

SUMARIO

- I. Derecho administrativo y Derecho del trabajo.
- II. Derecho público y Derecho social.
- III. La relación del servicio público con el Estado.
- IV. Las relaciones individuales del trabajo.
- V. El trabajo como hecho. Hacia la unificación del Derecho del trabajo con el Derecho administrativo del servicio público.
- VI. El Derecho constitucional del trabajo.
- VII. El Derecho internacional del trabajo.
- VIII. América Latina y el Derecho positivo.
- IX. Una definición laboral al problema del servicio público.
- X. La crisis económica y el Derecho laboral.

I.—Derecho Administrativo y Derecho del Trabajo(*)

El derecho administrativo y el derecho del trabajo constituyen disciplinas jurídicas científicas ordenadas para regular un mismo y único fenómeno social: el trabajo humano.

No obstante —están separadas teniendo un objeto común lo que ha provocado notables discusiones en cuanto a la esfera de acción normativa de cada una de esas ramas, que se han agudizado en tanto que la aparición del Estado moderno, de corte social, reemplazó al viejo estado liberal del "laissez faire laissez passer" al llamado "estado gendarme"—.

Semejante enfrentamiento entre dos ramas relativamente nuevas surgidas y separadas del viejo tronco común del derecho civil, no es posible sino en tanto surgió el derecho del trabajo, como lo veremos más adelante, con su fuerza expansiva y su carácter tuitivo, invadiendo así todos los campos en que el fenómeno del trabajo humano se presente, cualesquiera que sea la forma y condiciones de su presentación y existencia.

Para poder hablar de derecho administrativo en el sentido moderno es preciso remontarse, en cuanto a su nacimiento como rama del derecho autónomo, a la aparición histórica del Estado de Derecho que lo condiciona; como dice RAFAEL ENTRENA CUESTA⁽¹⁾ "Si la división de poderes constituye el presupuesto político para la existencia del derecho Administrativo, el Estado de Derecho debe considerarse como su presupuesto jurídico". El llamado Estado de Derecho no tiene, desde luego, una fecha fija de nacimiento ya que, como señala dicho autor⁽²⁾ "Unas veces aparece como consecuencia de una conmoción que altera las estructuras sociales y jurídicas del Estado en que se produce, y otras es el fruto de una evolución lenta en la que sucesivamente va ampliándose el campo de los derechos públicos subjetivos de los particulares, al mismo tiempo que se somete la Administración a la ley". En Francia e Inglaterra la aparición es súbita; en 1789 en Francia como resultado de la Revolución Francesa y en Inglaterra en 1688,

(*) Ponencia al II Congreso Nacional de Derecho Burocrático, México D. F. setiembre, 1986.

(1) ENTRENA CUESTA, Rafael. *Curso de Derecho Administrativo*. Pág. 33.

(2) ENTRENA CUESTA, Rafael. *Ibídem*, Op. cit. Pág. 42.

con la llamada "gran revolución". Es definitivo, según ese autor que⁽³⁾ "A partir, sobre todo, de la primera de las dos fechas citadas el Estado de Derecho irá extendiéndose sucesivamente por todos los países en los que hoy se descubre su existencia".

El derecho del trabajo es más moderno. Históricamente podemos fijar su aparición a mediados del Siglo XIX, con las conmociones sociales europeas que, en el año 1848, se presentaron en la vieja Europa, con la llamada Comuna de París en que fugazmente el pueblo alzado, tomó, el poder, y con la aparición del Manifiesto Comunista de Marx, llamado a fundar un movimiento que tuvo enorme repercusión en el derecho del trabajo, y con la Revolución Cartista de Inglaterra.

Estos movimientos, junto con los que se produjeron en la Alemania de Von Bismarck entre los años 1869 y 1889, señalan, dentro de la Revolución Industrial, la época de gestación del que sería el moderno derecho del trabajo. Señalamos, por ahora, que ese nacimiento aparece en época de grandes convulsiones sociales como las indicadas.

Mientras el derecho administrativo nace como un imperativo del nuevo Estado moderno (llamado Estado de Derecho), a partir de la Revolución Inglesa de 1688 y de la Francesa de 1879, el Derecho del Trabajo nace a partir de la Revolución Industrial. Ambos derechos tienen en común su nacimiento en dicha forma, pero a partir de allí se separan, salvo la unión que deberá producirse en la función pública como veremos en el curso de esta Conferencia.

El derecho del trabajo, fortalecido con la doctrina social de la Iglesia Católica expuesta brillantemente en 1891 por el Papa León XIII en la primera de las grandes encíclicas papales (Rerum Novarum), ve la llegada del Siglo XX con grandes nubarrones que presagiaban la gran conflagración de 1914, la Primera Guerra Mundial que fue llamada acertadamente la Gran Guerra. En 1919 termina esa guerra con el Tratado de Versalles, y allí se otorga carta de ciudadanía internacional a nuestra rama del derecho con la creación de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), que tanto ha ayudado a la sistematización de este derecho. Nuevamente, al igual que en el proceso de gestación, —una convulsión de gran magnitud social es la que vitaliza el derecho del trabajo. Así parece que esta ciencia se fortalece en las crisis.

En Iberoamérica también tenemos nuestro bautismo de sangre para el naciente Derecho Iberoamericano del Trabajo con la Revolución Mexicana, que tanto ha influido en el desarrollo del moderno derecho laboral; en 1917 se promulga la Constitución de Querétaro, que es la

(3) Idem; Op. cit. Pág. 42.

primera en institucionalizar, con rango constitucional, nuestra rama jurídica. Posteriormente en 1919, la Constitución de Weimar también consagró su capítulo de derechos y beneficios sociales.

Como puede verse, ambas ramas del derecho se acercan en su origen, ambas nacieron de confrontaciones con el poder, y se alejan en sus planteamientos desde que una se ubica, desde su origen, en el derecho público (el derecho administrativo) y otro crea un nuevo tertium genus, el derecho social, que participa del derecho privado y del público (el derecho del trabajo). Dado que ambos convergen en la regulación del mismo fenómeno social (el trabajo humano del servidor público), surge aquí la gestión que motiva esta Conferencia y este Congreso.

II) Derecho Público y Derecho Social

No vamos a profundizar en lo que ya es sabido. Con la aparición del derecho del trabajo, uno de cuyos principios es la IRRENUNCIABILIDAD DE LOS DERECHOS DEL TRABAJADOR, surgió la discusión de cómo un derecho privado podía consagrar un principio que es propio del público: la IMPERATIVIDAD de sus normas. El gran maestro mexicano MARIO DE LA CUEVA⁽⁴⁾ nos dice que "en el siglo XIX, Otto Von Gierke... explicó que en el curso de la historia existió, al lado del derecho del estado y del derecho privado regulador de las relaciones entre personas determinadas, un derecho social creado por las corporaciones, cuyos caracteres eran su autonomía y la circunstancia de que consideraba al hombre no como persona plenamente individual, sino en sus relaciones con un cuerpo social..." y que "En el año 1922 ese espíritu universal que fue Georges Scelle, ...afirmó, con una convicción inquebrantable, que el derecho del trabajo había roto el principio de la unidad del derecho común y creado un derecho de clase, una legislación defensora del trabajo en sus relaciones con el capitán...". Pasando por Paul Pic, Gurvitch, Ripert y Levasseur, Kaskel y Nikisch, García Oviedo, Pérez Botija, Santoro-Pasarelli y Durand, el genio de De la Cueva nos lleva hasta nuestros días en que nadie discute esta calidad del derecho del trabajo, frente a las tradicionales ramas dicotómicas, privado y público.

Esta naturaleza especial del derecho del trabajo es muy conveniente para los fines del objeto de su disciplina, el trabajo humano, porque el hombre, voluntad e inteligencia, se obliga a trabajar por su

(4) DE LA CUEVA, Mario. *El Nuevo Derecho Mexicano del Trabajo*. Pág. 70.

libre consentimiento, lo que es propio y esencial en el derecho privado, base de todo contrato. Pero, una vez obligado, libre y conscientemente, el trabajador dispone de toda una serie de normas protectoras que le son irrenunciables, en atención a la posibilidad, que fue cierta hace un siglo, y desgraciadamente sigue siendo cierta hoy, de que pueda ser forzado por circunstancias económicas impuestas por otros seres humanos (patrono-Estado) a ceder en sus derechos.

Así las cosas, el derecho administrativo, público como es, y el derecho del trabajo, social como es, tienen en común su imperatividad: son normas de derecho necesario las que regulan las actuaciones de los particulares y del Estado, y esto tiene una tremenda incidencia e importancia en el contexto moderno de la relación de servicio entre los servidores y el Estado, que es objeto de esta disertación. Y de aquí también que hayan surgido tantas divergencias y malos entendidos en esta materia que constituyen obsesión para unos y otros.

