



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO DEL TRABAJO

LA COSTUMBRE EN EL DERECHO LABORAL

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A :

JOEL BLANNO GARCIA



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

- I -

Con veneración y admiración
a la mujer que desde niño supo
guiar mis pasos ofreciéndolo
todo sin pedir nada

A MI MADRE

LILIA GARCIA DE BLANNO

CON EL CARIÑO QUE SE MERECE

A MI PADRE

JOEL BLANNO URRIETA

- II -

A la compañera de mis tristezas
y alegrías por su confianza con
el cariño que nos une.

A MI ESPOSA

IRMA CASTRO DE BLANNO

A la motivación de mi vida
con profundo cariño y ale--
gría.

A MIS HIJOS

LILIA IRMA Y

JOEL

CON FRATERNAL CARIÑO POR
SU APOYO A MIS HERMANOS

VICTOR

MARIA DE LOURDES

MARIA GUADALUPE

GABRIEL ; y

RENE

A MIS AMIGOS

HERIBERTO CABRERA HERNANDEZ; y

PEDRO LEOPOLDO MARTINEZ PEREZ

- IV -

CON EL RESPETO QUE SE MERECEN
A MIS MAESTROS; y
COMPAÑEROS

"LA COSTUMBRE EN EL DERECHO LABORAL"

ANTECEDENTES.

CAPITULO I LA COSTUMBRE EN GENERAL.

- A.- ANTECEDENTES GENERALES DE LA COSTUMBRE.
- B.- ANTECEDENTES DE LA COSTUMBRE EN EL DERECHO LABORAL.
- C.- CLASIFICACION DE LA COSTUMBRE EN GENERAL Y DOCTRINARIAMENTE EN EL DERECHO LABORAL.

CAPITULO II EFECTOS JURIDICOS DE LA COSTUMBRE.

- A.- FORMACION DE LA COSTUMBRE EN EL DERECHO EN GENERAL
- B.- COSTUMBRE Y DERECHO CONSUECUDINARIO
- C.- EFECTOS EN EL DERECHO EN GENERAL Y EN EL DERECHO LABORAL

CAPITULO III LA COSTUMBRE EN EL DERECHO LABORAL

- A.- AFECTACION DE LA COSTUMBRE EN LA LEY DE 18 DE AGOSTO DE 1931
- B.- AFECTACION DE LA COSTUMBRE EN LA NUEVA LEY FEDERAL DEL TRABAJO.

C.- CASOS EN QUE SE APLICA LA COSTUMBRE EN LA
LEY FEDERAL DEL TRABAJO.

D.- CONSIDERACIONES MARGINALES.

CONCLUSIONES.

BIBLIOGRAFIA.

I N T R O D U C C I O N

AL HONORABLE JURADO

A través del devenir histórico de nuestra patria, - es posible percatarnos -mediante el análisis- de la importancia del segundo plano en que se ha mantenido a la costumbre, no sólo en el ámbito del derecho en general, sino; en particular, en el campo del derecho laboral.

La inquietud que he sentido al causarme dudas en - el ambiente jurídico del por que nó se ha hecho de la costumbre una fuente principal generadora de normas jurídicas en - el campo del trabajo, fué la motivación directa que me impulsó a investigar -aunque de forma somera- buscando anteponer - a la costumbre de las masas laborantes, como punto de partida denota la esencialidad y a la par inclusive con la ley, - por que no podemos pasar por alto el sentido social que tiene nuestra legislación en materia del trabajo.

El presente ensayo, es sólo una propuesta que encierra mi opinión particular, apoyada en el trabajo de investigación sistematizada.

Espero poder contribuir con mi grano de arena al -

desarrollo evolutivo de esta ciencia social que, representa la vanguardia misma. Con esto me refiero al derecho laboral-con contenido social creado en México por el eminente jurista y doctor en derecho ALBERTO TRUEBA URBINA; de la defensa-social protectora de los estamentos básicos componentes de nuestra realidad trabajadora, si tomamos en consideración — que dichos entes son el punto de apoyo que sirve de bases y cimientos, sólidos y concretos, respectivamente, para el desarrollo económico, social, científico y político -saturado- de positividad- de nuestro México.

C A P I T U L O I

A).- ANTECEDENTES GENERALES DE LA COSTUMBRE

Desde los tiempos más remotos de que data la historia de la humanidad, el homo sapiens ha considerado su origen de naturaleza divina, ya que se dió cuenta de la superioridad del género humano sobre las demás especies animales.

Historicamente, la costumbre tuvo gestaciones de índole religioso y al aplicarse a la regulación de las actividades cotidianas en los núcleos sociales es paralela al origen y desarrollo del linaje humano, pudiéndose considerar que las costumbres regidoras de la conducta de nuestros antepasados de la edad de piedra -que los paleontólogos vislumbran como funciones necesarias lógicas en el desarrollo de los grupos étnicos- son las mismas que pueden interesar al derecho en su origen y formación.

