no permitiendo la compra a revendedores, sino después de haberse surtido los demás; reforma de la legislación agraria en el sentido propuesto por Gladstone para Irlanda y empezando ya a poner en práctica, que consiste esencialmente en dar duración fija y larga a los contratos de arrendamientos de la tierra, destinando a la adquisición de ella una parte del cano, para trocar en propietarios a los siervos de la gleba; construcción en las ciudades de casitas de modelos a las cuales se aplique el mismo sistema; creación de ministerios técnicos, en especial

el de agricultura para la compra y difusión de las semillas y aclimatación de plantas nuevas, progreso de los cultivos y de la ganadería, repoblación de los bosques, etc., todo con el fin de mejorar en cantidad y calidad la alimentación del pueblo; el dinero que hubiéramos de gastar en fomentar la inmigración, empleémoslo en promover dislocaciones de la población nacional, tomándola de donde es densa, para trasladarla a donde falte y fundando colonias agrícolas; combatir el alcoholismo por todos los medios preventivos y represivos posibles; aplicar en las escuelas primarias y secundarias el sistema froebeliano, o de aprendizaje profesional, como lo dijo el general Reyes en su discurso inaugural, para constituír la enseñanza teórica y de surmenage intelectual, que deja a los alumnos desprovistos de conocimientos prácticos en la lucha por la vida, por el trabajo manual en las escuelas, que inspira a las generaciones nuevas el amor a la industria, ennoblece las artes, educa el ojo y la mano y forma buenos obreros. Con fragmentos clásicos, retazos latinos, áridas reglas de gramática y sutilezas metafísicas, no se va hoy día a la conquista del pan; es enseñando hechos y la razón de los hechos, la sustancia, no la forma, como educaremos ciudadanos hábiles y fuertes, como formaremos con urgencia el presente y el porvenir de la patria. Para alejar de la taberna a los obreros, el Estado debe procurarles distracciones encaminadas a la educación moral y estética, como teatros populares a bajo precio, museos, gimnasios públicos, retretas de las bandas oficiales y, sobre todo, cafés baratos donde a tiempo que se busquen mercados inferiores para el consumo del grano, se tenga en mira producir la excitación de las facultades ideativas, propia del café, en vez de espolear los instintos innobles que el alcohol despierta o en lugar de permitir el embrutecimiento por la chica. Todo lo cual puede resumirse en esta sola aspiración: hacer que el salario del obrero no se limite a lo puramente necesario para asegurar su subsistencia física, o hacer que ese salario
y el tiempo que representa correspondan a la adquisición de mayor número de artículos o de servicios, inclusive su mejora moral y su progreso intelectual".
"Pero antes que todo, la nación no debe pensar en dar un paso adelante sin abolir el reclutamiento y establecer el servicio militar obligatorio, para que todos los ciudadanos seamos iguales bajo las armas, como debemos serlo en el sufragio, en el pago de las contribuciones, en la protección de las autoridades y ante la justicia." (El pensamiento político de Rafael Uribe Uribe -antología- Instituto Colombiano de Cultura No. 155 por Eduardo Santa, páginas 43 a 46).
En el año de 1915 se expidió la Ley 57 sobre accidentes de Trabajo. Esta Ley es la primera de procedimiento del trabajo que se dicta en Colombia, y que otorga competencia a los jueces del circuito en lo civil para conocer de los procesos reclamatorios sobre accidentes de trabajo.
De 1915 a 1934 se dictan disposiciones sobre el otorgamiento de pensiones a los servidores públicos, militares y funcionarios de la rama postal y telegráfica. Con un cambio de gobierno en el año de 1930 y con la amarga experiencia de la

huelga en la zona bananera en 1929 se inicia la legislación en el campo colectivo.

VIGENCIA DEL CODIGO DE TRABAJO

El Código Sustantivo del Trabajo que rige en Colombia entró en vigencia el 1o. de enero de 1951 con sus 492 artículos.

DECRETO LEY 2351 de 1965

El actual Código Sustantivo del Trabajo sufrió algunas modificaciones mediante el Decreto Ley 2351 de 1965 y además se introdujeron variaciones a la legislación general laboral como la tabla de indemnizaciones económicas por despido sin justa causa, sobre prelación de créditos por salarios, recargos sobre el trabajo dominical, definición de Empresa, reinstalación en el empleo y en la parte colectiva, representación sindical, trámite de la negociación colectiva, huelga y arbitramento.
Del año 65 al 80 son dignas de mención las disposiciones laborales que corresponden al ingreso y retiro de los socios de los sindicatos, de la personería jurídica de los sindicatos, de las juntas directivas y de los atentados contra el derecho de asociación sindical, son materia de un tratamiento especial en éste escrito, ya que ello tiene que ver con los convenios internacionales números 87 y 98 de la O.I.T.

DE LA DECADA DE LOS AÑOS OCHENTA

En términos generales en lo que hace relación con el derecho individual del trabajo y el derecho colectivo son muy escasas las modificaciones que se hayan surtido. No así en cuanto se refiere a la Seguridad Social. Por tal razón para dar una idea global de la transformación o complementación sufrida en esta materia debemos tener en cuenta lo siguiente:

REFORMAS AL SUBSIDIO FAMILIAR Y CREACION DEL SENA DEL SUBSIDIO FAMILIAR:

El subsidio familiar se creó en Colombia en el año de 1957 mediante el Decreto Ley No. 118, con el objeto de otorgar un complemento salarial para los trabajadores que tengan hijos menores y cuya destinación básicamente tiene el sentido de la educación para los menores.
La norma pertinente indica "artículo 7o. Establecerse el subsidio familiar a partir del primero (1o) de octubre de 1957. Estarán obligados a cubrir dicho subsidio todos los patronos y establecimientos públicos descentralizados con capital de Cien Mil Pesos ($100,000.00) o superior, o que ocupen un número de trabajadores permanentes no inferior a veinte (20).
También se estimó pertinente la puesta en marcha de una entidad rectora de la

capacitación con el objeto de permitir a sus usuarios tanto una forma de formación profesional como asegurarle a ésta persona un puesto de trabajo estable en una Empresa, mediante un contrato cuya duración puede ser hasta de tres (3) años en donde se alternan períodos de capacitación y de trabajo. El aprendiz ingresa con un salario equivalente al 50% de la asignación establecida para el cargo que ocupa y al terminar su período de capacitación deberá percibir cuanto menos el ingreso completo establecido para esa labor.

La Ley en comento estableció:

"Artículo 8o. Créase el Servicio Nacional de Aprendizaje a cargo de los patronos a que se refiere el artículo anterior". "Articulo 9o. Para las finalidades contempladas en los artículos 7 y 8 del presente decreto los patronos obligados destinarán un cinco por ciento (5%) de su nómina mensual de salarios, que se distribuirán así: Un cuatro por ciento (4%) para el subsidio familiar y un uno por ciento (1%) para el Servicio Nacional de Aprendizaje".

"Artículo 13o. Del valor del recaudo mensual se deducirán previamente los gastos de administración, que en ningún caso podrán exceder del tres por ciento (3%). El saldo líquido se dividirá por el número de hijos de trabajadores registrados en la respectiva Caja. El cociente resultante será el valor de cada cuota de subsidio familiar".

Todo trabajador afiliado tendrá derecho a percibir mensualmente tantas cuotas de subsidio cuantos hijos hubiere registrado".

La creación del Servicio Nacional de Aprendizaje 'SENA' y del subsidio familiar incrementaron la capacitación del trabajador colombiano. De igual manera las denominadas "Cajas de Compensación Familiar" encargadas del cubrimiento y pago del subsidio a los hijos de los trabajadores, constituyen una clara manifestación de infraestructura en cuanto a servicios sociales, médicos, asistenciales, de recreación, turismo como también de mercadeo. Esto trajo como consecuencia que en todas las capitales de los departamentos existan amplias instalaciones de asistencia social, mercadeo, recreación y deporte.

Las Cajas de Compensación familiar se afilian entre sí y constituyen una unidad de servicios con un Presidente Ejecutivo, bajo el nombre de ASOCAJAS (Asociación Colombiana de Cajas de Compensación Familiar). Es de destacar que con posterioridad a la creación de estas entidades de servicios fue necesario constituir una superintendencia de Cajas de Compensación, entidad gubernamental adscrita al Ministerio de Trabajo que tiene por objeto vigilar los manejos económicos o los proyectos institucionales de las entidades que supervisa, puesto que en pocas oportunidades la acción de las Cajas ha entrado en los dominios del comercio organizado, de la hotelería y de muchas actividades de la vida nacional que se consideran amparadas por la libertad de empresa.

En cuanto se refiere al Servicio Nacional de Aprendizaje SENA y el del subsidio familiar, ocupan un lugar destacado en la legislación de la década de los años ochenta.

En el año de 1981 la Ley 24 creó el Departamento Administrativo Nacional de Cooperativas (DANCOOP) que se encarga, como órgano rector, de trazar las políticas en materia de cooperativas cuyo auge ha sido también manifiesto en la pasada década. La Ley 25 del mismo año creó la Superintendencia del Subsidio Familiar a la que aludimos anteriormente.

En 1982 se promulgó la Ley 20 sobre menores trabajadores cuya operancia fue trascendental y a su vez constituyó el basamento legal para el recientemente expedido Código del Menor Trabajador que se constituye en uno de los más interesantes estatutos del Continente por la incorporación de la experiencia no solamente de nuestro país sino también de otras naciones.

El año de 1983 se destacó por la controvertida Ley 51 relacionada con el traslado de los días festivos que corresponden tanto a los feriados por razones religiosas como aquellos festivos que tienen su razón de ser en la historia del país. El proyecto recibió el nombre de quien lo sustentó ante el parlamento y se conoce como la Ley Emiliani, según la cual se traslada al día lunes de la semana siguiente al festivo, con el objeto de no interrumpir la labor de los días martes a viernes y, de paso institucionalizar los denominados "puentes". El paso del tiempo no ha demostrado el objeto primario de la Ley cual era el de fortalecer la producción; el único renglón que se podría considerar beneficiado es el del turismo y en particular el turismo social. En la actualidad se pretende modificar esta figura para que en su defecto opere un incremento en los días de vacaciones anuales obligatorias a que tiene derecho el trabajador y que hoy suman quince (15) días hábiles sin considerar el número de años al servicio de la Empresa.

El año 1984 puede considerarse como el año de la salud ocupacional con el Decreto 614 que creó el Comité nacional de salud ocupacional y dictó importantes normas para mejorar las condiciones y el medio ambiente de trabajo. La tramitación de reglamentos de higiene y seguridad industrial que la Ley contemplaba con anterioridad sufrieron sustanciales modificaciones para adecuarlos a una normativa altamente técnica.

El año 1985 se caracterizó por la modificación en materia de negociación colectiva que se estudiará más adelante y también por diversas disposiciones contenidas en decretos legislativos, decretos reglamentarios y resoluciones relacionados con la tercera edad, con el Instituto de los Seguros Sociales y con el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

Durante el año de 1986 se profundizó en estatutos internos del Ministerio de Trabajo para hacer más expedito el trámite del derecho de petición, y darle curso a los decretos reglamentarios de la negociación colectiva; también se legisló en asuntos relacionados con el Instituto de Los Seguros Sociales.

1987 vió nacer el Consejo Nacional Laboral según la Ley 54 que modificó y fusionó los antiguos consejos nacionales de trabajo y de salarios que tenían por objeto, en forma independiente, estudiar las condiciones laborales (Consejo de trabajo) y la fijación del salario mínimo (consejo de salarios) que por regla

general se reúne una vez al año en el mes de diciembre para concertar en forma tripartita con la presencia de los estamentos empresariales, sindicales y laborales del país y de las entidades especializadas del gobierno nacional el nuevo salario mínimo que entrará a regir a partir del día 1 de enero del año inmediatamente siguiente.

El tema del salario mínimo daría mucho para comentar, en especial los mecanismos para sufijación, pero como quiera que el presente estudio da una visión global, nos limitaremos a manifestar que, en la mayoría de los casos es el gobierno nacional mediante un decreto el encargado de ordenar el nuevo salario mínimo ante los reiterados fracasos del deseo de concertación social para su expedición. En reiteradas oportunidades las comisiones negociadoras de los trabajadores y en particular las centrales obreras se han retirado del consejo nacional por estimar muy por debajo de las necesidades de los trabajadores, los incrementos que el gobierno y los empleadores están en condiciones de mantener. De todas maneras nos cuestionamos para este y otros ejemplos de concertación la existencia o no de representatividad por parte de las confederaciones de trabajadores de nuestro país. Las estadísticas demuestran que, frente al número de personas en capacidad de laborar ya resulta deficiente el porcentaje de trabajadores estables ante la avalancha de la economía informal, de los cuentapropistas y de los trabajadores precarios ya sea porque su contratación es meramente temporal o porque ella resulta de la triangularidad de las empresas de servicios temporales. La necesaria consecuencia de estas situaciones es la muy baja sindicalización en el medio nacional, que se ubica, según las estadísticas del Ministerio de Trabajo, para el año de 1990 en 880.155 sindicalizados sobre una población empleada de 9'370.000 trabajadores ante 10'600.00 personas que constituyen la población economicamente activa; es decir menos del 10% de sindicalizados frente al total de la población económicamente activa.

1988 otorgó especial importancia al trabajo de los impedidos y la Ley 82 aprobó el Convenio de la OIT que versa sobre la capacitación y el trabajo de las personas con disfunciones. Igualmente se profundizó en la reglamentación sobre afiliación al Instituto de los Seguros Sociales de los trabajadores del servicio doméstico (Decreto reglamentario 824) y de los trabajadores por cuenta propia o independientes en virtud del acuerdo 042 y 043 del Instituto de los Seguros Sociales.

El último año de la década enfatizó la reglamentación de la afiliación a las Cajas de Compensación y Subsidio Familiar (Decreto reglamentario 784) y también lo atinente a la readaptación profesional de trabajadores minusválidos (Decreto Reglamentario 2177). Igualmente vale la pena destacar la manifestación legislativa en cuanto a la salud ocupacional: En el mes de marzo de 1989 se dictó por el gobierno nacional la Resolución número 1016 de 31 de marzo de dicho año "por la cual se reglamenta la organización, funcionamiento y forma de los programas de salud ocupacional que deben desarrollar los paatronos o empleadores en el país".

"Artículo Primero. Todos los empleadores públicos, oficiales, privados, contratistas y subcontratistas, están obligados a organizar y garantizar el funcionamiento de un programa de Salud Ocupacional de acuerdo con la presente Resolución".

"Artículo Segundo. El Programa de Salud Ocupacional consiste en la planeación, organización, ejecución y evaluación de las actividades de Medicina Preventiva, Medicina del Trabajo, Higiene Industrial y Seguridad Industrial, tendientes a preservar, mantener y mejorar la salud individual y colectiva de los trabajadores en sus ocupaciones y que deben ser desarrolladas en sus sitios de trabajo en forma integral e interdisciplinaria".

"Artículo Tercero. La elaboración y ejecución de los programas de Salud Ocupacional para las empresas y lugares de trabajo, podrán ser realizados de acuerdo con las siguientes alternativas: a) Exclusivos y propio para la empresa; b) En conjunto con otras empresas; c) Contratados con una entidad que preste tales servicios, reconocida po5r el Ministerio de Salud para dichos fines".

PARAGRAFO: Cuando el programa se desarrolle de conformidad a la modalidad prevista en el literal b), se entiende que cada empresa tendrá su programa específico, pero podrá compartir, en conjunto, los recursos necesarios para su desarrollo.

"Artículo Cuarto. El Programa de Salud Ocupacional de las empresas y lugares de trabajo, deberá desarrollarse de acuerdo con su actividad económica y será específico y particular para éstos, de conformidad con sus riesgos reales o potenciales y el número de trabajadores. Tal programa deberá estar contenido en un documento firmado por el representante legal de la empresa y el encargado de desarrollarlo, el cual contemplará actividades de Medicina Preventiva, Medicina del trabajo, Higiene Industrial y Seguridad Industrial, con el respectivo cronograma de dichas actividades. Tanto el programa como el cronograma se mantendrán actualizados y disponibles para las autoridades competentes de vigilancia y control".

PARAGRAFO 1. Los patronos o empleadores estarán obligados a destinar los recursos humanos financieros y físicos indispensables para el desarrollo y cabal cumplimiento del programa de Salud Ocupacional en las empresas y lugares de trabajo, acorde con las actividades económicas que desarrollen, la magnitud y severidad de los riesgos profesionales y el número de trabajadores expuestos.

PARAGRAFO 2. Para el desarrollo del programa de Salud Ocupacional el empresario o patrono designará una persona encargada de dirigir y coordinar las actividades que requiera su ejecución".

Antes de iniciar el estudio de la parte colectiva es importante manifestar que el actual gobierno presentó a la consideración del Parlamento un "paquete laboral" que seguramente incorporará reformas o modificaciones tanto de carácter sustantivo como de carácter adjetivo o procedimental.

REFORMAS DENTRO DEL DERECHO COLECTIVO DE TRABAJO

El Derecho Colectivo de trabajo cuyas reformas se hicieron en el año de 1965 sufrió a nuestro juicio reformas sustanciales durante la década que nos ocupa. La primera tuvo que ver con la ratificación de diversos instrumentos de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

DE LA CONCILIACION A LA MEDIACION

La negociación colectiva en Colombia presentaba y aún mantiene dos figuras para la solución de conflicto económico o de intereses. La primera de ellas de autocomposición bajo el título de arreglo directo que no se modificó y que consisten en que las partes quse han promovido el conflicto, es decir, el sindicato o sindicatos y el patrono o patronos buscarán directamente y sin la intervención de terceros la solución del diferendo. Esta etapa de arreglo directo, según los dispone el Código Sustantivo del Trabajo opera por un término de quince (15) días hábiles y es susceptible de una prórroga por diez (10) días hábiles más. Este acápite final fué modificado puesto que la normatividad anterior establecía la prórroga automática por la solicitud de una de las partes, lo que resultaba a todas luces inconveniente y dilatorio. La nueva Legislación enmendó el error y manifestó que la prórroga será viable por el acuerdo de las partes en conflicto. La sustancial transformación operó ante la heterocomposición del conflicto cuando se estimó prudente cambiar el sistema de la conciliación por el de la mediación. Bajo el esquema anterior el conflicto entraba en la llamada etapa de "conciliación" en la que era posible nombrar uno o sendos conciliadores para un período inicial de quince (15) días hábiles, con posibilidad de prórrogas según su leal saber y entender. Estos conciliadores actuaban ad-referéndum, lo cual convertía en seriamente dispendiosa y dilatada su actuación. Con miras a una economía procesal y a una seriedad por las partes, se modificó sustancialmente con la incorporación obligatoria y oficiosa de un tercer interlocutor social que hasta esta etapa no figuraba inmerso en el conflicto: el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social que entrará a mediar con la presencia de un Inspector de trabajo, funcionario administrativo que deberá presentar fórmulas de arreglo dentro de un plazo bastante ajustado, por cuanto la actual etapa de mediación tiene un término máximo de diez (10) días hábiles y no es suceptible de ninguna prórroga.

Quebrada o rota la etapa de mediación sin un acuerdo total del petitorio, se entra en una situación denominada de pre-huelga, que la Ley no consagra como etapa de la negociación colectiva y que consiste en el término que el sindicato empleará para reunirse en asamblea general y decidir entre la huelga o el Tribunal de Arbitramento. Vale la pena destacar que la opción de la huelga no es viable para los trabajadores estatales, es decir, empleados públicos o trabajadores oficiales y

que tampoco opera para los trabajadores particulares cuyas empresas se encuentran afectas a la prestación de un servicio público. Lamentablemente la Ley no presentó, dentro del texto de la reforma del año 85, expresa disposición sobre este último tema comentado, lo que conduce frecuentemente a que servidores públicos o afectos a servicios públicos adelanten la asamblea general en los términos de ley y voten por la opción de la huelga, que por desconocimiento o desinformación consideran democrática, mayoritaria y legal si por la huelga votó la mayoría de los involucrados en el conflicto.

A continuación y por estimar de conveniencia para los cultores del Derecho Comparado transcribimos las disposiciones más importantes del régimen anterior y aquellas que entraron en vigencia a partir del año de 1985 mediante la Ley 39.

Dentro de la negociación colectiva en Colombia se presentan las siguientes características legales de acuerdo con el Decreto 2351 de 1965:

"a) Artículo Veintiseis: Representación sindical: En una misma Empresa no pueden coexistir dos o más sindicatos de base. Si por cualquier motivo llegaren a coexistir subsistirá el que tenga mayor número de afiliados, el cual debe admitir al personal de los demás sin hacerles más gravosas sus condiciones de admisión".

"Cuando en una misma empresa coexistiere un sindicato de base con uno gremial o de industria, la representación de los trabajadores, para todos los efectos de la contrtación colectiva, corresponderá al sindicato que se agrupe a la mayoría de los trabajadores de dicha empresa. Si ninguno de los sindicatos agrupa a la mayoría de los trabajadores de la empresa, la representación corresponderá conjuntamente a todos ellos. El gobierno reglamentará la forma y modalidades de esta representación".

"Artículo Veintisiete: Iniciación de conversaciones: El patrono o su representante, están en la obligación de recibir a los delegados de los trabajadores dentro de las veinticuatro (24) horas siguientes a la presentación oportuna del pliego de peticiones para iniciar conversaciones. Si la persona a quien se presentare el pliego considerare que no está autorizada para resolver sobre él, debe hacerse autorizar o dar traslado al patrono dentro de las veinticuatro (24) horas siguientes a la

presentación del pliego, avisándolo así a los trabajadores. En todo caso la iniciación de las conversaciones en la etapa de arreglo directo no puede diferirse por más de cinco (5) días hábiles a partir de la presentación del pliego."

"El patrono que se niegue o eluda iniciar las conversaciones de arreglo directo dentro del término señalado, será sancionado por las autoridades del trabajo con multas sucesivas de dos mil ($2.000) a cinco mil ($5.000) pesos por cada día de demora, a favor del Instituto Colombiano de Seguros Sociales. Para interponer los recursos legales contra las resoluciones de multa, el interesado deberá consignar previamente su valor a órdenes de dicho Instituto."

"Artículo Veintiocho Duración de las conversaciones: Las conversaciones de

arreglo directo durarán quince (15) días hábiles prorrogables a solicitud de una de las partes por diez (10) días más."

"El artículo veintinueve del Decreto aludido se refiere a la denominada Conciliación y dice: "Las peticiones de los trabajadores o la parte de éstos sobre las cuales no se hubiere logrado un arreglo directo, serán sometidas a la mediación de un conciliador designado de común acuerdo por las dos partes, o de sendos conciliadores designados por ellas".

"Dichos conciliadores deben ser personas conocedoras de las actividades de la empresa o establecimiento, colombianos y mayores de edad y su designación debe hacerse dentro de los dos días siguientes a la firma del acta que ponga fin al arreglo directo, cuando la asamblea general del sindicato no los hubiere designado con anterioridad, avisándose este nombramiento por escrito, recíprocamente y al Inspector del Trabajo respectivo".

"Los conciliadores deben manifestar dentro de las veinticuatro horas (24) siguientes al aviso de su designación si aceptan o no el cargo. En caso de que no acepten, la parte respectiva procederá inmediatamente a nombrar el reemplazo. No podrán ser designados conciliadores las personas que hubieren intervenido en representación de las partes en la etapa de arreglo directo".

"La parte que no designe al conciliador dentro del plazo señalado en este artículo, será sancionado por las autoridades del trabajo con multas sucesivas de dos mil a cinco mil pesos ($2.000 a 5.000) por día de demora, a favor del Instituto Colombiano de Seguros Sociales. Para interponer los recursos legales contra las resoluciones de multa, el interesado deberá consignar previamente su valor a órdenes de dicho Instituto."

"Artículo treinta. Duración de la conciliación: La función de los conciliadores es la de procurar un arreglo equitativo consultando el mutuo interés de las partes. Su encargo durará quince (15) días contados desde la fecha de la aceptación, pero las partes de común acuerdo, podrán prorrogar este término por diez (10) días más."

"Durante la etapa de conciliación, el Ministerio del Trabajo podrá intervenir ante las partes con el objeto de procurar un arreglo del conflicto. Las partes estarán obligadas a aceptar la mediación del Ministerio y a suministrarle todas las informaciones y datos que éste les solicita, bajo sanción de multa de dos mil a diez mil pesos ($2.000 a $10.000) a favor del Instituto Colombiano de Seguros Sociales, debiendo acreditar su consignación a órdenes de dicho Instituto para interponer contra ellos los recursos legales".

Esta segunda etapa que como ya dijimos se denomina de conciliación fué sustituída por la denominada etapa de mediación, así denominada por la Ley 39 de 1985."

"Mediación "La nueva disposición está contemplada en el artículo 4o. de la Ley 39 de 1985 que corresponde dentro del ordenamiento del Código Sustantivo de Trabajo al artículo 437 que dice: "al día siguiente de concluída la etapa de arreglo

directo, el conflicto colectivo de trabajo entrará en la etapa de mediación, que consiste en la intervención obligatoria del Ministerio de Trabajo dirigida a procurar la solución del mismo.

El Ministerio de Trabajo y Seguridad Social tendrá la obligación perentoria de intervenir, directa y oficialmente a través de funcionarios idóneos y experimentados en la materia. Para que la intervención del Ministerio sea realmente eficaz, el funcionario designado estará investido de facultades para mediar entre las partes en conflicto, con la obligación de presentar fórmulas de solución suficientemente motivadas y claras que puedan ser rechazadas o aceptadas".

"Artículo 438": Durante la etapa de mediación de que trata el artículo anterior, tanto los trabajadores como los voceros de los patronos, empresa o entidades, podrán reestructurar sus propias comisiones, sustituyendo total o parcialmente a sus integrantes, si así lo consideran conveniente, pero en cualquiera de estos eventos se ratificarán los plenos poderes para que puedan resolver el diferendo, si se produjeren acuerdos sobre los puntos pendientes.

Si persistieren diferencias sobre alguno de los puntos del pliego, al transcurir los diez (10) días hábiles señalados para la mediación, las partes y los funcionarios que hayan intervenido en esta etapa deberán suscribir una acta final que registre los acuerdos a que hubieren llegado y en la cual se dejarán las constancias expresas sobre las diferencias que subsistan".

"Artículo 439: Pueden ser representantes de los trabajadores los mismos delegados que hubieren actuado en la etapa de arreglo directo. El patrono será representado por tres (3) delegados suyos, entre los cuales puede estar el jefe o director del establecimiento. Los representantes de una y otra parte deben ser conocedores de los negocios de que se trata y estar provistos de suficientes poderes para firmar cualquier convención colectiva o pacto que se celebre, salvo que convengan en hacerlo ad referéndum."

"Artículo 440: Los representantes tienen la obligación de presentarse ante el Ministerio de trabajo y Seguridad social, cada vez que este lo solicite, salvo excusa justificada y, (sic) suministrarán todas las informaciones pertinentes al conflicto o que conduzcan a su solución. Las informaciones que tuvieren carácter confidencial deberán ser mantenidas en forma reservada al público a menos que exista previa autorización de quien los haya suministrado.

El Ministerio de trabajo sancionará con multa de diez mil pesos ($10.000) a cien mil pesos ($100.000) en favor del Instituto de los Seguros Sociales a aquella de las partes en conflicto que se niegue a suministrar o demore el suministro de los datos o informaciones que aquel solicite en ejercicio de la función de mediación, y mientras la parte sancionada no haga la consignación de la multa a órdenes del citado Instituto, no podrá ser oída ni se les dará trámite a los recursos legales interpuestos por ella".

"Artículo 441: La mediación tendrá una duración máxima de diez (10) días hábiles, improrrogables, que comenzarán a contarse a partir del día siguiente al

de la terminación de la etapa de arreglo directo, momento a partir del cual el Ministerio de Trabajo y seguridad Social procederá a convocar a las partes para que procedan a reiniciar las negociaciones sobre los puntos no solucionados en la etapa de arreglo directo".

"Artículo 442: Si al término del período de la mediación persistieren diferencias sobre alguno o algunos de los puntos del pliego, las partes y los funcionarios que hayan intervenido en esta etapa deberán suscribir un acta final que registre los acuerdos a que hubieren llegado y dejarán las constancias expresas sobre las diferencias que subsistan. PARAGRAFO: Los términos señalados para las etapas de 'acuerdo directo' y de 'mediación', se contarán conforme a lo que prescribe el artículo 62 del Código de Régimen Político y Municipal".

"Artículo 443: De todos los nombramientos, actas, convenciones y pactos se entregarán copias a las partes y al inspector del trabajo y en defecto de este al alcalde municipal respectivo, para su remisión al Ministerio del Trabajo".

Como vemos la Ley 39 de 1985 al introducir el cambio de la "Conciliación" por la "Mediación" pretendió en el fondo aligerar el procedimiento de la segunda etapa de las negociaciones colectivas.

Sobre el particular hemos tenido una experiencia no muy positiva. La presencia de funcionarios administrativos de manera obligatoria y con facultades recias e inflexibles conduce a uno de dos resultados: a) el mediador se ocupa convenientemente del diferendo, estudia y presenta fórmulas aconsejables y precisas para la solución del diferendo laboral; b) el mediador infortunadamente no cuenta con la capacidad suficiente y los conocimientos propios dentro de la solución del conflicto y éste se soluciona concertivamente para evitar ir a la huelga o al arbitramento. En este último caso se pone fin a la negociación colectiva con la firma de una convención que en realidad no satisfizo a una de las partes o a las dos.

Como vimos anteriormente, los trabajadores particulares tienen el derecho de opción entre dos soluciones y una vez terminada la etapa de mediación sin solución a su petitorio: estas soluciones son la huelga o el tribunal de arbitramento. La huelga se ejecuta o "estalla" en un término que puede fluctuar entre cinco (5) y treinta (39) días después de haberse decretado por la asamblea general de los trabajadores. Este plazo, un tanto flexible, es empleado por las partes y en especial por el gobierno nacional para buscar angustiosamente la solución del conflicto y para evitar que éste pase a convertirse en una huelga.

En tratándose de los trabajadores estatales y aquellos afectos a la prestación del servicio público se convoca a un Tribunal de Arbitramento obligatorio, puesto que ellos no tienen la capacidad de adelantar una huelga, según se desprende de la Constitución Nacional que en su artículo 18 manifiesta: "se garantiza el derecho de huelga, salvo en los servicios públicos. la Ley reglamentará su ejercicio". En efecto, el Código Sustantivo de Trabajo reglamentó el asunto y manifestó la imposibilidad de la huelga en los siguientes términos y de acuerdo

con el artículo 430 subrogado por el Decreto Ejecutivo 753 de 1956 en su artículo primero: "1o) De conformidad con la Constitución Nacional está prohibido la huelga en los servicios públicos. Para este efecto se considera como servicio público, toda actividad organizada que tienda a satisfacer necesidades de interés general en forma regular y continua, de acuerdo con un régimen jurídico especial, bien que se realice por el Estado directa o indirectamente, o por personas privadas. Constituyen por tanto, servicio público, entre otras, las siguientes actividades:
a) Las que se prestan en cualquiera de las ramas del poder público; b) Las de empresas de transporte por tierra, agua y aire; y de acueducto, energía eléctrica y telecomunicaciones; c) Las de establecimientos sanitarios de toda clase, tales como hospitales y clínicas; d) Las de establecimientos de asistencia social de caridad y de beneficiencia; e) Las de plantas de leche, plazas de mercado, mataderos y de todos los organismos de distribución de estos establecimientos, sean ellos oficiales o privados. f) Las de los de servicios de la higiene y aseo de las poblaciones; g) Las de explotación, elaboración y distribución de sal; h) Las de explotación, refinación, transporte y distribución de petróleo y sus derivados, cuando estén destinadas al abastecimiento normal de combustibles del país, a juicio del gobierno". Vale la pena destacar, que en virtud del poder otorgado al presidente de la República para considerar actividades de servicio público, en el año 68 se incorporó el régimen bancario y de todas las actividades que adelantan las Corporaciones de Ahorro y Vivienda así como la Caja Agraria.

La huelga en Colombia aplica los postulados legales del artículo 429 del Código Sustantivo de Trabajo que lo define así: "se entiende por huelga la suspensión colectiva, temporal y pacífica del trabajo, efectuada por los trabajadores de un establecimiento o empresa con fines económicos y profesionales propuestos a sus patronos y previos los trámites establecidos en el presente Título". Como sabemos los trámites se inician con la denuncia de la Convención Colectiva de Trabajo vigente en ese momento entre las partes o con la presentación del pliego de peticiones cuando no existe convención colectiva de trabajo anterior y prosigue con la determinación de las comisiones negociadoras (tres por cada parte) y con los trámites ya aludidos de arreglo directo y mediación.
En Colombia la huelga no puede tener una razón política, religiosa ni de solidaridad. Sin embargo, en la historia de la década de los ochenta fueron bastante frecuentes las interrupciones o suspensiones en la prestación de los servicios públicos oficiales o estatales que querían ampararse bajo la huelga pero que, aún cuando fuesen delcarados ilegales por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, acarrearon serios traumatismos a las entidades afectadas y a la ciudadanía en general. Se podría recordar alguna suspensión de actividades en el Ministerio de hacienda y crédito público y muy diversos paros promovidos por los sindicatos de trabajadores oficiales y empleados públicos, o trabajadores

particulares en entidades bancarias, de la rama jurisdiccional y en la educación principalmente en las escuelas públicas, especialmente promovidas por FECODE (Federación Colombiana de Educadores) que es el sindicato de segundo grado que aglutina a los maestros oficiales. También se han suscitado conflictos en las empresas públicas departamentales y de diversos municipios y en general diversos sectores de la vida nacional.

PACTOS COLECTIVOS DE TRABAJO

Dentro de la legislación colectiva encontramos la figura del pacto colectivo de trabajo que el Código Sustantivo trae en su artículo 481 que a la letra indica: "Los pactos entre patronos y trabajadores no sindicalizados se rigen por las disposiciones establecidas para las convenciones colectivas, pero solamente son aplicables a quienes los hayan celebrado o adhieran posteriormente a ellos".

Esta figura del denominado pacto colectivo de trabajo tiene su reparo dentro de las organizaciones sindicales, como quiera que resta importancia a las mismas organizaciones y establece por así decirlo una fuerte dependencia económica del trabajador acerca del patrono.

La misma legislación ha determinado que las empresas que hubieren firmado o que firmen convenciones colectivas de trabajo con sindicatos cuyos afiliados exceden de la tercera parte del total de trabajadores de cada una de ellas, no podrán suscribir pactos colectivos.

FORMALIDAD JURIDICA DEL PACTO COLECTIVO

El pacto colectivo debe celebrarse por escrito y se extenderá en tantos ejemplares cuanto sean las partes y uno más que se depositará necesariamente en la División de Relaciones Colectivas de Trabajo del Ministerio del ramo, a más tardar dentro de los quince (15) días siguientes a su firma. Sin el cumplimiento de éstos requisitos el pacto colectivo no produce ningún efecto.

DE LOS CONTRATOS SINDICALES

Definición:

Se entiende por contrato sindical el que celebran uno o varios sindicatos de trabajadores con uno o varios patronos o sindicatos patronales para la prestación de servicios o la ejecución de una obra por medio de sus afiliados. Uno de los ejemplares del contrato sindical debe depositarse, en todo caso, en el Ministerio del Trabajo, a más tardar quince (15) días después de su firma. La duración, la revisión y la extinción del contrato sindical se rigen por las normas del contrato individual de trabajo.

Con base en las disposiciones anteriores la organización contratista es un verdadero patrono sin ánimo de lucro. Por lo anterior la jurisprudencia ha dicho: "Nada se opone por tanto a que las partes (el sindicato y el empresario) autónomamente, dentro del marco amplio y flexible de la ley, pacten distintas modali-

dades de acuerdo con las circunstancias concretas y las necesidades prácticas". El legislador puso mucho cuidado a las circunstancias que pudieran presentarse dentro de la ejecución del contrato sindical y en el artículo 484 del Código Laboral determinó: "En caso de disolución del sindicato de trabajadores que haya sido parte de un contrato sindical, los trabajadores continuarán prestando sus servicios en las condiciones estipuladas, mientras dura la vigencia del contrato. La caución que haya prestado el sindicato disuelto subsistirá para garantizar las obligaciones de los respectivos trabajadores".

REFORMAS A LA TABLA DE ENFERMEDADES PROFESIONALES

El Código Sustantivo del Trabajo trajo en su aparición del año 1951, los artículos 201 a 209 atinentes a la tabla de indemnizaciones por causa de accidente de trabajo o enfermedad profesional. Debido a la desvaldorización de la moneda, estas tablas se encontraban totalmente deshuetas. Por ello el gobierno nacional mediante una gran reforma aplicada a dichos artículos reformó la referida tabla y a su vez la actualizó con la aparición de otras enfermedades de origen profesional. En esa forma se dió curso a las inquietudes de años atrás sobre la materia.

SEGURIDAD SOCIAL

Para conocimiento de nuestros lectores, la seguridad social en Colombia está reglamentada de la siguiente manera:

Para trabajadores particulares. Existe el Instituto de los Seguros Sociales que fuera creado mediante la Ley 90 del año de 1946.

REGLAMENTO DE INVALIDEZ, VEJEZ Y MUERTE. El reglamento de invalidez, vejez y muerte expedido por el Consejo Directivo del Instituto Colombiano de los Seguros Sociales mediante acuerdo número 224 de 1966 y aprobado por el gobierno mediante Decreto número 3041 de 1966, es aplicable a los trabajadores nacionales o extranjeros que en virtud de un contrato de trabajo presten servicios a una Empresa de carácter particular.

CLASES DE PENSIONES DE JUBILACION

1) Pensión Plena: Es la consagrada en el artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo, como prestación especial a cargo de la ESmpresa, una vez se cumplan los siguientes requisitos:

a) 20 años de servicio continuos o discontinuos en una misma Empresa;

b) 55 años de edad si es varón y 50 si es mujer;

c) Un capital de $800.000.00 o más

El monto de esta pensión es igual al setenta y cinco por ciento (75%) del promedio de salarios devengados por el trabajador en el último año de servicio.

2) Pensión de Vejez: Está a cargo del Instituto de los Seguros Sociales y se encuentra consagrada en el Decreto 3041 de 1966. Se adquiere una vez se hayan

cotizado 500 semanas mínimo o sea diez (10) años y haber cumplido sesenta (60) años de edad para los varones y cincuenta y cinco (55) años para las mujeres.
Pensión de Jubilación Especial: Se encuentra consagrada en la Ley 171 de 1961 y también llamada Pensión Sanción. Corre a cargo de la Empresa cuando el trabajador laboró quince (15) o más años de servicios continuos o discontinuos a una misma empresa; que sea despedido sin justa causa y que la empresa tenga Ochocientos Mil Pesos ($800.000.00) o mas de capital. Se adquiere a los cincuenta y cinco (55) años de edad.

REGLAMENTO A LA LEY DE PENSIONES.

El decreto número 1160 de 1989 reglamentó la Ley 71 de 1988 por la cual se expidió un nuevo régimen pensional. De acuerdo con este Decreto, las pensiones deberán reajustarse de oficio cada vez y en la misma cuantía en que sea incrementado el salario mínimo legal. La pensión de jubilación por aportes, creada por el artículo 7o. de la Ley 71 en caso de acumulación de servicios en el sector público y en el sector privado, deberá liquidarse con base en el tiempo laborado y en los aportes de los trabajadores a las entidades de previsión oficiales o al Instituto de los Seguros Sociales. Se reglamentó la distribución y los beneficiarios de la pensión en caso de sustitución.
El artículo 7o. de la Ley 71 de 1988 indica: "A partir de la vigencia de la presente Ley, los empleados oficiales y trabajadores que acrediten veinte (20) años de aportes sufragados en cualquier tiempo y acumulados en una o varias de las entidades de previsión social o de las que hagan sus veces, del orden nacional, departamental, municipal, intendencial, comisarial o distrital y en el Instituto de los Seguros Sociales, tendrán derecho a una pensión de jubilación siempre que cumplan sesenta (60) años de edad o más si es varón y cincuenta y cinco (55) años o más si es mujer".
"El Gobierno nacional reglamentará los términos y condiciones para el reconocimiento y pago de esta prestación y determinará las cuotas partes que correspondan a las entidades involucrada. PARAGRAFO. Para el reconocimiento de la pensión de que trata este artículo, a las personas que a la fecha de vigencia de la presente Ley, tengan diez (10) años o más de afiliación en una o varias de las entidades y cincuenta (50) años o más de edad si es varón o cuarenta y cinco (45) años o más si es mujer, continuarán aplicándose las normas de los regímenes actuales vigentes".

AFILIACION AL INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES DEL MENOR TRABAJADOR

Afiliación Obligatoria: Es obligatorio para los patronos afiliar al Instituto de los Seguros Sociales a los trabajadores menores de dieciocho (18) años. Si el patrono no lo hace y el menor requiere de tratamiento, el Seguro Social lo trata y pasa

posteriormente la cuenta respectiva al patrono. Incluso esta cuenta presta mérito ejecutivo.

AFILIACION AL INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES DE TRABAJADORES INDEPENDIENTES

Cubre a aquellas personas que laboran libremente y que la doctrina ha denominado "cuentapropistas". La norma indica: "entiéndese por 'trabajador independiente' o 'autónomo' a toda persona natural que realice personal y directamente una actividad económica sin estar sujeta a vínculo laboral alguno".

AFILIACION AL INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES DE SACERDOTES DIOCESANOS Y MIEMBROS DE COMUNIDADES RELIGIOSAS DE LA IGLESIA CATOLICA

El acuerdo de los Seguros Sociales número 041 de 1987 extendió la cobertura del seguro a los sacerdotes diocesanos y a los miembros de las Comunidades religiosas de la Iglesia Católica y fue aprobado por el gobierno nacional a través del Decreto 2419 de 1987.

AFILIACION AL INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES DEL SERVICIO DOMESTICO

Por medio de la Ley 11 de 1988 se dió cobertura a los empleados y empeladas domésticos y se dijo que aquellas personas que estén devengando menos del salario mínimo legal cotizarán al Instituto por ese valor. Servidores domésticos son aquellas personas que en el hogar de otro prestan los servicios de cocina, lavandería, planchado, cuidado de los niños y de los ancianos y demás labores inherentes a la familia.

Consideramos que los anteriores pincelazos constituyen los rasgos más prominentes de la modificación, actualización o novedad en la ciencia que nos ocupa en nuestro país. Para terminar, deseamos manifestar que el gobierno del Señor Presidente César Gaviria Trujillo que inició labores el pasado 7 de agosto del año en curso, tiene las mejores intenciones para poner en marcha una reforma estructural al tema de las relaciones laborales sustantivas y adjetivas y al Derecho de la Seguridad Social. Desde el mismo discurso de posesión el Presidente ratificó los postulados de su campaña electoral en este sentido.

En fecha reciente de este mismo mes se presenta a la consideración del Parlamento de la República el texto de una primera reforma en materia social. Temas tales como la duración de los contratos individuales de trabajo y el período de rueba, surtirían profundas y necesarias modificaciones. El fenómeno denominado de la retroactividad de la cesantía para los trabajadores particulares será materia, según parece, de una Ley de facultades para que sea el propio ejecutivo el encargado de elegir el camino para su desmonte. Este y tantos temas que resultan espinosos y sobre los cuales no se estima prudente el mecanismo de la

concertación por muy diversos factores, seguramente serán avocados directamente por el ejecutivo como ha sido ya tradición en nuestro país desde la década de los años cuarenta, donde la mayoría de las disposiciones en materia laboral son el fruto de la iniciativa presidencial y en no pocas ocasiones han correspondido al desarrollo del estado de excepción que consagra el artículo 121 de la Carta Fundamental, según el cual el ejecutivo puede dictar normas tendientes a superar el estado de anormalidad que consagra la Constitución.

Ojalá los diversos interlocutores de lo social asuman una posición seria y de gran reflexión para buscar que ese mecanismo expedito y conveniente de la concertación social, pueda ocupar el lugar que le corresponde y no verse avocados a que las modificaciones queden exclusivamente en cabeza del poder ejecutivo y que en un momento dado sus pronunciamientos pretendan calificarse de inconsultos.

La última década de nuestro siglo XX será de grandes transformaciones, aún cuando para algunos, con el advenimiento del nuevo milenio se diga: "Esas normas son del siglo pasado pero que bueno resulta para nosotros en esta centuria continuar aplicándolas" !.

EL DERECHO DEL TRABAJO Y LOS DERECHOS HUMANOS

Alfredo Sánchez Alvarado (México)
El derecho del trabajo y los derechos humanos

Emilio Morgado Valenzuela (Chile)
Algunas consideraciones acerca de lo laboral en el derecho internacional de los derechos humanos.

EL DERECHO DEL TRABAJO Y LOS DERECHOS HUMANOS

Alfredo Sánchez Alvarado
(México)

Introducción

Son dos grandes anhelos que con frsecuencia se pretenden hacer valer y que sin lugar a dudas se transgreden y se violan sistemáticamente, esto último hasta con beneplácito de gobernantes y algunos gobernados.

En múltiples ocasiones los Derechos Humanos y el Derecho del Trabajo son convergentes si partimos de la base que el trabajador como ser humano es el centro de imputación de todas las instituciones jurídicas.

A pesar de ello y por conveniencia de los gobernantes en turno sin importar país, latitud, credo religioso o ideas políticas, etc., tratan de disociar a los Derechos Humanos del Derecho del Trabajo, pretextando una serie de sutilezas que carecen de substancia en lo más elemental.

En efecto, hasta la fecha nadie ha podido explicar porque el trabajo se realiza sólo únicamente por el ser humano; que este sea el único creador de riqueza y que por ese sólo hecho es acreedor a que se le brinde el reconocimiento que se merece para alcanzar una existencia digna de todo ser humano, y sin embargo se le niegue.

En congruencia con lo que antecede el ser humano que trabaja tiene, al igual que los suyos, derecho a vivir en condiciones dignas, a su bienestar y a que se le posibiliten los medios para que alcance su destino.

En la práctica otro es su manejo. Se invaden paises so-pretexto de que se violan los derechos humanos y los invasores los violan aún más; se crean organismos para defender los derechos humanos, pero se les limita: sólo para vigilar que las garantías individuales se violen menos, y se advierte que su esfera de competencial o de vigilancia no debe interferir la área política y laboral, esto es sin fundamento legal.

Con estos contados ejemplos que por cierto abundan, llegamos al convencimiento que tanto los Derechos Humanos como el Derecho del Trabajo resultan ser una ilusión para la humanidad; se hace escarnio de muy diversas leyes e ideas que se han puesto en vigor y que se han sustentado a través del tiempo.

Algunos aplauden y festinan estos actos ya que es su misión, defender al capital donde esté y contra lo que sea ¿y los jus-laboralistas? Comunmente asumimos una actitud de asombro, de perplejidad, pero sin lograr absolutamente nada, ante esta agresión a los derechos más sagrados del ser humano.

Es lamentable reconocer que en este aspecto poco hemos hecho y que la embestida de las clases retardarias se ve cercana, arrolladora, todo lo que signifique retroceso lo justifican y lo ovacionan, en coloquios se mencionan triunfos indiscutibles(?).

¿Triunfos de qué y para qué? ¿Triunfos de los que viven del trabajo ajeno, sobre los que viven de su trabajo? Acaso habrán votado los trabajadores porque se les explote aún más de lo que se ha hecho hasta la fecha, honestamente no encontramos algún argumento sólido para sostener semejante sofisma.

Por ello debemos levantar nuestra voz o nuestra pluma inconformándonos por este genocidio.

Las crisis económicas que se viven en diversos países del mundo son producto de corruptelas, se imputan a los trabajadores y se hacen gravitar sobre sus condiciones de trabajo, compulsándolos a soportar el peso de estas crisis, frenando el alza de los salarios a pesar del reconocimiento de que el poder de compra se ha deteriorado, se les escatiman sus derechos, se maquinan cambios en sus condiciones de trabajo, se hace burla del derecho de huelga, es decir, se violan en lo más elemental tanto el Derecho del Trabajo Vigente, como los Derechos Humanos de la clase laborante.

A todo esto es pertinente agregar que los retardatarios ya tienen preparado todo un viraje, que sin duda será un retroceso en materia laboral: En México el anteproyecto de una nueva(?) Ley Federal del Trabajo que abrigamos el temor prosperará si los jus-laboralistas asumimos una actitud pasiva o de contemplación.

EL DERECHO DEL TRABAJO

En los albores del presente siglo se anunciaba el advenimiento de una nueva disciplina jurídica; el surgimiento del Derecho del Trabajo, inclusive se llegó a considerar que esta nueva disciplina jurídica revolucionaba a todo el derecho ya que se rompía con la vieja y tradicional clasificación del Derecho en Público y Privado, propiciándose el nacimiento de un tercer género que es el Derecho Social del cual forman parte además del Derecho del Trabajo, el Derecho Social, el Agrario, el Económico, el Cooperativo y el Derecho de la Seguridad Social.

En efecto, la especialización se dió y destacados juristas hicieron profesión de fé para con el Derecho del Trabajo, ideas muy hermosas se externaron en múltiples volúmenes.

Se llegó al convencimiento pleno, absoluto, de que se había dado con el instrumento jurídico con el cual evitar la explotación del ser humano que trabaja.

Así ... Eugenio Pérez Botija, con singular elegancia en su obra "Derecho del Trabajo", sostuvo: "Si las privaciones de los hombres empleados en fábricas no hubiesen sido puestan tan al desnudo; si los informes gubernativos no hubiesen demostrado la existencia del sweatin system, esto es jornadas agotadoras para adultos varones, exigidas a veces a mujeres y niños, si, en suma la técnica de la producción hubiese sido más humana, probablemente las leyes tutelares del trabajo no hubieran irrumpido en el progreso jurídico de la humanidad"..."Dábase además la circunstancia de que aquella explotación del hombre por el hombre se hacía en tiempo en que el pensamiento jurídico creía haber llegado al pináculo de la gloria. Habianse conseguido unas
limitaciones técnicas para la tiranía y el despotismo; florecía tanto en las minorias selectas como en la masa ciudadana, la idea básica de la libertad; se

había logrado proyectar, del campo filosófico al terreno de la legalidad, la plenitud de derechos de la persona..." "... y coincidiendo con esto el alborear de las garantías jurídico-políticas del ciudadano, rotas las cadenas de la esclavitud, surge para el hombre un nuevo mundo preñado de peligros..." el objetivo primero y último de los empresarios era la obtención de un lucro, pero un lucro desmedido, sin límites, aplicando la ley del costo mínimo. El trabajador, aquel que se veía en la necesidad de prestar un servicio tenía que aceptar las condiciones más oprobiosas que le imponía el patrono, la ley de la oferta y la demanda regía en toda su plenitud, aplicada al trabajo, considerándose éste como una mercancía.

Con la aparición de la máquina vino el desplazamiento de un gran número de trabajadores, y la concurrencia de mujeres y niños en los puestos de nueva creación y una serie de amenazas como son los riesgos profesionales en su doble aspecto: accidente de trabajo y enfermedades profesionales. Y Pérez Botija agrega: "...Pero la máquina nos había emancipado de nuestra impotencia material, es decir, de nuestra insuficiencia muscular. Y es lógico que se pagara el precio de la redención..."

"... Lamentablemente hay que reconocer que lo que fuera inventado para hacer la vida más fácil, sirviera para complicárnosla y aun en ocasiones para hacerla más peligrosa, pues el enemigo no se contentaba con desplazamientos tácticos, ocupando puestos que el antes tuviera. A veces llegaba a la lucha cuerpo a cuerpo, esto es, atacaba al hombre arrancándole sus miembros o infiriéndole lesiones lentas, pero fatales en su organismo. No sabía qué era más peligroso, si el accidente súbito, que segaba brazos y piernas y aplastaba cuerpos, o la respiración de polvos y gases que se desprendían de ciertas substancias, ocasionando lo que después se llamaría enfermedad profesional".

También es de precisarse que en aquella época, los Estados más se preocupaban por dictar leyes de protección de los bienes materiales, que a la riqueza espiritual, la protección hacia la industria, el manejo de productos, el comercio de materias primas era manifiesto.

Al efecto Pérez Botija nos decía: "Por entonces el Derecho cuidaba preferentemente de la riqueza patrimonial de los hombres, se ignoraba que éstos por si, tenían una riqueza inmanente y trascendente; que habían sido dotados por Dios de un alma, un espíritu, una inteligencia, una voluntad; y que si los bienes materiales habían requerido en los Códigos Civiles y de Comercio una meticulosa reglamentación, aquellos "bienes morales" debían ser objeto también de un adecuado ordenamiento. En cierto respecto los códigos que regulaban los derechos del hombre libre, del ciudadano, habían retrotraído a este a una situación inferior".

Por ello sostuvimos: Para el nacimiento del Derecho del Trabajo concurren diversos factores: Políticos, Económicos, Sociales y Jurídicos señalando los ya conocidos y agregando la intervención tibia del estado al dictar leyes de protec-

ción para las mujeres y los menores de edad que trabajan; en lo que hace a la jornada y al establecimiento de medidas de seguridad para la clase laborante; las luchas sociales del siglo pasado, emprendidas por los trabajadores, que pugnaban por una reglamentación en materia de trabajo, teniendo como postulados el Derecho a la Asociación profesional y el Derecho de Huelga, así como la influencia de filósofos y grandes pensadores mediante una corriente social de gran trascendencia que conmocionó al mundo hasta sus cimientos, lo anterior nos guia a la conclusión de que el Derecho del Trabajo no nació como producto de la especulación de juristas, sino en forma espontánea o bien precipitada por las grandes luchas.

Recordamos a Pérez Botija con la siguiente: "... Por otro lado y de una manera espontánea, unas veces a través de "Sui generis" procedimientos coactivos, otras iban surgiendo en la calle, en la oficina, en el taller, en la fábrica, un Derecho nuevo, que por ser emanación de la sociedad algunos autores han llamado Derecho Social y que por el objeto de sus relaciones y por sus fines que su normación persigue, nosotros llamamos Derecho del Trabajo..."

Estas ideas y muchas otras que se fueron plasmando en libros, folletos, conferencias, mesas redondas, cátedras y demás foros, se ovacionaban, al considerar que finalmente se había dado con la fórmula óptima para lograr la redención del ser humano que cuenta como único patrimonio con su trabajo.

Y lo anterior que fue visto y analizado con gran entusiasmo, muy pronto se frenó en su avance; paulatinamente se encauzaron las inquietudes de la clase laborante principalmente hacía mejoras económicas y la maniobra se vislumbró, el fenómeno inflacionario se dejó ver y todavía más, se endosó a los trabajadores el resultado de ese proceso.

Aun cuando aparentemente el Derecho del Trabajo venía a ser la solución para el hombre que trabaja la vieja sentencia homo hominis lupus, ha seguido imperando, se idean fórmulas, se plasman normas y la explotación de quien vive de su trabajo se sigue dando.

Por ello en el IV Congreso Iberoamericano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social sostuvimos:

EL DERECHO DEL TRABAJO COMO EL MEJOR INSTRUMENTO DE EXPLOTACION DE LA CLASE TRABAJADOR.

Señalando: que grandes especulaciones se han hecho en torno a lo que hemos dado en llamar floreciente rama del Derecho que es: El Derecho del Trabajo.

Sin embargo, a pesar de que esta disciplina acredita gran dinámica en su evolución, se ha llegado al convencimiento de que, el resultado es otro, se trata de un gran descubrimiento de los regímenes capitalistas para atenuar, atemperar y disminuir la explotación y la lucha de clases, pero nunca para proscribir la explotación del ser humano que trabaja.

En el proceso de gestación los trabajadores han emprendido grandes luchas a fin de que se les reconozcan ciertos derechos y los gobernantes de los paises con

basamento capitalista, demagógicamente aparentan ceder o hacer concesiones que posteriormente se convierten en banderas que hasta se dicen revolucionarias.

En otros casos los gobernantes dicen anticiparse a las demandas de los trabajadores y promueven reformas a la Legislación del Trabajo para acallar los reclamos o fermentos de inquietud de los trabajadores.

Por ello se le ha atribuido al Derecho del Trabajo un tono tuitivo, es decir: protector y tutelar, pero... es prudente prguntar: ¿Contra quién se protege y tutela al trabajador? Sin lugar a dudas que en contra de su explotador que resulta ser en todo caso el patrón, empresario o empleador, según pretendamos llamarle.

A mayor abundamiento, observamos que toda mejora para el trabajador en salario o prestaciones se traduce o refleja, en el costo de los productos que se fabrican o servicios que se proporcionan, que más delante se revierte en perjuicio del propio trabajador, de ahí la carrera desenfrenada de la inflación en todos los paises capitalistas. Destacándose que mientras los salarios aumenten en proporción aritmética, los precios suben en proporción geométrica, situación que no necesariamente debe darse si se planifica adecuadamente la economía.

Este fenómeno de la espiral de los precios siempre será manifiesto ya que los intereses creados son obstáculo para lograr un efectivo y real reparto de la renta nacional, siendo el propio sistema y sus gobernantes, los responsables de que cada día haya más pobres y menos ricos, teniendo estos últimos como base de sustentación de su riqueza acrecentada, la miseria, el dolor, el sudor, la sangre y el esfuerzo de esa gran masa proletaria.

Lamentablemente este panorama tan desolador se agudiza aún más cuando los voceros de los patrones, empresarios o empleadores, que disfrazados con la falsa túnica de la coexistencia de las clases nos hablan, pregonan e imploran la colaboración de los trabajadores; que cesen en sus luchas emancipadoras ya que de no ser así redundará en perjuicio del país, y que el interés nacional debe estar por sobre los intereses de la clase trabajadora; inclusive se aducen razones de estado por el propio gobernante en turno para tratar de justificar el atropello de que hace víctimas a los trabajadores.

Así los jus-capitalistas inescrupulosamente proponen en muy diversas formas que al Derecho del Trabajo debe quitársele ese tono o tinte paternalista, bajo el pretexto de que los trabajadores ya han adquirido mayoría de edad.

Nada más falso que el punto de vista como el que antecede, ya que el objetivo primero y último es el de conservar el sistema de explotación, sin importar que en un momento dado o con frecuencia se utilice la fuerza y las armas para masacrar a todo aquel trabajador que se rebele o inconforme por su estado de pobreza. Hay casos en los cuales se les niega a los trabajadores hasta el derecho de quejarse.

Partiendo de la premisa ya señalada de que el Derecho del Trabajo, como lo

conocemos, sólo puede darse en un país con basamento capitalista, se crea una falsa imagen de la disciplina, haciéndose resaltar algunas de sus bondades, que en diversos casos resultan convincentes.

Mario de la Cueva en su obra: El Nuevo Derecho Mexicano del Trabajo, Volumen I, sostiene: "Por su origen, por su esencia y por sus fines el Derecho del Trabajo es un derecho polémico: lo es por su origen, porque fue producto de una lucha real, trágicamente aplastada entre nosotros en las jornadas nefandas de Cananea y Río Blanco, en todas las cuales se confirmó la frase de Engels: EL ESTADO ES EJERCITOS Y CARCELES; porque desde sus primeros años opuso al individualismo de la sociedad burguesa la idea de la realidad de la clase trabajadora, de su solidaridad y de su necesria unidad para la lucha por su mejoramiento social, económico y cultural; porque ante la fórmula del liberalismo político del dejar-hacer y dejar-pasar, EXIGIO UN NUEVO DEJAR HACER Y DEJAR PASAR a la clase trabajadora en su lucha contra el capital; porque a las doctrinas del liberalismo económico enfrentó el principio de que por encima de las leyes económicas naturales, si es que de verdad son tales, está el mensaje de una justicia humana: lo es por esencia, porque combatió un derecho civil defensor de los poseedores de la tierra y de la riqueza con la idea de un derecho nuevo, el derecho del hombre que entrega su patrimonio originario, que es su energía de trabajo, a la sociedad y a su economía, de donde adquiere el derecho a un ingreso remunerador suficiente y justo, o como dice MARX en la fórmula nueva de la justicia que expresó en la CRITICA AL PROGRAMA DE GOTHA: QUIEN ENTREGA SUS APTITUDES A LA COMUNIDAD, ADQUIERE EL DERECHO A LA SATISFACCION DE TODAS SUS NECESIDADES..."

En efecto el Derecho del Trabajo como mínimo de alcance pretende reconocer al trabajador su calidad de ser humano, nunca lo podremos imaginar como un derecho regulador de intercambio de prestaciones patrimoniales.

De la Cueva nos dice que: "El Derecho del Trabajo es una disciplina jurídica que procura dar satisfacción a las necesidades del hombre que trabaja y lo es por sus fines, porque pasó sobre la concepción filosófica del hombre como una abstracción y se dirigió al hombre real, al que cultiva los campos o pone en acción a las máquinas, o levanta los muros de los palacetes del Pedregal; porque en el dilema: LA ECONOMIA COMO FIN, que es la tesis del capitalismo, o EL HOMBRE, el Derecho del Trabajo proclama el primado del segundo y de los valores humanos":

Muy a pesar de ideas tan bellas e indiscutibles en relación al ser humano que trabaja y al Derecho del Trabajo los voceros del capital, los jus-capitalistas realizan una labor constante para provocar un revisionismo en las instituciones laborales, el margen de maniobra es muy grande; justifican conductas atentatorias contra la dignidad de quien trabaja con argumentos insostenibles, se pretextan adelantos tecnológicos, descubrimientos asombrosos para pretender justificar su posición.

Por ello resulta oportuna significar a Mario de la Cueva con lo siguiente: "El crecimiento colosal de la industria y el consecuente reforzamiento de la clase capitalista y la proliferación creciente de las inversiones norteamericanas, nos ha ligado a su sistema económico y político al que no podemos ni pertenecer ni imitar, porque Norteamérica forma en la historia, juntamente con Roma y el Imperio Inglés la triada de los pueblos explotadores sin ningún escrúpulo ético, y porque según la explicación de MARCUSSE, constituye la SOCIEDAD OPULENTA DE NUESTROS DIAS, en tanto nosotros somos una de las naciones más cruelmente explotadas, y porque nuestras diferencias sociales internas, que nos salen al paso diariamente en las Ciudades de México, Monterrey o Tlalnepantla, hacen de la nuestra una de las sociedades en donde los desniveles económicos son mayores, pues en tanto una minoría poseedora de la riqueza vive en un boato más que asiático, una clase media al servicio de aquella, de la que recibe una gratificación importante, conduce a un tren de vida impresionante, y otra minoría que integra una aristocracia obrera que mira exclusivamente hacia ella, y que es, por su espíritu conservador, el apoyo mejor de la burguesía, ha elevado considerablemente sus niveles de vida, la masa anónima de los campesinos y de los trabajadores continúa padeciendo su miseria ancestral, sin participación alguna en el progreso económico y sin poder asomarse a los beneficios de la cultura. En una sociedad de este tipo, la superestructura política tiene que ser un estado burgués, un instrumento de apoyo incondicional al capital. Pero la burguesía mexicana conoce los defectos y los errores que provocaron la caida del régimen del General Díaz y de los científicos; y sabe también que el tercer mundo ha despertado de su letargo y que busca una coyuntura que le permita poner fin a la explotación del hombre por el hombre, restituir a la justicia el cetro que le arrebataron la propiedad privada y el capital, y poner otra vez en movimiento el péndulo de la historia. De ahí el control de las fuerzas políticas al través del partido oficial, de los gobernadores de los estados, de los presidentes municipales y de los lideres obreros; y de ahí también la fuerza y los privilegios del ejército y la razón del sometimiento de los poderes legislativo y judicial al ejecutivo; circunstancias que explican la formación de la fuerza del estado burgués y su elevación a la categoría de las dictaduras".

LOS DERECHOS HUMANOS

Con antelación precisabamos que los Derechos inmanentes e indiscutibles del ser humano como tal son coincidentes en ciertos aspectos con los postulados del Derecho del Trabajo.

Insistiendo: El ser humano tiene derecho a una existencia digna por el sólo hecho de su nacimiento, sólo que visto en todo momento o instante de su vivir; quien por muy diversos factores desde que nace es rico, sin lugar a dudas su existencia siempre será de bienestar, sus ascendientes se esmerarán porque así sea, pero los

que carecen de bienes de fortuna, desde su nacimiento serán objeto de una serie de privaciones, hasta de lo más elemental, como es el alimento, el abrigo y el amor de sus semejantes.

Situaciones tan contrastantes se reflejan en el ser mismo ya que psicológicamente se forman de muy diversa manera; los que se sienten -con derecho a todo- y que por ello reclaman que todo mundo les sirva y aquellos que se consideran humillados y por ello deben luchar y batallar desde su más tierna infancia para poder sobrevivir.

Existe el convencimiento de que el trabajo es el único medio para subsistir y para el logro de una serie de satisfactores, en el orden económico, familiar, social, cultural y político.

Lo anterior se corrobora con algunos -sólo algunos- de los Derechos Humanos que se contienen en la Declaración universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948, establecida por las Naciones Unidas y que tienen una relación muy estrecha con el Derecho del Trabajo.

(Art. 22) Toda persona como miembro de la sociedad tiene derecho a la Seguridad Social, y a obtener mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad.

(Art. 23) 1. Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo.

2. Toda persona tiene derecho, sin discriminación alguna a igual salario por trabajo igual.

3. Toda persona que trabaja tiene derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria, que le asegure, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana y que será completada, en caso necesario, por cualesquiera otros medios de protección social.

4. Toda persona tiene derecho a fundar sindicatos y a sindicarse para la defensa de sus intereses.

(Art. 24) Toda persona tiene derecho al descanso, al disfrute del tiempo libre, a una limitación razonable de la duración del trabajo y a vacaciones periódicas pagadas.

(Art. 25) 1. Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad.

2. "La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio tienen derecho

a igual protección social".
Por otra parte la Organización Internacional del Trabajo abunda y acrecenta lo que aquí ha quedado resaltado.
Si esto se soslaya, se impugna o se objeta, sin lugar a dudas, será la negación del derecho al que trabaja, a una existencia digna; por ello la exaltación a nivel mundial de los Derechos Humanos, reconocidos por diversos organismos internacionales, que tienen como caja de resonancia múltiples foros. Pero entendámoslo bien los Derechos Humanos no como un sofisma o -frase retórica de pose- o de adorno del declarante, sino como algo real que debe acreditarse en actos y hechos que nos lleven al respeto de los bienes espirituales que son patrimonio de todo individuo.
La analogía es evidente, observamos que los Derechos Humanos y el Derecho del Trabajo son coincidentes o por lo menos convergentes.
Sin embargo, nuevas corrientes doctrinales se pronuncian por una flexibilidad en las relaciones laborales y es posible que hasta se consideren obsoletas, anticuadas o fuera de época diversas ideas que aquí se contienen, a pesar de ello estamos seguros que la preocupación que tenemos en relación al ser humano que trabaja, NO HA PERDIDO ACTUALIDAD Y SIEMPRE TENDRA SU RAZON DE SER.
Pretendiendo ser congruentes con lo que hemos tratado de significar, ejemplificamente señalamos ciertos puntos de coincidencia:
A) La libertad de trabajo.
B) El Derecho a un mínimo de condiciones de trabajo, para quien labore como es la limitación a la jornada de trabajo, descansos y vacaciones pagadas.
C) Estándares mínimos de trabajo.,
D) El Derecho a un salario o Retribución REMUNERADORA.
E) Que para un trabajo igual correspondan iguales salarios y prestaciones.
F) Eliminación de toda idea discriminatoria por lo que hace a edad, sexo, nacionalidad, credo religioso o ideas políticas.
G) Igualdad de oportunidades para el ser humano.
H) Garantía en su estabilidad, ya que esto conlleva la seguridad.
I) Derecho a la Seguridad Social.
J) Libertad de asociación pero ... libertad plena, absoluta, no condicionada, es decir, sin limitación alguna, esta libertad sin lugar a dudas lo es para formar parte de un sindicato o dejar de formar parte de éste, así como para nombrar a sus dirigentes.
K) Derecho a la educación, capacitación, adiestramiento y culturización.
L) Derecho a la contratación colectiva.
M) Respeto a los derechos colectivos de los seres humanos.
N) Garantía de los gobiernos de los estados de respetar los derechos de los seres humanos que trabajan.
O) Acciones o recursos para salvaguardar el respeto a los Derechos Humanos

P) Etc.
Si en efecto así entendemos algunos de los Derechos Humanos en su coincidir con el Derecho del Trabajo, estamos en la posibilidad de sostener a manera de

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Cualquier programa o propuesta de Reformas a la Legislación Laboral que tenga como finalidad modificar o transgredir los derechos mínimos contenidos en las leyes del trabajo, será un atentado contra los Derechos Humanos.

SEGUNDA.- Una modificación a la Legislación Laboral como la que se señala en la conclusión que antecede conculcaría los postulados de la Organización Internacional del Trabajo de la cual los paises Iberoamericanos forman parte y por ello se harían acreedores a las sanciones que este organismo les imponga.

TERCERA.- La pretensión de modificar substancialmente la Legislación Laboral en México, será violatoria de la Constitución de 1917, que es considerada como la Primera Constitución Social en el Mundo, idea que subsiste a pesar de las mutilaciones de que se le ha hecho objeto.

CUARTA.- Las reformas o modificaciones a la Legislación del Trabajo requiere que se tenga presente, lo siguiente:
A) Que el trabajador sea partícipe de la renta nacional, sin dolo alguno.
B) Que esta participación sea real y auténtica vía participación en las utilidades.
C) Que el trabajador por medio de sus representantes genuinamente designados forme parte de los Consejos de Empresa (formados previamente) o de sus consejos de administración, como sucede en paises altamente industrializados.

QUINTA.- Al momento en que los trabajadores lleguen al convencimiento pleno que participan tanto en la administración como en las ganancias o utilidades de las empresas, sin gastos o estados contables alterados, sin lugar a dudas que estarán motivados para mejorar calidad y productividad.

México, D.F., a 8 de octubre de 1990.
ALFREDO SANCHEZ ALVARADO.

ALGUNAS CONSIDERACIONES ACERCA DE LO LABORAL EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Emilio Morgado Valenzuela
(Chile)

Derechos humanos son aquellos consubstanciales al ser humano y que son derivados de valores permanentes como la justicia, la libertad y la dignidad, con los que se protege y enaltece a la persona frente a la arbitrariedad, la opresión y la insatisfacción de sus necesidades básicas. Esos valores nutren a los derechos humanos, a la vez que resultan promovidos y fortalecidos por las manifestaciones concretas de éstos, su determinación conceptual y sus garantías.

El reconocimiento de la dignidad intrínseca del ser humano y la protección de sus derechos iguales e inalienables son los fundamentos esenciales de la libertad y de la justicia, elementos irremplazables en la promoción y mantenimiento de la paz.

Si bien no son nuevos los esfuerzos realizados en torno a la declaración y garantía de estos derechos, es a partir de fines de la primera década de este siglo cuando se asegura la consolidación de su expresión universal, al incorporarse los derechos laborales en el Tratado de Versalles que, además, creó al organismo internacional encargado de ellos: la OIT.

En mayo de 1944, la vigésima sexta reunión de la Conferencia Internacional del trabajo adoptó la Declaración relativa a los fines y objetivos de la OIT y de los principios que debieran inspirar la política de sus Miembros. La Declaración de Filadefia, como se la conoce, es una de las piezas fundamentales en el desarrollo universal de los derechos humanos.

El año 1948 es un hito muy importante en la firme tendencia hacia la universalización de los derechos humanos. En diciembre de ese año, la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas adoptó la Declaración Universal de Derechos Humanos, texto que comprende los derechos civiles y políticos junto con los económicos, sociales y culturales objeto, dieciocho años después, de sendos Pactos Internacionales acerca de esas materias, adoptados también por la ONU (1) <(1)Mientras los derechos civiles y políticos declaran los derechos humanos correspondientes y establecen las garantías de esos derechos mediante la obligación del Estado a no entorpecer el acceso a ellos y su disfrute, los económicos, sociales y culturales contienen -además- la obligación de hacer impuesta al Estado para promover y asegurar la vigencia real y plena de esos derechos. La indivisibilidad de ambas connotaciones de los derechos humanos se fundamenta en la necesidad de entender al ser humano como un todo, por lo que el reconocimiento, la protección y la promoción de los derechos que le atañen no pueden ser parciales, aislados o no relacionados.> En junio de 1948, en su trigésima primera reunión, la Conferencia Internacional del Trabajo había adoptado el Convenio núm. 87, sobre libertad sindical y derecho de sindicación, que es considerado como uno de los más importantes tratados internacionales de la OIT. En el marco regional americano, en abril de 1948, tuvo lugar la Novena Conferencia Internacional Americana, oportunidad en la que se adoptaron la Carta de la Organización de los Estados Americanos y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

Junto a ese paralelismo hacia la universalización del derecho del trabajo y de los derechos humanos (civiles, políticos, económicos, sociales y culturales), existe otro en cuanto a la constitucionalización de ambos derechos, como un medio de garantizar su permanencia y asegurar su cumplimiento y respeto. Si bien la tendencia constitucionalizadora se concreta inicialmente -y por un largo período- en los derechos civiles y políticos, es con el fuerte impulso de la Constitución de México (1917) cuando comienzan a incorporarse los derechos laborales y demás derechos sociales en los textos constitucionales (1). <(1) Por ejemplo, véanse: Enrique Alvarez del Castillo :Los derechos del hombre y del ciudadano; en: Los derechos sociales del pueblo mexicano, Porrúa S.A., México D.F., 1979, pág. 90; Rafael Alburqueque: Reglamentación del trabajo, Santo Domingo, 1983, pág. 12; Miguel Rodríguez Piñero y Bravo Ferrer: El trabajo en la Constitución, en: Cuadernos de Derecho del Trabajo, Sociedad de Estudios Laborales, Madrid, 1978, págs. 17 a la 21; Luis Enrique de la Villa: Panorama de las relaciones laborales en España, TECNOS, 1983, págs. 83 a la 91.>

Existen otros paralelismos, como el reconocimiento y desarrollo de los derechos humanos y laborales en su doble dimensión; individual y colectiva; dimensiones que también resultan inseparables, indivisibles y recíprocamente necesarias.

Son tantas, tan fuertes y tan variadas las relaciones entre el derecho del trabajo y los derechos humanos, así como son tantas y tan complejas las posibles diferencias entre ellos, que resulta osado pretender analizar en su integridad el apasionante tema de lo laboral en el derecho internacional de los derechos humanos, dentro de los márgenes establecidos en cuanto a la extensión de este documento.

En consecuencia nos limitaremos a presentar algunas consideraciones acerca de ese tema. Primeramente ellas se refieren a dos aspectos: cuáles son las materias de naturaleza laboral incorporadas en los tratados internacionales sobre derechos humanos, de nivel universal y regional, y cuáles de esas materias también forman parte de los tratados internacionales del trabajo. Luego, como ambos sistemas normativos internacionales son diferentes, un tercer grupo de consideraciones se refiere a las discrepancias y a las complementariedades que presentan ambas normativas, circunscribiendo el análisis a lo atinente al derecho de sindicación y la libertad sindical.

Junto a los tratados de carácter universal, consideramos sólo a los del ámbito regional americano. Quedan, entonces, sin considerar el riquísimo y tan sugerente derecho regional europeo en materia de derechos humanos y derechos laborales, así como las realidades normativas del Caribe angloparlante, de Africa y de Asia.

I. MATERIAS LABORALES INCORPORADAS EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS.

Siendo el trabajo una manifestación de la actividad humana (1) <(1) El trabajo humano, objeto del Derecho del Trabajo, es uno de los temas de vital importancia en nuestra disciplina. Sobre el particular véanse, por ejemplo, Manuel Alonso Olea y María Emilia Casas Baamonde: Derecho del Trabajo, Undécima edición, revisada. Universidad Complutense, Facultad de Derecho, Madrid, 1989, págs. 27 a la 33; Héctor Hugo Barbagelata: Derecho del Trabajo, Tomo III, Fundación de Cultura Universitaria 1983, págs. 17, 18 y 88 a la 96; Néstor de Buen Lozano: Derecho del Trabajo, Tercera edición, Tomo I, Editorial Porrúa, S.A., México, 1979, págs. 82 y 83; Octavio Bueno Magano: Manual de Direito do Trabalho. Direito Individual de Trabalho, Vol. II, LTR, Sao Paulo, 1981, pág. 221; Baltasar Cavazos Flores: Nueva Ley Federal del Trabajo tematizada y sistematizada, 22a. edición, Trillas, México, D.F., 1988, pág. 23; Carlos Coqueijo Costa: Principios de Direito Processual do Trablaho, LTR, Sao Paulo, 1976, pág. 12; Lupo Hernández Rueda: Manual de Derecho del Trabajo, Tomo I, Instituto de Estudios del Trabajo, Santo Domingo, 1985, págs. 5 a la 8; Julio Martínez VIvot: Los menores y las mujeres en el Derecho del Trabajo, ASTREA, Buenos Aires, 1981, págs. 1 a la 4; Fernando Suárez González: Derecho del Trabajo, Unidad Técnica I, UNED, Facultad de Derecho, Madrid, 1985, págs. 7 a la 13; Antonio Vázquez Vialard: El trabajo humano, Edit. Universitaria de Buenos Aires, 1970, pág. 68.> la preocupación por lo laboral no podía ser ajena al contenido de las normas internacionales sobre derechos humanos de carácter global, como las adoptadas por la Organización de las Naciones Unidas, o regional, como las adoptadas por la Organización de los Estados Americanos.

A. Ambito global

Tres son los textos básicos: La Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Todos revisten el carácter de tratados internacionales y, como tales, están comprendidos en los términos de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969).

a) Declaración Universal de Derechos Humanos

La DUDH (1) <(1) Adoptada y proclamada por la Asamblea General en su resolución 217 A(III) de 10 de diciembre de 1948.> constituye un ideal común. Los derechos y libertades que ella proclama deben ser asegurados por medidas progresivas de carácter nacional e internacional.

La DUDH consagra los siguientes derechos y libertades de contenido laboral:

1. Derecho a la no discriminación (arts. 1, 2.1, 7 y 23.2)

Al respecto señala que todos los seres humanos nacen iguales en dignidad y derechos, por lo que todos los derechos y libertades proclamados en la Declaración se aplican a todas las personas, sin distinción de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición. Se proclama, asimismo, la igualdad ante la ley y el derecho a igual protección de la ley y a igual

protección contra toda discriminación que infrinja la Declaración y contra toda provocación a tal discriminación. También se prohibe la discriminación en el derecho de toda persona a un salario igual por trabajo igual.

2. Libertad de reunión y de asociación pacíficas (arts. 20 y 23.4)

La Declaración consagra tanto el derecho a la libertad de reunión y asociación pacíficas como el derecho a no ser obligado a pertenecer a una asociación. Asimismo proclama el derecho de toda persona a fundar sindicatos y a sindicarse para la defensa de sus intereses.

3. Derecho a la seguridad social (arts. 22 y 25)

Se proclama el derecho de toda persona a la seguridad social y en especial el derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad. Se declara, también que la maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales.

4. Derecho al trabajo libremente elegido (arts. 4 y 23.1)

Junto con prohibirse la esclavitud, la trata de esclavos y la servidumbre, se declara el derecho al trabajo libremente elegido. A tal declaración se une el derecho a la protección contra el desempleo.

5. Derecho a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo (arts. 22, 23.1 y 25.1)

El derecho a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo es proclamado en estrecha relación con el derecho de toda persona a la satisfacción de los derechos indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad, asi como a su derecho a un nivel de vida adecuado para ella y su familia.

6. Derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria (art. 23.3)

Se proclama que la remuneración de toda persona que trabaja debe ser equitativa, satisfactoria y suficiente para asegurarle, junto a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana. En caso necesario, tal remuneración puede ser completada por cualesquiera otros medios de protección social.

7. Derecho al "no trabajo" (art. 24)

Se consagra el derecho de toda persona al descanso, al disfrute del tiempo libre, a una limitación razonable de la duración del trabajo y a vacaciones periódicas pagadas.

8. Derecho a la formación profesional (art. 26.1)

La Declaración señala el derecho de toda persona a la instrucción técnica y profesional, que debe ser generalizada.

b) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

En el PIDCYP(1) <(1) Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966.> se norman los siguientes derechos laborales:

1. Derecho a la no discriminación (arts. 2.1, 3 y 26)

Los Estados Parte deben respetar y garantizar a todos los individuos que se

encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción, los derechos reconocidos en el Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. En forma especial se reitera el compromiso a garantizar a hombres y mujeres la igualdad en el goce de todos los derechos civiles y políticos enunciados en el Pacto. Junto con declarar la igualdad de todas las personas ante la ley, se reconoce el derecho de todas las personas, sin discriminación, a igual protección de la ley, prohibiéndose toda discriminación y garantizando protección igual y efectiva contra cualquier discriminación.

2. Derecho al trabajo libremente elegido (art. 8)

En el Pacto se prohiben la esclavitud, la trata de esclavos y la servidumbre. Se establece, además, que nadie puede ser constreñido a ejecutar un trabajo forzoso u obligatorio. No se consideran como tales: a) el cumplimiento de una pena de trabajos forzados impuesta por un tribunal competente; b) los trabajos o servicios que se exijan normalmente de una persona presa o en libertad condicional, en virtud de una decisión judicial legalmente dictada; c) el servicio militar o el servicio nacional, en su caso; d) el servicio impuesto en caso de calamidad o peligro que amenace la vida o bienestar de la comunidad, y e) el trabajo o servicio que sea parte de las obligaciones cívicas normales.

3. Derecho de reunión (art. 21)

Las restricciones al derecho de reunión pacífica, que sean necesarias en una sociedad democrática, deben ser previstas por la ley y establecidas en interés de la seguridad nacional, de la seguridad o del orden públicos, o en protección de la salud o moral públicas o de los derechos y libertades de los demás.

4. Derecho de asociación (art. 22)

Se reconoce el derecho de toda persona a asociarse libremente con otras, incluyendo el derecho a fundar sindicatos y afiliarse a ellos para la protección de sus intereses. Tal derecho puede ser restringido en las condiciones y por las causas mencionadas tratándose del derecho de reunión pacífica. También se pueden establecer restricciones legales al ejercicio de este derecho tratándose de los miembros de las fuerzas armadas y de la policía. En todo caso, no se autoriza la adopción o aplicación de medidas legislativas que puedan menoscabar las garantías previstas en el Convenio núm. 87 de la OIT (relativo a la libertad sindical y a la protección del derecho de sindicación), por los estados partes de dicho Convenio.

c) Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

En el PIDESC (1) <(1) Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su Resolución 2200 A(XXI), de 16 de diciembre de 1966.> se contemplan los siguientes derechos de contenido laboral:

1. Derecho a la no discriminación (arts. 2.2, 2.3, 3 y 7.a/i)

Aunque los Estados Partes del Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos contemplados en él sin discriminación alguna por motivos de raza,

color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social, se prevé que los países en vías de desarrollo puedan determinar en qué medida garantizarán los derechos económicos reconocidos en el Pacto a personas que no sean nacionales suyos. Tal determinación debe hacerse teniendo debidamente en cuenta los derechos humanos y la economía nacional. En forma expresa el compromiso de los Estados Partes a asegurar a los hombres y a las mujeres igual título a gozar de todos los derechos enunciados en el pacto, particularmente de las mujeres a condiciones de trabajo no inferiores a las de los hombres, con salario igual por trabajo igual.

2. Derecho al trabajo (art. 6.1)

El derecho al trabajo comprende la facultad de toda persona de tener un trabajo libremente escogido o aceptado y, a la vez, la obligación de los Estados Partes de adoptar medidas adecuadas para garantizar tal derecho. Entre esas medidas -que deben garantizar las libertades políticas y económicas fundamentales de la persona humana- deben figurar la orientación y formación técnico profesional así como la preparación de programas, normas y técnicas para conseguir un desarrollo económico, social y cultural constante junto con la ocupación plena y productiva.

3. Derecho a condiciones adecuadas de trabajo y de vida (arts. 7 y 11.1)

En el Pacto se reconoce el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias, así como a un nivel de vida adecuado para sí y su familia y a una mejora contínua de las condiciones de existencia.

4. Derecho a una remuneración apropiada (art. 7.a.i-ii)

El derecho a una remuneración apropiada forma parte del derecho a condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias. Es apropiada la que proporciona, como mínimo, tanto un salario equitativo e igual por trabajo de igual valor, como condiciones de existencia dignas para el trabajador y su familia.

5. Derecho a la promoción (art. 7.c)

Se asegura la igualdad de oportunidades para ser promovido en su trabajo, sin más consideraciones que los factores de tiempo de servicio y capacidad.

6. Derecho a la seguridad social (arts. 9 y 10.2)

Se reconoce el derecho de toda persona a la seguridad social, incluyendo al seguro social. Tal derecho se extiende, en especial, a las madres trabajadoras.

7. Derecho a la protección a la maternidad (art. 10.2)

Se consagra el derecho a una protección especial durante un período razonable antes y después del parto, que incluye el derecho a una licencia remunerada o con prestaciones adecuadas de seguridad social.