III) *La relación del servidor público con el Estado*

La relación del servidor público con el Estado, ha pasado por varias etapas históricas. Antiguamente era un honor servir para el gobernante, el que se transmitía de padres a hijos. Con la aparición del moderno Estado de Derecho, la relación pasó a ser una cuestión honorífica, a enmarcarse dentro del ordenamiento jurídico en una gran diversidad de posiciones, lo que trajo, como consecuencia, varias teorías sobre la naturaleza de la relación.

En esta evolución del concepto de la naturaleza de la relación de servicio público, se ha pasado por varias teorías: a) Equiparación con los contratos comunes de locación de servicios y mandato.

Esta teoría fue abandonada porque no explicaba fenómenos propios del derecho público como son la carga pública, la posibilidad de modificación unilateral de ciertas condiciones de trabajo y otros.

b) Acto jurídico unilateral del Estado.

Posición criticada por la prescindencia del elemento voluntad del trabajador.

c) Situación contractual.

Un contrato de derecho público que, en el decir de CARLOS ALBERTO GONZALEZ⁽⁵⁾ "que presenta semejanzas con los contratos del derecho privado, sin perjuicio de tener particularidades que lo diferencian".

d) Acto condición.

Es una teoría muy aceptada en nuestros días, que consiste fundamentalmente en estimar que es necesaria la voluntad del empleado para aceptar el cargo público, pero las condiciones de ejecución del empleo están predeterminadas por el ordenamiento público. Así es una teoría que asemeja con la de los contratos de adhesión comunes.

Esta teoría es compartida por muchos, Vgr. CARLOS ALBERTO GONZALEZ⁽⁶⁾, así:

"Compartimos el criterio de que la función pública constituye un instituto jurídico autónomo, que no puede identificarse en toda su extensión como figuras contractuales del derecho común y otras figuras jurídicas preexistentes y que, además, la elección del agente no es un acto jurídico unilateral de la autoridad estatal, pues, en una u otra forma, estará presente la voluntad del interesado...".

Como puede verse esta teoría del "acto condición" o "acto unión"; GABINO FRAGA⁽⁷⁾ lo afirma en estas condiciones, concretamente referido al nombramiento de un empleado público:

"Ahora bien, ese acto diverso que condiciona la aplicación del estatuto legal y que no puede crear ni variar la situación que establece dicho estatuto y que además permite la modificación de éste en cualquier momento sin necesidad del consentimiento del empleado, es el acto que la doctrina publicista, a la cual nos hemos adherido, denominado acto unión".

(5) GONZALEZ, Carlos Alberto. "Las Relaciones Laborales de los Trabajadores al Servicio del Estado", Ponencia del IX Congreso Iberoamericano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Bogotá, Colombia, 1986.

(6) GONZALEZ, Carlos Alberto. Op. cit. Pág. 2.

(7) FRAGA, Gabino. *Derecho Administrativo*. Pág. 155.

Si se mira bien, esta teoría contempla de cerca una que es fundamental para el derecho del trabajo, me refiero a la teoría de la RELACION DE TRABAJO como sustitutiva del contrato de trabajo como origen del régimen jurídico que configura el trabajo humano subordinado como centro del derecho del trabajo.

Y ésto traerá complicaciones cuando se trate de definir el ámbito del derecho administrativo o el laboral en cuanto a la relación de servicio público, desde que estos dos elementos, aunque comunes, —parten de principios absolutamente diferentes que los hacen incompatibles para la unificación de la disciplina que regula al servidor público en sus relaciones con el Estado—.

Parte de la gran confusión que se da, cuando se trata de ubicar esta relación en examen dentro de uno y otro campo del derecho, es la dualidad que se nos presenta en cuanto al servidor público. Dicho agente de la Administración tiene una doble posición dentro del engranaje estatal, una interna (hacia la Administración) y otra externa (hacia el público o administrado). ORLANDO GONZALEZ NIEVES⁽⁸⁾ lo afirma claramente; citando a Entrena Cuesta, así:

"...la dualidad que existe en las relaciones entre "los trabajadores y la Administración: la "relación orgánica" y la "relación de servicio". En virtud de la primera los funcionarios forman parte inseparable de la Administración. En la relación de servicio el funcionario se nos muestra como un sujeto distinto de la Administración Pública, respecto de la que ostenta derechos y lo afectan deberes."

Esta dualidad incide en una tendencia de los que defienden a ultranza la pertenencia de la relación del servidor público con la Administración como EXCLUSIVAMENTE PUBLICA (administrativa), cuando se aproxima el Derecho del Trabajo con su contenido EXPANSIONISTA y TUITIVO a tratar de proteger al servidor, a mirarlo como "agente externo" del poder público, con total olvido de la "relación interna" que le otorga la calidad de un trabajador.

Y esto es así porque el derecho administrativo, del cual ciertamente nos declaramos partidarios, no olvida al omnipresente Estado en sus relaciones; debemos recordar que el criterio al respecto de los administrativistas es el que resume ENTRENA CUESTA⁽⁹⁾ cuando afirma que:

(8) GONZALEZ NIEVES, Orlando. *El Derecho Administrativo Laboral*, Ponencia del IX Congreso Iberoamericano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Bogotá, Colombia, 1986.

(9) ENTRENA CUESTA, Rafael. *Curso de Derecho Administrativo*. N° 10, Pág. 59.

"...nos inclinamos por la orientación hoy frecuentemente seguida en la doctrina italiana, según la cual una norma tendrá carácter jurídico-público cuando se refiera a relaciones o situaciones que necesariamente, o sea, según el contenido de aquella, esté implicada la participación de un ente público."

De aquí a la afirmación de que la relación de servicio que analizamos sea enteramente pública no hay ni siquiera un paso. Después de resaltar la importancia del elemento subjetivo (personas) de los órganos de la Administración el citado autor⁽¹⁰⁾ se asombra del "impresionante número de quiénes se hayan a su servicio" (del Estado moderno) y de "del hecho de la extraordinaria diversidad de regímenes jurídicos a que se encuentra sometido el personal al servicio de la Administración".

Y la legislación ha avanzado por esa inercia que señalaba el distinguido maestro uruguayo AMERICO PLA RODRIGUEZ citando al sueco FOLKE SCHMIDT quien dice que "la mejor respuesta a la cuestión de por qué existen reglas particulares para el servidor público es el hecho de que no resulta fácil cambiar lo que se viene haciendo durante siglos".

Otros principios fundamentales dentro de la teoría del derecho administrativo parecen contraponerse a los del derecho del trabajo, entabando, en apariencia, la unificación de la rama del derecho que deba regir, prioritariamente, la relación de servicio; entre ellos, estimamos que debe citarse el del FIN DEL SERVICIO PUBLICO, que es el que debe seguir, dentro del derecho público, como finalidad esencial, todas las actuaciones incluyendo las del servicio público.

Esta finalidad ha sido, claramente, señalada en Costa Rica en la Ley General de la Administración Pública promulgada bajo el N° 6227 del 2 de mayo de 1978, que constituye un esfuerzo del sector administrativista de regular esa maraña de disposiciones que se encuentran en todos los ordenamientos jurídicos, relativos a la cosa pública y su manejo, y que dificultan en grado sumo los procedimientos dentro de este sector. Esa ley, en su artículo 4° dispone que "La actividad de los entes públicos deberá estar sujeta en su conjunto, a los principios fun-

(10) Idem; Op. cit. N° 91, Pág. 373.

(11) PLA RODRIGUEZ, Américo. "El Trabajador Público y los Convenios Colectivos". Ponencia del IX Congreso Iberoamericano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Bogotá, Colombia, 1986. Pág. 4.

damentales del servicio público, para asegurar su continuidad, su eficiencia, su adaptación a todo cambio en el régimen legal o en su necesidad social que satisfacen y la igualdad en el trato de los destinatarios, usuarios o beneficiarios".

Fácilmente es comprensible que si ese principio se aplica en toda su extensión a la relación de los servidores públicos con el estado, se dificulta en grado sumo pensar en la aplicación de los principios laborales, en especial los del PRO OPERARIO y los de la NORMA MAS FAVORABLE; podría afirmarse, en tesis administrativista, que sobre ellos está el del SERVICIO PUBLICO. Y esto produce una contradicción aparentemente insalvable entre ambos regímenes legales.

Otro principio jus publicista muy cerrado y que no admite grietas es el PRINCIPIO DE LEGALIDAD, conforme al cual los sujetos públicos integrados en lo que se denomina Administración Pública sólo pueden hacer lo que expresamente estén facultados para hacer, por el ordenamiento jurídico; inviértese, así, el principio de derecho privado de que toda persona puede hacer lo que está prohibido. Si esto es un gran escollo en el derecho individual del trabajo, en cuanto se consideran fuentes creadoras de derechos superiores a los legales, además del consentimiento de las partes, la costumbre y el uso, piénsase lo que será, en materia de derecho colectivo y de contratación a ese nivel, pretender su vigencia dentro de este orden de ideas a la relación de servicio público. Este otro principio aparece consagrado en la referida ley costarricense en el artículo 11-1 en los siguientes términos: "La Administración Pública actuará sometida al ordenamiento jurídico y sólo podrá realizar aquellos actos o prestar aquellos servicios públicos que autorice dicho ordenamiento, según la escala jerárquica de sus fuentes".

