

tendencias de ciertas facciones políticas y económicas, "liberales" por un lado, "autoritarias" o "dirigistas" por el otro.

Pero también es un hecho que a partir de la terminación de la primera guerra mundial por lo menos, se han establecido sistemas de colaboración, primero ocasionales, después continuados y orgánicos, entre los sectores integrantes de la economía y entre éstos y el Estado. Esta colaboración se fue desarrollando tanto en el terreno nacional como en el internacional, y abarca a casi todas las cuestiones vinculadas al derecho del trabajo (y a la política y legislación social en el sentido más amplio).

Dicha colaboración parece ser la última consecuencia del tecnicismo, el cual acabó por crear, en el terreno económico, el problema de la superproducción, y en el campo del trabajo, el de la desocupación, además de acentuar las tensiones entre pueblos desarrollados y los que no lo son, entre niveles de vida satisfactorios e insuficientes. La situación, y el peligro, de una crisis permanente crea la necesidad de unir las fuerzas para salir de ella.

De ahí que la colaboración, en los campos político, económico y social, haya dado impulso a nuevas orientaciones y estructuras jurídicas. Esto vale especialmente para el derecho del trabajo. Ya no se trata de la defensa o conquista de derechos individuales y colectivos, sino que está en discusión una nueva estructura social en que los tres factores—poder público, organización obrera, organización patronal—tienen que cumplir su misión, en mutuo provecho y con tolerancia recíproca. El nuevo hecho es la total democratización de la política y del derecho laboral.

El espíritu de la colaboración, tanto intergrupala como social (en el sentido de comprender la sociedad entera organizada como Estado e incluso como organización interestatal o supraestatal) quizá sea la fuerza que está produciendo nuevas formas constructivas del derecho del trabajo. Esas formas ya existen en el terreno internacional (Organización Internacional del Trabajo, otras organizaciones continentales o re-

gionales)³. Se notan también en el interior de los Estados. De la colaboración (o democratización) surge tanto derecho estatal (que propicia la cooperación) como derecho autónomo. Al respecto es dable pensar, p. ej., en las conferencias mixtas o en los consejos y comisiones paritarias, que existen como instituciones fijas (legales o convencionales) en varios países, en la conciliación y el arbitraje, en los organismos de colaboración en la empresa, etc.

§ 2. FUENTES FORMALES

38. INTRODUCCIÓN. — Las fuentes formales (normativas) del derecho del trabajo, o la expresión concreta y práctica de las ideas que nacen de los elementos de hecho anotados someramente⁴ en los números anteriores, son, en primer término, las comunes a cualquier rama del derecho. Pero existen también formas propias de exteriorización, no conocidas en otras disciplinas.

39. LAS CONSTITUCIONES. — En cuanto a las formas en que se concreta comúnmente el derecho, sábese que entre ellas figura en primer plano la ley en sentido amplio, esto es, incluyendo los decretos reglamentarios y las ordenanzas locales.

Dentro de la categoría "ley", en sentido formal, ocupa un lugar destacado la "ley suprema", o sea, la Constitución (escria) de un país. En lo que al derecho del trabajo se refiere, su incorporación en el derecho constitucional es de fecha relativamente reciente. Sobre todo el principio de la colaboración (ver n.º 37) ha quedado formalmente consagrado en algunas constituciones, a partir de la Constitución alemana de Weimar (1919). Pero también otras y más antiguas fuerzas motivadoras del derecho del trabajo han logrado ser sancionadas últimamente en las Constituciones, sea que se trate de preceptos constitucionales sobre el derecho de las asocia-

³ Ver más detenidamente la parte dedicada al derecho internacional público del trabajo (n.ºs. 522 y ss.).

⁴ Ver también la parte segunda (Evolución histórica).

ciones profesionales o de disposiciones que se refieren hasta al mismo derecho protector. Es éste un síntoma de la gravitación que el sector "trabajo", a la par del sector "economía", ha alcanzado en la actualidad, gracias a todos aquellos dinamisimos que se señalaron. En el siglo xx, el trabajo tiene jerarquía idéntica a la que tuvo la libertad política en el siglo que siguió a la Revolución francesa de 1789. Si antes el problema del constitucionalismo consistía en realizar un régimen de garantías jurídicas de las libertades civiles, el problema de ahora estriba en inscribir en la Constitución un régimen de garantías y estructuras jurídicas, necesarias para asegurar la libertad e igualdad económico-social del hombre.

Con esto se han ido aumentando los *derechos fundamentales* incorporados a los textos constitucionales y, muy especialmente, los derechos fundamentales llamados "sociales". Éstos son, en primer término, derechos de la persona, como lo son los derechos llamados civiles (políticos). El derecho "social" no se opone a derecho "individual" sino a derecho "civil", en el sentido político de ciudadano. El ciudadano y el hombre que aspira a su bienestar personal es uno solo. Únicamente las circunstancias históricas han determinado una separación de ambas facetas en lo normativo, es decir, han conducido a que se considere especialmente el aspecto económico-social, sobre todo (no exclusivamente) con mira al trabajador dependiente.