No hay una fecha exacta con respecto a la aparición del uso* en la conducta del hombre, en lo que a grupo se

(*) Uso Literalmente significa costumbre - repetición de hechos; Jurídicamente Costumbre se traduce en una repetición de hechos considerados jurídicamente obligatorios.

refiere considerando que, la primera ley conocida y respetada por los conglomerados primitivistas fué el ejercicio de la fuerza física desarrollada y aplicada por un componente del conglomerado a quien se le daba la titularidad. Posteriormente, y adentrándonos en la etapa del período neolítico, el hombre; comienza a sedentarizarse, como resultado del uso en cuanto a raciocinio se refiere con una forma evolutiva que hace considerar al ente por sí, de la situación incomoda e inestable que caracteriza una vida errante y nómada, no apta para el desarrollo positivo de la ideografía de una horda, un clán, o una tribu que por su nueva forma de vida, comienza a crear con base en el desarrollo de su propio intelecto.

Con el descubrimiento de la agricultura, el hombre, se plantea una disyuntiva que aparece con un cambio brusco -- brusco para el individuo, pero nó en la etapa formativa, -- que fué lenta en su sedentarización- en su costumbre, optando por llevar un régimen de vida más descansada y cómoda que la anterior, dejando las cavernas y las copas de los árboles para construir su propio techo que, aunque rústico y mal elaborado, proporcionaba abrigo relativo tanto contra las fieras, como contra las inclemencias de la naturaleza. Es este el preciso momento en que se da comienzo a la serie de usos que van siendo tomados como base para la integración de un cuerpo jurídico no desarrollado pero de principios sólidos, dando origen a la aparición de un régimen religioso aún precario basado en el raciocinio no solo del contenido individual sino de carácter formalmente colectivo, anteponiéndose la ley de los más aptos a la fuerza bruta.

En el campo económico surge el trueque como modo de lograr la supervivencia y el hombre que ha considerado a los elementos naturales como divinidades que tienen influencia en sus actos materiales, da inicio a un régimen seudo-religioso con convicciones concretizadas en el estudio rudimentario del tiempo en cuanto a su climatología.

Las antiguas ordas se trasmutaron en clanes y estos a su vez en tribus, lo que nos da una idea del auge logrado en este aspecto por los egipcios, Sumerios, Acadios e Hititas, al respecto Juan Maluquer de Motes, nos dice: " en las zonas Sirio Palestina y en el Norte de Irak así como en la meseta Iránica, la presencia de altos relieves permiten aún la formación de lluvias que mantienen a grado de humedad más elevado que en las zonas bajas circundantes " (1) en aquellas zonas altas aparecen las primeras actividades agrícolas, pues allí pudieron conservarse zonas cerealistas al establecerse las condiciones precarias propias para su desarrollo. Estas zonas de cereales eran insuficientes para sostener de modo subsidiario las necesidades de una población nó muy numerosa, porque en estos terrenos tenían lugar los primeros ensayos agrícolas hechos por una población en la que los alimentos de origen vegetal eran tradicionalmente de gran importancia. Compartiendo la opinión de este catedático, considero, que el momento histórico más importante y -

(1) "La humanidad Prehistórica".- Editorial Montaner y Simón S.A.- Barcelona, España 1958. págs. 142 y 143.

trascendente para la encaminación del uso y la costumbre es; la sedentarización, por que: una menor actividad en la lucha por la supervivencia, acarrea un constante crecimiento y vital progreso en lo referente a las relaciones humanas que, - van adquiriendo un matiz básico similar o inherente a lo que se conoce actualmente como civilización. Fundamentalmente -- los aspectos esenciales de una cultura superior son: el aspecto Sociológico que es el que interesa al derecho del Trabajo, el económico y el régimen político.

En lo que respecta a logros sociales se comienza a adquirir una organización basada en principios más firmes -- que desembocan en dotar de autoridad, no al más fuerte en su compleción física sino al que ostente mayor número de conocimientos traducidas en experiencias más o menos firmes y seguras para poder tomar las decisiones del grupo con eficiencia superior a la de cualquier integrante del mismo.

El aspecto económico, es vital para el desenvolvimiento material en cualquier esfera y fué de capital importancia en su acción interventiva, obteniendo un progreso vivificante, y ello lo vemos en la aparición de las transacciones comerciales con el surgimiento del trueque, el que tuvo una importancia tan grande que representó un medio de vida - para muchos pueblos, lográndose también transmitir la cultura en forma más rápida, gracias al contacto comercial desarrollándose esta, en forma positiva pero diversa en los núcleos sociales de la antigüedad, dando paso a progresos sustanciales en este campo.

El matriarcado como es sabido, se inició con el -- ejercicio costumbrista familiar de una veneración hacia lo -- considerado como más sabio y justo, siendo la mujer más an-- ciana del grupo la titular de este poder, basado también; en la práctica de ser esta conjuntamente con las demás mujeres-- de la comunidad, quién quedaba al cuidado y protección del -- hogar impartiendo sus vivencias a la prole y cimentando las-- bases sociales, de estos núcleos étnicos prehistóricos para-- facilitar su evolución positiva hacia un progreso firme y se-- guro.