Todo este marco del derecho administrativo es el que pretende regular la relación, extralaboral según los seguidores de esta materia, entre el servidor público y el Estado; y así se menciona expresamente la Ley de comentario costarricense en su artículo 112-1 que reza: "El derecho administrativo será aplicable a las relaciones de servicio entre la Administración y sus servidores públicos".

En un célebre encuentro de laboristas y administrativistas realizado a instancia de la Revista de Derecho Laboral en Montevideo, Uruguay, en 1977, uno de los asistentes, el Dr. Helios Sarthou, decía que "Esta posición eleva a la categoría del máximo valor el principio de intangibilidad del Estado, el cual en el cumplimiento de sus fines públicos, como sujeto eminente de la relación de empleo público y titular del imperium cumple la tutela de la organización mediante el encuadramiento del trabajo humano que utiliza en los carriles estatutarios

como situación objetiva preexistente que la voluntad del empleado no puede modificar"⁽¹²⁾.

Ese párrafo transcrito revela cuál es la conclusión ineludible a que el derecho público lleva la relación de servicio público entre el servidor y el Estado, sustrayéndola totalmente a cualquier pretensión de derecho privado o social, de intromisión en los férreos principios en que se sustenta el derecho administrativo.

IV) *Las relaciones individuales de trabajo*

Las características esenciales de la relación de trabajo han sido clásicamente definidas por tres elementos: prestación de un servicio personal, al servicio de otra persona (ajenidad), mediante un pago (salario) y bajo la subordinación jurídica del dador de trabajo (trabajador) en favor del acreedor (patrono). Otros elementos se agregan entre los cuales vale la pena acotar la voluntariedad del trabajo.

Estos mismos elementos figuran en la relación de servicio público y a ello se debe la confusión entre ambas relaciones.

DE LA CUEVA⁽¹³⁾ define la relación de trabajo como "una situación jurídica objetiva que se crea entre un trabajador y un patrono por la prestación de un trabajo subordinado, cualquiera que sea el acto o la causa que le dio origen, en virtud de la cual se aplica al trabajador un estatuto objetivo, integrado por los principios, instituciones y normas de la Declaración de Derechos sociales, de la Ley del Trabajo, de los convenios internacionales, de los contratos colectivos y contratos ley de sus normas supletorias".

Esta idea, tomada de la Ley Federal Mexicana de 1931 que en su artículo 18 que establecía: "Se presume la existencia del contrato de trabajo entre el que presta un servicio personal y el que lo recibe...". La nueva Ley Mexicana de 1969 cambió a una forma más explícita ese concepto; el artículo 20 dispone: "Se entiende por relación de trabajo, cualquiera que sea el acto que le de origen, la prestación de un trabajo personal subordinado a una persona, mediante el pago de un salario.

(12) SARTHOU, Helios. *Cursillos sobre el Derecho del Trabajo y los Funcionarios Públicos*. Biblioteca de Derecho Laboral N° 5. Pág. 69.

(13) DE LA CUEVA, Mario. Op. cit. Pág. 187.

El artículo 18 del Código de Trabajo de Costa Rica, 1943, que siguió la Ley de 1931, dispone que "Contrato individual de trabajo, sea cual fuere su denominación es todo aquél en que una persona se obliga a prestar a otra sus servicios o a ejecutarle una obra, bajo la dependencia permanente y dirección inmediata o delegada de ésta, y por una remuneración de cualquier clase o forma. Se presume la existencia de este contrato entre el trabajador que presta sus servicios y la persona que los recibe".

Esos conceptos, de las leyes mexicana y costarricense, ilustran perfectamente la tendencia ya consolidada en la doctrina jus laboralista, de presumir la existencia de un contrato con sólo que se presenten los caracteres que configuran el contrato de trabajo: trabajo, salario y subordinación jurídica, sobre todo éste que es el elemento esencial.

No es que el contrato haya desaparecido, sino que el elemento FACTICO de la ejecución es revelador en favor del trabajador, de la existencia del contrato que se PRESUME. Es, pues, una PRESUNCION en favor de la parte más débil de la relación, a quien no se le carga con prueba onerosa, sino simple del trabajo en las condiciones que exige la ley para ser considerado laboral.

Esta característica se señala por parte de los jus publicistas, defensores de la naturaleza pública de la relación de trabajo entre los servidores públicos y el Estado, como absoluta para no considerar laboral esta relación; en el citado Cursillo⁽¹⁴⁾, el Dr. Sarthou decía al respecto:

"De acuerdo a lo expuesto solamente dos elementos diferenciales importantes aparecen en forma exclusiva en la relación de trabajo con el Estado y no en el contrato de trabajo. Ellos son, la alegada naturaleza estatutaria de la relación de empleo público y el cumplimiento de fines públicos o de interés general por parte del Estado."

Ciertamente la presencia del Estado como patrono es un elemento que pesa mucho y conlleva una diferencia importante con la relación de trabajo privada. Esto, desde el punto de vista de la naturaleza de la relación en nada prejuzga sobre la calidad de la relación, porque cada vez es más frecuente que el Estado recurra a procedimientos de derecho privado en sus relaciones en la sociedad, sobre todo con la aparición del llamado Estado —empresario moderno. Quizás, en la época del Estado liberal, la preeminencia fuera más notoria que ahora. Pero nuestro moderno Estado convertido en socio con los particulares, inclusive minoritario a veces, celebra contratos civiles, contratos comerciales, utiliza

(14) SARTHOU, Helios. Op. cit. Pág. 75.

procedimientos de compra de bienes y contratación de servicios, y un sin fin de procedimientos que los particulares inventaron para acelerar sus transacciones. ¿Quién ha hecho más daño a quién? Si el derecho público al privado o viceversa es cuestión a definir.

Dentro de este campo, específico del derecho individual del trabajo, rigen algunos principios que es preciso mencionar porque tienen relación con el del servicio público que ya vimos. Se trata de dos que son piedra angular del derecho del trabajo el INDUBIO PRO OPERARIO, o simplemente PRO OPERARIO y el de la NORMA MAS BENEFICIOSA, conformando ambos una unidad con el carácter tuitivo y expansionista de esta rama del derecho. Brevemente expondremos algunos días sobre estos principios que, como veremos más adelante, constituyen una firme defensa del servidor público en esta época de crisis.

MARIO L. DEVEASI, el recordado jurista argentino, recién fallecido el año pasado, en su Tratado de Derecho del Trabajo⁽¹⁵⁾ refiere sobre ambos lo siguiente:

"1. La norma más favorable hacia el trabajador. 3. Este es posiblemente el principio de mayor significación dentro del derecho del trabajo y que consagra un postulado totalmente distinto del derecho común.

Dos aspectos encara el mismo en su realización: a) el de la aplicación de la norma más favorable al trabajador, cuando existan varias fuentes distintas, y b) el que interpreta las situaciones dudosas de la norma o de los hechos en favor del trabajador.

El primero relativo a la aplicación, entre varias normas, de la más favorable al trabajador, se refiere a la vigencia de la que establece condiciones más ventajosas, para lo cual se requiere el análisis comparativo e interpretativo de sus disposiciones, para definir su vigencia de acuerdo al citado principio... a) In dubio pro operario.

4. El segundo aspecto, que se concreta a interpretar las situaciones dudosas que emergen de una misma norma o de un mismo hecho y que M. Alonso García estima en cuanto a su sentido conceptual como "impropio", ha originado un principio que corrientemente se lo denomina como "pro operario".

(15) DEVEALI, Mario L. *Tratado de Derecho del Trabajo*. Volúmen I. Págs. 394 y ss.

La afirmación de este principio importa adoptar una solución totalmente distinta de la del derecho común, pues en éste la interpretación se inclina generalmente en favor del deudor, que se particulariza en la figura del trabajador."

Además, citamos, existe el principio de IGUALDAD DE TRATO como regla de interpretación en el derecho laboral, consagrada constitucionalmente en algunas legislaciones como norma constitucional vigente (Argentina 1957, Costa Rica 1949), en cuanto a la retribución bajo la regla consagrada por Deveali⁽¹⁶⁾ en la conocida frase "igual retribución, por igual tarea", o comúnmente "a igual trabajo, igual salario".

Estos tres principios inherentes al derecho individual del trabajo se entrelazan con la relación de servicio público, chocan con el principio de primacía del servicio público, y complican la unificación del régimen jurídico-laboral y laboral-administrativo, según veremos más adelante.