Entre el ordenamiento jurídico que sólo reconoce derechos "civiles" y el que también reconoce derechos "sociales" hay la diferencia que separa el Estado "liberal"—en que el ciudadano se procura su bienestar por el propio esfuerzo—y el Estado "social" que se preocupa por asegurar las posibilidades de bienestar, particularmente a los menos afortunados o (en los regímenes socialistas) abre el camino a for-

⁵ Sobre la influencia, en este sentido, de la llamada "internacionalización" del derecho del trabajo, y sobre el carácter de fuente de los convenios, etc., internacionales, sobre todo los adoptados en el seno de la Organización Internacional del Trabajo, ver nos. 516 y ss., donde por razones sistemáticas se tratará en conjunto el *derecho internacional del trabajo*.

mas de trabajo colectivo por las cuales se tiende a facilitar a cada uno la participación en esas posibilidades.

Ese proceso de la constitucionalización del derecho del trabajo se ha desarrollado de diferente modo, desde el punto de vista de la técnica jurídica. Algunas Constituciones se han limitado a regular la competencia para la legislación del trabajo. Es éste un problema que tiene singular importancia en los regímenes federativos. Otras se refieren a procedimientos especiales con respecto a la elaboración de las normas laborales, sentando el principio de la colaboración de las organizaciones profesionales u organismos especiales de consulta, con el parlamento. Un tercer grupo contiene normas del derecho del trabajo propiamente dichas, sea que se trate simplemente de normas programáticas⁶, de una enumeración de materias cuya regulación legal se considera un deber del Estado—sin otorgar derechos subjetivos (u otorgándolos sólo por reflejo)⁷—o, finalmente, de preceptos de inmediata aplicación (que hacen posible al ciudadano invocarlos directamente; p. ej., derecho de sindicarse, derecho de huelga, etc.). Todavía son posibles combinaciones de estos dos últimos efectos.

En cuanto al *contenido* de los derechos fundamentales, la diferencia entre derechos tradicionales y derechos nuevos plantea a veces problemas de interpretación y de armonía, como también los presenta la diferencia entre derechos civiles y derechos sociales (esta última diferencia coincide, por lo general, con la primera). Pero también ocurre que un derecho originariamente civil se convierta en derecho social o avance hacia éste, p. ej. el derecho de propiedad. El derecho de propiedad tenía antes, y sigue teniéndolo en muchos países "ca-

⁶ A veces se trata de una enumeración de principios que ni siquiera adquieren carácter de normas programáticas, sino que se quedan por así decir en un plano ante-normativo; se los enumera entonces preferentemente en el preámbulo de la Constitución, pero no en ésta misma (p. ej., Constitución francesa de 1946).

⁷ Tal vez sea ésta la forma más común en que las constituciones se refieren a los derechos sociales. Fue, p. ej., el caso de la Constitución alemana de Weimar (1919), el de las constituciones de la órbita soviética, como asimismo de los países iberoamericanos (Méjico iba a la vanguardia en 1917), etc.

"patralistas", un sentido negativo, esto es, de protección contra restricciones o privaciones. Hoy día se da a veces al mismo derecho un sentido positivo: la propiedad tiene una "función social". Además, no se piensa únicamente en el derecho de propiedad de quienes ya lo tienen, sino también en el derecho de *adquirir* propiedad de quienes *no* la tienen (derecho a la propiedad de la tierra de quienes la cultivan, derecho a la vivienda propia; también el derecho a la participación en las utilidades de la empresa implica a veces el derecho a participar en la propiedad de ésta; etc.). Un caso típico es también el derecho de reunirse y de asociarse. El derecho de organizarse en sindicatos —la llamada libertad sindical— no siempre estaba contenido en aquél. Consecuentemente, hoy se suele enumerar el derecho de sindicarse, como libertad y derecho "social", separadamente del derecho general de asociación, el cual conserva su carácter histórico de derecho civil (véase, p. ej., arts. 20 y 23, resp. de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre; arts. 14 y 14 bis de la Constitución argentina; etc.).

Entre los derechos sociales se destaca, v. gr., el *derecho al trabajo*⁸—al cual corresponde el *deber de trabajar* en que insisten sobre todo las constituciones de los países de la órbita soviética—, a la *libre elección de la profesión* (aunque este derecho parece ser más bien un derecho civil o político)⁹, a *condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo*, a la *protección contra el desempleo*, a *igual salario por trabajo igual*,

⁸ El sentido del derecho al trabajo es objeto de discusión desde hace más de un siglo. Se trata de un derecho (libertad) civil, y al mismo tiempo liberal, en el sentido de que cada uno es libre de trabajar cómo y dónde le guste (libertad—negativa—de cualquier forma de esclavitud y de servidumbre, o de cualquier otra restricción), o bien de un derecho (pretensión) social a tener trabajo (derecho—positivo—que necesariamente presupone un Estado intervencionista y hasta planificador). Modernamente prevalece este último concepto, sin que haya desaparecido el otro, pero como aquél es difícil de realizar, su alcance se limita, por lo general, a lo que se llama la "política de pleno empleo"; no es un derecho subjetivo exigible. (Sobre el llamado "derecho al empleo", ver n.ºs. 370 y ss.).