8. Derecho a la protección de la niñez y adolescencia (art. 10.3)

Las medidas especiales de protección y asistencia deben favorecer a todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna. En particular se les debe proteger contra la explotación económica y social y se debe sancionar legalmen-

te su empleo en trabajos nocivos para su moral y salud o en los que peligre su vida o se corra el riesgo de perjudicar su desarrollo normal.

9. Edad mínima (art. 10.3)

Se debe sancionar el empleo a sueldo de mano de obra infantil por debajo de ciertos límites de edad legalmente establecidos.

10. Derecho a la seguridad e higiene en el trabajo (arts. 7.b, 10.3 y 12.b)

Junto con reconocer el derecho a la seguridad e higiene en el trabajo, señalando en especial el caso de los niños y adolescentes, el Pacto establece la obligación de los Estados Partes de adoptar las medidas apropiadas para el mejoramiento de la higiene del trabajo y del medio ambiente, en todos sus aspectos.

11. Derecho atinentes a las enfermedades profesionales (art. 12.c)

Se consagran los derechos a la prevención y tratamiento de las enfermedades profesionales.

12. Derechos a la orientación y formación profesionales (art. 6 y 13.2.b)

La orientación y formación profesionales son reconocidos como derechos habilitantes para el ejercicio del derecho al trabajo libremente escogido o aceptado. Paralelamente se reconoce el derecho a la enseñanza secundaria, técnica y profesional generalizada y accesible a todos.

13. Derecho al "no trabajo" (art. 7.d)

Se reconocen los derechos al descanso, al disfrute del tiempo libre, a la limitación razonable de las horas de trabajo, a las vacaciones periódicas pagadas y a la remuneración de los días festivos.

14. Derecho de asociación sindical (art. 8.1.a.b y c.8.2 y 8.3)

Los Estados Partes deben garantizar el derecho de toda persona a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección, para promover sus intereses económicos y sociales, con sujeción únicamente a los estatutos de la organización. También se debe garantizar el derecho de los sindicatos a funcionar sin obstáculos. El ejercicio de ambos derechos puede ser restringido por ley si las limitaciones son necesarias en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional o del orden público, o para proteger los derechos y libertades ajenos. el Pacto reconoce, además, el derecho de los sindicatos a formar federaciones y confederaciones nacionales y el de éstas a fundar organizaciones sindicales internacionales o a afiliarse a ellas. La ley puede restringir el ejercicio de todos estos derechos por los miembros de las fuerzas armadas, de la policía o de la administración del Estado. No obstante, los estados Partes del Convenio núm. 87 de la OIT -relativo a la libertad sindical y a la protección del derecho de sindicación- no están autorizados para adoptar o aplicar medidas legislativas que menoscaben las garantías previstas en dicho Convenio.

15. Derecho de huelga (art. 8.d)

Se reconoce el derecho de huelga ejercido de conformidad con las leyes de cada país. La ley puede restringir el ejercicio de este derecho por los miembros de las fuerzas armadas, de la policía o de la administración del Estado. Los Estados

Partes del convenio núm. 87 de la OIT, no están autorizados a adoptar medidas legislativas que menoscaben las garantías previstas en ese convenio o a aplicar la ley en forma que menoscabe esas garantías.

B. Ambito regional americano

Los principios universales sobre derechos humanos en materia laboral tienen una expresión regional en la Convención Americana sobre Derechos Humanos(CADH)(1)<(1) Conocida, también, como "Pacto de San José de Costa Rica". Fue adoptada el 22 de noviembre de 1969.> Algunos están contenidos en el texto de la Convención. Otros son regulados en la Carta de la Organización de los Estados Americanos (C-OEA) (2) <(2) Aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana (Bogotá), 1948 y reformada en 1967 por la Tercera Conferencia Interamericana Extraordinaria (Buenos Aires).> y en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (DADDH) (3) <(3) Aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana (Bogotá), 1948.>, textos a los que se remiten los artículos 26 y 29 de la CADH. Los derechos humanos en materia laboral señalados en esos tres instrumentos son:

1. Derecho a la no discriminación (CADH: arts. 1.1 y 24; C-OEA:art. 43.a; DADDH: art. II)

Se garantiza el libre y pleno ejercicio de los derechos y libertades, sin discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional y social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. En consecuencia, todos los seres humanos son iguales ante la ley y tienen derecho al bienestar material y a su desarrollo espiritual, en condiciones de libertad, dignidad, igualdad de oportunidades y seguridad económica.

2. Prohibición del trabajo forzoso (CADH:art. 6; DADDH: art. XXIV)

Se prohiben la esclavitud y trata de esclavos, la servidumbre y el trabajo forzoso u obligatorio. Sin embargo éste procede si es impuesto por juez o tribunal competente en virtud de una ley que permite establecerlo acompañando una pena privativa de la libertad. No constituyen trabajos forzosos u obligatorios los trabajos o servicios normalmente exigidos a una persona recluída en cumplimiento de una sentencia o resolución judicial competente; en tales casos los trabajos o servicios deben realizarse bajo la vigilancia y control de las autoridades públicas y quienes los efectúen no pueden ser puestos a disposición de particulares, compañías o personas jurídicas de carácter privado. Tampoco se consideran trabajos forzosos u obligatorios al servicio militar o servicio nacional -en su caso-al servicio impuesto en casos de peligro o calamidad que amenace la existencia o el bienestar de la comunidad y el trabajo o servicio que forme parte de las obligaciones cívicas normales. Este enunciado es reforzado por el establecimiento del deber de toda persona hábil de "prestar los servicios civiles y militares que la patria requiere para su defensa y conservación".

3. Derecho al trabajo (C-OEA: art. 31.g y 43.b; DADDH: arts. XIV y XXXVIII)

Se reconoce a toda persona el derecho al trabajo en condiciones dignas y a seguir libremente su vocación, en cuanto lo permitan las oportunidades existentes de empleo. Al mismo tiempo se declara que toda persona tiene el deber de trabajar, dentro de su capacidad y posibilidades, para obtener recursos para su subsistencia o en beneficio de la comunidad. El trabajo, como derecho y deber social, debe prestarse en condiciones que aseguren la vida, la salud y el nivel económico decoroso para el trabajador y su familia, tanto en sus años de trabajo como en su vejez, o cuando cualquier circunstancia lo prive de la posibilidad de trabajar. Para asegurar el derecho al trabajo, los Estados Miembros de la OEA se comprometen a dedicar sus máximos esfuerzos para el logro de mayores oportunidades de empleo.

4. Derecho a un salario justo (C-OEA: arts. 31.g y 43.b; DADDH: art. XIV)

Se reconoce el derecho de toda persona a recibir una remuneración o salario que, en relación con su capacidad y destreza, asegure a ella y a su familia un nivel de vida conveniente.

5. Derecho al "no trabajo" (DADDH: art. XV)

Se establece el derecho de toda persona al descanso, a la honesta recreación y a la oportunidad de emplear útilmente el tiempo libre, para su mejoramiento espiritual, cultural y físico.

6. Derecho a la formación profesional (DADDH: art. XII)

Se consagra el derecho de toda persona a recibir una educación que le capacite para lograr una digna subsistencia, el mejoramiento del nivel de vida y para ser útil a la sociedad.

7. Derecho a la seguridad social (C-OEA: art. 43.h; DADDH: arts. XVI y XXV)

Se reconoce el derecho a una política eficiente de seguridad social así como el derecho de toda persona a la seguridad social que le proteja contra las consecuencias de la desocupación, vejez e incapacidad derivadas de causas ajenas a su voluntad y que le incapaciten física o mentalmente para obtener los medios de subsistencia. A la vez se establece el deber de toda persona de cooperar con el Estado y con la comunidad en la asistencia y seguridad sociales, de conformidad con sus posibilidades y con las circunstancias.

8. Derecho de reunión (CADH: art. 15; DADDH: art. XXI)

Junto con reconocerse el derecho de reunión pacífica y sin armas -en manifestación pública o en asamblea transitoria, en relación con intereses comunes- se establece que su ejercicio sólo puede ser legalmente sujeto a las restricciones que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad o del orden públicos, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos de los demás.

9. Derecho de sindicación (CADH: art. 16; C-OEA: art. 43.c y g; DADDH: art. XXII)

Luego de reconocer el derecho de toda persona a asociarse libremente con otras para promover, ejercer y proteger sus intereses sindicales y laborales, si el

ejercicio de este derecho sólo puede estar sujeto a las restricciones legalmente establecidas que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad o del orden públicos, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás. Lo expresado no impide que por ley se restrinja o se prive del ejercicio de este derecho a los miembros de las fuerzas armadas y de la policía. En forma explícita se reconoce el derecho de sindicación a los empleadores y a los trabajadores, tanto urbanos como rurales, la personería jurídica de las asociaciones y la protección de su libertad e independencia, de conformidad con la legislación correspondiente. A la vez se reconoce la importancia de la contribución de los sindicatos a la vida de la sociedad y al proceso de desarrollo.

10. Derecho a la negociación colectiva (C-OEA:art. 43.c)

Se reconoce que el derecho a asociarse libremente para la promoción y defensa de los intereses comunes, incluye el derecho de negociación colectiva por parte de los trabajadores, de conformidad con la legislación respectiva.

11. Derecho de huelga (C-OEA: art. 43.c)

También se reconoce el derecho de huelga de los trabajadores, de conformidad con la legislación respectiva. El derecho de huelga es anexo a sus derechos de sindicación y de negociación colectiva.

12. Derecho de petición (DADDH: art. XXIV)

Se establece el derecho de toda persona a presentar peticiones respetuosas a cualquier autoridad competente, por motivos de interés general o particular. También se reconoce su derecho a obtener pronta resolución.

13. Derechos de consuslta, colaboración y participación (C-OEA: art. 43.d y f)

Se establece el derecho al establecimiento y funcionamiento de mecanismos, sistemas y procedimientos de consulta, colaboración y partición de los sectores de la producción -y entre ellos- así como de otros sectores sociales urbanos y rurales en la vida económica, social, cultural y política de la nación, para lograr la plena integración de la comunidad nacional, el aceleramiento del proceso de movilidad social y la consolidación del régimen democrático.

14. Derecho a la asistencia legal (C-OEA: art. 43.i)

Se establece el derecho de toda persona a tener la debida asistencia legal para hacer valer sus derechos.

15. Derecho al funcionamiento apropiado de la administración pública (C-OEA:art. 43.e)

Se expresa el derecho a que los sistemas de administración pública, en armonía con el sector privado, funcionen dando respuesta a los requerimientos e intereses de la comunidad. Este derecho guarda relación con la administración pública de trabajo.

II. LOS DERECHOS HUMANOS EN EL DERECHO INTERNACIONAL DEL TRABAJO

El derecho internacional del trabajo, de carácter universal, tiene como fuente principal a las normas originadas dentro de los cauces internacionales de la OIT. Ellas están contenidas principalmente en su Constitución, en sus Convenios y Recomendaciones, en sus Resoluciones adoptadas por la Conferencia Internacional del Trabajo, y en sus resoluciones y conclusiones adoptadas en reuniones de naturaleza sectorial, técnica o regional. Consideraremos sólo las dos primeras fuentes mencionadas.

A. Constitución de la OIT

Sus normas de fondo, esto es, las que establecen principios y declaraciones generales, cumplen, por lo menos, dos funciones trascendentales. De una parte, inspiran y orientan las actividades normativas y las actividades prácticas de la OIT; en cierta medida equivalen a una declaración de principios, a un enunciado ideológico. De otra parte, son fuente directa de derecho internacional, ya que imponen a los Estados Miembros la obligación de respetarlas y darles cumplimiento por el sólo hecho de formar parte de la Constitución del organismo internacional al que han ingresado.

Las normas de fondo están contenidas en el Preámbulo de la Constitución y en la Declaración de Filadelfia. Ambas constituyen el programa de acción de la OIT (1). <(1) Art. 1 de la Constitución de la OIT.> El Preámbulo abarca las siguientes declaraciones básicas: a) la paz universal y permanente sólo puede basarse en la justicia social; b) la injusticia, miseria y privaciones derivadas de condiciones de trabajo inapropiadas constituyen una amenaza para la paz y la armonía universales; c) la no adopción de un régimen realmente humano en una nación, constituye un obstáculo a los esfuerzos de otras naciones que desean establecerlo; d) la creación de la Organización Internacional del Trabajo obedece a sentimientos de justicia y humanidad y al deseo de asegurar la paz permanente en el mundo; e) la urgencia en mejorar lo concerniente a la reglamentación de las horas de trabajo; la contratación de la mano de obra; la lucha contra el desempleo; la garantía de un salario vital adecuado; la protección del trabajador contra las enfermedades -aún las no profesionales- y los accidentes del trabajo; la protección de los niños, los adolescentes y las mujeres; las pensiones de vejez y de invalidez; la protección de los migrantes; el reconocimiento del principio de salario igual por un trabajo de igual valor; el reconocimiento del principio de libertad sindical; la organización de la enseñanza profesional y técnica, y la adopción de otras medidas análogas. A su vez, en la Declaración de Filadelfia se reafirman los siguientes principios fundamentales: a) el trabajo no es una mercancía; b) la libertad de expresión y de asociación es esencial para el progreso constante; c) la pobreza, en cualquier lugar, constituye un peligro para la prosperidad de todos; d) la lucha contra la necesidad debe proseguirse con incesante energía dentro de cada nación y mediante un esfuerzo internacional, continuo y concentrado, en el cual los representantes de los trabajadores y de los

empleadores, colaborando en un pie de igualdad con los representantes de los gobiernos, participen en discusiones libres y en decisiones de carácter democrático, a fin de promover el bienestar común; e) todos los seres humanos, sin distinción de raza, credo o sexo, tienen derecho a perseguir su bienestar material y su desarrollo espiritual en condiciones de libertad y dignidad, de seguridad económica y en igualdad de oportunidades; f) el logro de las condiciones que permitan llegar a este resultado debe constituir el propósito central de la política nacional e internacional; g) cualquier política y medida de índole nacional e internacional, particularmente de carácter económico y financiero, deben juzgarse desde este punto de vista y aceptarse solamente cuando favorezcan, y no entorpezcan, el cumplimiento de este objetivo fundamental. La OIT debe examinar y considerar cualquier programa o medida internacional de carácter económico y financiero teniendo en cuenta este objetivo fundamental; h) al cumplir las tareas que se le confíen, la OIT puede incluir, en sus decisiones y recomendaciones, cualquier disposición que considere apropiada, teniendo en cuenta todos los factores económicos y financieros pertinentes; i) el logro del pleno empleo y la elevación del nivel de vida; j) el empleo de trabajadores en ocupaciones en que puedan tener la satisfacción de utilizar en la mejor forma posible sus habilidades y conocimientos y de contribuir al máximo al bienestar común. Para lograr este fin y con garantías adecuadas para todos los interesados, se deben conceder oportunidades de formación profesional y medios para el traslado de trabajadores, incluídas las migraciones de mano de obra y de colonos; k) la adopción, en materia de salarios y ganancias y de horas y otras condiciones de trabajo, de medidas destinadas a garantizar a todos una justa distribución de los frutos del progreso y un salario mínimo vital para todos los que tengan empleo y necesiten esta clase de protección; l) el logro del reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva, la cooperación de empleadores y de trabajadores para mejorar continuamente la eficiencia en la producción, y la colaboración de trabajadores y empleadores en la preparación y aplicación de medidas sociales y económicas; m) la extensión de las medidas de seguridad social para garantizar ingresos básicos a quienes los necesiten y prestar asistencia médica completa; n) la protección adecuada de la vida y la salud de los trabajadores en todas las ocupaciones; ñ) la protección a la infancia y a la maternidad; o) el suministro de alimentos, vivienda y medios de recreo y cultura adecuados; p) la garantía de iguales oportunidades educativas y profesionales; q) la utilización más completa y amplia de los recursos productivos del mundo, necesaria para el cumplimiento de los objetivos enunciados en esta Declaración, puede obtenerse mediante una acción eficaz en el ámbito internacional y nacional, que incluya medidas para aumentar la producción y el consumo, evitar fluctuaciones económicas graves, realizar el progreso económico y social de las regiones menos desarrolladas, asegurar mayor estabilidad de los precios mundiales de materias primas y productos alimenticios básicos y fomentar un comercio

internacional de considerable y constante volumen, ofrece la entera colaboración de la Organización Internacional del Trabajo a todos los organismos internacionales a los que pudiere confiarse parte de la responsabilidad en esta gran tarea, así como en el mejoramiento de la salud, de la educación y del bienestar de todos los pueblos, y, r) los principios enunciados en la Declaración de Filadelfia son plenamente aplicables a todos los pueblos, y que si bien en las modalidades de su aplicación hay que tener debidamente en cuenta el grado de desarrollo social y económico de cada pueblo, su aplicación progresiva a los pueblos que todavía son dependientes y a los que ya han llegado a gobernarse por sí mismos interesa a todo el mundo civilizado.

Los principios y declaraciones recordados ponen de manifiesto que -aun cuando ellos no se presentan con una denominación explícita que lo califique como derechos humanos- no cabe la menor duda que no sólo son expresión de esos derechos sino que, además, por la época en que fueron formulados, han precedido y -por lo tanto- servido de fuente de inspiración y de orientación a los principios y declaraciones luego incorporados en la normativa internacional referida a esos derechos.

B. Convenios y Recomendaciones de la OIT

Mientras los Convenios de la OIT crean obligaciones internacionales para los Estados Miembros que los ratifican, las Recomendaciones -como su nombre lo indica- están destinadas a orientar las políticas nacionales de trabajo y las correspondientes actividades de los sectores gubernamentales, de empleadores y de trabajadores. En sus respectivos ámbitos, ambas modalidades normativas son de gran importancia teórica y práctica.

Aunque resulta tan atractivo detenerse a considerar, entre otros aspectos, la naturaleza jurídica de los Convenios de la OIT, sus características, su proceso de formación, su eficacia jurídica e incorporación en los sistemas normativos nacionales y las grandes orientaciones de la política normativa internacional del trabajo, sólo consideraremos, en los párrafos siguientes, lo concerniente al contenido de los Convenios en relación con las materias laborales incorporadas en los textos normativos internacionales sobre derechos humanos. En el Anexo No. 1 presentamos los principales Convenios y Recomendaciones de la OIT que se relacionan directamente con las materias laborales contenidas en los textos de Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

En 1979 el Consejo de Administración de la OIT aprobó una clasificación de los Convenios y Recomendaciones, preparada por un Grupo de Trabajo establecido por su Comisión de Programa, Presupuesto y Administración. En marzo de 1987 el Consejo aprobó la clasificación revisada de esas normas internacionales, preparada por un Grupo de trabajo designado por él. En ambas ocasiones se acordó incluir en la Categoría 1 (Instrumentos existentes que deberían promoverse con prioridad) a los que forman parte del tema "derechos humanos fundamentales", denominación que reemplazó a la utilizada en 1979 (derechos

humanos básicos). Con esta denominación se incluye a los Convenios sobre libertad sindical núms. 87, 98, 135, 141 y 151; las Recomendaciones sobre la misma materia núms. 143, 149 y 159; los Convenios sobre trabajo forzoso núms. 29 y 105; los Convenios sobre discriminación núms. 100 y 111 y las Recomendaciones núms. 90 y 111 (1). <(1) Véanse, Oficina Internacional del Trabajo: Informe final del Grupo de Trabajo sobre Normas Internacionales del Trabajo; Boletín Oficial, Número Especial: Vol. LXII, 1979, Serie A, y Oficina Internacional del Trabajo; Informe del Grupo de Trabajo sobre Normas Internacionales del Trabajo; Boletín Oficial, Número Especial: Vol. LXX, 1987, Serie A.> Esos Convenios y Recomendaciones -al igual que los otros textos normativos incorporados en la Categoría 1 -han sido calificados como normas cuya ratificación y aplicación debe constituir un objetivo de la política social (2). <(2) En la misma Categoría 1 fueron incluídos otros 85 Convenios y 73 Recomendaciones acerca de la política del empleo y desarrollo de los recursos humanos; relaciones de trabajo; condiciones generales de empleo; seguridad e higiene y bienestar; menores; trabajadoras; trabajadores de edad; seguridad social; trabajadores migrantes; personal de enfermería; gente de mar; trabajadores portuarios; poblaciones indígenas y tribuales; plantaciones; administración del trabajo y política social.> En el Anexo No. 2 presentamos un cuadro con los Convenios sobre "derechos humanos fundamentales" de la OIT, ratificados por los países de la comunidad iberoamericana.

Las normas de la OIT incorporadas dentro del epígrafe "derechos humanos fundamentales" son sólo una parte del total de las normas referidas a los derechos humanos fundamentales. De otra parte, la enumeración resulta restrictiva si se la compara con el enunciado de las materias laborales contenidas en las normas del derecho Internacional de los Derechos Humanos. Si bien puede sostenerse que el adjetivo "fundamentales" estaría significando que todas -o la gran mayoría- de las normas de la OIT definen, desarrollan y aseguran derechos humanos de carácter laboral y que algunas tienen el carácter de fundamentales, no es menos cierto que resulta dudosa la conveniencia de pretender dividir y señalar diversas categorías de importancia a las normas sobre derechos humanos. Tal afirmación se fortalece si se tienen presente que éstos son indivisibles, interdependientes y de igual nivel. Entre las normas emanadas de una misma fuente y entre normas de diverso origen, existen variadas interrelaciones. Así, por ejemplo, la libertad sindical sólo es posible en un marco de libertades civiles y políticas, entre ellas, el derecho a la libertad y seguridad de la persona, las libertades de opinión y de expresión, el derecho de reunión y el derecho a procesos regulares a cargo de tribunales independientes e imparciales (1). <(1) La Resolución de la Conferencia Internacional del Trabajo, adoptada en su Reunión 55a. (1970), sobre los derechos sindicales y su relación con las libertades civiles, puso de manifiesto tal interrelación.>

III. DISCREPANCIAS Y COMPLEMENTARIEDADES: EL CASO DEL DERECHO DE SINDICACION.

Al emanar de distintas fuentes y pertenecer a sistemas normativos que obedecen a propósitos diferentes, es posible la existencia de discrepancias de las normas internacionales sobre derechos humanos en materia laboral entre sí y en relación con las normas internacionales del trabajo. Esas posibles discrepancias resultan potenciadas si no existen, o no funcionan apropiadamente, mecanismos de coordinación entre los organismos encargados de la preparación y supervisión de las correspondientes normas. Las diferencias también reconocen un origen histórico: mientras los derechos humanos -en su expresión de derechos civiles y políticos- son recogidos en los ordenamientos nacionales con mucha anticipación a la consagración de los derechos del trabajo, éstos fueron objeto (a partir de la creación de la OIT en 1919) de un desarrollo internacional que precedió largamente a la internacionalización de los derechos humanos.

Para resolver las posibles discrepancias, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (art. 53) y la Carta de las Naciones Unidas (art. 103) acogen la tesis de la superioridad jerárquica, en virtud de la cual las normas imperativas de "derecho internacional general" prevalecen sobre las de menor rango. Así por ejemplo, la Constitución de la OIT tiene un rango superior al de los Convenios.

Un segundo principio, el de precedencia cronológica de la norma, tiene aplicación en cuanto la norma más actual substituye a la precedente, lo que ocurre, por ejemplo, con los textos revisados de los tratados, incluyendo a los Convenios de la OIT.

Un tercer principio se relaciona con el carácter general o especial de la norma. En su virtud la norma especial prevalece sobre la de carácter general si ambas son de igual jerarquía.

El cuarto principio, propio del Derecho del Trabajo, e inspirado en el principio protector que lo caracteriza, hace prevalecer la norma más favorable, extendiendo al campo internacional uno de los principios básicos de ese Derecho (1). <(1) Véanse, por ejemplo, Rafael Caldera Rodríguez: Derecho del Trabajo, segunda edición, El Ateneo, Buenos Aires, 1979, págs. 66 a la 68; Arturo Hoyos: Derecho Panameño del Trabajo, Vol. I, Panamá, 1982, pág. 47; Alfredo Montoya Melgar: Derecho del Trabajo, quinta edición, TECNOS, Madrid, 1984, págs. 33 a la 40; Antonio Ojeda Avilés: Derechco sindical, cuarta edición, TECNOS, Madrid, 1980, págs. 537 a la 557: Américo Plá Rodríguez: Los principios del Derecho del Trabajo. 2a. edición actualizada. Depalma, Buenos Aires, 1978, págs. 23 a la 66; y Mozart Víctor Russomano; Curso de Direito do Trabalho, Río de Janeiro, 1972.> En consecuencia, si existen discrepancias entre normas internacionales, prevalece la que otorga más protección. Si la discrepancia no se origina en cuanto al grado de la protección sino que surge en torno a los mecanismos y

procedimientos de protección -o en relación con ambos aspectos- el conflicto es mayor y mayores, también, son las dificultades para resolverlo. Al respecto cabría aplicar el art. 33 de la Carta de las Naciones Unidas -si procede- y los arts. 65 y 66 del Anexo de la Convención de Viena, que contemplan procedimientos de negociación, conciliación, arbitraje o arreglo judicial (2). <(2) Nicolás Valticos: Derecho Internacional del Trabajo, Editorial TECNOS, Madrid, 1977, págs. 185 y 186.>

Por cierto, las discrepancias surgen cuando el Estado ha ratificado los textos normativos internacionales correspondientes y, por lo tanto, esté obligado a respetarlos.

La aparición efectiva de conflictos entre normas de distintas fuentes ha sido mitigada por la existencia de canales de comunicación interinstitucional y, también, debido a ciertas previsiones adoptadas en los correspondientes tratados, según lo señalamos en párrafos posteriores. Sobre el particular se destaca lo establecido en el PIDCYP y en el PIDESC (arts. 22.3 y 8.3, respectivamente). Existe una tendencia cada vez más creciente para ampliar las relaciones de complementariedad entre las diversas normativas y, de esa manera, disminuir las posibilidades de conflictos y multiplicar la efectividad de las normas de derechos humanos, indistintamente de su origen (3). <(3) Véanse, por ejemplo, Conferencia Internacional del Trabajo (75a. Reunión, 1988) : Los derechos humanos: responsabilidad de todos. Memoria del Director General, OIT, Ginebra 1988, págs. 69 Y 70.

Como casos recientes que confirman la tendencia hacia la complementariedad, se puede señalar que la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, en su 46o. período de sesiones (enero a marzo de 1990) adoptó la Resolución 1990-16, referida a los derechos sindicales. En ella invita a los Estados Miembros a ratificar y aplicar plenamente los Convenios 87 y 98 de la OIT. Dicha Comisión también adoptó las resoluciones 1990-15 (Los derechos humanos y la extrema pobreza) y 1990-24 (Consecuencias de las políticas de ajuste económico originadas con la deuda externa en el goce efectivo de los derechos humanos,especialmente en la aplicación de la declaración sobre el derecho al desarrollo). Ambas resoluciones se relacionan con el Convenio 122 de la OIT, sobre la política del empleo. De otra parte, la recientemente adoptada Convención sobre los Derechos del Niño (noviembre de 1989) contiene diversas normas sobre materias laborales, elaboradas con el aporte de la OIT.

A modo de ejemplo, analizamos a continuación las situaciones de discrepancia y de complementariedad existentes en las normas de derechos humanos y laborales sobre el derechos de sindicación. El análisis comprende las limitaciones al alcance y al ejercicio de ese derecho, establecidas en las normas universales y regionales sobre derechos humanos y en las normas de la OIT. El análisis abarca las restricciones propiamente tales así como los principios y reglas de hermenéutica. También el análisis se refiere a los organismos y procedimientos de control

de aplicación de las correspondientes normas, en los ámbitos global y regional.

A. Limitaciones al Alcance y al Ejercicio de los Derechos Humanos de Carácter Laboral

En los textos normativos de los derechos humanos de carácter laboral se establecen diversas limitaciones, tanto en lo que concierne a su alcance como en lo relacionado con su ejercicio.

Las limitaciones consisten en restricciones propiamente tales y en reducciones derivativas de las interpretaciones a que pueden dar lugar.

Las restricciones son de carácter general o específicamente referidas a ciertas materias, personas, categorías profesionales o sectores de actividad. Ellas están señaladas expresamente o bien pueden ser una consecuencia de la dificultad para identificar con claridad al derecho y su sujeto, como consecuencia de una formulación poco precisa.

Las interpretaciones, a su vez, pueden dar origen a limitaciones si, en la práctica, coartan libertades y derechos humanos. Por cierto, los riesgos son mayores en la medida en que esas libertades y derechos no son apropiadamente definidos o se les sujeta a condiciones que generan o facilitan interpretaciones limitativas.

a) Declaración Universal de Derechos Humanos

En su artículo 20, la DUDH reconoce el derecho de asociación pacífica en forma general, en sus manifestaciones de libertad positiva de asociación (toda persona tiene derecho a) y negativa (nadie podrá ser obligado a). Las limitaciones son igualmente concebidas en forma general y se fundamentan en los deberes de toda persona respecto de la comunidad, único ambiente en que puede desarrollar libre y plenamente su personalidad. Ellas deben ser establecidas por la ley y tener como objetivo: a) asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y b) satisfacser las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática (1). <(1) DUDH, art. 29>

Para la interpretación de la norma declarativa y de la restrictiva, el artículo 30 de la DUDH señala que nada de lo establecido en ella puede interpretarse en forma que suprima cualquiera de los derechos y libertades allí proclamados.

b) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

El PIDCYP, en su artículo 22.1, reconoce el derecho de sindicación sólo en su manifestación positiva, al reconocer el derecho de toda persona a fundar sindicatos y a afiliarse a ellos para la protección de sus intereses.

Tal derecho puede ser objeto de restricciones generales y específicas. Las primeras están previstas en el artículo 4.1 del Pacto, que permite a los Estados Partes -en la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación- suspender las obligaciones contraídas en virtud del mismo. La suspensión no debe entrañar "discriminación alguna fundada únicamente en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social". Tampoco debe ser incompatible con las demás obligaciones que el derecho internacional imponga a los Estados Partes

del Pacto.
Las restricciones específicas al ejercicio del derecho de sindicación están autorizadas en el artículo 22.2 del Pacto. Ellas deben ser establecidas por ley y deben ser necesarias en una sociedad democrática: a) en interés de la seguridad nacional, de la seguridad pública o del orden público; b) para proteger la salud o la moralidad públicas, o c) para proteger los derechos y libertades de los demás. También se autoriza restringir el ejercicio de este derecho a los miembros de las fuerzas armadas y de la policía.
Para la interpretación de éstas y de las demás normas del Pacto, existen tres reglas. En la primera (art. 5.1), se dispone que ninguna disposición del Pacto puede ser interpretada en forma que destruya cualquiera de los derechos y libertades en él reconocidos o que los limite en mayor medida que la prevista en él. En la segunda regla (art. 5.2), se dispone que no se pueden restringir o menoscabar "los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un Estado Parte" -legal, convencional, reglamentaria o consuetudinariamente- por la circunstancia de que el Pacto "no los reconoce o los reconoce en menor grado". La tercera regla (art. 46), señala que ninguna disposición del Pacto debe interpretarse "en menoscabo de las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas o de las constituciones de los organismos internacionales que definen las atribuciones de los diversos órganos de las Naciones Unidas y de los organismos especializados", en cuanto a las materias a que se refiere el Pacto.
Esta última regla se relaciona estrechamente con lo dispuesto en el art. 22.3 del Pacto, que dispone que las restricciones permitidas en el numeral anterior de ese artículo no autorizan a los Estados Partes del Convenio núm. 87 de la OIT "a adoptar medidas legislativas que puedan menoscabar esas garantías". Tal norma constituye una extensión de lo consagrado en el art. 4.1 del Pacto, que establece-como una de las fronteras a las restricciones allí permitidas- el respeto a "las demás obligaciones que les impone el derecho internacional".
Los resguardos recién recordados, junto con establecer garantías más sólidas al derecho de sindicación, regulan la coexistencia de las normas sobre sindicación contenidas en el Pacto con las que forman parte de la amplia normativa que sobre esta materia ha emanado de la OIT.
c) Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
Estas materias son tratadas en forma similar en el PIDESC, aunque existen formulaciones que no sólo reflejan diferencias semánticas sino que establecen cambios substantivos entre ambos Pactos.
El derecho de sindicación es objeto de un tratamiento más desarrollado y es formulado en su expresión positiva: "el derecho de toda persona a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección, con sujeción únicamente a los estatutos de la organización correspondiente, para promover y proteger sus intereses económicos y sociales" (Art. 8.1). Adicionalmente, en el mismo artículo se reconoce el derecho de los sindicatos a formar federaciones o confederaciones

nacionales y el de éstas a fundar organizaciones sindicales internacionales o a afiliarse a las mismas. Al parecer, el derecho de afiliación no se extiende a los sindicatos respecto de las federaciones y confederaciones nacionales ya formadas. También se reconocen el derecho de los sindicatos a funcionar sin obstáculos y el derecho de huelga.

Respecto de estos derechos, el Pacto reconoce la procedencia de restricciones de carácter general y especial. Las primeras deben ser determinadas por ley, compatibles con la naturaleza de los derechos garantizados en el Pacto, y, destinadas a promover el bienestar general en una sociedad democrática (art. 4to.)

Las restricciones específicas están indicadas en el art. 8.1 del Pacto. En su virtud, los Estados Partes pueden establecer, por ley, las restricciones que sean necesarias en una sociedad democrática en atención al interés de la seguridad nacional o del orden público, o a la protección de los derechos y libertades ajenos.

Otras restricciones específicas se relacionan con materias determinadas (el derecho de huelga debe ser ejercido "de conformidad con las leyes de cada país": art. 8.1.d), o con categorías profesionales (el ejercicio de los derechos reconocidos en el art. 8 del Pacto, puede ser objeto de restricciones legales respecto de los miembros de las fuerzas armadas, de la policía o de la administración del Estado: art. 8.2).

Las normas del Pacto, incluídas las que regulan las restricciones mencionadas, están sujetas a las siguientes reglas de interpretación: a) ninguna disposición puede ser interpretada en forma tal que destruya cualquiera de los derechos y libertades en él reconocidos, o que los limite en mayor medida que la prevista en él (art. 5.1); (b) ningún derecho humano fundamental reconocido o vigente en un país en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, puede ser objeto de restricciones o menoscabo, pretextándose de que el PIDESC no los reconoce o los reconoce en menor grado (art. 5.2); (c) ninguna disposición del Pacto debe "interpretarse en menoscabo de la Carta de las Naciones Unidas o de las constituciones de los organismos especializados que definen las atribuciones de los diversos órganos de las Naciones Unidas y de los organismos especializados en cuanto a las materias a que se refiere el Pacto (art. 24), y (d) lo dispuesto en el art. 8 del PIDESC no autoriza a los Estados Partes en el Convenio núm. 87 de la OIT, "a adoptar medidas legislativas que menoscaben las garantías previstas en dicho Convenio o a aplicar la ley en forma que menoscabe dichas garantías" (art. 8.3).

d) Organización Internacional del Trabajo

Para el estudio de esta materia en el campo de las normas de la OIT, concentraremos el análisis en lo dispuesto en los Convenios núms. 87 y 98. El primero señala con precisión el contenido de la libertad sindical y protege el derecho de sindicación de los trabajadores y de los empleadores frente al Estado. A su vez, el Convenio núm. 98 protege a los trabajadores frente a los actos de discrimina-

ción antisindical de los empleadores y a las organizaciones de trabajadores y de empleadores contra los actos de injerencia recíproca. Asimismo, promueve el pleno desarrollo y uso de procedimientos de negociación voluntaria para reglamentar las condiciones de empleo.

El art. 8 del Convenio núm. 87 establece una restricción de carácter general, al señalar que tanto los trabajadores como los empleadores y sus organizaciones respectivas deben ejercer sus derechos respetando la legalidad, al igual que las demás personas y las colectividades organizadas. A su vez, la legislación nacional no debe menoscabar ni ser aplicada de manera que menoscabe las garantías previstas en el Convenio.

Ambos Convenios contienen una norma que posibilita el establecimiento de una restricción específica referida a las fuerzas armadas y a la policía. En virtud de ellas, corresponde a la legislación nacional determinar hasta qué punto se aplicarán a esas entidades las garantías previstas en dichos convenios (art. 9.1/C.87 y art. 5.1/C.98).

De otra parte, en ambos Convenios se establece que su ratificación no deberá considerarse que menoscaba las leyes, sentencias, costumbres o acuerdos ya existentes, que concedan a los miembros de las fuerzas armadas y de la policía garantías previstas en el Convenio correspondiente (arts. 9.2 y 5.2 de los Convenios núms. 87 y 98). A esta regla de interpretación se suma la contenida en el C.98 (art. 6) que, junto con aclarar que el Convenio no trata la situación de los funcionarios públicos en la administración del Estado, establece que el Convenio no deberá interpretarse, en modo alguno, en menoscabo de los derechos o del estatuto de esos funcionarios.

En el examen de los casos sometidos a su conocimiento, el Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT ha elaborado un valioso cuerpo doctrinario, interpretando las normas de la OIT concernientes a la libertad sindical y la negociación colectiva. Entre los principios que ha forjado, se encuentran diversos relacionados con modalidades de restricciones y limitaciones que, en opinión del comité, no constituyen violación de la libertad sindical. Ellos se refieren al derecho de reunión, a la libertad de opinión y de expresión, a los estados de excepción, a la protección de locales sindicales, a los trabajadores en la función pública, a los miembros de las fuerzas armadas y de la policía, a las formalidades legales y a la aprobación de los estatutos, a la administración financiera, a las actividades políticas, al derecho de huelga, a los estados de guerra y de crisis, a la reanudación de actividades productivas, a la intervención de la policía, a las sanciones, a la intervención por parte de las autoridades públicas, a los efectos de la afiliación a organismos sindicales internacionales y a la negociación colectiva, especialmente en presencia de políticas de estabilización (1). <(1) Veáse, Oficina internacional del trabajo: La libertad sindical. Recopilación de decisiones y principios del comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT. Tercera edición, OIT, Ginebra, 1985, particularmente los

párrafos 141, 144, 146, 158, 165, 171, 183, 185, 192, 194, 195, 205, 206, 213, 215, 221, 270, 271, 328, 331 al 334, 340, 352, 354, 355, 359, 364, 365, 367, 371, 372, 374, 376, 377, 378, 381, 382, 386, 387, 390, 393 al 397, 399 al 415, 421, 423, 427 al 431, 433, 441, 451 al 454, 479, 483, 496 al 500, 533, 537, 598, 602, 630, 631, 639, 641 y 642.>

La interpretación de las normas internacionales de la OIT corresponde a la Corte Internacional de Justicia, mediante fallos u opiniones consultivas, según lo dispone el art. 37 de la Constitución de la OIT. Sin perjuicio de ello, la Oficina Internacional del Trabajo, en el cumplimiento de sus obligaciones constitucionales, emite opiniones que no significan interpretaciones oficiales ni tienen por objeto duplicar o suplantar la facultad reconocida a la Corte. De otra parte, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones ha señalado que, si bien la interpretación definitiva de los Convenios compete a la Corte Internacional de Justicia, no es menos cierto que la Comisión, en el desempeño de sus funciones para evaluar "si se da cumplimiento a las disposiciones de los Convenios... debe examinar el significado de ciertos artículos de los mismos, determinar su alcance jurídico, y, si hubiese lugar, expresar su parecer al respecto" (1) <(1) Art. 43 (c): "Los empleadores y los trabajadores, tanto rurales como urbanos, tienen derecho a asociarse libremente para la defensa y promoción de sus intereses, incluyendo el derecho de negociación colectiva y el de huelga por parte de los trabajadores, el reconocimiento de la personería jurídica de las asociaciones y la protección de su libertad e independencia, todo de conformidad con la legislación respectiva".> En opinión de la Comisión, en tales casos sus puntos de vista son válidos mientras la Corte Internacional de Justicia no los contradiga. Esa tesis estaría avalada por lo dispuesto en los arts. 29.2 y 32 de la Constitución de la OIT, en cuanto al papel de esa Corte respecto de las conclusiones y recomendaciones de las Comisiones de Encuesta.

Las consideraciones recién mencionadas resultarían también aplicables al valor "interpretativo" que pueden envolver las conclusiones y recomendaciones de los otros organismos de control de la aplicación de normas.

e) Carta de la Organización de los Estados Americanos

La C-OEA (reformada en 1967), establece que el derecho de asociación sindical reconocido en su art. 32 (2) <(2) OIT, Conferencia Internacional del Trabajo, 77a. Reunión (1990): Informe III (Parte 4A) Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones. Informe general y observaciones acerca de ciertos países, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 1990, pág. 8.> debe conformarse "con la legislación respectiva". Más específicas resultan las limitaciones consagradas en los arts. XXVIII, XXIX y XXXIII de la DADDH. En su virtud, el derecho de asociación sindical establecido en su art. XXII (3) <(3) Art. XXII: "Toda persona tiene el derecho de asociarse con otras para promover, ejercer y defender sus intereses legítimos de orden...sindical.....".> reconoce como límites: a) los derechos de los demás, b) la seguridad de todos, c)

las justas exigencias del bienestar general y del desenvolvimiento democrático, d) el deber de convivir con los demás de manera que todos y cada uno pueda formar y desenvolver integralmente su personalidad y e) el deber de obedecer a la ley y demás mandamientos legítimos de las autoridades de su país y de aquel en que se encuentre.

f) Convención Americana de Derechos Humanos

En la CADH se contemplan tanto restricciones de carácter general como específicamente ligadas a determinados derechos laborales.

Del primer tipo son las siguientes: a) la consagrada en el art. 27, aplicable en caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado Parte. En tales circunstancias se pueden suspender las obligaciones contraídas en virtud de esa Convención, en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias del caso y en tanto la suspensión no sea incompatible con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional, o entrañe discriminación fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social, y b) la resultante de la correlación entre deberes y derechos, señalada en su art. 32, en virtud de la que los derechos de cada persona resultan limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común en una sociedad democrática. Dichas limitaciones emanan de los deberes de toda persona para con su familia, la comunidad y la humanidad.

Las siguientes son las limitaciones referidas a determinados derechos laborales: a) el derecho de reunión y la libertad de asociación a que se refieren los arts. 15 y 16 (1) <(1) Dicho artículo reconoce el derecho de toda persona "a asociarse libremente con fines...laborales".> de Convención "pueden estar sujetos a las restricciones previstas por la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad o del orden públicos, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás" (arts. 15 y 16.2) y b) el derecho de asociación sindical puede ser objeto de restricciones legales a los miembros de las fuerzas armadas y de la policía, a quienes hasta se puede excluir del ejercicio de este derecho, todo ello de acuerdo con lo previsto en el art. 16.3 de la CADH.

Las mencionadas restricciones deben ser aplicadas "conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas" (2) <(2) Art. 30 de la CADH.>

El sentido y alcance de estas restricciones, al igual que lo concerniente al resto de las normas contenidas en la CADH, se debe fijar de conformidad con las reglas señaladas en el art. 29 de la Convención, en cuya virtud sus disposiciones no pueden interpretarse en el sentido de permitir la supresión de los derechos y libertades reconocidos en la CADH o bien, limitarlos en mayor medida que la prevista en ella. Tampoco ellas pueden limitar el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en los Estados Partes, en virtud de su legislación o de

otra Convención en que sea parte; ni pueden excluir otros derechos y garantías inherentes al ser humano o derivados "de la forma democrática representativa de gobierno, o excluir o limitar el efecto que puedan producir la DADDH "y otros actos internacionales de la misma naturaleza".

B. Organismos y Procedimientos de Control de Aplicación

Los organismos y procedimientos de control de aplicación de las normas internacionales sobre derechos humanos en materia laboral derivan de distintas fuentes, han sido establecidos en fechas diferentes, forman parte de sistemas internacionales universales o regionales, tienen diversa composición y utilizan procedimientos independientes.

a) Universales

Son de carácter universal la Comisión de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas; el Comité de Derechos Humanos (1977), establecido en el PIDCYP; el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1987), establecido por la Resolución 1985/17 del Consejo Económico y Social de la ONU, y, los procedimientos generales y especiales de la OIT: La Comisión de Expertos (1926); la Comisión de la Conferencia en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (1926); el Comité tripartito para el examen de las reclamaciones (arts. 24 y 25 de la Constitución de la OIT); la Comisión de Encuesta para el examen de las quejas (arts. 26 al 34 de la Constitución de la OIT); la Comisión de Investigación y Conciliación en Materia de Libertad Sindical (1950), y, el Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT (1951). Como parte del sistema regional americano existen la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (1960) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1978).

i) Naciones Unidas.

La Comisión de Derechos Humanos de la ONU depende de su Consejo Económico y Social, está integrada por 43 representantes de los Estados Miembros. Se reúne anualmente y se encarga de examinar las denuncias por violación de los derechos humanos. Además, analiza proyectos normativos sobre derechos humanos que conocerá la Asamblea General de la ONU; aprueba la realización de estudios sobre la situación de los derechos humanos en general o en materias específicas o referidas a un país, a cargo de un Relator o Grupo Ad Hoc; debate públicamente la situación de esos derechos en un país, grupo de países o región y formula proyectos de resoluciones. En los debates públicos pueden intervenir -con derecho a voz- los Estados Miembros no representados en la Comisión, así como las organizaciones no gubernamentales a la que la ONU reconoce con "status consultivo". En el procedimiento de denuncias por violación interviene, como Secretaría, el Centro de Derechos Humanos, que forma parte de la Secretaría de la ONU. Tal procedimiento es de carácter "confidencial" y está regulado por la Resolución 1503 (mayo de 1970), emanada del Consejo Económico y Social de la ONU. La denuncia por violación puede ser declarada

inadmisible si su examen corresponde a la OIT.
El Comité de Derechos Humanos se compone de 18 expertos nombrados -a título personal- por los Estados Partes. El Comité no puede comprender a más de un nacional del mismo Estado. Los expertos duran cuatro años en sus funciones y pueden ser reelegidos. El Comité ha adoptado su Reglamento, se reúne durante tres períodos de sesiones cada año y presenta a la Asamblea General de la ONU un informe anual de sus actividades, por intermedio del Consejo Económico y Social.
Tres son los mecanismos de control previstos. En primer lugar, el examen de los informes periódicos que deben presentar los Estados Partes. En segundo término, el procedimiento de quejas entre Estados y la conciliación, previsto en los arts. 41 al 43 del PIDCYP, y, en tercer lugar, el procedimiento de quejas de un particular contra un Estado, contemplado en el Protocolo Facultativo del PIDCYP (1) <(1) Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General, Resolución 2200 A (XXI) de 16 de diciembre de 1966. Entró en vigor el 23 de marzo de 1976.>
Los informes periódicos que deben presentar los Estados Partes permiten analizar las disposiciones que han adoptado para dar efecto a los derechos reconocidos en el PIDCYP, así como los avances alcanzados en el goce de esos derechos. La periodicidad es fijada por el Comité. El examen de los informes tiene lugar en reuniones públicas, en las que los organismos internacionales especializados pueden estar representados. Dichos organismos pueden presentar comentarios respecto de esos informes, en las materias de su competencia. Concluído el examen, el comité comunica a los Estados Partes y al Consejo Económico y Social los informes y comentarios que estime apropiados.
El procedimiento de quejas y conciliación entre Estados da competencia al Comité para examinar las comunicaciones en que un Estado Parte alegue que otro Estado Parte no cumple las obligaciones que le impone el PIDCYP. Este tiene un plazo de tres meses para aclarar, por escrito, el asunto planteado. Si en el plazo que el Pacto señala, ambos Estados Partes estiman que el asunto no ha sido resuelto satisfactoriamente, cualquiera de ellos puede someter el caso al Comité, notificando también al otro Estado. El Comité primero estudia si se han interpuesto y agotado todos los recursos de la jurisdicción interna de que se pueda disponer, de acuerdo con los principios del derecho internacional generalmente admitidos. El Comité conoce del asunto en sesiones a puertas cerradas, en la que los Estados Partes interesados tienen derecho tanto a estar representados como a presentar exposiciones verbales y escritas. El Comité está autorizado para interponer sus buenos oficios con el propósito de llegar a una solución amistosa, pero respetando los derechos y libertades reconocidas en el Pacto. También el Comité está autorizado para pedir a las partes que proporcionen la información pertinente. El proceso culmina dentro de los doce meses siguientes a la notificación hecha al Comité por el Estado Parte que sometió el asunto a su

conocimiento. Dentro de ese plazo, el Comité debe presentar un informe con los resultados obtenidos. Si el asunto no se resuelve a satisfacción de los estados Partes interesados, el Comité -con el consentimiento de ellos- puede designar una Comisión Especial de Conciliación, integrada por cinco personas aceptables para los Estados Partes interesados, que ejercen sus funciones a título personal. En caso de desacuerdo respecto de todos o algunos de los integrantes de la Comisión, ella es conformada por miembros del Comité, elegidos por éste por mayoría calificada. Con el mérito de la información recibida del Comité y de los Estados Partes interesados, la Comisión presenta al Comité -dentro del plazo de doce meses de iniciadas sus tareas- un informe para ser trasmitido a los Estados Partes interesados. En el informe deben señalarse los resultados alcanzados y las observaciones de la Comisión cuando no se haya obtenido una solución amistosa y respetuosa de los derechos contenidos en el PIDCYP. En ese caso, los Estados Partes interesados disponen de tres meses para notificar la aceptación o rechazo del informe.

El procedimiento de quejas de un particular contra un Estado Parte se inicia con la presentación al Comité de una comunicación escrita del afectado, denunciando la violación. El Comité la declara admisible si se cumplen las condiciones establecidas en el art. 5 del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, especialmente, que el mismo asunto no haya sido sometido ya a otro procedimiento de examen o arreglo internacionales y que se hayan agotado todos los recursos de la jurisdicción interna. Con las Comunicaciones, informaciones, explicaciones y declaraciones recibidas del individuo que presenta la queja y del Estado Parte correspondiente, el Comité analiza el caso en sesiones privadas y presenta sus observaciones al individuo y al Estado Parte interesado.

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales se integra con 18 expertos elegidos por el Consejo Económico y Social de la ONU. En virtud de la Resolución 1985/17 de ese Consejo, el Comité reemplazó al Grupo de Trabajo de Expertos Gubernamentales del Período de Sesiones sobre la Aplicación del Pacto, que funcionó entre 1979 y 1985. Los expertos duran cuatro años en sus funciones, pueden ser reelegidos y cumplen su mandato "a título personal". El único procedimiento encargado a este Comité es el relacionado con la presentación de informes periódicos. Dichos informes deben dar cuenta de las medidas adoptadas y de los progresos alcanzados para asegurar, en el Estado Parte informante, el respeto de los derechos humanos contenidos en el Pacto. La periodicidad de los informes es, inicialmente, bienal en ciclos de seis años. Luego es trienal en ciclos de 9 años (Resolución 1088 (LX) del Consejo Económico y Social). Los informes presentados son trasmitidos a los organismos especializados de los que también sean miembros los Estados Partes que informan, en la medida en que los informes, o parte de ellos, se relacionen con materias de competencia de esos organismos. En los informes se pueden señalar las

circunstancias y dificultades que afecten el grado de cumplimiento de las obligaciones emanadas del PIDESC. El Comité considera los informes en reuniones públicas en que participan también representantes de la OIT que, al igual que otros organismos especializados y organizaciones no gubernamentales, puede presentar informes adicionales al Comité (1) <(1) Así en noviembre de 1989 la OIT remitió informaciones acerca de la situación existente en varios Estados Miembros -entre ellos Costa Rica, Panamá y República Dominicana- respecto de las normas del Pacto en materia de derecho al trabajo, derecho a condiciones justas y favorables de trabajo, derechos sindicales y derecho a la seguridad social. Asimismo, envió informaciones acerca de la protección de la maternidad y a la protección de niños y adolescentes en materia de empleo y trabajo en varios Estados Miembros, entre ellos, Colombia, Costa Rica, Ecuador, México y República Dominicana.> Examinados los informes de los Estados Partes, el Comité resume esos informes en el informe anual que, a su vez, el Comité debe presentar al Consejo Económico y Social. Adicionalmente, el Comité elabora sugerencias y recomendaciones de carácter general, dirigidos al mencionado Consejo Económico y Social.

ii) Organización Internacional del Trabajo

En el marco de la OIT, los mecanismos y procedimientos de control son de carácter regular o de naturaleza contenciosa. En la primera categoría se ubican la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones y la Comisión de Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la Conferencia Internacional del Trabajo. A ellos se suman las misiones "de contactos directos" y las de asesoramiento técnico.

La Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones fue creada por la Conferencia Internacional del Trabajo en 1926. Se compone de veinte expertos independientes designados por el Consejo de Administración de la OIT. Su período es de tres años y puden ser reelegidos.

Luego de las modificaciones adoptadas en 1947 por el Consejo de Administración de la OIT, la Comisión tiene la función de examinar las memorias anuales previstas en el art. 22 de la Constitución de la OIT, acerca de las medidas adoptadas por los Estados Miembros para dar efectividad a los convenios que han ratificado, así como las informaciones trasmitidas por ellos acerca de los resultados de las inspecciones. También le corresponde examinar las informaciones y memorias presentadas por los Estados Miembros acerca de los Convenios y Recomendaciones, según lo dispuesto en el art. 19 de la Constitución de la OIT, así como las informaciones y memorias referidas a medidas adoptadas por esos Estados, de conformidad con lo establecido en el art. 35 de la Constitución de la OIT.

Los comentarios de la Comisión son tanto de carácter general como referidos a países determinados. Cada año la Comisión prepara un estudio general referido a una materia determinada, que analiza la situación existente en los países, hayan

o no ratificado el o los Convenios pertienentes. La libertad sindical ha sido objeto de esos estudios en 1973 y 1983.

En el desempeño de sus funciones cuasi judiciales, la Comisión ejerce tanto una función de control de eficacia como de control de legalidad. La primera función tiene por objeto "obtener el pleno cumplimiento de las normas internacionales" (1) <(1) Arnaldo Sussekind: Direito Internacional do Trabalho, LTr, Edit., Sao Paulo, Brasil, 1983, pág. 210.> El control de legalidad permite identificar las violaciones de los Convenios ratificados, cuando no ha sido posible resolver los conflictos entre la norma internacional y la legislación y práctica nacionales.

La Comisión de la Conferencia en Aplicación de Convenios y Recomendaciones -creada en 1926- es de naturaleza tripartita. Se constituye en cada reunión anual de la Conferencia Internacional del Trabajo. Utilizando el informe elaborado por la Comisión de Expertos, y con la intervención de representantes de los Gobiernos correspondientes, esta Comisión analiza los casos que requieren de una consideración especial, examinando las medidas adoptadas o que se adoptarán para corregir las discrepancias existentes. El Informe de esta Comisión es presentado a una sesión plenaria de la Conferencia. Esta procede a calificar cada caso informado. Dichas calificaciones constituyen formas de sanción moral de innegable importancia.

Las misiones de contactos directos, establecidos en 1967 atendiendo una sugerencia de la Comisión de Expertos, tiene por objeto enriquecer el análisis documental del grado de compatibilidad existente entre la norma internacional y la legislación y práctica nacionales, así como identificar los medios que permitan solucionar las controversias existentes en cuanto a la aplicación de esas normas. Estas misiones se efectúan con el consentimiento del Gobierno y son originadas en peticiones del Gobierno o de la Comsión de Expertos, del Comité de Libertad Sindical o del Comité Tripartito de Examen de Reclamaciones. Durante el procedimiento de contactos directos se suspende el examen de los casos sometidos a los organismos de control.

Las misiones de asesoramiento técnico tienen por objeto facilitar el cumplimiento efectivo de las normas internacionales. Sin perjuicio de la normal correspondencia que debe existir entre las llamadas 'actividades prácticas' y la acción normativa de la OIT, en virtud de la cual en toda misión de cooperación técnica deben tenerse presente esas normas para promover y facilitar su efectiva aplicación, existen actividades de cooperación técnica especialmente diseñadas para prestar asesoramiento en todo lo relacionado con el cumplimiento de las normas internacionales del trabajo. A este procedimiento se agregan los comentarios técnicos formulados por los servicios competentes de la OIT, al opinar acerca de la necesidad de compatibilizar el contenido de proyectos de ley originados en los Estados Miembros, con las normas internacionales correspondientes.

Los procedimientos generales contenciosos son los establecidos para el examen

de las reclamaciones y el determinado para la solución de las quejas.

El procedimiento de reclamaciones está contemplado en los arts. 24 y 25 de la Constitución de la OIT. habida cuenta de la eficacia de los procedimientos regulares ya mencionados, poco se ha utilizado el procedimiento de reclamaciones. En él, una organización de empleadores o de trabajadores puede reclamar por el incumplimiento de un Convenio ratificado por un Estado Miembro. Las reglas de procedimiento fueron fijadas por el Consejo de Administración de la OIT, en 1980. Si la reclamación escrita es declarada admisible por dicho Consejo, éste designa un Comité compuesto por tres de sus miembros pertenecientes a los grupos gubernamental, de empleadores y de trabajadores. Este Comité Tripartito de Examen de Reclamaciones elabora un Informe, luego de recibidas las observaciones del Gobierno y las informaciones proporcionadas por los reclamantes y el Gobierno. El Consejo de Administración considera el Informe y decide el curso a seguir: publicación de la reclamación y de la respuesta gubernamental, y, envío de una misión de contactos directos o aplicación del procedimiento del examen de quejas.

El procedimiento de quejas está regulado por los arts. 26 al 34 de la Constitución de la OIT. Procede cuando un Estado Miembro presenta una queja contra otro Estado Miembro, por el no cumplimiento de un Convenio ratificado por ambos. También el procedimiento puede iniciarse por el Consejo de Administración de la OIT, de oficio o atendiendo una queja planteada por un Delegado a la Conferencia Internacional del Trabajo. Como procedimiento previo, el Consejo puede decidir la aplicación del procedimiento para el examen de reclamaciones. La queja es conocida por una Comisión de Encuesta integrada por personalidades independientes, de reconocida imparcialidad y capacidad. La Comisión tiene amplia libertad y facultades en el examen de la queja, incluyendo la admisión y calificación de los medios de prueba. Al concluir sus labores, la Comisión elabora un Informe que contiene sus conclusiones y recomendaciones, señalando los plazos en que deben adoptarse las medidas recomendadas. El Informe es trasmitido por el Director General de la OIT a los Gobiernos involucrados, que tienen tres meses de plazo para informarle si aceptan las recomendaciones de la Comisión. Si no las aceptan, deben informar si desean someter el caso a la Corte Internacional de Justicia. Esta -en una Decisión final e inapelable- puede confirmar, enmendar o anular las recomendaciones de la Comisión.

Si dentro del plazo fijado, el Gobierno correspondiente no ha adoptado las medidas recomendadas en el Informe de la Comisión o en la Decisión de la Corte, el Consejo de Administración puede proponer a la Conferencia Internacional del Trabajo las medidas apropiadas para corregir el incumplimiento. Entre ellas se contempla la de presentar el caso al Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. El Gobierno involucrado -en cualquier momento- puede informar al Consejo de Administración que ha dado cumplimiento a las recomendaciones y pedir la designación de una Comisión de Encuesta para verificarlo. Si el Informe

de esa Comisión o la Decisión de la Corte confirma lo señalado por el Gobierno, cesan las medidas correctivas antes mencionadas (1). <(1) En materia de libertad sindical se han constituído Comisiones de Encuesta en 1968 (queja presentada por varias organizaciones de trabajadores contra Grecia), y en 1974, en virtud de una Resolución de la Conferencia Internacional del Trabajo acerca de la violación de los Convenios núms. 1 y 111 por el Gobierno de Chile. La Comisión de Encuesta actuó, además, como Comisión de Investigación y Conciliación en Materia de Libertad Sindical.>

Junto a estos procedimientos generales regulares y contenciosos, existen tres procedimientos especiales de salvaguarda de los derechos sindicales: la Comisión de Investigación y Conciliación en Materia de Libertad Sindical, el Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT y el mencionado Consejo.

En 1950 se creó la Comisión de Investigación y Conciliación en Materia de Libertad Sindical, en virtud de un acuerdo entre la OIT y el Consejo Económico y Social de la ONU. Tal acuerdo prevé que sean trasmitidas a la OIT las quejas por violación de la libertad sindical formuladas por Gobiernos u organizaciones de empleadores o de trabajadores contra Estados Miembros de las Naciones Unidas, sean o no Estados Miembros de la OIT. Si la queja se refiere a un Estado no Miembro de la OIT y no se ha recibido el consentimiento del Gobierno para que el Consejo Económico y Social la trasmita a la OIT, dicho Consejo debe estudiar las medidas que se corresponde adoptar para remediar la situación objeto de la queja. La OIT, a su vez, trasmite a ese Consejo las quejas que le han sido presentadas contra Estados que no son Miembros de la OIT. Además, este procedimiento se aplica tratándose de Estados Miembros de la OIT que no han ratificado los Convenios sobre la libertad sindical.

La Comisión se integra con tres miembros independientes de conocida imparcialidad e idoneidad técnica. Su función es investigar las condiciones de hecho y de derecho relacionadas con la queja y, a la vez, procurar un arreglo de la queja presentada. Este procedimiento se ha puesto en práctica para conocer quejas formuladas en contra de Japón (1964), Grecia (1965), Lesotho (1973), Chile (1974) y Puerto Rico (1981).

El Comité de Libertad Sindical se creó en 1951. Se integra con nueve miembros gubernamentales, empleadores y trabajadores -en igual número- del Consejo de Administración de la OIT. Los titulares cuentan con suplentes (tres de cada uno de los Grupos). Los suplentes pueden participar en los trabajos del Comité, pero sólo votan en ausencia del correspondiente titular. No participan en las actividades del Comité los nacionales del Estado contra el que se formula la queja ni los que ocupan un puesto oficial en la organización que ha presentado la queja. Las decisiones del Comité se adoptan, en lo posible, por unanimidad. La función del Comité es el examen de la queja presentada, como trámite previo al examen y decisión que sobre queja adopte el Consejo de Administración de la OIT.

Las quejas deben presentarse por escrito y firmadas por el o los querellantes. El querellante puede ser uno o más organizaciones nacionales o internacionales de empleadores o de trabajadores, o, uno o más Gobiernos. Se pueden presentar quejas aunque el Estado Miembro no haya ratificado los Convenios sobre libertad sindical. Corresponde al Comité calificar la condición de organización profesional del organismo querellante, considerando la Constitución de la OIT y prescindiendo de las definiciones nacionales del término; la falta de reconocimiento oficial de una organización no impide que el comité conozca el caso (1). <(1) El Director General de la OIT puede solicitar informaciones adicionales a la organización querellante, que contribuyan a acreditar su existencia de hecho o de derecho.> No procede presentar nuevas quejas respecto de casos acerca de los que ya ha emitido recomendaciones definitivas, salvo que se aporten nuevos elementos probatorios. No hay plazo de prescripción para la presentación de las quejas: el Comité decide si les da tramitación habida cuenta del tiempo transcurrido desde que tuvieron lugar los hechos denunciados. El Comité también es competente para pronunciarse acerca de la plausibilidad e independencia de la decisión del querellante en orden a retirar la queja del conocimiento del Comité. Presentada la queja pueden presentarse las siguientes situaciones: a) si la materia a que se refiere la queja es ajena a la competencia del Comité, el Director General de la OIT, así lo señala al querellante; b) si la queja está insuficientemente fundamentada pide al querellante que presente las informaciones y precisiones que sean apropiadas, dentro del plazo de un mes. En ambos casos, el Director General puede trasmitir la queja al Comité para que éste decida el curso a seguir. La tramitación de la queja se ajusta a un procedimiento cuidadosamente elaborado, que garantiza a las partes la debida consideración a sus derechos e intereses. Concluído el examen preliminar de la queja, el Comité presenta un Informe al Consejo de Administración, señalando si procede un examen más detenido del caso por tratarse de una violación de la libertad sindical debidamente presentada y probada. Al mismo tiempo, puede sugerir que sus conclusiones sean trasmitidas al Gobierno o Gobiernos interesados, informándoles de las anomalías comprobadas e invitándoles a adoptar las medidas apropiadas para ponerles término, a la vez que pidiéndoles que -dentro de un plazo razonable según las circunstancias del caso- informen acerca de las medidas adoptadas en relación con las recomendaciones formuladas.

A su vez, el Consejo de Administración de la OIT, de composición tripartita, analiza el Informe del Comité y se pronuncia acerca de las recomendaciones y conclusiones contenidas en el citado informe. Las decisiones correspondientes son publicadas en el Boletín Oficial de la OIT, lo que equivale a una sanción moral. El seguimiento de la aplicación de las recomendaciones corresponde a la Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones, tratándose de Estados Miembros que han ratificado el correspondiente Convenio. De no ser esa la situación, el Comité puede volver a examinar periódicamen-

te el caso, pidiendo al Director General de la OIT que solicite al Gobierno el envío de informaciones acerca del cumplimiento de lo recomendado.

Este procedimiento de salvaguarda es, sin duda, el más utilizado. Hasta noviembre de 1962, fecha del Informe núm. 66 del Comité, éste había examinado 306 casos. En noviembre de 1971 el número de casos ascendía a 684 (Informe núm 127). Diez años después había 1089 casos examinados (Informe núm 213). En noviembre de 1988 el total de casos examinados por el Comité, desde su creación, era de 1477 (Informe núm 261). En las fechas ya indicadas el total de casos referidos a países del continente americano sumaban 104 (1962), 301 (1971), 506 (1981), 743 (1988). En los mismos períodos, el total de casos referidos a España fueron 4 (1962), 29 (1971), 55 (1981) y 72 (1988). El total de casos referidos a Portugal fueron 3 (1962), 8 (1971), 12 (1981), y 23 (1988).

Estas mediciones de crecimiento pueden ser interpretadas en forma muy variada. De una parte podría sostenerse que la situación de la libertad sindical no ha progresado sino que tendería a degradarse. Con igual fuerza puede sostenerse lo contrario, esto es, que aunque resulte aparentemente paradojal, el crecimiento en el número de casos examinados por el Comité también podría demostrar una ampliación en el grado de libertad sindical existente. Tal afirmación se fundamenta en la creencia de que una de las medidas de la efectividad y reconocimiento de un derecho es la posibilidad de ejercer las acciones para protegerlo o restablecerlo cuando ha sido amenazado o atropellado. Este razonamiento se reafirma en la medida en que se constata que no siempre el mayor número de casos referidos a un país determinado corresponde a períodos de oscurecimiento de las libertades civiles y políticas sino que, por el contrario, coincide con períodos de recuperación o ampliación de la democracia. De otra parte, es lógico pensar que el número real de casos de violación de la libertad sindical, en los 37 años de existencia del Comité, ha sido superior al número de casos presentados para su examen, por lo que el crecimiento mencionado en párrafos anteriores señalaría una tendencia a cerrar la brecha entre el número total de infracciones que efectivamente se cometen y el número de oportunidades en que se utiliza el procedimiento de salvaguarda encomendado al Comité de Libertad Sindical.

A esta explicación del fenómenos producido se agregan otras igualmente válidas y no excluyentes sino concurrentes: el reconocimiento generalizado de la eficacia del procedimiento, el mayor conocimiento del mismo por parte de las organizaciones sindicales nacionales y las expresioens de representación solidaria a cargo de las organizaciones sindicales internacionales. A ellas se suma el recurso a este procedmiento por parte de organizaciones de empleadores, lo que en algunos países de América Ltina ha cobrado cierta resonancia en los años recientes 81) <(1) Emilio Morgado Valenzuela: Procedimientos de salvaguarda de los derechos sindicales, en Relacoes Coletivas de Trabalho. Estudios em homenagem ao Ministro Arnaldo Sussekind. Coordenacao de Joao de Lima Teixeira Filho. LTr. Edit., Sao Paulo, 1989, págs. 240 y 241.>

Junto a los procedimientos generales y especiales ya mencionados, existen otros de carácter adicional: las misiones de contactos directos y de asesoramiento técnico -que revisten características similares a las mencionadas en un párrafo anterior- y la preparación y publicación de estudios. Estos pueden comprender a un grupo de países o a uno determinado y comprender diversas materias. El tema de la libertad sindical ha sido objeto de diversos estudios, por ejemplo, el de la situación sindical en Grecia (1947); el de la Comisión McNair sobre la independencia de las organizaciones de empleadores y de trabajadores (1955); los de la situación sindical en los Estados Unidos (1960), la URSS (1960), el Reino Unido (1961), Suecia (1961), Burma (1962) y Malaya (1962); los de la situación sindical y de las relaciones de trabajo en España (1967 y 1985), y el de las relaciones de trabajo en Uruguay (1987). En 1988, a una misión de contactos directos en materia de libertad sindical en Colombia, se unió otra encargada de preparar un informe sobre las relaciones colectivas de trabajo en ese país.

iii) Organización de los Estados Americanos

En el ámbito regional americano existen dos organismos encargados del control de aplicación de las correspondientes normas internacionales: la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos se integra con siete miembros independientes, elegidos a título personal -por un período de cuatro años- por la Asamblea General de la OEA de una lista de candidatos propuestos por los Estados Miembros. Pueden ser reelegidos una vez. La función principal de la Comisión es promover la observancia y defensa de los derechos humanos. Para ello cuenta con las funciones y atribuciones señaladas en los arts. 41 al 51 de la CADH. Entre ellas destacan: a) la formulación de recomendaciones a los Estados Miembros para la adopción de medidas progresivas en favor de los derechos humanos y de fomento del debido respeto a esos derechos; b) la preparación de informes y estudios; c) la solicitud a los Gobiernos para que presenten informes sobre las medidas adoptadas en materia de derechos humanos y la manera como su derecho interno asegura la aplicación de la CADH; d) la atención de las consultas y pedidos de asesoramiento que le formulen los Estados Miembros -por intermedio de la Secretaría General de la OEA- respecto de materias relacionadas con los derechos humanos; e) la investigación de denuncias o quejas de violación de la CADH, presentadas contra un Estado Parte por una persona, grupo de personas o entidad no gubernamental legalmente reconocida, y f) el examen de las comunicaciones en que un Estado Parte alegue que otro Estado Parte ha incurrido en violaciones de los derechos humanos establecidos en la CIDH.

El ejercicio de las atribuciones de la Comisión respecto de las "denuncias individuales" o de un Estado Parte, mencionadas precedentemente en los literales e) y f), está regulado por normas procesales atinentes a la admisibilidad

del recurso, y a la tramitación y resultados del mismo.
Las primeras permiten declarar inadmisible la petición o comunicación si no se han agotado los recursos de la jurisdicción interna; si no son presentados dentro del plazo de seis meses en que la decisión ha sido notificada al afectado; si no está caracterizada la violación denunciada; si la petición o consulta es manifiestamente infundada o totalmente improcedente; si la materia está pendiente de otro procedimiento de arreglo internacional, o si se reproduce una petición o cumunicación ya examinada por la Comisión u otro organismo internacional, y, en el caso de las denuncias "individuales", si no está apropiadamente identificado el peticionario. La inadmisibilidad también puede declararse durante el proceso, si se cuenta con informaciones o pruebas sobrevinientes.
Una vez declarada la admisibilidad, la Comisión pide al Gobierno del Estado Parte que le proporcione las informaciones necesarias, dentro del plazo que la Comisión señale. Transcurrido dicho plazo, aunque no se hayan recibido las informaciones solicitadas, la Comisión verifica si subsisten los motivos que originaron la petición o cumunicación; en caso negativo ordena archivar el expediente. En la comprobación de los hechos relacionados con el asunto sometido a su conocimiento, la Comisión recibirá de los Estados interesados todas las facilidades necesarias, así como las informaciones pertinentes; también recibirá las exposiciones verbales o escritas que presenten los interesados. Además, la Comisión ofrece su colaboración en la búsqueda de una solución amistosa y respetuosa de los derechos reconocidos en la CADH.
Si tal gestión resulta exitosa, la Comisión elabora un informe que se trasmite al peticionario, a los Estados Partes y al Secretario General de la OEA, para su publicación.
En casos graves y urgentes, y con el consentimiento previo del Estado afectado, la Comisión puede realizar una investigación con el sólo mérito de la presentación de una petición o comunicación que reúna todos los requisitos formales de admisibilidad.
Si el procedimiento no conduce a una solución del caso, la Comisión elabora un informe que puede contener sus proposiciones y recomendaciones. Si en el plazo de tres meses de la remisión de ese informe no se ha solucionado el asunto o no ha sido sometido a la decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por la Comisión o por el Estado interesado, la Comisión puede formular su opinión y conclusiones sobre el caso, emitiendo las recomendaciones pertinentes y fijando un plazo dentro del cual el Estado Parte debe adoptar las medidas que le competan para remediar la situación. Transcurrido ese plazo, la Comisión decide si el Estado tomó las medidas indicadas y si publica su informe.
Las facultades y competencia de la Comisión son aplicables a los Estados Partes de la CADH y a los demás Estados Miembros de la OEA que no son parte de ella (1). <(1) Daniel O'Donnell: Protección Internacional de los Derechos Humanos; Comisión Andina de Juristas, 2a. edición, 1989, págs. 418 a la 421.>

La Corte Interamericana de Derechos Huanos se compone de siete jueces, nacionales de los Estados Miembros de la OEA, designados -a título personal- en la Asamblea General de esa organización por los Estados Partes de la CADH. Su período es de seis años y pueden ser reelegidos una vez. La Corte tiene competencia para: a) conocer los casos de violación de un derecho o libertad protegido por la CADH, que le sean sometidos por la Comisión o por un Estado Parte una vez agotado el procedimiento ante la Comisión; b) conocer los casos relativos a la interpretación o aplicación de la CADH, y c) responder las consultas que le formulen los Estados Miembros de la OEA acerca de la interpretación de la CADH o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados de América. Dichas consultas pueden referirse, además, a la compatibilidad de ·"sus leyes internas y los mencionados instrumentos internacionales".

El Reglamento de la Corte norma lo relacionado con las reglas generales, incluyendo las medidas provisionales que la Corte puede adoptar en casos de extrema gravedad y urgencia y cuando sea necesario para evitar daños irreparables a las personas. También el Reglamento norma lo referente a la demanda y su notificación, las excepciones preliminares que se pueden oponer, la etapa del procedimiento escrito y la etapa del procedimiento oral, las pruebas y las sentencias.

Estas deben ser fundadas, son definitivas e inapelables y su interpretación sólo compete a la Corte. Los Estados Partes deben cumplir los fallos; en cuanto a la parte de éstos que condenen por daños y perjuicios y dispongan una indemnización compensatoria, dicha parte se puede "ejecutar en el respectivo país por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado".

IV. CONCLUSIONES

Para concluir, se debe puntualizar que el tema de las discrepancias entre normas internacionales no es sólo de carácter teórico sino que reviste la mayor importancia tratándose de normas propias de la esfera del Derecho del Trabajo. Como éste regula al trabajo humano, vale decir, el realizado por una persona natural, todo él se relaciona con los derechos humanos, especialmente si se tiene presente que el trabajo es una expresión de la personalidad humana.

Más aún, el derecho internacional del trabajo elaborado a partir del surgimiento de la OIT, no sólo ha internacionalizado las normas de trabajo sino que también ha contribuído poderosamente a universalizar el concepto de los derechos humanos. Los Convenios y Recomendaciones de la OIT que tienen "un elevado contenido ético de desarrollo social, inducido a través de una acción tripartita internacional" (1) <(1) Geraldo von Potobsky y Héctor G. Bartolomei. ASTREA, Buenos Aires, 1989, Pag. 34.> determinan la competencia de los organismos y mecanismos de control de aplicación de normas existentes en la OIT.

ANEXO No. 1

PRINCIPALES CONVENIOS Y RECOMENDACIONES DE LA OIT EN RELACION CON LAS MATERIAS DE CARACTER LABORAL CONTENIDAS EN LOS TEXTOS DE DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS (*) (**) <(*) Se presentan las materias en orden alfabético y los convenios y recomendaciones en orden cronológico.> <(**) Abreviados C (Convenio) y R (Recomendación).>

1. Administración del trabajo

R. 28, sobre la inspección del trabajo (gente de mar), 1926; C. 34, sobre las agencias retribuidas de colocación (1933); C.81 y R.81, sobre la inspección del trabajo, 1947; R. 82, sobre la inspección del trabajo (minas y transporte), 1947; C.88 y R. 83, sobre los servicios de empleo, 1948; C.96, sobre las agencias retribuidas de colocación (revisado), 1949; C. 110 (XI), sobre las plantaciones, 1958; R. 113, sobre la consulta (ramas de actividad económica y ámbito nacional), 1960; C. 129 y R. 133, sobre la inspección del trabajo (agricultura), 1969; C. 150 y R. 158, sobre la administración del trabajo, 1978.

2. Asistencia legal

C. 81 y R.81, sobre la inspección del trabajo, 1947; C.129 y R.133, sobre la inspección del trabajo (agricultura), 1969; C.150 y R.158, sobre la administración del trabajo, 1978.

3. Condiciones adecuadas de vida y de trabajo

C. 45, sobre los trabajos subterráneos (mujeress), 1935; R. 102, sobre los servicios sociales, 1956; C. 110 y R. 110, sobre las plantaciones, 1958; R. 115, sobre la vivienda de los trabajadores, 1961; C. 117, sobre la política social (normas y objetivos básicos), 1962; R. 125, sobre las condiciones de empleo de los menores (trabajo subterráneo), 1965; C. 163 y R. 173, sobre el bienestar de la gente de mar, 1987.

4. Consulta, colaboración, participación

R. 94, sobre la colaboración en el ámbito de la empresa, 1952; R. 113, sobre la consulta (ramas de actividad y ámbito nacional), 1960; R. 129, sobre las comunicaciones dentro de la empresa, 1967; 130, sobre el examen de reclamaciones, 1967; C. 144, sobre la consulta tripartita (normas internacionales del trabajo) y R. 152, sobre la consulta tripartita (actividades de la Organización Internacional del Trabajo), 1976.

5. Descanso, horas de trabajo y tiempo libre

C. 1, sobre las horas de trabajo (industria), 1911; C. 4, sobre el trabajo nocturno (mujeres), 1919; C. 6, sobre el trabajo nocturno de los menores (industria), 1911; R. 7, sobre las horas de trabajo (pesca), 1920; R. 8, sobre las horas de trabajo (navegación interior), 1920; C. 20, sobre el trabajo nocturno (panaderías), 1925; R. 21, sobre la utilización del tiempo libre, 1924; C. 30, sobre las horas de trabajo (comercio y oficinas), 1930; C. 41, sobre el trabajo nocturno (mujeres) (revisado), 1934; C. 46, sobre horas de trabajo (carbón) (revisado), 1935; C. 47, sobre las cuarenta horas, 1935; C. 51, sobre la reducción de las horas de trabajo (obras

públicas), 1936; C. 61, sobre la reducción de horas de trabajo (industria textil), 1937; C. 67, sobre las horas de trabajo y descanso (transporte por carretera), 1939; C. 79 y R. 80, sobre el trabajo nocturno de los menores (trabajos no industriales), 1946; C. 89, sobre el trabajo nocturno (mujeres) (revisado), 1948; C. 90, sobre el trabajo nocturno de los menores (industria) (revisado), 1948; R. 102, sobre los servicios sociales, 1956; C. 109 y R. 109, sobre los salarios, horas de trabajo a bordo y dotación (revisado), 1958; C. 110 y R. 110, sobre las plantaciones, 1958; R. 116, sobre la reducción de la duración del trabajo, 1962; C. 153 y R. 161, sobre la duración del trabajo y períodos de descanso (transporte por carretera), 1979.

6. Descanso semanal

C. 14, sobre el descanso semanal (industria), 1921; C. 106 y R. 103, sobre el descanso semanal (comercio y oficinas), 1957; C. 110, sobre las plantaciones, 1958.

7. Edad mínima

C. 5, sobre la edad mínima (industria), 1919; C. 7, sobre la edad mínima (trabajo marítimo), 1920; C. 10, sobre la edad mínima (agricultura), 1921; C. 15, sobre la edad mínima (pañoleros y fogoneros), 1921; C. 33, sobre la edad mínima (trabajos no industriales), 1932; C. 58, sobre la edad mínima (trabajo nocturno) (revisado), 1936; C. 59, sobre la edad mínima (industria) (revisado), 1937; C. 60, sobre la edad mínima (trabajos no industriales) (revisado), 1937; C. 112, sobre la edad mínima (pescadores), 1959; C. 123 y R. 124, sobre la edad mínima (trabajo subterráneo), 196; C. 138 y R. 146, sobre la edad mínima, 1973.

8. Empleo (derecho al trabajo)

C. 2, sobre el desempleo, 1919; C. 122 y R. 122, sobre la política del empleo, 1964; R. 123, sobre el empleo de las mujeres con responsabilidades familiares, 1965; R. 136, sobre los programas especiales para los jóvenes, 1970; C. 137 y R. 145, sobre el trabajo portuario, 1973; C. 145 y R. 154, sobre la continuidad del empleo (gente del mar), 1976; C. 158 y R. 166, sobre la terminación de la relación de trabajo, 1982; C. 159 y R. 168, sobre la readaptación profesional y empleo (personas inválidas), 1983; R. 169, sobre la política del empleo (disposiciones complementarias), 1984; C. 168 y R. 176; sobre el fomento del empleo y la protección contra el desempleo, 1988.

9. Enfermedades profesionales

C. 18, sobre las enfermedades profesionales, 1925; C. 42, sobre las enfermedades profesionales (revisado), 1934; C. 121 y R. 121, sobre las prestaciones en caso de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, 1964.

10. Huelga

R. 92, sobre la conciliación y arbitraje voluntarios, 1951 (*). <(*) El Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT ha sostenido en forma reiterada que el derecho de huelga es un derecho legítimo al que pueden recurrir los trabajadores y sus organizaciones en defensa de sus intereses económicos y

sociales; ya que es uno de los medios esenciales de que disponen para promover y defender esos intereses. Este derecho emana de los artículos 3 y 10 del Convenio núm. 87.>

11. Negociación colectiva

C. 87, sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948; C. 98, sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, 1949; R. 91, sobre los contratos colectivos, 1951; R. 92, sobre la conciliación y arbitraje voluntarios, 1951; C. 150 y R. 158, sobre la administración del trabajo, 1978; C. 151 y R. 159, sobre las relaciones de trabajo en la administración pública, 1978; C. 154 y R. 163, sobre la negociación colectiva, 1981.

12. No discriminación

C. 100 y R. 90, sobre la igualdad de remuneración, 1951; C. 111 y R. 111, sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958; C. 117, sobre la política social (normas y objetivos básicos), 1962; C. 156 y R. 165, sobre trabajadores con responsabilidades familiares, 1981.

13. Orientación y formación profesionales

R. 46, sobre la supresión del reclutamiento, 1936; R. 99, sobre la adaptación y readaptación profesionales de los inválidos, 1955; C. 117, sobre la política social (normas y objetivos básicos), 1962; R. 136, sobre los programas especiales para jóvenes, 1970; R. 137, sobre la formación profesional (gente de mar), 1970; C. 142 y R. 150, sobre el desarrollo de los recursos humanos, 1975; C. 159 y R. 168, sobre la readaptación profesional y empleo (personas inválidas), 1983.

14. Promoción en el empleo

C. 111 y R. 111, sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958; C. 142 y R. 150, sobre el desarrollo de los recursos humanos, 1975.

15. Protección de la maternidad

C. 3, sobre la protección de la maternidad, 1919; C. 103 y R. 95, sobre la protección de la maternidad (revisado), 1952; C. 110, sobre las plantaciones, 1958.

16. Protección a la niñez y a la adolescencia

C. 6, sobre el trabajo nocturno de los menores (industria), 1919; C. 16, sobre el exámen médico de los menores (trabajo marítimo), 1929; C. 77, sobre el examen médico de los menores (industria), 1946; C. 78, sobre el examen médico de los menores (trabajos no industriales), 1946; R. 46, sobre el exámen médico de los menores, 1946; C. 79 y R. 80, sobre el trabajo nocturno de los menores (trabajos no industriales), 1946; C. 90, sobre el trabajo nocturno de los menores (industria) (revisado); C. 124, sobre el examen médico de los menores (trabajo subterráneo), 1956.

17. Salarios y remuneraciones

C. 26, sobre los métodos para la fijación de los salarios mínimos, 1928; C. 94 y R. 84, sobre las cláusulas de trabajo (contratos celebrados por las autoridades públicas), 1949; C. 95 y R. 85, sobre la protección del salario, 1949; C. 99, sobre

los métodos para la fijación de salarios mínimos (agricultura), 1951; C. 110, sobre las plantaciones, 1958; C. 117, sobre la política social (normas y objetivos básicos), 1962; C.131 y R. 135, sobre la fijación de salarios mínimos.