V) *El trabajo como hecho. Hacia la unificación del derecho del trabajo con el derecho administrativo del servicio público*

De la Cueva, en el Norte, y De Ferrari, en el Sur, tiempo ha que, no en vano pasan los años, dieron a luz el conocido principio de la REALIDAD del derecho del trabajo, concretado en el campo de las contrataciones individuales del trabajo, en el célebre CONTRATO REALIDAD que parte de un punto muy importante y que hoy vuelve a tener primacía dentro de los conceptos fundamentales de nuestra disciplina, a saber, EL HECHO DEL TRABAJO HUMANO.

El eje central de la ciencia del derecho del trabajo es el trabajo del hombre, —trabajo que acompaña al ser humano desde la cuna hasta la sepultura, parodiando a Lord Bevin en su célebre frase sobre la Seguridad Social, dicho sea de paso, quejaba hoy de grave dolencia por la crisis económica.

En un documento trascendental sobre el trabajo humano, S. S. Juan Pablo II emitió en 1981, conmemorando un aniversario más de la aparición de la llamada doctrina social de la Iglesia Católica, en 1891, con la encíclica dea con LXIII Rerum Novarum, la Encíclica Laborem Excersens; en el punto 3) titulado El Problema del Trabajo, clave de la cuestión social, el pontífice centra en los siguientes términos el problema de nuestro tiempo:

(16) Idem; Op. cit. Pág. 4002.

"...el trabajo humano es una clave, quizá la clave esencial de toda la cuestión social..."⁽¹⁷⁾

Este hecho de que el hombre nació para trabajar, es, en el fondo, el que sirve de punto de partida hacia una teoría de unificación de los regímenes laborales del contrato individual de trabajo y la relación de servicio público, como analizaremos en esta Conferencia.

Partimos del hecho, cierto, indudable, incuestionable, de que el trabajo del hombre es siempre el mismo, independientemente de cómo se trabaje, para quién se trabaje, en síntesis, en qué condiciones, subjetivas y objetivas, se trabaje. El mismo valor, exactamente el mismo, tiene el trabajo humano en todas las facetas diversas en que se presente. Para estos efectos un simple peón agrícola, regido por normas especiales relativas al trabajo agrícola es igual al de un oficial público a su vez regulado por disposiciones estatutarias, reglamentarias, o de cualquier índole; a la esencial del trabajo, es independientemente el entorno legal que le rodea.

De la Cueva, mexicano, De Ferrari, uruguayo, expusieron en los volúmenes I. de sus Tratados, la doctrina que abrió brecha en el mundo del derecho, que dejaba de lado el rígido marco contractualista, para aplicar el derecho del trabajo a toda situación de hecho que se presentara, cualquiera que fuera su denominación o forma, con las condiciones de subordinación que distinguen al trabajo en el aspecto jus laboralista de otros tipos de trabajo existentes o presentes en la sociedad.

Primera conclusión que extraímos de este hecho, puro y simple, del trabajo como fenómeno común a todos los tipos y formas de trabajo, es que a un mismo hecho deben corresponder normas similares.

Esta conclusión lógica, y el derecho es primordialmente lógica aplicada, por eso el célebre II Mandamiento de Eduardo J. Couture ese genio suramericano del proceso civil se refiere a que "El derecho se aprende estudiando, pero se ejerce pensando", nos sirve de inicio al segundo punto de la cuestión.

VI) *El Derecho Constitucional del Trabajo*

Nadie mejor que los mejicanos pueden hablar del Derecho Constitucional del Trabajo, porque este país de Dios bendito por muchos títulos, fue el primero en América Latina y uno de los primeros del

(17) S.S. JUAN PABLO II. Encíclica Laborem Excersens. Eusan 1981. Punto 3). Pág. 17.

mundo entero, en dar a conocer los principios fundamentales del derecho social en su Carta Magna. En el Congreso de Querétaro, relatado magistralmente por De la Cueva, en sus actas, quedaron impresas las intervenciones de quienes lo gestaron en páginas llenas de sentimiento que recoge el maestro en su citada obra *El Nuevo Derecho Mexicano del Trabajo*⁽¹⁸⁾. No nos atrevemos a insistir mucho en el tema porque, desde luego, lo damos por mejor conocido entre ustedes lo que yo pueda decir al respecto, salvo la constancia de mi admiración porque cuando el mundo no hablaba de incorporar a sus constituciones el incipiente derecho del trabajo, en este país ya estaba incorporado cuando el asunto era discutido en Weimar.

El derecho del trabajo adquirió a partir de la Constitución Mexicana de 1917, carta de ciudadanía, forjado en la primera gran revolución social americana y ciertamente la más importante, que sigue alumbrando los pasos de nuestra América Latina, hoy aquejada por tantos problemas.

Existen, pues, PRINCIPIOS FUNDAMENTALES que se aplican por igual a todo tipo de trabajo; nadie duda de que los principios de salario mínimo, de jornada máxima de trabajo, el derecho de sindicalización, el derecho de huelga, el derecho de negociación colectiva, que figuran frecuentemente en el derecho constitucional americano, son aplicables en lo que interesa al tema que tratamos tanto a las relaciones de trabajo privadas como públicas.

Existe, pues, un derecho constitucional, supra legal, del trabajo, derivado del hecho puro y simple de que el trabajo humano es en sí mismo, siempre igual.

Este punto es de tremenda importancia para el asunto que hoy nos ocupa, como lo hacía ver en aquél célebre *Cursillo*⁽¹⁹⁾ en Uruguay en 1977 el Dr. Horacio Cassinelli Muñoz, constitucionalista famoso, cuando afirmaba:

“La calificación de las normas constitucionales sobre el trabajo como normas laborales tiene consecuencias prácticas importantísimas en cuanto a los criterios de su interpretación. Significa que deberán ser interpretadas como formando parte de un conjunto, una rama del Derecho llamada “Derecho Laboral” y por consiguiente deberán ser interpretadas a la luz de los principios del Derecho del

(18) DE LA CUEVA, Mario. Op. cit. Págs. 48 y 49.

(19) CASSINELLI MUÑOZ, Horacio. *Cursillo sobre el Derecho del Trabajo y los Funcionarios Públicos*. Biblioteca de Derecho Laboral N° 5. Pág. 106.

Trabajo, y no a la luz de los principios de otros Derechos que podrían estar en contradicción con las soluciones laboristas en algunos casos. Y esto es cierto no sólo del Derecho general del trabajo, sino del Derecho laboral de los funcionarios públicos, o sea el Derecho particular de la relación de trabajo cuando el empleador —en sentido amplio— es un ente público.”

Discrepando nada más en cuanto a lo de la existencia de un DERECHO LEGAL DEL TRABAJO independiente del DERECHO DEL TRABAJO, creemos que existen PRINCIPIOS GENERALES que informan esta rama autónoma del derecho, como en todas las demás es regla, aceptamos que las normas que contenga la Constitución Política de cada país, en esta y en cualquier otra materia, prevalecen e informan las normas subordinadas, sean leyes, reglamentos, decretos u órdenes al estilo que KELSEN lo pondría en su famosa pirámide.

Todo esto llevaba a afirmar a HECTOR HUGO BARBAGELATA⁽²⁰⁾ que “a) El trato discriminatorio es contrario al principio de la igualdad ante la ley, toda vez que en la prestación de la actividad laboral no existen diferencias significativas.

b) El principio de isonomía, obliga a la legislación a abrazar con las mismas normas, situaciones que son iguales en sí mismas;

c) El principio del Estado de Derecho, excluye que éste cree a su favor situaciones diferenciales más ventajosas que las que impone a los particulares;

d) El principio democrático, excluye que en la relación de los trabajadores al servicio del Estado con su empleador, se le atribuyan a éste poderes de tal entidad que lo coloquen por sobre su contraparte, configurando una especie de derecho de señorío o una relación de tipo feudal”.

Con la inclusión de normas constitucionales de contenido netamente laboral y la conclusión de que las mismas son aplicables a todas las relaciones de trabajo, independientemente del acreedor del trabajo y de las demás condiciones en que se preste, debemos analizar cómo el Derecho Internacional del Trabajo ha incorporado a sus Convenios y Recomendaciones dentro del marco de la Organización Internacional del Trabajo, algunas normas que se refieren al trabajo del servidor público.

(20) BARBAGELATA, Héctor Hugo. *Cursillo* Op. cit. Págs. 21 y siguientes.