⁹ Esto se ve claramente cuando se contemplan las restricciones a este derecho, que suelen existir en regímenes autoritarios que al mismo tiempo limitan la libertad de cambiar de domicilio, etc.

a una *remuneración justa*, al *descanso*, a una *limitación razonable de la duración del trabajo*, etc., etc. Estos derechos suelen complementarse con el derecho (muy general) a *seguridad social*. Lo que se tiende a asegurar es un nivel de vida adecuado, "la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a la dignidad de la persona y a su libre desarrollo" (como reza la Declaración de los Derechos del Hombre, art. 22).

La diferencia y separación formal entre derechos civiles y derechos sociales no es siempre exacta y nítida. El criterio diferencial quizá resida más bien en su carácter material, en cuanto los derechos sociales son derechos de protección (positiva), de modo que la reglamentación de estos derechos por el ordenamiento positivo sea más necesaria. Efectivamente, el verdadero alcance y la eficiencia de estos derechos depende en mayor grado de su realización concreta a través de la legislación ordinaria y de la actividad normativa de los grupos sociales. Ello no quiere decir que la formulación de estos derechos en el plano constitucional sea solamente simbólica. Muchas veces constituyen derecho "vigente"¹⁰, aun sin que se los hubiera reglamentado por vía de la legislación ordinaria. A la inversa, su "constitucionalización" representa una fase de la evolución jurídica, que contrariamente a la que se caracteriza por la inclusión de los derechos y libertades civiles en los textos constitucionales, no significaba, en general, un comienzo sino la continuación y jerarquización de un estado de cosas que ya se había obtenido anteriormente, gracias a la legislación ordinaria y el poder normativo de las asociaciones profesionales. Esto es sobre todo el caso en los países de mayor desarrollo económico y social, donde los derechos sociales, en cuanto derechos consagrados constitucionalmente, además de haberse sustraído con esto a la relatividad de la ley común, suelen más bien adquirir valor de una piedra de toque para el grado de la adecuación de la evolución jurídica a la realidad y las exigencias sociales y de la medida de su

¹⁰ Derecho "vigente" para el legislador ordinario, la administración pública, los jueces, pero en ocasiones también para los particulares directamente.

eficiencia. En cuanto a los países de menor desarrollo, la consagración constitucional de estos derechos puede contribuir a dar impulso y a acelerar la evolución. En un caso como en el otro, el sentido estrictamente jurídico también de los derechos sociales parece quedar pospuesto a su significado político.

40. OTRAS LEYES. — Después de las Constituciones, las leyes comunes, en sentido formal y, finalmente, también en sentido material (decretos, decretos reglamentarios, ordenanzas), completan las fuentes formales del derecho, en cuanto a la ley escrita se refiere. Se ha destacado la importancia que la ley ordinaria tuvo y sigue teniendo para el desarrollo de los derechos sociales. Conviene añadir, por el interés especial que adquieren en materia de derecho del trabajo, los tratados y convenciones y actos internacionales aprobados en forma debida, en cuanto de ellos se deduzcan normas jurídicas obligatorias para las autoridades de los países respectivos y para sus habitantes.

Con respecto a todo esto no hay nada particular que distinga al derecho del trabajo de otras materias, si no fuere la circunstancia de que las leyes de trabajo raras veces forman un conjunto; en muchos países, a la abundancia de normas legislativas del trabajo se agrega que éstas se hallan dispersas en varios cuerpos de leyes, mezcladas con otras materias, o constituyen algo inorgánico e incoherente, al menos en apariencia, difícil de conocer y de analizar. Se debe esto en gran parte a la variedad de elementos de que se compone el derecho del trabajo (ver cap. 1) y que dificultan su sistematización. Pero se debe también a las múltiples categorías e instituciones nuevas que han irrumpido en el campo del derecho del trabajo^{10 bis} y, en parte, han obligado a innovar con respecto a conceptos superados o cambiados por la evolución. Por otro lado, la norma estatal a veces se reduce para dar lugar a las

^{10 bis} Ha influido en ello también la política de planificación, practicada por numerosos países; la misma legislación relativa a los "planes" económicos incide muchas veces sobre aspectos laborales.

normas autónomas, al autogobierno y a la autodeterminación de los directamente afectados. Agréguese a ello la circunstancia de que una parte importante del derecho del trabajo —la basada sobre el principio de la colaboración, en los más diversos planos— todavía está buscando sus formas de realización, para comprender lo difícil de la tarea de encuadrar definitiva y orgánicamente *todo* el derecho del trabajo en normas legales. Si bien hay una gran vocación para el derecho del trabajo como idea y necesidad social, es claro que se exige más que pura técnica legislativa para crear los medios jurídicos de su realización. Las disputas acerca de los límites de este derecho, de su contenido y de su orientación general, no son ajenas a las dificultades señaladas.