18. Seguridad e higiene en el trabajo

R. 3, sobre la prevención del carbunco, 1919; R. 4, sobre el saturnismo (mujeres y niños), 1919; C. 13, sobre la cerusa (pintura), 1921; C. 27, sobre la indicación del peso en los fardos transportados por barco, 1929; C. 28, sobre la protección de los cargadores de muelles contra los accidentes, 1929; C. 32 y R. 31, sobre la prevención de los accidentes del trabajo (revisado), 1929; C. 62 y R. 53, sobre las prescripciones de seguridad (edificación), 1937; R. 97, sobre la protección de la salud de los trabajadores, 1953; C. 110, sobre las plantaciones, 1958; R. 112, sobre los servicios de medicina del trabajo, 1959; C. 115 y R. 114, sobre la protección de las radiaciones, 1960; C. 119 y R. 118, sobre la protección de la maquinaria, 1963; C. 120 y R. 120, sobre la higiene (comercio y oficinas), 1964; C. 127 y R. 128, sobre el peso máximo, 1967; c. 134 y R. 142, sobre la prevención de accidentes (gente de mar), 1970; C. 136 y R. 144, sobre el benceno, 1971; C. 139 y R. 147, sobre el cáncer profesional, 1974; C. 148 y R. 156, sobre el medio ambiente de trabajo (contaminación del aire, ruido y vibraciones), 1977; C. 152 y R. 160, sobre la seguridad e higiene (trabajos portuarios), 1979; C. 155 y R. 164, sobre la seguridad y salud de los trabajadores, 1981; C. 161 y R. 171, sobre los servicios de salud en el trabajo; C. 162 y R. 172, sobre el asbesto, 1986; c. 164, sobre la protección de la salud y asistencia médica (gente de mar), 1987; C. 167 y R. 175, sobre seguridad y salud en la construcción, 1988.

19. Seguridad social

C. 12, sobre la indemnización por accidentes del trabajo (agricultura), 1921; C. 17, sobre la indemnización por accidentes del trabajo, 1925; C. 19, sobre la igualdad de trato (accidentes del trabajo), 1925; C. 24, sobre el seguro de enfermedad (industria), 1927; C. 25, sobre el seguro de enfermedad (agricultura), 1927; C. 35, sobre el seguro de vejez (industria, etc.), 1933; C. 36, sobre el seguro de vejez (agricultura), 1933; C. 37, sobre el seguro de invalidez (industria, etc.), 1933; C. 38, sobre el seguro de invalidez (agricultura), 1933; C. 38, sobre el seguro de muerte (industria, etc.), 1933; C. 40, sobre el seguro de muerte (agricultura), 1933; C. 48, sobre la conservación de los derechos de pensión de los migrantes, 1935; C. 55, sobre las obligaciones del armador en caso de enfermedad o accidente de la gente de mar, 1936; R. 67, sobre la seguridad de los medios de vida, 1944; R. 68, sobre la seguridad social (fuerzas armadas), 1944; R. 69, sobre la asistencia médica, 1944; C. 70 y R. 75, sobre la seguridad social de la gente de mar, 1946; C. 71, sobre las pensiones de la gente de mar, 1946; C. 102, sobre la seguridad social (norma mínima), 1952; C. 110, sobre las plantaciones, 1958; C. 118, sobre la igualdad de trato (seguridad social); C. 128 y R. 131, sobre las prestaciones de invalidez, viudez y sobrevivientes; C. 130 y R. 134, sobre la asistencia médica y prestaciones monetarias de enfermedad, 1969; C. 157 y R.

167, sobre la conservación de derechos en materia de seguridad social, 1982; C. 165, sobre la seguridad social de la gente de mar (revisado), 1987; C. 168, sobre el fomento del empleo y la protección contra el desempleo, 1988.

20. Reunión y sindicación

C. 11, sobre el derecho de asociación (agricultura), 1921; C. 87, sobre la libertad sindical y protección del derecho de sindicación; C. 98, sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva; C. 110, sobre las plantaciones, 1958; C. 135 y R. 143, sobre los representantes de los trabajadores, 1971; C. 141 y R. 149, sobre las organizaciones de trabajadores rurales, 1975; C. 151 y R. 159, sobre las relaciones de trabajo en la administración pública.

21. Trabajo forzoso

C. 29, sobre el trabajo forzoso, 1930; R. 35, sobre la imposición indirecta del trabajo, 1930; C. 105, sobre la abolición de trabajo forzoso, 1957; R. 136, sobre los programas especiales para los jóvenes, 1970.

22. Vacaciones

C. 52 y R. 47, sobre las vacaciones pagadas, 1936; C. 101 y R. 93, sobre las vacaciones pagadas (agricultura), 1952; C. 132, sobre las vacaciones pagadas (revisado), 1970; C. 140 y R. 148, sobre la licencia pagada de estudios, 1974.

SEMBLANZAS DE ACADEMICOS FALLECIDOS

Alredo Montoya Melgar
(España)

El profesor D. Gaspar Bayón Chacón: la persona y la obra científica.

Cuando fuí elegido miembro de número de la Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, el honor vino duplicado por el hecho de corresponderme ocupar la vacante producida por el fallecimiento del maestro de todos los laboralistas españoles de hoy: el Profesor don Gaspar Bayón Chacón.

Abstracción hecha de la desproporción existente entre la figura del Académico sucedido y la del sucesor, ser continuador, en una de sus actividades, del maestro Bayón constituye una honra superlativa; una honra y también una profunda emoción, pues don Gaspar Bayón no es para mí sólo el nombre de un autor reputado, el nombre de un gran jurista, el nombre de uno de los constructores del Derecho español del Trabajo, sino también, y de modo muy destacado, el nombre de la persona afable, plena de humanidad, generosa sin dejar de ser exigente, que yo tuve la gran suerte de conocer y tratar durante largos años.

1. El hombre

Conocí, en efecto, a don Gaspar Bayón hace ya casi treinta años, cuando, apenas obtenida la Licenciatura en Derecho, asistía yo como espectador, entre ilusionado y temeroso, de unas Oposiciones a Cátedras de Derecho del Trabajo -aquellas oposiciones de entonces, durísimas y rodeadas de la mayor solemnidad- celebradas entre las venerables penumbras del caserón de San Bernardo. Recuerdo muy bien las amables palabras con que mi maestro, el Profesor Alonso Olea, me presentó ante los Profesores Botija y Bayón Chacón, y tampoco he olvidado las cordiales expresiones de estímulo que recibí de los dos Catedráticos de la Universidad Central.

Cuando, inmediatamente después de mi doctorado, en 1962, me trasladé a Madrid, con la doble finalidad de prestar servicios profesionales en el Gabinete Técnico del Instituto Español de Emigración (en los años inolvidables en que su Director fue el Profesor García-Trevijano, y su Secretario General, el Profesor Serrano Carvajal) y de integrarme como docente en la Universidad Central, tuve ocasión de iniciar una relación continuada con don Gaspar Bayón. Esta relación tuvo como núcleo aglutinante durante muchos años las reuniones semanales celebradas en la Sección de Política Social del Instituto de Estudios Políticos, en la noble sede de la Plaza de la Marina Española. En aquellas sesiones memorables nos reuniamos, en torno al estudio de algún tema de actualidad, laboralistas de varias generaciones; entre los "seniores", don Eugenio Pérez Botija y su esposa, la sabia y discretísima doña María Palancar; el profesor Bayón; Javier Martínez de Bedoya, exacto en la palabra y en la información; Marcelo Catalá, o el entusiasmo por la justicia social; Miguel Fagoaga, de pulcra eficacia; el culto y amabilísimo Héctor Maravall: Mariano Ucelay, con su erudición inmensa; Antonio Bouthelier, irónico y pragmático...; en la generación "intermedia",

Arturo Nuñez Samper y Juan Eugenio Blanco; y entre los "juniores", Fernando Suárez, Luis Enrique de la Villa, José Vida, Juan Antonio Sagardoy y yo mismo. Con independencia de las presidencias formales de la Sección, los profesores Pérez Botija y Bayón ejercían en aquellas gratísimas y provechosas reuniones (en las que se hablaba de Derecho, pero también de cuestiones actuales de cualquier índole, siempre con completa libertad de juicio), un espontáneo magisterio, reconocido de modo natural por los demás.

Cómo no recordar, ahora, cuando el Instituto y la Sección son sólo pasado, cuando muchos de sus mejores miembros no están entre nosotros, aquellas sesiones vespertinas, y en ellas, la palabra pausada, cargada de sentido común y sabiduría, de don Gaspar; cómo no recordar las observaciones del profesor Bayón sobre temas jurídicos tanto como sobre aspectos de la realidad cotidiana, en las agradables tertulias que se improvisaban mientras llegaban los más rezagados, o a la salida del viejo edificio del Senado.

Tuve también la suerte, en mis años de formación madrileña, de disfrutar del magisterio del profesor Bayón, en su más pura dimensión universitaria; asistiendo a sus cursos de Doctorado, tan solicitados que la afluencia no era inferior a la de los cursos de la Licenciatura, y acompañando asiduamente a don Gaspar a sus clases magistrales en la Facultad de Derecho, cuando entre los alumnos de su Cátedra se encontraba quien hoy es Rey de España.

Don Gaspar Bayón me dispensó, desde un principio, un trato excepcionalmente generoso, en lo académico y en lo personal; en lo académico, invitándome a sus Cursos ordinarios y superiores, contestando a mis muchas preguntas, animándome siempre y ofreciéndome su constante ejemplo de dedicación y rigor. En lo personal, dándome pruebas de un afecto tan sencillo como verdadero. Habitualmente, el regreso desde la Ciudad Universitaria al centro de Madrid lo hacíamos juntos, en su automóvil particular, que en ocasiones conducía su hijo Ignacio, entonces alumno de la Facultad, no muchos años más tarde Letrado del Consejo de Estado y de las Cortes Españolas y Ministro de Industria. Aquellos viajes de vuelta eran inapreciable ocasión para disfrutar del modo más distendido y amistoso del saber de don Gaspar y de su fina ironía, que contrastaba con su aspecto profesional serio y casi severo. No era raro que al llegar a su casa de la calle de Luchana, don Gaspar me invitara a acompañarle a algún bar de las cercanías para continuar la conversación.

Ininterrumpidamente desde entonces, fuera en reuniones profesionales, fuera en visitas a su domicilio o a su despacho, tan sobrio, del Servicio de Reaseguro de Accidentes de Trabajo, del que fue Secretario general, gocé del aprecio y la confianza del profesor Bayón; ininterrumpidamente también, sentí por don Gaspar un respetuoso afecto, una admiración clara hacia su actitud personal ("vibraba por las exigencias de la justicia", pero "jamás hizo demagogia, ni siquiera en los tiempos en que si a ella se unían el talento y la cultura, abría todas las puertas y permitía llegar a todas las metas", como escribió de él Pérez Botija),

un reconocimiento sin reservas hacia su gran obra jurídica.

2. La obra

No es fácil reseñar, en unas escasas páginas, la significación profunda de esa obra. Alonso Olea supo destacar muy agudamente cómo de Bayón se aprendía (y se sigue; y se seguirá aprendiendo) "no ya Derecho, sino la aproximación al Derecho con una pasión en la que era difícil decir qué se debía apreciar más, si la energía y fortaleza de la pasión sentida o la capacidad y templanza para sujetarla a equilibrio y medida". Esa tensión entre pasión por la justicia social y voluntad por embridarla en formas jurídicas me ha padrecido siempre la clave principal para entender la obra de don Gaspar Bayón (tensión, diré de paso, semejante a la que enfrentaba su humorismo de fondo y su grave empaque formal, y que también supo advertir Alonso Olea al referirse al "aire a la vez regocijado y solemne" del maestro Bayón).

a) El método técnico-jurídico

Hay, efectivamente, en la obra de Bayón Chacón una preocupación casi obsesiva por la observación de un método estrictamente jurídico; hay en ella un rechazo expreso del sociologismo y economicismo que habían imperado, con mejor voluntad que rigor científico, en los iniciales tratamientos de la legislación laboral. "Un día y otro en nuestra cátedra, una y otra vez en nuestros libros y ensayos -reconocía don Gaspar Bayón en su Discurso de ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, en 1963- evitamos las desviaciones sociológicas, económicas y políticas a que tan fácilmente conducen los problemas del trabajo, aplicando siempre a los mismos un método asépticamente jurídico". Pérez Botija, en la contestación a ese discurso, insistía reconociendo a Bayón "una autoexigencia de pureza jurídica, una constante preocupación metodológica que le lleva a un cierto formalismo".

Y, en verdad, Bayón Chacón desplegó un gran esfuerzo por juridificar, más aún, por ahormar en los esquemas del Derecho privado (reacción aquí frente al predominio anterior de las formulaciones jurídico-públicas, administrativistas) el nuevo Derecho del Trabajo. Ese afán juridificador está presente en estudios sobre materias que se prestan a una metodología hasta cierto punto formalista (seguridad social y, en particular, accidentes de trabajo; problemas de forma del contrato de trabajo; delimitaciones conceptuales del salario o de la empresa en sentido laboral; análisis de evoluciones jurisprudenciales, como el contenido en el clásico estudio sobre la noción jurisprudencial de dependencia, etc.); pero también está presente la misma actitud juridicista y hasta formalista en estudios sobre materias, como los convenios o los conflictos colectivos de trabajo, en las que el peso de lo político, lo social y lo económico es muy grande. Bayón, ciertamente, se ocupó del estudio de los conflictos colectivos, pero no para recrearse en disgresiones sobre el conflicto social y sus implicaciones político-económicas, sino para, en estricta actitud de jurista, analizar sus "aspectos

jurídico-formales" o los correspondientes "actos de perfección", todo ello aplicando una técnica de inspiración privatista, que contrastaba fuertemente con la acusada publificación que entonces presentaban estas instituciones.

b) La inquietud social

La obra de don Gaspar Bayón, tomada en su conjunto, se nos presenta, en efecto, como un constante y deliberado esfuerzo de contención de las indudables y legítimas preocupaciones metajurídicas del autor. Sin duda, él conocía mejor que nadie la pasión social que anidaba en su ánimo (Pérez Botija, que tan bien le conoció, vió en él, hermanadas, "la pulcritud científica" y la "inquietud social".) Esa pasión, disciplinada sistemáticamente tanto en la elección de los temas de estudio como en la forma de desarrollarlos, desborda en ocasiones los límites impuestos y se exterioriza. Así ocurre, señaladamente, en la concepción del Derecho del Trabajo presente a lo largo del Manual redactado en colaboración con Pérez Botija. En tal concepción, lo jurídico no es abstraido "in vitro" frente a lo social y a lo económico, como hubiera ocurrido en un kelseniano, sino que parte, expresamente, de que "el Derecho del Trabajo... actúa según una organización económica y unas circunstancias o grados de desarrollo técnicos que le son impuestos" (1a. ed., I, p. 10). "El Derecho del Trabajo -insiste en el mismo lugar- actúa ... conforme a la situación social, económica y hasta política de cada país y de cada momento".

Cuando el mismo Manual se plantea el problema de los fines del Derecho del Trabajo, no se limita a ofrecer una respuesta normativa puramente formal, sino que se adentra en respuestas muy realistas, que no rehuyen cierta crudeza que nos hace evocar pasajes de Laski: "Cada régimen político-social trata de defenderse a sí mismo y utiliza el Derecho positivo para esa defensa". Como fin del Derecho del Trabajo se entiende así "la defensa del sistema laboral y económico dominante en cada situación concreta", sin desconocer que "a veces las fuerzas espirituales y materiales contrarias a esa estructura son tan intensas que hay que ceder en parte para conservar lo principal".

c) El fundamento moral del Derecho

El profesor Bayón no fue indiferente a la fundamentación moral de lo jurídico, como quizá lo hubiera sido un jurista de la "Escuela pura"; por el contrario, su obra está sembrada de referencias a la justicia social, al valor de la igualdad, a la dignidad del trabajador, todas ellas bien expresivas de su creencia en principios superiores y trascendentales a la mera técnica jurídica.

En la defensa jurídica de la paz laboral, el gran discurso con que entró a la Academia de Jurisprudencia, Bayón se da permiso a sí mismo para manifestar su vivo interés por lo social, por las realidades que están en la base de las estructuras jurídicas.

Pero, aún dándose permiso, se considera obligado a justificar su momentánea excursión por territorios extrajurídicos: "... se ha llegado a afirmar de mí que era un Catedrático de Derecho del Trabajo a quien preocupaban más los problemas

jurídicos que los problemas del trabajo. Por ello, esta cierta reputación de sequedad científica nos permite abordar hoy problemas humanos y vivos de tipo social (...) sin temor de que se nos impute un sociologismo que ni nos pertenece ni cultivamos...".

En el citado discurso reaparece "el concepto de justicia como definición moral en las relaciones de trabajo"; concepto que el autor enfrenta a la peligrosa "creencia de que determinadas situaciones o realidades laborales son así porque fatalmente tienen que ser así". El humanismo cristiano del profesor Bayón no podía admitir tales determinismos (siempre de cómoda alegación para el que manda). "En el mundo de las relaciones laborales -dice Bayón con palabras que recuerdan al Hayek de Camino de Servidumbre- no existe ninguna ley natural no susceptible de ser modificable, que obligue a afirmar que tal o cual situación de injusticia es así porque tiene que ser así".

El valor de la justicia ha de inspirar al valor de la paz; mientras que la paz formal no pasa de ser "la tranquilidad, la seguridad, el orden público, logrado por un instrumento de poder", la paz material es "consecuencia de una situación de justicia laboral".

La preocupación social de Bayón es patente también en su concepción de la empresa. En ésta "en el fondo, no hay sino una sola cosa: trabajo del hombre"; "el capital es su presupuesto necesario, pero sólo eso". Más rotundamente aún: "El capital es ... un instrumento de la empresa, no una parte de la empresa".

d) La atención a la realidad

A la fundamentación moral del Derecho se suma, en el pensamiento del profesor Bayón, la insoslayable aceptación de la realidad. La necesidad de atender a lo social-real, más alla de lo jurídico-formal, está también presente en su obra. Cuando, en 1977, traza en el Manual (10a. ed., II, p.768 y ss) el bosquejo de la ordenación jurídica de la huelga en España, comienza afirmando, con la claridad que caracteriza a los verdaderos maestros, que "el ordenamiento jurídico teóricamente vigente en España en materia de huelga no se encuentra acorde con la realidad social de nuestro país". Frente a una legislación muy restrictiva (en ciertos supuestos, incluso penalmente), destacaba Bayón cómo "hoy vemos multitud de fenómenos huelguísticos... que se desarrollan como si la huelga fuera en nuestro ordenamiento jurídico un derecho reconocido a los trabajadores". "Todo ello marca -proseguía, con igual claridad de juicio- un absoluto divorcio entre una realidad jurídica moribunda, estéril ya para los fines que en su día trató de cumplir, pero en ocasiones peligrosa pues puede emplearse sobre todo con efectos discriminatorios, y una realidad social generalizada y admitida de huelga frecuente y no delictiva".

La atención del Profesor Bayón hacia el comportamiento real de lo jurídico aparece una y otra vez en su obra. El propio Manual, ya en su pórtico (ed.cit., I, p.8), advierte "como sin haber cambiado aún determinadas normas legislativas la realidad social cotidiana es muy diferente de la prevista como base práctica de

las citadas normas". "Piénsese -razona en el mismo lugar-, por ejemplo, la distancia que separa nuestra legislación en materia de huelga y la verdad de nuestro fenómeno huelguístico que incluso cuando afecta a los servicios públicos más esenciales no suele terminar en una serie de procesamientos sino en negociaciones, despidos y nuevas huelgas por causa de éstos".

c) La preocupación por la historia

Del mismo modo que se hacía eco del "desuso social y político" de las normas laborales, era sensible Bayón Chacón a la interdependencia entre los fenómenos jurídicos y el marco histórico en que se producen. La preocupación de Bayón por las raices históricas del Derecho del Trabajo tiene su expresión más eminente en la que sin duda es su máxima monografía, La autonomía de la voluntad en el Derecho del Trabajo. Limitaciones a la libertad contractual en el Derecho histórico español (Madrid, Ed. Tecnos, 1955). El hilo conductor de este estudio ejemplar está formado por el cotejo de "dos mundos diferentes: el de la norma coactiva y el de la norma voluntaria", en cuanto inciden sobre los antecedentes históricos del Derecho del Trabajo. Bayón rehúye la simplista oposición de esos dos mundos -el de la autonomía y el de la heteronomía- para afirmar que "la regulación legal y la autonomía de la voluntad no constituyen dos sistemas... opuestos de generación jurídica, sino complementarios siempre y siempre presentes y conjuntamente en acción en cualquier momento histórico de cualquier país determinado".

Esa coexistencia de los principios de heteronomía y autonomía no impide, según destaca nuestro autor, la primacía del primero de ellos: "la regulación heteronómica del trabajo constituye la verdadera tradición española, y la entrega de la relación laboral a la autonomía de la voluntad no es la regla, sino la excepción de duración escasa y de notoria influencia extranjera". La existencia de cuantiosas normas (Ordenanazas gremiales, Libro de Consulado de Mar, Nueva y Novísima Recopilaciones, etc.) de contenido laboral permite hablar a Bayón, con limpio orgullo nacional, de "un viejo y glorioso Derecho español del Trabajo". Eje del pensamiento de Bayón en su importante aportación histórica es, en efecto, la tesis de que la legislación laboral, tenida comúnmente como novedad de las postrimerías del siglo XIX, no es sino la prolongación de una larguísima tradición histórica, apenas interrumpida por las corrientes liberales que tuvieron su fuente en la Reforma y la Revolución Francesa. "Cuando fue surgiendo la legislación sobre el trabajo -escribía Bayón- se le saludó como una gran novedad de los tiempos modernos y hasta como un fruto del progreso, sin darse cuenta de que no significaba sino un retorno parcial y tímido hacia viejas normas que rigieron precisamente en épocas que el liberalismo se complacía en calificar siempre de retrógadas y oscurantistas".

El Derecho del Trabjo es, pues, en la original construcción de Bayón Chacón, un fenómeno que contrasta con el espíritu de liberalismo (político, económico y jurídico) que rodea su nacimiento; pero que se adecúa a la larga tradición jurídica

española de intervención del poder público en la regulación de las condiciones de trabajo (salarios, jornadas, festividades, forma de los contratos, disciplina en el trabjao, etc).

En la discusión entre racionalismo liberal e historicismo, Bayón no duda en acogerse a este último: "el devenir histórico -nos dice en la autonomía de la voluntad...- no ha estado jamás sujeto a un proceso de razón, sino que es el resultado de un entrecruzamiento complejo de fenómenos de diverso origen". Nuevamente, realismo frente a formalismo, historia frente a ideología abstracta, configuran las grandes líneas del pensamiento jurídico de don Gaspar Bayón.

f) Pervivencia de la obra del Profesor Bayón

La importancia de la obra de Bayón no se limita al hecho de que en ella se contenga una verdadera teoría general del Derecho del Trabajo (y del Derecho sin más); no se limita al hecho de que ofrezca una interpretación de lo jurídico atenta a la realidad presente y pasada. La importancia de la obra de Bayón radica también en el acierto con que ha seleccionado los temas de investigación, y en el rigor con que los ha tratado. Así, la atenuación del requisito de la dependencia como elemento definidor del contrato de trabajo es una de las propuestas básicas de Bayón que merecieron ser acogidas por la jurisprudencia. De extrema importancia, y no menor influencia doctrinal, fue la cuidadosa elaboración de Bayón sobre el concepto jurídico-laboral de empresa. La gran originalidad del pensamiento de Bayón queda también plasmada en sus estudios sobre el "contrato de intercambio de servicios" y sobre la consideración de la indemnización por despido improcedente como auténtica "indemnización expropiatoria". En fin, la moderna doctrina del Derecho del Trabajo debe mucho a la obra de Bayón en orden a la elaboración de las instituciones jurídicas sobre el salario, el despido, los convenios y conflictos colectivos, la seguridad social, etc.

La obra de don Gaspar Bayón no queda, sin embargo, cinrcunscrita a su amplia e influyente producción escrita: vive aún, más allá de las páginas de sus estudios, prolongada tanto en el quehacer de la frondosa escuela de laboralistas que él encabezó, con tanta exigencia y afecto, como en la formación, a la que tan decisivamente contribuyó, de todos cuantos en España nos dedicamos a la investigación y enseñanza universitarias del Derecho del Trabajo.

Porque, en definitiva, el Profesor don Gaspar Bayón Chacón fue, en el pleno sentido de la palabra, un maestro, es decir, no sólo un hombre sabio que transmitió con generosidad su ciencia, sino también un hombre prudente, un hombre justo que poseía aquella "buena índole y honestidad" que David Hume reputaba, en su Investigación sobre los principios de la moral, eje de las virtudes sociales. Pérez Botija, el eminente colega y fraternal colaborador de Bayón, acertó a definir su personalidad mesurada, conciliadora y al tiempo decididamente inclinada a la búsqueda de la justicia, cuando dijo, en el acto de ingreso en la Academia de Jurisprudencia del Profesor Bayón, que éste poseía una "plaza de la concordia" en su corazón.

DERECHO INDIVIDUAL

Octavio Bueno Magano (Brasil)
No discriminación.
La prohibición de diferencia de sueldos, de ejercicio de funciones y de criterio para admisión, por motivos de sexo, edad, color o estado civil.

Carlos Corro Zuñiga (Costa Rica)
Las justas causas de despido en la legislación laboral y jurisprudencia de Costa Rica.

Helios Sarthou (R.O. del Uruguay)
Propuesta para una impugnación del ius variandi patronal.

Francisco Walker Errázuriz (Chile)
Terminación de la relación laboral en el derecho del trabajo chileno en un período de cambio.

NO DISCRIMINACION. LA PROHIBICION DE DIFERENCIA DE SUELDOS, DE EJERCICIO DE FUNCIONES Y DE CRITERIO PARA ADMISION, POR MOTIVO DE SEXO, EDAD, COLOR O ESTADO CIVIL

Octavio Bueno Magno
(Brasil)

Si se fuera colocar bajo epígrafe al enunciado arriba, extraído del artículo 7o., XXX, de la Constitución brasileña, él no podría ser el de la igualdad salarial. El más adecuado sería el de no discriminación, pues allí no se prohíben sólo las diferencias de sueldo sino también de tratamientos desiguales, en lo que se refiere al ejercicio de funciones y admisiones en empleos. Bajo el aspecto señalado sin duda hubo una evolución en el Derecho Constitucional brasileño. En la Constitución de 1946, se menciona solamente la prohibición de la diferencia de sueldo para el mismo trabajo; (1)<(1) Vide art. 157, II.> en la de 1967 y en la Enmienda No. 1 de 1969, se hace alusión a la prohibición de diferencias de sueldos y de criterios para admisiones (2)<(2) Vide arts. 158, III y 165, III.> y, finalmente, en la de 1988, se prohíben diferencias de sueldos, de ejercicios de funciones y de criterios de admisiones. (3)<(3) Vide art. 7o., XXX.>

La evolución señalada refleja otra análoga, ocurrida en el plano internacional. Al inicio sólo existía el artículo 427 del Tratado de Versalles, adonde se protegía el principio de "sueldo igual, sin distinción de sexo, para un trabajo igual en cantidad y calidad." Cuando la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo fue reformada en 1946, el mismo principio pasó a formar parte de su preámbulo. En 1951, la Organización Internacional del Trabajo adoptó la Convención No. 100, complementada por la Recomendación No. 90, también en 1951, reiterando el principio de igualdad de sueldo, marcadamente entre la mano de obra masculina y la femenina. En 1958, la regla de la igualdad salarial fué insertada en una materia de mayor amplitud, o sea, la de la discriminación en el empleo, objeto de la Convención No. 111, del mismo año. En esa Convención, se define a la discriminación como "cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia o alteración de la igualdad de oportunidades o de tratamiento en el empleo o en la ocupación." Entre las muchas especificaciones de la regla de igualdad señalada, se incluye expresamente la del sueldo por trabajo de igual valor. En 1962, aparece la Convención No. 117, sobre política social, en la cual se enuncia como uno de sus objetivos la supresión de toda discriminación entre los trabajadores, basada en motivos de raza, color, sexo, religión, afiliación a una tribu o a un sindicato, en los diferentes aspectos del empleo y de las condiciones de trabajo, incluso sueldo.

Todavía en el plano internacional, se debe mencionar, en primer lugar, la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, de 1948, en cuyo artículo 23, No. 2, se estipula: "Toda persona tiene derecho, sin ninguna discriminación, a un sueldo igual para un trabajo igual." En segundo lugar, se debe citar el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 1966, en cuyo artículo 7o. se reconoce el derecho de todos los trabajadores a un sueldo equitativo e igual por trabajo de igual valor, sin distinción de ningún tipo, resaltándose la necesidad de asegurar la mencionada igualdad con respecto al

trabajo de la mujer comparado al del hombre. En tercer lugar, es menester mencionar la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que provee la igualdad de derechos sin discriminación (artículo 24).

Al nivel del Derecho Comparado, la legislación que merece realce es la Argentina, o, más específicamente, el artículo 81 de la Ley del Contrato de Trabajo, donde se lee: "El empleador debe suministrar a todos los trabajadores igual tratamiento en situaciones idénticas. Se entenderá que existe tratamiento desigual cuando se estrablezcan discriminaciones arbitrarias basadas en razones de sexo, religión o raza, salvo cuando el tratamiento desigual provenga de principios de bien común, que consistan en mayor eficiencia, operosidad o astringencia del trabajador a sus tareas." Justo López, O. Centeno y Fernández Madrid, comentando el precepto indicado, realzan que la prohibición de discriminación contenida en él se aplica a todas las visitudes del contrato de trabajo, o, usando sus propias palabras, se trata de un precepto "válido y aplicable en todas las instancias del contrato de trabajo." (4)<(4) López, Justo; Centeno, Norberto O.; Fernández Madrid, Juan C., Ley de Contrato de Trabajo Comentada, Buenos Aires, Contabilidad Moderna, 1978, p. 397.>

El constituyente brasileño de 1988 no llegó al punto de prohibir todo tipo de discriminación concerniente al empleo y a la ocupación, como se preconiza en la Convención No. 111, de la Organización Internacional del Trabajo. Sin embargo, nos parece que la referencia del texto a la prohibición de diferencias en el ejercicio de funciones se debe interpretar en consonancia con la legislación argentina, para significar prohibición de discriminación "en todas las instancias del contrato de trabajo".

La palabra discriminación, como explica Karl Joseph Partsch,"...sert généralment a désigner le traitement inégal d'individus égaus, soit par l'octroi de faveurs soit par imposition de charges." (5)<(5) "Les principes de base des droits de l'homme: l'autodetermination, l'égalité et la non discrimination", "in" "Les dimensions internationales des droits de l'homme", Paris, Unesco, 1978, p.75.>

La discriminación se exterioriza de diferentes maneras, pero se puede agrupar en cuatro clases: directa, indirecta, negativa y positiva.

La directa se verifica cuando el empleador adopta, por ejemplo, la regla de no admitir mujeres a su servicio. La indirecta ocurre cuando ciertos sectores de la economía tienen tal estructura que favorece más al empleo de hombres. Delante de ese tipo de discriminación será necesario, según la advertencia de Maria Luisa de Cristofaro: "a) distribuire su base promozionale le opportunitá per gli appartenenti ai vari gruppi do ottenere un determinato beneficio; b) rimuovere gli effetti della passata discriminazione." (6)<(6) Lavoro femminile et pari opportunitá, Bari, Cacucci, 1989, p. 15.> La discriminación negativa es la que, "verbi gratia", tiene como resultado la recusación del trabajo de las mujeres; la positiva es la que las favorece, como ocurriría con una compañía de aviación que sólo admitiera azafatas a su servicio.

Se pueden ilustrar las características de la discriminación, señaladas arriba, con los siguientes ejemplos: Si el empleador favorece a los empleados de la sección "A" con aire acondicionado, los de la sección "B" pueden exigir el mismo beneficio para el ejercicio de sus funciones. Por otro lado, si el empleador impone el uso de saco y corbata a los empleados de la sección "B", que tratan directamente con el público, eximiendo de la exigencia a los de la sección "A" que también tratan directamente con el público, los primeros podrán forzar la liberación de la exigencia para el ejercicio de funciones.

No se pueden hacer las discriminaciones en causa y otras análogas ni en razón de sexo, ni de edad, ni de color, ni de estado civil.

En el pasado, reinaba la concepción proteccionista, en lo que se refiere al trabajo de la mujer, ofreciéndole una protección semejante a la dada al menor. Hoy día, prevalece el concepto que, en vez de reglas proteccionistas, se debe observar el principio de la no discriminación, que, según Francoise Giroud, no se traduce propiamente por igualdad sino por equivalencia. (7)<(7) "Cent mesures pour les femmes, Paris, La documentation francaise", 1976, p. 15>

En la línea de las nuevas reglas mencionadas arriba, en los últimos tiempos, se ha desencadenado un movimiento universal en favor de la igualdad de oportunidades para los hombres y las mujeres, lo que tuvo como consecuencia la revisión de innumerables sistemas legislativos y la adopción de nuevos textos de amplitud internacional.

Entre los sistemas legislativos revisados, sobresale el francés. A través de la Ley del 11 de julio de 1975, del Decreto del 5 de agosto del mismo año y de la Ley del 2 de enero de 1979, el legislador francés suprimió muchos conceptos existentes en el Código del Trabajo, como, por ejemplo, el L234-1, que prevía la tutela moral de los empleados sobre mujeres adultas.

Igualmente reveladores se muestran las modificaciones ocurridas últimamente en el Derecho norteamericano. Según Schmidt, las leyes de protección a la mujer, en dicho país, se están muriendo, si ya no se han muerto por completo. (8)<(8) Schmidt, Folke, Discrimination in Employment, Stockholm, Almiqvist & Wikesell International, s.f.p., p. 130.> El desdén existente con referencia a ellas sobresale extraordinariamente en el pasaje abajo, extraído de la decisión de 1971, donde la Suprema Corte del Estado de California negó la aplicación a la ley prohibitiva del empleo de mujeres como gerente de bar: "Laws which disale women... are often characterised as 'protective' and beneficial. Those same laws applied to racial or ethnic minorities would readily be recognised as invidious or impermissible. The pedestal uponwhich women have been placed has all to often, upon closer inspection, been revealed as a cage." (9)<(9) Idem, p. 132.>

La base de apoyo de las medidas antidiscriminantes, relacionada a la mujer, es el Título VII, del "Civil Rights Act" de 1964, enmendado en 1972 a través del "Equal Employment Opportunity Act". La eficiencia de la legislación señalada es garantizada por la actuación de una agencia federal llamada "Equal Employ-

ment Opportunity Comission" (EEOC). En las reglas adoptadas en 1972, por dicha agencia, quedó establecido que las leyes que prohíben o limitan el empleo de mujeres en ciertas ocupaciones, como en las que tengan que cargar o transportar pesos, arriba de ciertos límites; o ejerzan actividades durante determinadas horas de la noche; o tengan que permanecer en el lugar de trabajo por más de un cierto número de horas; no consideran debidamente las potencialidades, preferencias y aptitudes de las mujeres y, en consecuencia, se deben tratar como si fueran discriminatorias, es decir contrarias al Título VII, del "Civil Rights Act" de 1964, que las revocó. (10)<(10) Ibidem, p. 132.> Teniendo presente las reglas en causa, los tribunales norteamericanos han negado la aplicación a las llamadas leyes de protección en un gran número de casos. (11)<(11) Ibidem, p. 132.>

Otra legislación donde se ve claramente el cambio de concepción, con respecto al trabajo de la mujer, es la italiana. El punto más significativo de dicho cambio total es la Ley No. 903, del 9 de diciembre de 1977, donde se insertan las siguientes reglas: la de la prohibición de cualquier discriminación basada en el sexo, en ocasión de la constitución del contrato de trabajo, salvo en el campo de la moda, del arte y de los espectáculos; la de la previsión de que tanto la madre como el padre puede faltar al trabajo para, configurados determinados presupuestos, cuidar al hijo, aunque adoptivo; la de la previsión de que la prohibición del trabajo nocturno pueda dejar de prevalecer a través de convención o acuerdo colectivo; la de la previsión de que trabajos penosos puedan ser ejecutados por mujeres, una vez que la prohibición legal eventualmente existente se declare como no aplicable, en cláusula de convención o acuerdo colectivo de trabajo. (12)<(12) Durval, Flavia, "Dizionari del Diritto Privato, Diritto del Lavoro", Paritá Uomo-Donna, Milano, Giuffré, 1981, v. 2, p. 318/9.>

Aunque dicha ley no haya anulado todas las diferencias entre los trabajos masculino y femenino, no hay duda que dio mayor realce a la exigencia de paridad entre ambos que a la idea de protección. Eso aparece claramente en el precepto donde se concede al padre la facultad de faltar al trabajo para cuidar del hijo, porque reduce el gasto relacionado a la utilización del trabajo femenino. (13)<(13) Idem, p. 317.> Por otro lado, la no aplicabilidad de disposiciones proteccionistas, cuya ocurrencia sea excluída por convención o acuerdo colectivo, deja patente que las reglas proteccionistas, según la visión del legislador italiano, ya no tienen esa antigua característica imperativa que dificultaba la posibilidad de que fuesen puestas de lado por la actuación de la autonomía privada, aunque sea de carácter colectivo. (14)<(14) Ghera, Edoardo, "Diritto del Lavoro", Bari, Cacucci, 1982, p. 76.>

La legislación española no es diferente del padrón que de aquí está siendo descripto, como se ve claramente al leer el artículo 17.1, del Estatuto de los Trabajadores, donde está expresamente prohibida la discriminación con respecto a empleo, restricciones, jornadas y demás condiciones de trabajo, por motivo

de sexo". (15)<(15) Ob. cit., p. 494.>
Aunque dicha legislación todavía mantiene ciertas prohibiciones de carácter proteccionista, con relación al trabajo de la mujer, como la de limpieza o reparación de máquinas en movimiento; la del manoseo de máquinas donde haya un gran riesgo de accidente; la del trabajo a más de cuarenta metros de altura, etc. (16)<(16) Montoya Melgar, Alfredo, "Derecho del Trabajo", Madrid, Tecnos, 1984, p. 496.> hoy día el principio de la no discriminación es dominante, (17)<(17) Rodriguez Piñero, Miguel, "El Estatuto de los Trabajadores", Madrid, Revista de Derecho Privado, 1983, Tomo IV, p. 359.> apareciendo no sólo en dicho precepto del Estatuto de los Trabajadores, sino también en la eliminación de ciertas prerrogativas que, en el pasado, sólo eran ofrecidas a la mujer y que hoy también son dadas al hombre, como la de licencia para cuidar al hijo y la de garantía de transferencia, con la única condición de que existan lugares vacantes, en la hipótesis de cualesquiera de los cónyugues ser designado a trabajar en un lugar diferente del normal. (18)<(18) Montoya Melgar, ob. cit., p.494.>
Al considerar la igualdad entre los hombres y las mujeres, en nivel internacional, es necesario distinguir los textos genéricos de los oriundos de la Organización Internacional del Trabajo.
Entre los textos genéricos se deben citar, en primer lugar, los de la Carta de las Naciones Unidas. Hay, ya al inicio, el pasaje preambular donde se afirma la crencia en la igualdad de derechos de los hombres y las mujeres, como también de las naciones grandes y pequeñas. Enseguida, se debe realzar el ítem "e", del artículo 1o., donde se discute la solución de problemas mundiales, sin distinción de raza, sexo, idioma o religión. Sigue el parágrafo "c", del artículo 55, donde se alude a la observancia de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, sin distinción de raza, sexo, idioma o religión. Finalmente, está el parágrafo "c", del artículo 76, que también estimula los derechos humanos y las libertades fundamentales, sin distinción de raza, sexo, idioma o religión. (19)<(19) Rangel, Vicente Marotta, "Direito e Relacoes Internacionais", Sao Paulo, RT, 1981, p. 14.>
En la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, del 10 de diciembre de 1948, muchos preceptos incluyen reglas específicas sobre la no discriminación. En el Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, del 16 de diciembre de 1966, se debe realzar el artículo 3o., que tiene el siguiente contenido: "Los Estados firmantes del presente Pacto se obligan a garantizar la igualdad de derechos del hombre y de la mujer con respecto a los beneficios de todos los derechos económicos, sociales y culturales enumerados en dicho Pacto." (20)<(20) Idem, p. 345.>
En el Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos, también del 16 de diciembre de 1966, merece realce no sólo el artículo 3o., donde, "mutatis mutandis", se repite la regla del artículo 3o., del Pacto citado arriba, sino, de igual forma, el artículo 26, donde se expresa la obligación de la protección igual y

eficiente contra toda discriminación, principalmente de raza, sexo, idioma, religión, opinión política y de toda otra opinión de origen nacional o social, de riqueza, de nacimiento o de cualquier otra situación. (21)<(21) Ibiden, p. 356>
Es de especial importancia, para aclarar la cuestión en estudio, la mención de dos iniciativas tomadas en el corazón de la Organización de las Naciones Unidas. La primera consistió en la conversión del año 1975 en el Año Internacional de la Mujer, suceso realzado con la realización de una conferencia en la Ciudad de Méjico. La segunda se tradujo en la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, adoptada en 1979.
Dicha Convención se basa en la constatación insertada en uno de sus "considera" de que, no obstante los diferentes instrumentos, a nivel internacional, destinados a favorecer la igualdad de derechos entre el hombre y la mujer, ésta continúa siendo objeto de grandes discriminaciones. También se basa en la aceptación de que la educación de los hijos exige la responsabilidad compartida entre hombres y mujeres y la sociedad como un todo. Finalmente, se basa en el reconocimiento que, para alcanzar la plena igualdad entre el hombre y la mujer es necesario modificar el rol tradicional de cada uno, en la sociedad y en la familia.
En el ámbito de la Organización Internacional del Trabajo, es necesario citar la Convención No. 82, de 1947; la Convención No. 100, y la Recomendación No. 90, de 1953; la Convención No. 111 y la Recomendación del mismo número, de 1958; la Convención No. 117, de 1962; la Convención No. 156 y la Recomendación No. 165, del 1981.
En Brasil, el primer diploma legislativo que trata específicamente del trabajo de las mujeres es el Decreto No. 21.417-A del 17 de mayo de 1932.
Impregnado de la concepción proteccionista les prohíbe el trabajo nocturno desde las veintidós horas hasta la cinco horas, salvo algunas excepciones; les impide remover pesos; les prohíbe el trabajo: a)en los subterráneos, en las mineraciones en subsuelo, en las pedreras y obras de construcción pública o privada; b)en los servicios peligrosos e insalubres; les prohíbe el trabajo durante el período de cuatro semanas antes y cuatro semanas después del parto. Por otro lado, les garantiza sueldo igual a de los hombres, por trabajo de igual valor; les atribuye auxilio-maternidad correspondiente a la mitad de su sueldo, durante los periodos arriba mencionados de cuatro semanas antes cuatro semanas después del parto; les confiere la facultad de romper el respectivo contrato de trabajo, en el caso que tengan tareas perjudiciales a la gestación; les concede dos descansos por día de media hora cada uno para amamantar sus propios hijos, durante los seis primeros meses después de parto; les garantiza un lugar adecuado para dejar los hijos, en período de amamantación, en los establecimientos donde estén empleadas por lo menos treinta mujeres con más de dieciseis años; ampararlas, excluyendo la preñez de la lista de causas justas para la rescisión del contrato de trabajo.
En 1934, con la creación del Instituto de los Comerciantes, hecha a través del

Decreto No. 24.234, del 22 de mayo del mismo año, se atribuyó a las empleadas del comercio el beneficio del auxilio-maternidad.(22)<(22) "Art. 17 - El auxilio-Maternidad será concedido a la mujer inscripta como asociada, de acuerdo a los arts. 7o. a 10a. y sus parágrafos, del Decreto No. 21.417-A del 17 de mayo de 1932."> Contrariando la tendencia liberal contenida en dicho Decreto surgió, sin embargo, el 31 de agosto de 1940, el Decreto-Ley No. 2.548, admitiendo la posibilidad de reducir el sueldo mínimo de la mujer.

El 10 de noviembre de 1943, se publicó la CLT que, siguiendo la misma línea proteccionista de la legislación anterior, (23)<(23) Moraes Filho, Evaristo de, "O Trabalho Feminino", Revista LTr, Sao Paulo, 40-846.> desdobló y amplió las reglas contenidas en ella. Sin embargo, es imperativo registrar sucesivas alteraciones de dicho diploma legal, marcadas por la tendencia de disminuir la lista de prohibiciones con respecto al trabajo feminino.

En nivel constitucional, inicialmente aparecen las reglas de la Constitución de 1934, sobre el trabajo de la mujer. La primera se refiere a la prohibición de ser discriminada con respecto a sueldos (art. 121, 1o., "a"); la segunda a la prohibición de trabajar en industrias insalubres (art. 121, 1o. "d"); la tercera a la garantía de descanso antes y después del parto, sin perjuicio salarial ni al empleo, como también a la promesa de seguro maternidad (art. 121, 1o., "h"); la cuarta a la promesa de medidas asistenciales de amparo a la maternidad y al trabajo (artículo 121, 3o.).

En la Constitución de 1937, sobresalen las siguientes reglas: prohibición del trabajo nocturno en industrias insalubres (art. 137o., "k"); asistencia médida e higiénica a la mujer en gestación como también licencia pagada antes y después del parto (art. 137o., "l").

En la Constitución de 1946, las reglas que deben ser amputadas son las siguientes: prohibición de diferencia de sueldo para un mismo trabajo, con relación al hombre (art. 157o., II); prohibición de trabajo en industrias insalubres (art. 157o., IX); derecho de la mujer en gestación a un descanso antes y después del parto, sin perjuicio del empleo ni del sueldo (art. 157o., X); asistencia sanitaria, incluso de hospital y médica preventiva a la mujer en gestación (artículo 157o., XIV); seguro de maternidad (art. 157o., XVI).

En la Constitución de 1967, constan las siguientes reglas: prohibición de diferencia de sueldos y de criterios de admisiones por motivo de sexo (artículo 158o., III); prohibición de trabajo en industrias insalubres (artículo 158o., X); descanso con sueldo
para la mujer en gestación antes y después del parto sin perjuicio del empleo y del sueldo (artículo 158o., XI); seguro maternidad (artículo 158o., XVI).

En la Enmienda Constitucional No. 1, de 1969, se deben mencionar los temas enumerados abajo; prohibición de diferencia de sueldos y de criterios de admisión por motivo de sexo (artículo 165, III); prohibición de trabajo en industrias insalubres (artículo 165, X); descanso con sueldo de la mujer en período de

gestación antes y después del parto, sin perjuicio del empleo y del sueldo (artículo 165, XI); seguro-maternidad (artículo 165, XVI).

Finalmente, en la Constitución de 1988, además del precepto citado inicialmente, prohibitivo de discriminaciones basadas en el sexo, cabe mencionar el artículo 3o., IV, de contenido semejante; el artículo 7o., XXXIII, donde ya no se le prohíbe a la mujer el trabajo nocturno o insalubre; el artículo 7o., XVIII, que le concede licencia pagada por ciento veinte días durante el período de gestación; el articulo 7o., XX, que manda proteger el mercado de trabajo de la mujer; y el artículo 10, II, "b", de las Disposiciones Constitucionales Transitorias, que le otorga estabilidad, desde la confirmación de la preñez hasta cinco meses después del parto.

Ante la nueva Constitución, la cuestión más difícil de resolver es la de saber si continúa en vigor la regla del artículo 379 de la CLT, que prohíbe el trabajo nocturno de la mujer en actividades industriales.

A primera vista, podría parecer que si la prohibición no fue considerada incompatible con la Constitución de 1967, no se podría afirmar su incompatibilidad con la actual. Sin embargo, el artículo 7o., XX, de ésta cuida de la protección del mercado de trabajo de la mujer, lo que trae como consecuencia la posibilidad del trabajo nocturno. Y eso sin la necesidad de repetir aquí el argumento que la tendencia universal del Derecho del Trabajo es el de paulatinamente eliminar la hipótesis que limitan el trabajo de la mujer.

Todas las formas de discriminación arriba indicadas se consideran prohibidas, según el precepto constitucional en cita.

El segundo factor de discriminación a considerarse aquí es el de la edad, no mencionado en la Constitución de 1967, que sólo se refirió a sexo, color y estado civil. Sin embargo se trata de un factor intensamente considerado en la práctica, porque los trabajadores jóvenes, debido a la falta de experiencia y preparación profesional, difícilmente pueden competir con trabajadores adultos.

Se sabe que, en todo el mundo, los jóvenes entre catorce y veinticuatro años se encuentran en situación desfavorable para obtener empleos.

En estudio hecho bajo los auspicios de la OCDE, se descubrió que el desempleo de jóvenes, en dichos límites de edad, era, en 1981, de 2,6%; 2,5%, 6,9%; 3,5% superior al desempleo de adultos, respectivamente en los Estados Unidos de Norteamérica, en Inglaterra, en Italia y en Francia. (24)<(24) "Politiques Novatrices en faveur des jeunes", Paris, OCDE, 1985, p. 21.>

Las causas más comúnmente citadas para explicar el mencionado fenómeno son las siguientes: a) crisis económica y debilidad del movimiento de recuperación; b) "baby boom" posterior al fin de la Segunda Guerra Mundial; c) falta de preparación y experiencia de los jóvenes comparados con los adultos; d) exceso de reglas proteccionistas con relación a los adolescentes. (25)<(25) Idem, p. 37/41.>

Para compensar dicha situación desfavorable, han sido adoptadas muchas medi-

das, en países europeos, para estimular el empleo de jóvenes, mereciendo citarse la posibilidad de contratarlos por período determinado, sin las restricciones aplicables en la contratación de adultos, y la inserción de ellos en el ámbito de los llamados contratos de solaridad, que, en resumen, consiste en la exención de las contribuciones destinadas a la previsión social. (26)<(26) Verdier, Jean-Maurice, "Droit de Travail", Paris, Dalloz, 1986, p. 193/197.> En Portugal el Decreto-Ley No. 64-A/89, del 27 de febrero, que dio un nuevo tratamiento al contrato a plazo, colocando restricciones a las hipótesis de su utilización, hace una mención expresa para la contratación de trabajadores que buscan su primer empleo. (27)<(27) Santos, José de Castro e Rapoula, Maria Teresa, De Cessacao do Contrato de trabalho e Contratos a Termo, Lisboa, Rei dos livros, 1990, p. 177.> En Brasil, donde los jóvenes con edad inferior a los diecinueve años corresponden a cerca de 45% de la población, se justifica aún más la adopción de normas prohibitivas de discriminación por motivo de edad.

Dichas reglas son igualmente necesarias para impedir la explotación de la media fuerza. Antes de la aparición de la Constitución de 1988, era posible, en la zona rural, pagar sólo medio sueldo al menor de deciseis años. La hipótesis estaba expresamente prevista en el parágrafo único del artículo 11, de la Ley No. 5.889/73, en estas palabras: "A los empleados menores de deciseis años les es garantizado el sueldo mínimo fijado en valor correspondiente a la mitad del sueldo mínimo establecido para el adulto."

El precepto arriba citado perdió toda validez, después de la promulgación de la Constitución de 1988. Según Celso Bastos, ésta también habría revocado la "legislación que permite el pago inferior al sueldo mínimo a los aprendices." (28)<(28) Comentários a CLT, S. Paulo, RT, 1989, p. 125. Vide también Enunciado No. 134, do Tribunal Superior do Trabalho.> No acompañamos al citado constitucionalista en ese paso. La reducción del sueldo del aprendiz, prevista en el artículo 80, de la CLT, se explica no por motivo de la edad, sino como consecuencia del gasto que el empleador tiene con el aprendizaje. (29)<(29) Bastos, Celso Ribeiro e Martins, Ives Gandra da Silva, Comentários a Constituicao do Brasil, Sao Paulo, Saraiva, 1989, vol. II, p. 495.> Por eso, Valentin Carreon indica correctamente: "No es imposible mantener la eficiencia de esa disposición, siempre que se pruebe la existencia de una verdadera y auténtica enseñanza profesionalizante por la importancia que tiene para el propio aprendiz y para el país, además de su costo considerable."(30)<(30) Saad, Eduardo Gabriel, Constituicao e Direito de Trabalho, Sao Paulo, LTr, 1989, p. 165.> Más recientemente el Estatuto del Niño y del Adolescente (31)<(31) Ley No. 8.069, del 13.7.90.> dió más relieve a dicha orientación, previendo la inserción de adolescentes en programas educativos, sin las obligaciones de la legislación de trabajo, siempre que la preocupación con el desarrollo personal y social del educando prevalezca sobre el aspecto productivo. (32)<(32) Art. 68.>

El tercer factor de discriminación previsto en el artículo 7o., XXX, de la

Constitución es el del color, parangonable al factor raza previsto en textos internacionales. En los términos de la Convención elaborada por la Asamblea de la organización de las Naciones Unidad, discriminación racial significa "any dictinction, exclusion, restriction or preference based on race, colour, descent ornational or ethnic origin which has the purpose or effect or nullifying or impairing the recognition, enjoyment or exercise, on and equal footing, of human rights and fundamental freedons in the political, economic, social, cultural, or any other field of public life." (33)<(33) McKean, Warwich, Equality and Discrimination urder the International Law, Oxford, Clarendon Press, 1983, p. 155/156.>

En Brasil, país de intensa mezcla no debería de haber discriminación por motivo de color. Sin embargo, no es eso lo que se produce en la práctica, tanto que el legislador se encontró forzado a editar la Ley No. 1.390/51, considerando contravención penal diferentes tipos de discriminación racial. Chiarelli atesta su incidencia con relación a la oferta de empleos (34)<(34) Chiarelli, Carlos Alberto Gomes, Trabalho na Constituicao, Sao Paulo, LTr, 1989, vol. I, p. 243.>

El cuarto factor de discriminación mencionado en el artículo 7o. XXX, de la Constitución es el del estado civil.

Refiriéndose a él, así se manifiesta Eduardo Gabriel Saad: "Con relación al estado civil, es muy probable que, después del aparecimiento de la nueva Constitución, las mujeres casadas y todavía fértiles enfrentarán serias dificultades para obtener un empleo. Durante su preñez, su licencia es de 120 días lo que no deja de ser un período bastante largo y que trae alguna perturbación en la producción en serie, con operaciones sucesivas e interdependientes. Juntamente con eso, tenemos también la estabilidad hasta cinco meses después del parto, lo que vuelve posible la permanencia por mucho tiempo en la compañía si entre un parto y una nueva concepción el intervalo sea de sólo 60 ó 90 días. Debe la mujer merecer protección especial en el trabajo. Cuando esa protección se vuelve exagerada yendo más allá de las exigencias de situaciones de interés de la colectividad, la mujer es alejada del mercado de trabajo o tendrá que someterse a las condiciones de la `economía oculta'."(35)<(35) Op. cit., p.165/166.>

Concordamos con Saad. Nos parece que la tendencia discriminatoria que él señala deberá persistir, aún cuando esté claro que la licencia maternidad debe constituir un tributo del Instituto de la Previsión y no del empleador.

En el artículo 7o., XXX de la Constitución, al contrario de lo que ocurría con la Constitución de 1946, (36)<(36) Art. 157, II.> no se menciona a la nacionalidad como un factor excluyente de discriminación.

Por otro lado, en ella tampoco se cuida de "fijar los porcentajes de empleados brasileños en los servicios públicos dados en concesión y en los establecimientos de determinados sectores del comercio y de la industria;" (37)<(37) Art. 157, XI.> regla de origen corporativista insertada en el artículo 153 de la Carta-otorgada de 1937 y, después, transplantada sucesivamente a las Constituciones

de 1946 y 1967.

Parecería incisivo, que el constituyente de 1988 oyó y acogió las críticas vehementes que dirigimos al mencionado precepto y que a continuación se resumen. La idea de nacionalización del trabajo está umbilicalmente unida a la de nacionalismo, doctrina que subordina toda la política interna de un país al desarrollo del poderío nacional. Un nacionalismo ortodoxo, en los términos del nacionalismo de la Alemania de Hitler, nunca ha existido en Brasil. Sin embargo, no hay duda que a partir de la Revolución de 30, nos empezó a gustar esa idea. Eso explica la regla del artículo 153, de la Constitución de 1937, con el siguiente contenido: "La ley determinará el porcentaje de empleados brasileños que deben ser obligatoriamente mantenidos en los servicios públicos dados en concesión y en las compañías y establecimientos de industria y comercio." Le sigue el Decreto-Ley No. 1.843, del 7 de diciembre de 1939, el cual, con pocas alteraciones, corresponde al Capítulo que se refiere a la nacionalización del trabajo insertado en la CLT.

La regla de dos tercios que consta hoy en art. 354 de la CLT, está en flagrante choque con textos internacionales, a cuya observancia estamos sometidos, como es el caso de la Carta de las Naciones Unidas, del Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y principalmente en la Convención No. 111 (1958) de la Organización Internacional del Trabajo, cuyo articulo 1o. se refiere expresamente a la nacionalidad como factor que no debe anular ni alterar la igualdad de oportunidad o de tratamiento, con relación a la obtención de empleo u ocupación. Si el choque señalado de la legislación brasileña con principios internacionales tan arraigados fue descuidado en 1946, 1967 y 1969, seguramente pasó por la conciencia de los constituyentes de 1988, que, por eso, dejaron de reproducir los preceptos discriminatorios de las constituciones anteriores. El resultado es que la exigencia de la proporción de dos tercios de carácter burocrático, engendra el servicio improductivo y fastidioso de la elaboración de las relaciones respectivas, consubstanciadas en montones de papeles inútiles, perdidos en los llamados RAIS, todo llenando los exiguos espacios de nuestras oficinas públicas, que ha dejado de prevalecer.

Del punto de vista del Derecho Comparado, aparecen dos posiciones: a) la de la mayoría de los países latinoamericanos, cuyas legislaciones privilegían al trabajador nacional, delante del extranjero; (38)<(38) En Méjico, el art. 7o. de la Ley Federal del Trabajo tiene este enunciado: "En toda empresa o establecimiento, el patrón deberá emplear un 90% de trabajadores mexicanos por lo menos. En las categorías de técnicos y profesionales, los trabajadores deberán ser mexicanos, salvo que no los haya en una especialidad determinada, en cuyo caso el patrón podrá emplear temporalmente a trabajadores extranjeros, en una proporción que no exceda de 10% de los de la especialidad. El patrón y los trabajadores extranjeros tendrán la obligación solidaria de capacitar a trabaja-

dores mexicanos en la especialidad que se trata. Los médicos al servicio de las empresas deberán ser mexicanos." (México, Secretaría del Trabajo y Previsión Social, 1981, p. 54). En el artículo 17, del Código del Trabajo de Panamá, se estipula que los empleados están obligados a observar la proporción de noventa por ciento de trabajadores nacionales con respecto al total de sus empleados, manteniendo la misma proporción en lo que se refiere al pago de los sueldos respectivos. (Fabrega, Jorge P.; Murgas, Rolando; Shirley, Luiz A.; Hoyos, Arturo y Jovane, Jaime, "Código de Trabajo", Panamá, Litho Impresora Panamá S.A., 1981, p. 19). Los artículos 125 y 126, del Código de trabajo de la República dominicana, contienen reglas idénticas, variando solamente la proporción que es de setenta por ciento, en favor de trabajadores nacionales ("Santo Domingo", Librería Dominicana, 1979, p. 39). El artículo 18, de la Ley del Trabajo venezolana establece que, en todas las empresas, explotaciones, establecimientos o actividades, sujetos a la misma ley, setenta y cinco por ciento de los trabajadores, por lo menos, deben ser venezolanos (Garay, Juan, "Legislación Laboral Práctica", Caracas, 1980, p. 8). En el artículo 74, del Código Substantivo del Trabajo, de Colombia, aparece la regla según la cual todo empleador que tenga a su servicio más de diez trabajadores, debe ocupar colombianos en proporción no inferior a ochenta por ciento, según se trate de personal común o especializado (Bogotá, Themis, 1974, p. 43). En el Perú, los empleadores, cualquier que sea la actividad ejercida por ellos, están obligados a ocupar peruanos, en proporción no inferior a ochenta por ciento, durante los tres primeros años de actividad y en proporción de noventa por ciento después de dicho período; se deben observar las mismas proporciones con respecto al pago de los sueldos respectivos (Zorrilla, Guillermo Abrahamshon; Sanchés, Armida Murguía y Barnalles, Nancy Alcabés Voto, "Sistematización de la Legislación Laboral Peruana", Lima, CIAT, 1983, p. 69). En Chile, la proporción que se debe observar es de ochenta y cinco por ciento por lo menos de trabajadores nacionales (Calderón, Juan Carlos Soto, "Legislación sobre Contrato de Trabajo", Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1978, p. 54).> b) la de los países europeos, que no admiten discriminaciones entre nacionales y extranjeros.

Los adeptos de la primera posición generalmente la justifican con el argumento que la discriminación es necesaria para combatir al desempleo de trabajadores nacionales, (39)<(39) Mario de la Cueva apoya el favoritismo de trabajadores nacionales en perjuicio de los extranjeros, diciendo que "la utilización excesiva de trabajadores extranjeros, con perjuicio de los nacionales que se ven postergados por el capital extranjero, ofende los derechos de la sociedad mexicana y es en consecuencia, una causa justificada de limitación de la libertad concedida por el artículo cuarto." (Derecho Mexicano del Trabajo, México, Porrua, 1938, p. 301). El dominicano Rafael Albuquerque alega la elevada proporción de nacionales sin trabajo, como razón de evitar la competencia de extranjeros (Reglamentación del Trabajo, Santo Domingo, Corripio, 1983, p. 72). El venezolano Rafael J.

Gusmán escribe: "Hemos ya insistido en que el propósito de la disposición no es otro que resguardar el interés de la mano de obra nacional frente a una desmedida competencia extranjera." (Estudio Analítico de la Ley del Tratado Venezolana, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1967, Tomo I, p. 250). El colombiano Guillermo Guerrero Figueroa también invoca el problema del desempleo para justificar el favoritismo de trabajadores nacionales. Los chilenos Thayer Arteaga y Novoa Fuenzalida, aludiendo al artículo 30, de la Ley del Tratado de Chile, se preocupan en justificar el criterio discriminativo allí contenido, limitándose a registrar que "estas disposiciones tienen poca importancia en Chile, donde no tenemos ni hemos tenido elevados porcentajes de extranjeros..." (Thayer Arteaga, William y Novoa Fuenzalida, Patricio, Manual de Derecho del Trabajo, Santiago, ed. Jur. de Chile, s.f.p., Tomo III, p. 102).> lo que causa perplejidad porque los extranjeros con capacidad de competir con ellos reciben sueldos más altos en sus países.

Los autores brasileños no se han mostrado mejores en la justificación de los criterios discriminativos de nuestra legislación anterior a la Constitución de 1988.(40)<(40) Barros, A.B. Buys de, "Direito Industrial e Legislacaón do Trabalho", Rio de Janeiro, A. Coelho Branco, 1942, p. 202. Dulles, John W. Foster, "Anarquistas e Comunistas no Brasil", Rio de Janeiro, Nova Fronteira, 1973, p. 45.>

En antinomia con la característica discriminativa de la legislación de los países de América Latina, sobresale el carácter no discriminativo de la legislación de los países europeos. No hay duda que, en el modelo en causa, se admite la adopción de ciertas medidas de tratamiento más favorable para la protección de poblaciones atrasadas, pero eso, advierte Warwick McKean, sólo en carácter temporal. (41)<(41) Ob. cit., p. 201.> Merece una referencia especial aquí la legislación española. En el artículo 17, del Estatuto de los Trabajadores Españoles, se prohíbe la discriminación por diferentes circunstancias, incluso por la raza, explicando la doctrina que la utilización de la palabra raza no se hizo con significado biológico sino socio-cultural-histórico, para comprender la nacionalidad. (42)<(42) Rodríguez-Piñero, Miguel, "El Estatuto de los Trabajadores", Madrid, Revista de Derecho Privado, 1983, Tomo IV, p. 349. Vide también Montoya Melgar, Alfredo, "El Derecho a la no discriminación en el Estatuto de los Trabajadores".>

También merece realce especial la legislación argentina, transparencia luminosa en el medio del obscurantismo de la demás legislación de América Latina. La indicada luminosidad proviene del articulo 17, de la Ley del Contrato de Trabjo, así escrito: "Por esta ley se prohíbe cualquier tipo de discriminación entre trabajadores, por motivo de sexo, raza, nacionalidad, religión, política o edad." La prohibición en causa actúa de dos modos distintos: a) para los que todavía no han sido contratados; b) para los que ya se encuentran vinculados a una relación de empleo. (43)<(43) Lopes, Justo; Centeno, Norberto O.; Fernándes Madrid,

Juan C., Ob. cit., Tomo I, p. 163.>
El modelo legislativo de carácter no discriminativo es visiblemente superior a su contrario, porque traduce la idea universal que lo que es propio a un grupo de hombres no debe ser extraño a otros: "Homo sum et humani nihil a me alienum puto." Por otro lado, el modelo discriminativo se basa sobre la idea del nacionalismo, que, si en el pasado, se justificó como instrumento de cohesión de individuos para supresión de yugos, hoy en día, funciona más como pretexto para realizar fines diferentes. En 1930, cuando se editó la Ley de los Dos Tercios, ella sirvió de pretexto para esconder la crisis económica y el desempleo, que sufríamos; en 1937, cuando se implantó el Estado Novo, sirvió de pretexto para la exaltación de la personalidad del Jefe del Gobierno; y, así en adelante. Por lo tanto, no es por nada que nuestro nacionalismo ya fue estigmatizado como patriotismo obscurantista. (44)<(44) Campos, Roberto, "Além do Cotidiano", Rio de Janeiro, Record, 1985, p. 18.> En el caso de la Ley de los Dos Tercios el estigma se adecuaba bien a la realidad porque en ella nada existía de objetivo que pudiera justificar la continuación de la medida.
En hora buena la omitieron los constituyentes de 1988. Y al omitirla dejaron patente el deseo de no permitir en el contexto de la Constitución cualquier contraste con la regla de su artículo 5o., "caput", donde se proclama el principio de igualdad entre brasileños y extranjeros. Así cualquier referencia a la nacionalidad en el cuerpo del artículo 7o., XXX, sería redundante." (45)<(45) Vide en el mismo sentido, Celso Bastos, ob. cit., p. 495.>

LAS JUSTAS CAUSAS DE DESPIDO EN LA LEGISLACION LABORAL Y JURISPRUDENCIA DE COSTA RICA.

Carlos Carro Zuñiga
(Costa Rica)

I.- ALGUNOS PRINCIPIOS ESPECIALES QUE RIGEN EL DESPIDO JUSTIFICADO

A) El principio de causalidad objetiva y sicológica; B) El principio de actualidad y C) El principio de proporcionalidad.

A) El principio de causalidad objetiva y sicológica

En todo despido justificado siempre tiene relevancia jurídica el examen de la causa o causas que lo generaron, pero también la tiene -y mucha- el análisis de algunos principios especiales que deben regirlo, entre otros, tres: el de causalidad objetiva y sicológica; el de actualidad o contemporaneidad y el de proporcionalidad. Y sin duda esa importancia se agranda desde el punto de vista práctico, porque a menudo los representantes de las empresas no reparan mucho en ellos; asimismo se observa con frecuencia en los juicios que quienes se olvidan de aplicarlos son los abogados litigantes e, incluso, los propios Jueces.

Examinémoslos

A) El principio de causalidad objetiva y sicológica.

Como su nombre lo indica, este principio especial alude a la exigencia de que se dé una relación de causa a efecto entre los hechos constituyentes de la falta y el acto jurídico del despido. Es necesario que la decisión de la empresa de ponerle término al contrato de trabajo por medio del despido justificado, debe ser una consecuencia inmediata y objetiva de la falta grave o suficiente en que incurrió el trabajador. Entre el hecho que se invoca como "razón" o "motivo" justificante de la disolución del vínculo contractual y el despido propiamente dicho, debe darse un nexo de causalidad inmediata: una causa idónea debe obrar directamente sobre el efecto; la terminación del contrato debe tener lugar a raíz de un hecho que la justifique.

La principal consecuencia práctica de este principio es la que tiende determinar -y con precisión-, la falta o faltas que generan directamente el despido. De esta manera, por ejemplo, si un trabajador se le especifica por escrito la falta en que incurrió y por la cual se le despidió (1) <(1) En el derecho costarricense normalmente no es obligatorio para la empresa señalar en la carta de despido la causa en que se fundamenta (Tribunal Superior de Trabajo, sentencia # 2449 de las 15:45 hrs. de 25-VI-1975, As. 208 y # 227 de las 15:30 hrs. de 20-I-1977, As. 470). Con todo, el Tribunal Superior de Trabajo, ha puntualizado que en algunos casos si es exigible la indicación escrita de la causa, por ejemplo cuando una amonestación previa ha sido "imprecisa o indefinida": Vid. Sent. # 3604 de 8:05 hrs. de 6-X-1977, As. 596.

Sin embargo, a pedido expreso del trabajador la empresa está obligada a indicar la causa del despido en el certificado de trabajo, de conformidad con el articulo 35 del Código de Trabajo.> la empresa no podría posteriormente en el juicio alegar que fue otra diferente; tampoco podría aducir posteriormente que

existían otras faltas concomitantes que también motivaron la destitución, salvo que la ley, convención colectiva o sentencia arbitral se haya establecido así. Naturalmente que las citadas faltas diferentes concomitantes (simultáneas), podrían señalarse ante los tribunales, pero ellas actuarían únicamente en función de "conductas desfavorables" para apreciar mejor los alcances de la gravedad de la falta o faltas efectivamente citadas en la carta, o como en alguna oportunidad dijera nuestra Sala de Casación para: "apreciar y valorar la personalidad del trabajador destituido". Pero no juzgarían como faltas que de modo directo engendraron el despido. De ahí, pues, la gran importancia que tiene la redacción del texto de la carta del despido justificativo.

Pese a lo que llevamos escrito, con todo, el principio de causalidad va más allá de la inmediatez y objetividad señaladas, para adquirir una dimensión sicológica trascendente en el ámbito jurídico. Lo que queremos decir, es que, en algunas situaciones particulares no sería suficiente la concordancia objetiva e inmediata entre causa y efecto, de la que simplemente se pudiera aprovechar un representante empresarial de mala fe, para deshacerse de un trabajador sin pago indemnizatorio, pretextando una falta objetiva y suficiente, pero que, en el fondo, su intención o voluntad de despedir no se asienta en la falta alegada, sino en otra u otras diferentes, insuficientes o del todo ajenas a la conducta del trabajador despedido. Así nos parece que lo estableció -con poca claridad- el Tribunal Superior de Trabajo, en un juicio que se ventiló contra la Junta de Caminos del Cantón de Turrialba; en este caso, el despido se fundamentó en el hecho de que el Secretario de la Junta faltó, injustificadamente, dos días consecutivos a su trabajo y dentro de un mismo mes calendario; y en esta forma lo probó y el motivo legal existió. Pero también el abogado del trabajador hizo una prueba harto difícil; acreditó que la verdadera causa había sido el hecho de que el Secretario era "comunista" a entender de la Junta. (2) <La Sala de Casación también se ocupó del problema en la sentencia # 57 de las 16:00 hrs. de 11-VII-1979, As. 118; en la que dijo: :Si no se ha negado la facultad que, en principio, puede ejercer el patrono acerca del jus variandi, si no que los Jueces de instancia estimaron que en la especie se trató de un despido encubierto por motivos políticos, incluso mediante las razones amplias que impuso el juez a quo, ninguno de los cuales se combate e específicamente en el recurso, lo procedente es confirmar la sentencia recurrida, que declaró con lugar la demanda".>

B) El principio de actualidad

El segundo principio es una consecuencia de la inmediatez que es propia de la relación de causalidad ya explicada. Y de su nombre, se desprende claramente su significado. Se habla de actualidad o de contemporaneidad, para dar a entender que la manifestación patronal que concluye el contrato, debe hacerse oportunamente, "contemporáneamente" a la falta con fundamento en la cual se opera el despido. El despido es "actual" en la jurisprudencia y en el derecho punitivo (3) <(3) "Artículo 603 - Los derechos y acciones de los patrones para despedir

justificadamente a los trabajadores o para disciplinar sus faltas prescriben en un mes, que comenzará a correr desde que se dió causa para la separación o, en su caso, desde que fueron conocidos los hechos que dieron lugar a la correción disciplinaria" (Código de Trabajo).> nacionales, cuando se realizan dentro del mes siguiente a la fecha en que se dió la causa para la separación o, en su caso, desde que fue conocida, entendiéndose que no es "actual" ni "oportuna" la destitución que se llevare a cabo con posterioridad al mes. (4) <(4) Vid. del Tribunal Superior de Trabajo sent. # 3018 de las 14:20 hrs. de 1-IX-1977, As. 538.> (4 bis) <(4 bis) El mes de prescripción corre para los cuerpos colegiados a partir de la terminación de la investigación y puesta en conocimiento del órgano de la investigación que se levanta: Vid. del Tribunal Superior de Trabajo sent. # 1872 de las 10:50 hrs. del 25-IV-1980, As. 1033; y respecto del Estado y sus instituciones Vid. del propio Tribunal sent. # 2827 de las 13:00 hrs. del 24-VI-1980, As. 1034.>

Los dos aspectos de mayor interés práctico de este principio, son los siguientes: En primer lugar, como el despido tiene que ser contemporáneo a la comisión de los hechos que lo originan, el mismo no se puede fundamentar en faltas pretéritas ni futuras (que se dieron con posterioridad a la sanción y que pretendieren hacerse valer en juicio). Sin duda, la más importante conclusión es la de que los hechos pasados no se deben tener en cuenta, salvo en el caso de la falta leve o de gravedad media que requieren de la repetición para configurar la causa justa de despido, siempre que no estén prescritas. Con todo, como es lógico pensar, los Tribunales han admitido que se puntualicen faltas anteriores (incluso prescritas) con el propósito de valorar los hechos irregulares y actuales imputados al empleado (5) <(5) Así sentencia Tribunal Superior de Trabajo # 2701 de las 13:55 hrs. de 18-VI-1980, As. 1035.>; y para que el jugador precise con más certero criterio la dimensión de la gravedad de la falta principal que directamente originó el despido.

La inobservancia de este principio por la empresa, naturalmente que no autorizaría al Juez para que de oficio la declare, sino que es imprescindible que el trabajador o su Apoderado Judicial interponga la excepción de prescripción, por ejercicio tardío del derecho a despedir. (6) <(6) Vid. notas 2, 3, 4 y 4 bis.>

El segundo aspecto de interés, consiste en que una misma falta no puede ser sancionada dos veces. De esta suerte, por ejemplo, será justificado el despido, si la falta en la cual se apoya, ya hubiese sido sancionada previamente con una amonestación o con una suspensión disciplinaria sin goce de salario. En esta forma se ha manifestado el Tribunal Superior de Trabajo (7) <(7) Sentencia de las 10:10 hrs. de 21-VII-1979> y la Sala de Casación (8) <(8) Sentencia # 74 de las 15:15 hrs. de 13-VII-1962, As. 8: "Impuesta una sanción al trabajador por determinado hecho irregular cometido en su trabajo, lógicamente no puede el patrón invocar ese hecho, aisladamente, para justificar el despido.> El primero subrayó en lo pertinente que:

"Se estima entonces, que sí hubo una falta por parte del actor que ameritaba una sanción. Ahora bien, el patrono tenía dentro de sus potestades, que decidir que sanción imponía al infractor, y habiendo escogido una suspensión por siete días sin goce de salario, no era dable que a la conclusión de ella se le impusiera otra más y nada menos que la sanción máxima del despido, incurriendo en violación al principio "non bis ídem", sea la prohibición de imponer un doble castigo por un mismo hecho". (9) <(9) El principio "non bis in ídem" lo sancionó el propio Trib. Sup. Trab. también en sent. # 3011 de las 14:00 hrs. de 3-VIII-1979, As. 906.>

C) El principio de proporcionalidad: gravedad cualitativa y gravedad cuantitativa

Determina este principio que, entre el hecho infractor (falta) y la medida disciplinaria, siempre debe darse una correlación de entidad; es necesario que se dé una ecuación de equilibrio. En suma, es menester que opere una equitativa correspondencia entre la gravedad de la falta y una magnitud de la sanción. Por consiguiente, para una infracción leve, la sanción debe ser leve. Y si a causa de ella se aplicare una suspensión o el despido, obviamente serían medidas disciplinarias jurídicamente improcedentes. (10) <(10) Por regla general, ha dicho el Tribunal Superior de Trabajo, en que una sola ausencia justificada, no da base para el despido porque sería una sanción excesiva: sntencia # 2347 de 9:20 hrs. del 15-VI-1976. Ibídem del mismo Tribunal, sentencia # 4481 de las 15:20 hrs. del 23-XI-1977.> Empero, si la falta, es grave, el despido -que es la sanción máxima- sí resultaría legal.

Es con el conocimiento de este principio que encontramos la explicación de que se exija "gravedad" en el incumplimiento del trabajador, para que sea admisible el despido justificado. Pero como quiera que fuere, lo relevante radica en que el principio nos explica y amplía ideas de importantes efectos jurídicos, cuyo sentido real a veces se nos escapa, en el torbellino cotidiano del ejercicio profesional; verbigracia, nos proporciona las nociones de lo que es la gravedad cualitativa y la gravedad cuantitativa, conceptos que se manejan con regularidad sin reflexionar mucho en torno a ellos.

Gravedad Cualitativa

Existen faltas que por su naturaleza llevan en sí mismas la expresión de una conducta seria, trascendente y que de primer intento admite su calificación de grave, aunque muchas veces no lo parezca. Se está en presencia de estas faltas en todos aquellos casos en que no sea posible, ni aún provisonalmente, la prosecución normal de la relación obrero-patronal. El Tribunal Superior de Trabajo -sirvan las referencias a modo ejemplificante- ha calificado como faltas graves desde lo que en alguna oportunidad llamara "sutilezas que no pueden tener cabida en la relación obrero-patronal", como "abrir y cerrar un candado", que un vigilante consideró que no era obligación suya cumplir; y la negativa del trabajador, luego de un tiempo de estar prestanto sus servicios, "a suscribir un

contrato escrito de trabajo, sin tener motivo justo para ello". Hasta las más delicadas y serias como la "amenaza de dar muerte al representante de la empresa patronal", pasando por una zona de modalidad intermedia de gravedad ascendente constituida por casos varios: de "vulgaridad" y "grosería"; falta de respeto y consideración al representante del empleador, a quien se dijo "en alta voz que él (el capataz) no era más que un "lengón" y un "jetón", de negligencia inexcusable del "trabajdor que, debiendo hacerlo, no mantiene el nivel de aceite lubricante de una planta"; de imprudencia temeraria e indisciplina en el "chofer que labora en estado de embriaguez" y en el "cobrador que, sin estar autroizado, se pusiera a guiar el autobús"; y por último, la dañina merma de eficiencia al "producir menos de lo normal, y no en forma causal o incidental sino como "modus vivendi", lo mismo que disminuir la producción con el propósito deliberado de perjudicar los intereses del patrono".

Precisar, pues, cuáles son las conductas que adquieren la categoría de falta grave, es cuestión que depende de las circunstancias y particularidades de hecho que en cada especie concurren, y evaluarla es labor que queda librada a la discreción de los Tribunales. Verdad es que no se podría menos de ser así en consideración a los insospechados y vastos alcances de esta causal, "género de pozo sin fondo donde se resuelven todas las situaciones posibles", como diría un distinguido laborista, susceptible de brindar inconmesurable terreno a la soberanía de los jueces.

Otras referencias sobre la falta grave, la haremos con más detenimiento al ocuparnos de esta falta más adelante.

Gravedad Cuantitativa

Estamos frente a casos de gravedad cuantitativa en las situaciones en que la falta a sancionar no es en sí misma grave. Vale decir, cuando la inconducta es leve o seria, pero sin llegar a la categoría de grave, y que necesariamente requiere la repetición -(o de la comisión de otras faltas distintas)- para que adquiera la gravedad que exige la ley para justificar el serio acto potestativo de desvinculación unilateral del contrato de trabajo. De este modo, por ejemplo, el citado Tribunal Superior de Trabajo consideró como falta capaz de justificar despido, "comer golosina", si el empleador ha "llamado la atención al empleado con anterioridad por esa irregularidad y éste persiste en su conducta" (11) <(11) Sent. # 816 de 8-VII-1957.> Pero quizás el caso más claro de gravedad cuantitativa se observe en las llegadas tardías, en las que la drasticidad disciplinaria de las sanciones se va acentuando en la medida en que las llegadas tardías aumentan, hasta que la repetición -(ocho o más en un mismo calendario, según la jurisprudencia del mismo Tribunal)-, perfila la gravedad cuantitativa justificante del despido.

Es de interés observar que, salvo las excepciones establecidas en el Código de Trabajo, en el Reglamento Interior de Trabajo de la empresa y en los instrumentos de negociación colectiva, la regla general para computar la repetición es la de

tres meses.

Precisamente, a este tipo de gravedad se refirió la Sala de Casación en sentencia en la que manifestó:

"...lo cual demuestra, que efectivamente los actores incurrieron en la falta grave que les atribuye el fallo de mérito, pues aún admitiendo la doctrina que se cita en el recurso, de que la causa alegada debe ser contemporánea con el despido, en el caso de autos, la falta se produjo en cada uno de los últimos meses a que se ha hecho referencia, lo que hace ver la reiteración de la misma, con la consiguiente agravación del hecho". (12) <(12) Sent. # 40 de las 15:20 hrs. de 7--1964.>

2.- Las ofensas: la injuria, la calumnia y las vías de hecho.
(contra el patrono, el representante patronal y el compañero de trabajo)."

TEXTO: Art. 81, inciso a): "Son justas causas... a) Cuando el trabajador: durante sus labores acuda a la injuria, a la calumnia o a las vías de hecho contra su patrono;"

Art. 81, inciso b): "Son justas causas... b) Cuando el trabajador cometa alguno de los actos enumerados en el inciso anterior contra algún compañero, durante el tiempo que se ejecuten los trabajos, siempre que como consecuencia se altere gravemente la disciplina y se interrumpan las labores;"

Art. 81, inciso c): "Son justas causas... c) Cuando el trabajador, fuera del lugar donde se ejecuten las faenas y en horas que no sean de trabajo, acuda a la injuria, a la calumnia o a las vías de hecho contra su patrono o contra los representantes de éste en la dirección de las labores, siempre que dichos actos no hayan sido provocados y que como consecuencia de ellos se haga imposible la convivencia y armonía para la realización del trabajo;"

En el contrato de trabajo (expreso o tácito) se encuentran comprometidos -tornamos a decirlo- factores personales y ético-morales que convierten la consideración, el buen trato y el respeto recíproco, más que en obligaciones contractuales en principios guías de las relaciones obrero-patronales. No se puede concebir la existencia de la relación laboral ahí en donde estos elementos estén ausentes; el respeto a la dignidad del trabajador es tan importante, como la afirmación de que la empresa no podría alcanzar sus objetivos institucionales, si no se le garantiza que puede contar con una organización del personal que, además de eficiente y leal, sea respetuosa.

Dentro de esta valoración ética y moral se parte para medir jurídicamente la trascendencia que tiene el acto o el hecho ofensivo que proviene del trabajador (o del patrono en su caso). Efectivamente, la ofensa dirigida a la persona.

II.- EL ARTICULO 81 DEL CODIGO DE TRABAJO: SISTEMA NORMATIVO AD EXEMPLUM

Son diferentes los sistemas normativos en punto a determinar cuáles conductas del trabajador son justificativas del despido. Algunas legislaciones establecen fórmulas de tipo general -a veces una sola- y se deja en libertad a la jurisprudencia de los Tribunales nacionales para ir definiendo en cada caso si existe o no motivo justo para la destitución. A esta categoría de número abierto o simplemente enumerativo (ad exemplum) pertenece la legislación italiana que nos habla fundamentalmente de la "...causa que no consienta la continuación, ni aun provisional, de la relación de trabajo". Exceptuando muy aislados casos, también la legislación laboral argentina se puede ubicar en este mismo sistema. En verdad, ésta considera como causa motivadora del despido la injuria, interesante noción jurídica de la más amplia significación, pues comprende a la vez la figura delictiva que tiene ese mismo nombre ("injuria") y todas las demás -penales o no- capaces de justificar despido. De manera que, un despido que se origine en un número importante de ausencias injustificadas, mientras que en la legislación italiana se calificaría como una causa que no consiente ni provisionalmente la prosecución normal de la relación obrero-patronal, en la legislación argentina se diría que se ha "...cometido una injuria al principal" (la empresa). Este sistema en el que la ley es generalizante y no descriptiva, tiene la ventaja principal de que permite a los Tribunales -como ha pasado en esos países- amasar una abundante y trascendente doctrina en torno a las muchas variables conductas irregulares que disponen de entidad bastante para motivar el despido. Y su desventaja mayor, consiste en promover cierta inseguridad jurídica principalmente a empresa y trabajador, cada vez que se trate de decidir si una falta en particular puede ser encasillada en la definición amplia y general que da la ley. Para otra corriente legislativa, opuesta a la anterior y fuertemente tuitiva, el listado de causas es limitativo o de número cerrado (13). <(13) Vid. criterio limitante de la Sala de Casación en cuanto a inadmisibilidad de causales aceptadas por las partes, pero no por la ley, en sentencia # 60 de las 15:15 hrs. del 14-V-1975, As. 211.> Su propósito esencial es brindarle al trabajador una protección eficaz frente al despido causado; pero desconoce que la vida laboral es excesivamente compleja y dinámica, como para pretender, por medio de fórmulas rígidas de tipo jurídico limitar su expansión.