VII) *El Derecho Internacional del Trabajo*

Con el tránsito del estado policía, de corte liberal, al estado moderno de derecho, social, que interviene en aspectos de la vida en sociedad otrora reservados a la actividad privada, en pie de igualdad o no con ellos, las normas internacionales sobre el servicio público han proliferado, no todas del agrado de los gobiernos y desde luego no todas vigentes por falta de ratificación oportuna y debida a los instrumentos promulgados en la Conferencia de la Organización.

a) El primer Convenio que nos interesa y que contiene normas generales aplicables a las relaciones tanto individuales como públicas, promulgado en la Trigésima Reunión de la Conferencia de la OIT en 1948, es el que lleva el N° 87 y se refiere a la LIBERTAD SINDICAL Y A LA PROTECCION DEL DERECHO DE SINDICALIZACION; este Convenio ratificado por México en 1960, dispone en su artículo 9 que "La legislación nacional deberá determinar hasta qué punto se aplicarán a las fuerzas armadas y a la policía las garantías previstas por el presente Convenio", lo que significa en buen romance y rectamente interpretado, que todos los demás servidores públicos, o todas las demás relaciones de servicio público, están protegidas por el Convenio; de otra suerte, qué importancia tendría el haber excluido expresamente a esos dos sectores? Este razonamiento es válido para otros Convenios en que se utiliza la misma forma jurídica, como veremos de seguido.

b) El segundo Convenio que citamos es el 98, aprobado en 1949, relativo a la aplicación del Derecho de Sindicación y de Negociación Colectiva, que hasta enero de este año, por lo menos, México no había ratificado aún, y que en su artículo 5-1 dispone que "La legislación nacional deberá determinar el alcance de las garantías previstas en el presente Convenio en lo que se refiere a su aplicación a las fuerzas armadas y a la policía" y salvaguarda expresamente en el aparte 2 de este mismo artículo los mejores derechos que tengan dichos miembros especiales en virtud de "leyes, sentencias, costumbres o acuerdos".

c) Por su alcance, citamos el Convenio 151, aprobado en 1978, y que no ha sido ratificado prácticamente, salvo Cuba y Perú (1980) por ningún otro país de América Latina, y que se refiere a la Protección del derecho de Sindicación y los Procedimientos para determinar las Condiciones de Empleo en la Administración Pública. Este convenio es fundamental para el punto de vista que sustentamos en esta Conferencia relativo a la unificación en el Derecho del Trabajo de la relación de servicio público, o mejor dicho, de las normas que la regulan. El artículo 1-1 del Convenio es claro y terminante en cuanto a que "deberá aplicarse a todas las personas empleadas por la administración

pública, en la medida en que no les sean aplicables disposiciones más favorables de otros convenios internacionales del trabajo "excluyendo en el acápite 2 ídem a los "empleados de alto nivel que, por sus funciones, se considera normalmente que poseen poder decisorio o desempeñan cargos directivos o a los empleados cuyas obligaciones son de naturaleza altamente confidencial" debiendo determinar la legislación nacional "hasta qué punto las garantías previstas en el presente Convenio son aplicables a las fuerzas armadas y a la policía". El artículo 7° dispone:

"Deberán adoptarse, de ser necesario, medidas adecuadas a las condiciones nacionales para estimular y fomentar el pleno desarrollo y utilización de procedimientos de negociación entre las autoridades públicas competentes y las organizaciones de empleados públicos acerca de las condiciones de empleo, o de cualesquiera otros métodos que permitan a los representantes de los empleados públicos participar en la determinación de dichas condiciones".

Como puede verse de esos tres Convenios de la OIT que citamos como ejemplo de la tendencia moderna cada vez más acentuada a que sea con normas laborales estrictamente que se regule la función pública, es clara e indubitable la marcha hacia la unificación en el Derecho del Trabajo de las normas del servicio público; el hecho de que algunos instrumentos, y eso que no hemos citado Recomendaciones de la OIT, no hayan sido ratificados por algunos de nuestros países, no es óbice que inhiba al movimiento de su firma marcha hacia la justicia social. Es lógico que el Estado se resista a perder sus privilegios, aunque sea para cumplir con el señalado fin de la paz social que tantas veces se esgrime como bandera para otros fines menos altruistas.

La exclusión que en esos Convenios se hace de ciertos funcionarios, citados exactamente en el 151, es en razón de sus funciones porque, como decía un autor, ellos "son" el Estado; son los funcionarios esencialmente políticos, los que son como se dice en la jerga administrativa "de gestión"; por oposición a los funcionarios que ejercen funciones no decisorias de la política estatal, sino de ejecución de actos señalados por el ordenamiento procedentes de la voluntad política de los jefes administrativos. Se trata de una distinción que todavía no encuentra consenso dentro de los publicistas quienes admiten, ciertamente debemos señalarlo, que algunos trabajadores del Estado sí deben regularse por el derecho del trabajo, una minoría por cierto, ya que para los demás, la gran mayoría, debe regir el derecho administrativo o público.

No tratamos en esta Conferencia de la cuestión de la división de los empleados públicos, sino de las tendencias modernas del derecho del trabajo hacia una regulación unitaria de la relación de servicio público,

en cuanto trabajo humano que al fin es al cual se aplican los principios generales del derecho del trabajo, las normas constitucionales laborales y las normas internacionales dictadas en mira a la actividad estatal.

VIII) América Latina y el derecho positivo

Una rápida visión nos permite ver en nuestra América Latina una variada gama de legislaciones, que BARBAGELATA en el Cursillo citado⁽²¹⁾ resume en tres grupos:

- a) Regímenes que aplican a los servidores del Estado, o hacen extensivo a éstos, las normas que regulan la relación de trabajo en el empleo privado.
- b) Países en que a los trabajadores del Estado se les aplica un régimen especial pero basado en el derecho laboral.
- c) Países en que se aplica el régimen laboral común respecto de ciertas categorías y en determinadas situaciones.

Como se trata según el autor, en este tercer grupo de "un grupo muy nutrido" establece en él 7 subdivisiones:

- c-1) Aplicación de la ley laboral común cuando la situación no está contemplada de modo apropiado por las normas especiales.
- c-2) Aplicación de la ley laboral común a los empleos en las planillas presupuestales. Vgr. El Salvador, Costa Rica, Venezuela.
- c-3) Aplicación de la legislación laboral común a los trabajadores manuales o de servicios. Vgr. Colombia, El Salvador, Honduras, Venezuela.
- c-4) Aplicación de la legislación laboral común a las empresas económicas del estado y categorías análogas. Vgr. Brazil.
- c-5) Aplicación de las normas comunes a cierta clase de servicios gubernamentales.
- c-6) Regímenes en que se prevé la eventualidad de la aplicación del derecho laboral común cuando medie referencia expresa. Vgr. Panamá.

(21) Idem; Op. cit. Págs. 23 a 25.

- c-7) Regímenes en que se aplica como regla a los empleados públicos, de tipo clásico, un estatuto administrativo.

Un breve examen de la legislación americana nos dará una idea de lo difícil que es encasillar dentro de uno u otro rubro de los expuestos magistralmente por el maestro uruguayo Barbagelata, a los diversos países.

Argentina excluye en la Ley de Contrato de Trabajo de 1974 a los dependientes de la Administración Pública Nacional y en cuanto a las poderosas empresas estatales, ha creado Estatutos Especiales.

Brazil. La llamada Consolidación de las Leyes del Trabajo excluye a los funcionarios públicos y a los servidores de las llamadas autarquías (empresas autónomas estatales).

Colombia excluye al derecho individual del servidor público de la aplicación del Código de Trabajo, mas le aplica las normas laborales de derecho colectivo.

Costa Rica aplica, según el Código de Trabajo, sus normas a todos los servidores, públicos o privados, salvando la tendencia del Estado a aplicar el derecho administrativo virtud de la Ley General de la Administración Pública, que regula las funciones y actos administrativos, no los derechos en concreto de los servidores públicos, dictada en 1978 y a que hemos hecho referencia anteriormente

El artículo 191, que inicia el Título XV, Capítulo Unico de la Constitución Política de 1949, establece el Servicio Civil en los siguientes términos:

"Un estatuto de servicio civil regulará las relaciones entre el Estado y los servidores públicos, con el propósito de garantizar la eficiencia de la administración."

Un Transitorio de la constitución dio un plazo de 10 años para dotar a los empleados públicos del Estatuto e incorporarlos en el Servicio Civil; por Ley 1581 del 30 de mayo de 1953, se dictó el Estatuto de Servicio Civil, cuyo artículo 1º reza:

"Este Estatuto y sus Reglamentos regularán las relaciones entre el Poder Ejecutivo y sus servidores, con el propósito de garantizar la eficiencia de la Administración Pública y proteger a dichos servidores."

Como puede verse entre lo que el constituyente ordenó y lo que el legislador común ejecutó es bien diferente. El Estatuto de Servicio

Civil cubre únicamente a los servidores del PÓDER EJECUTIVO y no del ESTADO como debe ser conforme el precepto constitucional vigente. El plazo de 10 años venció y la mayoría de los empleados públicos costarricenses siguen fuera del Servicio Civil aunque algunos tengan estatutos especiales (Asamblea Legislativa, Poder Judicial, etc...).

Con el advenimiento de la citada Ley General de la Administración Pública (1978) existe una generalizada y peligrosa pretensión del Estado de regular sus relaciones con los empleados dentro del derecho público (administrativo), a base de Reglamentos unilaterales (Reglamentos Autónomos), estando en predicado, inclusive, el derecho de negociación colectiva en el sector público, inclusive el descentralizado, lo que unido a la prohibición de huelgas en los servicios públicos, tiene enfrentado al Gobierno con los sindicatos públicos que son, como es común, poderosos.