En consecuencia, la *codificación* del derecho del trabajo, en muchos países, todavía es más bien una aspiración que una realidad, si bien existen ya numerosos códigos o leyes compiladoras de trabajo. Esta codificación abarca a veces tanto el derecho del trabajo, en sus aspectos individual y colectivo¹¹, como el derecho de los seguros sociales (derecho social en sentido más estricto), o bien de la *seguridad social* (que comprende especies completamente ajenas al derecho del trabajo). Casi todos estos códigos o leyes generales de trabajo sufren incansantes modificaciones. Estos "inconvenientes" de la codificación —si se los quiere considerar tales— existen también respecto de otras materias¹². Teniendo en cuenta el hecho de que el derecho del trabajo es un derecho en plena evolución —lo contrario equivaldría a un estancamiento inconcebible—, algunos códigos —tal vez los más logrados— se limitan a disposiciones básicas (el nuevo Código

¹¹ Algún código contiene no sólo el derecho del trabajo en su sentido específico, sino el *trabajo en sí*, incluso el trabajo autónomo y los diversos sistemas y formas en que el trabajo en sí se desarrolla y reclama regulaciones jurídicas (Cód. Civ. italiano de 1942, libro V), mientras en otros países se ha construido un derecho especial "de economía" para algunas actividades productivas, sobre todo en cuanto están sujetas a organización y planificación estatal. En los países socialistas el derecho cooperativo (de las cooperativas industriales y agrícolas) tiene vinculación estrecha con el derecho del trabajo.

¹² Así, p. ej., el Cód. Civ. francés de 1804, entre otros, sigue en vigor, sólo gracias a las numerosas modificaciones introducidas.

Civil italiano es un ejemplo en este sentido). Por otro lado, la codificación no se entiende del mismo modo en todos los países. En algunos se trata más bien de una recopilación o refundición de normas preestablecidas, acaso con adaptaciones puramente formales (p. ej., Código del Trabajo francés, Código del Trabajo español de 1926, *Consolidação das Leis de Trabalho* brasileña, etc.; también el *Industrial Relations Handbook*, publicado en Inglaterra, pertenece en cierto sentido a esta categoría).

Prescindiendo de las codificaciones o recopilaciones, la legislación ordinaria, en casi todos los países, ha regulado el contrato individual de trabajo, la protección del trabajador (jornada, higiene y seguridad en el trabajo, protección del salario, etc.), especialmente la protección de mujeres y menores, los accidentes de trabajo, los seguros sociales u otras especies de la seguridad social, los salarios, las convenciones colectivas de trabajo, los conflictos de trabajo, y, en algunos países, también la colaboración obrero-patronal en la empresa y en la industria. En la parte histórica se hará referencia a las materias que en el trascurso del tiempo fueron objeto de la regulación estatal.

Una característica muy común que presenta esta legislación consiste en que las normas respectivas suelen regular o bien sólo determinados aspectos para todos los trabajadores, o los sectores principales de ellos, o bien, a la inversa, todos o casi todos los aspectos sólo para grupos o categorías particulares.

La legislación (en sentido formal) se complementa en todas partes por los decretos reglamentarios y otras disposiciones del poder ejecutivo. El alcance y el volumen—regulamente grande—de estos actos del poder ejecutivo dependen de la distribución de las competencias entre este poder y el poder legislativo. La competencia del poder ejecutivo suele ampliarse en épocas de crisis, que aumentan muy especialmente los problemas económico-sociales o son consecuencia de ellos. Una de las facultades más importantes del poder ejecutivo consiste en establecer, en ciertas circunstancias, es-

tatutos especiales para determinadas categorías de trabajadores (sobre todo, las más débilmente organizadas).

Deben mencionarse, finalmente, los actos (resoluciones, etc.—la terminología dista de ser uniforme—) de otros organismos de derecho público por los cuales se establecen normas de carácter general. Así, ciertos consejos o comisiones, mayormente paritarias o mixtas, que revisten carácter de derecho público, están facultadas para fijar salarios y otras condiciones de trabajo.

41. LA COSTUMBRE. — La costumbre sólo es, en rigor, una fuente formal del derecho en sentido figurado, ya que precisamente carece de forma y se limita a ser un hecho, o un conjunto de hechos, revelador de ciertos sentimientos jurídicos. Por quedarse, generalmente, en el campo de los hechos, resulta tan difícil determinar la existencia de una costumbre jurídica, o sea, fijar el momento en que ciertas prácticas se convierten en derecho positivo y obligatorio. La costumbre, aun cuando esté reconocida como derecho vigente, no se revela en la forma clara y precisa en que se manifiesta la ley, sino que se traduce más bien en la fuerza normativa de los hechos. La costumbre, por consiguiente, suele calificarse como la ley no escrita o, dicho mejor y más exactamente, como una norma jurídica que no debe su valor a la forma que reviste sino a la convicción de que su observancia corresponde a una necesidad de derecho.

Por esa particularidad, la costumbre se presta a obrar, preferentemente, en los campos no abarcados por la legislación (costumbre *praeter legem*). Pero también viene a interpretar una ley escrita (costumbre *secundum legem*). El problema consiste en decidir si la costumbre puede llegar a tener fuerza normativa, aun en contra de la ley (costumbre *contra legem*; ver el número siguiente).