Los historiadores fijan como inicio de la historia el momento de la aparición de la escritura, como rasgo dife-- renciador, separándola del marco prehistórico, lo que hace -- patente el avance humano; debiéndose aclarar que con el ini-- cio de la sedentarización aparecen los primeros grupos apoya-- dos en el matriarcado como ya se ha dicho que van evolucionando formándose así, grupos más homogéneos como los clanes-- y las tribus, siendo entre estas últimas donde se logra el -- aspecto más avanzado de la sedentarización, que es como ya -- se dijo--la escritura, lográndose de esta forma un gran paso-- en la cultura general por la importancia que revestía el -- asentamiento de las tradiciones y costumbres con este proce-- dimiento contenedor de mayor tecnicismo que las tradiciones-- orales.

CAPITULO I

B.- ANTECEDENTES DE LA COSTUMBRE EN EL
DERECHO LABORAL

En nuestra secuencia histórica, es necesario hablar someramente de las culturas de mayor reelevancia para la ciencia jurídica, que surgieron como consecuencia directa de la evolución social que se describe en el premio del presente trabajo; así tenemos que en el antiguo egipto, existieron manifestaciones claras y precisas de la existencia de relaciones laborales, si tomamos en cuenta que el pueblo trabajaba en beneficio de la grandeza e inmortalidad del rey Farao, relación de carácter común, desprendida de la grandeza de las obras realizadas conjuntamente por esclavos, Obreros y arquitectos, al servicio del estado, en donde encontramos — que la relación esclavo-Rey, nó se puede considerar como relación laboral, por ser estos vistos como bestias de carga — en función a la actividad desarrollada, siendo su posición — dentro de lo económico y lo social de un objeto-cosa— con un valor determinado unicamente.

En donde se puede decir que había relación de trabajo era en el vínculo que se establecía entre los obreros — los arquitectos, y el rey, desprendiéndose que la tarea rea-

lizada por los primeros se premiaba con un salario en especie que cubría el estado rey de los ingresos obtenidos por los tributos de los pueblos sojuzgados. Siendo el trabajo de los obreros de carácter físico, aplicado directamente en la obra a realizar, mientras que la labor de los arquitectos se desempeñaba en la parte intelectual y directiva iniciándose desde los proyectos, planos y dirección de la obra hasta su culminación. La forma de sancionar las actividades del trabajo, tenían su base principalmente en la costumbre, en cuanto a la subjetividad del derecho, ya que al presentarse un problema, invariablemente se acudía al rey para que decidiera al respecto, y este aplicaba el derecho objetivo según su costumbre personal, siendo su decisión inapelable y cumplida con todo su rigor, aún y cuando no hubiese una base jurídica determinada, a la que amoldara su voluntad.

Uno de los pueblos de la antigüedad que por su cultura y civilización, es básico para integrar los antecedentes históricos de la costumbre en el derecho laboral, fue Grecia, que nace con la unión de varios pueblos unificados por su identificación de ideologías, lenguaje, religión y principalmente por el arraigo costumbrista del pueblo, siéndole inherente el derecho en todas sus ramas y aspectos.

El lenguaje tuvo penetración vital en la unión de los Helenos, iniciando la función de ciudades que en la antigüedad tuvieron gran importancia, como fueron: Orcomeno, Tebas, Eleusis, Micenas, Tirinte, Cnoso, Atenas, Esparta, Efe-

so, Mileto, y Corinto, entre otras. El lenguaje provino del-Norte y fué formado por las lenguas Itálicas, siendo la lengua medular el latín y las otras lenguas que tuvieron influencia decisiva, fueron el Armenio, el Iranio, el Indio el Tocario, las Célticas, Germánicas, Bálticas, El Hitita y -- otras que para el florecimiento de la cultura griega habían-desaparecido, como el Ilirio, el Frigio, el Veneto y el Escita. Estas lenguas tuvieron un parecido enorme, por lo que no sorprendería que fueran derivadas de una sola lengua. Con la unión de las lenguas tuvo lugar la unión de los pueblos.- La ideología de este pueblo se basó primordialmente en el -- gusto hacia el arte en todas sus manifestaciones Pintura, escultura, música, letras, teatro, filosofía, derecho, y cultivo de las artes físicas para alcanzar el perfeccionamiento -- de la consistencia humana en todos sus aspectos, así como denotaron una inclinación fehaciente al realismo, a la vivacidad y a la valentía, valores que fueron considerados vitales, para poder tomar como griegos nó sólo a los de su raza, sino también a aquellos que compartían su forma de pensar. Las -- únicas relaciones laborales conocidas en Grecia, fueron las-artesanales, no obstante que los griegos despreciaron a este tipo de trabajadores, por considerarlos enemigos de las artes, debido a la constante repetición de las obras, que por-razones necesarias los artífices tenían que repetir; por -- otra parte, como eran necesarias las actividades de los artesanos, los Helenos no tuvieron más remedio que dejarlos trabajar, conservándolos al margen de su pueblo en los demás aspectos. El amor de este pueblo a la belleza, viene a in----fluir también en su pensamiento, de tal manera que conside--ran como virtud del ser humano la práctica de la bondad conbase en su filosofía, nó encaminada hacia la adquisición del