Chile excluye de la aplicación de la ley laboral a los empleados públicos que tienen estatutos especiales y reserva la aplicación de la ley laboral en lo que expresamente no estén regulados.

Ecuador aplica la ley laboral común (Código de Trabajo de 1978) a los obreros del Estado y demás entes públicos.

El Salvador. El Código de Trabajo de 1973 aplica el Código a las relaciones de trabajo entre el Estado, los Municipios, las Instituciones Oficiales Autónomas y Semiautónomas y sus trabajadores.

Guatemala, establece en la Constitución Política de 1965 que las relaciones de servicio público se regulan por leyes especiales.

Perú. Ha dictado diversas leyes para los trabajadores del Estado pero, de hecho esos estatutos especiales contienen los mismos derechos que la ley laboral.

Honduras. El Código de Trabajo de 1959 exceptúa de su aplicación a los empleados públicos.

Panamá. El Código de Trabajo de 1971 dispone que los empleados públicos se regirán por las leyes de la carrera administrativa.

República Dominicana. Establece, en el Código de Trabajo, que las relaciones de los funcionarios y empleados públicos se regularán por leyes especiales.

Uruguay. Aunque no tiene Código de Trabajo se muestra una tendencia a unificar los derechos en las diversas leyes especiales que regulan las diferentes funciones.

Venezuela. La Ley del Trabajo de 1975 dispone que no se aplicará a los funcionarios o empleados públicos. Esta tendencia se mantiene en el proyecto elaborado bajo la dirección del maestro RA-

FAEL CALDERA para una nueva Ley Orgánica del Trabajo, que dispone que los funcionarios o empleados públicos se regirán por las disposiciones de la Ley de la Carrera Administrativa y su reglamentación, pero que los obreros al servicio de la Repúblicas, los Estados, los Municipios y los Institutos Autónomos estarán protegidos por la Ley laboral.

México en virtud de la reforma introducida al artículo 123, aparte B) de la Constitución de 1917 ha emitido un estatuto propio para los trabajadores del Estado. Ya en 1931 en la Ley Federal del Trabajo se disponía, artículo 2, que "las relaciones entre el Estado y sus servidores se regirán por las leyes del servicio civil que se expidieran". En 1969 se reformó el referido artículo 123 con su apartado B que contiene una declaración de derechos sociales de los trabajadores al servicio de los poderes de la Unión y de los gobiernos del Distrito y territorios federales, a raíz de cuya reforma constitucional se promulga en 1963 la Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado. De la Cueva, refiriéndose a esa Declaración en su citada obra *El Nuevo Derecho Mexicano del Trabajo*⁽²²⁾ dice que "La Declaración que al igual que la de 1917 es la primera de su género en la historia, es uno de los más bellos efectos de la fuerza expansiva del derecho del trabajo, pues en virtud de ella se sustrajo del derecho administrativo el capítulo de las relaciones entre el Estado y sus trabajadores".

Es interesante resaltar, aunque desde luego para ustedes es mejor conocido que para nosotros, la experiencia de México, en el campo legislativo, en cuanto a una clara definición del carácter laboral de la relación de servicio público, lo que hace hasta cierto punto perder importancia la discusión que a nivel latinoamericano existe en torno a la cuestión de la naturaleza de esa relación. En efecto, la reforma aludida que incorporó la declaración de principios laborales al artículo 123 (Aparte B) en cuanto a las relaciones entre "los Poderes de la Unión, el Gobierno del Distrito Federal y sus trabajadores", de contenido, netamente laboral; si bien en los partes VII y VIII se alude a cuestiones propias de las relaciones estatutarias, tales como la "designación del personal mediante sistemas, que permitan apreciar los conocimientos y aptitudes de los aspirantes" y el disfrute de "derechos de escalafón a fin de que los ascensos se otorguen en función de los conocimientos, aptitudes y antigüedad". En otros países esta definición no existe y ello se presta para que regímenes públicos estatutarios carezcan del contenido total e integral de derechos y obligaciones laborales, de suerte que sea preciso recurrir a la aplicación de instrumentos legales que no siempre son compatibles (estatutos versus leyes laborales). Es el caso de Costa Rica en donde el Estatuto de Servicio Civil es incompleto. Vgr. no regula nada sobre derecho de sindicación del empleado público de negociación colectiva de sus sindicatos. Este vacío plantea la cues-

(22) DE LA CUEVA, Mario. Op. cit. Pág. 196.

tión acerca de si el Código de Trabajo resulta de aplicación en lo que no esté regulado, lo que obviamente parece ser afirmativo. Mas, veremos adelante, la crisis económica ha forzado a los Gobiernos de América Latina a restringir los derechos y beneficios laborales de sus empleados, como medio de recortar gastos; desde que el Gobierno es 80% mano de obra, habida cuenta de que lo que presta son servicios, es fácilmente entendible que cualquier recorte presupuestario que se haga redunde en un recorte de salarios, o limitación de aumentos de salarios o, lo que es peor, en recorte de personal con el consiguiente aumento en el desempleo abierto. Esto forza un ciclo que agrava la crisis social.

De suerte que la protección establecida en el aparte IV del agregado B al artículo 123 de la Constitución Mexicana, en cuanto ordena que "Los salarios serán fijados en los presupuestos respectivos, sin que su cuantía pueda ser disminuida durante la vigencia de éstos", es poca protección en caso de la aplicación de políticas restrictivas del gasto público que, la experiencia desgraciadamente así lo indica, conllevan reducciones en las partidas presupuestadas para salarios. Después de todo, si se obliga al Estado a reducir gastos, en qué otro rubro podrá hacerlo? Aunque se diga que se reducen, recortan o suprimen programas siempre se afectará a los servidores públicos, o perdiendo aumentos, o perdiendo empleos.

IX) Una definición laboral al problema del servicio público

Ahora, más que nunca, es preciso una definición laboral de las relaciones de servicio público; el derecho del trabajo, nacido al fragor de las luchas sociales, tiene los mecanismos necesarios para proteger al trabajador frente a las pretensiones patronales de cercenar, reducir o suprimir en cualquier forma sus derechos. Esto es parte fundamental, esencial, de este derecho, de suerte que los principios de protección al trabajador, tales como el PRO OPERARIO, el de la NORMA MAS FAVORABLE, el de la TUICION GENERAL del derecho del trabajador, constituyen una importante garantía frente a las pretensiones, cada vez más comunes, del Estado de aplicar los principios de SERVICIO PUBLICO y de PREVALENCIA DEL INTERES PUBLICO Y DE LAS NORMAS DE ORDEN PUBLICO, que configuran el marco legal de la Administración Pública.

El problema quedó planteado hace ya muchos años; es verdaderamente incompatible el principio PRO OPERARIO contra el de PREVALENCIA DEL SERVICIO PUBLICO.

Aunque se reconoce que no existe una clara respuesta al respecto, es preciso tomar en consideración que el hecho cierto es una

tendencia hacia el lado laboral en una relación de servicio que pretende ser regulada diferentemente por el derecho del trabajo y por el derecho administrativo. El tratamiento unitario de la relación en examen se viene imponiendo por la fuerza de penetración del derecho laboral que, durante muchos años, llegaba hasta las fronteras de la relación de servicio público y allí se quedaba, dejando así que fuera el derecho público el que regulara la mayor parte de esa relación. No obstante --como dijimos-- la fuerza expansiva del derecho del trabajo es tan grande que relaciones que otrora pertenecían a otras ramas del derecho, como los agentes de comercio, los profesionales y otros similares, ahora caen de lleno dentro de la órbita laboral. No se justifica ningún tratamiento discriminatorio a la cuestión porque, como decía Barbagelata⁽²³⁾:

"a) El tratamiento discriminatorio es contrario al principio de igualdad ante la ley, toda vez que en la prestación de la actividad laboral no existen diferencias significativas."

Con esa frase el maestro uruguayo viene a darnos una clave cierta sobre por qué debe prevalecer el derecho del trabajo sobre el administrativo en esta cuestión, y es la de que existen normas constitucionales e internacionales que contienen dictados con rango superior a las leyes comunes y que, por tanto, deben obligatoriamente acatarse y respetarse, esas normas, el marco estructural en que se fundamenta el trabajo humano, prescindiendo para estos efectos de la persona que figure como dador del trabajo (patrono privado o público), la regulación debe ser UNA SOLA, LA MISMA y no diferente. Esto no obsta que los trabajadores públicos tengan regulaciones especiales, propias de su estatuto profesional, de la misma manera que Vgr. los trabajadores del mar, los del campo, etc., las tienen.