Como en el derecho del trabajo, por la naturaleza misma de la materia, la legislación no la comprende enteramente, ya que siempre una gran parte suele reservarse al libre juego del derecho autónomo o a la evolución, parecería como

si la costumbre debiera desempeñar un papel importante. Sin embargo, la cuestión de saber si es o no es así, depende de esta otra: si los impulsos que promueven la formación de una regla jurídica laboral tienen o no fuerza suficiente de persuasión para hacer surgir de la conciencia colectiva un derecho objetivo. En un derecho del trabajo todavía en evolución, hay más razón para dudar de ello que para suponerlo, pues no sería suficiente que la conciencia colectiva sea la de un grupo, sino que necesariamente tendría que ser la de los dos grupos (trabajadores y empleadores), para que de este conglomerado social nazca una convicción general de derecho con relación a la fuerza normativa de los hechos. Sin embargo, la costumbre que proviene del lado obrero y se impone gracias al poder social de los sindicatos, muchas veces es suficiente, sea que no es resistida por el lado patronal, o bien tal resistencia no es tomada en cuenta, v. gr., por la jurisprudencia.

Pero aunque la costumbre, como fuente de derecho, no desempeñara un papel importante en el derecho del trabajo prácticamente, siempre cabe admitir la posibilidad de su creación. Mas entonces surge otro problema, el que se vincula con la organización jurídico-política de cada país, según la relación que se hubiera establecido entre la ley (escrita) y la costumbre. Piénsese en las legislaciones que sólo admitten la costumbre jurídica cuando la ley remite, expresa o tácitamente, a ella. En esta hipótesis se discute la aplicación de esa restricción, que sería un principio del derecho común, al derecho del trabajo. Siendo el derecho del trabajo en buena parte un derecho autónomo —y en la medida en que se lo admitta como tal—, quizá fuera más factible reconocer también un derecho consuetudinario, dentro del poder creador de derecho de los grupos sociales, el que de todos modos no está sujeto a las exigencias y garantías de la ley formal. La evolución y los conocimientos sociológicos más recientes parecen favorecer este punto de vista, y algunos códigos o leyes modernas incluyen expresamente la costumbre entre las fuentes del derecho del trabajo.

42. El PROBLEMA DE LA COSTUMBRE "CONTRA LEGEM". — Se debe volver ahora a la cuestión que ha quedado en suspenso: la de saber si la costumbre *contra legem* es admisible, sea que ella tienda directamente a sustituir la ley, o que se dirija a anularla por el desuso. Para contestar afirmativamente la pregunta, sería necesario colocarse en el punto de vista según el cual entre la ley y la costumbre no hay diferencia jerárquica alguna. Es sabido que se trata de un problema muy complejo. En el derecho común, la mayor parte de los autores parece haberse decidido en favor de la supremacía de la ley. Se llega a la conclusión, en general, que la costumbre no puede abrogar la ley ni anularla (pero sí ésta a aquélla)¹³.

¿Se adopta la misma solución en el derecho del trabajador? En principio, todo lo que comúnmente se alega en favor de la ley —su carácter preciso y regular, su origen democrático, etc.¹⁴— vale también para las leyes del derecho del trabajo. Sin embargo, resulta difícilísimo, y normalmente parece inconveniente, aplicar un criterio rígido al respecto. Se considerara preferible hacer depender la decisión de las circunstancias, esto es, del grado de evolución del derecho del trabajo en cada país con relación también al desenvolvimiento político y económico en general, y de la medida en que este derecho se manifieste con preferencia en forma de ley o en forma de costumbre.

La complejidad que revisite el problema, especialmente en el derecho del trabajo, se halla aumentada por el hecho de que las normas laborales tienen carácter forzoso y son de orden público, en principio. ¿Podría concederse igual carácter a la costumbre, de manera que siempre deba sobreponerse la fuente más reciente o más arraigada?

Tal vez se trate menos de una cuestión jurídica que eminentemente sociológica o de la sociología del derecho. Dependiendo de la fuerza que frente a la ley escrita tengan ciertos he-

¹³ Véase, en lugar de otros, GÉNY, *Método de interpretación y fuentes en derecho privado positivo*, 2ª ed., versión cast., Madrid, 1925, ps. 382 y ss.

¹⁴ GÉNY, p. 393. Véase, además, IHERING, *La lucha por el derecho*, versión cast. de Adolfo Posada, ps. 57 y ss.

chos sociales, tendientes a dirigir la evolución hacia el mismo fin: la justicia; o bien, por lo contrario, a conservar un estado de cosas tradicional, aunque fuera retardativo de la justicia social (p. ej., la ley que deroga la propina es a veces impotente frente a la costumbre; también las costumbres por las que en algunos países se rige el servicio doméstico resisten a modificaciones que el legislador trata de introducir; etc. Por otra parte, el poder social sindical promueve a veces evoluciones en el campo del derecho colectivo del trabajo —v. gr., sindicación de empleados públicos, admisión de huelgas en el sector público, actividades políticas de los sindicatos— que prescindan de la ley). Estos hechos podrían llegar a oponerse, en un momento dado, a la ley, sin que la duda sobre la supremacía pudiera resolverse inmediatamente en favor de esta última¹⁵.