poder y dominio de los pueblos vecinos, por medio de la guerra, que era considerada nefasta y; los pueblos que adquirirían poder sobre otros por estos medios, eran considerados como salvajes o bárbaros (del latín Balbus: tartamudo, que fué la designación dada por los griegos a los extranjeros y a todos aquellos que no hablaban el latín*, y cualquier lengua que no fuera latín* era oída por lo Helenos como elemental balbuceo onomatopéyico). (2)

Es de hacerse notar, que dentro de la cultura griega, se ejerció la milicia, practicándola con tanto esmero que llegaban a instruir desde pequeños a todos los hombres considerados griegos, teniendo como fin el ejercicio bélico en forma defensiva, más que ofensiva. En líneas anteriores se emnciona que los Helenos fueron amantes de la paz siendo esto una verdad, pues tenían así la oportunidad de dedicarse a las artes que a ellos gustaban, siendo la instrucción de los infantes en las armas, un aspecto preventivo tendiente a repeler las constantes agresiones que sufrían de otros pue

* Una de las principales lenguas de los griegos fundadores

** Excepción hecha del griego una vez formado como lengua

(2) Historia de Grecia Montaner y Simon S.A. 1963 Barcelona págs. 2 y 3 autor A. Tovar- M. S. Ruízperez.

blos y así poder conservar la libertad de sus ciudades y la independencia individual.

En cuanto al derecho se refiere, el pueblo griego fué fértil en la elaboración y producción de normas jurídicas que, en un principio, se rigieron simple y llanamente — por la costumbre, pero con la evolución política y social de los Helenos, surgió paralelamente la idea de codificar al derecho, siendo Dracón el primer autor conocido quien intentó la realización de una constitución política (aproximadamente en el año 625 A. C.)*, como consecuencia directa del descontento creciente del pueblo ateniense contra los abusos, cometidos por los jueces de la nobleza, quienes tenían la exclusividad para ocupar los cargos referentes a la impartición de la justicia — esta exclusividad la perdieron los nobles cuando posteriormente Solón, reformó las leyes de Dracón, las cuales fueron sumamente duras en cuanto a la aplicación de las penas—

El derecho codificado en Grecia antigua, fué resultado de la práctica constante del costumbrismo jurídico o derecho consuetudinario el que se basaba en penalidades muy severas para aquellos individuos que llegaban a cometer un determinado delito. V.G.R. al que cometía un robo, se le aplicaba la pena de muerte.

*HISTORIA DE GRECIA.— OB. CIT.— pág. 100.

Los legisladores griegos más importantes por las -
codificaciones que realizaron entre los siglos VII y VI A.C.
son: Saleuco de Loeros, Carondas de Catano y Dracón de Ate-
nas, así como un legislador anónimo de Quíos, codificador de
la constitución de la ciudad del mismo nombre.

La compilación jurídica más extensa, que se conserva
de la antigua Grecia, es la de las leyes de Gortina, la -
cual es una muestra clara de las normas jurídicas de tipo --
consuetudinario, que existieron con anterioridad a su codifica
ción legislativa.

ROMA, este pueblo esencialmente jurista, dió a la
costumbre vital importancia, para la elaboración de sus nor-
mas de derecho, sobre todo durante los tres primeros siglos-
contados a partir de su fundación, como reminiscencia tras-
cendente del tradicionalismo de los fundadores de la ciudad,
siendo en principio fuente única de la normativización legisla
tiva hasta alcanzar un cuerpo jurídico considerable, que--
era aplicado por aquellos individuos que el pueblo dotó de -
poder político al hacer uso de su costumbrismo democrático,-
no obstante lo anterior; ese orden jurídico era insuficiente
para regular las relaciones sociales, por lo que se hacía nece
sario la aplicación directa de la costumbre a casos concreto
s, a este constante servicio que prestaba el "Mores Mayorum" *,
correspondió la subsecuente generación de romanos --
con su propio costumbrismo y con sus novaciones consistentes
en la implantación de textos jurídicos que garantizaran ple-
* Costumbres de los antepasados.

namente la impartición de justicia en todos los ámbitos de las actividades humanas de su época. En cuanto al derecho laboral, consideraron los jurisconsultos que las relaciones de trabajo, se podían vislumbrar desde el punto de vista contractual, sintetizándolas en dos formas esenciales de tipo básico como fueron el contrato de trabajo Locatio Operarum y el contrato de obra locatio Operis siendo su distinción fundamental en la diversificación del segundo con respecto al primero en la durabilidad de la relación, siendo por lo general el primero más perdurable que el segundo.