No debemos olvidar, en todo momento, que cuando confrontamos esta situación de problema nos referimos a aquellos funcionarios o empleados públicos que tienen la condición de agentes públicos, es decir, que ejercen funciones públicas en el sentido estricto de la palabra, y no de los que constituyen verdaderos e indubitables trabajadores regulados enteramente por el derecho del trabajo.

Ya desde 1972 se viene planteando esta tesis a nivel latinoamericano, como puede verse de las conclusiones del IV Congreso Iberoamericano de Derecho del Trabajo reunido en San Pablo y ha seguido siendo objeto de análisis en los sucesivos, para culminar sin conclusiones con el IX Congreso de Bogotá, en este año (1986). A nivel regional, en el IV Congreso Centroamericano de Derecho del Trabajo y de la

(23) BARBAGELATA, Héctor Hugo. *Cursillo Op. cit.* Pág. 21.

Seguridad Social celebrado en San José en 1985 también analizó el tema, y a nivel interno también en Costa Rica en 1983, en el Primer Congreso Nacional.

En 1972 el Congreso de San Pablo había considerado varias categorías de empleados públicos, lo que constituye en sí mismo una compleja tarea, debido a la diversidad de criterios que al respecto existen distinguiendo entre funcionarios políticos y funcionarios administrativos, los primeros que ejercen los tres poderes tradicionales y que están regulados por estatutos derivados o fijados en la Constitución Política, excluido del derecho del trabajo, y los segundos que deben tener estatutos propios, de naturaleza laboral con algunas reglas especiales. Fuera de esos dos grandes grupos, desde luego, situó a los trabajadores al servicio del Estado dentro de la órbita plena jus laboralista; sobre ellos no hay discusión alguna.

La defensa de los administrativistas en el sentido de que "la doctrina es firme: desde su entrada al servicio, el funcionario está sometido a un estatuto cuyas disposiciones no discute, a una disciplina y obligaciones que van más allá que la de los ciudadanos no funcionarios; goza de garantías diversas cuya aplicación es controlada por la jurisdicción administrativa y se ve asegurada una carrera. Es la concepción francesa de la función pública como un servicio y no como un oficio. A la función pública se le aplica un derecho sui generis autónomo, diferente del derecho privado, excluyente de la aplicación de las reglas que regulan el contrato de trabajo"⁽²⁴⁾ no es totalmente válida con la concepción que hoy en día se tiene del Derecho del Trabajo. La pre-determinación de las condiciones de trabajo también existe en el contrato privado de trabajo en que el trabajador tiene todas las obligaciones, y derechos consignados en las leyes de trabajo adheridos a su contrato original, bastando su mero consentimiento, o el simple hecho del trabajo subordinado asalariado para su aplicación y cobertura total.

Los derechos específicos del funcionario público regido por estatuto (derecho al ascenso, técnicas de nombramiento, promoción, calificación, méritos, organismos intermedios que regulen el régimen disciplinario, la inamovilidad y otros, son propios de la especial naturaleza del vínculo pero no de la relación que es trabajo, esencialmente.

En el fondo de todo parece quedar, como exclusivo de la relación de servicio público, que no existe en la de empleo privado, el hecho de que el patrono ES EL ESTADO, razón que no es suficiente per se, para otorgarle un tratamiento jurídico distinto.

En algunos regímenes, como el caso de México, inclusive los servidores públicos tienen derecho de huelga, lo que les equipara aún más a los trabajadores comunes.

(24) SILVA CENCIO, Jorge. Cursillo Op. cit. Pág. 35.

Si existe disparidad de criterios en torno a la cuestión de la relación individual de trabajo, que es la que estamos examinando, la conclusión es generalizada dentro del mundo de los laboristas en el sentido de que ha llegado la hora de considerar parte del derecho del trabajo, la regulación de los estatutos ed servicio público, privando los criterios laboristas, y sus principios ya examinados, siempre de conformidad con las disposiciones expresas del estatuto propio que puede contener limitaciones específicas, obligaciones y derechos especiales, sin que por ello se desnaturalice el vínculo laboral existente.

En cuanto al derecho colectivo, sí existe unidad de criterio en la doctrina en punto a considerar que es el derecho laboral ordinario el que la regula, sea que todavía no se admite un derecho colectivo de excepción aunque creemos que pronto se iniciará una tendencia en ese campo ya que, debido a la omnipresente crisis económica, el Estado está reaccionando contra este derecho consagrado internacionalmente en el Convenio 151 de repetida cita, en los términos ya examinados en el artículo 7º.

Lo que, además, es congruente con el ejercicio de la libertad sindical tal y como lo consigna el artículo 9º de dicho Convenio, que reza:

"Los empleados públicos, al igual que los demás trabajadores, gozarán de los derechos civiles y políticos esenciales para el ejercicio normal de la libertad sindical, a reserva solamente de las obligaciones que se deriven de su condición y de la naturaleza de sus funciones."

El ideal a lograr en esta materia es que se consigne expresamente en la Constitución Política el derecho expreso de negociación colectiva a las organizaciones del sector público, aspiración que ha quedado constando en diversas ponencias Vgr. Dr. Osvaldo Rojas Lugo de Puerto Rico (IX Congreso Iberoamericano) quien afirmaba:

"7. El derecho de los trabajadores del Estado a la negociación colectiva y el derecho a la huelga debe ser elevado a rango constitucional dentro de un orden jurídico de justicia e igualdad."

El artículo 62 de la Constitución Política de 1949 de Costa Rica establece que:

"Tendrán fuerza de ley las convenciones colectivas de trabajo que, con arreglo a la ley, se concierten entre patronos o sindicatos de patronos y sindicatos de trabajadores legalmente organizados."

Aunque ese texto constitucional no hace diferencia entre patronos públicos y privados, ya que el artículo 2 del Código de Trabajo de Costa Rica define a los patronos como "toda persona física o jurídica, particular o de Derecho Público", el artículo 56 *idem* obliga únicamente a los patronos privados a negociar colectivamente con los sindicatos de sus trabajadores, con lo cual el Estado no está obligado a negociar. Esto ha facultado una restricción, casi prohibitiva, de parte del Estado para negar la negociación colectiva en el sector público, lo que ante la crisis constituye una de las fuertes medidas de contención del gasto público que analizaremos de seguido.

Existe consenso, igualmente, en cuanto a que son tres los pilares fundamentales del derecho colectivo, a saber, derecho de sindicación, el derecho de huelga y el derecho de negociación colectiva. No existe un régimen compulso de derechos colectivos sin estos tres derechos que gozan de reconocimiento internacional como consta de los Convenios de la OIT 87, 94 y 151 y la Recomendación 159, que en su conjunto regulan o reconocen esos tres derechos a los servidores públicos.

La participación del Estado en los procesos de negociación colectiva puede ser de diverso grado: desde una participación no vinculante hasta una participación vinculante. Dentro de ambos extremos puede haber sistemas intermedios que exijan, en determinadas condiciones Vgr. un arbitraje obligatorio, caso de Costa Rica y México, a cargo de organismos insertos dentro de la organización jurisdiccional del trabajo. En una Conferencia Técnica sobre el Servicio Civil, en 1975, en el seno de la OIT se reconocieron, en la toma de decisiones de gobierno respecto de la negociación colectiva varios supuestos: a) Derecho de presentar reclamaciones; b) Consultas extraoficiales; c) Consultas oficiales; d) Negociación colectiva de facto; e) Consultas con participación; f) Mecanismos oficiales de negociación y g) Negociaciones colectivas autorizadas por ley. Sobre este asunto, *in extenso*, puede consultarse a PLA RODRIGUEZ⁽²⁵⁾.

Aunque la cuestión del grado de intervención estatal en esta materia colectiva, y en general en las relaciones de servicio público, ha sido examinada y sigue siendo atendida en los diversos congresos juslaboralistas internacionales, desde el IV Congreso de San Pablo de 1972 hasta el IX de 1986 de la Asociación Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Lo cierto es que la conclusión general es la que resume PLA RODRIGUEZ en su ponencia al último de esos eventos, en los siguientes términos que compartimos:

"25. Concluimos afirmando que la evolución descrita demuestra que ha caído el tabú de que no pueda existir

(25) PLA RODRIGUEZ, Américo. Op. cit. Págs. 10 a 14.

negociación colectiva en la función pública. Existe una clara y firme tendencia hacia la admisión de la misma.

Pero hay todavía un largo camino por recorrer. El que no sólo estará erizado de dificultades por las resistencias que habrán de vencerse sino también lleno de problemas por las opciones que habrán de resolverse.

La primera de ellas es si conviene reglamentar el tema o no. La segunda es si corresponde que esa reglamentación sea conjunta o paralela a la vigente en la actividad privada. La tercera es cómo se resuelve cada uno de los puntos que esa reglamentación debería tratar. Ello supone una adaptación inevitable de la reglamentación general a las particularidades de cada situación y requerirá, incluso, entrar en aspectos procesales sobre la forma de cumplir el deber de negociar.