El artículo 81 del Código de Trabajo de Costa Rica, también sirve como un buen ejemplo del primer sistema (14), <(14) "ARTICULO 81 - Son causas justas que facultan al patrono para dar por terminado el contrato de trabajo:

a) Cuando el trabajador se conduzca durante sus labores en forma abiertamente inmoral, o acuda a la injuria, a la calumnia o las vías de hecho contra su patrono;

b) Cuando el trabajador cometa alguno de los actos enumerados en el inciso anterior contra algún compañero, durante el tiempo que se ejecutan los trabajos, siempre que como consecuencia de ello se altere gravemente la disciplina y se interrumpan las labores;

c) Cuando el trabajador, fuera del lugar donde se ejecutan las faenas y en horas de no sean de trabajo, acuda a la injuria, a la calumnia o a las vías de hecho contra su patrono o contra los representantes de éste en la dirección de las labores siempre que dichos actos no hayan sido provocados y que como consecuencia de ellos se haga imposible la convivencia y armonía para la realización del trabajo;
d) Cuando el trabajador cometa algún delito o falta contra la propiedad en perjuicio directo del patrono o cuando cause intencionalmente un daño material en las máquinas, herramientas, materias primas, productos y demás objetos relacionados en forma inmediata o indudable con el trabajo;
e) Cuando el trabajador revele los secretos a que alude el inciso g) del artículo 71;
f) Cuando el trabajador comprometa con su imprudencia o descuido absolutamente inexcusable, la seguridad del lugar donde se realizan las labores o la de las personas que allí se encuentran;
g) Cuando el trabajador deje de asistir al trabajo sin permiso del patrono, sin causa justificada durante dos días consecutivos o durante más de dos días alternos dentro del mismo mes calendario;
h) Cuando el trabajador se niegue de manera manifiesta y reiterada a adoptar las medidas preventivas o a seguir los procedimientos indicados para evitar accidentes o enfermedades; o cuando el trabajador se niegue en igual forma a acatar en perjuicio del patrono las normas que éste o su representante en la dirección de los trabajos le indique con claridad para obtener la mayor eficacia y rendimiento en las labores que se están ejecutando;
i) Cuando el trabajador, después de que el patrono lo aperciba por una vez, incurra en las causales previstas por los incisos a), b), c), d) y e), del artículo 72;
j) Cuando el trabajador al celebrar el contrato haya inducido en error al patrono, pretendiendo tener cualidades, condiciones o conocimientos que evidentemente no posee, o presentándole referencias o atestados personales cuya falsedad éste luego compruebe, o ejecutando su trabajo en forma que demuestra claramente su incapacidad en la realización de las labores para las cuales ha sido contratado;
k) Cuando el trabajador sufra prisión por sentencia ejecutoria; y
l) Cuando el trabajador incurra en cualquier otra falta grave a las obligaciones que le imponga el contrato.
Es entendido que siempre que el despido se funde en un hecho sancionado por las leyes penales, quedará a salvo el derecho del patrono para entablar las acciones correspondientes ante las autoridades represivas comunes.> ya que ese numeral señala descriptivamente cuáles situaciones de hecho integran el concepto de la justa causa y enmarca once incisos de causas justas concretas, cada una de las cuales lleva en sí misma su propia definición y los elementos que la componen. Y contiene, además, un duodécimo y último inciso de corte genérico y amplio -(el ele)-, al establecer como motivo justificado de despido cualquier otra "falta grave" a las obligaciones que imponga el contrato".

A nosotros no nos cabe duda de que el antedicho artículo SI acoge el criterio del número abierto, y su bien concebida estructura ha evitado en nuestro país la duda y la discusión que han propiciado otras legislaciones. Sin embargo, como ya lo expusimos en otra oportunidad, no excluimos la posibilidad de que alguna consideración analítica arribara al convencimiento de que más bien pareciera lograr una féliz conjugación de las dos corrientes de pensamiento: pudiera pensarse, en efecto, que en su texto cabe considerar tasada -y no ejemplar-, la enumeración de las justas causas que abarcan los primeros once incisos, vale decir, las comprendidas en los incisos a) al k). Y que la enmarcada en el supra transcrito inciso 1) (ele) -en tanto prevé el amplio concepto "cuando el trabajador incurra en cualquier otra falta grave a las obligaciones que le imponga el contrato"- se equipare a la formulación genérica empleada en otras latitudes. (15) <(15) El Tribunal Superior de Trabajo en sent. # 4504 de 9:15 hrs. del 2-XI-1976, As. 415, parece admitir esa tesis ecléctica. En igual sentencia del mismo Tribunal sent. # 513 de las 8:20 hrs. del 8-II-1974, As. 74.>
Sin dejar de ver algunas valiosas derivaciones prácticas e interesantes sugerencias técnicas que podrían apuntarse a esta postura en un posible estudio respecto de la naturaleza jurídica del despido en nuestra legislación, insistimos en que el numeral 81 consagra la teoría enunciativa. Para ello nos basta, de momento, hacer una sola afirmación -justificada por los demarcados propósitos de este trabajo, cuya unidad sistemática y formal podría verse afectada si se abundara en otras razones-, cual es la de que dicho artículo impide la seriación taxativa -(numerus clausus)- porque, en último término, difícilmente se podría señalar una sola de las causales, incluida en los incisos del a) al k), que no constituye una falta grave ajustable en el inciso 1). Merced a esto, precisamente, nuestros tribunales han podido elaborar una jurisprudencia sólida en principios y rica en matices en lo que atañe a significación y alcances de lo que realmente debe entenderse, a tenor de lo dispuesto por esa norma, por falta grave, campo en el que han gozado de una holgada libertad estimativa (16) <(16) Sin embargo, el Tribunal Superior de Trabajo de Alajuela considera que el artículo 81 del Código de Trabajo no consagra la tesis de "numerus apertus", como puede verse en la sentencia # 2180 de las 8:05 hrs. del 28-XII-1976, As. 416.> equiparable, si se quiere, a la de los tribunales italianos que se apoyan en el artículo 2119 de su Código Civil, que habla de la "...causa que no consienta la continuación, ni aun provisional, de la relación". Y ciertamente, incluso, que no debemos sorprendernos ante un reiterado uso de un giro gramatical semejante del Tribunal Superior de Trabajo en infinidad de sus sentencias, lo que no es, por otra parte, simple coincidencia de palabras, sino, antes bien, identidad de enfoque sobre la medular esencia de la cuestión.

III.- EXAMEN DE LAS JUSTAS CAUSAS DE DESPIDO:

1.- La conducta inmoral

TEXTO: Art. 81, inciso a): "Son justas causas... a) Cuando el trabajador se conduzca durante sus labores en forma abiertamente inmoral..."

Para comprender bien esta causal es oportuno recordar que el contrato de trabajo no es un nexo exclusivamente económico-patrimonial, sino un negocio jurídico que especialmente supone trascendentales vinculaciones personales, morales y espirituales, que superan con mucho la antigua concepción del trabajo como simple fuerza instrumental para elevarlo a la condición de objeto éticamente valioso; que es un vínculo obligacional que importa una actividad esencialmente personal y humana que exige un trato acorde con esta naturaleza.

Dentro de este marco resulta explicable que los hábitos del trabajador, su formación moral y sus costumbres pueden repercutir poderosamente en la calificación de una falta. Y esta falta es configurativa de conducta inmoral -y por ende justa causa de despido-, en la medida en que aparezca abiertamente reñida con el catálogo de preceptos morales o de buenas costumbres imperantes en un momento dado. Y nace, se trate de una conducta aislada o reiterada, e independientemente quién sea el directo ofendido, si la hubiere (el patrono, un compañero de trabajo, un cliente, etc.), porque no se tutela un interés privado como se sanciona una ofensa social mal vista, auqnue no es posible negar que, como un acto reflejo, esta conducta repercute siempre en el prestigio o buen nombre de la empresa, a lo que directamente parece referirse la gramática del inciso d) que comentamos.

Podemos afirmar que nuestros tribunales han sido severos guardianes de estos principios de tan positiva importancia. Así, el Tribunal Superior de Trabajo llegó a establecer que "la obligación de un trabajador para con su patrono o sus representantes, no es sólo rendir a satisfacción en las faenas, pues la efectividad tiene que ir unidad a la moral, para que este vínculo legal sea mantenido dentro de los principios doctrinarios de la materia". (17) <(17) Sentencia # 243 de las 16:10 hrs. de 23-II-1956.>

El propio Tribunal aludiendo a actos en desprestigio de la empresa, anotó: "La actora incurrió en falta grave al encerrarse en uno de los cuartos del hotel en el que trabajaba, con un huésped por un lapso más o menos de treinta minutos; sin que interese lo que haya o no haya ocurrido en la intimidad creada por ella y el inquilino en la habitación, pues lo importante es el concepto que los demás huéspedes podrían llegar a formarse de esto; es incuestionable que si en un negocio de este tipo, las empleadas alternan muy amistosamente con los inquilinos, llegando incluso a encerrarse con ellos dentro de las habitaciones, aquel no sería un lugar para personas decentes o que al menos guarden un mínimo de decoro, con lo que la clientela se vería disminuida con el correlativo desprestigio que le resultaría ajeno, al correr la voz de actividades inconvenientes que allí se practican; de modo que el despido de la actora fue justificado, pues se hizo en defensa del prestigio del negocio". (18) <(18) Sentencia # 587 de las 9:40 hrs. de

7-II-1974, As. 184.>
La suma de las anteriores ideas nos da una respuesta compresiva del fondo que tienen las escuetas aunque significativas palabras que ocupó el legislador en este inciso a), al considerar como justa causa de despido "Cuando el trabajador se conduzca durante sus labores en forma abiertamente inmoral..."
Ahora bien, nótese que en principio esta causal está referida a la comisión de actos inmorales en el centro de trabajo y cuando se están realizando las labores. Y si decimos en principio, es porque consideramos que también sería justa causa de despido sin responsabilidad patronal, cuando la conducta abiertamente inmoral se realice fuera de horas y del centro de trabajo, si repercute o pudiere repercutir adversamente en la relación laboral, hecho que no es difícil imaginar que se dé en la realidad, sólo que en este caso el inciso aplicable sería el 1) y no el a). (19) <(19) Serviría como ejemplo el caso de la trabajadora resuelto en la sentencia recién citada si ella se hubiere encerrado con el huésped, en la habitación del hotel, después de concluir su jornada de trabajo.> del patrono o sus representantes (y a veces contra un compañero de labores) (20) <(20) "El hecho de que el actor lanzara la expresión altamente injuriosa que acusan los autos en contra de uno de los jefes, según fue debidamente acreditado con los testimonios de Federico Guth Castro y Ana Isabel Alvarado Alvarez (folios 39 y 40), no desvirtuados con prueba alguna, encierra en sí solo la suficiente gravedad para legitimar su inmediato despido sin responsabilidad patronal. Las relaciones de trabajo deben desenvolverse dentro de un marco de respeto tanto entre empleado y empleador o sus representantes como entre compañeros de labores y este deber se torna más obligante cuando el servicio se presta en lugares donde la decencia y la correción deben ser la tónica que inspire la buena imagen de la actividad que se realiza, lo que resulta, imperativo dentro de los servicios públicos que presta al Estado o sus instituciones". (Sent. # 3016 de las 15:20 hrs. de 4-VII-1980).> se le estima como una falta altamente grave, no sólo porque se considere que es un factor perturbante de la armonía que debe existir en la relación laboral, sino fundamentalmente porque es un acto que siempre es capaz e idóneo para generalizar la indisciplina, propiciar el desorden y socavar las bases del principio de autoridad dentro de esa comunidad organizada de hombres que por definición es la empresa.
Por la gravedad de esta falta, precisamente, es que se echa de menos en nuestra legislación laboral la enunciación expresa de la misma. Son muchas las razones que abonan la idea de que esta falta debió estar explícitamente contemplada en el listado del artículo 81 del Código de Trabajo. Sin embargo, la ausencia de agudeza de nuestro legislador, ha sido enmendada por la inteligente elaboración doctrinaria realizada por los Tribunales, entre los que debe destacar el Tribunal Superior de Trabajo, que con su ilustrativo criterio, mucho ha ayudado a crear esa doctrina, como se puede ver en el fallo siguiente:
"El Derecho de Trabajo no puede tutelar los intereses de aquellos trabajadores

que por su conducta alteren el normal desarrollo de una relación que implica para las partes un grado de consideración personal, QUE SE TRADUCE EN DEBERES RECIPROCOS, CUYO RESPETO POR AMBOS CONTRATANTES CONSTITUYE LA BASE DE LA TUTELA JURIDICA DE SUS INTERESES..."(21) <(21) Sent. de las 15:30 hrs. de 5-XII-1956. Vid. además sent. Sala de Casación # 145 de 15:15 hrs. de 11-X-1974.>

Ahora bien, cuando la "ofensa" trascienda el plano general y se particulariza porque agrede la dignidad o el honor del patrono, su representante (22) <(22) El Tribunal Superior de Trabajo aludió al "menoscabo de la dignidad" en la sent. # 2742 de las 15:40 hrs. del 11-VIII-1977: Los términos de la nota que envió el actor a su superior inmediato, encierran expresiones que fueron dirigidas en menoscabo de la dignidad de un superior, quien en cumplimiento de sus funciones, le hizo diversas correcciones a un plan de trabajo que a nivel de borrador preparó el gestionante. El superior no sólo tiene el derecho sino el deber de introducir las correcciones que estime en un proyecto de plan de trabajo, sin que tales puedan ser considerados por el subalterno como ofensivas, o atentatorias contra su dignidad como lo entendió el actor, en reacción... inadecuada para el lugar y la oportunidad en que se produjo..."> o del compañero, se configura la injuria. Respecto de ésta y la calumnia la primera pregunta que urge es en el sentido de si el Código de Trabajo se refiere a las figuras penales del mismo nombre (injuria y calumnia). Pese a que existe algún antecedente judicial en sentido afirmativo, nosotros nos inclinamos por sostener la tesis contraria. Es decir, para nosotros el Juez de Trabajo no debe verse limitado en sus apreciaciones tendientes a establecer si determinados hechos constituyen o no "injuria" o "calumnia", por el dogmatismo y el rigor conceptual que son propios del Derecho Penal. Pensamos, sin embargo, que el Derecho Penal sí debe gobernar los que son las nociones de injuria y de calumnia. Y a tales propósitos debemos tener por "injuria" toda ofensa de palabra o de hecho dirigida contra la dignidad o el decoro (del patrono, sus representantes o compañeros de trabajo), sea que se le diga en su presencia al ofendido o por medio de comunicación enviada a él; al paso que por calumnia habría que entender la imputación falsa contra cualquiera de ellos, de haber cometido un delito. (23) <(23) Cfr. arts. 145 y 147 del Código Penal.>

Lo fundamental, a nuestro juicio, radica, en uno y otro caso, en una conducta que ofende la dignidad o el honor, repetimos, aún cuando no se dieren todos los elementos necesarios para que se configure el delito en sentido penal. Lo que sí es importante tener en cuenta, de toda suerte, es que la falta podría quedar incluída como justo motivo, si de los hechos que la configuran no se desprende un propósito realmente ofensivo. (24) <(24) Algunos elementos configurativos que exige el Tribunal Superior de Trabajo pueden verse en sent. de las 15:15 hrs. de 27-VI-1961, As. 6.>

Por lo que se refiere a la tercera causal que aquí analizamos (acudir a las vías de

hecho), cabe destacar que es una de las más graves que pueda darse en la relación de trabajo, pues supone necesariamente la agresión física. Esta es la significación que para nosotros tiene el acudir "a las vías de hecho", lo cual necesariamente supone la inexistencia de provocación.

Ahora bien, para que la injuria, la calumnia o las vías de hecho dirigidas contra un compañero de trabajo, sean causa de despido, es necesario que se produzcan cuando se ejecutan los trabajos, y "siempre que como consecuencia de ello se altere gravemente la disciplina y se interrumpan las labores (25) <(25) En la situación de agresión física a un compañero de trabajo, la Sala Segunda de la Corte Superior de Justicia (Casación), exige esos dos requisitos, que considera "...son presupuestos necesarios para configurar la causal de despido alegada, pues la simple agresión carece de valor legal para configurarla". Cfr. Sent. #118 de las 16:00 hrs. del 9-XII-1981, As. 1300.> pero no en toda la empresa.

Queremos señalar finalmente, que también la injuria, la calumnia o las vías de hecho dirigidas contra el patrono, contra representantes patronales, fuera del centro de labores, son causas de despido reguladas por separado en el inciso c) del citado artículo 81. Este texto exige, además de que los actos constitutivos de la falta no hayan sido provocados, que "como consecuencia de ellos se haga imposible la convivencia y armonía para la realización del trabajo".

2.- Las ofensas; la injuria, la calumnia y las vías de hecho (contra el patrono, el representante patronal y el compañero de trabajo).

TEXTO: Art. 81, inciso a): "Son justas causas... a) Cuando el trabajador... durante sus labores acuda a la injuria, a la calumnia o a las vías de hecho contra su patrono;"

Art. 81, inciso b): "Son justas causas... b) Cuando el trabajador cometa alguno de los actos enumerados en el inciso anterior contra algún compañero, durante el tiempo que se ejecuten los trabajos, siempre que como consecuencia se altere gravemente la disciplina y se interrumpan las labores;"

Art. 81, inciso c): "Son justas causas... c) Cuando el trabajador, fuera del lugar donde se ejecutan las faenas y en horas que no sean de trabajo, acuda a la injuria, a la calumnia o a las vías de hecho contra su patrono o contra los representantes de éste en la dirección de las labores, siempre que dichos actos no hayan sido provocados y que como consecuencia de ellos se haga imposible la convivencia y armonía para la realización del trabajo;"

En el contrato de trabajo (expreso o tácito) se encuentran comprometidos -tornamos a decirlo- factores personales y ético-morales que convierten la consideración, el buen trato y el respeto recíprocos, más que en obligaciones contractuales en principios guías de las relaciones obrero-patronales. no se puede concebir la existencia de la relación laboral ahí en donde estos elementos estén ausentes; el respeto a la dignidad del trabajador es tan importante, como la afirmación de que la empresa no podría alcanzar sus objetivos institucionales, si no contare con una organización del personal que, además de eficiente y leal, sea respetuosa.

Dentro de esta valoración ética y moral se parte para medir jurídicamente la trascendencia que tiene el acto o el hecho ofensivo que proviene del trabajador (o del patrono en su caso). Efectivamente, la ofensa dirigida a la persona.

3.- Delito y daños en bienes de la empresa

TEXTO: Art. 81, inciso d): "Son justas causas... d) Cuando el trabajador cometa algún delito o falta (contravención) contra la propiedad en perjuicio directo del patrono o cuando cause intencionalmente un daño material en las máquinas, herramientas, materias primas, productos y demás objetos relacionados en forma directa e indudable con el trabajo".

Se puede afirmar sin temor a equívoco que las faltas estatuidas en este inciso son siempre graves por su carácter esencialmente doloso: en ellas interviene el elemento voluntariedad aunque, naturalmente, no excluyen las situaciones donde interviene la culpa evidente, si bien se debe tener presente que la jurisprudencia establece que tratándose de daños a los bienes, provocados por negligencia o imprudencia del trabajador, debe existir repetición; así lo estableció con claridad y precisión el Tribunal Superior de Trabajo de Pérez Zeledón: "Si la demandad separó al actor de su cargo debido a los daños causados por éste en una plantación donde ejecutaba sus faenas, con apoyo de la norma legal que le impone al trabajador un deber de diligencia con ello descarta cualquier intencionalidad del demandante y si además se trata de un daño culposo y no se ha demostrado que haya sido reiteración de la misma conducta sancionada anteriormente por la accionada, procede declarar con lugar la demanda..."

Ese Tribunal en la misma sentencia insistió en tal idea al expresar lo siguiente: "Para que el daño causado por el empleado en ocasión de la prestación del servicio, en objeto directamente relacionado con el trabajo, sea motivo de despido sin responsabilidad patronal, es preciso que se haya producido en forma intencional, o producto de una reiterada conducta culposa que anteriormente mereció apercibimiento, amonestación u otro tipo de sanción disciplinaria". (26) <(26) Vid. sent. #102 de las 14:20 hrs. de 10-VIII-1979, Asientos 893-894.> (26 bis) <(26 bis) Si el daño proviene por descuido inexcusable, el despido se fundamentaría como falta grave; así sentencia Tribunal Superior de Trabajo # 4606 de las 8:27 hrs. de 21-XI-1975, en la que se dice "Constituye falta grave que da lugar al despido sin responsabilidad patronal, el hecho de que el trabajador por descuido inexcusable, al no tomar la providencia del caso, cause daños materiales de consideración en la maquinaria de la empresa y paralice así el funcionamiento de la misma con el consiguiente perjuicio económico que ello cause a su patrono".>

Conviene señalar también que tanto el delito o contravención contra la propiedad en perjuicio directo de la empresa, como el daño intencional en bienes de ésta, son hechos que al mismo tiempo configuran faltas típicamente laborales o infracciones sancionables de acuerdo con el Código Penal. (27) <(27) En esta forma lo establece el párrafo final del artículo 81 del Código de Trabajo:

"...siempre que el despido se funde en un hecho sancionado también por las leyes penales, quedará a salvo el derecho del patrono para ...las acciones correspondientes ante las autoridades represivas comunes".>

Importa igualmente precisar que la norma jurídica que comentamos, no exige la previa existencia ni la condenatoria del delito por los tribunales represivos. Esta es, asimismo, la tesis que prevalece en la jurisprudencia, como se infiere de los siguientes fallos:

"En materia laboral el Juez tiene facultades para apreciar la prueba en conciencia, y en consecuencia, su decisión, en casos en que se alegue como causal de despido el hecho de que el trabajador cometa algún delito contra la propiedad o daño en perjuicio del patrono, no puede estar sujeta a la decisión del orden represivo". (28) <(28) Sent. del Tribunal Superior de Trabajo de Alajuela, # 1866 de las 8:38 hrs. de 31-XII-1973, As. 65.>

"Como ha sido reiterada jurisprudencia de este Tribunal, no existe ninguna subordinación de la materia laboral a la penal, en lo tocante a la apreciación de hechos que caigan bajo ambas esferas legales, en cuanto al sustento jurídico para un despido con base a un hecho que, en la vía penal, haya sido estimado como inexistente, pudiendo en lo laboral, ser apreciado independientemente". (29) <(29) Sent. del Tribunal Superior de Trabajo # 389 de las 14:45 hrs. de 17-II-1970.>

Por otra parte, desde el punto de vista laboral en este género de faltas pierde importancia la magnitud del menoscabo patrimonial, puesto que la comisión del delito, o el daño intencional contra la propiedad de la empresa, genera siempre la pérdida de confianza depositada en el trabajador, haciendo imposible en lo sucesivo la prosecución normal de la relación de trabajo; esta tesis ha sido sancionada por la jurisprudencia:

"De nada vale alegar entonces que la Compañía no se perjudicó económicamente, por cuanto lo que importa en estos casos es el hecho en sí, y la gravedad del mismo no depende de la cuantía ni de la oportunidad que se alegue para reparar la falta, pues hasta que ésta tenga la trascendencia necesaria para romper los principios de confianza y buena fe que sirven de fundamento a todas las relaciones de trabajo para que el despido se tenga por justificado" (30 <(30) Vid. Sentencia Tribunal Superior de Trabajo # 972 de las 15:55 hrs. de 21-V-1956.>

Es criterio reiterado, que en materia laboral no interesa el valor de los bienes sustraídos por un determinado trabajador a su patrono para decidir si existe justa causa que amerite su despido, sino el hecho mismo, puesto que la fijación del monto del daño es sólo visible en la vía penal para efectos de determinación de la pena; la calificación de delito, mientras que en la materia laboral es que no existe ese problema de la calificación, lo mismo da una apropiación indebida de un valor de un colón como de un millón de colones. (31) <(31) Ibídem, sentencia # 1724 de 26-V-1977. Id. en idéntico sentido la sentencia # 4802 de las 14:55 hrs. del 8-I-1975, en la que se señaló: "En materia laboral no importa ni el monto, ni

la forma en que se realicen las sustraciones en perjuicio del patrono, puesto que el Código de Trabajo señala como caudal de justa separación del trabajador infiel, la comisión de delitos, o faltas, actualmente denominadas contravenciones".>

4.- Deslealtad e infidelidad: A) Revelación de secretos y competencia desleal: y B) Realización de actos positivos que eviten perjuicios.

TEXTO: Art. 81, inciso e): "Son justas causas... e) "Cuando el trabajador revele los secretos a que alude el inciso g) del artículo 71:"

Art. 71, inciso g): "Son obligaciones de los trabajadores... g) Guardar rigurosamente los secretos técnicos, comerciales o de fabricación de los productos a cuya elaboración concurran directa e indirectamente, o de los cuales tengan conocimiento por razón del trabajo que ejecuten; así como de los asuntos administrativos reservados, cuya divulgación pueda causar perjuicios al patrono".

A) Revelación de secretos y competencia desleal.

El deber de lealtad consiste en realizar actos y abstenerse de ellos, cuando no hacer los primeros o efectuar los segundos puede ocasionar perjuicios a la empresa. Esta obligación tiene manifestaciones tradicionales: Por una parte, significa deber de reserva absoluta en orden a los indicados secretos, incluidos los administrativos reservados cuya divulgación pueda dañar la empresa, con independencia de que el daño realmente ocurra. Y por otro lado, también conlleva la prohibición para el trabajador de competir con la empresa para la cual trabaja; dicho más claramente: el empleado está obligado a no efectuar por propia cuenta o por cuenta ajena, actividad alguna que pueda implicar competencia para aquella.

La sanción con el despido por infringir el deber de reserva absoluta, está claramente definida en la relación de los textos transcritos. Empero, en lo concerniente a la que corresponde a la infidelidad que se comete por competir con la empresa, al no estar consagrada en dicho inciso e), resulta ineludible encuadrarla como falta grave en el inciso l) -ele- del numeral 81 del Código de Trabajo, según lo ha entendido la jurisprudencia:

"Demostrando que el actor, no obstante estarle expresamente prohibido en su contrato de trabajo laborar simultáneamente con otras empresas vendedoras o distribuidoras de libros, sea cual fuere la especialidad o naturaleza de éstos, vendía libros de la Editorial Life que compraba en consignación a la "Casa del Buen Lector", esa sola circunstancia ameritó su despido sin responsabilidad patronal, puesto que esa conducta, al prestar sus servicios en negociaciones idénticas a las del patrono, estándole prohibido hacerlo, constituye una falta de probidad y lealtad que aunque no señalada taxativamente como causal de despido en nuestra legislación laboral, si queda comprendida en el inciso l) del artículo 81 del Código de Trabajo que establece que el patrono pueda dar por terminado el contrato cuando el trabajador incurra en una falta grave a las obligaciones que le imponga el contrato..." (32) < (32) Trib. Sup. Trab. sentencia

940 de las 9:50 hrs. de 5-V-1970.>

B) Relación de actos positivos

Como bien se nota, el deber de fidelidad ha sido tradicionalmente considerado en forma negativa, esto es "no divulgar secretos" y "no competir con la empresa". Sin embargo, actualmente también se estima como obligación de cumplir 'actos positivos", como la necesidad de dar aviso a la empresa de peligros inminentes que la acechen, cualquiera sea su género. Y fue así como reconsideró una causa justa de despido por violación al deber de fidelidad, el hecho de que un trabajador no denunciara a sus superiores la conducta deshonesta de otro trabajador que pretendía buscar información de estimaciones a terceros para lucrar con ella. En el pronunciamiento que interesa se dijo:

"El deber de fidelidad entraña un contenido muy amplio, no reduciéndose a un único deber de omisión como sería no revelar secretos, implicando un comportamiento destinado a proteger los intereses de la empresa por medio de la realización de actos positivos como el aviso de peligros inminentes.

La omisión del trabajador de comunicar inmediatamente a sus superiores la proposición deshonesta que le afectuara otro trabajador (buscar información de cotizaciones a terceros para lucrar con ella), constituye una falta grave al deber de fidelidad, máximo si no se trataba de un empleado común sino del encargado de una sección" (33) <(33) Sent. de 31-III-1981 Cámara Nal. Apel. Trab. (Argentina) en Rev. "Derecho del Trabajo", Cfr. mayo de 1981, págs. 579 y ss.>

(33 bis) <(33 bis) En sentido semejante de realización de actos positivos, Trib. Sup. Trab. sent. # 2304 de las 10:00 hrs. de 21-VI-1979, As. 19: "Si el reclamante alega que las copias, cuya deliberada desaparición se le atribuye, se podían desprender fácilmente del block en el cual se comprueba el recibo de mercadería, con lo que quiere justificar el extravío de comprobantes de productos que él había recibido, tal argumento no es procedente, toda vez que, ante esta situación, un deber de lealtad a la empresa demandada lo obligaba a reportar ese hecho y a buscar los medios para remediarlos; de ahí que si la única copia de que el actor dio cuenta fue la que en última instancia sacó de la bolsa de su pantalón, procede declarar sin lugar la demanda, en vista de que ello constituyó un quebranto de la buena fe que debe imperar en las relaciones obrero-patronales".>

5.- Imprudencia o descuido inexcusable que ponen en peligro bienes o personas

TEXTO: Art. 81, inciso f): "Son justas causas... f): "Cuando el trabajador comprometa con su imprudencia o descuido absolutamente inexcusable, la seguridad del lugar donde se realizan las labores o la de las personas que allí se encuentran:"

El primer aspecto que cabe destacar respecto de esta causa de despido, consiste en que no es necesario que concurra la idea de intencionalidad para que se perfile; el dolo podría darse, pero no es imprescindible como en otras faltas que hemos visto. En este justo motivo basta con que medie la culpa o, como establece la letra de la ley, es suficiente con que intervenga la "imprudencia o descuido ab-

solutamente inexcusable".
Un segundo factor de interés radica en la circunstancia de que esta causal define una figura de peligro potencial, pues para que se dé no es necesario el "daño ocurrido", sino que basta que el hecho infractor del trabajador comprometa la "seguridad del lugar donde se realizan las labores o la de las personas que allí se encuentran".
Por ovias razones los tribunales de trabajo suelen ser muy rigurosos en la interpretación de esta causa de despido. Obsérvese lo dicho en alguna oportunidad:
"...sin entrar a considerar otras faltas cometidas por el actor (trabajador), el solo hecho de que éste fumare dentro de la fábrica de fósforos con grave perjuicio de una conflagración y de la seguridad de sus compañeros, es motivo suficientemente justificado para que se le despidiera". (34) <(34) Tribunal Sup. Tras., sent. # 319 de 15:25 hrs. de 25-V-1957.>
"Es justificado el despido del fogonista que fue encontrado sentado en una silla y dormido frente a una caldera que debía atender, lo cual importaba un peligro para sus compañeros de trabajo, además de perjudicar la producción". (35) <(35) Sale III de la Cámara Apel. Trab. Capital (Argentina), sent. 27-IV-1953.>
Como se puede concluir de ambos fallos, el bien jurídicamente tutelado es la seguridad colectiva de personas y bienes. En efecto, por el peligro que entraña su no cumplimiento, el cuidado y atención que el trabajador debe tener en estos casos, hacen surgir una obligación especialísima de obrar alerta, con prudencia y pleno conocimiento de las graves consecuencias que pueden sobrevenir, en las cuales no sólo va implícito un riesgo inminente para la vida del propio trabajador, sus compañeros de tareas y otras personas, sino que también está implicada una amenaza de desastre para las instalaciones y otros activos de la empresa. Es, pues, en el incumplimiento de esta especialísima obligación, en donde se encuentra una clara explicación de esta causa de despido.
6.- Infracción al deber de asistencia
(ausencias injustificadas)
TEXTO: Art. 81, inciso g): "Son justas causas... g) "Cuando el trabajador deje de asistir al trabajo sin permiso del patrón, sin causa justificadas durante dos días consecutivos o durante más de dos dias alternos dentro del mismo mes calendario;"
Podríamos decir que en este inciso g) se establece el ,principio general que es de aplicación común en materia de ausencias; sanciona no la gravedad de ellas, sino el número de las mismas, exigiendo como requisito necesario la reincidencia consecutiva o alterna dentro de un mismo mes calendario (dos consecutivos o más de dos alternas)
Sin embargo, también puede darse la situación especial de que una sola ausencia pueda configurar una justa causa de despido cuando de acuerdo con la naturaleza de las labores, la dificultad de sustituir al trabajador ausente, o por las consecuen-

cias que apareje, tenga trascendencia grave, en cuyo caso el inciso aplicable sería el l) del artículo 81.

De esta distinción entre las ausencias corrientes que tipifican la justa causa de este inciso y la ausencia grave, se ocupó oportunamente la Sala de Casación:

"... y no se diga que una sola ausencia no puede dar lugar a la causal del indicado inciso ele (l), ya que la falta grave no es la ausencia en sí, sino sus consecuencias para el patrono: el inciso g) sanciona el mero hecho de la no presentación al trabajo, la indisciplina común del obrero que no daña ni afecta gravemente al patrono con sus ausencias; pero si por la naturaleza de la labor, la dificultad de conseguir el propio día de la ausencia a un sustituto, o por cualquier otro motivo similar, el trabajador ocasiona, con la mencionada única ausencia, un serio trastorno, daño o peligro para la empresa o para su prestigio, DESDE LUEGO QUE, SEGUN LA TRASCENDENCIA DE LA FALTA, PUEDE ENCASILLARSE LA SITUACION EN AQUEL INCISO l) (ele); y no es dable aceptar tampoco, para aminorar la falta, el argumento de que Dorado dió aviso oportuno a la Standard de que no trabajaría el fin de semana, porque ello en nada podía relevar de responsabilidad ante su patrono; sólo con permiso de éste pudo válidamente faltar al trabajo, o bien en el caso de que en realidad la Standard hubiera dispuesto que la labor no se reanudaría sino hasta el lunes dieciocho; además, el que la Standard se hubiese visto obligada a contratar los servicios de otra empresa -competidora de la demandada- refuerza la magnitud de la falta del trabajador al dejar a su patrono en mal predicado, como si fuere una empresa que había devenido en irresponsable o poco seria". (36) <(36) Sent. # 14 de las 14:15 hrs. del 16-IV-1975. Cfr. sent. Tribunal Superior de Trabajo # 2276 de las 3:45 hrs. del 20-V-1980.>

Aparte del interés que representa la distinción anterior en el sentido de que lo que sanciona el inciso g) es el simple hecho de las ausencias y que el inciso l) sanciona la trascendencia de las mismas, cabe mencionar también como una nota destacada que emerge del criterio de los Tribunales y no del Código, el hecho de que puede configurar justo motivo de despido por ausencias, la enfermedad provocada por el propio trabajador, a causa de un vicio conocido. Este caso incluiría, por ejemplo, las ausencias debidas a una cirrosis o gastritis incapacitante para el trabajo que tuviere origen en el hábito de ingerir licor. Es decir, la incapacidad no excluiría las ausencias. Así lo estableció la misma Sala de Casación que claramente señaló:

"Una enfermedad provocada por el obrero a causa de un vicio conocido no puede ser motivo de excusa para sus ausencias de manera que si se le despide en base a éstas, no hay injusticia". (37) <(37) Sent. # 46 de las 15:15 hrs. del 12-V-1971.>

7.- Violación al deber de salud y seguridad ocupacionales.

TEXTO: Art. 81, inciso h): "Cuando el trabajador se niegue de manera manifiesta y reiterada a adoptar las medidas preventivas o a seguir los procedimientos indicados para evitar accidentes o enfermedades;" (38) <(38) Entre ese texto y

articulo 71 inciso h) existe una correlación muy estrecha, pues éste dispone: "...son obligaciones de los trabajadores...h) Observar rigurosamente las medidas preventivas que acuerden las autoridades competentes y las que indiquen los patronos, para seguridad y protección personal de ellos o de sus compañeros de labores, o de los lugares donde se trabaja.>

Las normas relativas a la seguridad e higiene en el trabajo tienen un claro objetivo humano, toda vez que tienden a proteger la salud y la vida de los trabajadores. Y conforman, además, uno de los principales deberes de la empresa: el deber de seguridad, el cual se encuentra implícitamente incorporado a las constituciones políticas de todos los países civilizados. (39) <(39) En Costa Rica lo consagra el artículo 66 de la Constitución Política: "Todo patrono debe adoptar en sus empresas las medidas necesarias para la higiene y seguridad del trabajo".> (40) <(40) Ese deber lo desarrollan en la legislación costarricense los articulos 193 y ss. del Código de Trabajo, el Reglamento General de Seguridad e Higiene del Trabajo y otras normas.>

Pero de nada serviría lo anterior si el deber de seguridad no se considerara de doble vía, en el sentido de que sus pautas comprometen y obligan también al trabajador (41), <(41) Vid. nota 38.> y cuando incumple esta obligación negándose a aceptar o a cumplir las instrucciones que se le giren para salvaguardar su integridad o su salud, incurre en un motivo que presta fundamento o su despido sin responsabilidad empresarial. Es necesario advertir, sin embargo, que su negativa debe ser manifiesta, es decir, ostensiblemente clara y, por supuesto, reiterada, condicionamientos ambos impuestos para ese inciso. Este criterio es el que prevalece en la jurisprudencia:

"Si el actor faltó a sus obligaciones al desobedecer las órdenes que había dado el patrono para proteger la salud de todos los trabajadores de la fábrica, a consecuencia de lo cual sufrió quemaduras que hicieron necesario su traslado al dispensario del I.N.S., y sus lesiones se agravaron por su renuencia a seguir las normas que se le impartieron para evitar los perjuicios que ocasionan las materias que estaba usando en el trabajo, con ello, se hizo acreedor al despido sin responsabilidad patronal, pues los trabajadores deben observar las medidas preventivas que acuerden las autoridades competentes y las que indiquen sus patronos para seguridad y protección personal del ellos". (42) <(42) Tribunal Superior de Trabajo, sent. # 3267 de las 13:35 hrs. de 28-VIII-1978.> (43). <(43) Vid., además, sent. Tribunal Superior de Trabajo # 661 de las 14:15 hrs. de 8-II-1980.>

"Que la actora faltó a su deber de obedencia al desacatar las medidas de seguridad que le impartieron sus superiores, dejando su puesto junto a las botoneras de arranque y parada de la máquina bajo su control, para pararse frente a la misma, lo cual -en caso necesario o ante cualquier emergencia- la obligada a tenderse a colocar su cuerpo sobre la máquina, con el evidente peligro de que la misma la arrollara causándole grave daño a su salud, e hiciera perder a sus compañeras los

dedos de la mano, que necesariamente tenían que introducir entre el referido artefacto mecánico para alimentarlo con los materiales en proceso. Este hecho agravado con la indisciplina de la demandante, justifican plenamente su despido conforme a lo dispuesto en los incisos f) y h) del artículo 81 del Código de la materia, y así lo declara este Tribunal, rechazando en consecuencia la presente demanda en cuanto persigue el cobro de preaviso de despido y auxilio de cesantía..." (44). <(44) Tribunal Primero de Trabajo de Menor Cuantía, sent. # 473 de las 8:45 hrs. de 28-VII-1980.>

8.- Ineficiencia (45) <(45) En su concepto general encerramos también la falta de rendimiento y calidad.>

TEXTO: Art. 81, inciso h): Cuando el trabajador se niegue en igual forma (manifiesta o reiterada) a acatar, en perjuicio del patrono, las normas que éste o sus representantes en la dirección de los trabajos le indiquen con claridad para obtener la mayor eficiencia y rendimiento en las labores que se están ejecutando;"

La relación laboral en su última y más gráfica expresión consiste en un conjunto de derechos y obligaciones de los que son titulares los dos principales sujetos que en ella intervienen: la empresa y el trabajador. Y podemos afirmar que generalmente el derecho de una de las partes es generante de una obligación a cargo de ella y simultáneamente de un derecho de la contraria. De esta guisa, por ejemplo, la obligación principal de la empresa que es la de pagar el salario se convierte en el derecho del trabajador a que el salario se le pague, pero a su vez es la causa de la principal obligación que el trabajador debe a la empresa: la prestación del trabajo. Esta forma casi naturalmente automática en que surgen a la vida jurídica los derechos y obligaciones de las partes en la relación de empleo, presta un claro fundamento a la idea de que, desde un plano legal, el salario es al trabajador lo que la prestación de servicios es al patrono. Uno y otra son, pues, los elementos cardinales de la relación obrero-patronal.

Estas explicaciones genéricamente expuestas, nos permiten entender por qué la legislación laboral y la jurisprudencia de los tribunales, atribuyen siempre un carácter de grave inejecución al contrato, cuando se dan conductas -de una u otra parte-, que perturben el normal cumplimiento del pago del salario y de la prestación del trabajo.

Ahora bien, en lo que se refiere a la prestación de servicios, ésta no sólo debe darse, sino que fundamentalmente debe darse dentro de cierto marco de condiciones: en el tiempo (horario y jornada), lugar, forma y modo convenidos, y también en determinados requisitos de eficiencia. Por consiguiente, no basta con trabajar; es necesario hacerlo eficientemente. Y sobre este punto el precepto que contiene el inciso b) del artículo 71 de nuestro Código de Trabajo (46), <(46) Dice ese texto: "...Son obligaciones de los trabajadores...ejecutar éste (el trabajo) con la intensidad, cuidado y esmero apropiados, y en la forma, tiempo y lugar convenido;" > no deja margen para dudas. Podríamos agregar, a mayor abunda-

miento, que la doctrina es uniforme en considerar que en torno a la eficiencia gravita no sólo el interés privado de la empresa, sino también una finalidad pública de índole político-social, que termina por ubicar el rendimiento en el ámbito de los intereses superiores de la economía y producción nacionales.
Por otra parte, es oportuno apuntar que el binomio "eficiencia-ineficiencia" siempre lleva envuelto un problema de actitud y no de aptitud. De esto se sigue que el trabajo prestado bajo alguna de las formas enmarcadas dentro de la patología del vagabundo ("trabajo con pereza", "tortuguismo" etc.), constituyen en todo caso conductas típicas de incumplimiento contractual. Empero, no cabe duda que la merma de eficiencia dolosa (intencional), es la más dañina, grave y reprobable de todas.
Las manifestaciones francas y enfermizas de la falta de rendimiento, están regladas como justas causas de despido en los incisos b) y l) -ele- del artículo 81 del Código de Trabajo, siendo necesaria, por regla general, la exigencia de que sean manifiestas y repetidas.
Dado que la subjetividad puede fácilmente influir en la apreciación de esta falta que haga la empresa, los Tribunales nacionales siempre han exigido una prueba especial, no contreñida únicamente a la testimonial, que en forma indudable acredite la disminución de rendimiento. El Tribunal Superior de Trabajo, tiene expresado:
"III.- Ha sostenido este Tribunal -al examinar situaciones como la presente-, que cuando deba separarse a un empleado por falta de rendimiento en su trababjo, la prueba debe ser de tal carácter, que no ofreza duda de ningún género a los ojos del juzgador, de que realmente el obrero disminuyó la fuerza productiva que anteriormente venía dando, sin la concurrencia de un motivo que razonablemente lo justifique. Así lo exige la naturaleza de la falta, dada la subjetividad a que se presta la apreciación de ese hecho si no se cuenta con los medios técnicos adecuados, y donde por lo general, la prueba de testigos no es la más adecuada para conocer la verdad, menos aun cuando ésta es contradictoria, como sucede en la especie. Para que un tribunal pueda conocer con toda certeza si en determinada operación industrial hay trabajo a desgano o bajo rendimiento de parte de quien lo realiza, se requiere algo más que la simple afirmación que de ello hagan unos testigos; como por ejemplo, tener a mano un estudio técnico de la capacidad máxima y mínima de rendimiento del ser humano en una determinada labor, en el cual ha de figurar, necesariamente, un cuadro estadístico del rendimiento observado por todos los obreros que se dediquen a realizar la misma labor durante un lapso de tiempo dado, a objeto de tener la posibilidad de hacer un examen comparativo general y establecer si el trabajador a quien se atribuye la falta, está o no dentro de los coeficientes normales de rendimiento, y lograr de ese modo un verdadero reflejo del comportamiento que en tal sentido ha observado el trabajador, todo a efecto de juzgar si se ha hecho acreedor al despido. De otro modo, sería sumamente fácil para el empleador evadir respon-

sabilidades laborales con sólo alegar bajo rendimiento y acreditarlo con simples testimonios que incluso pueden haber creído de buena fe que lo hubo, juzgando quizás por el número de operaciones realizadas o por una falsa apreciación, dado que muchas veces hay factores extraños al operario que lo provocan, como es -verbigracia- el hecho muy común de que unas máquinas son más lentas que otras, o ya, dentro de la industria del vestido, algunas máquinas revientan el hilo con más frecuencia que otras, lo que atrasa la labor y se refleja desde luego en el número de operaciones de la jornada. En suma, hay en este tipo de faltas, una serie de factores, cuya comprobación se hace indispensable para poder valorarla con la equidad que en derecho se requiere, lo que obliga a los jueces a exigir una prueba clara y categórica". (47) <(47) Tribunal Superior de Trabajo, sent. # 367 de las 8:00 hrs. del 21-I-1981.>

Las muchas razones puntualizadas en ese fallo, nos indican claramente el buen fundamento de requerir una prueba especial para demostrar esa causal de despido.

9.- El abandono de trabajo.

TEXTO: Art. 81, inciso i): "Son causas justas... i) Cuando el trabajador después de que el patrono lo aperciba por una vez, incurra en las causas previstas por el inciso a)...del artículo 72;"

TEXTO: Art. 72, inciso a) "Queda absolutamente prohibido a los trabajadores: abandonar el trabajo en horas de labor sin causa justificada o sin licencia del patrono;"

El abandono del trabajo tiene dos significaciones, una típica, en que el abandono se traduce también en un alejamiento del establecimiento de trabajo. Y la segunda, atípica, que cuenta con la peculiaridad de que el trabajador no se marcha del lugar de trabajo, pero no obstante, incurre en manifiesta dejación de las tareas que está ejecutando (48) <(48) Vid. texto y la cita de la Sala de Casación en nota No. 52.> (48 bis) <(48 bis) La Sala de Casación estableció: "Aun cuando el abandono del trabajo puede existir sin que el trabajador se aleje del centro laboral, el simple hecho de conversar con otros compañeros, en horas laborales, no puede concepturarse como abandono" Sent. # 101 de las 10:00 hrs. del 27-XII-1977.>

Partiendo del anterior distingo, podríamos decir que se considera abandono de trabajo dejar de hacer, dentro de la jornada de trabajo correspondiente, la labor objeto del contrato, sin mediar causa que lo justifique, y en cuya calificación no es necesario que el trabajador salga del centro de labor, sino que basta que de modo evidente abandone la tarea que se le ha encomendado.

En la apreciación de esta falta no sólo hay que atenerse a su duración temporal, esto es, que se prolongue más o menos en el tiempo, sino también al factor fundamental que la define, cual es, en definitiva, un problema de actitud del trabajador, que se traduce en una conducta maliciosa y culpable; ya que en el abandono de trabajo concurre siempre un elemento característico: la clara

intención de dejar lo que se estuviere realizando, o la pasividad negligente.
Es igualmente importante subrayar que a esta figura laboral no se la debe confundir con la situación en la que el trabajador, sin otorgar el preaviso, deja definitivamente su trabajo para no regresar más, habida cuenta de que esta otra conducta se identifica más correctamente con la "renuncia tácita". (49) <(49) Vid. sent. Trib. Sup. Trab. Alajuela # 257 de las 17:18 hrs. de 6-III-1974.> A diferencia, el abandono del trabajo, en estricto sentido, sea reiterado o no, siempre es temporal y en él se alternan un período de inejecución con otro de ejecución del trabajo.
En la legislación laboral costarricense es posible distinguir el abandono de trabajo como falta de gravedad media, sancionable de conformidad con el inciso i) en comentario, con una amonestación previa; y con el despido justificado, la segunda vez que se incurra en él, siempre que la repetición se haya dado dentro de los tres meses siguientes al abandono inicial. Asimismo permite distinguir el abandono de trabajo como falta grave, calificación que sobreviene, lo mismo que su sanción con el despido, por los efectos negativos trascendentes que adquiere por la naturaleza particular de las labores, por los perjuicios ocasionados o por el simple peligro potencial de que éstos se hubieren producido. (50 <(50 Trib. Sup. Trab., sent. # 2074 de las 14:35 hrs. de 26-V-1976, As. 330.> Nuestros Tribunales se han referido a ambas modalidades:
"Puesto que el agente vendedor tenía entre sus funciones el brindar el máximo de atención a los clientes de la empresa, para estimular la adquisición de mayor cantidad de productos, al abandonar tal deber devino en cierta forma, un abandono de trabajo y como esta falta, para que produzca causal de despido, sólo exige la existencia de una amonestación anterior, al llamársele varias veces la atención durante diversas oportunidades a este trabajador, sin que modificara su conducta, incurrió en causal de despido sin responsabilidad patronal". (51) <(51) Trib. Sup. Trab., sent. # 4380 de las 13:30 hrs. de 7-XI-1975, As. 267.>
"Si el actor a consecuencia de la embriaguez hizo abandono de su trabajo, a pesar de que como guarda (vigilante) con muchos años de servicio, conocía bien cuál era la importancia de su función, sus faltas adquieren mayor gravedad y significación, más allá de lo que prevé y señala el Código para la generalidad de los casos, pues no es lo mismo que un trabajador común y corriente incurra en esas faltas, con lo cual sólo deja de prestar su servicio personal, a que lo haga un guarda, a quien se le ha encargado el cuidado y vigilancia de un edificio y sus cuantiosas instalaciones, por lo que en la especie el despido es justificado". (52) <(52) Sala de Casación, sent. # 118 de las 14:45 hrs. de 7-XI-1979, As. 960.>
10.- Realizar propaganda político-electoral o contraria a las instituciones democráticas; o ejecutar actos que signifiquen coacción de la libertad religiosa.
TEXTO: Art. 81, inciso i): "Som justas causas... i) Cuando el trabajador, después de que el patrono lo aperciba por una vez, incurra en las causales previstas por los incisos...b) del artículo 72.

TEXTO: Art. 72, inciso b): "Queda absolutamente prohibido a los trabajadores: Hacer durante el trabajo propaganda político-electoral o contraria a las instituciones democráticas del país, o ejecutar cualquier acto que signifique coacción de la libertad religiosa que establece la Constitución en vigor;"

El trabajador no puede ocupar tiempo de su jornada para atender asuntos personales o, en general, ajenos al trabajo. Tal es una obligación negativa (prohibición) implícita en el contrato de trabajo. Pero en casos particularmente especiales, la legislación costarricense se ha preocupado por establecer prohibiciones expresas y, entre ellas, la de hacer durante las horas de labor, propaganda político-electoral o contraria a las instituciones democráticas de Costa Rica.

Estas dos prohibiciones expresas poseen cada una su explicación, y ambas tienen que ver con la antigua tradición democrática del país. Si se toma en cuenta que el costarricense desde la infancia es educado y formado para vivir en democracia, que siga y viva cotidianamente y con intensidad la política, no es más que una consecuencia lógica. Y que viva con apasionamiento la política-electoral cada cuatro años, también es una derivación lógica de su formación y educación. De manera que es justamente este avivamiento de su espíritu, que se da en los períodos eleccionarios, lo que el legislador le ha prohibido, con razón, que traslade al centro de trabajo, so pena de que pueda ser despedido con justa causa.

Lo propio sucede con el origen de la prohibición de realizar propaganda contra las instituciones democráticas. En efecto, en el proyecto inicial del Código de Trabajo, el artículo 72 inciso b) lo que prohibía, posiblemente por error, era que se propagaran las ideas democráticas, pero el legislador enmendó con tino esa equivocación y, a ese fin, señaló: "no entendemos cómo va a prohibirse a los trabajadores que propaguen las ideas que son el fundamento de la vida nacional. Antes bien, juzgamos que lo correcto es impedir lo contrario, o sea, conforme reza el nuevo texto, que hagan propaganda contraria a las instituciones democráticas del país. (53) <(53) Vid. dictamen que rindió la respectiva Comisión Especial de "Congreso de la República" sobre el proyecto de Código de Trabajo.>

Análogo entendimiento tuvo el legislador al disponer como motivo justificado de despido, el hecho de que se ejecute cualquier acto que signifique coación a la libertad religiosa, lo que obedece no tanto porque ésta la garantice la Constitución Política (54), <(54) Vid. Art. 75 de la Constitución Política.> como porque el pueblo de Costa Rica, como muchos otros pueblos cultos del planeta, es respetuoso de esta importante libertad pública.

11.- La embriaguez u otra condición análoga.

TEXTO: Art. 81, inciso i): "Son justas causas... i) Cuando el trabajador después de que el patrono lo aperciba una vez, incurra en las causales previstas por los incisos ...c) del artículo 72;"

TEXTO: Art. 72, inciso c): "Queda absolutamente prohibido a los trabajadores...c) Trabajar en estado de embriaguez o bajo cualquier otra condición análoga;"

El inciso trascrito al ordenar que la primera vez que el trabajador labore en estado de ebriedad, debe ser apercibido primero antes de poder ser despedido justificadamente, indudablemente que se refiere a la embriaguez no habitual". Naturalmente que ésta, como cualquier otra forma de embriaguez, actúa como enervante de la manifestación plena de la capacidad laborativa y aptitudes del trabajador, empero la norma jurídica la considera menos grave y de allí que requiera previamente la amonestación y, solo que se dé reincidente (55) <(55) Dentro de los tres meses siguientes (art. 607 del Código de Trabajo).> autoriza el despido motivado.

"Como se alega en el recurso, de acuerdo con los artículos 72, inciso c) y 81 inciso i), del Código de Trabajo, se requiere para despedir con justo motivo por el solo hecho de presentarse a trabajar en estado de embriaguez, que por lo menos el trabajador haya sido apercibido una vez, a causa de similar conducta..." (56) <(56) Sala de Casación, sent. # 136 de las 15:15 hrs. de 2-X-1974.> (56 bis) <(56 bis) En el mismo sentido del Trib. Sup. de Trab., sent. # 263 de las 10:05 hrs. de 17-I-1979, As. 817.>

La otra forma que puede adoptar esta falta como problema de trabajo, es la llamada "embriaguez habitual", que se la suele estimar como falta grave y consecuentemente ajustable en el inciso l) -(ele)- del propio artículo 81 del Código de Trabajo. La razón de esto la encontramos en que el ebrio habitual no es un trabajador hábil y porque genera multitud de otras faltas: llegadas tardías, ausencias injustificadas, riñas, ofensas, abandono de labores, irrespeto, disminución de rendimiento, injurias. Es de tomar en cuenta, también que en sí misma la embriaguez habitual influye desfavorablemente en la armonía laboral; todo lugar de trabajo es un centro de orden y disciplina, y la embriaguez es un factor que conspira contra ello, amenazando con el desorden ahí donde la pluralidad de relaciones laborales exigen un correcto comportamiento frente a los representantes patronales y de los compañeros entre sí.

Es importante tener presente que no siempre tiene que ser habitual la embriaguez para constituir falta grave. Hay muchas situaciones también en que considerada la índole del trabajo o la trascendencia que tenga la falta para la empresa, en diversos órdenes, (57) <(57) Así sent. Trib. Sup. de Trab. # 1904 de las 17:00 hrs. de 25-IV-1980, As. 1048, en la que expresó: "Cuando se trata de analizar si procede un despido con pago de prestaciones laborales a causa de la embriaguez del trabajador, hay que distinguir si es un hecho aislado que no conlleva otras faltas, o si el estado de ebriedad ha tenido otras implicaciones de trascendencia para la continuidad de la relación laboral; en la primera situación el asunto no podría justificar el despido, a no ser que el empleado haya sido amonestado previamente, pero en la segunda ya no se trata de la simple embriaguez en horas de labor, sino de una indisciplina que configura una falta grave, en cuanto afecta la relación laboral y atenta contra la seguridad de las personas y de las cosas".> para que una sola vez que se trabaje en estado de

embriaguez devenga en suficiente motivo para que legalmente aflore su perfil grave. En esta situación se encuentra la embriaguez del guarda o vigilante, del conductor de un vehículo motorizado, del maquinista y del conductor de un tren. La jurisprudencia aludió estos dos últimos:

"Tratándose de ciertos trabajadores, como los maquinistas y conductores de un tren, el hecho de que trabajen en estado de embriaguez constituye una falta grave, a sus obligaciones que amerita el despido sin responsabilidad patronal, aun cuando no hubiesen sido apercibidos previamente, por el peligro que dicha falta entraña para la seguridad de los pasajeros". (58) <(58) Tribunal Superior de Trabajo, sent. de las 16:25 hrs. de 10-VII-1953.>

Finalmente, importa subrayar que cuando el segundo inciso en estudio menciona la prohibición de "trabajar bajo cualquier otra condición análoga", indudablemente alude al uso en el trabajo, de estupefacientes, narcóticos y otras drogas que, al igual que el licor, alteren en forma significativa las condiciones físicas, síquicas y mentales del trabajador. (59) <(59) La tenencia, aprehensión y el procesamiento por estupefacientes, es motivo justo de despido. Cfr. Trib. Superior de Trabajo, sent. # 3307 de las 10:40 hrs. de 19-VII-1974.>

12.- Mal uso de las herramientas: portar armas en el trabajo.

TEXTO: Art. 81, inciso i): "Son justas causas... i) Cuando el trabajador, después de que el patrono lo aperciba una vez, incurra en las causales previstas en los incisos... d) y e) del artículo 72;"

TEXTO: Art. 72, incisos d) y e): "Queda absolutamente prohibido a los trabajadores: d) Usar los útiles y herramientas suministrados por el patrono, para objeto distinto de aquel a que están normalmente destinados; y e) Portar armas de cualquier clase durante las horas de labor, excepto en los casos especiales autorizados debidamente por las leyes, o cuando se tratare de instrumentos punzantes, cortantes o punzocortantes que formaren parte de las herramientas o útiles propios del trabajo".

Para que el uso indebido de herramientas y útiles proporcionados por la empresa, sea justa causa de despido, a nuestro entender, requiere, como requisito ineludible, que tenga alguna repercusión dañina o adversa en la relación laboral. El simple uso incorrecto y transitorio de la herramienta, no es grave per se. Normalmente, diríamos que utilizar las herramientas con fin distinto al que están por naturaleza destinadas, necesita de repetición y de amonestación previa para dar lugar al despido justificado. Si se tratare de herramientas de empleo delicado, y al atribuírsele un fin distinto se pone en peligro la seguridad de las personas, o de cosas o bienes de la empresa, sí podría justificar la destitución sin necesidad de repeticiones.

Portar armas no exigidas por la propia índole de las tareas que se realizan, sí puede más fácilmente constituir falta justificativa del despido; a ello apuntaría, asimismo, la tradición y vocación civilistas de los costarricenses y la inexistencia de ejército en nuestro país, todo lo cual hace que sea absolutamente innecesario

portar armas no solicitadas por la empresa en el momento de la contratación ni durante, la ejecución de la relación de trabajo.

13.- La ineptitud

TEXTO: Art. 81, inciso j): "Son justas causas... j) Cuando el trabajador al celebrar el contrato haya inducido en error al patrono pretendiendo tener cualidades, condiciones o conocimientos que evidentemente no posee, o presentándole referencias o atestados personales cuya falsedad ésta luego compruebe, o ejecutando su trabajo en forma que demuestre claramente su incapacidad en la realización de las labores para las cuales ha sido contratado;"

La disminución de rendimiento no casual ni simplemente accidental, sino como actitud permanente y deliberada frente al trabajo, como lo hemos visto, es motivo de despido, pues así como la empresa no puede rebajar el salario a voluntad, tampoco puede el trabajador mermar la intensidad de su trabajo, Ambas constituyen recíprocas prestaciones que son fundamentales en el contrato de trabajo.

Pero importa aclarar que no se debe confundir esa causa de justo despido, con la de ineptitud. Esta significa incapacidad, inhabilidad, insuficiencia o desconocimiento del oficio, y podríamos decir que es menester que se den dos condiciones para que se configure: de una parte, la ineptitud debe ser imputable al propio trabajador; y esta circunstancia no se da, como lo apunta bien la doctrina, cuando las deficiencias en el trabajo provienen de la defectuosa calidad de la materia prima ocupada, de dificultades objetivas que le presenta la maquinaria al trabajador o de otras causas extrañas a éste. Y, por otro lado, es menester que la ineptitud o inhabilidad sea respecto del trabajo para el cual fue contratado el trabajador; pues puede acontecer, que por razones diversas, o accidentalmente, se ocupe al trabajador en otras funciones, y demuestre incapacidad para las improvisadas o no habituales. En estas condiciones, el que no se desempeñe apropiadamente no constituye la causa que analizamos.

Es importante asimismo puntualizar que la doctrina laboral se inclina por admitir el despido, aún cuando haya sido superado el período de prueba. Sin embargo, aún así, estimamos que se debe tomar en cuenta el criterio del Tribunal Superior de Trabajo, en el sentido de que la ineptitud no haya sido consentida, puesto que de haberlo sido no se justificaría el despido. Es decir, si la incapacidad ha sido conocida y tolerada y se trate de sancionar tiempo después, el despido no será justificado. Así lo dijo ese Tribunal:

"Si como lo afirma el Embajador de nuestro país en..., la actora después de un año de trabajo en la Embajada demostró evidentemente incapacidad para el desempeño del puesto, es indudable entonces de que a partir de esa fecha el Estado debió ordenar su destitución por cuanto fue en ese momento en que el citado funcionario se dio cuenta de que la señorita... no podía seguir al frente del cargo diplomático. Ahora bien, si por conveniencias de diversa Indole el patrono consistió en que continuara en el desempeño de su puesto, tácitamente dio por

buena su actuación y por lo mismo no pudo hacer valer, siete meses después, la causal de ineptitud que se le imputa...". (60) <(60) Sent. # 971 de las 15:50 hrs. del 21-V-1965.>

14.- Prisión del trabajador

TEXTO: Art. 81, inciso k): "Son justas causas... k): Cuando el trabajador sufra prisión por sentencia ejecutoriada;"

De conformidad con el artículo 78 del Código de Trabajo (61) <(61) "ARTICULO 78 - Es también causa de suspensión del contrato de trabajo, sin responsabilidad para el patrono ni para el trabajador, el arresto que alguna autoridad judicial o administrativa le imponga a éste, o la prisión preventiva que en su contra se decrete, siempre que sea seguida de sentencia absolutoria.

Es obligación del trabajador dar aviso al patrono de la causa que le impide asistir al trabajo, dentro de los tres días siguientes a aquel en que comenzó su arresto o prisión; y reanudar su trabajo dentro de los dos días siguientes a aquel en que cesaron dichas circunstancias. Si no lo hiciere se dará por terminado el contrato, sin que ninguna de las partes incurra en responsabilidad.

A solicitud del trabajador el Jefe de la Cárcel le extenderá las constancias necesarias para la prueba de los extremos a que se refiere el párrafo anterior".> es causa de suspensión del contrato de trabajo, el arresto judicial o administrativo que se imponga al trabajador, o la prisión preventiva que contra él se decreta, siempre que en el juicio penal recaiga sentencia absolutoria, y que el trabajador dé aviso a la empresa, dentro de los tres días siguientes, del motivo que le impide asistir al trabajo, y que se presente a éste dentro de los dos días siguientes a aquel en que quedó en libertad.

De tal manera que cuando el trabajador no comunica a la empresa el impedimento con que cuenta para asistir al trabajo, o no se presenta a ella dentro de los dos citados días siguientes a que fue puesto en libertad, se configura una causa de despido justificado; no por el arresto o la prisión preventiva que cumple, sino porque los días de detención se equiparan a ausencias injustificadas. (62) <(62) Sent. Trib. Sup. Trab. # 93 de las 15:00 hrs. de 11-I-1965.>

La situación anterior no debe ser confundida con la disposición del inciso k) del artículo 81 del mismo Código, que establece como justa causa de despido el hecho de que el trabajador sufra prisión por haberse dispuesto así en sentencia ejecutoriada.

La conclusión a que se arriba de la relación de los dos citados textos legales, es la de que mientras el trabajador guarde arresto o presión preventiva sin que se haya dictado sentencia condenatoria en su contra, el contrato permanece suspendido si ha comunicado a la empresa su detención. Pero existirá causa eficaz para su destitución desde el momento en que guarde prisión por el advenimiento de una sentencia condenatoria que le imponga esa pena, ya sea porque el delito lo hubiese cometido contra la propia empresa o no.

En este caso, vale decir, cuando se dicta la sentencia condenatoria, la causa de

despido no surge de la sentencia en sí, sino del hecho de que el guardar prisión le impide trabajar. En relación con esta última afirmación cabría preguntarse, por otra parte, qué sucedería si al trabajador a pesar de ser condenado, se le otorga el beneficio de la suspensión condicional de la pena y queda, por consiguiente, en libertad. ¿Podría la empresa despedirlo?

No siempre será fácil buscar una respuesta. Consideramos que la solución tiene que buscarse valorando aspectos diversos: como si el delito fue cometido contra la propia empresa o contra un tercero; y debe también hacer examen de la naturaleza y la gravedad del delito; y desde luego, la índole del trabajo que presta el trabajador sentenciado. De este modo, por ejemplo, un cargador de sacos de una arrocera y un trabajador de cuello blanco de una empresa financiera condenados por estafa, no estarían en igual situación; un operario de obras condenado por contrabando, tiene una situación laboral distinta al funcionario de aduana, condenado por el mismo delito; y un trabajador de comercio penado por violación, no puede equipararse al caso del profesor de un colegio de señoritas a quien se imponga pena por idéntico delito. Como planteamiento general, podría pensarse en la posibilidad de despido del empleado de la compañía financiera condenado por estafa; del funcionario de aduana incurso en contrabando; y del profesor del colegio de señoritas sentenciado por violación.

15.- La falta grave: A) Noción conceptual y su apreciación: B) Algunos elementos que intervienen en su configuración; condicionales y merecimientos del trabajador: a) De carácter personal; y b) De naturaleza extraprofesional.

TEXTO: Art. 81, inciso l): "Son justas causas...l) Cuando el trabajador incurra en cualquier otra falta grave a las obligaciones que le imponga el contrato".

A) Noción conceptual y su apreciación

Si se quisiera ver en el despido disciplinario individual y causado del artículo 81, una resolución del contrato a semejanza de la que reconocen las obligaciones recíprocas del Derecho común (63) <(63) Pensamiento que solamente admitiríamos con determinadas reservas.> (63 bis), <(63 bis) Cfr. Art. 692 del Código Civil.> la "justa causa" tendría que equivaler como lo apunta la doctrina, a "un incumplimiento contractual, culpable y GRAVE" del trabajador.

Si se estimare por mera aventualidad que algunas de esas causales son extracontractuales o "extralaborales" y, por ende, que el despido no es exclusivamente un acto resolutorio por incumplimiento, preciso sería, entonces, conectarlo con la doctrina del "despido-sanción" y fundarlo en falta grave del trabajador.

Si menester fuera, finalmente, aludir a otras posiciones científicas relacionadas a su naturaleza jurídica, por imperativo insoslayable tendría que convenirse, de idéntica forma, que la causa de despido, en tanto justa, debe ser de entidad notable y suficiente, capaz de generar en equitativo equilibrio y correspondencia, el serio acto potestativo de desvinculación unilateral del empleador. En otros términos expresado, debe configurarse por medio de un hecho, acto o conducta especialmente trascendente; identificarse con los que podríamos llamar un "motivo

importante", aunque no en la amplia noción del derecho alemán, en suma, para utilizar la terminología más familiar a nuestras leyes y jurisprudencia, constituir "FALTA GRAVE".

Precisar las conductas que adquieren la categoría de falta grave, como lo expresamos supra, es cuestión que depende de las circuntancias y particularidades de hecho que en cada especie concurren, y evaluarlas es labor que queda librada a la discreción de los Tribunales.(64) <(64) De esta guisa, por ejemplo, el Tribunal Superior de Trabajo, según ya lo vimos, juzgó que la enfermedad culpable no excusa las ausencias al trabajo, las catalogó como motivo de despido: "La gastritis alcohólica no justifica las ausencias, porque se originan en una causa buscada y producida por voluntad y decisión del trabajador y no en forma natural". Sent. # 2219 de las 10:30 hrs. del 11-XII-1964.>

En la jurisprudencia costarricense ambos datos son fáciles de constatar. (65) <(65) Así lo vimos al examinar supra la "gravedad cualitativa".> Indudablemente, son muchos los factores objetivos y subjetivos que juegan un rol importante en la calificación de la falta grave. Con frecuencia tiene que atenderse: el tipo de contrato de trabajo (66); <(66) El derecho y jurisprudencia costarricense estiman contratos de trabajo de caracteres muy especiales, los que vinculan la Guardia Civil al Estado (Cfr. Art. 579 del Código de Trabajo y sus Reglamentos). Dicho esto y tomada en cuenta que sea la trascendencia que tiene vigilancia pública, el Tribunal Superior de Trabajo tuvo buen criterio al calificar como "falta grave" el abandono que un Sargento de Radio-Patrulla hizo de la unidad motorizada que le fue confiada, para dedicarse a ingerir licor. Véase que en la especie se separó de la regla general establecida por el inciso i) del artículo 81 en relación con el inciso a) del artículo 72, ambos del Código de Trabajo, según la cual el abandono de trabajo requiere previo apercibimiento, al menos por una vez, para que sea motivo de destitución justificada. Cfr. la sentencia # 1669 de las 15:05 hrs. de 9-XII-1957.> la Indole del cargo (67); >(67) Faltas hay -y en tal sentido lo ha manifestado la Sala de Casación, que tienen distinta valoración según se cometa en un cargo público o en uno privado; comentó: "...Es oportuno repetir lo que esta Sala ha declarado en otros fallos: que por las repercusiones que tienen en la vida económica y social, la conducta negligente o imprudente de un empleado de una institución pública que ponga en peligro su estabilidad económica o le reste la confianza pública, reviste mayor gravedad que la de un empleado de una empresa privada". Sent. # 18 de las 10:00 hrs. de 9-III-1964.> la jerarquía y el deber del empleado (68); <(68) El Tribunal Superior de Trabajo consideró desleal -y en cuya consecuencia la causa justa de despido-, la conducta de un alto trabajador de la empresa que intervino en forma descollante en la circulación de un memorial firmado por sus subalternos, en el que se imputaban graves cargos al Gerente de la misma. Sent. # 1298 de las 15:25 hrs. del 31-VII-1964.> la especialidad laboral (69); <(69) "II.- Si bien es cierto que la inasistencia voluntaria al trabajo constituye un acto de indisciplina, que puede justificar el despido, no lo es menos

que para ello sea así se requiere que la ausencia sea reiterada en períodos breves, o bien que relacionada con la especialidad laboral, constituya una falta grave a ese deber, cuando es injustificada, pues de lo contrario, tratándose de inasistencia aisladas en períodos distintos y sin que medien circunstancias especiales, el despido no tiene justificación aun cuando no se haya dado el aviso oportuno..." Sent. del Trib. Sup. Trab. # 976 de las 16:20 hrs. del 14-VIII-1956.
"I.- La ausencia al trabajo de un solo día no constituye causal de despido, supuesto que el artículo 81, inciso g) del Código de la materia requiere al efecto que el trabajador "deje de asistir al trabajo sin permiso del patrono, sin causa justificada durante dos días consecutivos o durante más de dos días alternos dentro del mismo mes calendario". No obstante eso, la ausencia a un día puede conceptuarse como falta grave a las obligaciones que el contrato impone al trabajador, cuando, la clase de labores a ejecutar y demás circunstancias que concurran en el caso concreto así lo ameriten y por ahí cabe estimar que tal ausencia sí es motivo justo de despido de conformidad con lo dispuesto por el inciso l) del artículo 81 antes citado". Sent. del Trib. Sup. Trab. # 975 de las 16:15 hrs. del 14-VIII-1956.> y el uso de ciertas clases de materias primas (70); <(70) Violar la prohibición de fumar en un centro de trabajo donde existen sustancias inflamables, configura una falta en extremo grave: "...Sin entrar a considerar otras faltas cometidas por el actor, el solo hecho de que éste fumara dentro de una fábrica de fósforos con grave peligro de una conflagración y de la seguridad de sus compañeros, es motivo suficientemente justificado para que se le despidiera..." Sent. del Trib. Sup. Trab. # 319 de las 15:25 hrs. del 25-III-1957.> el grado de confianza (71); <(71) "...La confianza, se ha dicho y vale repetirlo, es en gran parte elemento subjetivo y un puesto de esa naturaleza implica de parte del trabajador, una obligación especial, consistente en la observancia dentro y fuera del servicio, de una disciplina rigurosa que suele ser más severa de la que es suficiente observar en otras actividades. En cuanto a esta modalidad especial que entraña la esencia de la relación laboral, es evidente, que basta con que el patrono pierda la confianza que tiene en su trabajador, para que el vínculo contractual no se pueda mantener. Así, pues, la pérdida de la confianza, no puede desde luego ser calificada en una forma unilateral por el patrono pues ha de existir motivo QUE SIN CONSTITUIR NECESARIAMENTE UNA FALTA DEL TRABAJADOR, DE LAS SANCIONADAS POR EL CODIGO DE TRABAJO, Y SIN QUE HAYA CAUSADO PERJUICIO AL PATRONO, sí sea de tal naturaleza que pueda originar una situación de incertidumbre y de duda, que dadas las circunstancias especiales en que la relación de trabajo se desarrolla... haga imposible o difícil continuar la armonía indispensable para el mantenimiento de la relación obrero-patronal..." Sent. # 657 de las 16:55 hrs. del 17-IV-1963 del Tribunal Superior de Trabajo.> orden y moralidad, y las razones de disciplina (72); <(72) El Tribunal de Servicio Civil en sentencia de 17:45 hrs, de 12-XII-1955, confirmada por la del Tribunal Superior de Trabajo, # 65 de 10:30 hrs. del 11-I-1956, declaró procedente la destitución de un funcionario público por haber resultado comprometido en

la exhibición de una película pornográfica. El propio Tribunal Superior tiene repetidamente dicho: "...que tratándose de guardias civiles, éstos, en razón al cargo que ocupan, deben someterse a las reglas de disciplina que les impone su servicio y no acatándolas, su destitución tiene que aceptarse como justificada..." Sent. # 1352 de las 15:30 hrs. de 27-X-1958 y # 1353 de 15:35 hrs. de 17-X-1958.> y obediencia (73) <(73) Cfr. del mismo Tribunal sent. # 1401 de 15:40 hrs. del 21-X-1957. En interesante contraste con las citas de la nota 72, asimismo nuestros tribunales han dicho que la obediencia debida por los empleados públicos no es ciega ni condicional: Vid. sentencias de la Sala de Casación de las 16:30 hrs. del 9-IX-1953 y del Tribunal Superior de Trabajo # 1356 de las 15:50 hrs. del 27-X-1958.> que demanden las funciones; el acatamiento a disposiciones legales inherentes a éstas (74); <(74) El trabajador que contraviene disposiciones legales que no puede desconocer en virtud de sus ocupaciones, incurre en una causal de despido (hachero de Obras Públicas que talaba árboles a orillas de un río). Tribunal Superior de Trabajo, Sent. # 916 de 16:25 hrs. del 31-V-1963.> el riesgo en potencia -no necesariamente efectivo- que pueda llegar a lesionar el prestigio, la seriedad o la solvencia moral de la empresa, para no citar el económico (75); <(75) Al "riesgo en potencia" aludió la Sala de Casación, entre otras sentencias en la # 16 de las 10:00 hrs. del 9-III-1964.

En este litigio consideró que constituía "falta grave" el hecho de que el Gerente de la Sucursal de una institución bancaria, autorizaba sobregiros sin garantías o con garantías insuficientes de los clientes.

Expresó: "...Si bien no sufrió el Banco pérdidas, posiblemente por la honorabilidad y solvencia de sus clientes, que se aprestaron en algunos casos a cubrir los sobregiros y en otros a reforzar las garantías que los inspectores que practicaron la investigación les exigieron, lo cierto es, que mientras esos sobregiros se mantuvieran en las condiciones irregulares, que se han dicho, hubo un peligro potencial para los intereses de la entidad patronal, que no debe ocurrir en el negocio bancario, y de ahí que la conducta, no dolosa como se ha explicado, sino imprudente del actor como Gerente de la Sucursal... ha podido calificarse en el fallo recurrido, como falta grave, de acuerdo con el inciso l) del artículo 81 del Código de Trabajo..."> la antiguedad en la prestación de los servicios, los antecedentes disciplinarios del empleado, etc.

Sin perjuicio de perfilar infra algunos más, por ahora podemos sintetizar con el Tribunal Supremo de España diciendo que, en general, "para la adecuada calificación de los actos especificados legalmente como circunstancias infractoras de la normal relación laboral, capaces de justificar sanciones unilaterales hasta su extinción por el despido, han de analizarse aquellas en su realidad, momento y efectos, con observación del trabajo a que afecten y de la personalidad a quien se imputen; en concreto, tendrán que verse humanamente individualizados los hechos para lograr consecuencias bien adaptadas a su propia naturaleza y correcta estimación". (76) <(76) Sentencia del 21 de septiembre de 1945, Rodríguez

Navarro, "Doctrina Laboral del Tribunal Supremo", T> 11, Pág. 781.>
B) Algunos elementos que intervienen en su configuración: condiciones y merecimientos del trabajador: a) De carácter personal; y b) De naturaleza extraprofesional.
Las condiciones y los merecimientos personales del empleado participan significativamente en la calificación de la falta, influyendo negativa o positivamente. Por así decirlo, como "circunstancias agravantes" y como "circunstancias atenuantes". La conducta desordenada, por ejemplo, del empleado bancario repercute desfavorablemente y puede conducir a que cierto tipo de faltas sea valorado ipso jure "falta grave" (77); <(77) La jurisprudencia del Tribunal Superior de Trabajo se ha orientado en esa dirección, en oportunidades, por ejemplo, infiriendo la conducta desordenada de los repetidos embargos injustificados.
"...En la especie, son tan numerosos y frecuentes los embargos decretados en bienes del actor, que revelan una CONDUCTA DESORDENADA DE SU PARTE, y justifican el despido que se produjo cuando no pudo levantar el último embargo en el término que se concedió al efecto". Sent. # 848 de 25 de mayo de 1962. En esta misma sentencia el Tribunal excluye los embargos justificados acogiendo normas del derecho argentino.> mientras que una intachable actuación dentro y fuera del empleo fehacientemente demostrada, puede no sólo llegar a atenuar la falta sino también a enervar toda posibilidad de que se la califique de "grave", si otros factores coadyuvantes intervienen simultáneamente. (78) <(78) La regla no es invariable, desde luego.>
Tan escuetas afirmaciones bastan a los efectos de resaltar la importancia de estos elementos valorativos, y nos permiten, del propio modo, insistir en lo que tanto hemos repetido: que es prácticamente imposible tratar de generalizar fórmulas estrictas de solución en materia tan huidiza y delicada, en la que hasta el sencillo detalle de hecho es capaz de actuar con influencia señalada en la estimativa judicial. (79) <(79) Esta dificultad, por lo demás, se presenta igualmente con otras faltas, y se identifica con el problema general ya examinado de apreciar "vez a vez" lo que constituye falta grave.
La sentencia dictada por el Tribunal Superior de Trabajo a las 16:05 hrs. de 28 de octubre de 1955 es clara al respecto:
"...Cabe decir que, para determinar si una falta constituye o no causal de justo despido, no es necesario que se establezca en la ley en forma pormenorizada cada una de las que facultan esa decisión, sino que basta con que determine causas amplias que permitan comprender en ellas los diversos casos particulares, como lo hace nuestra legislación laboral, donde a la par de los motivos justos de despido, expresados en forma detallada en el articulo 81 del Código de la materia, establece, en el inciso l) de ese precepto, una causa especial, cual es la de que el trabajador incurra en una falta grave a las obligaciones que le impone su contrato de trabajo, cuya amplitud permite incluir en ella muchos otros conceptos no previstos especialmente por el legislador".>

Estas "circunstancias" personales del empleado las analizaremos de acuerdo con una clasificación bipartita, en subgrupos que denominaremos "profesional" y "extraprofesional".

a) De carácter profesional:

Son aquellas condiciones y merecimientos personales del empleado, relacionados en alguna suerte de forma más o menos directa con el ejercicio de su profesión u oficio y el cargo o cargos desempeñados en la empresa.

La antiguedad ininterrumpida de servicios es, naturalmente, un primer elemento a considerar. (80) <(80) La jurisprudencia extranjera, particularmente la argentina, se distingue por considerar a menudo aquel elemento en la apreciación de cualquier falta invocada como justa en el despido. Remitimos a la Revista "Derecho del Trabajo" referencias concretas en sus repertorios. Vid. págs. 215 y ss. No. 20 y ss. del Repertorio de los años 1941-1955. Sobresale el siguiente extracto de la sentencia de 4 de junio de 1941, dictada por la Sala II de la Cámara Paz Letrada de la Capital:

"El despido, por la gravedad de las consecuencias que trae aparejadas tanto para el principal como para el empleado u obrero, no puede ser, para que se lo califique de justificado, sino la sanción correlativa, directa e inmediata, a una falta muy grave; esto tanto más, cuando las causas que se invocan para justificarlo no encuadran concretamente en ninguno de los supuestos contemplados expresamente por la ley.

No constituye justa causa de despido el hecho del empleado que hizo figurar en una planilla tres operaciones de venta que no había efectuado, cuando se trata de un empleado que ha trabajado correctamente durante casi nueve años y que no percibía comisión sobre las ventas realizadas, lo que hace suponer que las omisiones inculpadas no fuesen voluntarias, y sin que se probara que ellas causaron perjuicio a los intereses de la empresa".> Procede razonablemente admitir que el grado de estima, consideración y gratitud del empleador hacia el trabajador, debe estar sustancialmente influido por el tiempo que ha sido beneficiario de sus servicios.

La consideración, asistencia y protección -como deberes jurídicos- y el agradecimiento -como deber moral y ético-, a nuestro entender constituyen obligaciones patronales que varían de intensidad según el empleado tenga unos pocos meses de trabajo a sus órdenes o una larga y respetable antiguedad de años.

Un enfoque superficial puede guiar a la equívoca idea de que el tiempo de trabajo nada tiene que ver con la ponderación de la falta. Pero es de claridad meridiana que una falta leve en un trabajador con poca antiguedad puede calificarse como sintomáticamente grave.

Estimamos oportuno recordar lo que ya hemos expresado en el sentido de que el contrato no es un nexo exclusivamente económico-patrimonial, sino un negocio jurídico que especialmente supone trascendentales vinculaciones personales (81), <(81) Nuestra jurisprudencia siempre ha puesto énfasis en el contenido ético del

contrato de trabajo. Son profusas las sentencias de la Sala de Casación y del Tribunal Superior de Trabajo en relación a ese particular. De éste podemos transcribir las siguientes manifestaciones contenidas en la sentencia ya citada # 343 de 16:00 hrs. de 2 de abril de 1956: "El Derecho del Trabajo no puede tutelar los intereses de aquellos... que por su conducta alteren el normal desarrollo de una relación que implica para las partes UN GRADO DE CONSIDERACION PERSONAL, que se traduce en deberes recíprocos, cuyo respeto por ambos contratantes constituye la base de la tutela jurídica de sus intereses".> morales y espirituales, que superan en mucho la vieja concepción del trabajo como simple fuerza instrumental, para elevarlo a la condición de objeto éticamente valioso (82); <(82) El artículo 56 de nuestra Constitución Política enérgicamente rechaza cualquier estimación del trabajo como simple mercancía. Cfr. también inciso c) art. 69 del Código de Trabajo.> que es un vínculo obligacional que importa una actividad esencialmente personal y humana que exige un trato acorde con esa naturaleza.

La antiguedad, pues, en la medida misma que permita su extensión es un elemento de juicio valioso -aunque no decisivo por sí solo-en la calificación de la falta. La directriz la imprime inclusive el derecho positivo (83), <(83) Y del propio modo la jurisprudencia.> al condicionar sinnúmero de derechos laborales y afines al tiempo de servicio, como sucede con el preaviso y su indemnización sustitutiva, el auxilio de cesantía (84), <(84) Arts. 28 y 29 del Código de Trabajo. Cfr. Art. 31 ibídem.> el régimen jubilatorio y de retiro, etc. Sin contar que no en vano algunas legislaciones en los supuestos de despido por "disminución o falto de trabajo", imperativa y terminantemente ordenan al empleador proceder por orden de antiguedad e iniciar la cesantía con el personal menos antiguo.