La costumbre no desapareció de la legislación romana en ningún momento, ya que fué conservada durante la época de oro de las leyes romanas y aún en la decadencia del imperio romano; en donde las fuentes antiguas se agotaron, quedando la costumbre conservando el poder de crear reglas obligatorias, cambiando, mientras que la legislación se transformaba.

A la caída del imperio romano en manos de los bárbaros 410 A. C. este se dispersó por la desunión del grupo social más importante que era la directriz del pueblo o sea la del emperador y su séquito, resultando que los hombres más poderosos tuvieran influencia y mando sobre un territorio determinado y sobre un grupo reducido de hombres que aspiraban a obtener el amparo y protección del señor feudal.

La situación social que regían a estos pequeños — grupos, se basó en el contenido consuetudinario de las relaciones establecidas entre el señor y el siervo, consistentes en: los deberes correlativos a que se obligaban; el siervo — solicitaba protección, amparo y abrigo al señor feudal, obligándose a prestar los servicios que a su vez confería, en — virtud de que éste, prestaba servicio militar en favor del — feudo. A medida que pasaba el tiempo, la población creció — rompiendo el aislamiento a que había sido sometida por el terrateniente acarreando la caída del feudalismo, revelándose — los siervos para alcanzar su libertad, rompiendo con ellos — patrones de conducta implantados en algunas ocasiones, y pactando con los señores feudales en otras, hasta conseguir la — formación de nuevos núcleos de población sin acabar totalmente con el aislamiento que imperaba en esa época y volviendo — a las costumbres citadinas que tuvieron efecto en otros tiempos.

Fueron tres clases sociales las que integraron los núcleos poblacionales de las ciudades del medievo, siendo — la más importante la de los religiosos, aún y cuando ya ha—bían perdido mucha de la influencia y poderío que tuvieron — en los feudos; la de los servidores del estado, que al ser — componente del poder civil, compitió enormemente con el clero para lograr cierto predominio; y por último la clase tra—bajadora, que tenía el carácter de estamentos básicos al ser—vir de apoyo de la estructura social, sosteniendo con su tra—bajo productivo a las otras dos clases sociales.

Las actividades laborales de esta etapa, se rigie—

ron por las nuevas costumbres surgidas a raíz del cambio social que se produjo con el nuevo auge de las ciudades; estas costumbres consistían principalmente en una organización basada en el régimen corporativo, en virtud de los diferentes oficios desempeñados por la clase trabajadora activa, estaban divididos en grupos que iban de acuerdo con el tipo de actividades que desarrollaban; esto sucedía en las actuaciones de carácter artesanal, mientras que en el campo quienes ahí prestaban sus servicios, trabajaban individualmente pagando rentas a los terratenientes; en el comercio las relaciones laborales se ejercían entre los comerciantes y sus dependientes, con una libertad absoluta y las contrataciones eran muy variadas sobre todo en relación a jornada de trabajo y a salario, que inclusive era pagado en especie. La única ley que rigió los actos inherentes de los contratos de trabajo, fué la costumbre, aplicándose para resolver también las controversias que se suscitaban.

Con el descubrimiento de nuevas tierras y su conquista, nace una nueva etapa en la historia, denominada época colonial. En México, esta era, fué originada por los españoles, quienes tuvieron influencia determinante en el cambio de tradiciones y costumbres de los diversos pueblos precolombinos; la organización del aspecto laboral se formó con la encomienda en el aspecto agrícola, y en los demás campos del trabajo se siguió el régimen corporativo. La encomienda, fué una forma de propiedad que adquirieron los españoles intervinientes en las guerras de conquista, y en ella ejercitaron la esclavitud de los naturales redimidos, tratándolos con exceso de inhumanidad, considerándolos inclusive como —

bestias de carga. Los formatos de las corporaciones Europeas, se implantaron en México durante esta época con una semejanza acentuada, considerando la situación especial de los trabajadores aborígenes, dando flexibilidad en cuanto a la aplicación de los estatutos que rigieron estas actividades, conocidos como ordenanzas de la ciudad de México.

La época colonial duró tres siglos, y culminó con la revolución de independencia promovida principalmente por los criollos, siendo el mayor logro obtenido, la abolición de la esclavitud, aunque no mejoraron las condiciones de trabajo de los campesinos que eran contratados como peones por los hacendados, siendo su jornada laboral demasiado estensa y agotadora, cubriendo la mayor parte del día trabajando -- aproximadamente de 16 a 18 horas diarias, a cambio de un salario infimo. Esta costumbre perduró por una centuria inclusive se agravó, al idear los patrones el pago en especie en las famosas tiendas de raya, ya dentro del régimen de Porfirio Díaz y dió fin con la revolución de 1910, al instituirse como resultado de esta el artículo 123 en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917, en donde se establecieron los principios básicos para la regulación legislativa de los derechos de los asalariados con un sentido social e innovador; proporcionando protección efectiva a estos, mediante el ejercicio de la justicia social que perdura hasta nuestros días.