Todo esto exige estudio, reflexión y esfuerzo. Pensamos que es uno de los temas que encierra un desafío más difícil e incitante para los laboristas de hoy que si quieren ser coherentes con la extensión que atribuyen al derecho del trabajo deben saber resolver los problemas que esa extensión acarrea."⁽²⁶⁾

En esta materia un distinguido funcionario internacional de la OIT, el Dr. Emilio Morgado, Director de la Oficina de esa Organización para Centroamérica y Panamá, decía en el IX Congreso Iberoamericano:

"C. CONCLUSIONES. Un rápido inventario de las normas nacionales sobre estas manifestaciones básicas de las relaciones colectivas de trabajo en la administración pública revelan que, en un elevado número de casos, distan mucho de los principios y normas internacionales sobre la materia. Es importante recordar que de la familia iberoamericana tan sólo tres países han ratificado el Convenio número 151.

La inexistencia de normas nacionales recojan tales principios y contenidos normativos y reconozcan apropiadamente estos derechos básicos a un tan vasto conglomerado de trabajadores, así como la insuficiencia o impropiedad de las normas existentes, sólo pueden augurar la acentuación y ex-

(26) *Idem*. Op. cit. Págs. 16 y 17.

tensión de las actuales manifestaciones de conflictos y tensiones en la administración pública agravando el desajuste de sus relaciones de trabajo.”(27)

El asunto, pues, no es sencillo; cuando aceptamos participar en este evento, honrados por la invitación de que fuimos objeto, sabíamos que el trabajo era difícil, pero sólo cuando se hace un esfuerzo, serio y responsable, como el que ustedes han hecho, en este Congreso, para ventilar las cuestiones palpitantes del servicio público y el derecho del trabajo, se hace, como dice el conocido verso de Machado, “camino al andar”; camino en este derecho en formación y evolución constante.

X) *La crisis económica y el derecho laboral*

Participando, de lo que viene expuesto, plenamente, de la regulación laboral de las relaciones del servicio público, queremos cerrar esta Conferencia analizando un factor que no puede desatenderse, en general, cuando se tratan asuntos de derecho del trabajo, y particularmente, cuando se ventilan asuntos que conciernen a la cosa pública.

La enorme crisis económica que está transformando el derecho, se habla de un derecho de la crisis cada vez más, tenía que afectar el derecho del trabajo; la sociedad conformada de seres humanos, una mayoría como prestadores de trabajo, una minoría como dadores de trabajo, y una considerable porción sin trabajo o con trabajos subnormales; y la economía afectada en sus relaciones internas e internacionales; todo conspira contra la estabilidad del derecho.

Se habla en el sector privado del derecho del trabajo de iflexibilización de las regulaciones clásicas; esto conlleva el cercenamiento de derechos y principios hasta ahora considerados inconvencionales, el fundamento mismo de este derecho; el principio pro operario, decía nuestro buen amigo Néstor de Buen en el Seminario Internacional de Derecho del Trabajo celebrado en Santos, Brasil, este año (1986), va a convertirse al paso que vamos en un principio pro empresario; claro que el maestro mexicano lo decía en tono peyorativo, pero con una dosis de verdad. No otra cosa afirmamos sino con vista del avance del trabajo clandestino, como dicen los italianos “somerso” (sumergido),

(27) MORGADO, Emilio. “Las Relaciones Colectivas de Trabajo en la Administración Pública. Reflexiones y Aspectos Normativos Internacionales”. Ponencia IX Congreso Iberoamericano de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social. Pág. 17.

que técnicamente recibe el nombre en las reuniones de expertos de “trabajo del sector informal”, aquél que dicen que sacó a Italia de la crisis, y lo tiene hoy dentro de los seis países del mundo que tienen más reservas en oro, el que carece del famoso “costo por cargas sociales” y lo hace más barato; cuando se habla de un avance en los contratos otrora extraordinarios como los de plazo fijo o por obra determinada, o a domicilio, para citar algunos, frente al retroceso del trabajo por tiempo indefinido, más caro por las célebres cargas sociales.

Pero es, a mi juicio, en el sector público, al cual se refiere este Congreso y el que nos interesa en esta Conferencia, donde se ha sentido o se va a sentir si no ha ocurrido todavía, con mayor fuerza, el impacto de la grave crisis económica que afecta a los países latinoamericanos.

Los países, y esto lo saben bien los mexicanos y lo sabemos los costarricenses y todos los habitantes de esta región del mundo tan afectada por los cambios económicos de la última década, enfrentamos un mismo problema: las reglas del juego las fijan los organismos internacionales. El país que no acepta esas reglas, como Perú, sale del juego: no le prestan más dinero. Las reglas son claras; el deudor debe reducir sus gastos y entrar dentro de un proceso de austeridad. El Estado, pobre, se ve obligado a reducir su gasto, “subejecutarlo” presupuestariamente, recortarlo y fijarlo en niveles compatibles con el producto nacional bruto, fórmulas todas que en este proceso de “economización del derecho del trabajo” de que hablaba recientemente el Profesor CAVAZOS FLORES en uno de los Congresos Iberoamericanos de la Asociación que hasta hace poco presidió en forma brillante, hemos aprendido lo que hasta no hace mucho hablábamos en lenguaje jurídico. Y qué es lo que el Estado puede reducir, si lo que presta son servicios con mano de obra cercana al 80% del componente de su gasto y si constituye el primer empleador del país? Salarios o personal; no hay ninguna otra fórmula mágica, antel os organismos internacionales no la hay, que permita al Estado respetar los derechos adquiridos de sus empleados. Hay que sacrificarlos, en una u otra forma.

Es aquí donde reside la tragedia del empleo público y es también aquí en donde el derecho del trabajo brinda su alero protector, su tuición, con sus principios tradicionales ya examinados, el pro operario, el de la norma más favorable, el de la irrenunciabilidad de derechos, el del derecho imperativo, necesario o de orden público, que impide que la crisis se lleve por delante derechos que han sido obtenidos, en el caso de México, literalmente, a sangre y fuego y consolidados en un proceso histórico irreversible. Pero es también aquí en donde se pone a prueba, como afirmaba el maestro de maestros uruguayo Plá Rodríguez, la capacidad de los laboristas para afrontar el reto expansivo del derecho del trabajo, y dotar, mediante el estudio, de nuevos instrumentos y nuevas soluciones, al ordenamiento jurídico.

La conquista del derecho a un estatutó propio, que contenga reglas claras y precisas sobre nombramientos, ascensos, inamovilidad, reinstalaciones, fijación bipartita de condiciones generales de trabajo, con organismos independientes que las hagan respetar, es una conquista; el caso de México, en ese sentido, es de reconocer, con la reforma al artículo 123-B de la Carta Magna y la promulgación de la Ley Federal de los Trabajadores al servicio del Estado; es preciso continuar la lucha para que México ratifique el Convenio de la OIT 151, con lo cual reconocerá, a la par de internamente internacionalmente, los tres pilares en que se fundamenta la relación laboral de servicio público, que ya citamos: derecho de sindicación, derecho de negociación colectiva y derecho de huelga. Debidamente regulados estos tres derechos sociales fundamentales contienen los intentos de solución de la crisis económica a costa de una crisis social; a costa de los derechos laborales inalienables de los trabajadores.

No podemos olvidar, como dice el Preámbulo de la Constitución de la OIT que "la paz universal y permanente sólo puede basarse en la justicia social", y el célebre principio de la Declaración Relativa a los fines y objetivos de la Organización Internacional del Trabajo de Filadelfia, aparte I, inciso b), de que "la pobreza, en cualquier lugar, constituye un peligro para la prosperidad de todos" por lo que (II-a) "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; b) el logro de las condiciones que permitan llegar a este resultado debe constituir el propósito central de la política nacional e internacional".

Creemos que, en este mundo, no hay nada más importante que el ser humano; la técnica, la ciencia, la economía, deben estar al servicio del hombre y no ser su cadena. Por eso JUAN PABLO II, dirigiéndose a los pobres de Brasil, a una de las favelas más pobres, la Vidigal de Río de Janeiro, decía:

"Sólo tienen justificación las estructuras sociales justas, las que tienden sin descanso hacia una justicia mejor. Son las únicas que están abiertas al futuro. Un sistema social que no cuida de la justicia mina su propio futuro."⁽²⁸⁾

(28) S.S. JUAN PABLO II. *Andre Frossard dialoga con Juan Pablo II*. Pág. 147.

INDICE

	Pág.
Fortalecimiento de la banca privada: avance financiero para el retroceso político.	
<i>Dr. Walter Coto Molina</i>	11
Separación de poderes y proceso revolucionario.	
<i>Prof. Michel Miaille</i>	43
Deuda externa: otra cara de la crisis.	
<i>Dr. Jorge Enrique Romero Pérez</i>	63
El control estatal del crimen.	
<i>Dr. Daniel Gadea Nieto</i>	113
Derecho laboral de la burocracia pública.	
<i>Lic. Oscar Bejarano</i>	135