A pesar de lo reseñado debemos tener presente que en ocasiones una larga antigüedad -lo que puede valer también para las restantes buenas condiciones profesionales y extraprofesionales del empleado- no es digna de tomarse en cuenta. Lo que es más significativo, que no sólo no sea atenuante sino por el contrario agravante de una situación. En punto a una falta de disciplina notablemente seria, cabe decir con el Tribunal Central de Trabajo de España, que no puede ser atenuada por la circunstancia de los años que lleva el trabajador al servicio de la empresa; pues si es cierto que la larga existencia de una relación de trabajo debe llevar al empresario a guardar consideración al trabajador, también es evidente que no le impide hacer uso de facultades que le competen y que éste no puede impedir con su propio criterio, obligándole también su dilatada prestación de servicio a un más exacto cumplimiento de la disciplina y a la colaboración en la buena marcha de la empresa". (85) <(85) Sent. de 22-XI-1954.>

Por otro lado, la responsabilidad, competencia, seriedad, dedicación al trabajo; y el respeto, la disciplina y en general los demás antecedentes del empleado, deben asimismo examinarse. Ya para juzgar con equidad la gravedad de la falta; ya con el fin de establecer en qué medida el empleador se ha ceñido o apartado de la buena

fe probidad, entendida ésta en su significación objetiva de cumplimiento honesto y excrupuloso de los deberes contractuales, que obliga a las partes a una conducta reciproca de lealtad y a proscribir toda idea de engaño, mala intención y sorpresa no sólo en la negociación, formación y ejecución, sino también y de manera muy especial en la EXTINCION del contrato de trabajo. (86) <(86) Cfr. párrafo primero art. 19 Código de Trabajo.>

b) De naturaleza estraprofesional:

Encasillamos aquí condiciones y cualidades personales no vinculadas tan directa o inmediatamente como las anteriores al ejercicio de la profesión, o puesto que se ocupe, pero que eventualmente pueden ser -y de hecho lo son- en determinadas circusntancias de modo, momento y lugar, tanto o más importantes que las profesionales para el desempeño de las funciones con absoluta garantía para los intereses del empleador (o para decidir si existe grave peligro para ellos); y tanto o más importante que aquellas para fijar el alcance de la falta cometida. (87) <(87) Ocioso es aclarar que el principio aparte de que no es absoluto, es reversible.> (87 bis) <(87 bis) Aunque no se refiere a motivo en concreto, las siguientes conclusiones del Tribunal Superior de Trabajo ilustran cómo conductas "extraprofesionales", pueden influir y aun constituir "falta grave". El interesante fallo es de 15:45 hrs. de 12 de marzo de 1963.>

"Al establecer la ley (artículo 71 del Código de Trabajo) que el trabajador debe observar buenas costumbres durante las horas de trabajo, es indudable que esa obligación, de naturaleza social, se instituyó en consideración a la comunidad, más que en consideraciones a las partes, pues siendo el contrato de trabajo una cuestión económica, la moralidad nada tendrá que ver con la misma, de ahí que sean normas de decoro social las que sanciona la ley en los casos en que el trabajador falta a esa obligación. Ahora bien, en el caso concreto quedó evidenciado que el actor cometió adulterio con la esposa de un compañero de labores que habitaba dentro de la finca donde ambos prestaban servicios de peones, y que además de eso se llevó a vivir con él a la dicha señora en forma marital junto con uno de los hijos de ésta con su esposo. En esas condiciones resulta obvio que tal hecho produce consecuencias en relación al vínculo contractual que redundan en causal de justo despido, sin que importe para medir la gravedad de su falta el que ella tuviera lugar en horas de trabajo o fuera de ellas, se interrumpieran o no las labores, pues basta que se rompiera el orden que debe reinar en todo centro de trabajo para que se constituya en causal de justo despido; y es claro, que el hecho cometido por el accionante, aunque en un principio no produjera consecuencias que alteraran la disciplina en el centro de trabajo, ni la convivencia y armonía entre ambos protagonistas del suceso narrado, ello no quiere decir, en forma alguna, que tal acción cometida por el actor deje de ser ofensiva para el compañero burlado en su honor, y contraria a la moral y las buenas costumbres dentro de una sociedad que se rige por los principios de la moral cristiana, así como tampoco pueda afirmarse que con el andar del tiempo lo que ahora, según el juzgador de instancia fue

interpretado como suceso sin importancia por el ofendido por tener tanto éste como el ofensor un concepto avanzado y moderno de la lealtad conyugal, el día de mañana se traduzca en un acto de violencia por la ofensa grave que el actor hizo a su compañero de labores, ofensa que, pese a los principios de moral y avance social que sustenta el juzgado de instancia al fundamentar su fallo para restarle importancia, siempre ha de quedar en potencia dentro del sujeto agraviado, y como tal expuesta en cualquier momento y por cualquier motivo a desencadenar en actos graves que, muy bien se pueden eliminar o al menos evitar en gran parte, con la separación del trabajador culpable del lugar en que el ofendido presta sus servicios. Por consiguiente estima este Tribunal que la falta cometida por el actor en daño de uno de sus compañeros facultó a su patrono para despedirlo sin responsabilidad de su parte, a tenor de lo dispuesto en los incisos a), b), c) y l) del artículo 81 del Código de Trabajo".>

Nos estamos refiriendo a los hábitos, costumbres, carácter, formación moral, educación, honradez, honorabilidad, tipo de amistades, y en general a todo lo que pueda incluirse en la amplia expresión "vida privada y familiar" del empleado, que directa o indirectamente, en beneficio o en perjuicio, es susceptible de repercutir en el ejercicio de su profesión o cargo y atenuar o agravar la calificación de la falta. El orden, la honestidad, rectitud o integridad de un empleado, unidos a un correcto y decente régimen de vida del que estén ausentes el desmedido uso del crédito y los moralmente reprobables hábitos del juego y la bebida y otras malas costumbres, definen sendos panoramas de hecho y de derecho opuestos por antonomasia a los que pueden resultar si el funcionario es de conducta desordenada, entendiendo por actos que entrañan conducta desordenada, los que puedan desacreditar moralmente al empleado, provocar dudas sobre su honorabilidad, la frecuentación de casas de juego o hipódromos, el abuso habitual de bebidas alcohólicas, el trato corriente con personas de vida irregular y, en general las costumbres disolutas. (88) <(88) Así jurisprudencia argentina.>

16.- La huelga ilegal.

TEXTO: Art. 370 Código de Trabajo: "La huelga ilegal termina, sin responsabilidad para el patrono, con los contratos celebrados por los huelguistas; quedan a salvo las sanciones de orden represivo que contra éstos llegen a declarar los Tribunales comunes.

Sin embargo, en los nuevos contratos que celebre el patrono, no podrán estipularse condiciones inferiores a las que, en cada caso, regían antes de declararse la huelga".

En nuestra legislación laboral la huelga legal suspende los contratos de trabajo, esto es, la empresa no está obligada a pagar el salario y los trabajadores no están obligados a prestar sus servicios. Sin embargo, si la huelga fuere declarada ilegal, surge la posibilidad de que aquella ejercite el despido justificado. Esta es una causa de despido no contemplada en el artículo 81 del Código de Trabajo, pero sí se encuentra inserta en el artículo 370 del mismo Código.

De acuerdo con el ordinal anteriormente trascrito pareciera que la huelga ilegal automáticamente termina con todos los contratos. Con todo, es unánime el criterio de que la huelga ilegal por sí no concluye el contrato de trabajo, sino que siempre es necesario que la empresa ejercite su derecho al despido justificado. Ahora bien, en Costa Rica la huelga es ilegal cuando los trabajadores no se someten al trámite de previa conciliación ante los Tribunales correspondientes; cuando habiéndose sometido al trámite conciliatorio, decreten la huelga sin que se haya hecho el plebiscito necesario para determinar si se cuenta con más del 60 % de trabajadores que apoyan el movimiento huelguístico; y finalmenete cuando habiéndose sometido a la conciliación y a la votación ésta arroja un porcentaje inferior al 60 %. Por último, cabría señalar que es igualmente ilegal la huelga decretada en servicios publicos, aún cuando el movimiento se haya sometido al proceso de conciliación. Es importante adicionar que la causa de despido se configura una vez que quede firme la resolución del Tribunal Superior de Trabajo que declara la huelga ilegal. La huelga ilegal como causal de justo despido ha provocado una interesante polémica así en la doctrina como en la jurisprudencia.

Acaecida una huelga ilegal, sostiene una primera corriente de pensamiento, el despido de parte del personal mientras el resto continúa laborando es un acto de la empresa que comporta discriminación arbitraria y en cosecuencia legitima para los despedidos cobrar las indemnizaciones legales. Este punto de vista se afinca en la idea de que no son admisibles los distingos en los despidos de acuerdo con el "principio de que no cabe aplicar diferencia alguna en las relaciones laborales por motivos de raza, color, sexo, religión, opiniones políticas u otras razones. (89) <(89) Así Guillermo Cabanellas.> Según los autores que así piensan el fundamento de este principio radica en que no pueden ser calificados en forma distinta quienes obran en forma semejante, aunque sí sería lícito, agregan, el distingo entre despedidos y no despedidos, si sus conductas durante la huelga feren diferentes como, por ejemplo, que el grupo, despedido hubiese acudido a la vilencia verbal contra el patrono o que hubiese ocasionado daños materiales contra bienes de la empresa.

Otro sector de la doctrina se inclina por la tesis contraria: "rescindido el contrato de trabajo por el empresario con motivo de la ilegalidad de una huelga, no puede estimarse arbitrario su proceder en el supuesto de que mantenga en funciones a algunos de los trabajadores que participaron y que prescindan de otros". Se dice igualmente que el "empleador es el árbitro exclusivo en punto a qué personal desea emplear y lo mismo a cuál despedir y, salvo que alguna disposición legal se lo impida, ese derecho no le puede ser restringido". (90) <(90) Alfredo J. Ruprecht.> (90 bis) <(90 bis) Vid. sent. Trib. Sup. Trab. # 659 de las 9:30 hrs. de 9-II-1978.>

Nosotros acogemos este segundo punto de vista. En primer lugar, señalamos que quien actúa en el ejercicio legítimo de un derecho -(el derecho al despido)-, no está

procediendo en forma discriminatoria ni arbitraria; si la ley concede a la empresa el derecho al despido por causa de una huelga ilegal, como lo hace el artículo 370 de nuestro Código de Trabajo, el solo hecho de que sepa distinguir a quién despide y a quién no, no presta fundamento moral ni legal al argumento de que está ejerciendo abusivamente su derecho. Antes al contrario, el impedirle a la empresa el despido de parte de los trabajadores so pretexto de que incurre en dicriminación odiosa, si sería una conducta ilegítima que va más allá del acusado abuso del derecho, puesto que al limitarse el despido se le cercena su derecho.

En segundo lugar, pensamos que no es exacto el argumento que se puntualiza a manera de paliativo en el sentido de que sí sería legítimo el despido del trabajador que con motivo de la huelga acude a la violencia verbal, al daño de las instalaciones de la empresa o que incurre en otras conductas meritorias del despido, porque tal distinción individualizada nos aleja del centro del problema, puesto que de lo que se discute es de la huelga ilegal como causa de despido y no de otras causales que a raíz de la misma huelga cometan los trabajadores.

PROPUESTA PARA UNA IMPUGNACION DEL JUS VARIANDI PATRONAL

Helios Sarthou
(R.O. del Uruguay)

Consideración Inicial.

Antes de entrar en el tema debo cumplir con un imperativo moral que me impuse en mi país, Uruguay, en momentos en que soportábamos una dura dictadura militar de once años de duración.

Durante ese período México e inclusive UNAM, brindaron a dirigentes políticos y sindicales, a militantes y hombres perseguidos por la dictadura - muchos de ellos amigos y compañeros de acción política - de mi País un espacio fraterno de trabajo y esperanza. Como defensor de presos políticos viví las alternativas de ese exilio en los familiares y amigos de mis defendidos y compañeros. Fué entonces que me hice el autocompromiso de que si algún día venía a México mis primeras palabras serían para testimoniar aquél reconocimiento.

Hoy es el día y el momento y así dejo ese agradecimiento a México y a la UNAM. Sabiendo que interpreto a mis compatriotas, tanto los que se quedaron como los que volvieron a mi patria.

-I-
CARACTERES DEL JUS VARIANDI PATRONAL.

1. En una vida económica difícil fruto de la dependencia y las dificultades creadas por la deuda externa, las facultades patronales inciden de modo fundamental, en tanto, en el subdesarrollo latinoamericano la reducción del salario y en general el costo de la mano de obra se convierte en un mecanismo de obtención de utilidades empresariales abriendo un amplio campo de conflictualidad.

Esto es particularmente notorio en el ámbito jurisprudencial uruguayo y diriámos platense donde el debate judicial del jus variandi tiene amplio espacio.

De ahí que un tema que en otras latitudes pueda carecer de importancia cuantitativa y cualitativa asume trascendencia en nuestro medio.

Se agrava aún más el tema cuando, como sucede en el caso de Uruguay, no existe legislación específica y la jurisprudencia y la doctrina desarrollan los caminos de solución mediante la compatibilidad entre el derecho común y el Derecho del Trabajo.

2. La naturaleza de contrato de tracto sucesivo y su principio de continuidad expone al contrato de trabajo a múltiples modificaciones por el efecto del elemento tiempo.

El jus variandi patronal es una alteración continuativa, relevante, voluntaria, unilateral, objetiva, definitiva y limitada del contrato de trabajo.

La calificamos como continuativa por oposición a las alteraciones interruptivas que modifican la duración del contrato. Las continuativas no afectan la duración sino el contenido contractual. Afirmamos que debe ser relevante, por cuanto la pequeña alteración irrelevante de una habitación a otra de una fábrica o de cualquier aspecto insustancial, no plantea la problemática del jus variandi que

nos habrá de ocupar.
De los caracteres aludidos la unilateralidad es la nota que adjudica atipicidad al jus variandi. En efecto, rompe las bases conceptuales de la idea de contrato para acordar poderes jurídicos innovadores, a una sola de las voluntades del consenso. Toda la vida del contrato, por imperio del derecho común, se maneja con la garantía para la paz jurídica, de la estabilidad de lo acordado.
No es ajeno a la buena fe y a la impregnación ética esta identidad entre programación y acto cumplido. Estamos en el principio de contractualidad o de respeto de lo pactado traducido en la inmutabilidad contractual que identifica al contrato con la ley desde el 1134 del Código Civil Francés.
El derecho uruguayo (1291 Código Civil) al influjo del codificador y bajo influencia del Código Chileno (art. 1545) adaptó la identificación de contrato y ley con la calificación del contrato como regla.
La atipicidad jurídica del jus variandi importa la alteración unilateral del consenso violando también la norma del efecto preclusivo del perfeccionamiento contractual. Como es sabido se preceptúa la indisponibilidad del contrato por una de las partes (Código Civil Uruguayo art. 1253_.
En los casos en que se opera la novación por intervención del consentimiento del trabajador en el jus variandi aceptado, salimos de la atipicidad de la figura jurídica ingresando a la bilateralidad de la noción objetiva. Sin embargo, de todos modos, interesa precisar la inocuidad del consentimiento del trabajador -por ejemplo para la jurisprudencia uruguaya- en cuanto a legitimar un jus variandi objetivamente abusivo (a título de jus variandi programado), dado el intervencionismo de la subordinación sobre la libertad de la voluntad. No sólo esto es así en cuanto a no admitir el consentimiento tácito sino aún en el caso de consentimiento expreso.
Combinado con la prescripción uruguaya -que no corre durante la vigencia del contrato- han permitido reclamar estos criterios contra innovaciones contractuales patronales cumplidas en tiempo lejano, a título de jus variandi abusivo.
De donde para lo que interesa en este trabajo la novación objetiva laboral (cambio objetivo bilateral) aparece signada por una imposibilidad ontológica debido al sesgo tuitivo de la disciplina. A salvo la novación "in sue lius" bajo condición de completar el consenso con la asistencia sindical.
Corresponde señalar, que en el enjuiciamiento de la facultad del jus variandi, se entabla un juego dialéctico de oposición entre los principios estabilizadores del contrato tanto del derecho común como laboral (inmutabilidad contractual, preclusión del consenso, jus resistentiae, intrasferencia de los riesgos, igualdad de las partes, etc.) y por otro lado los principios desestabilizadores (ejercicio del poder de dirección, adaptación a los cambios, imprevisión, etc.).
La nota de definitividad excluiría dentro de la ontología del instituto las situaciones del llamado jus variandi transitorio, porque no sería realmente continuativa la transformación y el carácter herético del cambio unilateral que

implica el jus variandi pierde su fuerza al ser meramente episódico. Toda la carga y gravedad de caracteres del jus variandi supone la permanencia de sus efectos jurídicos innovatorios.

La objetividad a que aludimos radica en que la modificación contractual afecta el objeto material del acuerdo convencional y no de los sujetos. Este carácter desplaza como jus variandi la sustitución de sujetos que por sí misma no altera los contenidos objetivos.

3. En sede uruguaya y diría hasta rioplatense la admisión del jus variandi en principio no es absoluta sino morigerada por la introducción de los límites como dique de contención de la voluntad. Por eso, según ya se anotará, los límites en la aplicación del jus variandi pueden tornarse imprecisos en la práctica y su función reguladora requiere el accionamiento judicial, normalmente, lo que debilita y limita su eficacia protectora del trabajador.

4. La modificación "in pejus" domina totalmente la problemática del jus variandi pero no debe descartarse situaciones de jus variandi "in melius" que planteen problemática similar, según se aludió.

Aunque pueda parecer extraño, ciertas mejoras contractuales pueden resultar inconvenientes por riesgo en cuanto a la capacitación en el nuevo cargo, perjuicios en el orden sindical, etc. La calidad de "in melius" es de determinación subjetiva individual por el trabajador.

-II-
ANALISIS DE LA POSICION QUE RECONOCE EL JUS VARIANDI PATRONAL.

5. La teoría del jus variandi patronal lícito reposa en un principio habilitante y permisivo y el control de límites que encuadran la facultad en el marco de razonabilidad que garantice la justificación de la modificación, la insustancialidad del cambio y la indemnidad del trabajador.

Nuestra primera observación radica en señalar que la admisión de la facultad patronal de variación como principio -más allá de las discrepancias sustantivas en cuanto al reconocimiento de la facultad- y sujeta a límites meramente de control a posteriori y judicial amplifica el poder patronal en una ancha franja de situaciones de hecho que mueren en el seno de la empresa, sin llegar a la instancia de control. Es una grave franja de impunidad.

Son frecuentes las situaciones en que el trabajador acepta la modificación contractual y por temor a represalias o incapacidad económica para enfrentar la litis, no hace valer el control jurídico del jus variandi.

Distinto sería la situación si en lugar de límites a posteriori se tratara de condicionamiento a priori bajo control judicial habilitante de la modificación.

En lo que se refiere a la adopción del principio de reconocimiento de la facultad patronal ya hemos señalado que merece objección desde el punto de vista de una

sistemática jurídica como la nuestra que se apoya en el contrato como libertad concertada y documentada y en el principio constitucional (art. 10) de la libertad de las acciones privadas. Nuestra sistemática no se fundamenta ni en la idea de relación de trabajo como sustitutiva del contrato, como acto de enrolamiento ni en la idea de institución como organización jerárquica de la cual el trabajador es una pieza que se incorpora por adhesión. Ninguna de ambas concepciones que podrían fundar un poder exhorbitante para el patrono en aras del predominio de lo estructural, informa nuestras bases constitucionales. Lo que podríamos llamar "legalización o reglamentación del contrato de trabajo", o sea la asunción por la ley o el decreto de múltiples aspectos del contrato del trabajo que sustraen ámbito de la autonomía de la voluntad, no implica confundir contractualidad con negociabilidad.

Puede faltar la negociabilidad de condiciones reguladas por la ley o el decreto, pero en definitiva, el contrato siempre está presente en el acto soberano de la voluntad por el cual el trabajador resuelve poner su energía de trabajo a la orden del patrono.

Si la idea de contrato es esencial en nuestro régimen jurídico heredero del Código de Napoleón, no pueden derivarse del mismo poderes de excepción, el instituto del jus variandi lesiona y quebranta los principios que regulan el ejercicio de esa libertad contractual que tiene implícita la idea de igualdad, con respaldo en el art. 8o. de nuestra Carta. De ahi que el "jus variandi" ontológicamente debe ser caracterizado como un instituto herético. -¡Cuanta heterodoxia y herejía contiene la unión de palabras como alteración unilateral del consenso!-. ¿Como desconocer la inmutabilidad contractual, el efecto preclusivo del perfeccionamiento del contrato para el ciclo del consentimiento, la irrevocabilidad unilateral del consenso y la indisponibilidad unilateral del contrato que lleva hasta la inadmisibilidad de la condición meramente potestativa?. Es imposible desconocer esos corolarios del clásico principio de la fuerza legal de los contratos. En realidad por el jus variandi el trabajador ve funcionar una nueva fuente de obligaciones que es la heteronomía patronal que ninguna norma legitima.

Podría sostenerse que es esta una posición civilista y que la autonomía del Derecho Laboral como disciplina explicaría el poder innovatorio exclusivo de la voluntad patronal. No es así porque siempre se ha dicho y es verdad que la autonomía del Derecho del Trabajo, no rompe la unidad del Derecho. Los grandes principios generales de Derecho (la presunción de inculpabilidad, el derecho de defensa, etc.) y el de fuerza legal del contrato no dejan de tener vigencia entre otros, con la debida adaptación laborista. Además la autonomía del Derecho Laboral respeta el carácter antropócentrico y tuitivo del Derecho del Trabajo que hace imprescindible la quiebra del respeto a la persona del trabajador. Y dicha autonomía nunca podría fundar el predominio de la voluntad de la parte más fuerte del contrato del trabajo.

Este carácter herético del instituto jus variandi -provocado sin duda por un

residuo sociológico- provoca una afectación ética del contrato de trabajo. La ética es en definitiva adecuación entre postulado de la voluntad y acto de cumplimiento de lo programado.

Hasta en el orden de la costumbre es clásico el respeto de la palabra empeñada. El jus variandi habilita el incumplimiento del patrono y con ello provoca la sensación de impotencia en la violación de la ética, en el espíritu del trabajador. Le introduce de este modo un elemento autoritario por voluntad patronal que lleva al descreimiento por el trabajador en el derecho y en definitiva en el mismo sistema social.

Nadie pretende la restauración de aforismo de Fouillée: "digo contrato digo lo justo", en el extremismo liberal sino el respeto de la igualdad de las partes en la alteración del consenso.

Lo que decimos en cuanto al debido respeto de la irrevocabilidad unilateral del consenso no importa una "civilización" del contrato de trabajo. No entendemos que bastaría prever en el acuerdo contractual el cheque en blanco del jus variandi a favor del patrono para que se respetaran los principios mencionados.

Estos principios contractuales del derecho común, como toda aplicación del derecho común subsidiario, está controlada por el filtro o la restricción jurídica resultante de los principios del Derecho del Trabajo. En el caso no quedaría convalidada la infracción de los principios civiles de inmutabilidad contractual por el pacto previo habilitante para el poder patronal, porque estaría en contradicción con el principio laboral conforme al cual el trabajador no podría renunciar anticipadamente a la fuerza obligatoria de su voluntad ligada a la voluntad patronal para permitir cualquier cambio.

No es posible a nuestro juicio que el trabajador por efecto del jus variandi esté en peor situación que cualquier contratante de un contrato civil para el cual rige la fuerza legal de los contratos. Si el derecho del trabajo es un derecho tuitivo que persigue la superación de los límites del derecho común en orden al sujeto trabajador no es posible acordar al mismo estatuto inferior que implica poderes de excepción para su contraparte.

6. Pero el jus variandi patronal no sólo infringe principios de derecho común sino también principios fundamentales de Derecho del Trabajo.

En realidad, cuando se sostiene que el contrato de trabajo en tanto de tracto sucesivo debe ser sensible a las variaciones derivadas del proceso evolutivo de la realidad social y económica, no se hace otra cosa que introducir la teoría de la imprevisión en el Derecho del Trabajo.

O lo que es lo mismo la teoría de la imprevisión alterando el consenso en beneficio de la parte patronal.

De donde resulta que la imprevisión que ha entrado con esfuerzo por la puerta del Derecho Civil en tanto conmociona toda la estabilidad del contrato, pagando peaje de requisitos habilitantes y previos, entra por la ventana, sin contraseña en el Derecho del Trabajo, a través del jus variandi.

Pero además se trata de una teoría de la imprevisión ensanchada en su campo porque la imprevisión en el derecho común requiere la imprevisibilidad, lo que no se exige en el caso del jus variandi patronal. Por otra parte, no sólo en el campo objetivo se amplifica el acogimiento de la imprevisión en el Derecho Laboral a través del jus variandi sino que en el plano subjetivo mientras se admite como bilateral en el derecho común, en el Derecho del Trabajo se admite unilateralmente para el patrono, situación que objetaba nuestro De Ferrari.

El Derecho Laboral que ha luchado contra la desigualdad fáctica del trabajador mediante desigualdades artificiales como lo señalara Couture aquí reafirma una desigualdad fáctica en base a una desigualdad jurídica. Se ve afectado así no sólo el principio de igualdad sino el principio prooperario que informa un poco la totalidad del Derecho del Trabajo pareciendo instaurarse en el caso un principio pro patrono.

Es cierto que la verdadera fundamentación invocada con acento predominante es el reconocimiento del jus variandi al patrono como instrumento necesario de su poder de dirección. En general se registra un tránsito en el fundamento de la propiedad de los bienes hacia el poder de dirección.

Sin embargo, este fundamento que reputamos metajurídico parte de la base de una posición que no compartimos por dos fundamentos. En primer término porque la carencia del jus variandi no deja desarmado al patrono para el enfrentamiento de las alternativas cambiantes de la vida económica. Está el amplio campo de la renovación del consenso -como sucede con todo contrato-, eso sí en una concepción de la empresa democratizada que revalorice en forma moderna el equilibrio obrero patronal en una concepción social de la propiedad de la empresa. Lo que equivale a enfrentar la imprevisión con la renovación del consenso en negociación igualitaria en escenario democratizado con la participación sindical y los órganos de participación. Y en segundo término la subordinación emergente del contrato de trabajo no es adecuado fundamento para el jus variandi patronal porque es una facultad jurídica inscripta en lo convenido y fácticamente vigente de acuerdo a la idea de contrato de trabajo realidad,, pero no para legitimar la orientación de la energía fuera de cauce contractual. Igual descarte merece la fundamentación del poder excepcional patronal en base al poder disciplinario que también -más allá de la controversia eventual de su legitimación- al igual que la subordinación, no es instrumento que pueda obedecer a cambios de contrato, sino que por lo contrario su excepcionalidad lo fija restrictivamente en el marco de lo convenido.

7. En lo que se refiere a los límites, los que funcionan en base al principio de justificación causal -que el Dr. Plá Rodríguez denomina funcionales respecto del empleador- presenta riesgos hacia la exhorbitancia en tanto es de difícil controlar la invocada justificación empresarial por estructura o bases económicas.

El límite de la insustancialidad del cambio -que el Dr. Plá Rodríguez denomina límites conceptuales- ha funcionado relativamente bien interdictando los cam-

bios más graves relativos a la alteración directa o indirecta de la remuneración o a la rebaja de la categoría. Pero deja flancos abiertos en situaciones que como ser humano pueden importar al trabajador como sustanciales pero que el lucro empresarial no registra de igual carácter.
En cuanto al principio de indemnidad relativo a la prohibición de perjuicio al trabajador por el cambio que se introduce y a la necesidad de que el trabajador quede indemne -que el Dr. Plá Rodríguez denomina límites funcionales para el trabajador- en la práctica plantea dificultades de interpretación y de prueba de la existencia de perjuicio para el trabajador.
Sin duda además de la observación ya realizada sobre la posteridad de los límites a los hechos y la anticipación de las condiciones de admisibilidad que sería más adecuado, corresponde señalar que en el campo práctico jurisprudencial para una real protección en el marco de la teoría del jus variandi sería necesaria la inversión de la carga de la prueba como un factor protector del trabajador sometido al cambio contractual.

-III-
PUNTOS DE UNA PROPUESTA DE IMPUGNACION DEL JUS VARIANDI PATRONAL

8. Existen determinados presupuestos teóricos que fundamentan nuestra posición. El Derecho Laboral en su proyección histórica ha venido cumpliendo un importante rol transaccional en el marco de la oposición histórica capital - trabajo-. Ese rol ha sido especialmente eficaz en el campo del Derecho Colectivo especialmente en la juridización de equilibrio de los medios de autotutela. En el campo del derecho individual -tal vez por faltar la propulsión operaria que cumplió el Movimiento Obrero, han quedado zonas en que se calcó el dibujo social del modelo socio-económico y con ello ciertos poderes del empleador-. Pensamos que tal puede ser el caso del poder disciplinario y de variación del contrato de trabajo. Sin dejar de reconocer el carácter polémico de estas afirmaciones nos parece que el Derecho del Trabajo en este campo si bien juridizó morigerando un poder que el capitalismo salvaje de la Revolución Industrial había desatado con mengua de la condición humana del trabajador, reprodujo legitimando un poder y no un derecho.
La jurisprudencia es una aplicación de la equidad aristotélica y funcionando en el caso concreto fue atenuado -en el caso de nuestro país al influjo de la doctrina- un poder patronal que homologaba el derecho.
No dejaba de fundamentar la facultad de alteración unilateral del contrato de trabajo por el patrono en su poder de dirección e indirectamente en la propiedad de los medios de producción. Pero la fijación de límites encuadraba los aspectos más acentuados del exceso patronal. El derecho del trabajo debe continuar ese proceso transaccional y completar el rol humanizador y terapéutico de la

jurisprudencia con ajuste de las facultades patronales modificadoras al sentido social del hecho producción y a una interpretación democratizadora de la empresa en tanto capital y trabajo constituyen las dos piernas del sistema liberal tuitivo que arranca con la constitucionalización social de las Constituciones Mexicana y de Weimar.

Los principios de inmutabilidad del producto consensual y de preclusividad del consenso operada por el perfeccionamiento del contrato son en principio una manifestación del principio de igualdad de las partes, no acordando por el régimen jurídico más poderes a una que a otra.

Esto es así, sin mengua alguna, por la consensualidad verbal del contrato de trabajo pues es obvio que la primacía de la realidad otorga a las condiciones de asunción de la relación laboral las virtudes de cristalización del consenso. De acuerdo a lo expuesto, el lugar, el horario, la categoría etc., son las de la asunción del contrato y establecen un fijismo jurídico de principio del Contrato de Trabajo.

El principio de igualdad de las partes y el respeto de la inmutabilidad del acuerdo salvo renovación del consenso, impiden la modificación unilateral.

9. Las consideraciones precedentes habilitan para las precisiones siguientes a nuestro juicio:

a) No reconocimiento de la facultad patronal de alteración del contrato de trabajo, excepto dentro del hueco de la indeterminación de las prestaciones que caracteriza al contrato de trabajo (como lo señala la Doctrina Italiana "i compiti dentro de la qualifica). Como lo señala Monzón: "... y otra bien distinta es mudar aquellos elementos que hacen al cumplimiento "individualizado" de la tarea a que se obligó el trabajador y que se concretan en el tiempo, lugar y modo" (Articulo 812 Código Civil y su doctrina, Rev. Derecho del Trabajo 1956 p. 139, en torno al ius variandi").

b) Lo explicitado implica descartar de plano sin entrar a analizar si se dan o no los límites jurisprudenciales o doctrinarios, los cambios de remuneración de lugar, de horario, de categoría cualquiera sea su entidad al igual que otros cambios sustanciales. Importa admitir el ocio u ocupaciones no especulativas del trabajador admitiendo una interpretación exclusivamente de "homus economicus" del trabajador.

¿ Por qué el trabajador debe demostrar que el cambio de horario o de condiciones de trabajo lo perjudica ?

c) No puede descartarse que frente a alteraciones no comprendidas en la esfera de indeterminación de las prestaciones, excepcionalmente con la complementación consensual sindical que garantice la autonomía del consentimiento pudieran admitirse alteraciones de cierta sustantividad. Y puede abrirse la posibilidad para algunos de que alteraciones de esa naturaleza puedan habilitarse si se cumplen las condiciones civilistas e igualitarias para las partes del contrato relativas a la imprevisión. Serían condiciones de admisibilidad de la alteración y

no límites a posteriori como en la teoría del jus variandi lícito.
d) No se reconoce a través del poder de dirección más que una cualidad gerencial, una división del trabajo en la empresa que no cambia la posición contractual de las partes.
10. A modo de conclusiones expresamos:
1o. En el plano de la teoría del Derecho del Trabajo y para el objetivo de avance hacia el futuro, se plantea la impugnación del jus variandi del cuadro de facultades patronales en el contrato de trabajo, con la sola excepción de los cambios dentro del hueco de la indeterminación de las prestaciones. Ello, en tanto el instituto del jus variandi importa el reconocimiento de poderes excepcionales unilaterales a la parte más fuerte del contrato de trabajo, sobre el consentimiento cristalizado en el consenso lo que compromete el respeto de los principio de nuestra sistemática jurídica. La misma está basada en la libertad contractual y la eficacia del consentimiento y en los principios de la fuerza legal de los contratos, irrevocabilidad unilateral del consentimiento e indisponibilidad por una sola de las partes de la vida y el cumplimiento del contrato.
No corregiría lo expresado, el pacto previo adjudicando un cheque en blanco de reforma del contrato por el patrono, pues estaría viciado de nulidad en virtud del principio laboral de irrenunciabilidad de los derechos por parte del trabajador.
2o. El jus variandi afecta no sólo los principios del derecho común vistos, reguladores del contrato, sino también los del derecho del trabajo. Aún morigerado por límites introduce y es en definitiva una sui géneris doctrina de la imprevisión, unilateralizada en tanto reconocida en forma exclusiva para el patrono y respecto de las circunstancias cambiantes que a él le interesan e importan sin el requerimiento de la imprevisibilidad.
Y en mayor o menor medida, según la entidad de la variación, provoca la transferencia parcial de alternativas de riesgo sobre lo nuevo y futuro, a las que el trabajador debe ser ajeno por la propia naturaleza del contrato de trabajo para él que es de remuneración a forfait y exención de riesgos.
Todo ello implicaría la desvirtuación de la finalidad tuitiva del trabajador, que tipifica (por lo menos en esta realidad y en este estadio de evolución y a salvo de tendencias flexibilizadoras que no compartimos para nuestra "realidad subdesarrollada") al derecho del Trabajo y en definitiva una especie de sustitución del precepto pro operario por el principio pro patrono.
3o. No se legitima como necesario el jus variandi patronal a nuestro juicio, cuando se invoca como fundamento -como lo hace la teoría del jus variandi en la formulación jurisprudencial de nuestro país- que el jus variandi forma parte de la potestad de dirección patronal, indispensable para el interés institucional de la empresa y la eficacia del proceso de producción y organizativo.
Más allá de la discutible sumisión de los derechos contractuales al fenómeno económico de la empresa como organización productiva, consideramos que sin recurrir a los poderes anormales patronales aludidos, la verdadera arma para

asimilar y reaccionar frente a la excitación dinámica de los cambios de la realidad y la economía deberá ser la reforma consensual del contrato según ya se dejó establecido.

4o. En los casos de legalización en los derechos positivos del jus variandi, los fundamentos y principios antes invocados serían determinantes y estarían imponiendo a nuestro juicio:

A) La promoción de una política legislativa de derogación de la potestad excepcional del jus variandi;

B) Mientras ello no suceda la interpretación jurisprudencial debería ser de la máxima restricción reduciendo el campo de variación patronal al mínimo espacio jurídico que deja la indeterminación de las prestaciones. Es solamente encauzando la potestad patronal de excepción dentro de ese campo (lo que determinaría la ilegitimidad en los cambios de horario, tareas no equivalentes, lugar, categoría, etc.) que se respetarían a nuestro juicio textualmente los principios de justificación o razonabilidad, de insustancialidad y de indemnidad, que la teoría del jus variandi postula como límites;

C) Abriría una duda razonable sobre la constitucionalidad de las normas legalizadoras del jus variandi, en tanto el principio constitucional de igualdad de las personas ante la ley no autoriza este tratamiento desigual y privilegiado del patrono cuando por su única y propia voluntad cambia el contrato, facultad de que carece el trabajador. Tampoco vemos claro de que modo se cumple el principio constitucional del art. 53 de nuestra Carta conforme al cual el trabajo subordinado se pone bajo la protección de la ley, cuando el trabajador debe acatar la variación impuesta por el patrono.

5o. En cuanto a los efectos jurídicos del jus variandi y el remedio jurídico eficaz para la reparación del bien jurídico violado, no podrá ser el despido indirecto exclusivamente, en tanto el trabajador queda desamparado con la pérdida de su ocupación.

Aún reconocido legalmente el despido indirecto que en definitiva es una opción rescisoria del contrato, se genera en el acreedor de la obligación contractual violada el derecho a optar por el cumplimiento del contrato más los daños y perjuicios de la demora o por la rescisión y daños y perjuicios como equivalente del incumplimiento.

De modo que se podrá accionar por el cumplimiento del contrato y el restablecimiento de las condiciones modificadas por el ejercicio del jus variandi, u optar por dar por rescindido el contrato de trabajo. Ello sin perjuicio de que en una concepción autonómica de la disciplina será siempre posible la acción de nulidad de la variación, sea en razón de la autonomía mencionada o fundada en la violación del precepto prohibitivo que impide que el contrato quede al arbitrio de una sola de las partes.

TERMINACION DE LA RELACION LABORAL EN EL DERECHO DEL TRABAJO CHILENO EN UN PERIODO DE CAMBIO.

Francisco Walke Errázuriz
(Chile)

PROLOGO

Con motivo del Segundo Congreso de la Academia Iberoamericana del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, me es grato plantear el tema de la Terminación de la Relación Laboral en la Legislación Laboral Chilena.

Esta materia se abordará en dos partes una primera parte que se denominará "Algunas reflexiones sobre la terminación de la relación laboral desde el punto de vista doctrinario y evolución histórica de la legislación chilena sobre la materia" y una segunda parte que tendrá como nombre "Los cambios en la legislación chilena en el momento actual".

En este momento, con motivo de la asunción a la Presidencia de la República de don Patricio Aylwin Azócar y la restauración de un régimen democrático de gobierno, se han planteado al parlamento chileno modificaciones en materia de legislación laboral, optandose por una política de llevar a cabo reformas graduales, la primera de las cuales se refiere a la terminación de la relación laboral.

En relación con esta materia se ha suscitado a nivel nacional una discusión extremadamente interesante que dice estrecha relación con el sentido y alcance que debe tener el derecho laboral. Asi mismo se manifiestan opiniones diversas respecto a la relación del derecho laboral con la economía.

Este breve ensayo tendrá como objetivo central el análisis del tema de la terminación de relación de trabajo en Chile, teniendo en cuenta el momento histórico por el cual atraviesa este país.

PRIMERA PARTE

ALGUNAS REFLEXIONES ACERCA DE ASPECTOS DOCTRINARIOS SOBRE LA TERMINACION DE LA RELACION LABORAL Y EVOLUCION HISTORICA DE LA NORMATIVA SOBRE LA MATERIA EN LA LEGISLACION CHILENA.

1.1. Algunas reflexiones acerca de aspectos doctrinarios del tema de la terminación de la relación laboral.

El tema de la "Terminación da la relación laboral", está intimamente ligado al desenvolvimiento mismo del Derecho del Trabajo y de las Relaciones del Trabajo en general.

En el siglo XIX, en el que predominaba ampliamente una concepción individualista acerca del mundo y de la vida y, por ende, del trabajo, la relación laboral se apegaba de manera dogmática en los conceptos de "autonomía de la voluntad" y de "libertad contractual".

Lo anterior significaba que el Estado no podia intervenir en la relaciones sociales, quedando en la práctica la relación laboral al arbitrio axclusivo de las partes, vale decir, de la voluntad del empleador.

Los resultados prácticos de una concepción ideológica liberal clásica que predominó ampliamente en la primera etapa del desenvolvimiento del capitalismo industrial del siglo XIX son, en general, negativos para los trabajadores, lo que va a producir una relación profunda en los diversos sectores de la población. Por otra parte, los trabajadores se organizan, a pesar de la prohibiciones legales, para presionar al Estado para que éste intervenga en su favor. Por otro lado, surgen nuevas ideas sociales de distintos caracteres y tendencias, como ser, las ideas revolucionarias de corte socialista y anarquista que de distinta manera luchan por un cambio del orden político, económico y social tradicional y por el advenimiento de una sociedad en que los trabajadores controlen el poder. También nacen doctrinas sociales basadas en otros principios de corte humanista o religioso, como son las distintas formas de cristianismo social y las diversas doctrinas reformistas y social demócratas.

Toda esta evolución ideológica, así como la presión de los trabajadores, va a dar lugar, finalmente, a una acción del Estado tendiente a reglamentar las relaciones entre trabajadores y empleadores. De esta manera surge el Derecho del Trabajo, tanto a nivel nacional como internacional, con un caracter proteccionista y tutelar del trabajador y regulador de la relación laboral, partiendose del concepto fundamental de que el trabajo no es un mercancia sujeta a la ley de la libre oferta y de la demanda, principio básico reconocido por el titulo XIII del Tratado de Paz de Versalles, de 1919.

Dentro de este contexto, hay que considerar el concepto de la estabilidad en el empleo, el que surge paulatinamente como una de las tantas manifestaciones jurídicas y sociales de reacción a las concepciones clásicas de corte liberal e individualista.

Tendremos en cuenta la definición de estabilidad del empleo del profesor Mario de la Cueva, quien señala que es aquel principio "que otorga caracter permanente a la relación de trabajo y hace depender su disolución únicamente de la voluntad del trabajador y excepcionalmente de la del patrón, del incumplimiento grave de las obligaciones del trabajador y de las circunstancias ajenas a la voluntadde los sujetos de la relación que hagan imposible su continuación". (1) <(1) De la Cueva, Mario "El Nuevo Derecho Méxicano del Tabajo". Ed. Porrúa, México, 1972. pag. 216.>

La estabilidad en el empleo también ha sido definida como " el derecho a permanecer en el cargo que el asalariado desempeña, a no ser despedido sin causa justificada debidamente calificada por la autoridad competente y, en caso de despido inmotivado, a ser indemnizado adecuadamente". (2) <(2) Sociedad Chilena del Derecho del Trabajo y de la Seguritlad Social. Revista de Derecho. Santiago, Chile, Abril 1966, 1a. Parte, pág. 51.>

De las afirmaciones anteriores pueden distinguirse dos tipos diversos de estabilidad en el empleo. LA ESTABILIDAD ABSOLUTA Y LA ESTABILIDAD RELATIVA. (3) <(3) El tratadista, ya fallecido, profesos Mario L. Deveali, es

quizás uno de los estudiosos más notables del tema de la estabilidad. En un libro publicado recientemente, "El Derecho del Trabajo, su Aplicación, sus Tendencias", Ed. Astrea, Buenos Aires, 1983, que es una recopilación de sus artículos y ensayos más importantes, se toca a fondo este tema. Allí se refiere a lo que llama estabilidad propia e impropia, y a las ventajas e inconvenientes de la estabilidad. (págs 536 a 660)>.

Existe estabilidad absoluta cuando se niega al empleador, de manera total, la facultad de poner término a una relación de trabajo por un acto unilateral de su voluntad, y únicamente se permite la disolución del vínculo laboral por causa justificada, debidamente comprobada ante una autoridad con competencia judicial.

En consecuencia, los elementos específicos que configuran la estabilidad absoluta en el empleo son los siguientes:

a) La existencia en la legislación de una causa precisa justificativa del despido;

b) La autorización previa de la autoridad competente, y

c) La obligación por parte del empleador de reincorporar en la empresa al trabajador que ha sido despedido sin que medie causa justificada.

Algunos han equiparado el concepto de estabilidad absoluta al de PROPIEDAD DEL EMPLEO, es decir, el derecho del trabajador a permanecer en su trabajo por efecto de la propiedad sobre una cosa inmaterial que sería el trabajo.

Para el profesor Héctor Escríbar Mandiola el término "propiedad en el empleo" expresa "una aspiración más que una realidad jurídica actual. A semejanza de otras expresiones del campo de la política social, constituye una meta programática social que es sólo anticipación de un objeto todavía no alcanzado". (4) <(4) Escríbar M., Héctor, "Estabilidad en el Empleo", en "Estudios de Derecho del Trabajo y Seguridad Social", Ed. Jurídica, Santiago de Chile, 1968, pág. 91.>

La estabilidad absoluta en el empleo también ha sido asimilada al concepto de "inmovilidad", concepto más propio del Derecho Público según el cual los funcionarios públicos, salvo excepciones, no pueden ser removidos de sus cargos sino previa una investigación (sumario administrativo donde se les compruebe una conducta irregular). Cabe señalar que la relación laboral de los empleados públicos se encuentra sujeta a un estatuto jurídico no contractual y el ingreso a la administración se perfecciona por un acto jurídico unilateral de la misma.

Es necesario también acotar que en la administración pública existen excepciones a la existencia de auténticos sistemas de inamovilidad; es así como la autoridad, a través de los diversos mecanismos de reestructuración de los servicios públicos, puede despedir funcionarios sin sumario previo. Además, en general, la inamovilidad no se aplica para los altos funcionarios que son de la exclusiva confianza de la autoridad pública.

Por ESTABILIDAD RELATIVA en el empleo se comprende aquel sistema que impide que un trabajador sea despedido por la sola voluntad del empleador y si es despedido arbitrariamente debe ser indemnizado, es decir, se autoriza al

empleador y en grados variables, a disolver la relación de trabajo en virtud de un acto unilateral mediando el pago de una indemnización.

En la generalidad de los casos, la estabilidad relativa se configura por:

a) La existencia de una causal de despido preestablecido más o menos amplia;

b) El pago de una indemnización variable en el caso de despido injustificado, y

c) La no necesaria autorización previa por parte de la autoridad al empleador para efectuar un despido.

En relación con la estabilidad relativa en el empleo, muchos autores han señalado que ésta sería una utopía, una declaración abstracta de derechos, desde el momento que no es posible la ejecución coactiva del derecho del trabajador a ser reincorporado a su empleo contra la voluntad del empleador. Tal estabilidad, como lo señala el profesor Alfredo Ruprecht, se limita a ser una sanción por incumplimiento del contrato. (5) <(5) Ruprecht, Alfredo J., "La estabilidad en Latinoamerica", pags. 641 y 642. "Estudios sobre Derecho Individual del Trabajo" en homenaje al profesor Deveali, Mario L., Ed. Heliasta, Buenos Aires, 1973.> Por otra parte, agrega que cuando nos referimos a la estabilidad, lo hacemos en el concepto de garante al trabajador de la permanencia en el empleo mientras dure su buena conducta laboral y no se dan los casos previstos en la ley para autorizar su disolución. Si a pesar de ello es despedido, tiene derecho a que se le reintegre a su puesto.

Cabe destacar, siguiendo los estudios comparados, que hay legislaciones que aparentan consagrar la "estabilidad en el empleo", puesto que impiden que el trabajador sea despedido sin una causal, pero establecen causales tan amplias que en la práctica el despido se facilita. (6) <(6) En esta materia tan delicada es perfectamente posible que en una legislación con muchas apariencias de "estabilidad", en la práctica no lo sea.> Otras legislaciones exigen autorización gubernamental para despidos colectivos de más de un número determinado de trabajadores.

Hay autores que utilizan el término "seguridad en el empleo" en lugar de estabilidad en el empleo. En este sentido se pronuncia Edward Yurín, al desarrollar el tema "La Seguridad en el Empleo, Influencias de las normas de la OIT y Tendencias Recientes". (7) <(7) Articulo aparecido en la Revista Internacional del Trabajo, Vol. 93, No. 1, enero-febrero, 1976, pág. 17.>

Para este autor, la seguridad en el empleo, un aspecto del derecho a trabajar, es uno de aquellos derechos sociales que sólo pueden garantizarse de manera relativa y no absoluta, ya que no es posible ignorar los intereses del empleador en el ámbito económico dentro del cual se mueven trabajador y empresa. Así, se admite que generalmente un trabajador no puede pretender conservar su empleo en caso de mala conducta o si carece de la capacidad necesaria para realizar la tarea que le ha sido encomendada. También se acepta todavía -si bien se observa creciente oposición- que los trabajadores pueden ser despedidos o quedar cesantes, a veces con sujeción a procedimientos determinados, cuando

concurran circunstancias económicas, tecnológicas o financieras que así lo exijan. En consecuencia, los esfuerzos para garantizar la seguridad en el empleo han consistido generalmente en la aplicación de principios de que un trabajador no debe perder su empleo de no existir una razón válida, y ello acompañado con frecuencia, de medidas encaminadas a protegerlo.

Desde el punto de vista económico, hay quienes estiman que la legislación que consagra en forma muy ortodoxa la estabilidad es desincentivadora del empleo, puesto que el empleador tiende a no contratar personal, especialmente en períodos de recesión económica. Otros, en cambio, manifiestan que no existe una relación tan estrecha entre ambas situaciones.

Por último, cabe tener presente que el tema interesa también a la Seguridad Social, existiendo toda una tendencia moderna a implementar distintas formas de Seguro de Desempleo o ayudas a desempleados, vale decir, diversas formas de subsidios de cesantía.

1.2 Breve evolución histórica de la normativa en materia de terminación de la relación laboral en la legislación chilena.

En este punto se analizará, brevemente, la evolución que ha tenido en nuestro país la legislación en materia de terminación del contrato de trabajo y de indemnizaciones por años de servicios.

El análisis se hace a partir de 1924, por cuanto el período anterior a dicho año se caracteriza por la inexistencia de leyes sobre la materia.

1.2.1 Período de 1924 a 1966

Es en la ley 4053 de 1924, sobre contrato de trabajo para obreros, donde se encuentran contenidas las primeras normas sobre terminación de la relación laboral, las que fueron recogidas por el Código del Trabajo de 1931.

Durante este período predominaron, en general, normas que consagraban el "libre despido por parte del empleador". En este contexto, el empleador estaba facultado para terminar unilateralmente el contrato de trabajo, avisando con seis o treinta días de anticipación al trabajador, según fuere éste obrero o empleado, respectivamente. En caso de no mediar aviso, el empleador debía pagar al trabajador una indemnización equivalente a seis o treinta días, de acuerdo a la categoría en que éste se encontraba.

También podía despedirse al trabajador sin darle el aviso a efectuarle el pago correspondiente, si se invocaba una causal específicamente determinada por la ley.

Con todo, a través de la negociación colectiva en las actas de avenimiento (convenios colectivos) se fueron fijando indemnizaciones convencionales para el caso de despidos arbitrarios, por lo que por esta vía nació la indemnización por despido, especialmente aquella más generalizada consistente en el pago de un mes de remuneración por año de servicio en la empresa.

En la medida que fueron tomando importancia estas indemnizaciones convencionales, fueron también cobrando trascendencia la aplicación de las causales de

terminación de la relación laboral, por lo que surgió una importante jurisprudencia sobre la materia.

El Código de Trabajo de 1931 a su vez también consagraba normas sobre despidos colectivos, vale decir, cuando se trataba de exonerar a un número superior a diez trabajadores había que solicitar una autorización ministerial (Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción y del Trabajo y Previsión Sócial).

Por otras parte, existieron desde un comienzo, un conjunto de situaciones excepcionales en las que se consagraba la estabilidad absoluta en el empleo, en razón de la condición propia en que se ubicaba al trabajador. Es lo que se denominó y se denomina el "fuero".

Es importante destacar que, en determinadas fechas de este período, se dictaron leyes que establecían indemnizaciones especiales por años de servicios. Dichas leyes favorecieron a ciertos núcleos de trabajadores, tanto obreros como empleados. Hubo también normas en leyes especiales, con más bien un carácter previsional.

1.2.2 Período 1966-1978

En 1966 se dictó la ley No. 16455, durante la administración del Gobierno Demócratacristiano del Presidente don Eduardo Frei, sobre terminación de la relación laboral, ley que se estimó equivocadamente como de "inamovilidad", pero que consagró conceptos de estabilidad relativa en el empleo.

Esta ley, que se puso en vigencia luego de una larga discusión parlamentaria, tuvo las siguientes características:

a) Sólo podía despedirse al trabajador invocándose una causal específica;

b) Si el empleador despedía al trabajador sin hacer valer una causa o, invocándola, ésta no se configuraba debidamente, previo reclamo del trabajador, el juez ordenaba la reincorporación del mismo y, en subsidio, condenaba al empleador a pagar una indemnización mínima de un mes de remuneración por año de servicio, la que era a su vez compatible con las indemnizaciones establecidas en los convenios colectivos (actas de avenimiento y contratos colectivos);

c) Existía una excepción a las normas anteriores que consistía en que ciertos trabajadores, que eran aquellos que ocupaban cargos gerenciales o efectuaban tareas de confianza cuyo carácter de tales emanaba de la naturaleza de los mismos podían ser despedidos dándoles un aviso con sólo treinta días de anticipación, o pagándoles treinta días de remuneración;

d) La ley establecía una serie de causales que eximían al empleador del pago de indemnización, y

e) Además, esta ley sólo se aplicaba en caso de despido de menos de diez trabajadores, por cuanto en los casos de término del contrato de más de 10 trabajadores, había que solicitar una autorización expresa de los Ministerios del Trabajo y Previsión Social, y de Economía, Fomento y Reconstrucción.

Cabe recalcar, una vez más, que esta legislación no fue, como muy bien lo señalan

los profesores Thayer y Novoa (8), <(8) Thayer, William y Novoa, Patricio, "Manual de Derecho del Trabajo", tomo III, 1a. ed., Ed. Jurídica de Chile, 1980, pág. 447.> de ningún modo una legislación de inamovilidad, sino de estabilidad relativa; como toda ley de estabilidad relativa fue combatida, por una parte, por quienes propiciaban la estabilidad absoluta y, por otra, por los partidarios del libre despido, estos últimos consideraban que desincentivaba el empleo produciendo un efecto negativo sobre el nivel de ocupación.

1.2.3 Período 1978 en adelante

Con el advenimiento del régimen militar en Chile, a partir de 1973, se va a transformar la legislación laboral chilena profundamente por medio de un proceso paulatino. En efecto, se irá dictando de a poco una normativa reguladora de la institucionalidad laboral, ligada a un modelo neoliberal, privilegiador de la empresa privada y flexibilidad de las relaciones de trabajo.

Con la publicación del decreto ley No. 2200, el 15 de junio de 1978, se cambió por primera vez la legislación sobre terminación de la relación laboral, dándose un paso hacia adelante en el camino de la mayor flexibilización en el empleo. En efecto, se introdujo el desahucio unilateral dado por el empleador, vale decir, la posibilidad de despedir al trabajador sin expresión de causa, aún cuando, en tal circunstancia, estaba obligado a pagar una indemnización de un mes de remuneración por año de servicios en la empresa. Paralelamente, se mantuvo la vigencia de la ley No. 16455 para los trabajadores contratados con anterioridad al 15 de junio de 1978.

Luego, la ley No. 18018, de 14 de agosto de 1981, deroga definitivamente la ley No. 16455, con lo que se afirmó un nuevo criterio frente a la terminación de la relación laboral.

Entre el 14 de agosto de 1981 y 17 de diciembre de 1984, fecha esta última de la publicación de la ley No. 18372, se abrió un período en que predominó absolutamente un criterio neoliberal extremo. En el fondo se estableció la posibilidad de un libre despido, prácticamente absoluto, al permitirse a los trabajadores contratados en cualquier tiempo a partir del 14 de agosto de 1981, pactar, tanto individual como colectivamente, indemnizaciones inferiores a las legales, lo que, en la práctica, posibilitó la supresión de la indemnización por término de la relación laboral. Así por ejemplo, pudieron pactarse, indemnizaciones globales por el valor de un peso, o de un día de remuneración por año servido.

La ley No. 18372 restableció la indemnización de carácter obligatorio, temperando moderadamente la concepción neoliberal, la que quedó establecida en el texto del decreto ley No. 2200, el que se incorporó con modificaciones sólo formales, al Código de Trabajo de 1987, y que reemplazó al del 1931, el que se había estado derogando por parcialidades.

El Código del Trabajo de 1987 contempla normas sobre terminación de la relación laboral, las que analizaremos en el párrafo que sigue.

1.3 Características generales de la legislación establecida en el Código del Trabajo de 1987.

Cabe destacar que el Código del Trabajo de 1987 sólo recoge las normas del decreto ley No. 2200, de 1978, con las modificaciones introducidas por las leyes Nos. 18018 y 18372, antes mencionadas. En la práctica este texto recopiló y editó una legislación ya existente.

Si caracterizamos la legislación contenida en el Código de 1987, (artículos 155 a 165) desde el punto de vista doctrinario, podríamos señalar en propiedad que se está muy cerca de una concepción de libre despido, moderada por la existencia de indemnizaciones que son mayores o menores según ciertas circunstancias. Además, se mantienen los fueros, vale decir, las normas sobre estabilidad absoluta en el empleo para ciertos trabajadores que se encuentran en una situación de protección mayor, dadas algunas circunstancias especiales.

En opinión de don Rodrigo Alamos, uno de los principales inspiradores de la legislación laboral chilena dictada por el régimen militar, el derecho del empleador al libre despido es concordante e indispensable en un esquema de economía social de mercado. La competitvidad entre productores de bienes y servicios y sus respectivas posibilidades de desarrollo y supervivencia supone un mercado laboral flexible. Los continuos cambios de la demanda, de tecnología y de estructura de la competencia, obligan a las unidades económicas a procesos de ajustes que sean oportunos y eficientes. Si no lo hacen, corren riesgos en su supervivencia. Ello las obliga a adecuar constantemente y entre muchas variables, la dotación de colaboradores que requieren.

El trabajador despedido -para el especialista recién nombrado- tiene derecho a su indemnización, derecho que nadie discute. Lo que si ha sido motivo de larga discusión -según él- es si debe haber o no razones o pruebas objetivas que justifiquen los despidos. La evaluación de la teoría e historia de los despidos debidamente justificados, es el antecedente que mejor destaca las ventajas del régimen de despido libre, acompañado de una indemnización irrenunciable y de razonable monto para el trabajador. (9) <(9) Alamos, Rodrigo. "La Modernización Laboral", en "Estudios Públicos", Santiago, Chile, No. 260, 1987, págs. 156 y 161.>

De hecho, de acuerdo con las normas del Código del Trabajo de 1987, todo empleador puede despedir a un trabajador sin invocar causal alguna, debiendo solamente dar un aviso y pagar una indemnización. En otras palabras, se puede despedir sin motivo alguno, pagando una indemnización; pero ésta no se otorga si existe una causa justificada, de las enumeradas por la ley.

Cabe destacar que la ley no contempla normas sobre despidos colectivos. Así por ejemplo, el hecho que se despida a uno o a cien trabajadores es jurídicamente indiferente; en caso alguno se requiere autorización ministerial, lo que permitió un mayor número de despidos masivos, en diversos paeríodos, especialmente en los de crisis económica.

La indemnización contemplada en el Código del Trabajo es de un mes de remuneración por año servido en la empresa con un tope máximo de 150 días de remuneración para los trabajadores contratados antes del 14 de agosto de 1981 (10) <(10) La fecha del 14 de Agosto de 1981, corresponde al de puesta en vigencia de la ley 18018, que fue la que creó este tope.> y sin tope alguno para los contratados antes de esa fecha.
Asimismo, las indemnizaciones legales que operan sólo en caso de despido pueden ser sustituidas por indemnizaciones convencionales (pactadas en instrumentos colectivos o contratos individuales de trabajo) las que pueden ser superiores a las fijadas por ley pero nunca inferiores (11) <(11) En la práctica aproximadamente 300.000 trabajadores (10% de la fuerza de trabajo) gozan actualmente de indemnizaciones convencionales superiores a las legales.>
En Chile no existe en la actualidad un Seguro de Desempleo, lo que hace más acuciante el tema de las indemnizaciones por años de servicio.
Sólo se encuentra estipulado un ínfimo subsidio de cesantía de financiamiento estatal para aquellos trabajadores que han sido despedidos y están desempleados, el que por su monto (de alrededor de 50 dólares mensuales) es absolutamente insuficiente.
Cabe por último tener presente, que se mantiene de legislaciones anteriores el macanismo de fueros especiales (estabilidad absoluta) para ciertos trabajadores.
La normativa del Código del Trabajo se encuentra aún vigente (30 de Septiembre de 1990) estando a punto de ser reemplazada por la que ha sido aprobada por el Senado de la República, a proposición del actual Gobierno del Presidente Aylwin y que podría entrar en vigencia de fines de 1990.
A continuación, en la segunda parte de este modesto ensayo, se analizará la nueva legislación en trámites que ya ha sido aprobada por el Senado de la República.

SEGUNDA PARTE

ANALISIS DE LOS CAMBIOS A LA ACTUAL LEGISLACION EN MATERIA DE TERMINACION DE LA RELACION LABORAL

2.1 Reacción frente a la legislación del Código del Trabajo de 1987

Vimos en la Primera Parte de este ensayo que, a partir de 1978, se introdujo en esta materia una legislación que tendía fundamentalmente a otorgar una mayor flexibilización en materia de despidos, estableciendo la institución del desahucio o despido inmotivado. En efecto, se limitaba la indemnización por años de servicios para los trabajadores contratados después del 14 de Agosto de 1981 a 150 días de remuneración.
Esta legislación produjo controversias, surgiendo respecto de ellas opiniones diversas, tales como:

i) Quienes consideran que la legislación dictada en el régimen militar que regula la temática a que se refiere este ensayo, es muy adecuada a la realidad chilena y en especial al modelo económico de mercado que está implementándose con éxito. Por tanto, ésta no debería ser modificada, salvo para introducirle ciertos ajustes estrictamente técnicos.
Muchos empresarios y los economistas neo liberales en este ámbito han sido particularmente claros, al manifestarse reticentes a cualquier cambio que pudiere afectar el mercado de trabajo.
ii) Quienes estiman que la legislación sobre terminación de contrato de trabajo ha significado un retroceso profundo, por cuanto ha desmejorado la situación del trabajador frente al empleador, creándose un desequilibrio en favor de este último.
iii) Una tercera posición admite que la institucionalidad laboral significa un avance en algunos aspectos y un retroceso en otros, y que por tanto, hay que entrar a adoptar un criterio de reforma moderada.
El Gobierno del Presidente Aylwin parece haberse acercado a este tercer criterio, teniendo en cuenta el hecho de no poseer una mayoría absoluta en el Parlamento.
El nuevo Gobierno democrático se pronuncia por la necesidad de introducir moderados cambios en el sistema de relaciones de trabajo chileno, en vista a lograr un mayor equilibrio socio-laboral.
Se parte de la idea que debe hacerse un esfuerzo de concertación social por lo que se impulsan conversaciones entre empresarios y trabajadores, especialmente a nivel cupular (Central Unitaria de Trabajadores y Confederación de la Producción y del Comercio) (12). <(12) Estas dos son las organizaciones más representativas a nivel cupular de trabajadores y empresarios respectivamente.> Uno de los principales temas tratados en estas conversaciones es el de la terminación de la relación laboral, pero también es uno en lo que más se manifiestan desacuerdos entre ambas partes.
2.2 Fundamentos de la reformas a la legislación laboral en materia de terminación del contrato de trabajo y discusión parlamentaria
En primer lugar, en este párrafo veremos cuáles son los fundamentos que ha tenido el Supremo Gobierno, para plantear reformas al parlamento en esta materia.
De acuerdo al mensaje del Presidente de la República, documento con que se inicia la discusión parlamentaria, los objetivos tenidos en cuenta por el Gobierno al abordar el tema de este ensayo son los siguientes:
i) Conciliar mayores condiciones de equidad en las relaciones laborales con un desarrollo económico y social que satisfaga, en forma gradual pero sostenida, las necesidades básicas de la población, junto a un crecimiento progresivo de la economía nacional.
ii) Otorgar a los trabajadores condiciones de protección y estabilidad en sus

empleos y preservar la flexibilidad que requieren las empresas para elevar los niveles de inversión, expansión y modernización tecnológica.
iii) Tratar de reducir el drama familiar y social que supone la eventual pérdida de un trabajo productivo y adecuadamente remunerado, mediante políticas que no desincentiven el desarrollo y el crecimiento.
iv) Si bien se descarta la implementación de un seguro de desempleo por considerárselo muy oneroso para la economía del país, se está pensando en plantear hacia futuro, un nuevo sistema de subsidio de cesantía, financiado exclusivamente por el empleador, siendo un adelanto de este criterio la posibilidad de una indemnización a todo evento (la que se abordará más adelante en este ensayo).
De estos fundamentos se infieren según el propio Gobierno, algunas ideas matrices que se reflejan en el proyecto de ley que se presenta al parlamento:
i) Debe vincularse el término del contrato de trabajo a una causa objetiva, en contraposición a la posibilidad de la normativa del Código del Trabajo de 1987, de que el trabajador fuere desahuciado unilateralmente sin una fundamentación de tal medida. Con ello se reviste de mayor dignidad a la relación laboral y a la persona del trabajador.
ii) Deben elevarse las indemnizaciones asociadas al despido, pues éstas constituyen en el hecho en la actual situación económica y social del país la principal fuente de subsistencia económica del trabajador durante el período de cesantía.
En el párrafo siguiente se estudiarán los aspectos más salientes del proyecto, de acuerdo al texto ya aprobado por el Senado.
Cabe resaltar que el proyecto de Gobierno ingresó a tramitación en el Parlamento a mediados de Julio, estando al 30 de Septiembre de 1990 aprobado por el Senado, e iniciándose su discusión en la Cámara de Diputados -donde el Gobierno cuenta con mayoría- a partir de los primeros días de Octubre de 1990, esperándose su aprobación para antes de fines del año de 1990.
Debe destacarse que, dado que el Ejecutivo no cuenta con mayoría en el Senado, el hecho de llegar a un acuerdo entre los parlamentarios partidarios del gobierno y de los de la oposición, significó una moderación de algunas de las normas propuestas primitivamente.

2.3 Aspectos más salientes de las reformas planteadas por el ejecutivo y aprobadas por el Senado

Analizaremos a continuación aquellos aspectos más relevantes de la nueva legislación.

2.3.1. Establecimiento de un despido con expresión de causa en lugar de uno inmotivado y mantenimiento con modificaciones de las causales que no dan derecho a indemnización.

Se determina que el empleador para despedir a un trabajador debe siempre invocar un motivo. No puede, por tanto, dar por terminado el contrato sin expresión de causa.

Siguiendo la tradición legislativa anterior, se consagran dos grupos diferentes de causales:

a) Causales que no dan origen a indemnización.

b) Causales que dan origen a indemnización.

a) Causales que no dan origen a indemnización

Poco se innova en relación con la legislación anterior. Solamente se suprimen algunas causales que correspondían a materias vinculadas a la Seguridad Interior del Estado y propias de un régimen militar. En lo demás, prácticamente se reproduce la legislación anterior.

Desafortunadamente, no se mejoró la redacción ni tampoco se consideraron fallos jurisprudenciales. Asimismo, se mantuvo un criterio poco técnico en el tratamiento del término del contrato a plazo fijo, o aquel por tarea o por servicio determinado. (13) <(13) En anexo se reproducen los artículos 1o. y 2o. del proyecto de ley en análisis que establece causales que no dan origen a indemnización.>

b) Causales que dan origen a indemnización

En esta materia el cambio es importante, como ya se ha señalado precedentemente.

El empleador está obligado a dar una razón de su despido, aún cuando paque indemnización. Para estos efectos, se señala que el empleador podrá poner término al contrato de trabajo invocando como causal las necesidades de la empresa, establecimiento o servicio, tales como las derivadas de la racionalización o modernización de los mismos, bajas en la productividad, cambios en las condiciones del mercado o de la economía, que hagan necesaria la separación de uno o más trabajadores, y la falta de adecuación laboral o técnica del trabajador. Esta causal existió en el período 1966-1978 (aplicación de la ley 16455), con la diferencia que en aquella oportunidad no se la especificó pues se la denominaba lisa y llanamente -las necesidades de la empresa, industria o faena- y por otra parte, no daba lugar a indemnización. En cambio, en este caso el trabajador, automáticamente debe recibir una indemnización de un mes de remuneración por año servido en la empresa con los topes que se detallan más adelante, si ha sido contratado después del 14 de Agosto de 1981, y en caso contrario sin tope alguno. Además deberá darse un aviso de término de la relación laboral en virtud de la causal invocada con treinta días de anticipación o pagarse adicionalmente 30 días de remuneración.

Si el trabajador estima que la aplicación de esta causal no se ajusta a derecho puede reclamar judicialmente y en tal caso podrá recibir una indemnización suplementaria de un 20% por sobre la indemnización normal.

En otros términos, se está reemplazando un despido sin expresión de causa por uno motivado y, en caso que el motivo no existiera, el trabajador obtiene un recargo indemnizatorio de 20%.

Excepcionalmente se mantiene el despido sin expresión de causa (por desahucio)

para ciertos trabajadores que son aquellos: i) Que tengan poder para representar al empleador, tales como gerentes, subgerentes, agentes o apoderados, siempre que todos ellos estén -a lo menos- dotados de facultades de administración; ii) Empleados de casa particular; iii) Cargos o empleos de exclusiva confianza del empleador, cuyo carácter de tales emane de la natruraleza de los mismos. En esta situación los trabajadores tienen derecho a una indemnización de un mes de remuneración por año servido en la empresa, con similares características de la circunstancia anterior de despido motivado, salvo el caso de los empleados de casa particular que tradicionalmente en Chile no han tenido derecho a indemnización y, que en esta oportunidad, la nueva legislación les otorga este derecho, con modalidades especiales, como se verá más adelante.

2.3.2. Posibilidad de pactar una indemnización sustitutiva a todo evento de carácter previsional a ser regida por las Administradoras de Fondos de Pensiones

En Chile desde 1980, existe un régimen previsional de Fondos de Pensiones, basado en un sistema de capitalización individual, manejado por instituciones privadas con fines de lucro denominadas "Administradoras de Fondos de Pensiones". Se trata, en esta ocasión de crear un mecanismo indemnizatorio ligado a estas Administradoras.

Es así como, se establece que las partes podrán sustituir, por medio de un pacto escrito, a partir del inicio del séptimo año de la relación laboral, la indemnización legal, por una indemnización sustitutiva a todo evento, vale decir, cualquiera que sea la circunstancia del retiro del trabajador de la empresa.

En dicho caso, el empleador deberá depositar mensualmente en la Administradora de Fondos de Pensiones en que se encuentra afiliado el trabajador, una cotización mínima del 4.11% de las remuneraciones mensuales imponibles que devengue el trabajador a partir de la fecha del acuerdo.

Estos fondos podrán ser girados sólo cuando el trabajador acredite haber dejado la empresa y durante este tiempo deben ser capitalizados por la Administradora de Fondos de Pensiones de la misma forma y con los mismos resguardos de los fondos que dan origen a las pensiones de vejez. (14) <914) Cabe destacar que el Decreto ley No. 3.500 de 1980 y sus modificaciones establecen estrictos mecanismo de control por parte del Estado de los instrumentos en que deben ser invertidos los Fondos de Pensiones.>

El pacto sustitutivo podrá comprender períodos anteriores a la fecha del mismo, siempre que no afecte la indemnización por los primeros 6 años de servicios. Los aportes en este caso, tendrán el carácter de cotizaciones previsionales y no serán imponibles ni tributables.

En la práctica, este mecanismo le significará al trabajador -cuando se retire- tener derecho a una indemnización de por lo menos 15 dias de remuneración por año de servicio a todo evento, a partir del 7o. año de trabajo, pudiendo acceder a una indemnización mayor dependiendo de la rentabilidad de los Fondos de Pensiones. Estos fondos desde 1980 hasta la fecha, han dado una reajustabilidad

real anual moderada, teniendo en cuenta la corrección monetaria.
El inconveniente de este sistema es que para los trabajadores que son despedidos, les significa una indemnización menor a la que podrían lograr por la vía ordinaria. El trabajador deberá sopesar al pactar este mecanismo, la circunstancia de que está cambiando una indemnización ordinaria mayor, por una indemnización a todo evento menor.
Asimismo, se introduce para el caso de los empleados de casa particular, una indemnización a partir del 1o. de Enero de 1991, que consiste en que el empleador tendrá la obligación de efectuar un aporte del 4.11% de su remuneración, el que se depositará también en una cuenta especial que se abrirá para este efecto en la Administradora de Fondos de Pensiones y la que se regirá por las mismas normas de la indemnización sustitutiva a la que se ha hecho referencia anteriormente.

2.3.3 Tope de la indemnización legal

Uno de los aspectos más controvertidos de la legislación previa a esta reforma, como se ha dicho, es que allí se distinguen dos situaciones: Una, la de los trabajadores contratados antes del 14 de Agosto de 1981 y la otra, la de los contratados después de esa fecha. El Gobierno trató de cambiar esta situación, pero dado que carece de mayoría en el Senado de la República, como ya se ha señalado, debió ceder y mantener la distinción.
De acuerdo a la reforma aprobada por el Senado, se mantiene una discriminación entre trabajadores contratados antes y después del 14 de Agosto de 1981, la que opera de la manera siguiente:
i) Los trabajadores contratados antes del 14 de Agosto de 1981, tienen derecho a una indemnización por años de servicios, equivalentes a un mes de remuneración por año servido en la empresa, sin tope.
ii) Los trabajadores contratados después del 14 de Agosto de 1981, siempre que tengan más de un año de trabajo en la empresa, tienen derecho a una indemnización por año de servicio con tope de 300 días de remuneración, tratándose de empresas de menos de 50 trabajadores y de 360 días tratándose de empresa con más de 50 trabajadores. Lo anterior significa que se les concede la posibilidad de otorgar una indemnización menor a las empresas pequeñas; esta distinción recoge la inquietud de éstas que estiman tener más problemas para cancelar indemnizaciones altas.
Las indemnizaciones deben pagarse al contado. Sin embargo, los trabajadores contratados después del 14 de agosto de 1981, recibirán el exceso de las indemnizaciones que les correspondiere por sobre 150 días, en mensualidades sucesivas equivalentes a 30 días de remuneración cada una.
Además se establece una cifra de 90 Unidades de Fomento (aproximadamente 1.800 dólares hoy en día) como tope máximo de remuneración a indemnizar. (15) <(15) La Unidad de Fomento es un valor de referencia que se reajusta día a día de acuerdo a las variaciones experimentadas por el Indice de Precios al

Consumidor (IPC, establecido por el Instituto Nacional de Estadística).

2.3.4. Normas sobre Contrato de Plazo Fijo

La legislación chilena trata el contrato a plazo fijo en forma muy suscinta y al tratar de la terminación de la relación laboral.

La reforma legislativa establece normas tendientes a limitar el contrato a plazo fijo a un máximo de un año, salvo en el caso de los gerentes o personal que tenga un título profesional o técnico otorgado por una institución de educación superior del estado o reconocida por éste, caso en el cual el contrato puede durar hasta dos años.

El hecho de que el trabajador continue prestando servicios con conocimiento del empleador, después de expirado el plazo, lo transforma en indefinido. Igual efecto produce la segunda renovación de un contrato a plazo fijo.

El trabajador que hubiere prestado servicios discontinuos, en virtud de más de dos contratos a plazo, durante doce meses o más de un período de quince meses, contados desde la primera contratación, se presumirá legalmente que ha sido contratado por una duración indefinida.

De acuerdo con lo anterior, se toman medidas de resguardo que evitar resquicios que tiendan a prolongar en el tiempo los contratos a plazo fijo.

2.3.5. Fueros

En materia de fueros, vale decir los casos de estabilidad absoluta en el empleo para los trabajadores que se encuentran en situaciones especiales, tales como entre otros dirigentes sindicales, mujeres embarazadas, delegados de personal, trabajadores en proceso de negociación, se mantiene la legislación vigente respecto a esta institución.

Lo anterior significa que los trabajadores sujetos a fueros no pueden ser despedidos sino con previa autorización judicial en casos muy calificados. El fuero ha operado bien en nuestro país con muy raras excepciones.

2.4. Ausencias de la nueva legislación

En el párrafo anterior se han resumido los aspectos más salientes de la nueva legislación. A continuación se analizarán algunos de sus vacíos.

En primer lugar, llama la atención que, significando un cierto progreso respecto a la legislación anterior, la nueva legislación no recoge normas vinculadas con el tema y que están en boga en los países desarrollados. No se trata por ejemplo, el "reciclaje" al no establecerse ninguna obligación para el empleador de efectuar o financiar programas de capacitación para los trabajadores que se despiden. Además, no se contemplan obligaciones para quien despide de ayudar a encontrarle al despedido, trabajo en otras empresas.

Además, en definitiva, se deja de lado toda normativa reguladora de los despidos colectivos, pues se estima que ésta impide el buen desenvolvimiento de una economía de mercado. En tal sentido, se recogieron las inquietudes empresariales sobre la materia.

En el proyecto inicial, el Gobierno había propuesto una norma que consistía en

que debía darse un aviso previo al despido de más de 10 trabajadores, comunicándose de esta circunstancia por escrito a la Dirección del Trabajo. En aquellas empresas que ocuparán más de 100 trabajadores, el número de diez se aumentaba en un 10%, calculado sobre el número de trabajadores que exceden los 100. Esta norma no fue acogida por el Senado.

2.5. Algunas reflexiones finales

A modo de reflexiones finales y con carácter estrictamente personal, se plantean algunas opiniones acerca del tema planteado en relación con la realidad chilena.

i) La adopción de un modelo de economía de mercado ha calado muy hondo en las distintas esferas de la sociedad chilena, alcanzando incluso a las politicas económicas implementadas por el nuevo Gobierno, así como también a los empleadores y a los trabajadores.

También existe una razón de carácter coyuntural. Los indicadores macreconómicos chilenos de los últimos años del régimen militar, fueron excepcionalmente buenos y se observa una preocupación de las nuevas autoridades por mantener un comportamiento económico saludable. No por casualidad se designó en el cargo de Ministro del Trabajo y Previsión Social a un economista de formación, si bien especializado en el ámbito laboral y ligado desde mucho tiempo a organizaciones sindicales.

ii) La influencia de los empleadores y sus organizaciones, siguen siendo extremadamente gravitante en el quehacer nacional y, tal como ya se ha señalado, éstos -en su mayoría- han tenido una actitud definitivamente contraria a todo lo que signifique alguna modificación que pudiera debilitar su poder de administrar la empresa y, en el caso de la terminación de la relación laboral, a cualquier normativa que pudiera limitar o encarar la facultad del empleador de despedir. Por tanto, han utilizado toda su capacidad persuasiva, argumentando que toda reforma laboral que no sea muy moderada, implica la posibilidad cierta de producir un deterioro de la situación económica del país. Además, el comportamiento de la economía en 1990, muy inferior a la de 1989, refuerza su posición y les otorga eco ante la opinión pública.

Por otra parte, el sector empresarial ha endurecido su posición y de hecho se han producido numerosos despidos en plena discusión de la legislación, lo que también ha tenido un fuerte impacto en la opinión pública y en círculos parlamentarios. En la práctica, esto ha significado una influencia moderada de cualquier cambio legislativo.

iii) Por otra parte, las organizaciones sindicales, si bien han planteado la necesidad de hacer cambios y en algunos documentos han presentado proyectos de reformas legislativas profundas, han actuado -en general- en términos prudentes y ponderados. No han insistido, por ejemplo, en esquemas destinados a aprobar normas que signifiquen la implantación de la estabilidad absoluta en el empleo.

iv) Teniendo en cuenta el contexto antes descrito, parece necesario concluir que,

en definitiva, se estaría produciendo un cambio legislativo, en materia de terminación del contrato de trabajo, que no variaría en lo fundamental el esquema de la legislación laboral planteada en Chile entre 1978 y 1987. Por el contrario, temperando algunas de sus normas, y dándole un cierto criterio social, se estaría en términos generales manteniendo en gran parte el espíritu global de la legislación anterior.

v) En síntesis, en cuanto a lo que se refiere a las instituciones mismas, no se consagraría una legislación basada en el concepto de estabilidad de empleo; sólo se le daría al despido el carácter de fundado, con posibilidad de indemnizaciones levemente más altas que las consagradas por la legislación precedente.

Por otra parte, y lo que parece particularmente significativo es que, al consagrarse una alternativa de indemnización sustitutiva a todo evento de carácter previsional, se estarían consolidando instituciones de seguridad social basadas en un régimen de capitalización individual.

Finalmente, se debe tener presente que todavía es muy prematuro predecir si se está o no en el inicio de un proceso de cambio de la legislación laboral y de seguridad social chilena, surgida del régimen militar, o simplemente se enfrenta un proceso de ajuste de las normas que se dictaron en las décadas del 70 y del 80.

En todo caso, las reformas que hemos analizado, aún cuando introducen cambios interesantes en materia de terminación de la relación laboral, no significa una modificación sustancial de la legislación anterior.

ANEXO

Articulos 1o. y 2o. de Proyecto de Ley sobre Terminación del Contrato de Trabajo aprobado por el Senado de la República

(Santiago 30 de Septiembre de 1990)

Artículo 1o. El contrato de trabajo terminará en los seguientes casos:

1.- Mutuo acuerdo de las partes.

2.- Renuncia del trabajador dando aviso a su empleador con treinta días de anticipación, a lo menos.

3.- Muerte del trabajador.

4.- Vencimiento del plazo convenido en el contrato. La duración del contrato de plazo fijo no podrá exceder de un año.

Tratándose de gerentes o personas que tengan un título profesional o técnico otorgado por una institución de educación superior del Estado o reconocida por éste, la duración del contrato no podrá exceder de dos años.

El hecho de continuar el trabajador prestando servicios con conocimiento del empleador después de expirado el plazo, lo transforma en contrato de duración indefinida. Igual efecto producirá la segunda renovación de un contrato de plazo fijo.

El trabajador que hubiere prestado servicios discontinuos en virtud de más de dos contratos a plazo, durante doce meses o más en un período de quince meses contados desde la primera contratación, se presumirá legalmente que ha sido

contratado por una duración indefinida.
5.- Conclusión del trabajo o servicio que dio origen al contrato.
6.- Caso fortuito o fuerza mayor.
Articulo 2o. El contrato de trabajo termina de inmediato, y sin derecho a indemnización alguna, cuando el empleador le ponga término invocando una o más de las siguientes causales.
1.- Falta de probidad, vías de hecho, injurias o conducta inmoral grave debidamente comprobada.
2.-Negociaciones que ejecute el trabajador dentro del giro del negocio y que hubieren sido prohibidas por escrito en el respectivo contrato por el empleador.
3.- No concurrencia del trabajador a sus labores sin causa justificada durante dos días seguidos, dos lunes en el mes o un total de tres días durante igual período de tiempo; asimismo, la falta injustificada o sin aviso previo de parte del trabajador que tuviere a su cargo una actividad, faena o máquina cuyo abandono o paralización signifique una perturbación grave en la marcha de la obra.
4.- Abandono del trabajo por parte del trabajador, entendiéndose por tal:
a) La salida intempestiva e injustificada del trabajador del sitio de la faena y durante las horas de trabajo, sin permiso del empleador o de quien lo represente y,
b) La negativa a trabajar sin causa justificada en las faenas convenidas en el contrato.
5.- Actos, omisiones o imprudencias temerarias que afecten a la seguridad o al funcionamiento del establecimiento, a la seguridad o a la actividad de los trabajadores, o a la salud de éstos.
6.- El perjuicio material causado intencionalmente en las instalaciones, maquinarias, herramientas, útiles de trabajo, productos o mercaderías.
7.- Incumplimiento grave de las obligaciones que impone el contrato.

DERECHO COLECTIVO

José Dávalos Morales (México)
Perspectivas del sindicalismo en México.

Manuel Alonso Olea (España)
Sobre la legalidad e ilegalidad de la huelga cuando está vigente el convenio colectivo.

Julio J. Martínez Vivot (Argentina)
La huelga del personal de los servicios esenciales.

PERSPECTIVAS DEL SINDICALISMO EN MEXICO

José Dávalos Morales
(México)

La independencia, la libertad y la soberanía, se conquistan un día en el campo de batalla; la lucha por conservarlas es de todos los días, desde que amanece hasta que baja la tarde.

1. Introducción

A casi dos años de haber sido mandatado por el pueblo de México, el gobierno que encabeza el Presidente Carlos Salinas de Gortari, se ha presentado de cara a la nación como un ejemplo de coherencia entre lo que se dice y lo que se hace. Las acciones saltan a la vista en los más disímbolos aspectos de la vida del país: apertura política, voluntad de concertación, combate al cacicazgo sindical, lucha abierta al narcotráfico, apoyo decidido al campo, renegociación de la deuda externa, tratado de libre comercio, etc.

Uno de los renglones en los que se ha manifestado con mayor claridad la actuación firme del actual gobierno, es en el comportamiento valiente con que ha enfrentado a los cacicazgos sindicales, cupo poder desmedido, atentaba ya contra la soberanía nacional.

2. Antecedentes

La Constitución Mexicana de 1917, fue la primera en elevar los derechos de los trabajadores al más alto nivel jurídico. La obra del Constituyente de Querétaro, es la palanca normativa, producto del primer movimiento social del siglo XX. No obstante, los aspectos sobre el trabajo no eran el principal motivo del movimiento armado, pero los trabajadores mostraron su fuerza como clase social e impusieron importantes reivindicaciones en la norma fundamental.

El artículo 123 constitucional, dedicado a consagrar las garantías mínimas de los hombres que trabajan, enfrentó al individualismo forjado por la sociedad burguesa y su sistema liberal, y abrió espacios para los derechos sociales.

La finalidad de las normas laborales, es la protección jurídica que tiende a nivelar la desigualdad social existente entre el trabajador, que pertenece a una clase tradicionalmente explotada, y el patrón, que detenta sobre sus subordinados una supremacía económica, cultural y de mando. Ante esta desigualdad, los trabajadores se han unido y han conquistado los instrumentos jurídicos para su defensa: el sindicato, la negociación colectiva y la huelga.