C A P I T U L O I

C).- CLASIFICACION DE LA COSTUMBRE EN
GENERAL Y DOCTRINARIAMENTE EN EL
DERECHO LABORAL

La costumbre, solo puede existir dentro de un conglomerado entendiéndose por ésto, un grupo indeterminado de individuos, por que nace de la variedad de actos repetitivos realizados ininterrumpidamente por los entes componentes de los diversos grupos étnicos que habitan la tierra. La costumbre no se encuentra regulada expresamente en normas jurídicas escritas, más sin embargo, se consideran obligatorias así las consideran quienes las practican siendo en los albores de la historia, donde los grupos originarios de las culturas habidas, quienes la practicaron como única norma pseudo jurídica digo pseudo jurídica por que no tenían normas de derecho aplicables a los casos concretos, sino especies de venganzas como el Werlag los usos implantados por la experiencia colectiva desarrollada, primeramente por actos intrascendentes y posteriormente al continuar la evolución, fueron adquiriendo importancia para el grupo hasta llegar a ser fundamentales y de esta forma se regularon sus actividades.

Con el paso del tiempo el cambio social en sus es-

estructuras provocó el nacimiento de otras actividades y esta a su vez, trajo como consecuencia una continuidad de secuencia determinada, fraccionando la costumbre en diferentes ramas, debido a la ampliación progresiva del campo de aplicación de esta; surgiendo usos religiosos, económicos, políticos y jurídicos, tornándose a su vez, en costumbre de la misma índole.

Al hablar de clasificar la costumbre, se debe tomar en cuenta que no es posible realizar el logro efectivo de una materia sino se valoran los diferentes factores que por su aspecto nos dé la pauta para desarrollar plenamente y a satisfacción, el tema que se analiza. Para la elaboración del presente ensayo, he considerado que es necesario realizar la ubicación de la costumbre en sus diferentes facetas, por ser la única forma de dar consistencia doctrinaria, jurídica y científica, al mismo.

No es común encontrarnos en los libros escritos — por los juristas tanto nacionales como extranjeros, clasificaciones de la costumbre, solo la encontramos de forma esporádica y no siempre con fines jurídicos, sino más bien con fines de carácter sociales, económico y político; es de esta forma como he decidido proponer las clasificaciones de la costumbre en general y las que deben actuar en forma doctrinaria con carácter consultivo en el derecho laboral:

La costumbre atendiendo al número de entes que intervienen, debe clasificarse para su estudio en general, como sigue:

- 1.- Costumbre social y;
- 2.- Costumbre individual;

COSTUMBRE SOCIAL.- Son los usos que se practican - en una época determinada, habitualmente en un conglomerado.

COSTUMBRE INDIVIDUAL.- Son los usos practicados -- por las personas físicas, en forma particular, por ser inherentes de cada uno.

La costumbre social, a su vez se subdivide en:

- A).- ECONOMICA.
- B).- POLITICA.
- C).- Religiosa.
- D).- JURIDICA.

ECONOMICA.— Son los actos que se realizan en forma repetitiva por las personas físicas y morales, como consecuencia de las actividades comerciales que se desarrollan en un núcleo social determinado.

POLITICA.— Son las tradiciones que han sido implantadas en una colectividad, por determinadas ideologías y — arraigadas por los usos de las formas de gobernar a un pueblo que, cambian de acuerdo a la época en que se establecen.

RELIGIOSA.— Son las prácticas de ideologías que — parten de una filosofía determinada, basada en la fe y realizadas por una comunidad.

JURIDICA.— Son las normas implantadas por el uso, — consideradas obligatorias en una colectividad.

Como parte complementaria de los antecedentes en — el presente trabajo, he considerado que debe incluirse una — clasificación doctrinaria de la costumbre en el derecho del — trabajo, aún y cuando no forme parte de la historia, por ser de vital importancia desmembrar la costumbre laboral, antes — de proseguir con el desarrollo del ensayo que nos ocupa, si — tomamos en consideración que para analizar una materia y es — tudyarla, debemos plantearla en todas sus formas genéricas — con el fin de hacer más accesible el camino del conocimiento.

Por ello, propongo, se divida a la costumbre laboral en sus diversas facetas que, complementadas por la reciprocidad, es estructuren el fundamento de esta importante fuente del derecho.

La carencia palpable de material concreto para apoyar con la documentación básica necesaria el trabajo que nos ocupa, me ha motivado para realizar una tentativa con relación a la creación de una diversificación de la costumbre — con fines prácticos utilitarios, que proporcionen luz del sa ber humano al más antiguo manantial productor de enseñanzas, realizables y prácticas como es la serie de usos que, por me dio de una concatenación evolutiva han venido a desembocar — sobre lo que comunmente denominamos "costumbre" y aplicada — a nuestra materia surge como costumbre laboral.