43. LA PRUEBA DE LA COSTUMBRE. — La costumbre, como toda aplicación de derecho, entra, en principio, en la función propia del juez; más todavía cuando se trata de un juez especializado. Si, por excepción, el juez no tiene por sí mismo conocimiento suficiente de la costumbre, podrá requerir la prueba de ella a la parte que la invoca¹⁶. Estas reglas generales son también aplicables al derecho del trabajo.

44. LA JURISPRUDENCIA. — La función específica de la jurisprudencia con respecto a la ley (o a la costumbre) es interpretarla, pero no crearla. Sin embargo, la cuestión no se presenta, como es sabido, del mismo modo en los distintos sistemas jurídicos. La posición de la jurisprudencia es fundamentalmente diferente en el derecho anglosajón. En todos los sistemas, la jurisprudencia integra y completa la ley. Aun en los países en que prevalece el derecho escrito, que emana del legislador, la jurisprudencia puede a su vez adquirir el carácter de costumbre (*usus fori*). En tal caso, hasta puede

convertirse en una costumbre *contra legem*. Por otro lado, la jurisprudencia ejerce influencia en la evolución del derecho del trabajo. Las reglas o principios jurídicos que elaboran sobre todo los tribunales superiores (de apelación o de casación), además de ser obligatorias muchas veces para los tribunales inferiores, son frecuentemente recogidos por el legislador¹⁷.

En algunos países pertenece también la solución de conflictos colectivos de trabajo a la competencia judicial. En otros es notable la tendencia —que tal vez hoy día tenga mayor aceptación— de trasferir esa competencia a colegios arbitrales, o árbitros unipersonales, prescindiendo de la diferencia entre conflictos de derecho y conflictos de intereses¹⁸. De este modo, la función jurisdiccional se completa, en ciertos aspectos, con la función arbitral. También los tribunales o colegios arbitrales establecen a veces reglas jurídicas nuevas y crean derecho como derecho objetivo. Cuando los laudos arbitrales producen los efectos de una convención colectiva, son fuentes de derecho en el sentido en que lo es la convención colectiva de trabajo (nº 46).

Las autoridades administrativas, encargadas de la aplicación de las normas del derecho del trabajo, si bien por regla general no ejercen funciones jurisdiccionales, pueden crear a su vez costumbres jurídicas, constituidas por los criterios que estas autoridades establecen o aplican con cierta constancia a través de sus resoluciones¹⁹.

45. LA DOCTRINA. — Problemas parecidos —sustancialmente, aunque no formalmente— se presentan para la doctrina. Trátase de saber si las autoridades doctrinales, cuando concuerdan entre sí y llegan a constituir un pensamiento jurídico compacto sobre determinado punto de derecho, pue-

¹⁷ En otros casos, la jurisprudencia desempeña un papel más bien negativo, por su disparidad e inseguridad o por sus tendencias retardativas.

¹⁸ Sobre la diferencia entre conflictos de derecho y conflictos de intereses, ver nº 427.

¹⁹ No tratándose de resoluciones de carácter general; éstas tienen naturaleza de decretos reglamentarios y, como tales, pertenecen a la categoría de leyes materiales.

¹⁵ En cambio, parece menos difícil admitir que el derecho consuetudinario anterior puede ser reemplazado o abolido por un derecho consuetudinario nuevo. Cf. GÉMY, p. 409.

¹⁶ GÉMY, ps. 343 y ss.

den adquirir el carácter de una costumbre, es decir, imponerse con efecto obligatorio, objetivamente.

Modernamente, no se ha pensado seriamente en hacer de la doctrina una fuente formal de derecho positivo. Sin embargo, la ciencia del derecho, y sobre todo cuando se ofrece en manifestaciones coincidentes y reiteradas de los autores, tiene gran influencia sobre la formación y aplicación del derecho. Ni al juez ni al legislador va a resultar fácil prescindir de aquélla. Así, indirectamente, la doctrina podría contribuir, y contribuyó más de una vez, a la creación o aceptación de una regla jurídica, pero también la protesta unánime de la doctrina, v. gr., contra un *usus fori* o contra una práctica administrativa, podría impedir que éstos se convirtieran en derecho consuetudinario. También aquí adquiere suma —y hoy día exclusiva— importancia el momento sociológico, que en este caso consiste en la ponderación moral de la doctrina sobre la conciencia colectiva.

46. LA AUTONOMÍA NORMATIVA DE LAS ASOCIACIONES PROFESIONALES. — Para el concepto de la ley es decisivo el hecho de que ésta emane de la autoridad que tenga por fin dictar reglas jurídicas generales en forma de imposición obligatoria. En consecuencia, todo el derecho autónomo del trabajo, que constituye cada vez más la piedra angular de la materia, no entra en este concepto desde un punto de vista doctrinal. Se distingue, generalmente, la idea de la ley, en sentido estricto, de la actividad productora de derecho ejercida por otros factores que no componen el poder público. Así, por ejemplo, los estatutos de las asociaciones y sociedades que al ordenar su régimen interno crean derecho para sus miembros, suelen no considerarse "leyes" (en el sentido estricto —formal o material— de la palabra).