3. Derecho Colectivo del Trabajo

La formación de sindicatos es un derecho tanto de los trabajadores como de los patrones (artículo 123, A, XVI, de la Constitución Mexicana); sin embargo, estos

últimos lo desdeñan y se acogen preferentemente a figuras jurídicas de carácter civil, mercantil o administrativo.
El sindicato de trabajadores tiene como finalidad el estudio, mejoramiento y defensa de los intereses de sus agremiados. Además, puede realizar actividades que se traduzcan en el mejoramiento cultural, deportivo y de bienestar social de los trabajadores.
La negociación colectiva acabó con la figura del patrón como señor feudal de la empresa, quien dictaba unilateralmente las normas, bajo las cuales se prestaba el trabajo. Los trabajadores, como clase social, como factor de poder, lucharon abiertamente hasta conseguir sentarse a la mesa de las negociaciones, para discutir, de igual a igual con el patrón las condiciones de trabajo.
En los contratos colectivos, sindicatos y empresa, conjuntamente, son creadores de nuevas normas jurídicas en cada centro de trabajo y, en este sentido, con apego a las normas constitucionales y legales, materialmente legislan.
Cuando no se llega a una convención colectiva pacífica, dada la intransigencia patronal, la coalición de trabajadores tiene la facultad de hacer efectivo el derecho de huelga.
En la huelga surge, dentro de los causes legales, la fuerza humana sustentada en el número mayoritario de los trabajadores, frente y contra la fuerza fría del capital.
La sindicalización, la negociación colectiva y la huelga, constituyen un solo cuerpo de derechos, que busca aproximar al trabajador a la justicia social, y a un ambiente de libertad, basado en una economía dinámica, funcional y autosuficiente, cuyas consecuencias sean la paz y el mejoramiento progresivo de los núcleos sociales mayoritarios.
La trilogía de los derechos colectivos sólo tiene eficacia cuando se concibe como una unidad indisoluble. Sería falsa la aseveración que estimara posible la existencia real, efectiva, de cualesquiera de estos derechos, en ausencia de alguno de los otros dos.

4. Panorama Actual

La historia del movimiento sindical es una acuarela matizada todos los días con tonalidades diferentes. Los sindicatos han tenido momentos de importantes avances, otros de grave estancamiento y algunos más de franco retroceso.
En la actualidad, asistimos a un embate más en contra del sindicalismo, que bajo el nombre de flexibilización de las relaciones de trabajo, busca que los trabajadores regresen sobre sus propios pasos en materia de conquistas laborales.
El proceso de flexibilización se sustenta en la filosofía neoliberal del Estado providencial. En contra del principio de que el trabajo no es una mercancía, las empresas buscan imponer el libre juego de las leyes del mercado de la mano de obra. Se exige la abstención legislativa y la libertad irrestricta de contratación.

Esta virulenta campaña que ataca a la asociación de los trabajadores, fundada en doctrinas que creíamos ya superadas, es una tendencia a nivel mundial. Se busca imponer la flexibilización, la desreglamentación, la adaptación, o como se les quiera llamar, de las condiciones de trabajo. Paralelamente las empresas propician el desgaste de los sindicatos, el peor de los monopolios según los patrones, para colocar al trabajador solo frente a la empresa, en un mundo de normas de trabajo precarizadas.

En el Congreso Europeo de Derecho del Trabajo, celebrado en París en el año pasado, reafirmé una convicción: que las ramas secas se rompen y las flexibles perduran; que no sería posible la convivencia sin un cierto grado de flexibilidad, pero siempre con respeto al orden natural de las cosas, sin arrancar a los trabajadores lo que les ha costado sangre y siglos: sus derechos laborales.

Ya se está haciendo presente en México esta ofensiva del neoliberalismo; ha encontrado al movimiento obrero carente de ideología y cohesión de clase; un movimiento sin rumbo, que lleva a cuestas los vicios acumulados en prolongadas etapas de inercia.

Ante esta falta de vertebración del sindicalismo, los patrones se frotan las manos y lanzan reiteradas ofensivas; formalmente lo hacen a través de un proyecto de reformas a la Ley Federal del Trabajo; subrepticiamente buscan el imperio de sus criterios.

La Confederación Patronal de la República Mexicana (COPARMEX), dió a conocer en junio de 1989 un proyecto de reformas a la Ley, en el que antepone la productividad, el modernismo y la competitividad internacional, a los derechos de los trabajadores. Proyecto flexibilizador que constituye un ataque a las principales figuras del derecho del trabajo, como son: estabilidad en el empleo, sindicalización, negociación colectiva, huelga, procedimiento del trabajo, suplencia de la deficiencia de la demanda del trabajador, carga de la prueba al patrón, etc.

Las propuestas de los empresarios en materia de derechos colectivos, atacan frontalmente a este conjunto de garantías; aplicarlas significaría su destrucción; entre otras cosas piden: que los sindicatos sólo intervengan en conflictos colectivos; que se establezca sanciones para los trabajadores y sindicatos, cuando incurran en demandas improcedentes y huelgas contrarias a la ley; que se analice de oficio, previamente, la mayoría, en demandas de titularidad de los contratos colectivos o de la administración de los contratos-ley; que se califique la huelga previamente a su estallamiento; que se elimine la huelga por solidaridad y que se revisen las demás causales de huelga; que se permita la pluralidad de incidentes de inexistencia de la huelga, tantos como requiera el patrón; que se regule de manera "especial" la huelga en las empresas de servicios.

El retroceso que en materia laboral pretenden imponer los empresarios, va mucho más allá de las inadmisibles propuestas contenidas en el proyecto de reformas aludido y en el anexo de aclaraciones publicado en el mes de septiem-

bre de 1989. Este es tan solo el aspecto formal.

Más grave aún que lo anterior, es la situación de que el poder ilimitado del capital, va arrancando, en vías de hecho, atribuciones a algunos gobiernos, buscando así despojar a los trabajadores de los derechos conquistados durante años.

El sector empresarial, como factor de poder, presiona por todos los medios posibles, para debilitar a los sindicatos y con ello al Estado mismo. Simulan quiebras de empresas para luego reiniciar operaciones en otra parte; establecen plantas maquiladoras en regiones estratégicas, que se instalan y desaparecen cunado lo desean; despiden masivamente a los trabajadores; amenazan con cerrar fuentes de trabajo; dejan que las huelgas se pudran; "compran" la simpatía de las directivas sindicales, etc.

Existen muchos casos prácticos que ilustran la afirmación anterior con claridad: Contratos de protección firmados por sindicatos "fantasmas" o "charros", como ocurre frecuentemente en las industrias de la confección y de la construcción, supresión de puestos de trabajo, resultado de la política de apertura comercial, como en el caso de la industria electrónica; huelgas que mueren con el tiempo y con ellas los sindicatos que las promueven, como aconteció con los trabajadores del Frontón México; industrias que se van a pique y con ella los derechos y esperanzas de sus trabajadores, como en los cierres de Renault, Vehículos Automotores Mexicanos, Acros, Kelvinator, y los recortes de personal en Volkswagen y Ford Motors, etc.

Los patrones no se quitan de la cabeza las ideas de "adelgazar" al Estado y de minar los contratos colectivos de trabajo. La tendencia en las revisiones de los contratos, está orientada hacia la pérdida de la influencia sindical frente a la empresa.

En las nuevas revisiones se están afectando aspectos primordiales, entre los que sobresalen: convertir a trabajadores de base en trabajadores de confianza; pérdida de participación que tenían los sindicatos en el manejo de la estructura de la empresa; contratación en base al perfil del puesto, sin quedar adscrito el trabajador a un departamento, etc.

Muchos de los sindicatos que ya se han visto afectados en sus conquistas laborales, están catalogados como sindicatos fuertes. ¿Qué les puede esperar a los sindicatos medianos y pequeños, frente a las recias embestidas del "poderoso caballero don dinero"?

El sistemático ataque de la empresa, que estamos presenciando, rebasa a los Estados, aun a los desarrollados, busca mermar la capacidad de respuesta de los sindicatos y abrir las puertas de cada país, para convertirlos en grandes maquiladoras al servicio del capital. Por eso se trata, ahora, de desbrozar el camino de las empresas; ningún obstáculo laboral a las empresas.

5. Caída de Líderes Sindicales

En el año pasado, cayeron algunos de los más importantes líderes sindicales de México.
Un elemento común, en este fenómeno: la existencia de directivas que, burlando la voluntad de los trabajadores, se habían perpetuado en el ejercicio sindical, desarrollándose en un ambiente de abierta corrupción.

Joaquín Hernández Galicia, "La Quina", poder tras el trono en el sindicato de una de las empresas más importantes del país, Petróleos Mexicanos, fue aprehendido junto con el Secretario General del mismo, Salvador Barragán Camacho, "Chava". Se les acusa de varios delitos y se encuentran presos.
Venustiano Reyes, "Venus Rey", del Sindicato Unico de trabajadores de la Música, fue destituido después de más de veinte años al frente de la agrupación; se le acusó de gansterismo, falta de democracia al interior del sindicato y "charrismo" sindical.
El Senador Carlos Jongitud Barrios, en medio de un paro general e indifinido que mantuvo inactivos a 20,000 centros escolares en todo el país, renunció a su "liderazgo moral y vitalicio", terminando así con diecisiete años de cacicazgo al frente del Sindicato Nacional de Trabajadores de la Educación, que agrupa a más de un millón de trabajadores; quizá el más numeroso de América Latina. Esto viene a demostrar que, contrariamente a lo que se llegó a pensar, no por fuerza una elevada concentración de trabajadores es garantía de mayor capacidad de negociación y de mayor vida democrática.
El Estado Mexicano y las bases trabajadoras, en el ámbito de su competencia, actuaron con gran valor para desactivar a estos grupos que constituían verdaderos reductos de poder, que atentaban contra la soberanía nacional.
Las acciones que venían desarrollando estas directivas sindicales de facto, tendían a gastar al Estado mediante el enfrentamiento de violencia verbal y física, en el afán de subvertir, en un momento dado, el orden de la nación.
De ahí que sus actitudes en diversas ocasiones sean expresiones de infamia y calumnia para los titulares de los poderes ejecutivo, legislativo y judicial.
El medio en que se desenvolvían era de fortunas exhorbitantes sin explicación, franco autoritarismo ante la ciudadanía, mecenazgo de corrupción que penetraba desde hogares humildes hasta círculos intelectuales, ascensión disfrazada a sectores empresariales y oficiales; manejo del soborno y la amenaza en altos niveles políticos, acopio de armas y otras conductas delictivas.
Todo esto, como es obvio, vino dándose el margen de la Constitución, de la Ley y de toda reglamentación sindical, convirtiendose así en las cúpulas sindicales de petroleros y de maestros en dos asientos de poder putrefacto.
El artículo 40 de la Constitución, consagra la voluntad del pueblo mexicano de constituirse en una República representativa y democrática. Dentro de esos principios debe desenvolverse la vida colectiva, en la que se inscriben los

sindicatos. Tanto el sindicato petrolero, como el sindicato de los maestros, desde hace mucho tiempo vivían al margen de esta norma, que es consustancial a la vida ordenada del país. Ambas organizaciones sindicales no tenían nada de representativas ni de democráticas; venían siendo un peligro para la nación. La vida de los trabajadores de estos sindicatos se desarrollaba en un ambiente de amenaza permanente.

Los cambios sufridos por el movimiento sindical en los últimos meses, representan una fuerte sacudida, que seguramente le hará despertar del profundo letargo en que se encuentra sumergido.

Es una cirugía mayor las que están sufriendo los sindicatos en México, la herida es dolorosa y por ella está drenando toda la suciedad acumulada en años y más años de corruptos cacicazgos sindicales.

Estamos convencidos de que esta etapa critica por la que está atravesando la vida sindical, le será provechosa al movimiento obrero en general. Con la dignificación de los sindicatos tendremos organismos más robustos, democráticos, representativos de los intereses de las bases, en consonancia con la Constitución. Sólo este tipo de agrupaciones de trabajadores podrá hacer frente a las recias acometidas empresariales que pretenden acabar con el derecho del trabajo.

Sólo con sindicatos como los descritos, podrán los trabajadores hacer frente a los patrones, que buscan reducirlos a organismos inútiles, de mera gestoría, que negocien sobre un paquete de derechos muy reducido.

6. Perspectivas del Sindicalismo

Los puntos anteriores no son esquemas abstractos, teorías generales o intemporales, son la realidad mundial, la que también estamos viviendo en México, la que flagela a los sindicatos en el momento actual.

Pero, ¿qué hacen las organizaciones sindicales para remediar este estado de cosas? ¿qué para defender su capacidad de negociación? ¿qué para conservar la eficacia de las luchas sindicales?

No están haciendo prácticamente nada. Lo que se observa es la ya aludida desvertebración del movimiento sindical, con una organización de forma pero no de fondo, con líderes anacrónicos, con una ideología que consiste en hablar de glorias pasadas, sin sustentar tesis actuales y sin mirar hacia el futuro.

Lo alarmante de esta situación, en lo que a los sindicatos mexicanos concierne, es que la parálisis se presenta bajo una situación de grave crisis económica y frente al ataque abierto de una corriente neoliberal por forzar retrocesos en materia de derecho del trabajo.

Un movimiento obrero compacto es la espina dorsal de una nación; para reorganizar al movimiento sindical no es necesario que individuos o grupos renuncien a las formas de pensar; se requiere que todos los trabajadores entiendan la cruzada que se ha iniciado en su contra, y vivan intensamente la

solidaridad de la clase trabajadora.

En este empeño tienen un papel muy importante que realizar los jóvenes y las mujeres, que hasta hoy han tenido restringido acceso a los cuadros directivos de los sindicatos. Jóvenes y mujeres comprometidos con la clase trabajadora, dotados de imaginación para descubrir nuevos caminos de reivindicación.

Que en los sindicatos no se repita la escena vergonzosa de líderes encarcelados por mafiosos y corruptos; que no se burle más la voluntad de la base trabajadora; que la ley establezca un mecanismo efectivo para la rendición de cuentas dentro de los sindicatos; que disponga que los trabajadores tengan acceso a la documentación sindical, etc. Sólo así volverán a tener credibilidad los sindicatos. La propia Ley habrá de ser el elemento para imprimirle el dinamismo y transparencia en su funcionamiento.

El derecho del trabajo nació para liberar al trabajador del yugo patronal; hoy este derecho debe avanzar para hacer una nueva liberación de los trabajadores, que eviten el entronizamiento de líderes inmorales, déspotas, falsos redentores.

El derecho del trabajo de hoy y de mañana debe promover el desarrollo de hombres y mujeres hacia su realización plena; de ahí habrán de surgir los nuevos dirigentes sindicales que amen a su causa y sirvan abnegadamente a sus compañeros de clase.

Es hora de que el movimiento sindical demuestre el viejo principio de que la unión hace la fuerza. Los trabajadores son la fuerza de la nación para producir, para crear riqueza y distribuirla equitativamente; ellos son la fuerza de la nación para hacer frente a los problemas internos y externos.

Los tiempos de crisis, son momentos de prueba, no significan necesariamente tragedia o hundimiento; si el movimiento obrero actúa con nacionalismo y conciencia de clase, saldrá fortalecido de esta coyuntura.

La tarea principal de los sindicatos, consiste en revisar sus tradicionales formas de lucha, con la finalidad de buscar los modos de actuación más factibles para hacer frente a la crisis económica y a la crisis sindical en que están empeñados en colocarlos los patrones.

En este esfuerzo de los sindicatos se debe buscar renovar, para beneficio del sindicalismo, lo mismo las personas (anquilosadas directivas sindicales), que las conductas (formas tradicionales de actuación).

El Estado mexicano es un Estado de derecho; su acción ante los conflictos antes descritos se ha ajustado a la razón del derecho. Ningún capricho puede imponer a individuo o grupo alguno por encima de la justicia y de la voluntad nacional. Por encima de los Poderes de la Unión nada. El Estado mexicano es maduro y reconoce los principios en los que se sustenta. Es conciente de que los trabajadores son parte fundamental de su historia, sabe valorar lo que es la alianza con las organizaciones de trabajadores. El Estado mexicano sostiene, nutre y vivifica la alianza histórica con la clase trabajadora mexicana.

El Estado mexicano jamás pretendería sustituir el apoyo de los grandes grupos

sociales, por el de grupos minoritarios, aunque poderosos económica, social y políticamente hablando. La acción del estado mexicano, fundada en el derecho, fue apoyada por el pueblo.

Los hombres y los pueblos se forjan en la adversidad. Mientras algunos se empeñan en demostrar que el tiempo de los sindicatos ya es cosa del pasado, corresponde a éstos demostrar que aún son portadores del estandarte de justicia social, que un día depositaron en sus manos los trabajadores.

CONCLUSIONES

1. Cuando parecía que los muros del individualismo, erigidos por la sociedad burguesa, se habían derrumbado para siempre, surge a nivel mundial una corriente neoliberal que está empeñada en imponer graves retrocesos a los derechos de los trabajadores. Derechos que les costaron sangre y siglos.
2. México no es ajeno a este proceso de flexibilización, desreglamentación, adaptación, o como se le quiera llamar, de las condiciones de trabajo, que impulsan con gran esmero los patrones, y que tiene por finalidad colocar al trabajador, solo frente a la empresa en un mundo de normas de trabajo precarizadas.
3. La flexibilidad está orientada a minar la capacidad de negociación de los sindicatos. El cambio tecnológico, el desempleo, la crisis económica, todos ellos signos del fin de este milenio, operan contra los sindicatos, y éstos se ven obligados a hacer concesiones y a tolerar las medidas de flexibilidad.
4. La nueva ofensiva de los empresarios, que ha tomado la forma de un proyecto de reformas a la Ley Federal del Trabajo, ha sorprendido al movimiento obrero mexicano, desvertebrado, amorfo, carente de ideología y cohesión de clase. Un sindicalismo que pretende caminar hacia el frente, pero con la mirada hacia atrás; con la vista puesta en glorias pasadas.
5. En el primer semestre de 1989, gracias al empuje de las bases trabajadoras y a la firmeza del Estado, cayeron varios líderes sindicales que se habían enquistado en las directivas de sus gremios, y sostenido con base en la violencia y en la corrupción. La mística que sustenta la acción del Estado es: nada ni nadie por encima de los Poderes de la Unión. En la aplicación de la justicia contra los enemigos de la clase trabajadora, el Estado se apoyó en la ley y en el pueblo.
6. Los sindicatos en México, están sufriendo una cirugía mayor, las heridas son profundas y por ellas está drenando toda la corrupción acumulada en la impenetrable noche de los cacicazgos sindicales. Es un proceso difícil pero necesario; pasada la fiebre, el horizonte se verá despejado y al alcance de nuestros anhelos.
7. Estamos convencidos de que esta hora amarga del movimiento obrero traerá consigo resultados muy positivos: sindicatos más sólidos, más democráticos y con mayor representatividad, que sean acordes con el querer ser que el pueblo mexicano ha plasmado en su Constitución.

8. Es indispensable que los trabajadores revisen la eficacia de sus estrategias de lucha social, porque sólo así podrán hacer frente a los recios ataques empresariales, que pretenden acabar con el derecho del trabajo y con el Estado mismo. La espiga es una monumental obra de arte matizada por el sol. pero muy frágil; es en unión con otras espigas igual a ella, como puede hacer frente al vendaval.

SOBRE LA LEGALIDAD E ILEGALIDAD DE LA HUELGA CUANDO ESTA VIGENTE EL CONVENIO COLECTIVO

Manuel Alonso Olea
(España)

Conforme a concepción generalizada y apenas discutida, el convenio colectivo es un pacto de paz que pone fin durante su vigencia a las situaciones abiertas de conflicto, salvo en casos muy singulares, ligados como es bien sabido al juego, en este terreno también, de la cláusula o principio rebus sic stantibus.

Como es bien sabido también, la distinción entre conflictos colectivos económicos o de intereses y conflictos colectivos jurídicos o de interpretación, está presidida por la preexistencia en los segundos y no en los primeros de una norma y esta norma es habitualmente la convenida colectivamente. La definición del conflicto colectivo que la ley y la jurisprudencia hacen es precisamente la de que es tal el que versa sobre la interpretación o aplicación de una norma preexistente que, repito, por lo general, es la de un convenio colectivo.

De la conexión de estas ideas deriva la de que deben buscarse soluciones pacíficas para los conflictos de aplicación que son los que se producen durante la vigencia de un convenio colectivo. Además, y para concluir con esta introducción brevísima, la paz característica del convenio refiere tanto a aquéllo sobre lo que expresamente se ha convenido, como a aquéllo sobre lo que se ha dejado de convenir, porque si se ha dejado de convenir es porque se aceptó la situación anterior al convenio y se predicó de ella tácitamente su persistencia. Sería absurdo negociar y llegar a un pacto de paz para repudiarlo al día siguiente, diciendo que había dejado de negociarse sobre un punto determinado.

* * * *

Estos son los temas que van a examinarse y lo van a ser al hilo de una importante y reciente sentencia del Tribunal Constitucional Español, resolviendo un recurso de amparo.(1) <(1) Los datos concretos de la sentencia comentada son: sentencia de la Sala 1a. del Tribunal Constitucional 38/1990, de 1o. de marzo, dictada en recurso de amparo núm. 1623/1987, publicada en el Boletín Oficial del Estado del día 22 de marzo de 1990.>

* * * *

Antes de entrar en el problema de fondo y por no dejar punto suelto en el comentario, conviene referirse a un tema procesal que la sentencia plantea y resuelve: concretamente, la muy importante de si el recurso de amparo fue interpuesto dentro de plazo; dentro del plazo de 20 días que "a partir de la notificación de la resolución (impugnaba en amparo) recaída en el proceso judicial", fija el articulo 44, número 2 de la LOTC. (2) <(2) Las abreviaturas más utilizadas en este trabajo, son las siguientes:

- ET: Estatutos de los Trabajadores (Ley 8/1980, de 1o. de marzo).
- LOTC: Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional.
- LEC: Ley de Enjuiciamiento Civil. Fue aprobada por un decreto de 3 de febrero de 1981, que desarrolló una Ley de Bases de 21 de julio de 1980 para la Reforma del Enjuiciamiento Civil. La LEC ha tenido múltiples modificaciones posteriores, entre ellas, una muy extensa por Ley 34/1984, de 6 de agosto.

- LPL: Ley de Procedimiento Laboral, la que se maneja en la sentencia que se comenta es la LPL, Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1568/1980, de 11 de junio. Téngase en cuenta, sin embargo, que esta Ley está derogada ya, y se ha sustituído por la actual LPL, Texto Articulado aprobado por el Real Decreto Legislativo 521/1990, de 27 de abril.
- DLRT: Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo, de Relaciones de Trabajo, cuyos Títulos I y II siguen aún en vigor.>

La cuestión que se suscita respecto de precepto tan claro y terminante por la circunstancia de que la sentencia impugada había sido complementada por un auto que resolvía una petición de aclaración de la misma.

La sentencia comentada declara la validez del cómputo, tomando como dies a quo el de la notificación del auto de aclaración, aplicando, nos dice, "lo previsto en el articulo 407 de la LEC"; conforme al cual, en efecto, "en los casos en que se pida aclaración de una sentencia..., el término para interponer el recurso que proceda... se contará desde la notificación del auto en que se haga o deniegue la aclaración". Por lo demás, en esto reitera el Tribunal doctrina suya anterior. (3)

<(3) Señaladamente la establecida en sentencia 92/1983, de 8 de noviembre (t. I, ref. 70). En el comentario a la sentencia 187/1989, de 23 de noviembre, (t. VII, ref. 442; págs. 516-517) puede consultarse un resumen de la jurisprudencia constitucional en torno a la aclaración de la sentencia. Corresponden las anteriores referencias a M. Alonso Olea, Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social, Tomos I a VII, Madrid, CIVITAS, 1983-1990.>

Innecesario es decir que la LPL, art. 91, aplicado por el Magistrado de Trabajo, contiene precepto similar al de LEC art. 363, autorizante de las aclaraciones de sentencia ("... aclarar algún concepto oscuro o suplir cualquier omisión que contenga la sentencia] sobre punto discutido en el litigio"; regla de idéntico tenor en ambos preceptos).

Para el juego, en cuanto al recurso de amparo, de LEC art. 407, parece exigir la sentencia que "nada haga suponer una finalidad meramente dilatoria" en la petición de aclaración; porque esta "hipotética voluntad dilatoria tendiente a burlar la exigencia del art. 44.2 LOTC" nada hace sospechar que exista en el caso, se autoriza el cómputo desde el auto que sobre la aclaración. La verdad es que, puestos a aplicar LEC art. 407 como norma impletoria de la LOTC, estas reservas son poco plausibles.

Solventando el tema procesal la sentencia y su comentario pasan al de fondo.

* * * *

El empresario había sancionado con suspensión de empleo y sueldo a los trabajadores demandantes por "faltas de asistència... (que)... tuvieron como causa la realización de una huelga" que a su juicio era ilegal; criterio en el que concurrió la sentencia impugnada que, en efecto, "desestimó la demanda de los trabajadores, entendiendo que la huelga realizada era ilegal por pretender alterar lo pactado en Convenio Colectivo, conforme a loispuesto en el art. 11.c"

del DLRT.

De forma que, insistiendo, la sanción se confirma por el Magistrado, porque reputa la huelga ilegal y la reputa ilegal porque juzga que pretendió alterar lo pactado en convenio colectivo, con lo que entra de lleno en DLRT art. 11.c, según el cual, "la huelga es ilegal... cuando tenga por objeto alterar, dentro de su periodo de vigencia lo pactado en un convenio colectivo".

La cuestión hubo así de trasladarse, y se trasladó en efecto, tanto por los recurrentes al impugnar en amparo la sentencia del Magistrado, como por la sentencia que se comenta, a si efectivamente con la huelga se pretendió alterar el contenido del convenio colectivo.

Vayamos pues a esto.

El convenio colectivo aplicable "del sector, de ámbito nacional"; considerando 2o., b) establecía un plus salarial por nocturnidad del 28 por 100 del salario. Los demandantes venían percibiendo, "desde que se implantó en la empresa el turno de noche un plus del 30 por 100".

("Este plus se venía percibiendo desde hacia doce o trece años `cuando se estableció en la empresa el turno de noche' sin que conste la fuente originaria, que pudo ser, por consiguiente, tanto un pacto como una mera concesión unilateral de la empresa" (considerando 2o., a); "por una especie de `convenio colectivo impropio'" cree el Fiscal resultando 4o.).

El argumento de los demandantes, que la sentencia acepta, para mantener que la pretensión de modificación y aumento del plus en cuestión no alteraba lo pactado en el convenio colectivo -y por consiguiente que la huelga en apoyo de la pretensión en cuestión no era ilegal- consiste en que "la cuantía del plus de nocturnidad no se regía (para los huelguistas) por el convenio, sino por una regla de distinta naturaleza vigente desde varios años antes". Ni el conflicto, ni la huelga consecuente, "buscaba (n) la alteración del convenio colectivo vigente en la empresa puesto que -insiste la sentencia- se trataba de un aspecto de la relación de trabajo que venía regulado por otras fuentes". Una vez más, machaconamente, "la huelga no versaba sobre la alteración del convenio colectivo aplicable en la empresa, sino únicamente sobre una petición de negociaciones acerca del plus de nocturnidad que desde el inicio de los turnos de trabajo nocturnos se venía aplicando en ese ámbito, de acuerdo con una reglas ajenas al convenio".

Aunque ya sin tanto énfasis, parece, se indica además que "no consta que el sistema de retribución del trabajo nocturno establecido en la empresa tuviera una duración predeterminada, o menos aun, que ese plazo hubiera expirado".

La conclusión es que al no tener por objeto la huelga, según la inteligencia del Tribunal Constitucional que queda expuesta, alterar lo colectivamente pactado, tal "huelga... no encaja en el supuesto previsto en el art. 11.c) del DLRT". A contrario, pues, la huelga era legal, o los huelguistas ejercitaron el derecho de huelga; la resolución impugnada contraría este derecho, constitucionalmente reconocido (art. 28.2 de la Constitución), lo que, al tiempo que presta al caso su

relevancia constitucional, justifica la anulación de la sentencia recurrida como "contraria a un derecho fundamental protegible en amparo".

* * * *

En lo cerrado y contudente de su argumentación no parece la sentencia dejar abierto resquicio alguno para la critica; existe éste sin embargo, y más que resquicio brecha grande por la que la crítica puede y ha de penetrar, sin dificultad apenas.

En su esencia la situación consistia en que el convenio colectivo (respecto de cuya existencia y vigencia para el ámbito no ya no se duda sino que reiterativamente se afirma: "convenio colectivo vigente en la empresa" (considerando párrafos 1o. y 3o.) "convenio colectivo aplicable en la empresa" (considerando 4o.), en que el convenio colectivo, digo, regulaba y remuneraba en una cierta cuantía el plus de nocturnidad; este plus de nocturnidad -que necesariamente en todo caso había de existir, vigente en convenio- existía en la empresa desde tiempo atrás, remunerado en cuantía superior. En sustancia, pues, los trabajadores en la empresa disfrutaban de una condición más beneficiosa consistente en la mayor remuneración -no parece que hubiera otra diferencia- del plus de nocturnidad.

La cuestión se plantea entonces así:

¿ Es legal -siempre en los términos de DLRT art. 11.c), precepto de cuya aplicación y constitucionalidad nadie duda, ni puede dudar (4) <(4) No puede dudar, es claro, tras la sentencia 11/1981, de 8 de abril (t. I, ref. 2). Sobre ella, y en general sobre el DLRT, con amplitud, los caps. 33 y 34 (págs. 793 a 860 en la 11a. ed.) de Derecho del Trabajo (págs. 143 a 158 de la Actualización de 1990 de este libro) de M. Alonso Olea y M.E. Casas Baamonde.>- una huelga que pretenda modificar, vigente un convenio, una condición preexistente más beneficiosa que la regulada por el propio convenio?.

O, exactamente para el supuesto del caso:

Existiendo el plus de nocturnidad al 28 por 100 en el convenio vigente y aplicable y, por condición más beneficiosa -cuya "fuente originaria... pudo ser.. tanto un pacto (impropio) como una... concesión unilateral de la empresa"- el mismo plus al 32 por 100, ¿Es legal la huelga, en torno a la pretensión de incremento del plus de nocturnidad?.

Me parece evidente que la contestación es negativa, justamente la contraria a la que da la sentencia. Es negativa porque lo que en realidad se pretende es alterar durante su vigencia el convenio colectivo. El argumento de que la condición más beneficiosa estaba fuera del convenio, en absoluto empece lo anterior so pena de admitir que la paz del convenio -esencia de todo sistema de regulación colectiva de las condiciones de trabajo,, el nuestro incluido-(6) <(6) En este sentido es desafortunada la doctrina contenida en el considerando 5o. b), de la STS, Sala 4a., de 14 de febrero de 1990 (As. 1088).> puede quedar inmediatamente rota a titulo de que las condiciones de trabajo eran superiores a las convenidas y por consiguiente al margen y sin ser afectadas por lo convenido.

Si esto se afirma, lo que se está afirmando es que desaparece por completo la denominada parte obligacional o deber de paz intrinseco al convenio colectivo. Las condiciones más beneficiosas superiores a lo colectivamente convenido son muy frecuentes, de ahí la correlativa frecuencia de legales y convencionales, sobre su posible o no posible compensación o absorción en cada caso. Hasta de absurda debe calificarse, no se me ocurre calificación otra, la tesis según la cual, vigente el convenio, puede romperse su paz porque se quieran mejorar condiciones que genericamente figuran en lo convenido y que especificamente son superiores a lo convenido. Si esto se admite, ¿para qué convenir entonces?, ¿dónde queda la prohibición de concurrencia de convenios (ET arts. 84 y 89.1) si el de ámbito superior estatutario se barrena por otro de ámbito inferior, estatutario también para pretender condiciones mejores o mejorar las que ya lo son?. Y si el convenio intentado es uno impropio o extraestatutario", ¿es qué puede decirse que existe obligación de negociar convenio de este tipo -y más con convenio estatutario en vigor-, cuando precisamente la inexistencia de obligación de negociar es lo que sigue caracterizando a aquellos frente a estos? (7) <(7) Al respecto, ver el comentario a la sentencia 108/1989, de 8 de julio (t. VII, ref. 410). Sobre la posible impropiedad de llamar "extraestatutario" a los convenios impropios, G. Dieguez Cuervo, Nueva lección sobre la negociación colectiva informal, en "Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo", Estudios ofrecidos por los Catedráticos Españoles de Derecho del Trabajo al Prof. Alonso Olea, Madrid, 1990, pág. 243.> Etc., etc., etc...

En definitiva el supuesto está, como bien vio el Magistrado de Trabajo, dentro de DLRT art. 11.c). Sin apurar el razonamiento ni ser tan insistente en él como la sentencia lo es en lo contradictorio: la huelga era, desde luego, ilegal.

Una sentencia desafortunada ésta, creo.

Bien porque no compareció, pese haber sido emplazado -resultando 3o.- bien porque no formuló alegaciones, pese a habérsele dado vista de las actuaciones -resultando 4o.-, de la "persona favorecida por la decisión" impugnada, esto es, el empresario, no se sabe que expresara nada durante la tramitación del amparo. Si esto fue así y tal parece -notese: del recurrente se dice que no presentó alegaciones (resultando 6o.; salvo las contenidas en la demanda misma de amparo, es claro); sobre el "recurrido" nada se dice- la falta de contradicción quizá en algo explica el tenor y el talante de la sentencia comentada; el siniestro actualiza el riesgo: quien no se defiende, pierde.

LA HUELGA DEL PERSONAL DE LOS SERVICIOS ESENCIALES

Julio J. Martínez Vivot
(Argentina)

I. Sin duda, la frecuencia cada vez mayor de manifestaciones de medidas de acción directa producida por personal que cumple tareas vinculadas con los servicios públicos, calificados como esenciales para la comunidad, impuso la necesidad de replantear el tema de la huelga, aunque contemplando por un lado el ejercicio real del derecho de mención y por otro el enorme conjunto de afectados por algunas huelgas, quienes no solo tienen derecho a gozar de tales servicios sino, a veces, verdadera necesidad al respecto, con posibilidad de sufrir daños irreparables en su consecuencia.

Por ello, es importante que, frente a quienes sostienen lo contrario, se afirme la idea de que la huelga no puede entenderse como un derecho absoluto y que la misma es pasible de limitaciones que pueden llegar hasta a restringir su ejercicio en ciertas áreas o respecto de determinados trabajadores pero ofreciendo, desde luego, a los trabajadores limitados así, otros medios válidos para resolver el conflicto, que habrá sido, sin duda el origen del propósito huelguístico.

En Argentina, al respecto, la Corte Suprema tiene declarado que el derecho de huelga no es absoluto, sino que es pasible de reglamentación normativa y de apreciación judicial, ya que se lo debe armonizar con las demás garantías y derechos de la Constitución Nacional. Esta es, sin duda, la doble base donde se debe asentar el tratamiento del tema de la huelga, ante su proclamación constitucional sin aditamentos y la ausencia de una regulación al respecto, a pesar del largo tiempo transcurrido desde su proclamación.

Lo real, sin embargo, es que una mirada internacional en la materia muestra la reticencia que existe frente a la posibilidad regulatoria, aún en países como Italia y España, cuyas constituciones se refieren expresamente a la misma, lo que ha impuesto que la jurisprudencia, en la interpretación de los casos concretos, sea la que haya asumido tal función. Ello conduce a una cierta inseguridad jurídica, ante la falta de precisiones indispensables, como ser del propio concepto de huelga, de las formas de su ejercicio, de la titularidad de tal derecho, o de los procedimientos a seguir, etc. Así lo pone de manifiesto CARCAVALLO en un reciente trabajo al respecto, que resume, además, la principal jurisprudencia nacional en la materia. Es que no es sólo necesario pensar en la reglamentación de este derecho cuando arrecia la conflictividad, sino que ella hace falta desde que se promulgó la Constitución, "pues leyes de esta talla nunca pueden nacer por razones de coyuntura, sino que son esenciales a la propia Constitución y al entramado de la sociedad."

En cuanto a la compatibilización del mencionado derecho de huelga con otros que también poseen rango constitucional, cabe mencionar, como tradición al respecto, que a poco más de un año de instaurado tal derecho, entre nosotros, en Argentina, la Corte Suprema declaró que cualquiera fuese el alcance atribuído al derecho de huelga, era obvio que dejaba a salvo los demás derechos que la Ley Suprema asegura a todos los habitantes del país aunque, recíprocamente, tales

derechos y garantías debían ser interpretados de manera que no hicieran prácticamente ineficaz el derecho de huelga. Ese criterio fue claramente expuesto por GIUGNI al expresar que la incorporación constitucional no significa sólo una nueva institución que se sitúa junto con otras, sino que es una institución que contrasta netamente con algunas posiciones de principios fundamentales del ordenamiento, respecto de los cuales es necesaria una armonización. En lineas generales hay que tener presente que, en caso de contraposición insalvable, aquellos principios deben adaptarse a la innovación constitucional, pero que los valores consagrados en la misma carta constitucional "pueden circunscribir y limitar el ámbito de la innovación misma".

II. Una precisión necesaria y primera para atender el tema en análisis consiste en determinar qué son los servicios públicos y, de ellos, tipificar los que pueden calificarse como esenciales. Como es conocido, aquellos no tienen por qué ser monopolio del Estado y pueden ser cumplidos por empresas privadas o de integración mixta. Se coincide, al respecto, en afirmar que responden a necesidades de interés general o colectivo. MARIENHOFF afirma que, sin perjuicio de comportar una noción controvertida, responden a un concepto funcional, que es el interés general al que sirven dichas actividades y que la denominación "público" no se refiere al ente que lo presta, sino al destinatario que es el público, ya que el "el fin general debe constituir el objeto de su creación".
Otra precisión consiste en determinar qué entendemos por huelga. En tal sentido y sin perjuicio de los diferentes matices que puede contener el concepto, según expresiones de la doctrina al respecto, podemos aceptar, a los fines de esta nota, que la misma se ajuste a la definición formulada oportunamente por TISSEMBAUM, quien dice que "es la suspensión colectiva del trabajo, con carácter temporal, concertada por la organización gremial, para secundar la reclamación planteada ante los empleadores y con el objeto de obtener el reconocimiento de sus gestiones profesionales". Considerada aquella como un medio de lucha, que acompañó en el tiempo la modificación de las condiciones laborales, asume carácter de garantía constitucional cuando en 1917 se lo incorpora a la de México (art. 123, fracc. XVII) y luego se extendió a la mayoría de los países democráticos.
Finalmente su ejercicio se ha convertido y ha sido reconocido como un derecho humano, imprescindible como garantía del derecho de los trabajadores.

III. Ahora bien, teniendo en cuenta que en general y en buena parte los servicios públicos esenciales a la comunidad son cubiertos por personal del Estado, aunque no quiero anticiparme llamándolos empleados públicos, cabe analizar en primer término la situación de éstos ante una eventual medida de acción directa de los mismos, que tenga por efecto la paralización o alteración de los referidos servicios. Evidentemente, largo y complejo sería desarrollar el tema de la

situación juridico laboral de los empleados públicos y, entre otros de sus derechos, considerar la posibilidad de que recurran a la huelga. Desde luego que al respecto son notorias las diferencias de opinión y la expresión de criterios que la admiten o no para algunos de tales empleados, distinguiendo entre otros supuestos la jerarquía que detentan o bien el origen o modo de su designación. Inclusive un administrativista notorio ha distinguido entre su derecho a la huelga y su derecho de huelga, considerando distinto el uno del otro.

La mayoría de los especialistas en derecho administrativo son reticentes para admitir que tienen este derecho, fundándose en razones muy diversas, desde quien es a su respecto el empleador, contra quien dirige su acción, así como en los perjuicios directos o indirectos que derivan para la comunidad. Sin embargo, ese criterio últimamente se ha flexibilizado a partir del derecho reconocido a los empleados públicos de agremiarse, de donde no pueden negarse las consecuencias, no necesarias pero posibles de tal circunstancia, como son el derecho a la negociación colectiva y al ejercicio de medidas de acción directa. Sin embargo, persiste el criterio restrictivo en cuanto a la posibilidad del derecho de huelga con relación a quienes componen las fuerzas armadas, las de seguridad y, eventualmente, los contigentes oficiales de bomberos. Es decir que estas funciones, más allá de ser un servicio público, son consideradas además como esenciales para la comunidad. De allí que, entonces sea ésta la determinación de cuáles son los servicios eventuales, el tema clave de toda esta controversia.

IV. No es fácil, ni ha sido uniformemente consentido, el calificar o aún determinar cuáles de los servicios públicos son esenciales para la comunidad. Precisamente, apreciado el deterioro o lesión que pueda sufrir ésta como consecuencia de una huelga que la afecte. En realidad, el servicio esencial es una especie dentro del género más amplio de los servicios públicos, ya que no todos ellos han de revestir este carácter. Y su tipificación ocurre según la mayor o menor incidencia de la medida de acción directa adoptada respecto de la población usuaria o beneficiada por ellos. Podemos decir a ese respecto, con palabras del Comité de libertad sindical de la OIT, que "son servicios esenciales aquellos cuya interrupción podría poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de la persona en todo o en parte de la población". De aquí habrá que partir para determinar cuáles pueden revestir tal calificación.

Y es entonces cuando el tema se torna aún más complejo. Al respecto puede resultar importante recordar opiniones y principios vertidos en el ya mencionado Comité de Libertad Sindical, que se encuentran recopilados en una publicación de la OIT intitulada "La libertad sindical". Como punto clave previo al respecto cabe también recordar que conforma a la interpretación de tal Comité la eventual restricción al derecho de huelga solo cabe cuando ella se produce en servicios considerados como esenciales, y respecto de los cuales deben preverse garantías apropiadas para defender el interés de los trabajadores (Resumen 386, pág. 79, 3a. Ed.).

Agregó además que cuando el derecho de huelga ha sido limitado o suprimido en empresas o servicios considerados esenciales, los trabajadores deben gozar de una protección adecuada, de suerte que se les compensen las restricciones impuestas a su libertad de acción durante los conflictos que puedan surgir en dichas empresas o servicios" (resumen 396, p. 81). También opinó el Comité - especificando en cierto momento cuál sería esa compensación"- que cuando se restringen o prohiben las huelgas de trabajadores ocupados en servicios esenciales, tal restricción o prohibición debería ir acompañada de un mecanismo de conciliación y de un procedimiento imparcial de arbitraje cuyos laudos sean en todos los casos obligatorios para ambas partes" (resumen 398, p. 81).

Respecto de las legislaciones que tienen una lista de servicios en los que se prohibe la huelga, el Comité sugirió la conveniencia de introducir enmiendas "en el sentido de que si se decidiera prohibir la huelga en determinados casos se limitaran taxativamente a los servicios considerados esenciales" (resumen 402, p. 82). Y, al respecto opinó que "no parecerían tener carácter esencial", al menos "en circunstancias normales", "los trabajos portuarios, en general; la reparación de aeronaves y todo servicio de transporte, la banca, las actividades agricolas, la metalurgia, los establecimientos petroleros, el abastecimiento y la distribución de productos alimentarios" (resumen cit.).

Consideró el Comité que "la suspensión de los servicios por parte de los trabajadores de las instalaciones petrolíferas, si bien posiblemente redunde en la paralización de la producción y tenga consecuencias graves a largo plazo para la economía nacional, no pondría en peligro la vida, la seguridad ni la salud de la persona en todo o parte de la población" (resumen 405, p. 81). En otros casos entendió que no son "servicios esenciales" "el sector de la metalurgia y el conjunto del sector minero" (resumen 406, p. 83); "los transportes... en general" (resumen 407, p. 83); los "transportes metropolitanos" (resumen 408, p. 83).

Por lo contrario, estima que "el sector hospitalario constituye un servicio esencial" (resumen 409, p. 83) y también "los servicios de abastecimiento de agua" (resumen 411, p. 83); y "los servicios por parte de los controladores del tráfico aéreo (porque "podía poner en peligro la vida o las condiciones normales de existencia de gran número de pasajeros y de la tripulación" (resumen 412, p. 83).

Asimismo, el Comité consideró que "las restricciones impuestas al derecho de huelga con el fin de hacer respetar los reglamentos de seguridad constituyen restricciones normales", (resumen 413, p. 83). Y admisibles las restricciones al derecho de huelga impuestas por "una legislación que obligaba a las organizaciones profesionales de todas las actividades a procurar que siga prestando sus servicios el personal necesario para la seguridad de las instalaciones y la prevención de accidentes; las divergencias que puedan surgir con respecto a ese personal deben ser zanjadas por el tribunal administrativo de arbitraje" (resumen 414, p. 83).

Aunque el mismo reconoció que la suspensión del funcionamiento de servicios como transportes, ferrocarriles, telecomunicaciones o electricidad "podría conducir a una perturbación de la vida normal de la comunidad", sostuvo que "resulta difícil admitir que la suspensión de dichos servicios o empresas conduzca necesariamente a una crisis nacional aguda"; y estimó que "la movilización de los trabajadores", en ocasión de conflictos en esos servicios "restringía el derecho de huelga" de aquéllos "como medio de defensa de sus intereses profesionales y económicos" (resumen 426, p. 85). En cambio, admitió que "cuando un servicio público esencial, como el servicio telefónico, se ve interrumpido por una huelga ilegal, el gobierno puede verse obligado en aras del interés general, a asumir la responsabilidad de su funcionamiento y para ello recurrir a las fuerzas armadas o a otro grupo de personas para que desempeñen las funciones abandonadas, así como adoptar las medidas necesarias para permitir a estas últimas personas el ingreso a los locales en que deben ejercerse tales funciones" (resumen 427, p. 86). Si bien reconoció que la interrupción del trabajo en el sector de telecomunicaciones, después de transcurridas cinco semanas habría provocado graves dificultades para toda la nación y que en una situación semejante el gobierno se habría visto tal vez obligado a tomar ciertas medidas" (resumen 428, p. 86). Pero afirmó que utilizar las fuerzas armadas u otro grupo de personas para cumplir funciones abandonadas "sólo podría justificarse, si la huelga es además ilegal, por la necesidad de asegurar el funcionamiento de servicios o industrias cuya paralización creara una situación de crisis aguda"; advirtiendo, sin embargo, que la utilización de mano de obra ajena a la empresa para substituir a los trabajadores en huelga, por parte del gobierno, "entraña un riesgo de violación del derecho de huelga que puede afectar el libre ejercicio de los derechos sindicales" (resumen 429, pág. 86).

El comité "ha llamado la atención sobre la posibilidad de abuso que implica la movilización de trabajadores durante un conflicto" y recalcó la oportunidad de recurrir a tales medidas, excepto con el fin de mantener el funcionamiento de los servicios de los servicios esenciales en circunstancias de la mayor gravedad, o de crisis nacional aguda (resumen 424, p. 85).

V. Un tema intimamente ligado a los servicios esenciales para la comunidad, siempre con relación al ejercicio del derecho de huelga por parte de quienes lo cumplen, se vincula con la fijación de servicios mínimos en los mismos, para permitir, por lo menos, que parte de su personal no sea privado del fundamental ejercicio del derecho de huelga. Se refiere a un número de personal que no puede ser reducido durante la huelga. Como dijera Ackerman en un estudio vinculado al tema, "el mantenimiento de servicios mínimos en una nota característica de las reglamentaciones de la huelga en los servicios esenciales para la comunidad, y su objetivo es, precisamente, el de asegurar la satisfacción de esas necesidades vitales".

En materia de "servicios mínimos" la OIT ha señalado que "parece legítimo que

un servicio mínimo pueda establecerse en casos de huelgas cuya extensión y duración pudieran provocar una situación de crisis nacional aguda tal que las condiciones normales de existencia de la población podrían estar en peligro; para ser aceptable, un servicio mínimo debería limitarse a las operaciones estrictamente necesarias para no comprometer la vida o las condiciones normales de existencia de toda o parte de la población y debería posibilitar, por otra parte, en lo que se refiera a su determinación, la participación de las organizaciones de trabajadores, así como de los empleados y de las autoridades públicas".

Tanto en regulaciones autónomas como heterónomas, suele fijarse un servicio mínimo o, cuando menos, se indica que éste debe ser preservado. Las discrepancias y las quejas sindicales aparecen, empero, a la hora de la definición del carácter "mínimo" y, sobre todo, en los criterios seguidos para la cuantificación y designación de los planteles que habrán de prestar el servicio. Este es, din duda, el problema más grande a su respecto.

VI. En Argentina no se ha dictado aún ninguna ley reglamentaria del derecho de huelga asegurado por la Constitución Nacional. Sin embargo en estos momentos el Congreso Nacional tiene en consideración un proyecto al respecto remitido por el P.E., y que ya tuvo aprobación con restricciones en el Senado, que redujo las actividades calificadas como esenciales. El mismo tuvo resistencia por parte de la Central Obrera oficialmente reconocida como tal y por otra que compite con ella aunque sin tal reconocimiento. Por su influencia el Senado produjo las limitaciones al proyecto a que hiciéramos referencia, manteniendo solo al respecto las reconocidas por el Comité Sindical de la OIT, que ya mencionáramos.

El Proyecto del Gobierno dice:

SERVICIOS ESENCIALES

ARTICULO 2o. Serán considerados servicios esenciales aquellos cuya interrupción total o parcial pueda poner en peligro la vida, la salud o la seguridad de la comunidad o parte de ella.

En particular:

a) Los servicios sanitarios y hospitalarios;

b) La producción y distribución de agua potable, energía eléctrica, gas y otros combustibles.

En caso de extrema gravedad también podrán ser calificados como servicios esenciales por la autoridad de aplicación, mediante resolución fundada, los que afecten al transporte de pasajeros; educación cuando pudiera afectarse gravemente o perderse el ciclo lectivo; correos; telecomunicaciones; y en general todos aquellos en los que por la extensión o actividad, pudieran poner en peligro la vida, la salud o la seguridad de la comunidad o parte de ella.

Con relación a los servicios mínimos se expresa así:

SERVICIOS MINIMOS

ARTICULO 6o. Las partes tendrán la obligación de negociar cuáles serán los servicios mínimos. En defecto de tal determinación, la autoridad de aplicación dispondrá cuáles serán las guardias mínimas, previa consulta al Ministerio competente, cuando se tratare de servicios prestados por Organismos Públicos. La designación de los trabajadores responsables de mantener los servicios mínimos estará a cargo del empleador pero en ningún caso se tendrá en cuenta para la prestación de dichos servicios a los representantes gremiales de los trabajadores, salvo expresa conformidad de los mismos.

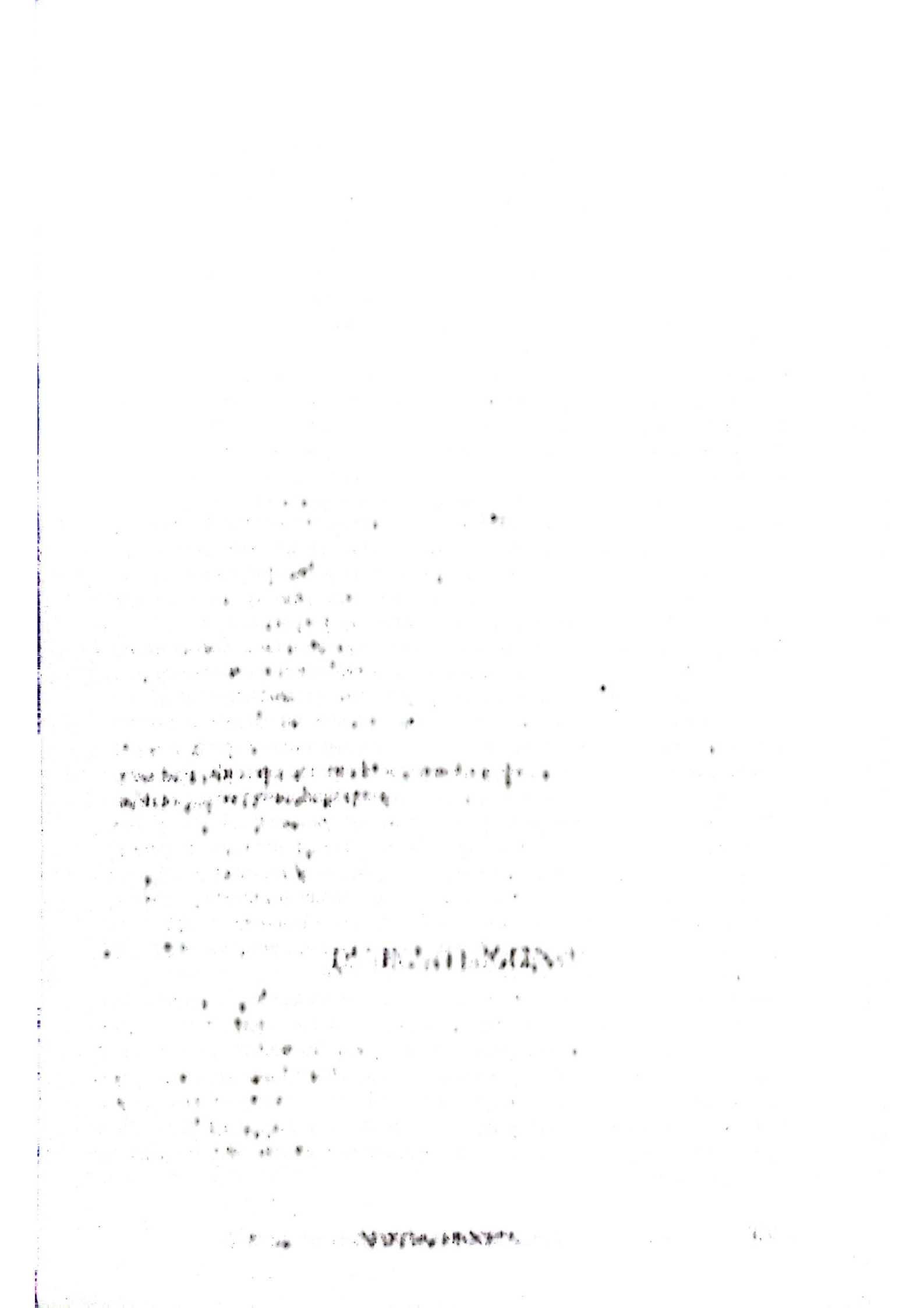
VII. En fin, en esta materia de la regulación del ejercicio del derecho de huelga y de su limitación exclusiva a los servicios calificados como esenciales a la población, cabe preguntarse, como lo hiciera recientemente nuestro colega Académico el Dr. Justo López si incluso fuera del ámbito de un servicio vital en el sentido más absoluto y estricto y de la provocación de una crisis nacional aguda, no se justifica alguna limitación al ejercicio del derecho de huelga si ésta afecta directamente a terceros usuarios de servicios (es decir, al público, en sentido lato) que son ajenos al conflicto laboral y en especial si eso sucede incluso por motivos que, razonablemente no cabe considerar laborales. En la Argentina ha habido casos de paralización del ferrocarril (al menos en algunos tramos), como protesta, por parte del Sindicato de Señaleros Ferroviarios contra la detención judicial de un señalero a raíz de la investigación de un accidente producido por el choque de un tren con un vehículo automotor que ocurrió porque el responsable del paso a nivel no había bajado las barreras.

En otra oportunidad hubo un paro total de veinticuatro horas de los servicios ferroviarios del país porque en una pequeña localidad de provincia los vecinos, indignados porque un accidente producido en un paso a nivel afectó a seis niñas que viajaban en un automotor, levantaron, como protesta, las vías del ferrocarril para impedir el paso de convoyes por ese lugar; se considere o no justificada o excusable la protesta de los vecinos, evidentemente se trató de una cuestión local que, de ese modo, causó considerables dificultades al público usuario de todo el país. Pienso también en los paros sorpresivos del movimiento de aviones, que deja estancados a millares de pasajeros en las estaciones aéreas. Y en los paros de transportes para los cuales se eligen los días más álgidos del desplazamiento de personas en períodos de vacaciones.

También ello implica preguntarse si en estos temas, a más de su consideración estrictamente jurídica y vinculada al ejercicio de un derecho constitucionalmente reconocido, no cabe al propio tiempo, efectuar una consideración social que valore, en cada país y circunstancia, los daños y las lesiones que puede traer su manifestación, en perjuicio de individuos no solo son ajenos al conflicto, sino que nada pueden hacer en favor de encontrarle una solución. En estos casos se provoca, en vez de una solidaridad, una verdadera indignación por haber errado al destinatario de la medida de fuerza, afectando generalmente otro trabajador.

DERECHO PROCESAL

Mario Pasco Cosmópolis (Perú)
Los principios del derecho procesal del trabajo.



LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO PROCESAL DEL TRABAJO

Mario Pasco Cosmópolis
(Perú)

INTRODUCCION

Al Derecho Procesal del Trabajo compete la solución de las controversias y conflictos laborales. Por tal razón, como disciplina jurídica es tributaria de dos vertientes: el Derecho Procesal y el Derecho del Trabajo.

Sus principios deben corresponder y satisfacer de alguna manera a las dos grandes fuentes: por un lado, en su perspectiva instrumental, deben poseer una base dogmática que justifique suexistencia autónoma, no dependiente ni derivada de los derechos procesales ordinarios; por otro, de acuerdo a su finalidad, debenrecoger y armonizar los principios que, a su vez, dan soporte sustantivo a los derechos del trabajador.

1. LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO

Problema arduo es definir lo que son los Principios del Derechoo, expresado de otra forma, a qué categorías jurídicas podemos atribuirles la calidad de Principios.

"Principios - según Miguel REALE - (1) <(1) Cit. por GIGLIO, Wagner: Los procesos laborales: su autonomía científica, dogmática y normativa, en Bases para una Ley General de Trabajo, IET®CIAT, Lima 1984, p. 368> son verdades que fundan un sistema de conocimiento, admitidas como tales, por ser evidentes o por haber sido comprobadas, es decir, como supuestos exigidos por las necesidades de la investigación y de la praxis."

O, siguiendo el magistral pensamiento de Américo PLA RODRIGUEZ(2): <(2) PLA RODRIGUEZ, Américo: Los principios del derecho del trabajo, Ed. Depalma, 2da. ed. actualizada, Buenos Aires 1978, p.9.> "Líneas directrices que informan algunas normas e inspiran directa o indirectamente una serie de soluciones por lo que pueden servir para promover y encauzar la aprobación de nuevas normas, orientar la interpretación de las existentes y resolver los casos no previstos."

Enfatiza PLA la triple función que, según DE CASTRO(3), <(3) Cit. por PLA: Ibid., p. 11.> cumplen los principios: informadora, en cuanto inspiran al legislador y sirven de fundamento del ordenamiento jurídico; normativa o integrativa, al actuar como fuente supletoria ante el vacío o la laguna legal; e interpretativa, al operar como criterio orientador del juez o del intérprete.

Wagner GIGLIO previene acertadamente, sin embargo, contra el riesgo de identificar principios con simples peculariedades, confunsión en la que han incurrido con frecuencia los autores, particularmente en el campo del Derecho Procesal del Trabajo. A este respecto expresa:

"a) Los principios son necesariamente generales, mientras que las peculariedades son restringidas, pertenecientes a uno o a pocos preceptos o momentos procesales;

b) Los principios informan, orientan o inspiran preceptos legales, por inducción, y pueden extraerse de ellos, por medio de razonamiento deductivo; de las

peculiaridades no se extraen principios, ni derivan de ellas normas legales;
c) Los principios dan organicidad a institutos y sistemas procesales; las peculariedades no, pues agotan su actuación en ámbito estrecho generalmente pertenecientes al procedimiento y no al proceso."(4) <(4) GIGLIO, Wagner; Los procesos...cit., p.368.>

Son muchos los autores, en efecto, que han erigido a las peculiaridades en principios; algunos con gran concisión, como Jorge ANGULO(5), <(5) ANGULO, Jorge M.: El derecho procesal del trabajo en el Perú, Trujillo 1974, p. 37.> quien menciona la publicidad, la oralidad, la inmediatez, la celeridad y la concentración, que son tan sólo caracteres típicos del proceso, mas no categorías dogmáticas; otros, con gran profusión y minuciosidad, como COQUEIJO COSTA(6), <(6) COQUEIJO COSTA, Carlos: Principios característicos del derecho procesal del trabajo, en Derecho Laboral No. 117, Montevideo enero-marzo 1980, pp. 152-154.> quien llega a enumerar veintidós. En propiedad, tales características o peculiaridades derivan de los principios, los concretan o realizan, sirven de vehículo precisamente para que los principios se hagan realidad. Por ejemplo, la oralidad y la celeridad de alguna manera buscan la protección del trabajador, al que la dilación en la resolución de una controversia puede causarle severos perjuicios; la inmediatez deriva de la búsqueda de la verdad material con prevalencia sobre la verdad formal o aparente del proceso. En ambos casos, el principio - protector y de veracidad, respectivamente - es anterior y superior; los caracteres son su correlato.

Sin embargo, con contadas excepciones, la mayoría de autores ha adoptado similar criterio, según destaca Néstor DE BUEN en su reciente Derecho Procesal del Trabajo.(7) <(7) DE BUEN, Néstor: Derecho Procesal del Trabajo, Ed. Porrúa, México 1988, pp. 72 y ss.>

2. LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO PROCESAL DEL TRABAJO

El Derecho Procesal del Trabajo es, por obvia definición, un derecho instrumental; su finalidad "es la de actuar, en la práctica, haciendo efectivo y real el Derecho Sustantivo del Trabajo."(8) <(8) GIGLIO, Wagner: Los procesos...cit., p. 374>

A tal efecto, el proceso debe guardar adecuación a la naturaleza de los derechos que en él se controvierten, y si las controversias y conflictos laborales son intrínsecamente distintos a las controversias comunes, resulta indispensable la existencia de un derecho procesal que, atento a esa finalidad, resulte adecuado a la naturaleza y caracteres de aquellos.

Adecuación es, precisamente, para el maestro José MARTINS CATHARINO(9), <(9) MARTINS CATHARINO, José, en aula magistral durante el Primer Curso de Derecho del Trabajo Comparado, Passo Fundo, Brasil, julio de 1985.> el principio rector del Derecho Procesal del Trabajo, del que a su vez deriva los principios específicos de paridad procesal ("Conceder desigualmente a los desiguales en la medida que se desigualan: Rui Barbosa); teleológico, o de finalidad social específica; y de normatividad judicial.

Para Helios SARTHOU(10), <(10) SARTHOU, Helios, en Aula Magistral en el mismo Primer Curso de Derecho del Trabajo Comparado.> los principios esenciales del Derecho Procesal del Trabajo son el de materialidad de la verdad; el de equiparación subjetiva (en lo probatorio, lo económico y lo subjetivo); y el de protección.

Wagner GIGLIO(11) <(11) GIGLIO, Wagner: Los procesos...cit., p.369 y ss.> señala los siguientes: principio proteccionista ("el carácter tutelar del derecho material del trabajo se transmite y vigoriza también en el derecho procesal del trabajo"); el de despersonalización del empleador; el de simplificación del procedimiento; y como principios ideales, los de ultrapetición y extrapetición y el de colectivización de las acciones individuales.

Por nuestra parte - y a ello dedicamos el desarrollo del presentetrabajo - los principios esenciales del Derecho Procesal del Trabajo son: a) Principio de veracidad, o de prevalencia del fondo sobre la forma; b) Principio protector, o de desigualdad compensatoria; y, c) Criterio de conciencia en la exégesis dela prueba y equidad en la resolución.

I. PRINCIPIO DE VERACIDAD

Existe consenso, virtual unanimidad en la doctrina acerca de la necesidad de que en el proceso laboral prevalezca el fondo sobre la forma, que se dé primacia absoluta a la verdad real sobre la verdad aparente o formal. El proceso laboral debe ser un "proceso-verdad", en expresión de SARTHOU.

En puridad, en todo proceso, cualquiera sea su naturaleza, debiera existir idéntico principio pues, como bien señala Fernando VILLASMIL(12), <(12) VILLASMIL, Fernando: Los poderes del juez de trabajo, Ed. Maracaibo 1979, p. 15.> "parece inaceptable la opinión muy generalizada...que separa apriorísticamente, como categorías distintas, la verdad real o fáctica de la verdad procesal, puesto que la justicia sólo será efectiva en la medida en que la verdad del proceso coincida plenamente con la verdad real."

Sin embargo, tal postulado resulta impecable sólo en su formulación teórica; en la práctica comprobamos de qué manera y en qué medida ciertas manifestaciones del proceso civil, concretamente, se apartan de ese norte y tienden a consagrar como valor absoluto lo que aparece como cierto a través del rito y la solemnidad.

Un solo ejemplo bastará para demostrarlo: el juramento decisorio, prueba más que plena, absoluta, cuyo solo mérito es suficiente para doblegar la convicción del juez, para prevalecer sobre todo el conjunto de las demás pruebas y para consagrar como única verdad la que fluye de los labios del deponente, aunque de éstos sólo salga una mentira perjura.

Ciertamente, la primacia de la verdad es un ideal difícilmente alcanzable en cualquier proceso; pero en la medida en que se restrinjan los elementos de forma y se amplíen los medios de inquisición, más estrecho será el margen que separe a la verdad de la aparencia. Es, pues, a través de manifestaciones concretas y no

de puras lucubraciones que debe plasmarse este principio de veracidad.

1. LIMITACION DEL FORMALISMO

"El proceso - dice DE LITALA(13) - <(13) DE LITALA, Luigi: Derecho Procesal del Trabajo, EJEA, Buenos Aires 1949, p. 9.> es una organización de formas. Forma date esse rei; por consiguiente, el formalismo es necesario para garantizar una justicia objetiva, y para evitar los arbitrios; pero, si la forma no tiende a este fin, es necesario negarle importancia, sabiéndose bien que a menudo la obediencia a la misma oculta dilaciones acerca del mérito de la controversia, deplorables argumentos capciosos y, con frecuencia, extorsiones. Por consiguiente, obediencia a la forma sí, desde luego, pero cuando sirve de tutela de la sustancia, y no observancia de la forma por la forma: disciplina del proceso, pero sobre todo lealtad procesal y justicia rápida y solícita./ Una justicia que no sea así no es justicia."

El proceso laboral busca la verdad; para llegar a ella debe hacer prevalecer el fondo sobre la forma, limitar ésta a lo indispensable. La solemnidad ritual, el excesivo apego a formulas sacramentales, el carácter absoluto de ciertas pruebas, la rigidez de los trámites, conducen inexorablemente a elevar el continente sobre el contenido; el proceso pasa a ser un fin en sí mismo, un microcosmos cerrado e imprenetable, una torre de cristal que lo mismo puede estar próxima a la realidad como alejarse de ella.

A. SIMPLICIDAD

El proceso laboral, atento a su finalidad, debe ir a lo esencial, a la sustancia, y limitar el formalismo procesal a través, como dice COQUEIJO COSTA(14) <(14) COQUEIJO COSTA, Carlos: Principios.. cit., p. 152.> - de "un rito sumarísimo y una simplicidad extrema", y de diversas medidas que, relativizando la forma, permitan aflorar una sola y auténtica realidad; hacer coincidir la verdad formal y la material, llegar a ésta a través de aquella.

El proceso laboral debe ser sencillo, prevalentemente oral, exento de solemnidades. Habida cuenta que muchas veces el litigio debe ser conducido por el propio trabajador o con una asesoría no siempre idónea, las formalidades deben estar limitadas al mínimo indispensable; tanto la legislación, que debe ser clara y comprensible en su enunciado, cuando el trámite en sí, que debe buscar la simplicidad, tienen que actuar como instrumentos accesibles no solo a los abogados sino a los legos.

La simplicidad debe conducir a un proceso lo más lineal posible, de etapas preclusivas claras y patentes, con el mínimo de instancias y de recursos, carente de solemnidades y ritos, y atento a una única finalidad: servir al logro de la verdad y, a través de ella, de la justicia.

El proceso común, plagado de incidentes y múltiple en instancias y medios impugnativos, conduce de modo irremisible a la complicación, al enmarañamiento, a la arborización del trámite: al tronco le van brotando innumerables ramas por vía de las excepciones, oposiciones, impugnaciones, tachas y otras

complicaciones, cada una de las cuales se traduce en la apertura de "incidentes por cuerda separada". Reunir, rearmar ese rompecabezas es a veces tarea más ardua que decidir la cuestión principal, a cuyo esclarecimiento en poco o nada contribuyen esas digresiones rabulescas..

El proceso laboral debe enderezarse a lo contrario: a simplificar, para encontrar la vía más directa a la verdad.

La limitación del formalismo que se propugna en el Derecho Procesal Laboral no queda sólo en eso, sin embargo, el objetivo tiene que apuntar a cuestiones de más fondo, a la eliminación o restricción de aquellos elementos que en el proceso civil pueden permitir que, en ciertos casos, prime la verdad aparente sobre la real.

En el proceso civil, el rígido encuadramiento en la litis contestatio y el virtual monopolio de las partes sobre las alegaciones, los hechos y la prueba determinan que el expediente adquiera carácter sacrosanto; de allí el viejo y tan criticado aforismo "Lo que no está en el proceso no es de este mundo". Una es, pues, la apariencia que el expediente registra y a la que quedan sometidos el juez y las partes, y otra muy distinta a la verdad que fluye de la vida; el expediente y la realidad pueden tener órbitas tangentes que no se tocan, que apenas si se rozan.

De allí que sea necesario en el proceso laboral prohibir ciertas pruebas eminentemente formales, relativizar el valor de otras a las que el proceso común asigna carácter pleno, y ampliar el horizonte probatorio con todo aquello que conduzca a la plena convicción del juzgador.

B. PROHIBICION DE PRUEBAS: EL JURAMENTO DECISORIO

El juramento decisorio o deferido consiste en la interpelación que, con carácter solemne, formula una parte a la contraria y cuya absolución, por su solo mérito, cualesquiera sean las otras pruebas actuadas o el contenido material o la convicción que de ellas se desprenda, es suficiente para resolver en el sentido que la declaración bajo juramento imponga. Mayor formalidad es imposible; mayor predominio de una verdad aparente - que puede presumirse cierta, pero que puede ser falsa - no existe. Es una prueba más que plena, absoluta.

El juramento decisorio es infrecuente en los procesos civiles y basa su eficacia en su tremenda carga ética, al enfrentar al contendiente con su propia conciencia, al poner en sus manos prácticamente la decisión. Es este peso moral el que la hace una prueba inexcusable, salvo que el emplazado decida deferirla a su contrario, esto, revertirla. Su poder es tal que, en el proceso civil peruano, puede ser solicitada en cualquier estado de la causa y pone término a la cuestión sobre la que versa, debiendo el juez resolver inexorablemente con arreglo a su resultado. Es este carácter absoluto, esta prevalencia de la forma sobre el fondo, la que la hace inaceptable en el proceso laboral.

La prohibición, por las razones expuestas, no contradice la tendencia a la libertad y ampliación de los medios de prueba, tampoco requiere ser expresa, pues puede darse por simple omisión en la enumeración de pruebas admisibles, salvo que la legislación adoptara alguna fórmula extensiva, como hace el art. 776 del LPT de

México y el art. 730 del CT de Panamá, caso en el cual dicha prohibición tendría que ser taxativa.

C. RELATIVIZACION DE CIERTAS PRUEBAS

Confesión

La prueba confensional, de valor pleno en el proceso civil, sólo puede ser admitida como semiplena en el laboral; válida a cabalidad sólo si va acompañada de otros elementos concurrentes, pero insuficientes por sí sola como fundamento del fallo.

Ello tiene especial relieve en la confesión ficta, que algunas legislaciones sencillamente no admiten (Panamá), o cuando se valora de modo diferente la prestada por el trabajador que por el patrono.

En todo caso, como señala BARBAGELATA(15), <(15) BARBAGELATA, Héctor Hugo: Los medios de prueba en el procedimento laboral, en Derecho Laboral No. 119, Montevideo, Julio®Septiembre 1980, p. 547.> "el valor probatorio de la confensión dependerá siempre del criterio más o menos amplio para la apreciación de las pruebas producidas, siendo excepcional su recepción como prueba plena" o, como dice el CT de Panamá, corresponde al Juez apreciarla "tanto en lo favorable como en lo desfavorable, en concordancia con las otras pruebas del proceso según las reglas de la sana critica."

Instrumentos

En materia de instrumentos, el derecho común asigna generalmente valor pleno a los públicos o a los privados que son reconocidos.

BARBAGELATA (16) <(16) BARBAGELATA: Ibid., p. 549.> menciona cómo el CT de Ecuador permite la impugnación de documentos de finiquito en que no hubiera participado un inspector de trabajo, "lo que lo sitúa en la linea de apertura a la apreciación libre del valor de los recibos de pagos de salarios y, en general, de toda la prueba documental producida en oportunidad de concertarse el contrato de trabajo o durante su vigencia."

El finiquito o liquidación suele contener en el Perú una fórmula sacramental, de más o menos el siguiente tenor: "Declaro que me han sido pagados todos mis derechos y beneficios, que no queda nada pendientes y que no tengo, en consecuencia, nada por reclamar devengado de mi prestación de servicios." Esta declaración es de uso tan general cuanto ineficaz: de nada vale, de absolutamente nada frente a la demostración, por cualquier medio lícito, de que algo está pendiente de pago, por ínfimo que sea.

Compárese esta situación con la que sucedería en un proceso civil, por ejemplo, con un documento de contenido semejante, opuesto a un crédito anterior.

Cosa similar puede suceder (el ejemplo es extraído de la experiencia práctica) con un documento de cancelación que fue acompañado del respectivo cheque, cheque éste endosado por el trabajador y retornado a la cuenta corriente del empleador. ¿Qué podría hacer el juez civil ante esta constatación?: Dar valor, sin duda, al documento, sin que el posterior reembolso del dinero por vía del endoso

pudiera afectar su valor cancelatorio. ¿Qué debe, en cambio, hacer el juez laboral? Deshacer el entuerto de esta cancelación simulada, porque estando de por medio derechos irrenunciables, el juez no puede validar la verdad aparente del pago, sino admitir la verdad absoluta del reintegro del dinero, que demostrar que el crédito laboral siguiente subsistente.

D. APERTURA A NUEVAS PRUEBAS

Los antes citados CT de Panamá y LFT de México admiten todos los medios de prueba, cualquier elemento racional que sirva a la formación de la convicción del juez, siempre que no sean contrarios a la moral, al derecho y al orden público.

La LFT menciona expresamente la prueba fotográfica y en general los medios resultantes de los descubrimientos de la ciencia (ad. 776,VII); el CT de Panamá admite la prueba resultante de otro proceso, y permite que se hagan reproduciones, calcos o copias fotográficas de un lugar u objeto de interés para el pleito, en conexión, por ejemplo, con una inspección o con la reconstrucción de un hecho (art. 846).

La ciencia avanza incontenible y progresos que 20 o 30 años atrás hubieran causado asombro, hoy empiezan a formar parte de la vida cotidiana, tales como la grabación magnética del sonido y, sobre todo, de la imagen, el fotocopiado (xerografía) de un documento, la reproducción facsimilar a distancia (fax), por no hablar de otros prodigios de la informática y las comunicaciones.

El derecho no puede permanecer impasible, impermeable al cambio tecnológico; antes bien, debe abrirse a él y aprovecharlo.

Las pruebas orales (confesión, testimoniales), por ejemplo, ¿no serían un elemento de convicción más suasorio si quedarán registradas en voz e imagen, y no simplemente trasncritas en frías actas impersonales?. Como éste, hay múltiples ejemplos en que el proceso puede aggionarsi; y hacen bien las legislaciones que provisoriamente se abren a lo que el futuro nos depare.

Es por esa línea que el proceso-verdad puede llegar a convertirse en algo concreto y no meramente utópico.

2. AMPLIACION DE LAS FACULTADES DEL JUEZ: SISTEMA CUASI INQUISITVO.

Si el proceso laboral pretende el logro de la verdad real, no puede conformarse con un sistema dispositivo que hace del juez un espectador, un convidado de piedra, y deja en manos de las partes la fijación de sus límites a través de una estricta litis cotestatio£, la producción y actuación de la prueba, etc.

Se hace necesaria una mayor actividad del juez a través de la introducción de elementos inquisitivos que - al decir de SARTHOU(17): <(17) SARTHOU, Helios: Las facultades judiciales inquisitivas en el proceso laboral uruguayo, en Derecho Laboral No. 113, Montevideo enero®marzo 1979, p. 104.>

"...surgen como respuesta o remedio que aporta la ciencia jurídica del proceso para lograr el proceso-verdad, mediante la restitución del equilibrio violado de las partes y la búsqueda dela verdad real oculta detrás del conflicto. Para ello se

fortalecen los poderes del protagonista estatal, para que mediante ello dirija el proceso y obtenga los elementos de juicio necesarios, evitando que las omisiones o insuficiencias de la parte débil de la relación de trabajo se consideren actos voluntarios, cuando en realidad constituyen una consecuencia forzada de la desigualdad."

El principio de veracidad nace como consecuencia, fundamentalmente, de la irrenunciabilidad que caracteriza a los derechos laborales que, "...establecida en el Derecho sustantivo como arma para asegurar su vigencia a pesar de la debilidad del trabajador, de nada serviría si se admitiera la renuncia implícita de los derechos y actos procesales abandonados o mal cumplidos por fuerza de las cosas."(18) <(18) SARTHOU: Ibid., p. 104.>

No creemos, sin embargo, que el proceso laboral, por grandes que lleguen a ser las atribuciones del juez, sea propiamente inquisitivo. El esquema inquisitivo - por oposición al dispositivo o acusativo, en el que la iniciativa es particular - se caracteriza por reunir en el juez las facultades de iniciación, impulso, prueba y resolución, vale decir, la totalidad de los atributos procesales, lo que conlleva lógicamente la limitación de las posibilidades de actuación de las partes.

El proceso laboral es básicamente dispositivo, mas no de modo absoluto; lo altera ese margen amplio de actividad del magistrado, de tintes claramente inquisitivos. Resulta así un proceso dispositivo atenuado o, si se quiere, cuasi inquisitivo. Así lo entiende COQUEIJO COSTA(19), <(19) COQUEIJO COSTA, Carlos: Principios...cit., p. 144.> quien expresa que "Dentro de la dicotomía `proceso dispositivo-proceso inquisitivo' o, con mayor precisión, proceso `predominantemente' dispositivo y proceso`predominantemente' inquisitivo, no hay duda de que en el proceso individual del trabajo prevalece la dispositividad." Pero agrega el maestro brasileño:

"La legislación laboral debe poner énfasis en los `grandes e inquisitivos poderes' que debe atribuir al juez del trabajo, como ya proclamaba la vieja ley italiana del proceso laboral del 15 de junio de 1933 (ley No. 295). El juez es una pieza fundamental para la consecución de la paz social por vía de la actuación jurisdiccional laboral en el conflicto individual o por la vía de la acción colectiva que les es concedida para conciliar o decidir. Sin las dificultades procedimentales de un tecnicismo exagerado, pero sin quedar desatento a los grandes principios del proceso, el juez, independiente y bien dotado técnicamente, debe conducir la acción laboral con la escrupulosa preocupación de cualquier magistrado, pero de acuerdo, no obstante, al espíritu animador proteccionista del derecho material del trabajo, que va a declarar en el sentencia./ Ya señalaba Giusseppe CHIOVENDA "la necesidad de adaptación del proceso a las necesidades sociales através de la atribución al juez de los poderes necesarios para ir en auxilio de la parte socialmente más débil", como una nueva ideología del proceso frente al problema social, mediante la utilización de técnicas propias de un proceso predominantemente inquisitivo./Si el juez ideal, para Héctor GENOUD, debe ser un hombre

honrado, de bien, austero, abnegado, sereno en el sentido en que lo entendía Alfonso el Sabio, implacable con la injusticia, de sólida formación técnica, el juez del trabajo debe agregar una aguda sensibilidad social y una seria compenetración con las reglas fundamentales del proceso, impregnado de repercusión social", como dice Lupo HERNANDEZ RUEDA./ Y que la "tradicional pasividad del juez" redunda en un "grave perjuicio para las clases menos favorecidas, como señala MENGER". (20)<(20) COQUEIJO COSTA: Ibid., pp. 151-152.>

¿Cuáles deben ser, pues, esos "grandes e inquisitivos poderes" o, dicho de otro modo, qué poderes especiales acuerdan la doctrina y la legislación comparada al juez laboral?

A. INHIBICION DE OFICIO

El proceso civil, eminentemente dispositivo, consagra el principio de la "prórroga de jurisdicción" (prórroga de competencia, en puridad), en cuya virtud el juez incompetente por razón de territorio puede devenir hábil si la parte emplazada no declina su jurisdicción, sea a través de excepción de incompetencia, sea vía contienda de competencia. La competencia - de suyo, una norma de orden público - queda subordinada a la voluntad de las partes; si ambas - el demandante con su acción y el demandado con su inacción - le reconocen jurisdicción, el juez la adquiere. Le está vedada al juez civil la inhibición ex officio.

De primera intención, tal principio podría ser aceptable en el juez laboral, pero la doctrina recomienda lo contrario. ¿Por qué? Por que la prórroga de jurisdicción es poco frecuente; lo común, lo ordinario es que el emplazado ante juez incompetente haga uso de las excepciones que la ley le franquea, lo que da origen a una incidencia procesal previa que dilata la secuela del juicio, inhibición espontánea del juzgador - el mejor calificado para reconocer y definir su propia capacidad procesal - evita esta postergación y permite enrumbar precozmente el litigo hacia el juez realmente competente.

Por eso la inhibición de oficio debe ir acompañada necesariamente de la obligación de remitir la demanda al juez competente, y guarda relación con el principio de "suplencia de la demanda", que veremos a continuación. En sentido estricto, inhibición y remisión son formas de perfeccionar una demanda planteada en términos equivocados, en este caso, respecto del juez competente.

La inhibición de oficio es, de suyo, discutible y pueden oponérsele tantos argumentos prácticos como los que podrían mencionarse a su favor. Pero un análisis realista nos debe llevar a la constatación de que, en la vida forense, la proporción de "prórrogas" es inmensamente inferior a la de "excepciones y contiendas"; de allí que deba ser mantenida como una opción recomendable. A este respecto, la reciente ley española(21) <(21) Ley 7/1989, de 12 de abril, de Bases de Procedimiento Laboral.> consagra expresamente que la competencia de los órganos jurisdiccionales del orden social es improrrogable, y que los juzgados y Tribunales examinarán de oficio su propia competencia y resolverán

sobre la misma con audiencia de las partes y del Ministerio Público.

B. SUPLENCIA DE LA DEMANDA

La legislación mexicana ha introducido el principio de suplencia de la demanda, en los términos siguientes: "Cuando la demanda del trabajador sea incompleta, en cuanto a que no comprenda toda las prestaciones que de acuerdo con esta ley deriven de la acción intentada o procedente, conforme a los hechos expuestos por el trabajador, la Junta, en el momento de admitir la demanda, subsanará ésta. Lo anterior sin perjuicio de que cuando la demanda sea oscura o vaga se proceda en los términos previstos en el art. 873 de esta Ley."

Néstor DE BUEN(22) <(22) DE BUEN, Néstor: La Reforma del proceso laboral, Ed. Porrúa, México 2da. Ed. 1983, p. 27.> califica de "curiosa" a esta disposición; reseña las "acerbas criticas" que desató: "Los abogados patronales la atacan por la notable desigualdad de trato a las partes que implica. Los abogados sin tendencia manifiesta, porque constituye una aberración conceder al propio juzgador, a quien corresponde resolver sobre la procedencia o improcedencia de las acciones intentadas, la facultad de mejorarlas, al grado de que convierte al juez en parte"; y opina que "en realidad es una hermosa barbaridad formal, aunque su intención merezca mejores vías de solución". Concretamente propugna que en vez de ser el juzgador quien supla la queja, debiera establecerse "una especie de Ministerio Público o representante social al que correspondería la supervisión de la funcion jurisdiccional y la protección de los débiles socialmente hablando, en una responsabilidad paralela a la que el Ministerio Público ejerce en materia civil. Podría desempeñar esta función la propia Procuraduría de la Defensa del Trabajo, organismo previsto en la ley."

En el Perú existe una oficina de defensa gratuita, denominada inicialmente "de Procuraduría", que antes podía asesorar a cualquier trabajador pero que recientemente ha visto restringida su capacidad de acuerdo a la cuantía involucrada en el pleito. La sola existencia de oficinas así es una cierta garantía de idoneidad, pero no elimina el riesgo de una omisión, de un mal cálculo, de una deficiencia formal. En esta última materia, el Decreto Supremo 03-80-TR peruano dispone que la demanda que no cumpla los requisitos legales no puede ser tramitada pero debe "el Juez indicar con claridad los requisitos omitidos", lo que no suple el error sino apenas tímidamente lo señala. Similar criterio adoptan la legislación brasileña, por aplicación subsidiaria del art. 248 del Código de Procedimiento Civil, la española (arts. 72 y 118 de la LPL) y la panameña (art. 178 CT).

La suplencia de la demanda, en Italia como en México, anticipa y evita la necesidad del fallo extrapetita. La omisión en algún extremo de la demanda es detectada precozmente y subsanada de inmediato, lo que da mayor solidez a la litis-contestatio que su incorporación tardía, como por fuerza mayor ha de suceder cuando se da al juez al facultad de fallo sobre puntos no demandados.