No se trata de clasificar la costumbre en todos — sus aspectos —tan variados que nos sería corto un opúsculo — como el presente para encuadrarlos en diversas estructuras — separando sus características— sino más bien en el aspecto — relaciones laborales de forma somera, tratando de darle vida a lo antes expresado; fijando su origen de forma doctrinaria para uso consultivo, clasifico la costumbre en la materia, como sigue:

Atendiendo a las relaciones laborales se divide —
en:

COSTUMBRE DE: TRABAJADORES
 PATRONES; y
 MIXTAS

COSTUMBRES DE LOS TRABAJADORES.- Son aquellos usos practicados por la clase trabajadora en función a la forma - de congeniar entre sí, para el desarrollo de sus actividades, y en defensa de sus intereses.

COSTUMBRES DE LOS PATRONES.- Son la serie de usos que ejercen de forma imperativa o amistosa, para obtener mayor rendimiento pecuniario de la fuerza de trabajo.

COSTUMBRES MIXTAS.- Son los usos desarrollados de común acuerdo, en forma tácita o expresa, entre patrones y - trabajadores en sus relaciones laborales.

Esta clasificación a su vez se subdivide en:

 SINDICALES
DE LOS TRABAJADORES:
 CONTRACTUALES

SINDICALES.- Son aquellos usos implantados por las coaliciones de trabajadores para la realización de sus fines.

CONTRACTUALES.- Son los usos y formas que los trabajadores realizan y utilizan para alcanzar los renos laborales.

SINDICALES

DE LOS PATRONES:

CONTRACTUALES

SINDICALES.- Son los usos practicados dentro de uno o varios establecimientos, que nace de la relación existente entre los patrones pertenecientes a uno o varios organismos, creados para la defensa de sus intereses comunes.

CONTRACTUALES.- Son los usos y formas utilizadas por los patrones en la selección del personal que laborara a su servicio.

Por su licitud, las costumbres laborales se clasifican en:

AFINES AL DERECHO LABORAL; y

CONTRARIAS AL DERECHO LABORAL

AFINES AL DERECHO LABORAL.- Son los usos implantados en la relación laboral que, no se regulan por la ley y - su práctica no es contraria a esta.

CONTRARIAS AL DERECHO LABORAL.- Son los usos que - se practican en las relaciones de trabajo y que contravienen las disposiciones legales.

C A P I T U L O I I

EFECTOS JURIDICOS DE LA COSTUMBRE

A).- FORMACION DE LA COSTUMBRE EN EL DERECHO EN GENERAL.

Para desarrollar el presente subtítulo, considero necesario aclarar, mediante la definición de la costumbre en el derecho lo que esta es, según algunos autores:

"La costumbre es un uso implantado en una colectividad y considerado por esta como jurídicamente obligatorio es el derecho nacido consuetudinariamente, el Jus Moribus — Constitutum" (3).

Francois Géný la define como: "Un uso existente en un grupo social, que expresa un sentimiento jurídico de los individuos que componen dicho grupo" (4)

(3) Du pasquier, introduction a la theorie generale et a la Philosophie du droit. pág. 36

(4) Francois Géný, methode d'interpretation, eme ad, I Pág.— 323.

De las definiciones precedentes se desprende, que en derecho consuetudinario posee dos características:

1.- Está integrado por un conjunto de reglas sociales derivadas de un uso más o menos largo.

2.- Tales reglas, transformarse, en derecho positivo cuando los individuos que la practican le reconocen obligatoriedad, cual si se tratara de una ley.

De acuerdo con la teoría llamada Romano Canónica la costumbre tiene dos elementos, Subjetivo uno, objetivo el otro; el primero consiste en la idea de que el uso en cuestión es jurídicamente obligatorio y debe, por tanto, aplicarse, el segundo, consiste en la práctica suficientemente prolongada de un determinado proceder. La convicción de la obligatoriedad de la costumbre, implica que el poder público puede aplicarla, incluso de manera coactiva, como ocurre con los preceptos formulados por el legislador. Los dos elementos del derecho consuetudinario quedan expresados en la ya citada fórmula: *Inveterata Consuetudo et opinio juris seu necessitatis*.

De las teorías que se explican de la formación de la costumbre, una de las más acertadas es, la esbozada por el jurista Jorge Jellinek en su teoría: La fuerza normativa de los hechos, que expone en su libro *Teoría General del Es-*

tado, en el que expresa; Los hechos tienen cierta fuerza normativa. Cuando un hábito social se prolonga, acaba por producir, en la conciencia de los individuos que lo practican, creencia que es obligatoria. De esta suerte lo normal, lo acostumbrado, transformándose en lo debido, y lo que en un principio fué simple uso, es visto más tarde como manifestación al respecto de un deber. O, como dice Ehrlich: "La costumbre del pasado conviértese en la norma del futuro" (5)

En la tesis que se examinó, se desprende la existencia de un elemento veraz, deducida de la repetición de ciertas maneras de comportamiento que, suelen dar origen a la idea, de que, lo que siempre se ha hecho, debe hacerse siempre, por tratarse de un uso inveterado; el que todos practican y consideran obligatorio; explicando lo anterior el proloquio acertado La costumbre es ley.