En consecuencia, aunque tales estatutos, en el caso especial de las asociaciones profesionales, contuvieran v. gr. un reglamento minucioso para huelgas, no adquirirían el carácter de una "ley" de huelga, si bien, excepcionalmente, podrían llegar a constituir un derecho consuetudinario de ésta.

La cuestión se plantea en términos distintos cuando se trata de las convenciones colectivas de trabajo. En la mayoría de los países, el Estado ha reconocido expresamente que las convenciones colectivas de trabajo, incluyendo en ellas a veces los acuerdos de empresa (o reglamentos internos), así como ciertas sentencias arbitrales, producen efectos normativos, es decir, creativos de derecho objetivo. En este supuesto, no puede haber vacilación alguna en calificar de fuentes formales de derecho a estas convenciones o laudos. Sólo surge, entonces, el problema de establecer el orden jerárquico entre ellas y la ley estatal²⁰.

Si la ley estatal no contiene una referencia expresa a la obligatoriedad de la convención colectiva, el problema resulta más difícil. Evidentemente, la convención colectiva no crea derecho objetivo formal en esta hipótesis. El contrato-tipo que ella estipula para los miembros de las asociaciones pactantes, sólo puede llegar a constituir un uso convencional (voluntario e interpretativo)²¹, o a lo sumo ser otra vertiente de la costumbre, en el sentido de que el contrato hecho entre un trabajador y un empleador pertenecientes, respectivamente, a los grupos comprendidos en el convenio, se considera como concluido con todo el contenido del contrato-tipo, a menos que las partes hubiesen declarado expresamente su voluntad contraria. Algunas veces, la misma ley se refiere a tales usos o costumbres, para interpretar el contrato. Pero esta situación jurídica, creada por el contrato-tipo, por regla

²⁰ Ver más abajo n.ºs. 153 y ss. y 424 y ss., donde se tratan en conjunto las instituciones de la convención colectiva y del laudo arbitral. La relación cuantitativa entre fuentes estatales y fuentes autónomas es diferente en los distintos países. Pero la preponderancia numérica de la ley estatal (sentido amplio) no implica necesariamente un retroceso o la insignificancia de las fuentes autónomas. Ambas fuentes pueden ceñirse a la regulación de materias distintas, y, sobre todo, la regulación autónoma puede tener por objeto la evolución sobre la base de las fuentes estatales. Por otro lado influye el concepto general que prevalezca en un país determinado sobre la actividad del legislador en cuanto a su intervención en los problemas laborales. Finalmente, el grado de eficacia que se concede a las convenciones colectivas puede contribuir a su mayor o menor desarrollo.

²¹ Los usos convencionales son frecuentes en el derecho del trabajo; sobre todo suelen formarse dentro de la unidad de la empresa (llamados usos de empresa).

INSTITUCIONES DE DERECHO DEL TRABAJO

general, sólo constituye una situación jurídica subjetiva y, además, no es de ningún modo peculiar del derecho del trabajo. (Ver, más detenidamente, n.º. 157 y ss.).

PRÓLOGO DE LA PRIMERA EDICIÓN

Le droit est l'internède des forces.
(PAUL VALÉRY, *Regards sur le monde actuel*, p. 102).
Il faut un grand idéalisme pour rêver de la transfor-
mation de la société par le droit.
(G. RUPERT, *Le régime démocratique et le droit civil
moderne*, p. 46).

En este libro se trata de exponer el derecho de trabajo como una parte de la ciencia jurídica en general. La exposición no se refiere al derecho positivo de un país determinado, aunque se tiene en cuenta preferentemente el derecho argentino del trabajo, sobre todo en sus últimas evoluciones. Como obra de derecho comparado, lo que pretende ser en primer término, el libro se propone describir conocimientos que abarcan varios de los derechos positivos actuales. Quiere hablar de ciertas configuraciones características de todos esos derechos para contribuir, de este modo, a la investigación del contenido típico de diversos ordenamientos y sistemas jurídicos contemporáneos. Esa tipicidad se manifiesta en determinadas instituciones, tales como la asociación profesional, la convención colectiva de trabajo, el contrato individual de trabajo, etc. Sin embargo, no se contenta con sólo enumerar y delinear esas instituciones conforme al contenido concreto que tienen en diversos sistemas jurídicos, sino que también desea contribuir a la aclaración y definición de muchas nociones y conceptos que comúnmente se enuncian con respecto a esas instituciones, pero que de ningún modo están fuera de toda duda en cuanto a su verdadero sentido. Así, por ejemplo, al hablar de la convención colectiva de trabajo, ha parecido necesario fijar con la mayor precisión posible la significación que esa institución adquiere en los diversos sistemas.