No queda claro de la lectura del texto legal mexicano y los estudiosos consultados no tratan el punto relativo a si el juez complementa ex-officio la demanda o si se

limita a señalar la omisión, para que el interesado la subsane, esto último suena más lógico, si se quiere evitar que el juez anticipe su fallo o su criterio. Tampoco se indica si el demandado tiene a disposición algún recurso frente a un uso desproporcionado o tendencioso de tal atribución por el juzgador.

C. IMPULSO PROCESAL

El impulso oficial al proceso se aplica básicamente en su periferia pero no se limita a ella; el Juez debe cuidar que los plazos se cumplan, que las diligencias se realicen, que el expediente camine, pero también adoptar resoluciones de mucho mayor contenido para su dirección, vigilancia y control.

Parte del impulso formal encaminado a que el proceso marche a ritmo, sin trabas ni interrupciones, está dado por la ley misma al eliminar la doble o múltiple citación y al consagrar la perentoriedad de los plazos, la aplicación automática de los apercibimientos y la expedición de la resolución sin que se requiera pedido previo de parte.

Corresponden a esta misma órbita externa la obligación genérica del juez de velar por la observancia de las normas procesales, que él, como autoridad del proceso, es el llamado a hacer cumplir, así como la correción oportuna de vicios que pudieran derivar en nulidades o dificultar o retardar la tramitación. Asímismo, la que la confería la ley peruana de separar al apoderado que entorpeciera la normal marcha del proceso, ahora suprimida al haberse restringido la representación y obligarse a la concurrencia personal de las partes; y la que sí se mentiene de rechazar los escritos sin fundamento que tiendan a dilatar el procedimiento o resulten agraviantes para las partes (art. 48 inc. c), D.S. 003®80®TR).

A este respecto importa destacar que el impulso oficial del proceso es, más que un derecho, un deber del juzgador en orden a lograr un trámite limpio, acelerado y económico, y cuyo correlato es que no se aplique al abandono o caducidad de acción, de instancia o de recurso, necesario en los esquemas dispositivos para estimular la actividad de las partes que en el proceso laboral es también responsabilidad del luez. No puede la inacción de éste repercutir en daño para el trabajador, aun cuando éste mismo haya incurrido en descuido o negligencia.

Al decir de DE LITALA (22): <(22) DE LITALA, Luigi: Derecho Procesal...cit., T.I., p. 12.>

"El poder de iniciativa judicial debe ser asegurado por normas imperativas, dirigidas a garantizar la observancia de las normas procesales y la rapidez y la energía del juicio, a fin de que éstas no queden como letra muerta; de otra manera, si la iniciativa judicial llegase a faltar, las partes resultarían más perjudicadas que en le caso de una defensa lenta, tardía y descuidad./ De aquí la necesidad de extender la responsabilidad del juez frente a la parte."

Pero al Juez laboral le son reconocidas, además, atribuciones especiales para, por ejemplo, interrogar directamente a las partes en confesión, así como a los testigos; para proveerse de pruebas que considere indispensables para el es-

clarecimiento de la verdad, y que no hubieren sido ofrecidas o actuadas por las partes: y para...

Este impulso procesal de oficio, que deriva de la necesidad de buscar la realidad así como del carácter proteccionista del Derecho Procesal del Trabajo, no puede ser ejercitado arbitrariamente en favor de una parte, aunque éste sea el trabajador, y en desmedro de la otra.

"La circunstancia de que en el proceso laboral anota KROTOSCHIN (24) -<(24) Cit. por ANGULO, Jorge M.: El procedimiento del trabajo en el Perú, Trujillo, 2a. ed., pp. 29-30.> la dirección del proceso incumbe al juez, no significa que éste deba suplir a las partes en cuanto a sus alegatos, pruebas, etc., sino que la substanciación del proceso así como las pruebas de los hechos es en primer término asunto de las partes." "De esto se desprende -agrega ANGULO- que son siempre las partes las que tienen que aportar los elementos necesarios para probar lo que alegan y que el juez sólo suple o complementa lo que es indispensable para que el proceso llegue a su fin".(25) <(25) ANGULO: Ibid. p. 30.>

La ley peruana es bastante clara a este respecto; el art. 48, inc. a) del D.S. No. 03®80®TR faculta al juez "para ordenar las diligencias que considere necesarias o para disponer que se presenten los documentos indispensables al esclarecimiento de los hechos, no pudiendo, sin embargo, suplir a las partes cuando corresponda a éstas probar los hechos".

Difícil equilibrio, sin duda, el que se le exige al juez al autorizarlo para actuar pero solo hasta el límite de lo que es responsabilidad de parte; y difícil también la determinación de ese límite. De lo que no cabe discusión es que el Juez no puede fungir de abogado defensor, ni salvar los vacíos u omisiones de probanza en que incurra una parte en lo que es de su responsabilidad.

El tema nos retorna evidentemente a la naturaleza del proceso laboral. En la alternativa clásica de esquemas dispositivo e impositivo, SARTHOU (26) <(26) SARTHOU, Helios: Las facultades judiciales inquisitivas...cit., p. 101.> en agudo análisis destaca que "toda conducta antijurídica constituye una agresión social, un agravío a la paz del grupo: cuyo grado máximo es el ilícito penal", "en tanto lesiona gravemente derechos esenciales que la sociedad tiene en la máxima jerarquía de protección; el de mínima agresión social es el que dirime pretensiones patrimoniales entre particulares; encontrándose el ilícito en un grado intermedio".

"Por todo ello -agrega- resulta lógico que al grado mínimo de repercusión social o primer grado le corresponda un proceso dispositivo en que el eje del litigio es la voluntad de las partes. Que en el otro extremo o tercer grado el Estado responda con la máxima dirección y predominio en el proceso del agente estatal, mediante la total inquisición. Y en el grado intermedio o segundo grado de incidencia social del conflicto parece apropiada la solución, también intermedia, de penetración de los elementos de inquisición en el procedimiento dispositivo o lo que es lo mismo la adopción de una estructura predominantemente

inquisitiva".

El maestro uruguayo concluye señalando como elementos de inquisición principales que han penetrado en el proceso laboral, entre otros, el accionamiento de oficio, el impulso procesal y la iniciativa probatoria judicial amplia en medios y oportunidad procesal. (27) <(27) SARTHOU: Ibid., p. 105.>

Dentro de las facultades que la ley brasileña otorga al juez laboral, GIGLIO (28) <(28) GIGLIO, Wagner D.: Novo Direito Processual do Trabalho, 3a. Ed., Sao Paulo, 1975, p. 64.> destaca las siguientes: iniciativa de acción (cuando se discute la existencia de una relación de trabajo y no es posible verificar esa condición por lo medios administrativos, el proceso se encamina oficiosamente al juez laboral: art. 39 CLT); iniciativa de ejecución de las resoluciones pronunciadas (art. 878 CLT); e iniciativa de la prueba (art. 765 CLT).

Es en materia de prueba donde se materializa con mayor profundidad la intervención inquisitoria. En exhaustivo estudio sobre el tema, BARBAGELATA (29), <(29) BARBAGELATA, Héctor Hugo: Los medios de prueba...cit., p. 541.> después de registrar los acuerdos de los Congresos Iberoamericanos de Derecho del Trabajo, particularmente el IIo. (Lima, 1976) y el IVo. (Sao Paulo, 1972), la exaltación que éstos hacen de la amplitud de poderes de que debe estar investido el juez de trabajo "no sólo en la dirección formal, en el impulso judicial, sino también en la dirección material del proceso", y después también de relevar el principio de inversión de la carga de la prueba, destaca que en el proceso laboral "está roto el monopolio de las partes sobre el poder de introducir en el proceso los hechos que, probados, permiten al juez emitir su decisión".

En la confesión y los testimonios se presenta con amplitud esta potestad. El juez puede ordenarlos de oficio y provocarlos las veces que considere necesarias o convenientes, así como conducir libremente el interrogatorio; tal es lo preceptuado, por ejemplo, en los articulos 798 y 799 del Código de Trabajo de Panamá.

En materia de peritajes "algunos textos consagran la posibilidad de que los jueces formulen preguntas a los peritos (CLT, Brasil, art. 827; LFT, México, art. 825®IV; etc.). En el CT de Panamá, está expresamente previsto que el juez, aunque no lo pidan las partes, pueda hacerse asistir por un perito (art. 852) y las partes o expertos que lleven como auxiliares, pueden participar en una audiencia de caracteristicas análogas a la del examen de testigos (art. 860)." (30) <(30) BARBAGELATA: Ibid. p. 554.>

Y en materia de inspecciones, aunque éstas están usualmente a cargo de un auxiliar (inspector de trabajo, secretario), al ser "un principio ampliamente recibido el de la facultad de los jueces para diligenciar libremente las pruebas, no parece que estén excluidas las inspecciones directas." (31) <(31) BARBAGELATA: Ibid. p. 554.>

D. SENTENCIA INMEDIATA

La ley peruana (art. 48, inc. b), D.S. 03-80-TR) faculta expresamente al juez para dictar sentencia inmediatamente después del comparendo, si se hubiesen re-

unido los elementos probatorios que den fundamento a la demanda, y para ordenar los pagos correspondientes.

Este atributo debe poder ser ejercido en forma total o parcial, en este segundo caso si hubiera algunos puntos claros y otros dudosos en la demanda: los primeros serían amparados, y la legislación tendría que contemplar su segregación del expediente para su eventual impugnación del damandado, o para su pronta ejecución; el trámite normal continuaría respecto de los no probados en su totalidad, principio al que FABREGA (32) <(32) FABREGA, Jorge: Derecho Procesal del Trabajo, Ed. Panamá S.A., Panamá 1982, p. 478.> denomina de "escindibilidad de la causa".

En los procesos laborales suele producirse con gran frecuencia la acumulación objetiva de acciones. Rara vez el proceso se limita o concentra en un pedido único, v.g., la reposición ante el despido injustificado, sino que abarca varias cuestiones de objeto múltiples: reintegros salariales, pagos por vacaciones, compensación por tiempo de servicios, indemnización por despido, etc., etc.; algunos de ellos pueden ser fundados, otros no, y ser algunos de fácil apreciación mientras los otros pueden requerir de probanza exhaustiva.

Si la sentencia previa sólo pudiera ser integral, resultaría inocua los más de los casos; su eficacia estará en la posibilidad de separar lo convicto de lo propiamente litigioso; pero además, en su rápida ejecución.

Es claro que la sentencia inmediata sólo cabe para amparar la demanda (33), <(33) La facultad de fallo inmediato, más que al principio de veracidad, responde al principio de protección del trabajador. La mencionamos aquí para completar la visión de las amplias facultades que se conceden al juez laboral.> a partir de la base de que el juez puede prescindir de pruebas que no van a afectar su convicción. Esta debe ser inconmovible, por lo demás.

Así mismo resulta obvio que el juez debe hacer uso de esta facultad a sola iniciativa, ya que, en general, en los procesos laborales no se requiere de pedido de parte para sentenciar.

3.- FACULTAD DE FALLO ULTRA Y EXTRA PETITA (34) <(34) Las facultades de fallo Øultra£ y Øextra petita£ son también manifestaciones del Principio Protector, pues no sólo apuntan a la búsqueda de una verdad real, sino que se ejercen en pro del mejor derecho del trabajador. Los principios no son compartimentos estancos; interactúan y se complementan entre sí. No son, tampoco, absolutos; en cierta medida se contrapesan.

El proceso civil se enmarca dentro de los límites que le fijan la demanda y su contestación, esto es, en la litis contestatio; sus normas generalmente fulminan con nulidad a la sentencia que resuelve sobre algún punto no demandado o no controvertido. Todo exceso es vicio insalvable.

Por economía procesal, por suplencia indirecta de la demanda, por protección a los derechos irrenunciables del trabajador, por prevalencia del fondo y de la verdad real sobre la verdad formal o aparente, el Derecho Procesal del Trabajo

admite la posibilidad de un fallo que desborde lo demandado. Cuando tal exceso es cuantitativo se denomina Øultra petita£, más allá de lo pedido; cuando es cualitativo se denomina extra petita, distinto de lo demandado.

La facultad de fallo ultra petita autoriza al juez para ordenar el pago de montos mayores que los indicados en la demanda, para salvar defectos de cantidad. Los ejemplos de aplicación práctica de este principio son simples; no se trata sólo de errores numéricos o de cálculo, sino aun provenientes del desconocimiento o de la errada aplicación de una norma legal, v.g.: demandar como reintegro de remuneración un monto inferior al legalmente fijado como salario mínimo vital; reclamar como descanso vacacional no gozado un número de días menor al que la ley otorga; aplicar para el cobro de sobretasa por trabajo extraordinario un porcentaje distinto al fijado por la ley o la convención colectiva, etc.

Si bien un fallo ultra petita no parece admisible dentro del esquema civil, su carácter dentro del laboral no es estrictamente extraordinario dado que se trata, en todos los casos, de conceptos que forman parte de la litis pero en los que se advierte defecto en la cantidad.

Más heterodoxo es, sin duda, el principio extra petita, que permite incorporar al fallo materias originalmente no incluidas en la demanda, extremos no comtemplados en el pedimento inicial. Por eso algunas legislaciones admiten el fallo ultra pero no el extra petita, dada la ruptura radical de la litis contestatio que este último implica.

Un buen ejemplo para fallo extra petita lo da la legislación peruana en materia de estabilidad laboral: el trabajador que se considera despedido sin justa causa puede optar entre su reincorporación en el cargo o el pago de una indemnización especial; en ambos casos, vale decir, cualquiera sea la opción escogida, el trabajador tiene derecho al pago de las remuneraciones dejadas de percibir durante el litigio. El cobro de las remuneraciones caidas es, pues, derecho accesorio, ligado inexorablemente al resultado del pleito y, en principio, irrenunciable. Pues bien, ¿qué debiera hacer el juez si el trabajador discute en juicio su despedida u omite reclamar este derecho? ¿qué si ampara la demanda y declara que la despedida es injustificada, ilegal? Al ordenar el pago de las remuneraciones caidas no demandadas, estará incorporando un elemento ajeno y adicional a la litis fundamental, pero absolutamente necesario.

Los requisitos para la incorporación en la sentencia de cantidades superiores o materias distintas son taxativos e inexcusables, a saber:

a) Que aunque no aparezcan o aparezcan de modo distinto en la demanda, hayan surgido a debate en el curso del proceso. Esto es obvio: si no han aflorado a la discusión, mal podría el juez recogerlos en su sentencia como un mago sacar conejos de la galera, y tomar por sorpresa a los litigantes.

b) Que hayan quedado acreditados. No basta que sean discutidos, sino que deben ser probados de modo incuestionable, haber producido convicción absoluta en el juez sobre su procedencia.

c) Que el derecho sea amparado, esto es, que la facultad se ejerza pro operario. Resultaría ilógico y contraproducente que el juez, admitiendo como litigioso un punto no demandado, lo desestimara por infundado o por insuficientemente probado, en fallo que constituya ejecutoria y tenga carácter de cosa juzgada.
d) Que versen sobre derechos irrenunciables. El fundamento de esta facultad extraordinaria es el orden público; si éste no se ve quebrantado, la materia pertenece al campo de lo disponible, al que el juez y el derecho no tienen acceso. Si la materia demandada correspondiera a aquella área difusa pero existente de derechos laborales sobre los que el trabajador puede disponer, su no inclusión en la demanda tendría que entenderse como ejercicio pasivo de esa facultad de renunciación.
El propio ejemplo propuesto para ilustrar la extra petita, siendo clarísimo, podría suscitar dudas, por ejemplo, si el trabajador que reclama contra el despido pudiera haber conseguido otra colocación y se encontrara laborando en empresa distinta a lo largo del juicio. Si ésa fuera la situación, ¿mantiene su legitimidad social el derecho a cobrar las remuneraciones caidas? ¿es socialmente justo que pueda percibir doble remuneración por un mismo período: las reales, por su nuevo empleo, y las caidas durante la secuela del proceso? Adviértase que el pago de tales remuneraciones no tiene carácter indemnizatorio sino compensatorio; y adviértase también que la falta de reclamo sobre el punto pudiera ser fruto de una actitud ética del trabajador al negarse a cobrar una cantidad que él ya está percibiendo en otro empleo.
El fallo extra petita es por eso debatible. Al menos, resulta muy dificil establecer de modo absoluto las situaciones en que es procedente.
ALLOCATI(38), <(38) ALLOCATTI, Amadeo: Derecho Procesal del Trabajo, en Tratado de Derecho Laboral dirigido por Deveali, Ed. La Ley, 2da. Ed., Buenos Aires 1972, T.V., p. 60.> quien sí admite la sentencia ultra petita en pro del trabajador siempre que no se extienda al punto de permitir a los jueces cambiar una acción por otra, considera que la sentencia extra petita afecta el principio constitucional de defensa.
VILLASMIL(36) <(36) VILLASMIL, Fernando: Los poderes...cit., p. 52> lo refuta en los términos siguientes:
"Creemos que se requiere un criterio jurídico muy enjuto y tradicionalista para sostener que esa providencias judiciales puedan ser fuente de algún estado de indefensión para el patrono, pues ello sería lo mismo que afirmar que la Ley se viola cuando se actualiza su voluntad. En la medida en que el Juez de Trabajo se mantenga dentro de los límites que le señalan los hechos realmente probados en el proceso, mal puede sostenerse que una decisión que condean a más o a cosa distinta de lo pedido, con base en la realidad probatoria y en la fiel aplicación de la Ley Laboral, constituya violación alguna del derecho de defensa. Ese derecho fundamental le está asegurado al patrono cuando el Juez oye sus alegatos y defensas, le permite toda posibilidad probatoria, sentencia conforme a lo re-

almente probado y le garantiza la existencia del recurso de apelación contra la decisión que le agravia."

Llevando a las últimas consecuencias el principio de la ultrapetición, como prefiere llamarla GIGLIO(37), <(37) GIGLIO, Wagner: Los procesos laborales...cit., pp. 372-373.>

"Transformaría la petición inicial de la acción laboral, en las quejas individuales, en algo semejante a la queja-crimen. En realidad, la defensa de esa aproximación del proceso del trabajo al proceso penal no debería causar impresión, pues encuentra apoyo en el alto índice de inquisitoriedad del procedimiento laboral, así como en la máxima latina narra mihi factum dabo tibi jus: idealmente correspondería al empleado, ignorante de sus derechos, narrar apenas los hechos - fecha de admisión y de despido, funciones, sueldo y horario de apurar el cumplimiento o no cumplimiento de las obligaciones patronales."

En conclusión: por los valores sociales, jurídicos, éticos y procesales que preserva, la facultad extra petita debe ser admitida, aun cuando deba examinarse casuísticamente su recto ejercicio.

II. EL PRINCIPIO PROTECTOR

PLA RODRIGUEZ coloca como el primero de los principios del Derecho del Trabajo el principio protector, cuyo fundamento responde al próposito de nivelar desigualdades. Citando a RADBRUCH, anota: "La idea central en que el derecho social se inspira no es la idea de la igualdad entre las personas, sino de la nivelación de las desigualdades que entre ellas existen"; y a COUTURE: "El procedimiento lógico de corregir las desigualdades es el de crear otras desigualdades".(38) <(38) PLA RODRIGUEZ, Américo: Los principios del derecho del trabajo, Depalma, 2da. Ed., Buenos Aires 1978, p. 25>

Lo dicho respecto del derecho sustantivo es plenamente válido para el procesal. Las desigualdades, el desequilibrio, la posición preeminente del empleador frente al trabajador propias de la relación de trabajo, se trasladan a la relación jurídico-procesal, donde adquieren nuevas manifestaciones.

Dentro de las diferencias que se marcan entre la controversia común y la laboral, acaso la más evidente es la múltiple desigualdad jurídica, económica y probatoria que separa a los contendientes en un litigio de trabajo que hacen de uno - el empleador - la parte fuerte y del otro - el trabajador - la débil.

La correción procesal de esta situación, esto es, la protección del débil, puede denominarse también "principio de disparidad social" (TRUEBA URBINA) o "correctivo de la desigualdad social" (NICOLLIELLO) o de "desigualación compensatoria", en tanto que procura eliminar o, al menos, atenuar o disminuir el desequilibrio creando nuevas desigualdades de signo inverso.

1. LAS REGLAS "PRO OPERARIO"

El principio protector se plasma en tres reglas: **in dubio pro operario**, de la norma más favorable y de la condición más beneficiosa, que PLA(39) <(39) PLA: Ibid., p. 40.> define así:

"a) La regla **in dubio pro operario**: Criterio que deben utilizar el juez o el intérprete para elegir entre varios sentidos posibles de una norma, aquél que sea más favorable al trabajador.
b) La regla de la norma más favorable: Determina que en caso de que haya más de una norma aplicable, deba optarse por aquella que sea más favorable, aunque no sea la que hubiese correspondido según los criterios clásicos sobre jerarquía de las normas.
c) La regla de la condición más beneficiosa: Criterio por el cual la aplicación de una nueva norma laboral nunca debe servir para disminuir las condiciones más favorables en que pudiera hallarse un trabajador.
De esta exposición surge que son tres reglas distintas, resultantes del mismo principio general, sin que pueda considerarse una regla subordinada o derivada de otra".
A ellas cabría agregar la de "retroactividad" recogida por la Constitución Peruana que, al establecer la irretroactividad genérica de la ley, exceptúa la ley laboral cuando favorece al trabajador (al igual que la ley penal respecto del reo y la tributaria respecto del contribuyente).
A) IN DUBIO PRO OPERARIO
Siguiendo a DEVEALI, señala PLA que:
"El reconocimiento del carácter especial del derecho del trabajo importa el rechazo del principio admitido en el derecho privado, según el cual los casos dudosos deben resolverse en favor del deudor (in dubio pro reo). Este principio, que en un primer tiempo fue ampliamente aplicado aun en el campo de las relaciones laborales, por considerárselas como excepciones a los principios del derecho privado, no puede ser ya admitido, una vez que se reconoce la autonomía del derecho del trabajo, se admite su carácter especial y se acepta que su propósito consiste en otorgar un amparo a la parte débil en el contrato de trabajo; parte más débil que, precisamente a consecuencia de su debilidad, se haya en la mayoría de los casos en la situación de parte acreedora./ Si el derecho privado acepta el principio del favor pro reo es porque, en la generalidad de las relaciones civiles o comerciales, el deudor es el más débil y necesitado . Pero en las relaciones laborales ocurre exactamente lo contrario, puesto que en la generalidad de los casos el trabajador, cuya situación de debilidad frente al empleador constituye el supuesto básico del derecho laboral, se presenta como acreedor frente a su empleador".(40) <(40) PLA: Ibid., p. 41.>
Y, con el mismo prestigioso autor italo-argentino, precisa que las condiciones para su aplicación son:
"a) Sólo cuando exista una duda sobre el alcance de la norma legal;
b) siempre que no esté en pugna con la voluntad del legislador".(41) <(41) PLA: Ibid., p. 42@43.>
Cabe destacar que la regla ha sido elevada a nivel constitucional en el Perú; el artículo 57 in fine de la Carta Magna expresa: "En la interpretación o duda sobre

el alcance y contenido de cualquier disposición en materia de trabajo, se está a lo que es más favorable para el trabajador".

La redacción pareciera confinar su aplicación a la duda sobre la norma, no sobre los hechos, lo que coincidiría con parte de la doctrina.(42) <(42) Ver por todos: VAZQUEZ VIALARD, Antonio: La aplicación de la regla "in dubio pro operario" en el proceso laboral (con especial referencia a los hechos, en Estudio de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, T.I., 1a. Ed. 1986, p. 97.> Resume magistralmente esta posición Manoel Antonio TEIXEIRA Filho (43), <(43) TEIXEIRA Filho, Manoel Antonio: A prova no processo do trabalho, Ed. LTr, 4a. Ed., Sao Paulo 1988, pp. 106 (Traducción libre del autor) a quien conviene citar inextenso:

"Hay que destacar, primeramente que el estado de hesitación de la inteligencia, que caracteriza a la duda, es de fuero esencialmente subjetivo, naciendo en el ánimo del intérprete (en este caso, el juzgador). Vale decir, la duda no está en la prueba producida (que muchas veces contiene una definición en pro de uno de los litigantes) y sí en la persona a quien compete apreciar esa misma prueba./ Ahora bien, el presupuesto concreto para la incidencia de ese principio (esto para quienes sustentan que cabe aplicarlo) es la falta o insuficiencia de pruebas. Excepcionalmente podrá concernir a la existencia recíproca de pruebas (ambas partes probaron los hechos recíprocamente alegados). En cualquier caso, por ello, la cuestión deberá ser solucionada a la luz del onus de la prueba.../ Decidirse a favor del trabajador - sólo porque es el trabajador - es una actitud piadosa, de favor, que se resiente de cualquier lastre de juridicidad. Torna frágil a la sentencia, susceptible de virtual reforma por el grado de la jurisdicción superior./ No estamos cayendo en contradicción, respecto de lo que hasta aquí hemos expuesto en defensa de un reconocimiento sistemático en cuanto a la existencia de una desigualdad real entre el trabajador y el empleador. La comparación de esa desigualdad, en todo caso, debe ser otorgada por leyes procesales adecuadas y no por la persona del juzgador, en base a criterios subjetivos y casuísticos../ Conviene resaltar: o se prueba o no se prueba. Si en determinado caso las pruebas fueran insuficientes (de ambos lados), el resultado del fallo judicial debe ser desfavorable a quien incumbía el "onus probandi"."

Otra corriente de opinión se inclina por una más amplia noción de la regla, esto es, aplicar el criterio favorable "en casos de auténtica duda para valorar el alcance o el significado de una prueba. No para suplir omisiones; pero sí para apreciar adecuadamente el conjunto de los elementos probatorios, teniendo en cuenta las diversas circunstancias del caso" (44). <(44) PLA: Los principios...cit., p. 46. VAZQUEZ VIALARD (La aplicación de la regla...cit., p. 96) menciona como participes de esa tendencia, entre otros, a ALLOCATTI, Amadeo, SILVEIRA, Alipio, RUBINSTEIN, Santiago, LOPEZ, Justo; en sentido contrario, PEREZ Benito y él mismo.> A tal efecto, señala José SOMARE (45): <(45) Cit. por PLA: Los principios...cit., pp. 46®47.>

"La duda es admisible, en la conciencia del Juez, en cuanto a la forma, al modo, a las características como han ocurrido los hechos. Esto es, si la prueba no fue suficiente para llevar al ánimo del juez la certeza de cómo ocurrió una incidencia, de manera tal que duda, puede, entonces, optar por la solución de favor y acoger la petición del trabajador. No se trata de cualquier hipótesis de duda, ni tampoco la simple duda, sin más ni más. Sobre el hecho procesado, no se ha traido prueba directa, asertiva, concluyente. Existen indicios y presunciones. La valoración armónica de tales datos sirva para inclinar al Juez en favor de una de la soluciones posibles, en cuanto a la existenciadel hecho".

Esta ha sido, por lo demás, la conclusión a que arribó el IV Congreso Iberoamericano de Derecho del Trabajo (Sao Paulo, 1972).

En cuanto al artículo constitucional peruano, !Curioso caso de duda el que provoca respecto de aquello que él mismo intenta resolver! Si aplicamos dicho articulo a la interpretación de sí mismo, debemos extenderlo a lo que favorezca al trabajador; y ello nos conduce a la interpretación extensiva, sin duda.

B) NORMA MAS FAVORABLE

La regla de la norma más favorable se contrae a:

"Un mandato general e imperativo otorgado al Juez del Trabajo para resolver los casos de colisión o conflicto entre dos o más disposiciones legales, reglamentaria o contractuales, mediante la aplicación de aquellas que más favorezca y proteja el interés del trabajador, independientemente de su naturaleza, origen o ubicación jerárquica. Así, la colisión puede surgir entre una norma sustantiva y una norma adjetiva; entre una norma legal y una norma reglamentaria; entre la ley y el contrato; o entre las estipulaciones de un contrato individual y un contrato colectivo de trabajo; pero en cualquier caso el Juez deberá resolver la colisión aplicando la disposición que mayores ventajas o derechos otorga a los trabajadores". (46) <(46) VILLASMIL, Fernando: Los poderes del juez de trabajo. Maracaibo 1979, pp. 34®35.>

La regla no rompe totalmente el principio de jerarquía normativa, que hace primar a la norma de rango superior sobre la subordinada allí donde exista verdadera implicancia o contradicción. Ello puede darse en dos supuestos: si la norma inferior es posterior en el tiempo, cabe la posibilidad de que sea inválida si desvirtúa o desnaturaliza a la de mayor nivel; si es anterior, la nueva norma la deroga, tratándose, en uno y otro caso, de norma imperativa o de orden público. Debe resaltarse, empero, la necesidad de una insalvable contradicción entre leyes de distinto grado, hipótesis muy rara, casi teórica, en razón del carácter progresivo del derecho del trabajo que hace del derecho objetivo la base, el suelo, el mínimo, y que, invirtiendo la pirámide de la jerarquía abstracta, coloca en su vértice la norma más favorable. (47) <(47) Vid. MASCARO MASCIMENTO, Amauri: cit. por PLA: Los principios...cit., p. 54.> De acuerdo a ello, la norma menos amplia perfecciona, mejora a las que le anteceden y se aplica por encima de éstas, lo que vale para la ley común frente a la Constitución, para el

reglamento frente a la ley, etc.

C) CONDICION MAS BENEFICIOSA

"La regla de la condición más beneficiosa supone la existencia de una situación concreta anteriormente reconocida y determina que ella dese ser respetada en la medida que sea más favorable al trabajador que la nueva norma que ha de aplicarse", dice PLA (48). <(48) PLA: Ibid., p. 60.>

Y agrega, siguiendo a ALONSO GARCIA, que:

"Opera en dos direcciones: restrictivas, la una, extensiva, en cambio, la otra. Opera restrictivamente, ya que por aplicación de dicho principio las partes se ven forzadas (el empresario, sobre todo) a situaciones más ventajosas para el trabajador que las que éste disfrutaría al aplicarse la nueva resolución./ Opera extensivamente en la medida en que por aplicación del mismo principio, si bien indirectamente, les es posible a las partes establecer condiciones superiores, más beneficiosas que las mínimas fijadas legalmente." (49) <(49) PLA: Ibid., pp. 64®65.>

Las tres reglas son "pro-operario", integran un principio protector al trabajador y, en la perspectiva de la obra del maestro uruguayo, corresponde al derecho laboral sustantivo. Nada obsta, empero, para que se apliquen en el derecho procesal: directamente si, por ejemplo, el juez tuviera dudas sobre el alcance o sentido de una norma adjetiva, caso en el cual deberá aplicarla en la forma que favorezca al trabajro; o si resultaran de aplicación a una misma situación procesal dos normas diferentes, en que deberá optar en igual sentido que el anterior.

Pero es indirectamente como estas reglas tiene presencia más constante en el proceso laboral. En efecto, el proceso es un medio a través del cual actúa y logra plena vigencia y eficacia la norma material, que es su objeto, su razón de ser. La duda, la colisión de dos normas o de una norma y una condición fáctica son problemas procesales; esa duda es la duda del juez; es el juez el que debe optar entre dos leyes contradictorias o hacer prevalecer la condición más benéfica

El principio protector o pro-operario determina reglas que habrán de guiar el comportamiento del juez, orientar, condicionar, conducir su decisión. No obstante su extraña sustancial, son reglas igualmente procesales; de allí que como principio no solo igualmente válido para el derecho laboral y para el procesal del trabajo, sino casi podría decirse que lo es más para éste, porque es en los procesos laborales donde tiene más ancha cabida y más constante aplicación.

Si la duda la tuvieran empresarios o trabajadores, lo más probable es que la resolvieran cada uno por su lado y de acuerdo a sus contrapuestos intereses; así, la vacilación subjetiva de cada cual se convertiría en convicción de cada uno de ser el que tiene la razón, y ésa es normalmente la semilla del litigio. En la relación cotidiana la duda no se resuelva "pro-operario"; no se resuelva, sencillamente; se traslada a y se convierte en litigio.

Es la duda del juez, entonces, la que interesa; y es en su dimensión procesal, por tanto, que el principio pro-operario se hace tangible. Por eso lo consideramos

como principio esencial para el derecho procesal del trabajo.

d. RETROACTIVIDAD

Según indicamos líneas arriba, la Constitución Peruana consagra como principio general el de irretroactividad de la ley, pero con las tres excepciones siguientes: la ley penal, la tributaria y la laboral cuando son más favorables al reo, al contribuyente y al trabajador, respectivamente.

La irretroactividad es, entonces, norma, y la retroactividad, excepción. Por ello, el efecto no es instantáneo ni automático: no toda ley laboral es necesariamente retroactiva cuando beneficia al trabajador, sino que tal efecto tiene que serle atribuido de modo expreso. Incluso puede darse esta situación sólo para parte de la ley, como ha sucedido ya en la realidad.

En el campo procesal concretamente, puede también conferirse carácter retroactivo a la norma: recientemente, por ejemplo (50), <(50) Decreto Supremo No. 058®90®TR, que modifica reglas sobre la negociación colectiva.> se han variado ciertas reglas relativas a la contratación colectiva, las que por su naturaleza sólo debieran regir a futuro; sin embargo, la propia norma autoriza a los trabajadores para que puedan reformular sus pliegos de peticiones en trámite para adecuarse al nuevo sistema. Como quiera que las convenciones colectivas en el Perú tienen también efecto retroactivo, permitir que los pliegos sean variados después de iniciadas las negociaciones implica dar retroactividad a la norma. Con ello se demuestra que la retroactvidad es dable también en el terreno procesal y no sólo en el sustantivo.

2. INICIACION DE OFICIO DEL PROCESO

Es atributo reconocido a la inspección de trabajo (Convenio 81 de la OIT) velar por el cumplimiento de las disposiciones relativas a las condiciones de trabajo y a la protección de los trabajadores en el ejercicio de su profesión.

De esa facultad, que nadie discute, algunas legislaciones, en especial la española, han derivado la posibilidad de que la administración del trabajo, anticipándose y aun sustituyendo la acción personal del trabajador en resguardo de sus derechos conculcados, dé inicio a un proceso judicial mediante la remisión a la magistratura respectiva de copia certificada del acta de infracción, según el caso, de la resolución firme dictada en lo administrativo.

Dice al respecto MONTOYA MELGAR (51): <(51) MONTOYA MELGAR, Alfredo: Inspección del trabajo y efectividad de los derechos laborales: Sobre la iniciación de oficio de los procesos de trabajo. Separata de Derecho y Proceso Murcia 1980, pp. 562-562.>

"El legislador no se limita a evidenciar la conexión entre cumplimiento del ordenamiento laboral y cumplimiento de los contratos de trabajo, o, en su reverso, entre infracción administrativa e incumplimiento contractual, encomendado a la Inspección el cuidado de que los contratos se ajusten a las prevenciones legales, sino que, consciente de la inmediatividad real de los problemas planteados por la infracción/incumplimiento, instrumenta un mecanismo

procedimental a través del cual pone en relación la vía administrativa (sancionadora) y la vía jurisdiccional (de atribución de derechos). Ese mecanismo es la llamada "demanda de oficio" para cuya interposición está facultada, como postulante público, la Administración de Trabajo. El fundamento de esta iniciación oficial del proceso de trabajo está suficientemente claro: la Administración de Trabajo, en virtud de su función tuitiva, reconocida por la ley la jurisprudencia, suple o sustituye la acción del trabajador afectado por un incumplimiento empresarial que simultáneamente sea infracción del Ordenamiento y violación del deber contractual, realizando una actividad procesal equivalente a la demanda, y con la cual quiere prevenirse el perjuicio que se derivaría para el trabajador, bien sea por ignorancia de los derechos, bien por el temor de ejercitarlos."

La legislación brasileña contempla una situación similar cuando las alegaciones del empleador, en el curso de una inspección, versan sobre la inexistencia de la relación laboral y resulta imposible verificar esa condición por los medios administrativos, caso en el que el proceso es encaminado a la Justicia del Trabajo (art. 39 de la CLT). Los actuados administrativos fungen de cabeza del proceso judicial.

Iniciativa **ex officio** de la acción existe también en la República Argentina para el caso de los accidentes de trabajo.

Interesa resaltar en este tema dos aspectos: por un lado, la ruptura que este sistema representa del principio procesal civil **Nemo Judex sine actore**; y, por el otro, su motivación, que según MONTOYA MELGAR radica en la "función tuitiva" reconocida a la Administración, que, en este caso, trasciende a lo procedimental.

GIGLIO (52) <(52) GIGLIO, Wagner: Los procesos laborales: su autonomía científica, dogmática y normativa, en Bases para un Ley General de Trabajo, IET-CIAT, Lima 1984, p. 373-374.> anota como principio ideal del Derecho Procesal del Trabajo, esto es,

"revelado o intuido por algunas tendencias actuales, en vías de sedimentación, o sugerido o propuesto por la doctrina para consolidar, en el futuro, el perfeccionamiento del proceso laboral", el que él llama "colectivización de las acciones individuales", según el cual, siendo normal la iniciativa de una acción, vale decir, a instancia de parte, "el propio Poder Judicial, a título de economía procesal, extendería el ámbito personal de la acción para que participasen de ella otros trabajadores que se encontrasen en la misma situación de hecho del actor", una suerte de convocatoria **ex officio** de litis consortes activos".

Economía procesal, sí, pero también extensión del principio protector, y que se vincula con la facultad del juez de iniciar ciertos procesos por su sola iniciativa, en este caso para pluralizarlos más que colectivizarlos.

C. REDISTRIBUCION DE LA CARGA DE LA PRUEBA

En sentido estricto, al proceso civil deben aplicársele dos principios, que están

traducidos en sendos aforismos: "Quien afirma algo está obligado a demostrarlo" y :Si el demandante no prueba, el demandado será absuelto"(53). <(53) "Semper onus probandi ei incumbit qui dicit" o "Semper necessitas probandi incumbit illi qui agit" y "Actor non probante, reus absolvitur", en su expresión latina> De acuerdo a ello, la carga probatoria es siempre del accionante, quien está en la necesidad y en la obligación de acreditar con elementos de convicción que los hechos que alega son ciertos.

En el Derecho Procesal del Trabajo este criterio es deliberadamente quebrantado, subvertido: el trabajador, que es el actor o demandante, es exonerado en lo sustancial de la obligación de probar su dicho; el **onus probandi** recae básicamente sobre el empleador, el demandado.

La demanda goza, por decirlo así, de una presunción de veracidad, se le reputa cierta a **priori**, presunción **juris tantum** que debe ser destruída por el empleador con su prueba.

El principio de "redistribución de la carga de la prueba" no es meramente abstracto o teórico; tiene por el contrario constante y contundente presencia en la legislación. La peruana, por ejemplo, lo consagra en sus dos manifestaciones" en el artículo 32 del Decreto Supremo 03-80-TR, sin descargar totalmente al trabajador de su obligación probatoria, restringe ésta a la sola demostración de la existencia de la relación laboral. Probada ésta, el empleador deberá acreditar, de allí en adelante, que ha cumplido con las disposiciones legales y convencionales respectivas, lo que equivale a tener que probarlo todo ya que lo que se discute precisamente en un litigio es su presunto incumplimiento. De otro lado, el emplazamiento con la demanda se practica "bajo apercibimiento de tenerse por cientos los hechos expuestos", aun sin necesidad de prueba, si el empleador no concurriese a la citación o si, concurriendo, no presentara el escrito de contestación (art. 21).

Así mismo, la sentencia deberá declarar fundada la demanda: (i) respecto a los puntos que no hubieran sido expresamente contradichos (allanamiento tácito), y (ii) respecto de los puntos en que, correspondiendo la carga de la prueba al demandado, éste no los hubiera probado (art. 50).

Desde esta perspectiva, entonces, pueden extraerse las reglas siguientes:

a) La demanda se presume verdadera a **priori**, lo que se traduce en un apercibimiento de tenerse por cierto su contenido si el demandado incumple con el trámite de contestación.

b) La demanda impone contestación específica respecto de cada uno de los extremos que contiene; la falta de contradicción expresa respecto de algunos de ellos implica un allanamiento tácito.

c) El trabajador sólo tiene obligación formal de probar la existencia de la relación laboral, sin que ello implique impedimiento ni exoneración absoluta de demostrar complementariamente los diversos hechos que afirma.

d) Corresponde al empleador probar que debe, que no ha incumplido o que ya

pagó, que es, en esencia, lo nuclear del proceso pues con su incumplimiento, su delito o su moral lo que se discute como fondo de la controversia.
La de probar es, jurídicamente, una carga, no una obligación, pues en la obligación los efectos del incumplimiento afectan a un tercero, mientras en la carga sólo perjudican al omiso o infractor. Como dice CARNELUTTI (54), <(54) CARNELUTTI, Francesco: cit. por TEIXEIRA Filho: A prova no processo do trabalho, cit. p. 81.> "La diferencia entre onus y obligación se funda en la sanción diversa a quien no cumple determinado acto; existe obligación cuando la inactividad da lugar a una sanción jurídica (ejecución o pena); si, al contrario, la abstención en relación al acto determinado hace perder solamente los efectos últimos de ese mismo acto, nos encontramos frente a la figura del onus".
En el litigio civil como en el laboral, ambas partes deben probar lo que afirman; pero el peso de la carga probatoria se distribuye de manera diferente: en el civil, recae sobre el actor; en el laboral, sobre el demandado.
GIGLIO, fundamentando la reversión probatoria, expresa:
"Además de la diversidad de situación económica y de la desigualdad resultante de la subordinación del trabajador al empleador, otro substracto de hecho lleva a rechazar la adopción de esa doctrina (la doctrina civilista de la igualdad procesal absoluta): mientras los contratantes, en la esfera civil, tiene posibilidades iguales de producir prueba, en el campo laboral es notoria la inferioridad del trabajador, según veremos./ La prueba testimonial debe ser obtenida de otros empleados, que por definición se encuentran subordinados al empleador, lo que cohibe la libertad de sus declaraciones: no ignoran ellos que si sus declaraciones perjudicaran al patrón, corren el riesgo de perder sus empleos. Si eso no fuera suficiente, la prueba documental, más segura, rara vez puede ser presentada por el trabajador: subordinado a las determinaciones de sus superiores, no tiene medios para exigir comprobantes, en tanto la empresa cuenta con un departamento de personal, toda una organización contable que dispone de abundante documentación. La práctica evidencia que el trabajador desconoce, por regla general, los datos más elementales relativos a las condiciones en que presta servicios: cálculo del salario, monto de los descuentos, número de horas extras, etc./ Urge corregir estos desequilibrios, confiriendo al empleador mayores cargas en la producción la la prueba."(55) <(55) GIGLIO, Wagner: Direito Processual do Trabalho", Ed. LTr, Sao Paulo 1977, pp. 69-70.>
La reversión de la carga de la prueba no es, sin embargo, un criterio unánimamente aceptado; hay doctrinarios que la recusan y legislaciones que no la contienen.
En la doctrina española, por ejemplo, RODRIGUEZ PIÑERO y BRAVO FERRER(56) <(56) RODRIGUEZ-PIÑERO y BRAVO FERRER, Miguel: Sobre los principios informadores del proceso de trabajo, en El Derecho del Trabajo en España, IES, Madrid 1981, T.I., pp. 729-730.> señalaban como principios informadores del proceso laboral el contradictorio y el de aportación de prueba,

de los que desprenden la igualdad de ambas partes en el proceso. MONTOYA MELGAR (57), <(57) MONTOYA MELGAR, Alfredo: Derecho del Trabajo, Tecnos, 8a. Ed., Madrid 1987, pp. 690-691.> luego de enfatizar la íntima fusión de lo sustantivo y lo procesal y de calificar al Derecho del Trabajo, en esa doble e indisoluble relación, de "ordenamiento compensador e igualador", refleja estos caracteres en diversos principios, mas no en materia probatoria, en la que rige el principio de acusación "según el cual son las propias partes en litigio las que han de aportar al juzgador la alegación de los hechos y la proposición de las pruebas que estimen precisas para fundamentar su derecho (**da ruiti factum et debo tibi ius**). (58) <(58) El Tribunal Constitucional español ha sentado nueva doctrina sobre la carga de la prueba en relación con la actividad discriminatoria del empleador en perjuicio del trabajador y de la presunción de inocencia en los casos de despido y sanciones disciplinarias.>

Néstor DE BUEN, con referencia a la legislación mexicana, considera que uno de los principios que la sustentan es la "carga procesal de quien afirma y no del que niega"(59), <(59) DE BUEN, Néstor: Los principios generales del Derecho del Trabajo en el ámbito procesal, en Derecho Laboral No. 117, Montevideo enero-marzo 1980, p. 139.> aunque destaca favorablemente la facultad concedida a la Junta de Conciliación y Arbitraje de "eximir de la carga de la prueba al trabajador, cuando por otros medios esté en posibilidad de llegar al conocimiento de los hechos", regla a las que califica de "curiosa afectación al principio dispositivo". (60) <(60) DE BUEN, Néstor: La reforma del proceso laboral, Porrúa, 1a. Ed., México 1983, p. 58.> Citando a Alberto TRUEBA URBINA, indica que en el Derecho Procesal laboral mexicano puede invocarse el principio de igualdad de las partes (61); <(61) Ibid., p. 24.> y considera "inquietante la desigualdad procesal", una de las "cuestiones que pueden llegar a generar más encono". (62) <(62) Ibid., p. 37.>

En su opinión, el carácter tuitivo de las normas laborales sólo se da en el derecho individual; en el colectivo "el regimen de huelga y el del contrato colectivo de trabajo han creado el equilibrio"; y "en el derecho procesal del trabajo tampoco existe tendencia proteccionista alguna. La relación procesal contempla a los sujetos con igual criterio, si bien es indiscutible que la distribución de la carga de la prueba y el criterio de resolución "en conciencia", favorecen a los trabajadores". (63) <(63) DE BUEN, Néstor: Derecho del Trabajo, Porrúa, 2a. ed., México 1977, T> I., p. 60.>

No es ésa, ciertamente, la posición de TRUEBA URBINA, uno de los más categóricos sustentadores de la necesidad de un proceso desigual basado en "privilegios compensatorios" en favor de los trabajadores, al punto de sostener que "las pruebas en el proceso laboral no tienen una función jurídica sino social, pues tienen por objeto descubrir la verdad real, no la verdad jurídica", y que "rige el principio de inversión de la carga de la prueba en favor del trabajador ya que el patrón tiene más facilidades y recursos probatorios." (64) <(64) TRUEBA

URBINA, Alberto: Nuevo derecho del Trabajo, Porrúa, México 1972, pp. 250-251.>

Interesante posición sustenta Alcione NIEDERAUER CORREA (65) <(65) NIEDERAUER CORREA, Alcione: Analise critica do processo do trabalho no Brasil, en Revista do TRT, Curitiba, VOL> V., No. 1., p. 62.> para reforzar la reversión del onus de la prueba con mayores "deberes de control y de documentación, impuestos al empleador, capaces de constituirse en instrumentos de preconstitución de prueba que, en caso de inexistencia, generarían presunción en favor del trabajador. La forzalización de ciertos actos, la obligatoriedad de prueba documental y de justificación de determinadas manifestaciones de voluntad, limitativas de futuros conflictos judiciales, es el único camino. A través de deberes impuestos al empleador es que cabe la formalización de muchos de los principios, hasta aquí teóricos, de Derecho del Trabajo."

En esa línea, la legislación peruana obliga a registrar en un libro especial denominado "planilla" todos los elementos configurados en la relación de empleo: fecha de ingreso, salarios, días trabajados, horas extras, descuentos, etc. La planilla debe consistir en un libro foliado, sellado y rubricado por la Autoridad del Trabajo o en hojas sueltas con iguales requisitos, en el que el empleador debe registrar a todo nuevo trabajador dentro de las 24 horas de su ingreso. El trabajador recibe, conjuntamente con su pago, una boleta en la que deben constar los mismos datos que figuran en la planilla, debiendo firmar un duplicado como comprobante del pago.

Lo importante - además de proveer al trabajador de prueba documental - es que la omisión en llevar la planilla o de registrar en ella a un trabajador o en la firma por éste de la boleta determina, en caso de litigio y si el trabajador prueba la existencia del vínculo laboral, que se deban tener por ciertas sus afirmaciones acerca de los diversos actos que el dicho instrumento formal debieran constar.

BARBAGELATA (66) <(66) BARBAGELATA, Héctor Hugo: Los medios de prueba en el procedimiento laboral., en Derecho Laboral No. 119, Montevideo, p. 545.> hace notar que la nueva LFT mexicana contiene un principio similar respecto de todos los documentos que el empleador tenga obligación de conservar; y que "la mayoría de los textos iberoamericanos hacen recaer en el empleador las consecuencias de la falta de escritura del contrato de trabajo o de sus modalidades, cuando la ley las impone, excluyendo la posibilidad de que sean probadas supuestas cláusulas que resulten perjudiciales para el trabajador".(67) <(67) Ibid., p. 549.> El art. 39 del CT de Ecuador dispone, en tal dirección, que "sólo el trabajador podrá hacer valer los derechos, y consiguientemente probar por otros medios, incluso por su propio juramento, los derechos emanados de contratos que conforme al art. 18 del mismo Código hubieran debido celebrarse por escrito." (68) <(68) Ibid., p. 549.>

GIGLIO - a nuestro ver, acertadamente - habla de "redistribución" y no de "reversión o inversión" de la carga probatoria que han sido las expresiones

anteriormente más usadas. Revertir o invertir implica trastocar, aplicar a uno lo que corresponde al otro y viceversa. Redistribuir, en cambio, es atribuir de modo diverso, que en eso consiste propiamente este principio, cuando hace recaer el peso de la prueba de modo desigual, pero no necesariamente intercambiado entre las partes.

El Tribunal constitucional español utiliza el término "desviación de la carga de la prueba".

D. OTRAS NORMAS DE PROTECCION

Las manifestaciones del principio protector antes reseñadas no son las únicas; son apenas las más importantes. Existen otras, múltiples, que contornan y conforman dicha protección, tales como:

Gratuidad: el proceso laboral es siempre gratuito para el trabajador, quien está exonerado del uso de papel sellado, pago de tasas, costas, etc., que en cambio sí constituyen, por lo general, obligación para el empleador.

Defensa gratuita: en la generalidad de los países, el trabajador puede obtener patrocinio letrado gratuito a través de órganos que, en algunos casos, dependen de los servicios del Ministerio de Trabajo, y en otros constituyen institutos independientes (Procuraduría del Trabajo).

Oralidad-Concentración-Inmediación-Celeridad: este conjunto de atributos, íntimamente ligados entre sí y virtualmente inseparables, debe conducir a un proceso ideal en el que el máximo de actos pueda ser cumplido en un mínimo de diligencias, presididas personalmente por el propio juez y ejecutadas en forma prevalentemente oral, en aras de lograr una resolución no sólo justa y equilibrada, sino pronta, habida cuenta de la naturaleza alimentaria de los derechos patrimoniales del trabajador y la urgencia social que unánimemente se les reconoce.

Es a estos caracteres típicos o peculiaridades, derivadas e integrantes del Principio Protector, a las que gran número de estudiosos ha tomado por principios, sin advertir que son efecto y no causa.

III. CRITERIO DE CONCIENCIA Y EQUIDAD

De poco o nada servirían los principios antes examinados sí los jueces no tuvieran, en su aproximación al proceso, una actitud distinta, una diversa manera de apreciar el contenido de las pruebas.

Por un lado, de los sistemas de evaluación existentes o propuestos, debe aplicarse aquél que mejor se adapte a las necesidades y requerimientos del proceso laboral; por otro, debe estar presente la equidad, con una dimensión aun mayor que la que comúnmente se le atribuye en la vida juridica.

1. CRITERIO DE CONCIENCIA EN LA EVALUACION DE LA PRUEBA

Los sistemas de evaluación de la prueba según SENTIS MELENDO son, en general: a) Sistema de prueba legal; b) Sistema de libre convicción; y, c) Sistema ecléctico.

"La prueba legal - dice el citado autor - (69) <(69) SENTIS MELENDO, cit. por

VILLASMIL, Fernando: Los poderes del juez...cit., p. 42.> representa el sometimiento del juez a una regla de experiencia que se le impone por la ley, convirtiéndose en regla legal".

"El sistema de libre convicción - afirma BERMUDEZ CISNEROS - (70) <(70) BERMUDEZ CISNEROS: cit. por VILLASMIL, Fernando: Ibid., p. 43.> se caracteriza porque en él se concede libre arbitrio al juzgador a fin de que valore las pruebas ante él desahogadas, sin sujetarse a ninguna tasación previa, absolutamente sin ninguna limitación en cuanto a las apreciación y al convencimiento obtenido de las pruebas desahogadas. El sistema de la libre convicción, en oposición al de la prueba legal, presupone una amplia libertad del juez para valorar las pruebas articuladas en el proceso, puesto que no está sometido a reglas indicativas del mérito de cada probanza y puede formarse su convicción personal de la verdad, aun en contra del resultado de las pruebas aportadas en el juicio".

"El sistema mixto o ecléctico trata de liberar la apreciación de la prueba, por una parte, de la excesiva rígidez del sistema de la prueba legal y, por la otra, de la peligrosa amplitud de discrecionalidad que se atribuye al sistema de la libre convicción. El sistema mixto, en sus diversas manifestaciones, concede al juzgador un apreciable campo de apreciación subjetiva o personal de las pruebas, conforme a las reglas de la sana crítica o del racional convecimiento; pero en ciertos casos y con respecto a determinados medios de prueba se condiciona esa libertad de apreciación a la observancia de algunos principios o lineamientos previstos en la ley. Este sistema, que influye poderosamente en las legislaciones modernas, ha sido sin embargo duramente atacado en la doctrina, por combinar los inconvenientes tanto de la prueba legal o tasada, como de la libre convicción, sin incorporar integralmente las ventajas de ambas; porque carece de coherencia o de límites precisos, siendo adoptado en algunos ordenamientos como paliativo de un régimen de pruebas claramente tasadas y en otros como suave freno a un sistema determinado por la libre convicción."(71) <(71) VILLASMIL, Fernando: Ibid., p. 44.>

Para LESSONA (72) <(72) LESSONA, Carlos: cit. por ALLOCATI, Amadeo: Derecho Procesal del Trabajo, cit., p. 56.> los sistemas de evaluación de la prueba son: el de la prueba legal, el del íntimo convencimiento y el de la persuación racional. En el segundo,

"la verdad jurídica pende por entero de la conciencia del juez que no está obligado por ninguna regla legal; él juzga de los derechos litigiosos únicamente a medida de la impresión que las pruebas exhibidas por los contendientes hicieran sobre su ánimo, y no está obligado a dar cuenta de los medios por los que se convenció. En el tercero, el juez debe pensar con justo criterio lógico el valor de las pruebas producidas y puede tener por verdadero el hecho controvertido, sólo sobre la base de las pruebas que excluyan toda duda de lo contrario. La verdad jurídica pende en este sistema, no de la impresión, sino de la conciencia

del juez, que no puede juzgar simplemente, según su criterio individual, sino según las reglas de la verdad histórica que debe fundamentar."
Para el maestro COUTURE (73) <(73) COUTURE, Eduardo J.: Fundamentos de Derecho Procesal Civil, Depalma, Buenos Aires 1978, p. 268.> y a partir de la doctrina europea, los sistemas de valoración de la prueba son el de la prueba legal - en el "la ley señala por anticipado al juez el grado de eficacia que debe atribuir a determinado medio probatorio" - y el de libre convicción, "modo de razonar que no se apoya necesariamente en la prueba que el proceso exhibe al juez, ni en medios de información que pueden ser fiscalizados por las partes."
Como una categoría intermedia entre ambos sistemas, "sin la excesiva rigidez del primero y sin la excesiva incertidumbre del último", el maestro uruguayo destaca las reglas de la sana crítica en las que
"interfieren las reglas de la lógica con las reglas de la experiencia del juez. Unas y otras contribuyen de igual maneraa que el magistrado pueda analizar la prueba (ya sea de testigos, de peritos, de inspección judicial, de confesión en los casos en que no es lisa y llana) con arreglo a la sana crítica y a un conocimiento experimental de las cosas"/. "La sana crítica es, sin duda, el método más eficaz de valoración de la prueba. Sin los excesos de la prueba legal, que llevan muchas veces a consagrar soluciones contrarias a la convicción del juez, pero también sin los excesos a que la arbitrariedad del magistrado podría conducir en el método de la libre convicción tomado en un sentido absoluto, reune las virtudes de ambos, atenuando sus sentido absoluto, reune las virtudes de ambos, atenuando sus demasías."
Con relación específica al proceso laboral, Fernando VILLASMIL (74) <(74) VILLASMIL, Fernando: LOs poderes del Juez...cit., p. 46.> dice que se ha impuesto otro principio: el de la "apreciación de la prueba a conciencia, que es una manifestación del sistema de la libre convicción rociada de sensibilidad social".
"Apreciar la prueba en conciencia ® precisa, a su vez, Héctor HUMERES(75) ® <(75) HUMERES, Héctor: cit. por VILLASMIL: Ibid. p. 46.> no significa, como muchos creen, fallar en conciencia. Si el juez fallara en conciencia, se podría apartar de lo sostenido por las partes, de la prueba producida, del mérito del proceso y dar la razón a quien cree que la tien, aun cuando no lo haya acreditado en el juicio. Esto no está autorizado para hacerlo. Si la Ley le autoriza para apreciar la prueba en conciencia, únicamente tendrá que prestar los hechos del juicio, los derechos alegados por las partes y la prueba producida legalmente y dentro de ese marco valorar la prueba de cada parte, en conciencia, con conocimiento interior del bien que debe hacerse y del mal que debe evitarse, en la forma más exacta posible, para decidir enseguida quién tiene la razón."
Criterio de conciencia: ésa es la expresión que aplica Jorge M. ANGULO(76). <(76) ANGULO ARGUMEDO, Jorge: El derecho procesal del trabajo...cit., p. 33.> en préstamo del proceso penal peruano. Domingo GARCIA RADA(77).

<(77) GARCIA RADA, Domingo: Manual de Derecho Procesal Penal, EDDILI 8a. Ed., Lima 1984, p. 299.> distinguido procesal-penalista peruano, expresa que:

"El criterio de conciencia es arma eficaz para desentrañar el valor de una prueba. Permite que el juez aprecie una prueba en relación con las demás y aplicando su propio parecer, no el de laley. No está obligado a aceptar la prueba tal como se la presenten sino que debe apreciarla con la demás probanza y examinarla cómo ha sido realizada, los principios técnicos en ella aplicados, la calidad de los peritos, etc./ El criterio de conciencia no es aceptar o rechazar una prueba, sino apreciar sus fundamentos, y según eso darle valor."

Luis DEL VALLE RENDICH(78), <(78) DEL VALLE RANDICH, Luis: Derecho Procesal Penal, Pérez Parosside, Lima, T.II., pp. 129¬130.> citando a ALZAMORA VALDEZ, escribió:

"En la sentencia no sólo debe tenerse en cuenta el valor de la norma o del derecho abstracto; es necesario algo más.../ No podemos admitir que el juez sea un ente pasivo, sino (que) por el contrario es un ente creador; al sentenciar no trata de presentar los principios simples, fríos de la lógica con el fin de aplicar solamente el derecho pasivo, ni la norma del derecho general al caso positivo; el juez tiene una misión creadora, como dice RECASENS SICHE (Nueva filosofía de la interpretación del derecho), pues a la norma del derecho positivo el juez agrega sus conocimientos que tiene del proceso a través de la valoración que hace de la prueba."

El criterio de conciencia nos introduce en otra perspectiva distinta de la formal; es, por decirlo así, la dimensión psicológica de la equidad. El acto de juzgar tiene, en efecto, una perspectiva lógica y otra psicológica. El juez, al juzgar, la hace desde la intimidad más recóndita, desde la soledad imprenetable de su conciencia. Actúan allí su versación jurídica, su experiencia, su conocimiento del proceso, sus vivencias, su criterio, pero, sobre todo, su conciencia, su convicción de lo justo en su total plenitud.

Por eso se reclama del juez laboral una aproximación distinta a la del juez civil, y por eso se le dan una libertad y una flexibilidad que al otro se le recortan y hasta se le niegan. La interpretación del derecho, la valoración de la prueba, le son confiadas con la mayor amplitud a fin de que pueda llegar a la verdad absoluta y resolver de acuerdo al derecho, a la justicia ya su conciencia.

En la sutil pero indispensable línea que separa el arbitrio de la arbitrariedad, la libertad del libertinaje, los autores coinciden en general en dar al juez laboral gran libertad y razonable discrecionalidad en la apreciación de la prueba, aplicando con criterio de conciencia las reglas de la sana crítica, reglas del "correcto entendimiento humano" para COUTURE (79), <(79) COUTURE, Eduardo J.,: cit. por ALLOCATI, Amadeo: Derecho Procesal del Trabajo...cit., p. 56.> según quien tales reglas "no pueden resultar de otra cosa que del conjunto de normas éticas y psicológicas que el juez puede hacerse formando dentro de su

propia mentalidad, no solamente por el examen de conciencia sino también por la contemplación de los hechos del mundo exterior,producidos por sus semejantes, y que le sirven para comprobar si la forma en que los mismos se determinan ha podido motivar las acciones o actitudes de los demás hombres."

2. EQUIDAD

El tema de la equidad en el derecho en general, y particularmente en el proceso laboral, presenta múltiples dificultades. La primera de ellas es la definición misma del concepto.

En enjundioso, virtualmente exhaustivo estudio sobre la materia, el maestro Mario DE LA CUEVA (80) <(80) DE LA CUEVA, Mario: El Derecho del Trabajo y la equidad, ponencia al V Congreso Iberoamericano de Derecho del Trabajo y de la seguridad Social (versión mimeográfica). Todas las citas entrecomilladas que siguen son textuales y corresponde a dicha ponencia.> examina la cuestión desde sus orígenes - en la Etica a Nicómaco de ARISTOTELES - hasta nuestros días, e identifica sus diversas acepciones:

- La equidad como la justicia más allá de la ley escrita, esto es, "una fuente formal supletoria, que serviría para colmar las lagunas de la ley.:
- La equidad como "enderezamiento, rectificación de lo justo legal."
- La equidad como "adecuación de la norma abstracta a una acción singular que se caracteriza por sus peculiaridades." La equidad como "la justicia para el hombre real": "Ser indulgente con las cosas humanas; mirar no a la ley sino al legislador; no a la letra, sino a la intención; no a la parte, sino al todo". "Hábito o disposición que inclina al hombre a no extremar la justicia hasta lo pero, antes bien a amenguar su pretensión, por más que tenga la ley en su favor."

Hasta aquí la concepción aristotélica, magistralmente sintetizada por el maestro mexicano. Santo TOMAS DE AQUINO, al armonizar ese pensamiento genial con los principios fundamentales del cristianismo, dice: "Obrar con equidad quiere decir preferir lo justo por la naturaleza a lo justo por ley escrita", vale decir, el derecho natural - y, por ello, divino - al derecho legal. "La equidad es, en resumen, un principio correctivo de la ley injusta."

En su definición más usual,

"Equidad es la justicia del caso concreto, porque el juez no juzga a la ley, según ocurre en el caso de la inicua, sino que tiene que decidir un problema humano que o no fue previsto por el legislador o por sus peculiaridades no puede ser incluido en la generalidad de la ley."

Finalmente, "ser indulgente con las cosas humanas es también de equidad", de todo lo cual DE LA CUEVA, siguiendo a Vincenzo MICELLI (principii di filosofia del diritto), extrae como corolario que:

"El principio de equidad no es una norma, sino un principio directivo que opera sobre el derecho positivo, justamente porque está fuera de él y no puede formularse jurídicamente. Podemos tener una norma equitativa y una solución conforme a la equidad, pero no podemos tener una verdadera norma de

equidad."
Su propia definición del concepto es:
"La equidad es una fuente supletoria por cuanto es lo justo más allá de la ley escrita y su enderezamiento o rectificación, y un principio de interpretación que obliga al juez a mirar no a la ley, sino al legislador, no a la letra ni al hecho, sino a la intención, no a la parte, sino al todo."
Ello lo lleva a preguntarse - a afirmar, en realidad - "si la idea de justicia social no está de tal suerte impregnada por la equidad, que de verdad no es sino la aplicación de su sentido humano."
Como fuente supletoria y como principio de interpretación, tiene cabida en el derecho sustantivo, naturalmente, perso sobre todo en el procesal.
"Una jurisdicción de nuevo cuño - dice DE LA CUEVA - a la que llamamos la jurisdicción social del trabajo..., es una jurisdicción de equidad, porque en lugar de aplicar un derecho abstracto, tiene como destino el derecho social, en el que están unidas las ideas de justicia social y de equidad."
"Esta jurisdicción se aparta radicalmente de la civil, pues en tanto en ésta se escenifica una guerra en la cual las partes practican la vieja sentencia en la guerra está todo permitido, el proceso de trabajo tiene como finalidad el descubrimiento de la verdad como el camino único e imprescindible para que pueda resplandecer la justicia, la que no consiste en el triunfo del más hábil, sino en el reconocimiento del derecho de cada quien."
Proceso social en el que "deben ser admisibles todos los elementos probatorios,...porque nada debe impedir la marcha de la verdad", que "rompe los sistemas abstractos y rígidos para la valuación de las pruebas, a fin de dar libertad a los juzgadores de equidad para descubrir la verdad."
La equidad, dentro de esta magistral concepción, debe ser entendida, pues, como un principio informador, como una fuente supletoria y, sobre todo, como un criterio de interpretación, por cuyo medio la justicia abstracta, inmanente y general se concrete en la realidad.
Otro gran maestro Rafael CALDERA (81), <(81) CALDERA, Rafael: Derecho del Trabajo, El Ateneo, Buenos Aires 1984, p. 192.> apoyándose en Mario DEVEALI, para quien si "la equidad consiste en adecuar un principio general y abstracto a las diferentes situaciones concretas...puede afirmarse que el derecho del trabajo da más importancia a la equidad que a la justicia", sostiene: "La equidad viene a ser, pues, el carácter dominante y la regla más general en la interpretación de las leyes de trabajo."
Y en figura retórica agrega:
"Frente a la imagen tradicional de la justicia con los ojos vendados, definiendo con su espada inflexible el rigor de un principio sin atender personas ni circunstancias, podría decirse que la Equidad es ella misma, pero sin venda, con los ojos abiertos para conocer bien las circunstancias propias del caso que va a resolver." (82) <(82) CALDERA: Ibid., p. 210.>

Pero ¿es en efecto la equidad un principio esencial del Derecho procesal del Trabajo? PLA RODRIGUEZ (83), <(83) PLA RODRIGUEZ, Américo: Los principios...cit., p. 11.> siguiendo a DE CASTRO (Derecho Civil de España) señala la triple misión de los principios de derecho:

"a) informadora: inspiran al legislador, sirviendo como fundamento del ordenamiento juridico;

b) normativa: actúan como fuente supletoria, en caso de ausencia de la ley. Son medios de integrar el derecho;

c) interpretadora: operan como criterio orientador del juez o del intérprete."

La primera de estas misiones se plasma en la ley; ésta debe adecuarse, no puede quebrantar ni opnonerse a los principios del derecho. Las otras dos son esencialmente procesales: como fuente y como criterio hermenéutico, deben guiar el prudente arbitrio del juez.

Sucede, empero, que la equidad es un principio universal, válido para todo derecho; ¿puede ser, en consecuencia, un principio esencial del Derecho Procesal del Trabajo? Pensamos que sí. No por razones cuantitativas, de énfasis, de presencia más caracterizada en el proceso laboral que en el proceso civil, sino por su intensa gravitación como fuente y como guia injusta.

Cabe advertir que para PLA, quien ha desarrollado minuciosa y magistralmente los principios del Derecho Laboral, la equidad no es uno de ellos, "sino un procedimiento y un resultado: la armonía entre lo general y lo particular", análisis recogido de DE LA CUEVA en cita textual de su Derecho Mexicano del Trabajo. Para el ilustre maestro mexicano, sin embargo, la equidad es fuente supletoria y principio de interpretación (sic), misiones que PLA y DE CASTRO atribuyen a los principios y no a los procedimientos y menos a los resultados, DE BUEN (84) <(84) DE BUEN, Néstor: Derecho del Trabajo, Ed. Porrúa, 2a. Ed., México 1977, T. I., p. 421.> hace notar esta evolución en el pensamiento de DE LA CUEVA, que él no comparte.

Wagner GIGLIO, y con él parte importante de la doctrina brasileña, es reacio a aceptar la equidad como la fuente formal o material, o como fórmula de integración del derecho. La equidad - para él - no es un método ni una técnica de interpretación, sino un presupuesto lógico de actividad interpretativa, el principio axiomático de que todo Derecho tiende a alcanzar el ideal de Justicia.

La cuestión se enmarca dentro de los tres vectores de interrelación de la equidad y la ley, esto es, las formas intercepción de aquélla en ésta: **secundum legem**, la equidad es método de interpretación; praeter legem, es integrativa; pero es en su dimensión **contra legem** donde surge la discrepancia en términos de verdadera colisión: ¿puede el Juez, por equidad, contrariar a la ley? ¿Puede dejar de aplicar la ley inicua? ¿Cuál es el impreciso límite que separaría el recto ejercicio de este poder y el prevaricato?

DE LA CUEVA parece inclinarse por esta dimensión extrema de la equidad al expresar que cuando un juez la invoca "para decidir una controversia, imagina-

mos que actúa como si dispusiera del artículo primero del Código Federal Suizo de las obligaciones, esto es, dicta la sentencia `en concordancia con la norma que establecería si tuviera que realizar un acto legislativo'". (85) <(85) DE LA CUEVA, Mario: El nuevo Derecho Mexicano del Trabajo, Ed. Porrúa, 2da. Ed., México 1974, T. I., p. 134.>

A diferencia del árbitro - dice en cambio GIGLIO -, que "puede decidir exclusivamente por equidad, el juez debe juzgar con equidad, pero éste nunca podrá abandonar los métodos y técnicas de interpretación para fundamentar decisión exclusivamente en su criterio subjetivo de equidad." (86) <86) GIGLIO, Wagner: A equidade e o direito do trabalho brasileiro, ponencia al V Congreso Iberoamericano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, México 1974, conclusiones 2, 3 y 4.>

CABANELLAS (87) <(87) CABANELLAS, Guillermo: Introducción al Derecho Laboral, Ed. Omeba, Buenos Aires 1960, Vol. I., p. 545.> reconoce en la equidad un principio de interpretación, pero no una fuente de derecho, opinión que apoya en las de GINER DE LOS RIOS y AHRENS, y en la doctrina francesa, italiana, española y argentina (88). <(88) Las vigentes hacia 1969.> Admite, sin embargo, "que la equidad, unas veces con carácter principal y otras secundario, está siendo considerada por los más modernos códigos de trabajo como fuente jurídica, junto a la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho." Fuente de derecho indirecta, no directa - agrega - porque "constituye uno de los principios del Derecho Laboral, el que se encuentra íntimamente relacionado con la doctrina del abuso del derecho, **summun jus, summa injuria**; invocándose para resolver más en consonancia con la justicia y la moral." (89) <(89) CABANELLAS: Introducción...cit., p. 546.>

Nelson NICOLIELLO (90) <(90) NICOLIELLO, Nelson: El problema de las lagunas en las normas laborales, en Derecho Laboral No. 131, Montevideo julio-septiembre 1983, p. 721.> vincula la equidad al principio protector al decir que "Es un principio superior para el intérprete y para el legislador, que les indica que las leyes laborales han de estar benignamente inclinadas hacia el trabajador; que no son totalmente neutrales, sino que tienen a corregir la desigualdad corriente entre el capital y la labor humana."

Más radical, Alberto TRUEBA URBINA (91) <(91) TRUEBA URBINA, Alberto: Nuevo Derecho del Trabajo, Ed. Porrúa, México 1972, p. 264.> sostiene que "la equidad sólo puede operar revolucionariamente superando y mejorando la justicia en su función proteccionista para el efecto de hacer efectiva la reivindicación de los derechos del proletariado, socializando las empresas o bienes de la producción."

KROTOSCHIN (92) <(92) KROTOSCHIN, Ernesto: Tratado práctico de Derecho del Trabajo, Ed. Depalma, Buenos Aires 1981, p. 74.> da a la equidad en la interpretación de la ley un vuelo distinto, pues, en vez de vincularla o derivarla del principio protectorio, de alguna manera la contrapone a él al señalar "la

necesidad de equilibrio de fuerzas e intereses opuestos. En cierto sentido constituye un contrapeso del principio **pro operario**, en cuanto considera también la finalidad del bienestar colectivo y tiende a una interpretación ontológica, protegiendo los derechos de ambas partes en la medida en que la igualdad es compatible con el principio protectorio."

En la misma línea, CALDERA (93) <(93) CALDERA, Rafael: Derecho del Trabajo...cit., p. 193.> advierte, "ante el unilateralismo con que es comprendido por algunos, que la equidad debe entenderse lo mismo para templar la aplicación farisaica de la ley cuando ésta favorece al patrono como cuando ésta convendría al obrero."

La equidad - en la expresiva figura retórica del maestro venezolano - no descubre uno solo de sus ojos, sino ambos. La equidad orienta una interpretación teleológica, pero la atempera también, porque la virtud no está en el exceso sino en el punto medio.

Lima, octubre 1990.

EL FUTURO DEL DERECHO DEL TRABAJO

José Cabrera Bazán (España)
Perspectivas de futuro sobre el derecho del trabajo.

Néstor de Buen (México)
Crisis y perspectivas (no muy halagüeñas) del derecho del trabajo.

PERSPECTIVAS DEL FUTURO SOBRE EL DERECHO DEL TRABAJO

José Cabrera Bazán
(España)

Io. Introducción.

Quienes hemos tenido la obligatoria oportunidad, por llamarlo de alguna manera, de elaborar lo que en argot universitario se llama "Memoria de cátedra", hemos debido reflexionar más ó menos filosóficamente, sobre el concepto de la disciplina. Y por lo que hace, al Derecho del Trabajo (DT), dicha reflexión había que llevarla a cabo sobre la naturaleza y caracteres del trabajo objeto de regulación por el mismo. Ello conducía a su vez a reflexionar sobre la naturaleza y caracteres propios del DT como ordenamiento jurídico. Ahora, al cabo de los años he intentado una nueva reflexión al respecto para comprobar la certidumbre de mis ideas al plantearme el problema del futuro del DT.
Plantearse el futuro del DT, necesariamente plantea los problemas inherentes a su origen y a su pasado. Sabido es que el DT es una rama desgajada del Derecho Civil, concretamente de los arrendamientos de servicio y obras, regulados en los artículos 1583 y siguientes del Código Civil español. Pero su importancia llegó a ser enorme, sobre todo a medida que, con la Revolución industrial, se generalizaron los nuevos modos de producción y además de la regulación de los mencionados contratos se incluyeron en el nuevo corpus normativo la regulación de los sindicatos y de la Seguridad Social. Por lo que respecta a los contratos de arrendamiento que tuvieran por objeto una prestación de trabajo, desde un principio estuvieron marcados por una limitación, la de que los sujetos de las prestaciones fueran trabajadores dependientes. Pues bien, desde este instante, he de hacer observar que mi digresión ha de girar sobre el hecho de que la superación de esta limitación, que cada día se considera menos esencial, puede poner en riesgo la existencia de la propia disciplina, al menos en su consideración de disciplina jurídica de carácter especial. A tal respecto y para iniciar este análisis, hay que situarse en el punto en que, el DT, ya reconocida su autonomía como rama totalmente independiente del Derecho Civil, se reconoce, como rama jurídica especial.

IIo. El DT como rama jurídica especial.

El carácter especial que se atribuye al DT nunca dejó de interesarme negativamente, quizás porque nunca he sido partidario de especialidades ni de excepcionalidades, encubridoras de alguna forma de discriminación injusta. Después de afirmarse que el DT era una rama jurídica autónoma, se afirmaba con fuerte énfasis que además era una rama jurídica especial y se intentaba explicar seguidamente qué debía entenderse por tal. Evidentemente, el problema de la especialidad guarda estrecha relación con el de la autonomía, la que, en verdad, se adquiere en base a dicha especialidad; es decir, no se es especial porque se trate de una autonomía jurídica, sino al revés, dicha autonomía está en función de su

especialidad. Ello sucede con el DT como con cualquier otra rama jurídica respecto del Derecho común. Pero se insiste, es conveniente averiguar qué se entiende por Derecho especial y si ello es de aplicación al DT.

Así hay que señalar que la doctrina jurídica, encabezada por Federico de Castro, habla de las distintas posiciones de las ramas jurídicas respecto del Derecho común y distingue entre Derecho particular y Derecho común en relación al ámbito territorial de sus normas respectivas (todo el territorio o una parte localizada del mismo); también distingue entre Derecho normal y Derecho excepcional (en base a la distinta fuerza operante que tengan sus normas) y termina también por distinguir el privilegio (que crea de modo inmediato una determinada situación jurídica). Pero el Derecho común se enfrenta con el Derecho especial en base a la diversa amplitud del contenido de las disposiciones que contienen sus respectivas normas; así, el Derecho común tiene un matiz de totalidad porque sus normas regulan la vida social por entero, mientras que el Derecho especial está formado por aquellas normas destinadas a regular solo una institución o una serie de relaciones determinadas. Es muy importante también tener en cuenta que, entre otros, Ascarelli y Borrajo, afirman que el Derecho especial no se explica por la individualización de la materia que regulan, sino por los principios que inspiran tal regulación, añadiéndole a esos principios el distinto matiz que la perspectiva histórica le ofrece, siendo esto último, la nota relativizadora máxima que constituye un poderosísimo poder de distorsión respecto de la definitividad calificadora de las diversas ramas jurídicas. En parecidos términos se expresa A. Olea, cuando dice que la especialidad de una disciplina viene determinada por la presencia de una categoría diferenciada de sujetos, de relaciones o de objetos jurídicos. La diferenciación de cada uno de estos elementos, trae consigo la de los restantes, pero cual de ellos se elija para centrar a su alrededor la especialidad depende de circunstancias históricas variables y de las tradiciones jurídicas generales de cada país. De nuevo se advierte la relativización producida por el factor histórico, que se pondrá de manifiesto con claridad meridiana al observar el fenómeno de regulación de las relaciones especiales del artículo 2o. del Estatuto de los Trabajadores.

En efecto, todas y cada una de las relaciones especiales que se contienen en el artículo 2o. del ET, desde los futbolistas al servicio doméstico, pasando por los trabajadores portuarios y demás grupos gremiales relacionados, son consideradas ahora como especiales, porque al fin fueron acogidas por el DT tras un largo período de hibernación. Y es lo cierto, además, que se ha entendido como suficiente la mera diversidad de las actividades objeto de esas relaciones jurídicas para elaborar toda una teoría de la llamada especialidad. Y si son las especiales características de cada actividad lo determinante de la especialidad de la relación, con lo que debería haber tantas relaciones especiales como oficios, ¿qué razón hay para que no se entiendan como tales todos los contratos de actividad, además de los ya considerados abiertamente como relaciones comunes de

trabajo, derivadas de los arrendamientos de servicios y obras del Código civil, tales como abogados, médicos, arquitectos, conductores de vehículos propios, etc.? La respuesta debe sernos proporcionada por la respectiva circunstancia histórica de cada momento, que, como se ha dicho relativiza sobremanera la certidumbre de las fronteras del ámbito del DT. Y ¿cuál es esa circunstancia histórica? Pues sencillamente la búsqueda en cada momento del máximo amparo y cobertura ofrecida por la normativa más favorable.

En efecto, en un principio, fue el Derecho mercantil el ámbito normativo anhelado por los trabajadores habida cuenta de las ventajas de que disfrutaban los trabajadores mercantiles (meritorios auxiliares del comerciante, etc.) frente a las exigencias por parte de amos y patronos en los arrendamientos de servicios del Derecho civil. Pero resulta que, al cabo de los años, todas las ventajas de los trabajadores mercantiles y muchas más son reconocidas a los trabajadores de los arrendamientos de servicios, y ahora el anhelo de trasladarse de campo normativo es parte de los trabajadores mercantiles. Hay toda una larga historia de reivindicaciones y frustaciones de los representantes de comercio, hasta que, con algunas limitaciones y condiciones les fueron atribuídos los derechos y obligaciones de los trabajadores comunes. Y ésta es la misma historia de todos los demás trabajadores a que se refiere el artículo 2o. del ET.

Es muy importante no perder de vista la perspectiva histórica de que todo ello ha ocurrido coincidiendo con la extraordinaria expansión del DT. Afirmaban a este respecto Cammerlynck y Lyon Caen que "a medida que los instrumentos de producción se concentran entre las pocas manos de grupos poderosos económicos, el número de personas que devienen trabajadores subordinados en sentido amplio y cambian su trabajo por una remuneración, crece sin cesar". Y, con aire profético se añade "que llegará un día que en que toda persona física tendrá la consideración jurídica de asalariado y toda actividad profesional está regida por el DT, en tanto que los empleadores no serán más que personas morales". Preciso es reconocer que ello no se ha cumplido, porque aún subsisten hoy día trabajadores independientes no incorporados al ámbito del DT, aunque su importancia decrezca y al mismo tiempo se generalice una concepción extensiva del asalariado, para otorgarles, frente a su status indeciso, una protección análoga a la de los trabajadores comunes.

Sucede, sin embargo y además, que al fenómeno de expansión del concepto de trabajador se ha añadido, lógicamente, una mayor extensión del ámbito y del contenido del DT. Como dicen Cammerlynck y Lyon Caen, al principio apenas si consistían en algunas disposiciones relativas a la seguridad e higiene en el trabajo (a lo que paradójicamente se refiere hoy solamente el Derecho social de la Comunidad Económica Europea) y la extensión, al principio muy débil, se fue produciendo y tomando consistencia al acompañarse de una fuerte presión obrera para incorporar enseguida al comercio y la agricultura. Pero en esta época de desregulación del trabajo prestado por cuenta ajena, conviene tener en

cuenta lo que pensaba Cammerlynck y Lyon Caen sobre el objeto del DT, que se ampliaba más y más, al menos en la época a que ellos se refieren. Vienen a decir que, ante ese fenómeno, "poco a poco también el legislador ha pasado a la reglamentación de la vida de trabajo", aunque haya que lamentar que todo ello se haya hecho sin un plan conjunto, sin correspondencia con una política social coherente, y, en base a ello, se permitían recomendar un tiempo de espera. Discrepaban de que tal fenómeno de expansión se refiriera a la propia expansión de la proletarización, sino que, por el contrario, es un fenómeno de incorporación de capas de asalariados, a menudo de alto nivel; y que si el DT se expansiona es porque se aplica a categorías nuevas de individuos (cuadros y técnicos) y a capas sociales muy alejadas del proletariado del siglo XIX. Estas son las palabras que se pronunciaban por muchos, la mayoría de los estudiosos del DT al que auguraban un gran futuro de expansión y de expansión dirigida a la conversión de un DT especial en un DT común. Este vaticinio, que ha resultado errado durante mucho tiempo, vuelve a resurgir ahora con la aparición de nuevos fenómenos que alteran profundamente las circunstancias en que el trabajo debe ser prestado.

IIIo. A. Las nuevas orientaciones del mundo del trabajo.

Es verdad que ciertos estudios (concretamente, uno de la Universidad de Granada) han hablado de la posibilidad de que muchos potenciales trabajadores de 25 años probablemente no encuentren jamás un empleo. La rotundidad de la afirmación produce un fuerte impacto intelectual y sentimental sobre todo si se pensara que las estructuras de la producción de bienes y servicios fueran a seguir anclados en sus formas actuales. Pero ello no puede ni debe ser así. Estamos avocados a un mundo nuevo, en el que necesariamente habrá que modificar el marco institucional.

Ese mundo nuevo que alborea, como diría Machado, es el mundo de las nuevas tecnologías, que según se ha dicho recientemente, "requiere un mayor imput de capital humano en relación con los imput de enegías y de materias primas, lo que hace disminuir los factores de localización (energía e infraestructura de transporte) y aumentan la de otros factores (infraestructuras educativas y sociativas, y de calidad de vida). Se dice que la Revolución de la Informática hará desaparecer del mercado de trabajo al asalariado alienado a finales del siglo presente. Y alternativamente, hay que formar generaciones que sepan vivir en un mundo en que el trabajo productivo será función de la capacidad creativa individual. Es indudable que tanto los países desarrollados, como los en vías de desarrollo, reclamarán grandes inversiones educativas. Es esta una condición indispensable para cualquier especialista: sin capital humano no hay riqueza económica. Tres son los grandes temas de prospectiva educativa relacionados con la Sociedad de la Información: la educación permanente, la educación del

tiempo libre y la educación planetaria. La primera es fundamental para una mejor adaptación al cambio tecnológico y para el desarrollo de la capacidad innovadora individual y es una ayuda indispensable para el desarrollo del trabajo independiente.