En consecuencia, no se trataba de acometer un ensayo simplemente descriptivo sino que hacía falta ordenar varias nociones y conceptos que se pueden sustentar acerca de una misma institución y sistematizar los conocimientos así logrados en una obra jurídica constructiva que podría llamarse "Derecho de trabajo general". Este no debe confundirse con una posible "Teoría general del derecho

de trabajo". La diferencia estriba en que tal "teoría general" consistiría esencialmente en la elaboración de un sistema de nociones más o menos abstractas válidas en todas partes, mientras que el "derecho de trabajo general" trataría de llegar a sistematizar los conocimientos concretos tomados de varios ordenamientos jurídicos positivos para inferir de los mismos las instituciones típicas que existen en uno u otro país, en varios o en todos ellos. De este modo puede suceder que en alguna parte de la sistematización se tenga en cuenta una institución a la cual se considera "típica" sin que sea común a una pluralidad de sistemas particulares (como, v. gr., los consejos de empresa de la legislación del trabajo de la República de Weimar o los sindicatos de empresa de la regulación chilena, etc.).

¿Cuál es el grado de utilidad científica de semejante empeño? No es éste el lugar apropiado para entrar en discusión sobre el valor, la misión y los métodos del derecho comparado en general y, menos aún, para defender esa rama de la ciencia jurídica que ocupa ya un sitio bien determinado¹. Las revelaciones que pueden resultar de investigaciones de esa índole son de una importancia difícilmente negable: permiten contemplar las exigencias jurídicas que existen en todas partes y a las que el derecho debe satisfacer; descubren al mismo tiempo las ideas en brote y las causas sociológicas que han motivado ciertas tendencias y producido determinadas manifestaciones de orden jurídico. Es sabido que la ciencia del derecho comparado es "causalista", en el sentido de hallarse orientada, como las ciencias de la naturaleza, hacia el descubrimiento de causas, en este caso, sociales, que son el origen de las instituciones. Si bien éstas tienen su molde y su espíritu nacionales, se trasluce en ellas la idea universal que cierta época o cierta cultura se han formado respecto del derecho y de la justicia. No hace falta insistir en el interés y en la importancia que tales estudios adquieren hoy en día para la disciplina del derecho de trabajo. Súmase a ello que el ensayo de sistematización que se emprende con tales inspiraciones es susceptible de aportar valiosos elementos para el conocimiento del propio derecho nacional, dando directivas para encaminar el desarrollo de este derecho, preparar reformas, ponerlo a tono con

evoluciones más avanzadas, aprovechar experiencias ajenas, evitar errores.

Si por todo ello puede apenas dudarse, objetivamente, del valor y de la necesidad de llegar a un "derecho de trabajo general", es decir, hacer derecho de trabajo comparado, por otro lado debo advertir al lector que no espere que en este libro se haya llevado a cabo, ni mucho menos, la inmensa tarea impuesta. Este libro, en realidad, se ofrece sencillamente como una introducción para convidar al estudio más profundizado y más amplio de los problemas que se plantean.

Se puede preguntar si ha llegado el momento para comenzar una tarea de esa índole. ¿No lo impide la efervescencia general? ¿No se construye sobre una arena demasiado movediza? Sea como fuere, alguna vez hay que atreverse, y quizá la agitación que manifiesta a los ánimos en movimiento sea doblemente propicia para una obra de la naturaleza de la presente. No sólo porque aquella agitación ha despertado las conciencias, invitado a una revisión de muchos conceptos y desencadenado nuevas fuerzas propulsoras, sino también porque implica el peligro de que esas fuerzas se encaminen falsamente, destruyendo sin construir. La ciencia jurídica no ha de seguir siempre a los acontecimientos sino que debe estar presente en ellos, como el derecho mismo, y a veces tratar de adelantarse para esclarecer, equilibrar, guiar.

Hace años, un jurista afirmó que los hechos están en rebelión contra el derecho². Efectivamente, toda revolución —y las hubo muchas, en muchas partes, a partir de la primera guerra mundial— parece hacer tambalear la noción misma del derecho. La fuerza llega a ser el medio de dirimir controversias. Los conceptos jurídicos corren peligro de ser sustituidos por ideologías que no aspiran, por cierto, a la profundidad del conocimiento sino a la determinación de objetivos políticos. No hay ninguna novedad en esto. Tampoco la hay en el reconocimiento, muchas veces rechazado por los pesimistas, de que, no obstante los reparos formulados, toda revolución importa alguna conquista. Lo esencial es no perder la conquista por el exceso de relajación que la revolución suele traer consigo pasajeramente en desmedro de los valores culturales más duraderos y constantes.

¹ Véase NAOJIRO SUGIYAMA, H. C. CUTTERIDGE, FRANTISEK WEYR y GEORGES CORNILL, *Concepto y métodos del derecho comparado* (estudio preliminar y versión castellana por J. RODRÍGUEZ y RODRÍGUEZ), Méjico, 1941.

² MORIN, *La révolte des faits contre le Code Civil*, 1930.

PRÓLOGO DE LA PRIMERA EDICIÓN

Estoy particularmente agradecido al Dr. ENRIQUE FERNÁNDEZ GIANOTTI, amigo desde la primera hora en que pisé tierra argentina y que con amabilidad infatigable alentó mi labor, sobre todo poniendo a mi disposición su biblioteca especializada.

ERNESTO KROTOSCHIN.

Buenos Aires, febrero de 1947.