Obsérvese que se habla de un tipo de trabajo, el independiente, que es el que se generalizará, y que es exactamente de características contrarias al que luego se institucionalizó, el trabajo dependiente o subordinado. Consecuentemente, frente al esquema lineal, formación-trabajo-descanso, característico de la Sociedad Industrial, ha ido ganando terreno un esquema rectangular, ocio-formación-trabajo-vida familiar, que prefigura la Sociedad de la Información. La universidad del futuro debe resaltar la importancia de "la educación inicial que debe preparar autodidáctas y la educación contínua debe proporcionarles los medios necesarios. En la educación inicial el estudiante se somete a un sistema normativo; en la educación contínua el trabajador-estudiante tiene la iniciativa y la responsabilidad de sus opciones y de su trabajo". El diploma de la formación inicial es el punto de partida, no el de llegada. Por lo que se refiere a la educación del Tiempo Libre es la preparación para el aprovechamiento de la principal riqueza creada por el crecimiento económico. Su uso inteligente requiere una educación que, permanentemente, estimule creatividad individual y provoque sed de conocimientos (la erótica del conocimiento). Se trata de abrir una puerta "al portentoso desarrollo del tiempo creativo dedicado a las artes y a las ciencias, comparable a la historia humana en el Renacimiento".

Finalmente, no cabe duda de que cada día tenemos más información planetaria, "cada día es más fácil actuar locamente para aportar un grano de arena a la solución de los problemas globales. Los esquemas nacionales deben dar paso a nuevos esquemas supranacionales". Pero aún no nos hacemos cargo de lo que ello significa, tanto que, por lo normal, "se enseña el pasado, un pasado de Sociedad industrial, nadie prepara seriamente el futuro de la Sociedad de la Información. Las autoridades universitarias siguen pensando en términos de puestos de trabajo asalariados; los centros de formación profesional en términos de diplomas para calificaciones. Sin duda, esas necesidades son reales, pero el espacio de tiempo humano que cubren será cada día menor.

B. La influencia de las nuevas tecnologías.

Las nuevas orientaciones del mundo del trabajo vienen marcadas por la introducción de las llamadas "nuevas tecnologías". Desde muy pronto, y dicho sea de una manera simplista, se planteó al mundo del trabajo y a su ordenamiento jurídico, el problema de la escasez de su propia materia prima; esto es, la escasez de trabajo con que dar ocupación a la población trabajadora, debido ello a los avances tecnológicos. De tal manera es así que probablemente no exista programa de Gobierno alguno que no contemple medidas dirigidas a conseguir el pleno empleo, hoy ya considerado como una meta inalcanzable. Como consecuencia de ello, de siempre los avances tecnológicos han sido rechazados

por la población trabajadora. Pero aunque la oposición al fenómeno tecnológico está totalmente desacreditada, por otro lado, las "nuevas tecnologías" producen hoy un impacto tal que prácticamente llevan a hacer desaparecer las formas de empleo tradicionalmente consideradas como más importantes cuantitativa y cualitativamente hablando.

Para un mejor conocimiento del problema resulta ilustrativo, el Informe de la Sección de Asuntos Sociales del Comité Económico y Social de la CEE, aprobado el 16 de enero de 1986. Lo hemos elegido por el valor de su oficialidad, pero los estudios sobre la materia proliferan por doquier. El informe analiza las repercusiones que producen los profundos cambios introducidos por las nuevas tecnologías, inequiparables a los de cualquier época anterior y ha de llamarse la atención sobre el que la composición mixta del mencionado CES de la CEE lleva a caracterizar sus informes por su gran prudencia y ambiguedad. Se parte de una hipótesis construída sobre la superioridad ética del deber ser, cuya aplicación se pretende en base a un voluntarismo dificílmente consensuado.

Así se considera que las nuevas tecnologías tienen un carácter neutro, en el sentido de que sus efectos positivos ó negativos dependen de la aplicación que quiera dárseles. Lo correcto, se dice, es un planteamiento flexible de la cuestión, para evitar que la aceptación o rechazo desordenado produzca excesivos costos sociales y económicos. Pero el problema tiene un gran interés dialéctico, habida cuenta de que el indudable tinte progresista del desarrollo tecnológico que constituye un avance innegable para el vivir de la comunidad civil, supone al mismo tiempo fuertes costos sociales para las clases trabajadoras en forma de aumento del paro. En efecto esta dialéctica se resuelve con dos certidumbres francamente negativas. Por un lado, se admite la más absoluta imprevisibilidad sobre el quantum de los efectos positivos, por lo menos hasta el final de la década de los noventa, mientras que de contrario se afirma que los efectos negativos se cifran en la destrucción de un cuarenta o cincuenta por ciento del empleo actualmente existente.

El remedio con que se pretende paliar esos efectos negativos empieza a resultar manido. Se trata de recomendar un crecimiento económico que compense el incremento de productividad de las nuevas tecnologías. Tal exigencia es ilógica; por un lado, porque tal compensación solo sería posible cuando la productividad derivara del trabajo humano y no de la tecnología; y por otro porque el ideal de los empresarios ha sido siempre producir prescindiendo del trabajo humano. Se dice que el crecimiento genera empleo, pero para ello es necesario la utilización de fuerza de trabajo. Por el contrario se crece y se crece mucho más económicamente sustituyendo hombres por máquinas, y aunque se cree algún empleo inducido nunca la proporción será equiparable. Otra cosa será el efecto negativo de la política tecnológica de la destrucción de potenciales mercados de consumidores, lo que por otro lado no es una verdad contrastada, pues lo que hasta ahora se ha comprobado es el desplazamiento de dichos mercados a estratos sociales

distintos.

Con independencia de lo que se acaba de decir, también hay que señalar entre los efectos negativos la previsión de que la progresiva descualificación profesional producida por el impacto tecnológico incremente la movilidad geográfica y funcional de importantes grupos de trabajadores. Frente a ello aparecen nuevas formas de trabajo, especialmente el ahora llamado teletrabajo,que guarda gran similitud con el trabajo a domicilio generalizando el trabajo independiente. Todo ello determina una división de la mano de obra entre especialistas muy cualificados y polivalentes, de una parte, y un núcleo importante de parados por sus insuficientes cualificaciones, de otra, especialmente mujeres y trabajadores de edad madura.

Otro efecto negativo a señalar es el desequilibrio entre la formación profesional de la mano de obra y las necesidades que originan las nuevas tecnologías. A este respecto, se señala por el CES de la CEE la necesidad de proceder a una adecuada formación y reciclaje de la mano de obra. La amplia gama de posibilidades aplicativas de las nuevas tecnologías afectan a un número cada vez mayor de trabajadores y acentúa la necesidad, señala el informe, de una mayor coordinación y vinculación entre las enseñanzas escolares de carácter general, la formación profesional y los estudios de perfeccionamiento. Se critican fuertemente los actuales sistemas educativos sobre todo por la insuficiencia de formación tecnológica y se recomienda en la enseñanza escolar una suficiente información sobre las nuevas tecnologías en función de alcanzar la necesaria cualificación que habrá de exigirse posteriormente. Esta exigencia de nuevas cualificaciones es más necesaria en determinadas actividades del sector terciario de servicios (comercio y administrativas) así como también en el sector industrial.

De gran importancia es la repercusión de las nuevas tecnologías sobre el tiempo de trabajo y las condiciones generales en que el trabajo debe desenvolverse. La satisfacción de la aspiración individual de una mayor flexibilidad en el tiempo de trabajo, recomendada por el COES de la CEE, que puede llevar consigo una reorganización y reducción del mismo, puede facilitar la introducción de las nuevas tecnologías con mantenimiento del nivel de empleo. y por cuanto hace a las condiciones en que el trabajo debe prestarse se condicionaría la aceptación de estos cambios a la reducción de riesgos y compulsiones que pueden suponer determinados usos de las nuevas técnicas. Se obtienen consideraciones ponderadas al comparar las posibles ventajas que se ofrecen desde la perspectiva del enriquecimiento del contenido del trabajo, la dulcificación del esfuerzo físico y el reforzamiento de la seguridad, pero no se ocultan las posibilidades de repercusiones psíquicas para el trabajador. Como se habla igualmente de la pérdida de autonomía individual, de monotonía y de regresión de la comunicación social y del incremento de los ritmos de trabajo, aún com mayor control del mismo por parte del trabajador.

Como paliativo de todo ello, se habla de la participación de los trabajadores en

el control de las nuevas tecnologías y de que la introducción de las mismas se lograra mediante un pacto social. Concretamente se declara que "las partes sociales deberían ser estimuladas para iniciar un diálogo sobre las condiciones de utilización de equipamientos, la organización del trabajo y la ordenación de horarios, los problemas de empleo y la jornada de trabajo". Esta participación se resume en tres fases, información consulta y negociación, planteándose la cuestión sobre si los empresarios preferirían una participación de los usuarios directamente, o si debe ser una representación sindical la que negocie. Pero veamos lo que ha sucedido hasta ahora con el intento de llevar a cabo ese "pacto social".

C. Las conversaciones del Val Duchesse.

En 1985, a iniciativa de Jacques Delors, Presidente de la Comisión de la SCEE, se reunieron en Val Duchesse, un pequeño palacio de Bruselas, representantes de la Comisión, de la Confederación Europea de Sindicatos (CES) y de las dos grandes organizaciones patronales de la industria, la Unión de Industrias de la Comunidad Económica Europea (UNICE) y el Centro Europeo de la Empresa Pública (CEEP), e iniciaron las llamadas "Conversaciones de Val Duchesse". El objetivo de estas conversaciones no eran otro que el de poner la piedra angular para la institucionalización de un auténtico "diálogo social". Se trataba en concreto de examinar las repercusiones que podría tener un diálogo social comunitario en el desarrollo económico de la Comunidad. Al principio se crearon dos grupos de trabajo, de composición paritaria, uno que se ocupaba de cuestiones macroeconómicas y otro de las nuevas tecnologías. El primero de ellos, en noviembre de 1986 adoptó un dictámen en favor de una estrategia de cooperación para el crecimiento en el que las organizaciones representadas expresaron en términos muy generales y abstractos, "su convicción de que el diálogo social es un importante elemento a la hora de hacer realidad la estrategia política y económica de la Comisión de la CEE".

En marzo de 1987 el grupo de las nuevas tecnologías emitió dos dictámenes cuyo contenido fue recogido literalmente por el dictámen del Consejo Económico y Social del que se ha hecho mención líneas arriba. Merece la pena insistir en la importancia que las partes daban para facilitar la introducción de las nuevas tecnologías a la información y a la consulta a los trabajadores. A tal respecto, debía entenderse por información "proporcionar a los trabajadores los detalles de los cambios a introducir para que comprendan con claridad las opciones efectuadas y sus consecuencias para el personal"; mientras que consulta significaba "recoger todas las posibles opiniones y sugerencias en torno a las consecuencias de los cambios para el personal, en especial por lo que al empleo y a las condiciones de trabajo se refiere". Pero lo que sorprende es que, con independencia de los lugares comunes que el dictamen contiene y de su carácter meramente recomendatorio, termina por reconocer que "la información y la consulta deberán facilitar y en ningún caso entorpecer la puesta en funciona-

miento de las nuevas tecnologías (porque) las decisiones definitivas serán responsabilidad exclusiva del empresario o de los órganos decisores de la empresa, aunque esta prerrogativa no excluirá que se entablen negociaciones si las partes así lo deciden".

La claridad con que se expresa el dictámen es de todo punto lógica, porque lo que se pone en juego es nada menos que la participación de los trabajadores en la gestión y la dirección, cuyo reconocimiento lleva años estancado en la discusión de la directiva Vredeling. La propia Comisión se ha visto obligada a reconocer que las perspectivas elaboradas en estos trabajos no han llegado nunca a traducirse en realidades por parte de las distintas agrupaciones nacionales asociadas a las organizaciones negociadoras, aunque los sindicatos, lógicamente, hubieran visto con agrado un compromiso de este tipo por parte de los patronos. Durante años se vienen sucediendo reuniones sobre éstos y parecidos temas en diversos foros sin que nada efectivo se haya logrado hasta la fecha. El más conocido de todos, el COES ha expresado su convicción de que la ausencia de resultados concretos se debía a las limitaciones de los interlocutores en cuanto a representatividad y autoridad. El propio COES reconoce que sus capacidades son meramente consultivas y no decisorias y lo mismo sucede con el Comité Consultivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero y con el Comité Permanente de Empleo.

El problema radica en convertir el pacto social en un auténtico convenio colectivo de ámbito europeo, que cada vez se ofrece más ilusorio por la heterogeneidad de los sistemas en vigor en los diferentes Estados miembros. Las dificultades para alcanzar esta meta parecen insalvables. Se dice que está en juego la propia noción del convenio colectivo, porque los derechos y obligaciones de las partes son diferentes de un Estado a otro. Las divergencias recaen sobre cuestiones tan fundamentales como la propia naturaleza del compromiso contractual, la capacidad de los socios contrantes, y el papel del Estado. Y a ello se añaden otras como la articulación de este nivel europeo con los niveles interprofesionales, de ramas y de empresa. Pero quien habla piensa que, sobre todo, falta voluntad política y espera esperanzado en que un día la Comisión de la CEE se decida a clarificar estos problemas y haga proposiciones concretas sobre la material.

IVo. El Derecho del Trabajo del futuro.

a) Las perspectivas del futuro del mundo del trabajo.

Páginas atrás se ha intentado describir en línea de aproximación los nuevos condicionamientos socioeconómicos que suponen para el mundo del trabajo la irrupción de las nuevas tecnologías. Siquiera de paso se hacía alusión al matiz político-ideológico que condicionaría la incorporación de esas técnicas revolucionarias a las relaciones de producción, lo que, por otro lado, ha sucedido

siempre.

Sabido es que el DT nace para responder a las exigencias de una sociedad industrial para cuyas relaciones de producción los arrendamientos del Código civil se mostraban insuficientes. Si bien es cierto que las primeras manifestaciones reguladoras del mundo laboral tuvieron por finalidad la protección de las mujeres y de los niños en cuanto a sus condiciones de trabajo, inmediatamente se aceptó la idea de que el núcleo de la disciplina que se estaba formando lo había de constituir la regulación de las nuevas relaciones de producción. Dicho núcleo lo constituyó una nueva institución jurídica, el contrato de trabajo, y, a partir de ella, se estructura todo el DT.

No es necesario acudir a formulaciones de corte marxista para convenir en que la elaboración de la nueva disciplina estaba transida de ideología. Parecía que, en un principio, y dadas las condiciones en que el trabajo llegó a prestarse al inicio de la Revolución Industrial, el DT estuvo presidido por la idea del proteccionismo de los trabajadores, consecuencia de las reivindicaciones de lo que política y genéricamente se llamó "movimiento obrero". Era la izquierda y sus pensadores quienes presionaban para que el conflicto de clases que planteaba las nuevas relaciones de producción se resolviera en favor de los representados por el movimiento obrero. Con ello se llegó a identificar el DT con el Derecho obrero, aunque ello estuviera alejado de la realidad. hay opiniones autorizadas respecto de que el DT, si no es favorecedor de los intereses de la clase empresarial, al menos ha servido durante mucho tiempo para atemperar las reinvindicaciones obreras.

Pero, con el tiempo, la línea proteccionista continuada por el DT, vía la consolidación legal de las reivindicaciones obreras, ha culminado en un estadio calificado por la derecha como de excesivo "garantismo legal" de imposible mantenimiento. Es una nueva manifestación del conflicto social entre izquierdas y derechas, entre trabajadores y empresarios, que por ahora parece decantarse en favor de las últimas. En efecto, la incidencia de las nuevas tecnologías en el mundo del trabajo, como se ha dicho, perfilan unas nuevas características de las relaciones de producción, con un fuerte impacto sobre el empleo. Lo cierto es que, abstracción hecha de la desregulación pretendida por la derecha neoliberal, los gobiernos socialdemócratas, pretenden al menos una liberalización de la regulación con la que atemperar las reivindicaciones obreras y encauzarlas por la vía de una cierta racionalidad económica. Esta racionalidad económica parece situar el conflicto de intereses en el fiel de una hipotética balanza por la ausencia de otras alternativas. El problema es que las consecuencias sociopolíticas son de muy alto costo para las clases trabajadoras, principalmente en forma de disminución del empleo y la consecuentemente formación de un tercio de población marginal. La investigación sobre esas consecuencias y las referidas a las soluciones de política económica sobre las mismas, llevarían demasiado lejos y nos alejarían de los fines aquí propuestos

Pero lo principal a retener de todo ello es que se empieza a aceptar la desideologización de las relaciones de producción que responden en su dessenvolvimiento, se dice, a una lógica incontrovertible. Por ende, surge la imperatividad de un DT objetivado y lejos de la conflictividad de intereses cuya composición ha sido el leit motiv de su existencia.

b) El posible sistema del futuro Derecho del Trabajo.

Nunca fue fácil la función de auguir el futuro, ni menos todavía la de agorero por cuanto la suya es premonitoria de desgracias y males. Pero no es este el caso. Aquí se trata de llevar a cabo el diagnóstico del posible futuro del DT de matiz decididamente positivo, por cuanto se pretende ofrecer una nueva y renovadora perspectiva de un ordenamiento jurídico que en gran parte empieza a mostrarse obsoleto. El fenómeno es tanto más curioso porque se trata de la renovación de un Derecho nuevo, siendo así que nada se intenta respecto de otros ordenamientos más viejos y obsoletos y lógicamente más necesitados de renovación, como el Derecho civil, el Derecho mercantil y el Derecho constitucional.

En cuanto al DT se ha hablado de tres posibles salidas a su actual situación: su desaparición, su mantenimiento como Derecho especial con acentuación de su especificidad y su disolución en un Derecho común renovado.

Su desaparición se vaticina como improbable basada en razones de escaso peso específico. El alto grado de complejidad de las relaciones laborales, cada día más acentuado, no avala su no desaparición, sino más bien apoya, al menos, su renovación. En efecto, la complejidad de las relaciones laborales pretende ser alcanzada por la regulación positiva, produciéndose así la gran asistematicidad del ordenamiento. También se habla de razones sentimentales, porque siendo el DT el resultado de luchas y sacrificios sin cuento, no es plausible que la clase trabajadora renuncie a todo ese acervo que forma parte de su patrimonio y de su cultura. El problema no está en el ejercicio de la voluntad que tenga que realizar la clase trabajadora al respecto, sino en que los nuevos fenómenos que inciden en las relaciones de producción, las configuran con perfiles también nuevos y hacen imposible la validez del Derecho positivo. Esos nuevos fenómenos se imponen por la propia naturaleza de las cosas. Sin mayores detalles, piénsese por ejemplo en el cada vez menor peso específico de los sindicatos, prácticamente anulados en los países de gobiernos conservadores y a duras penas sostenidos por los gobiernos progresistas.

Si el DT se aferrase a continuar subsistiendo como el Derecho especial que es actualmente, cada vez aumentaría la complejidad de su entramado normativo. Pretendería abarcar casuísticamente todos los supuestos pensables de relaciones de actividad, como es el caso de la regulación de numerus apertus de las relaciones especiales que se contiene en el artículo 2o. del Estatuto de los Trabajadores, con incremento progresivo de su asistematicidad.

Se apuesta finalmente por la constitución de un Derecho común del trabajo, solución ésta que tiene todos los visos de resultar acertada. Y ello en base al

fenómenos de la comunicación ya vaticinada como fase final en que termina todos los derechos especiales. Se insiste en el fenómeno de la comunicación del Derecho especial; ello tiene lugar a virtud de la fuerza expansiva del propio Derecho especial que va poco a poco desbordando el ámbito que constituyera su origen. En esencia, se decía que el "Derecho especial se presenta en aquellos sectores sociales que se caracterizan por guardar una cierta relación de identidad o analogía con aquellos otros en que se realizó por vez primera; las situaciones sociales análogas tienden a ser reguladas de un modo análogo". El fenómeno es siempre el mismo; el Derecho común general "se ve sustituído por las normas que realizan los nuevos principios y se bate en retirada ante la invasión del Derecho especial". Sucede que el Derecho especial desaparece, no como Derecho, sino como especial, acaecimiento que se produce a la hora de su triunfo, porque ya ha cumplido su misión histórica de Derecho común renovado o de Derecho común del futuro".

El fenómeno es perfectamente constatable en el momento actual con todas las circunstancias que lo caracterizan. Van desapareciendo las características de especialidad, que han sido señaladas líneas atrás, en base a la extraordinaria expansión del ámbito subjetivo del Derecho especial. Lo que un tiempo fueron zonas grises, se van clareando, van desapareciendo las diferencias de tratamiento entre trabajadores dependientes e independientes y unos y otros reclaman trato análogo para sus situaciones análogas. Es el caso de la regulación de la libre circulación de trabajadores y profesiones liberales en la Comunidad Económica Europea, que tiende a ser equiparada de forma casi total; por nuevos conceptos que implica la construcción de la Europa de los ciudadanos, que harán que lleguen a confundirse los status de trabajador y ciudadano.

Las consecuencias serán acarreadas en función de los tres tipos de circunstancias que han sido esbozados; a saber, la generalización de una ideología moderada de corte socialdemócrata, aunque progresista, que mantenga un cierto intervencionismo estatal; la difusión igualmente generalizada de cambios tecnológicos profundos que llevan consigo necesariamente la configuración de unas nuevas relaciones de producción; la extraordinaria expansión del ámbito sujbetivo del nuevo ordenamiento debido a la uniformación de las actividades productivas.

Acorde con las circunstancias mencionadas, las coordenadas del nuevo DT, podrían centrarse en los tres puentes siguientes:

1) Consideración del mismo como el ordenamiento jurídico regulador de las relaciones de producción de bienes y servicios, mediante la disolución en su ámbito objetivo de todos los contratos de actividad;

2) Extensión de su ámbito subjetivo a todo tipo de trabajador que desarrolle una actividad productiva, fueren cuales fueren las características de las mismas, y fueren aquellos dependientes o independientes.

3) Mantenimiento de su carácter tuitivo centrado fundamentalmente en la garantía de una jurisdicción sumaria y gratuita.

México, 9 de Octubre de 1990.

BIBLIOGRAFIA

- ALONSO OLEA, Manuel. "Introducción al Derecho del Trabajo". Madrid, 1983.
- BORRAJO DACRUZ. "Problemas comunes al Derecho Mercantil y al Derecho del Trabajo", en Rev. de Der. Mercantil, No. 66, oct-dic. 1957.
- CABRERA BAZAN, José. "Contrato de Trabajo y ordenamiento jurídico". Ed. Akal, Madrid 1982.
- CAMERLYNCK y LYON-CAEN. "Derecho del Trabajo". Ed. Aguilar, 1a. ed., Madrid, 1974.
- Centro de Documentación de la CEE, Sevilla, "Documentación comunitaria".
- CASTILLO, Juan José. "La automoción y el futuro del Trabajo". Ed. MInisterio de Trabajo y Seguridad Social, 1a. ed., Madrid, 1988.
- DUNLOP Y GALENSON. "El trabajo en el siglo XX". Ed. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1a. ed., Madrid, 1985.
-FRONTELA, Emilio. "El asalariado desaparecerá a finales de este siglo", El Correo de Andalucía (24-III-90)
- FREEMAN, CLARK y SOETE. "Desempleo e innovación tecnológica". Ed. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1a. ed., Madrid, 1985.
-PALOMEQUE LOPEZ, Manuel Carlos. "Derecho del Trabajo e ideología". Ed. Tecnos, 3a. ed., Madrid, 1987.
-SINZHEIMER, Hugo. "Crisis económica y Derecho del Trabajo". Ed. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1a. ed., Madrid, 1984.
- ZORRILLA RUIZA, Manuel María. "Derecho del Trabajo y proceso de cambio social". Publicaciones de la Universidad de Deusto, 1a. ed., Bilbao, 1977.
- ZORRILLA RUIZ, Manuel María. "Transformaciones del Derecho Social". Publicaciones de la Universidad de Deusto, 1a. ed., Bilbao, 1984.

CRISIS Y PERSPECTIVAS (NO MUY HALAGüEÑAS) DEL DERECHO DEL TRABAJO

Néstor de Buen (México)

1.- ORIGEN Y DESARROLLO DEL DERECHO DEL TRABAJO.

Aunque no falte quien crea encontrar en la larga noche de los tiempos algunos antecedentes del derecho del trabajo: quizá los contratos romanos de arrendamiento de obra y de servicios y toda la historia sagrada de los colegios, las guildas, los gremios y las corporaciones de oficios, lo único cierto es que el derecho del trabajo es el resultado necesario de la Revolución Industrial.

No nace como producto de la inteligencia. Tal vez sí de la necesidad. Tal vez, también, de una necesidad indefinida que se convierte en protesta sorda y que sube la voz cuando algunos intelectuales y, quizá algún poeta, o burgueses con conciencia o políticos inspirados advierten que las relaciones nuevas de producción no pueden quedar al capricho de los dogmas liberales.

Hay, por supuesto, los actos de violencia y de represión. Y acontecimientos que mueven las conciencias, y escritos que las despiertan, tratando de vencer a las utopías con otras de rigor científico. Y hay, sin duda alguna, las victorias políticas: Bismarck sobre los socialdemócratas que después acaban en leyes tutelares. Y el olvido de las normas represivas y el régimen de libertades para los derechos sociales y las organizaciones gremiales.

Hay, también, la conciencia de clase y la organización internacional de los trabajadores y los partidos con ideología y, casi al fin del siglo, la presencía tardía de la Iglesia católica, que no quiere perder la oportunidad de mandar en la cuestión social.

Las exigencias sociales empiezan a vestirse de normas. Quizá pensando, en primer lugar, en los necesitados de mayor protección por su edad o su sexo o por las graves vicisitudes que para la salud y la integridad física supone el trabajo industrial. Hay los reclamos airados de la disminución de las jornadas y las penas de muerte. Todo habrá de desembocar en una síntesis difícil que encuentra caminos inesperados en países sin industria y sin trabajadores: México en 1917 o en Tratados de Paz que se preocupan también de las exigencias laborales como un antídoto en contra de las nuevas revoluciones.

Pero ¿qués es, al fin y al cabo, el derecho del trabajo?

No se trata, por cierto, de un sistema normativo regulador de relaciones de prestación de servicios. Había normas de sobra en los códigos civiles que podían resolver las cuestiones derivadas de las nuevas obligaciones y de los nuevos derechos. No faltaron ideas civilistas para explicar, con escasos resultados, dicho sea de paso, el fenómeno sorprendente de la convención colectiva. Los problemas de responsabilidad, tan en el origen de todas las cosas, encontraban cauces razonables en la teoría del riesgo objetivo o del riesgo de empresa y las leyes del seguro social resolvían cuestiones de desamparo.

Pero había algo más que tenía que arreglarse también y para ello las normas viejas no servían de mucho: duración de
la jornada máxima, el descanso semanal y anual, el salario mínimo, las licencias

por maternidad, la regulación especial de ciertos trabajos peligrosos. Y en la cumbre de la nueva preocupación social, el reconocimiento a la libertad sindical y al derecho de huelga, antes reprimidos. Después, ahora, también.

Nacía un derecho pensado y desarrollado en beneficio de uno de los sujetos de la relación: el trabajador. Había que suprimir, en lo posible, los efectos de su inferioridad económica y social, de ese poner en juego sólo su estado de necesidad, pésimo alimento para cualquier idea contractual. Y al contrato lo sustituyó la institución, el marco legal dictado por el Estado, árbitro legislador en las relaciones de clase, impuesto sobre la necesidad de unos y la prepotencia de los otros.

Nació un derecho desconfiado de la autonomía de la voluntad, contrario al valor de las renuncias supuestamente dictadas entre dos alternativas angustiosas. Se recogían las instituciones civiles: nulidades, inexistencias, sanciones, coacciones, para hacer efectiva la protección, aún en contra de la voluntad declarada de los propios trabajadores. Su desarrollo fué espléndido y esperanzador.

2.- LOS VIEJOS PRINCIPIOS GENERALES.

Un nuevo marco jurídico exigía nuevos principios.

Los del liberalismo igualitario resultaban inadecuados porque, precisamente, el derecho del trabajo era la protesta normativa en contra de las fórmulas ya tradicionales que en el Código Napoleón se habían desarrollado después de una larga evolución, de muchos siglos, entre la técnica romana, la intromisión importante del derecho germánico, la síntesis prodigiosa de los viejos códigos españoles y las corrientes anglosajonas creadoras de un derecho tradicionalista apegado a la costumbre.

AMERICO PLA, que se empeña en ser un clásico, ha propuesto, hace ya mucho tiempo, una clasificación de los principios (1975, Montevideo). Serían los siguientes:

Principio protector, que se concreta en tres ideas: In dubio pro operario, regla de la aplicación de la norma más favorable y regla de la condición más beneficiosa.
Principio de la irrenunciabilidad de los derechos.
Principio de la continuidad de la relación laboral.
Principio de la primacía de la realidad.
Principio de la razonabilidad, y
Principio de la buena fe.

A esos principios, cuya vigencia no puede ponerse en duda, se agregarían otros: el del equilibrio en las relaciones entre trabajadores y patrones (rechazo a la plusvalía aprovechada en exceso); el principio del derecho al trabajo y del deber de trabajar; y, entre otros, el principio de igualdad, complementado con los de libertad y dignidad del trabajador. Todo ello, además, vinculado a dos ideas fundamentales: la justicia social y el Estado de bienestar.

3.- LA TENDENCIA EXPANSIVA.

El derecho del trabajo se convirtió en un sujeto voraz. Visto con desconfianza en sus principios y no faltando cierto desprecio científico, el derecho laboral se dió a la tarea de hacer suyas relaciones de servicio que la tradición amparaba en normas distintas.

Hubo de todo. Desde la ampulosidad administrativa de los servidores del Estado que acabaron en ser trabajadores, a la comodidad del empeño de los agentes de comercio, libres como los pájaros y ellos mismos poco inclinados a obediencias y subordinaciones...salvo en los momentos de peligro. Pero otras relaciones menores también sufrieron los embates de la nueva disciplina y se perdieron antiguas patrias potestades civiles y mercantiles para entrar a la gran familia del derecho laboral. Los artistas, los deportistas profesionales, los taxistas, entre otros, engrosaron las filas del proletariado, a veces disimulando en la apariencia pero no en la dramática realidad.

El derecho del trabajo avanzaba sonriente. Un buen ejemplo lo da la Ley Federal del Trabajo mexicana de 1o. de mayo de 1970, llena de declaraciones románticas y con nuevos capítulos que hacían llegar a su territorio a las categorías antaño sometidas a otros derechos.

Pasados los efectos dramáticos de la segunda guerra mundial, recuperado el impulso hacia el desarrollo, con hambre de empleo, el mundo industrial avanzaba al impulso de las exigencias sindicales y de las huelgas. No había razones que pudieran hacer pensar en que ese andar de gloria pudiera ser detenido. Los sindicatos competían en exigencias y resultados. Mientras tanto, el mundo caminaba entre conflictos calientes y guerras frías que alimentaban generosamente las industrias militares y aplazaban los déficits gubernamentales. Todos ganaban salvo los que perdían todo, la vida en primer lugar.

Así llegamos a la década de los setenta.

4.- LA CRISIS.

Había barruntos de ella al principio de la década. Pero un intento de los países productores de petróleo de imponer condiciones a los países industriales, lo que lograron espectacularmente, desencadenó una reacción impetuosa que se desbordó en inflaciones y desempleo. No fué escasa la contribución del ciclo capitalista, ya que los mercados empezabana saturarse de productos en una sociedad consumista. Y la paz de Viet-Nam, tan esperada y ansiada, acabó de complicar las cosas al reducirse el gasto público y requerirse esfuerzos complementarios para enderezar las economías.

Las consecuencias fueron terribles. Los grandes países industriales del centro de Europa, importadores sin límites de mano de obra mediterránea o adríatica, empezaron a reexportar trabajadores que al volver a sus países de origen sólo podían alimentar el desempleo. Coincidentalmente la mujer empezó a exigir puestos de trabajo, efecto secundario de la píldora maravillosa y los jóvenes, ante

tamañas competencias, vieron frustradas sus esperanzas de empleo.
La crisis trajo consigo inflación y desempleo. El Estado, inerme ante la falta de recursos, amplió las labores del Banco de emisión. Las empresas cerraban o despedían a los trabajadores innecesarios. Los sindicatos presionaban con amenazas de huelga que al estallar y continuar indefinidamente ponían de manifiesto que sin buscarlo, habían resuelto el problema de una empresa a punto de quiebra.
En el Tercer Mundo las cosas iban de mal en peor. Las materias primas bajaban de valor. Los créditos internacionales se cerraban. Las inversiones de las multinacionales, ellas mismas en problemas, empezaron a escasear, sin dejar de contar con las medidas de protección arancelarias que impedían el libre tránsito de mercancías y hacían más difícil el acceso de nuevos capitales.
El problema mayor se produjo al cerrarse súbitamente las fuentes de crédito y cambiar los términos de la relación. Los acreedores empezaron a exigir y los deudores a no pagar. Entre tanto, algunos muy cuantiosos capitales tercermundistas, iniciaban su camino sin regreso hacia los bancos norteamericanos o de Europa central o del Japón. Apareció la figura ominosa del Fondo Monetario Internacional imponiendo rotundas medidas de austeridad que tuvieron como víctimas propicias a los trabajadores, cuyos salarios disminuían día a día lo mismo que las oportunidades de empleo.
Apareció, incontenible, la economía subterránea o sumergida, incumplidora esencial de leyes fiscales o de la seguridad social y explotadora natural de cuantos trabajadores se dejaban explotar, fuera de todo control. Pero en una compensación de cierta lógica, lo que pedían en salario lo recuperaban por la cómoda vía del seguro de desempleo.
En el mundo subdesarrollado, además de la economía sumergida surgió, visible y dolorosa, la economía informal. Ante la insuficiencia de los salarios y la poca oferta de empleo atractivo, la calle se convirtió: lo sigue siendo, en el mercado natural para todo tipo de transacciones. Curiosamente, ante las medidas restrictivas del salario y la falta de empleo formal, la calle daba mejores y más cómodos resultados. Cifras oficiales pero no oficializadas en México hablan de un cuarenta por ciento de la PEA en trabajo subterráneo e informal.
La inflación se remediaba con aumentos constantes de los salarios que la alimentaban de nuevo. La falta de abastecimiento se recrudecía con la disminución del ritmo industrial. Las huelgas hacían perder miles de horas de trabajo. Entretanto, las nuevas tecnologías obligaban a reconversiones industriales indispensables, pero alimentadoras también del desempleo. La palabra "indexación" con su variante de "indización" presidió desde entonces todas las transacciones.

5.- LOS REMEDIOS PARA LA CRISIS.

No se trata aquí de hacer un estudio de las soluciones económicas para la crisis.

Sólo de aquellas que se pusieron en práctica con un propósito o en una vía sustancialmente laboral.

En realidad se redujeron a dos, obviamente con una infinidad de variantes: una política de contención salarial para impedir la repercusión inflacionaria y una política de empleo, en principio para evitar la sangría de los despidos y enseguida, para incrementar en lo posible la fuerza de trabajo.

El obstáculo principal aparecía, respecto de la inflación, en las reglas laborales, propicias para una revisión periódica de los salarios mínimos y contractuales apoyada en el derecho de huelga. Respecto del empleo, en el cierre de empresas o la reducción de su tamaño por falta de mercado y en la reconversión industrial, tanto en su etapa critica y de transformación con suspensión del trabajo y procesos intensos de formación profesional, como en la etapa de sustitución de hombres por máquinas que venían a provocar un incremento angustioso de las cifras de parados. No era menor motivo de preocupación la carga de los seguros de desempleo, previstos nominalmente para cifras mínimas, no superiores a tres por ciento, con corta duración, ante la presencia de proporciones que podían ser mayores al veinte por ciento y desempleos prolongados (España).

Se siguieron dos caminos: uno, el de la decisión estatal de controlar los efectos negativos mediante medidas de austeridad, con despidos masivos de trabajadores extranjeros, sobre todo en el centro de Europa. Otro, observado en particular en Italia y España, fué el de la concertación social. Venía del norte, con remotos antecedentes en Suecia y éxitos sorprendentes en Austria y la República Federal Alemana (ERMIDA y socios, en el homenaje a PLA, Montevideo, 1985). Pero habría de arraigar con éxitos notables en España, a partir de la decisión política de los Pactos de la Monclova (1977) y con dificultades especiales en Italia donde el Acuerdo Scotti tropezaría con los efectos de la tabla móvil de salarios para darse de bruces con el fallido intento de nueva concertación en 1984 que acabó en un referéndum (1985) cancelante de la indexación. España alcanzaría con el Acuerdo Económico y Social de 9 de octubre de 1984 un éxito notable, pese a la relativa abstención formal de Comisiones Obreras, pero a partir de 1987 no ha podido encontrar de nuevo el camino. Hoy se atribuye el hecho a que ha pasado la crisis (ANTONIO OJEDA AVILES y otros, Sevilla, 1989), pero no está tan claro que así sea, al menos mientras se puedan presentar dramas nuevos de espíritu petrolero.

En el tercer mundo la concertación empezó a verse como una solución maravillosa pero en espera de implantarla, proliferaron los planes no tan maravillosos (Cruzado y Austral, entre muchos otros) o las actitudes heroicas de los nuevos populistas (Alan García y sus cuitas), sin faltar las decisiones forzadas a partir de la puritita voluntad estatal así se haya disfrazado de recomendaciones tripartitas o de pactos hipóteticos carentes de significación (México en 1977 con la "Alianza para la producción" y en 1983 con el "Pacto de Solidaridad Nacional").

No era fácil concertar de verdad. Ya lo habían dicho en Madrid, en 1982,

AMERICO PLA, EMILIO MORGADO Y EFREN CORDOVA, poniendo de manifiesto la sustancia autoritaria de la democracia formal iberoamericana y la falta de representatividad, democracia interna y prestigio lideresco aunados a la incapacidad de convocatoria de las caricaturas sindicales de la región. No obstante se hicieron intentos, algunos de ellos de especialísimo éxito, como el "pacto de Solidaridad Económica" mexicano de 1987 al que habría de denominar decisión estatal firmada respetuosamente, sin discusión alguna, por un sector favorecido, el empresarial y otros obedientes: el Movimiento Obrero que no se mueve y las Centrales campesinas, estos últimos incorporados al PRI. No ha sido tan bueno, en cambio, el "Pacto para la estabilidad y el crecimiento económico". La inflación inercial se ha recuperado y los salarios arrastran su destino de insuficiencia en medio de represiones feroces en contra de los sindicatos y los trabajadores rebeldes.

El muy reciente intento de concertación social dominicana, envuelto en el mismo nombre exitoso del PSE mexicano (6 de agostode 1990), es otro catálogo de imprecisiones y cosas por hacer. No tuvo sino un aparente y, además, escasísimo respaldo sindical y, en la calle, una huelga general de 48 horas suficientemente expresiva de su mínimo valor concertador.

¿Qué representa para el derecho del trabajo esa concertación sindical, tanto en su expresión correcta, coincidente con una de las conclusiones de un reciente Congreso dominicano (La Concertación es, en definitiva, la convergencia de una política gubernamental de apertura y una actitud receptiva de los interlocutores sociales), como en sus formas difíciles tercermundistas?

JOSE CABRERA BAZAN, en un excelente ensayo ("La función del derecho en la crisis", Cádiz, 1983) ha puesto de manifiesto cuales el propósito de la concertación social y, de paso, de la flexibilización del empleo.

De acuerdo al pensamiento de CABRERA BAZAN, los pactos sociales son el resultado de una vieja fórmula, hoy resucitada, que fundaría la producción económica en la comunidad de intereses (corporativismo facista) (sic), cuyo argumento básico es que la producción económica no es sólo del interés del empresario, sino también de los trabajadores. De esa manera "la conflictividad ha de ceder paso a un planteamiento de la gestión ecónomica más acorde con el interesamiento común de los protagonistas sociales".

Ahora bien: ese mecanismo de negociación puede suscitar cuestiones "sobre todo cuando se matiza hasta el extremo de distinguir entre un sindicato "colaborador" y un sindicato "colaboracionista", es decir, entre el que gestiona intereses de los trabajadores en un momento de crisis y aquél que se mixtifica a sí mismo ayudando a gestionar los intereses del capital" dice CABRERA BAZAN.

Ese colaboracionismo se manifiesta también en la llamada "flexibilización del mercado de trabajo" que no es invento actual, aclara CABRERA BAZAN, sino historia vieja, esto es, una serie de nuevas modalidades del viejísimo contrato temporal, evidentemente ampliado en sus posibilidades, con resabios, al menos

en alguna de las formas sugeridas (contratos para la formación), del viejo contrato de aprendizaje.

En la concertación, con sus limitantes salariales, los compromisos de no conflictividad, la aceptación de mecanismos de productividad, la renuncia a las horas extras para propiciar el empleo, la aceptación, previa o posterior a la ley, de la implementación de contratos temporales o de la movilidad funcional de los trabajadores, de acuerdo a las necesidades del patrón (de lo que sería un buen ejemplo, así no se trate de un pacto social, sino de un simple acuerdo de empresa, el convenio celebrado entre Teléfonos de México y el Sindicato, el 14 de abril de 1988), lo que se produce es una disminución rotunda de los viejos derechos laborales.

El problema tiene, además, dos dimensiones. Por una parte, en lo que supone de grave afectación de la condición tutelar a favor de los trabajadores, de las normas laborales. En segundo lugar, en lo que afecta a las tres instituciones fundamentales del derecho colectivo del trabajo: sindicalismo, contratación colectiva (por emplear la expresión mexicana) y derecho de huelga.

Un elemento complementario estaría dado, además, al menos en algunos países, México desde luego, en la conversión de la justicia del trabajo en un mecanismo de control en perjuicio de los trabajadores y en beneficio de un Estado intervencionista que ha negado la justicia social, aunque la invoque verbalmente.

Pero es importante precisar, con respecto a las dos partes fundamentales del derecho del trabajo, en qué se afectan sus principios básicos tradicionales y si ello puede implicar, como cabe suponer, la cancelación de la razón de ser de nuestra disciplina, salvo que se acepte que quede convertida en un mero catálogo de condiciones de trabajo determinante del contenido mínimo de la relación laboral y nada más.

6.- LAS VICISITUDES DEL DERECHO INDIVIDUAL.

El derecho individual del trabajo ha tenido por objeto establecer el conjunto de derechos indispensables, reconocidos para toda relación laboral o sólo para algunas (denominadas en la LFT mexicana "trabajos especiales") en su mínima dimensión. Al mismo tiempo, el de fijar las obligaciones máximas a cargo de los trabajadores.

Su propósito ha sido superar la notable diferencia social y económica y por regla general de formación personal, entre el empresario y quien pide trabajo que, si no existiera la legislación tutelar y no se hubieren instrumentado mecanismos de fiscalización o de corrección, daría lugar a la explotación irracional que se puso de manifiesto con la Revolución Industrial.

No se trata, por supuesto, de una panacea, sino de un mecanismo razonable que exige de una insistente labor de difusión y de defensa de los derechos que, pese a todo, son reiteradamente vulnerados. Sin embargo, nadie podría dudar de su eficacia en la misma medida que deba exigirse su perfectibilidad.

Esa colección de derecho mínimos y obligaciones máximas no vive sola. Junta a ella se hacen presentes disposiciones, generalmente presididas por la idea misma de la justicia social que intentan establecer el marco adecuado para que funcionen, de verdad, esos derechos.

Ya se ha hablado antes de los principios del derecho del trabajo clásico. Pero quizá sea oportuno sacarlos de su contexto teórico para advertir su enorme valor social. Así, la irrenunciabilidad expresaría un muro de contensión frente al hecho social evidente de que ante la extrema necesidad el trabajador estaría de acuerdo en perder lo justo a cambio de lo indispensable. El principio de continuidad de la relación laboral, quizá uno de los más afectados por las nuevas corrientes, tendría su mejor expresión en la estabilidad en el empleo. La primacía de la realidad pone de manifiesto que más allá de los acuerdos celebrados lo que importa, si favorece al trabajador, es lo que ocurre aquí y ahora, que puede dejar atrás jornadas mayores, horarios incómodos o adscripciones indefinidas. Habría, además, el derecho al puesto, quiere decir, a que cada trabajador quede adscrito a una determinada posición y horario y responsabilidades que no deberían cambiarse, de acuerdo a las ideas dominantes, sino con el previo consentimiento del trabajador interesado.

Ese marco de condiciones quedaría vinculado, además, a la idea, defendida por MARIO DE LA CUEVA, de que el derecho del trabajo es, en rigor, el derecho común de la prestación de servicios personales de tal manera que el derecho civil y el mercantil, entre otros, sean meros complementos. Ello produjo la incorporación de los capítulos especiales a que antes nos referimos al hablar de la tendencia expansiva del derecho laboral.

A partir de la crisis y de las diferentes soluciones que se han dado y se prevé se intentarán cada vez con mayor intensidad, se afectarán o ya se han afectado condiciones básicas y principios fundamentales. Un repaso somero, sólo a título de ejemplos significativos, nos permitiría listar las siguientes inquietantes, novedades:

a) Una notoria tendencia a sustituir el salario por día por un salario que tome en cuenta, solamente, la productividad. En el fondo, el regreso al odioso destajo.

b) La cancelación, con intensidades diferentes, del derecho a la estabilidad en el empleo.

c) La ruptura del principio de inamovilidad, a través de mecanismos que permiten al empleador disponer de sus recursos humanos con movimientos horizontales y verticales (cambios de lugar de trabajo o de categoría), de acuerdo a sus necesidades. Sobre el particular ha dicho ALFREDO MONTOYA MELGAR, aludiendo al art. 38 de la Constitución española (Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación) y al Estatuto de los Trabajadores que "La naturaleza constitutivamente dinámica de la

empresa y lo cambiante de sus necesidades organizativas y productivas, ...llevan al Ordenamiento a rechazar una concepción defensora de la absoluta inamovilidad laboral, de radical cristalización (en el momento de la contratación o, de modo excepcional, en posibles pactos novatorios ulteriores) de la prestación laboral, tanto en su contenido como en sus condiciones de lugar y tiempo" ("Poder del empresario y movilidad laboral ",CIVITAS, abril®junio 1989, Madrid).

d) La sustitución de la idea de justicia social por la de productividad o, en una versión mexicana reciente, por la solidaridad, que es la negación del derecho subjetivo social. Es, en definitiva, el regreso a lo que en otros tiempos se llamaba "gracia" y un poco antes "caridad".

e) El resurgimiento del contractualismo en sustitución de la institucionalización de los derechos y obligaciones laborales, como lo ha puesto de manifiesto ANTONIO OJEDA AVILES , quien hace referencia a la jurisprudencia conservadora del Tribunal Central de Trabajo (ya desaparecido) en sentido opuesto al principio in dubio pro operario. OJEDA AVILES sostiene, inclusive, que "bien podemos hablar de su eliminación, por no hablar de la aparición de un nuevo principio de in dubio, pro empresario " (En"Flexibilidad judicial y contractualismo", sin fecha).

En definitiva, el derecho individual del trabajo se vería sometido a presiones de todo tipo que habrían de conducir, si no a su supresión descarada, al menos a una condición de ineficacia que, además, intentaría mantener sus objetivos originales de manera sólo formal. La nueva sociedad diseñada por los neo-liberales no tendría que preocuparse por eliminar el derecho del trabajo. Basta y sobra con haberlo hecho inútil.

7.- LAS PERIPECIAS DEL DERECHO COLECTIVO.

Es cierto que el derecho colectivo del trabajo no se ha integrado siempre, de manera necesaria, al marco juridico laboral. El corporativismo puesto de moda en la Italia fascista y seguido con notable entusiasmo en la Alemania de Hitler, el Portugal de Oliveira Salazar, la España franquista y, más o menos en forma evidente, en el Estado Nuevo de Getulio Vargas, se inclinaba por una concepción administrativista, incompatible con la libertad sindical. Pero aún bajo la forma externa de las libertades sindicales, el corporativismo también puede presentarse, México como ejemplo notable.

El corporativismo presenta, sin duda, matices importantes. En primer lugar, la declaración rotunda de la Carta del Lavoro en el sentido de que "La organización sindical y profesional es libre. Pero sólo el sindicato legalmente reconocido y sometido al control del Estado tiene el derecho de representar legalmente toda la categoría de los empleadores o de los trabajadores para los cuales fué constituido". Después, la regla del Fuero del Trabajo franquista en el sentido de que "Todos los factores de la Economía serán encuadrados por ramas de la

producción o servicios en Sindicatos verticales". Al final pasando por encima de la declaración rotunda de la Constitución mexicana de 1917 en el sentido de que "Tanto los obreros como los empresarios tendrán derecho para coligarse en defensa de sus respectivos intereses, formando sindicatos, asociaciones profesionales, etc. " la reglamentación interesada de la Ley Federal del Trabajo, con lo que ese derecho magnífico se perdió en el control rotundo del Estado.

Sin embargo, desde la aprobación en 1948 del Convenio 87 de la OIT y en 1951 del Convenio 98, la concepción de la libertad sindical y la posibilidad de la celebración de los convenios colectivos perfiló una estructura jurídica que habría de complementarse en el reconocimiento constitucional al derecho de huelga.

No son positivos los signos de los tiempos para el sindicalismo, la contratación colectiva y el derecho de huelga. La crisis ha ayudado, no poco, a que su eficacia se haya reducido considerablemente, sin dejar de considerar los toques legislativos, constitucionales o concertadores que limitan su aplicación.

Los sindicatos andan, de capa caída. Nada menos que BRUNO TRENTIN de la CGIL italiana, ha reconocido que se están produciendo cambios radicales en sus planteamientos reivindicatorios y que ha entrado en crisis lo que antes se denominó "la lucha reivindicativa fundada en la rigidez de las relaciones de trabajo". Inclusive TRENTIN admite las derrotas estrepitosas de los sindicatos (en la FIAT, en primer lugar), en razón de sus tácticas meramente defensivas, sin "capacidad de proponer alternativas a las propuestas de la empresa". Acepta TRENTIN que se puede llegar, inclusive, a una nueva discusión individual de condiciones de trabajo, particularmente de la retribución, aun que lo condiciona a un previo acuerdo sindical.

No es el menor de los problemas la desclasificación de los trabajadores, recordada también por GIUGNI en un reciente programa de televisión en México (NEXOS, de ROLANDO CORDERA, en el que compartimos tareas), lo que suele hacer más difícil aún la unidad de los trabajadores, tema que preocupa de manera especial al Secretario General de la CGIL (en entrevista con JOSE LUIS RHI SAUSI publicada bajo el nombre de "Los nuevos horizontes del sindicato en Europa").

En el ámbito de Iberoamérica, las cosas pueden ser peor. En primer término, porque la situación económica ha colocado en una posición de notable desventaja a los sindicatos. En segundo lugar porque en algunas ocasiones, o quizá en muchas, los sindicatos son meros instrumentos del poder político, utilizados para controlar a los trabajadores en lugar de defenderlos. México es un ejemplo notable de esa condición de tal manera que a las dificultades sobrevenidas, se agregan las de esencia.

La respuesta popular en contra del sindicalismo corporativo mexicano, absolutamente desprestigiado, se dió en las elecciones del 6 de julio de 1988 en que fueron derrotados casi todos sus candidatos a diputados y senadores.

El convenio colectivo ha sufrido los embates del pacto social o de las medidas

emergentes de los gobiernos para aumentar o congelar salarios. Los trabajadores le han perdido la confianza a lo que algún día fué una esperanza de mejoría. Hoy los contratos colectivos juegan como recipientes de decisiones de afuera, sin que el esfuerzo de los sindicatos, cuando verdaderamente quieren hacerlo, sirva de algo. Las cosas vienen de arriba y nada más. Ni el triunfo espectacular en España del 14 D (1988), ha mejorado las perspectivas sindicales.

Al derecho de huelga no le ha ido mejor. Hay varias razones. Quizá sea una de las más importantes la que se refleja en la Constitución española (art. 28®2) en el sentido de que no debe afectar a los servicios esenciales a la comunidad que, siguiendo a MONTOYA MELGAR, no son necesariamente los servicios públicos, sino los destinados a satisfacer derechos fundamentales y bienes protegidos constitucionalmente (Madrid, 1987). Y es que la huelga, en sus primeras manifestaciones, era conflicto de dos partes pero hoy puede afectar a la sociedad entera.

Es claro que las limitaciones crecientes al derecho de huelga, que perfilan un porvenir poco optimista, no se deben sólo a la constitución o a la ley sino también, al menos en ciertos ambientes tercermundistas, al autoritarismo estatal, rico en ejemplos de soluciones de fuerza aunque a veces se disfracen de criterios legales. De nuevo México es buen ejemplo de ello.

8.- EL ESTADO EGOISTA Y LOS NUEVOS PROTAGONISTAS.

Los economistas y políticos que gobiernan al mundo en crisis han llegado, casi de forma unánime, a la lamentable conclusión de que su solución pasa necesariamente, en primerísimo lugar, por la disminución de los salarios. Se habla de que, a partir de ahí, a mediano o a largo plazo (y, por regla general, en la segunda posibilidad), la recuperación económica traerá consigo más empleo y mejores salarios. De la mano de esa solución, el Estado debe comprometer también a sus propios y personales sacrificios: correciones al déficit, evitando la circulación excesiva de moneda; congelación de los impuestos a cambio, solamente, de una mejor captación; revisión de las leyes de la seguridad social: leyes contra el empleo, como suele decirse en medios empresariales españoles; desprendimiento de empresas ajenas a los fines del Estado (a partir de la perspectiva neo-liberal tan en boga); disminución del número de trabajadores al servicio del Estado y de las empresas paraestatales o de participación estatal mayoritaria, etc...etc...

Ambos personajes: el trabajador y el Estado, sufren de manera directa el impacto de la crisis. Para los trabajadores, por la pérdida del empleo y del salario; para el Estado, por la pérdida de parcelas importantes del poder.

El tercer invitado en el concierto social, el empresario, ve un poco los toros desde la barrera y cuando se lanza al ruedo, armado de muleta y estoque, casi para entrar a matar, es porque su cuadrilla: el Estado neo®liberal, ha corrido al toro por todo el redondel y lo ha dejado sin fuerza alguna, no sin antes picarlo en todo lo alto y adornarlo con banderillas de fuego.

Bastarán entonces unos cuantos pases, siempre por la derecha, para colocar al toro social en la condición de abandonar este ingrato mundo. No faltan los riesgos, sin embargo. Alguien dijo que los toros no tienen palabra de honor y, además, en la suerte final suelen ser más peligrosos que nunca.

En todo ese proceso, el Estado, viejo matador, se ha convertido en cuadrilla, pero hace ostentación de sus nuevas alianzas y dejación de las viejas ideas sociales. Al Estado de bienestar, tan en desgracia, lo sustituye por la magia de la solidaridad y el compromiso de la productividad. La justicia social se convierte en concepto obsoleto e incómodo.

No es extraño que así sea. Si el Estado abandona la acción económica. Si la responsabilidad de crear empleo la delega en el empresario privado. Si para llamar a los capitalistas a que creen fuentes de trabajo en necesario favorecer sus intereses. Si la gestión empresarial exige para el audaz ejecutivo que la lleva a cabo, el incentivo del beneficio económico. Si todo ello debe hacerse por medio de la empresa. ¿Qué de raro tiene que la empresa asuma el nuevo protagonismo social que otrora disfrutaban los trabajadores?

En todo ese mecanismo el Estado acaba por inclinarse frente al nuevo dueño. Y favorece la economía de mercado; elimina barreras arancelarias; globaliza, con otros, su economía; disminuye la presión de las legislaciones sociales, la seguridad social incluída y, a fin de cuentas, entrega el poder económico al empresario, todo ello a cambio del poder político. Será, entonces evidente que se ha dejado atrás el altruísmo social y se le ha sustituído por el beneficio personal para los nuevos amos. El efecto es dramático: la norma laboral (si es que se puede llamar asi) ya no será tutelar del trabajador sino de la empresa. El Estado, olvidando su función tradicional, se habrá pasado al otro lado en un canto estridente en favor de la economía de mercado.

9.- LOS NUEVOS PRINCIPIOS GENERALES.

Me temo que AMERICO PLA tendrá que volver a escribir su famoso libro. Pero no le será difícil (nada le es difícil, dicho sea de paso) si lo voltea, quiere decir, lo reescribe al revés. Un ensayo nominal nos serviría de mucho para imaginar ese futuro no tan lejano (quizá un futuro que es realidad hoy).

El in dubio pro operario cambiará, discretamente por el in dubio pro empresario.

La norma más favorable dará un pequeño giro en beneficio del empleador.

La condición más beneficiosa encontrará en la productividad su razón de ser.

La irrenunciabilidad de los derechos hará nugatoria cualquier concesión arrancada al empleador en un estado de necesidad industrial (con un tremendo equipaje de nulidades a partir de la condición imperativa de la norma).

El principio de continuidad (con su optimista complemento de la estabilidad en el empleo), será sustituído por el de la precariedad. Con ello se volverá al texto inolvidable del art. 1780 del Código Napoleón que sólo permitía contratos de

trabajo por tiempo fijo o por obra determinada.
A la idea del equilibrio en las relaciones de trabajo, sucederá la tesis del rendimiento sustancial, no importando la parcela de plus valía que el empresario se lleve a casa.
El derecho al trabajo (que es, en rigor, un principio económico más que jurídico) perderá fuerza frente al deber de trabajar, que no hará tanto referencia a la responsabilidad social como a la específica de la relación, y bajo cualquier circunstancia (obligación de trabajar tiempo extra y en días de descanso; sustitución obligatoria de las vacaciones por pago, etc...).
El principio de igualdad, ya en estado precario desde hace mucho tiempo, caerá rendido ante la calificación subjetiva por parte del empleador de los méritos de cada trabajador.
La libertad, que nunca ha sido excesivamente contemplada como una exigencia laboral: la empresa es, en cierto modo, una cárcel diaria, será sustituída por la idea de la responsabilidad de permanecer en el trabajo en beneficio de la producción.
Y el principio de dignidad, que con tanta gracia incorporó MARIO DE LA CUEVA al art. 3o. de la LFT mexicana de 1970 (El trabajo es un derecho y un deber sociales. No es artículo de comercio, exige respeto para las libertades y dignidad de quien lo presta...), será lanzado al cesto de los trastos inútiles en beneficio de una especie de stajanovismo capitalista que ponga en primer plano los resultados, no importando la condición humana, ni el trato.

10.-¿CRISIS O DECADENCIA? UNA PREGUNTA DE MUY DIFICIL RESPUESTA.

La crisis expresa la idea de algo circunstancial de lo que puede resultar un cambio positivo o, tal vez, la extinción irremediable del objeto de la crisis. Es bien conocida e invocada, en estos ya largos tiempos, la primera acepción en el Diccionario de la Real Academia (1984): "Mutación considerable que acaece en una enfermedad, ya sea para mejorarse, ya para agravarse el enfermo".
¿Enfrenta el derecho del trabajo una situación de crisis o una verdadera decadencia? (en el mismo Real Diccionario, "declinación, menoscabo, principio de debilidad o de ruina"). Es indudable que cualquier reflexión sobre el tema será siempre especulativa y, en el fondo, el resultado de una proyección a futuro de las tendencias visibles de la sociedad actual. Un intento de omitir nuestro entorno y sus antecedentes inmediatos conduciría necesariamente al mundo maravilloso de la ciencia ficción (o de la futurología, ciencia tan inexacta como las matemáticas. ¿Ha comparado usted alguna vez las valuaciones numéricas de los efectos de la firma de un contrato colectivo de trabajo desde la perspectiva de cada una de las partes y de la autoridad conciliante?).
Nos falta imaginación para la ciencia ficción, sobre todo si pretende ser ciencia social. Las prodigiosas predicciones de ADAM SCHAFF acerca de que, más o

menos en cincuenta años no habrá trabajo en el mundo industrial ("Perspectivas del socialismo moderno". Madrid, 1988) ya que las máquinas, manejadas por una élite mínima o automanejadas y automantenidas se encargarán de todo, aparte de ser angustiosas nos parecen demasiado simplistas. Porque, al fin de cuentas, el ocio consecuente no podrá ser en modo alguno, inactividad y el concepto de trabajo evolucionará hacia la perfección física, el arte de la comunicación personal, la obra artística o literaria o el exigente cuidado de la ecología, sin perder de vista, como alternativa pavorosa, las previsiones de la felicidad en HUXLEY.

Lo único cierto es que, en el momento actual, sobre todo por los avances prodigiosos de la tecnología (este ensayo se escribe en un procesador de palabras que permite travesuras de todo tipo con los textos y correciones e intercalados antes no concebibles), el volumen del trabajo disponible ha disminuído considerablemente. Y en donde la tecnología no se ha impuesto aún de manera rotunda, la insuficiencia salarial ha roto los cauces del trabajo controlado para ir a dar al mundo insubordinado de la economía informal. Y si faltan trabajadores, al menos desde la perspectiva cuantitativa, el derecho del trabajo tendrá menos clientela. No podría ser sustituída, ciertamente, por una extensión de sus disposiciones hacia los informales. Sin subordinación (o sin la ajenidad tan de moda en España), no hay derecho del trabajo.

El problema no es, sin embargo, sólo cuantitativo. A lo largo de estas páginas se ha podido advertir que los principios fundamentales que inspiraron la legislación social, ceden hoy frente a la productividad y que las tutelas se desplazan del trabajador hacia la empresa.

¿Tiene sentido un derecho del trabajo tutelar de la empresa?

En su maravillosa lucha, no exenta de romanticismo, por el predominio del derecho laboral como ordenamiento común del trabajo, por encima de las otras reglas, MARIO DE LA CUEVA gustaba decir que el derecho del trabajo es un derecho de clase, sólo para los trabajadores y que los empresarios tienen a su disposición el derecho de la propiedad (civil) o el de la delimitación de la responsabilidad (mercantil). En ese sentido, el derecho del trabajo habría nacido, como en efecto sucedió, como un instrumento de justicia social, dando cuerpo a las garantías sociales amparadas por la legislación social.

Independientemente de que el derecho del trabajo no existe sólo para la clase trabajadora (lo que excluiría cualquier norma contraria a su interés, v.gr., las causas de despido), lo cierto es que nació, principalmente, para protegerla. Porque para definir un derecho de relaciones obligatorias, sin sentido tutelar, bastaba y sobraba con la técnica soberbia del derecho civil. Allí se encuentran y muchas veces son útiles, los conceptos de obligación, derecho subjetivo, persona, relación, responsabilidad, contrato, suspensión, nulidad, inexistencia, etc...etc..., todos ellos aplicables para integrar el derecho de la productividad.

La pregunta que hay que hacer, sin embargo, es si sólo una parcela, pequeñita,

del maltrecho derecho del trabajo (v.gr., las condiciones de trabajo mínimas y las obligaciones máximas) podría dar cuerpo a la disciplina a la que se acompañaría con un discreto derecho de la administración laboral y unas cuantas reglas procesales para ser aplicadas por jueces ordinarios. Quedaría fuera de esa disciplina el orden tradicional que diseñó el derecho al trabajo (estabilidad), el derecho al puesto (inamovilidad), el derecho al salario igual por trabajo igual, los derechos escalafonarios, la protección al hecho de la antigüedad, las preferencias, etc... y, además, la libertad sindical, el derecho a negociar colectivamente y el derecho al conflicto, entre otras muchas cosas.

La tendencia actual, ya visible en las leyes y en los pactos sociales o en las truculentas interpretaciones de unas leyes inobservables es, sin duda, eliminar toda la tutela y conservar sólo las obligaciones para los trabajadores. En esos términos resulta inutil hablar de derecho del trabajo. Si culmina la campaña con la eliminación de los estorbos sociales, al derecho del trabajo sólo le quedará el nombre y una triste fama de valor efímero y engañoso. Los estudiantes del futuro verían las instituciones laborales con el mismo terror ante lo desconocido con el que nosotros oíamos hablar de la enfiteusis y del censo cuando pasamos por la Universidad.

Sin embargo: si la revolución tecnológica no llega tan lejos o se abren nuevas perspectivas para la actividad humana (además de la filosofía y el arte y la política y el deporte y la literatura y el periodismo y tantas cosas parecidas), y se mantiene la necesidad de trabajar y la complementaria de que haya quien gane dinero para que haya alguien que pueda comprar y los empresarios vuelven a preferir las hábiles manos del artesano, creador inteligente, sobre los alambres y fierros del robot, creador descerebrado, el derecho del trabajo se recuperará de la crisis y renacerán las esperanzas en él.

Habrá cambios, sin duda alguna. Porque también es cierto que la evolución de antaño hacia nuevas conquistas cada día, generó la rigidez y la prepotencia que llegaron a invertir el orden de la explotación. Y habrá que hacer un derecho más flexible y pasar por encima de la inmovilidad y cambiar muchas cosas, entre otras la reglamentación de las huelgas y convertirlas en acciones momentáneas que sirvan de presión hacia el empresario empecinado en no conceder lo que puede conceder pero no de motivo de angustia para una sociedad sedienta de servicios indispensables.

Habrá que hacer muchas cosas. Tener el valor de reconocer que el exceso de tutela puede ser tan negativo como su ausencia. Y hacer del viejo derecho nuevo, como se le llamó a principios de nuestro siglo, un derecho renovado. Pero siempre de interés social, impregnado de justicia social, imperativo, irrenunciable, que reconozca, como MARIO DE LA CUEVA quiso, que le son consustanciales los principios de dignidad, igualdad, libertad, equilibrio y tantos otros.

Claro está que todo dependerá de lo que pase mañana. Y si ocurre lo que muchos conservadores quieren, y si las máquinas desplazan al hombre para siempre, me

temo que los laboralistas iremos a dar de cabeza al desempleo.
Yo, por si las moscas, voy a repasar mi viejo amigo, el derecho civil.
Naucalpan, Mex., agosto-septiembre de 1990.

APENDICES

I. ALGUNOS DATOS DE LA ACADEMIA IBEROAMERICANA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

FUNDACION.

La Academia fué fundada en el mes de septiembre de 1972, con ocasión del IV Congreso Iberoamericano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social que se celebraba en Sáo Paulo, Brasil, como resultado de una sugerencia del profesor argentino Alfredo J. Ruprecht que se propuso agrupar, en una sociedad científica internacional, a los cincuenta especialistas más prestigiosos de Iberoamérica, concepto amplio que incluye a España y a Portugal.

ESTATUTOS.

Sus estatutos iniciales fueron modificados en ocasión de su primera reunión, que fué celebrada en Madrid en octubre de 1975. Los mismos siguen en vigor. Aparecen en esta misma obra.

FUNDADORES.

Fueron fundadores de la Academia los diecinueve miembros siguientes:

Argentina:	Mario L. Deveali
	Alfredo J. Ruprecht
	Mariano R. Tissembaum
Bolivia:	Roberto Pérez Patón
Brasil:	Antonio F. Cesarino Junior
	Mozart Victor Russomano
	Arnaldo Sussekind
Colombia:	Guillermo Camacho Henríquez
España:	Manuel Alonso García
	Manuel Alonso Olea
	Gaspar Bayón Chacón
México:	Mario de la Cueva
Perú:	José Montenegro Baca
	Ricardo Nugent
Portugal:	Bernardo da Gama Lobo Xavier
Uruguay:	Héctor Hugo Barbagelata
	Américo Plá Rodríguez
Venezuela:	Rafael Alfonso Guzmán
	Rafael Caldera

JUNTAS DIRECTIVAS.

Han constituído las diferentes juntas directivas los siguientes señores académicos:

Junta fundacional

Presidente:	Alfredo J. Ruprecht
Vicepresidente:	Arnaldo L. Sussekind
Secretario General:	Héctor Hugo Barbagelata

1o. enero 1977 a 31 de diciembre de 1979

Presidente:	Mozart Victor Russomano
Vicepresidente 1o.	Mariano R. Tissenbaum
Vicepresidente 2o.	Enrique Alvarez del Castillo
Secretario General:	Manuel Alonso Olea
Srio. Gral. Adjunto:	José Montenegro Baca

1o. enero 1980 a 31 de diciembre de 1982

Presidente:	Manuel Alonso Olea
Vicepresidente 1o.	Américo Plá Rodríguez
Vicepresidente 2o.	Rolando Murgas Torraza
Secretario General:	Enrique Alvarez del Castillo
Srio. Gral. Adjunto:	Lupo Hernández Rueda

1o. enero 1983 a 31 diciembre 1985

Presidente:	Enrique Alvarez del Castillo
Vicepresidente 1o.	Eduardo R. Stafforini
Vicepresidente 2o.	Lupo Hernández Rueda
Secretario General:	Fernando Suárez González
Srio. Gral. Adjunto:	Carlos Carro Zuñiga

1o. enero 1986 a 31 diciembre 1988

Presidente:	Fernando Suárez González
Vicepresidente 1o.	Octavio Bueno Magano
Vicepresidente 2o.	Néstor de Buen
Secretario General:	Américo Plá Rodríguez
Srio. Gral. Adjunto:	Rafael F. Alburquerque

Junta Directiva actual (1o. de enero 1988 a 31 diciembre 1991)

Presidente:	Américo Plá Rodríguez
Vicepresidente 1o.	Juan Antonio Sagardo y Bengoechea
Vicepresidente 2o.	Bernardo da Gama Lobo Xavier
Secretario General:	Néstor de Buen
Srio. Gral. Adjunto:	Julio J. Martínez Vivot

ACADEMICOS DE NUMERO

1.- Alburquerque de Castro, Rafael Francisco (R. Dominicana)
2.- Alfonso Guzmán, Rafael (Venezuela)
3.- José Cabrera Bazán (España)
4.- Alonso Olea, Manuel (España)
5.- Alvarez del Castillo, Enrique (México)
6.- Barbagelata, Héctor Hugo (Uruguay)
7.- Montoya Melgar, Alfredo (España)
8.- Borrajo Dacruz, Efrén (España)
9.- Caldera, Rafael (Venezuela)
10.- Sarthou, Helios (Uruguay)
11.- Carro Zuñiga, Carlos (Costa Rica)
12.- VACANTE (+ J. JESUS CASTORENA) (México)
13.- Catharino, José Martins (Brasil)
14.- Cavazos Flores, Baltasar (México)
15.- Cesarino Junior, Antonio Ferreira (Brasil)
16.- Córdova, Efren (Cuba-USA)
17.- De Buen, Néstor (México)
18.- Martínez Vivot, Julio J. (Argentina)
19.- Donato, Messías Pereira (Brasil)
20.- Forero Rodríguez, Rafael (Colombia)
21.- Franco Idárraga, Hernando (Colombia)
22.- VACANTE (+ FRESCURA Y CANDIA, LUIS) (Paraguay)
23.- Guerrero Figueroa, Guillermo (Colombia)
24.- Hernández Rueda, Lupo (R. Dominicana)
25.- Hoyos, Arturo (Panamá)
26.- VACANTE (+ JARAMILLO DAVILA, FABIAN) (Ecuador)
27.- Podetti, Humberto (Argentina)
28.- López, Justo (Argentina)
29.- Magano, Octavio Bueno (Brasil)
30.- Pasco Cosmópolis, Mario (Perú)
31.- Moraes Filho, Evaristo (Brasil)
32.- Morgado Valenzuela, Emilio (Chile)
33.- Murgas Torraza, Rolando (Panamá)
34.- Nugent, Ricardo (Perú)
35.- Fernándes, Antonio de Lemos Monteiro (Portugal)
36.- Plá Rodriguez, Américo (Uruguay)
37.- Rodríguez, Abraham (El Salvador)
38.- Rodríguez Navarro, Reinaldo (Venezuela)
39.- Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, Miguel (España)

40.- Ruprecht, Alfredo J. (Argentina)
41.- Russomano, Mozart Victor (Brasil)
42.- Sánchez Alvarado, Alfredo (México)
43.- Vázquez Vialard, Antonio (Argentina)
44.- Suárez González, Fernando (España)
45.- Sussekind, Arnaldo (Brasil)
46.- Sagardoy Bengoechea, Juan Antonio (España)
47.- Villa Gil, Luis Enrique de la (España)
48.- Villalpando Retamozo, Abelardo (Bolivia)
49.- Walker Errazuriz, Francisco (Chile)
50.- Xavier, Bernardo da Gama Lobo (Portugal)

ACADEMICOS FALLECIDOS

6.- Alonso García, Manuel (España)
7.- Bayón Chacón, Gaspar (España)
10.- Camacho Henríquez, Guillermo (Colombia)
12.- Castorena, J. Jesús (México)
16.- De la Cueva, Mario (México)
18.- Deveali, Mario L. (Argentina)
22.- Frescura y Candia, Luis (Paraguay)
26.- Jaramillo y Dávila, Fabián (Ecuador)
27.- Krotoschin, Ernesto (Argentina)
30.- Montenegro Baca, José (Perú)
35.- Pérez Patón, Roberto (Bolivia)
43.- Stafforini, Eduardo Raúl (Argentina)
46.- Tissembaum, Mariano R. (Argentina)
49.- Walker Linares, Francisco (Chile)

PRESIDENTES DE HONOR

Alfredo J. Ruprecht
Mozart Victor Russomano
Manuel Alonso Olea
Fernando Suárez

ESTATUTOS DE LA ACADEMIA IBEROAMERICANA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

De la denominación, domicilio e idioma

Artículo 1o.- La Academia es una asociación que tiene su domicilio en el del Secretario General.

Artículo 2o.- Las lenguas oficiales son el español y el portugués. Los documentos oficiales se redactarán en uno de estos idiomas.

De los fines

Artículo 3o.- La Academia es una sociedad científica internacional, cuyo objeto es promover, sobre una base internacional, los conocimientos jurídicos y científicos de las materias que constituyen su especialidad.

Pra el cumplimiento de estos fines deberá:

a) Estudiar y dilucidar cuestiones relacionadas con el Derecho del Trabajo y el de la Seguridad Social que se promuevan en su seno o se le consulten;

b) Fomentar y difundir el estudio del Derecho del Trabajo y el de la Seguridad Social;

c) Formar parte de tribunales encargados de dictaminar sobre el mérito de la producción científica especializada, estimular dicha producción y otorgar premios;

d) Patrocinar y organizar Congresos y reuniones científicas sobre las materias de su especialidad y designar representantes en dichas manifestaciones.

De las atribuciones

Articulo 4o.- Las atribuciones de la Academia son:

a) Elegir sus miembros y sus autoridades;

b) Dictar sus reglamentos internos;

c) Fijar su presupuesto de gastos;

d) Adquirir bienes muebles e inmuebles, contraer obligaciones y realizar cualquier operación bancaria;

e) Disponer la publicación parcial o total de lo resuelto en las sesiones, trabajos o comunicaciones presentados, conferencias y, en general, todo lo relativo al Derecho del Trabajo y el de la Seguridad Social;

f) Establecer y mantener relaciones con las instituciones y personas que se dedican a los estudios laborales y de la Seguridad Social;

g) Celebrar sesiones privadas para resolver asuntos de la Academia y recibir comunicaciones en sesiones publicas.

De los académicos

Articulo 5o.- La Academia se integrará con hasta cincuenta miembros titulares o de número, y su composición será representativa de la ciencia jurídica laboral de los países iberoamericanos. Podrá haber además, miembros correspondientes. Todos los cargos académicos serán vitalicios y **ad honorem**.

Artículo 6o.- Para ser miembro se requiere haber tenido actuación destacada

como publicista, en la cátedra universitaria, en la Magistratura, en el foro o en la administración pública en materia de Derecho de Trabajo y de la Seguridad Social.

Artículo 7o.- La Academia podrá designar miembros correspondientes a personas que por sus méritos sobresalientes puedan representarla en el lugar en que residen.

Artículo 8o.- Las vacantes de miembros de número serán llenadas siguiendo el orden en que se produzcan, de acuerdo al siguiente procedimiento:

a) A los noventa días de producida una vacante, el Presidente abrirá un período de inscripción para la presentación de candidatos durante sesenta días, con comunicación a los miembros de número.

b) Durante ese lapso se enviarán las propuestas de los candidatos, con las condiciones siguientes:

1) Ser presentado por dos miembros de número que no sean del mismo país.

2) Enviar el curriculum vitae.

c) Vencido el período de inscripción se hará la nómina de los candidatos a los miembros de número, adjuntándose una boleta por vacante;

d) La o las boletas deberán ser devueltas en un sobre cerrado al Secretario General, sin indicación del remitente, dentro de otro sobre con el nombre del académico que remite, dentro del plazo de diez días hábiles de haberlas recibido. La otra boleta deberá contener el nombre del candidato por el que se opte;

e) Recibidas todas las respuestas o vencido el plazo para su recepción, el Secretario General procederá a efectuar el cómputo;

f) Para ser electo se requiere contar con el voto afirmativo de la mayoría de los miembros de número en ejercicio. Si hubiese empate se hará una nueva elección entre aquéllos que hubiesen tenido igual número de votos.

Artículo 9o.- Los académicos electos deberán presentar al incorporarse un trabajo científico dentro de los dos años. En su defecto quedarán eliminados de la nómina de miembros de la Academia.

Artículo 10o.- Los cargos de miembros titulares será numerados y nominados. Los que se incorporen de acuerdo con el artículo 8o. ocuparán el sitial que ha vacado.

De los miembros correspondientes

Artículo 11o.- La elección de los miembros correspondientes es atribución de la Junta Directiva.

Artículo 12o.- La Academia será dirigida y administrada por una Junta Directiva compuesta de un Presidente, un Vicepresidente primero, un Vicepresidente segundo, un Secretario General y un Secretario General Adjunto. Todos ellos deberán ser miembros de número, durarán tres años en sus funciones y no podrán ser relegidos para el mismo cargo en el período siguiente.

Artículo 13o.- Noventa días antes de finalizar el período de la Junta Directiva se comunicará tal hecho a los miembros de número, los cuales dentro de un plazo

de diez días deberán enviar al Secretario General la nómina de candidatos que proponen para la Junta Directiva. Resultarán electos los que mayores sufragios obtengan.

Artículo 14o.- Los Vicepresidentes remplazarán, por su orden, al Presidente y a falta de estos lo hará el Secretario General.

Artículo 15o.- Al producirse una vacante en la Junta Directiva se procederá a nuevas elecciones si faltaran dos o más años para completar el período. El nuevo designado sólo será por el tiempo faltante para completar dicho lapso.

Artículo 16o.- Las autoridades de la Academia conservarán sus cargos hasta la elección de los remplazantes, aún cuando hubiese vencido el término por el cual fueron designados.

Del Presidente

Artículo 17o.- El Presidente representará a la Academia en todos los asuntos legales y administrativos; convocará y presidirá las reuniones y demas actos que se realicen.

De los Vicepresidentes

Artículo 18o.- Suplirán por su orden al Presidente en caso de no poder éste, por cualquier circunstancia, cumplir el cargo.

Del Secretario General

Artículo 19o.- El Secretario General tendrá a su cargo la correspondencia, la relación de informes y publicaciones que se efectúen, preparará las sesiones y levantará las actas, convocando a sesiones y demás actividades de la Academia. Tiene a su cargo el archivo de la Academia.

Percibirá las contribuciones financieras y cotizaciones y efectuará los pagos necesarios con la autorización de la Presidencia. Deberá cada dos años elevar el proyecto de presupuesto a la Junta Directiva y la memoria y balance por el ejercicio vencido, con la aprobación del Presidente.

Del Secretario General Adjunto

Artículo 20o.- El Secretario General Adjunto realizará las tareas que le encomiende la Junta Directiva y remplazará al Secretario General en caso de impedimento de éste.

De las Sesiones plenarias

Artículo 21o.- La Academia se reunirá en Sesión Plenaria cuando lo acuerde la Junta Directiva o a solicitud de un mínimo de diez de sus miembros. La Junta Directiva procurará la celebración de una Sesión Plenaria, cuando menos, en su período.

El orden del día será preparado por el Secretario General con la aprobación del Presidente y enviado a todos los académicos con un mes de antelación.

Artículo 22o.- Cada académico tendrá derecho a un voto, sea personalmente o por procuración, la que solamente podrá ser dada a otro académico de número.

Artículo 23o.- Las decisiones salvo indicación en contrario, se tomarán por simple mayoría de votos presentes.

Artículo 24o.- La Junta Directiva está autorizada para constituir secciones y designar comisiones para el estudio de problemas científicos concretos, generales o regionales.

Del patrimonio

Artículo 25o.- El patrimonio social se compondrá:

a) Por las cotizaciones de los académicos;

b) Por subsidios, subvenciones, legados y donaciones;

c) Por el producido de sus publicaciones y demás actividades que resultasen del cumplimiento de sus fines;

d) Por todos los bienes muebles e inmuebles que adquiera.

Artículo 26o.- Las cotizaciones de los académicos serán determinadas por la Junta Directiva.

Artículo 27o.- Los fondos de la Academia serán administrados por el Presidente y Secretario General, de acuerdo a lo dispuesto en el art. 19o.

De los reglamentos internos

Artículo 28o.- La Junta Directiva dictará los reglamentos internos que considere necesarios para la marcha eficiente de la Academia.

De las modificaciones al Estatuto

Artículo 29o.- A pedido por escrito de diez miembros de número se podrá modificar el estatuto.

Para ello se dirigirá el texto de la enmienda propuesta a cada miembro de número, el cual, deberá en voto firmado, decidirse por la afirmativa o la negativa.

Las enmiendas también pueden ser propuestas y aprobadas en una Sesión Plenaria en que la cuestión de las modificaciones al Estatuto figurarse en la convocatoria.

En ambos casos para la aprobación se requiere una mayoría de dos tercios de votos escrutados o presentes, sobre un quórum mínimo de la mitad de los miembros de número.

De las disposiciones generales

Artículo 30o.- En el primer cuatrimestre del año el Presidente presentará una memoria de la marchá de la Academia, con indicación de las actividades desarrolladas o en vías de desarrollo.

Artículo 31o.- No podrá disolverse la Academia mientras existan diez académicos dispuestos a sostenerla, quienes se comprometerán a perservar en el cumplimiento de los objetivos sociales.

Artículo 32o.- Si se disolviese la Academia, la liquidación será hecha por la Junta Directiva o cualquier miembro de número. En caso de remanente de bienes se destinarán al Instituto Latino Americano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Artículo 33o.- Los miembros de la Junta Directiva no percibirán remuneración por sus actividades.

INDICE

Palabras preliminares..... 5
ACTO INAUGURAL (8 DE OCTUBRE DE 1990)..... 8
Palabras del Dr. Américo Plá Rodríguez..... 9
Palabras del Lic. Alfredo Sánchez Alvarado..... 13
Palabras del Dr. José Sarukhán Kerméz..... 15
ACTO DE CLAUSURA (12 DE OCTUBRE DE 1990)..... 19
Palabras del Dr. Baltasar Cavazos Flores..... 20
Palabras del Dr. Mario Pasco Cosmópolis..... 21
Palabras del Dr. José Dávalos Morales..... 23

TEMAS GENERALES

Américo Plá Rodríguez: "Relaciones entre la democracia y el derecho del trabajo"..... 29
Rafael Caldera: "El proyecto de Ley Orgánica del Trabajo de Venezuela"..... 49
Baltasar Cavazos Flores: "El nuevo derecho laboral mexicano"..... 67
Héctor Hugo Barbagelata: "El particularismo del derecho del trabajo"..... 71
José Martins Catharino: "Efetividade dos direitos sociais na atual constitucao brasileira"..... 93
Humberto A. Podetti: "El derecho del trabajo en los países en vías de desarrollo y las normas internacionales del trabajo"..... 125
Rafael Forero Rodríguez: "El derecho del trabajo y de la seguridad social en Colombia en la década de los ochenta"..... 157

EL DERECHO DEL TRABAJO Y LOS DERECHOS HUMANOS

Alfredo Sánchez Alvarado: "El derecho del trabajo y los derechos humanos"..... 179
Emilio Morgado Valenzuela: "Algunas consideraciones acerca de lo laboral en el derecho internacional de los derechos humanos"... 191

SEMBLANZAS DE ACADEMICOS FALLECIDOS

Alfredo Montoya Melgar: "El profesor D. Gaspar Bayón Chacón" la persona y la obra científica"..... 233

DERECHO INDIVIDUAL

Octavio Bueno Magano: "La prohibición de diferencia de sueldos, de ejercicio de funciones y de criterio para admisión, por motivos de sexo, edad, color o estado civil"..... 245

Carlos Carro Zuñiga: "Las justas causas de despido en la legislación laboral y jurisprudencia de Costa Rica"..... 261
Helios Sarthou: "Propuesta para una impugnación del jus variandi patronal"..... 302
Francisco Walker Errázuriz: "Terminación de la relación laboral en el derecho del trabajo chileno en un período de cambio"..... 313

DERECHO COLECTIVO

José Dávalos Morales: "Perspectivas del sindicalismo en México". 335
Manuel Alonso Olea: "Sobre la legalidad e ilegalidad de la huelga cuando está vigente el convenio colectivo"..... 345
Julio J. Martínez Vivot: "La huelga del personal de los servicios esenciales"..... 351

DERECHO PROCESAL

Mario Pasco Cosmópolis: "Los principios del derecho procesal del trabajo"..... 361

EL FUTURO DEL DERECHO DEL TRABAJO

José Cabrera Bazán: "Perspectivas de futuro sobre el derecho del trabajo"..... 401
Néstor de Buen: "Crisis y perspectivas (no muy halagüeñas) del derecho del trabajo"..... 415

APENDICES:

I. Algunos datos de la Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social..... 433
II. Estatutos de la Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social..... 437

Indice..... 441