Aunque hay que tomar en consideración— como se desprende de lo ya manifestado —el hecho de ser un error, la afirmación que toda repetición de actos, engendra a la postre normas de conducta, por ser una manifestación infundada, ya que; de los hechos, no es posible desprender conclusiones normativas. Se ha demostrado la existencia de un abismo in-

(5) Eugen Ehrlich, fundamental principles of the sociology of law translated by Walter L. Moll Harvard University press pág. 85 1936.

franqueable mediador entre el mundo del Ser y del Debe Ser;— hay actos obligatorios que rara vez se repiten y no obstante, por esto, dejan de ser obligatorios; otros en cambio, — aunque se repitan no pueden reputarse como cumplimiento de una norma. El problema a resolver, es: ¿En que momento una costumbre deja de ser mero hábito, convirtiéndose en regla de derecho? Algunos autores sostienen que la regla consuetudinaria no puede transformarse en precepto jurídico mientras el poder público no le reconozca carácter obligatorio. El reconocimiento de la obligatoriedad de una costumbre que realiza el poder público, puede ser de dos formas diferentes:

1.- Expresa; y

2.- Tacita.

El reconocimiento expreso lo realiza mediante la ley, al dar margen al legislador, para poder utilizar la costumbre cuando exista una falta de ordenamiento legal expreso aplicable a determinada controversia.

El reconocimiento tácito consiste en la aplicación de la costumbre para lograr la resolución de casos concretos, sin que así lo determine la ley.

En nuestro derecho el reconocimiento de obligato—

riedad de la costumbre solo se hace en la forma expresa o — sea; solo cuando el legislador o la ley misma, nos indica recurrir a la costumbre por falta de ordenamiento legal escrito.

En todo caso, para el reconocimiento de la costumbre quien lo hace es el juez, que la va a aplicar; presentándose el problema de, si a falta de reconocimiento por un — juez, de la obligatoriedad de la costumbre, esta puede surgir independientemente de su aceptación de los jueces, la — cuestión es resuelta en sentido negativo por numerosos juristas, entre los que destacan Kelsen, Marcel Planiol y otros.

Kelsen parte del principio de la estatalidad del — derecho, y estima que una regla de conducta asume carácter — obligatorio cuando representa una manifestación de voluntad — del estado. Como consecuencia con su doctrina concluye que, el derecho consuetudinario no puede nacer sino a travez de — la actividad de los órganos jurisdiccionales. (6)

Planiol, se expresa en forma parecida: "No creo — que sea posible crear, al margen de la jurisprudencia, re—

(6) Hauptprobleme der staatsrechtslehre tubingen 1911 pág. — 34.

glas consuetudinarias jurídicamente obligatorias. (7)

(7) Citado por Eduardo García Maynes introducción al estudio del derecho editorial porrúa 1965 pág. 64.

C A P I T U L O II

B).- COSTUMBRE Y DERECHO CONSUECUDINARIO

La costumbre es una fuente mediata o supletoria — que en nuestro derecho ocupa un plano secundario, esto es expresado por algunos autores. Tomando la costumbre entendida desde un punto de vista personal, considero que para el trabajador mexicano existen determinadas costumbres que adquieren fuerza de ley.

Jurídicamente podemos expresar que no se trata de un derecho consuetudinario, sino de una costumbre laboral, — si tomamos en consideración que nuestro sistema jurídico es rígido y no acepta la costumbre en tanto el legislador no nos remita a ella o, en su defecto, la plasme como derecho escrito; lo que no ocurriría si tuvieramos un sistema de ordenación jurídica elástico, como en los países Anglasones que reconocen validez al derecho no escrito, en el que la — costumbre laboral referida tendría validez jurídica, aplicándose en todos sus efectos y reconocida como norma.

La costumbre en nuestro derecho desempeña un papel secundario, siendo esta, el uso implantado en una colectividad y considerado por esta como jurídicamente obligatorio o sea Eluso inveterado de una práctica hasta que sea llegada a considerar como jurídicamente obligatoria desprendiéndose de ésto dos elementos:

A).- SUBJETIVO; y

B).- OBJETIVO.

El elemento subjetivo, lo constituye La opinio —
juris que es la convicción aceptada por una comunidad de que
un uso es jurídicamente obligatorio; y

El elemento objetivo lo constituye "La inveterata-
consuetudo" o sea; la repetición constante de un uso.

La concurrencia de estos dos elementos de por re-
sultado la costumbre jurídica la que podemos clasificar de -
acuerdo al maestro Francisco J. Peniche Bolio de la siguien-
te manera:

- | | |
|-----------|------------------|
| | A).- DELEGANTE |
| COSTUMBRE | B).- DELEGADA |
| | C).- DEROGATORIA |

A.- DELEGANTE.- se da cuando por medio de un uso -
considerado obligatorio no escrito, se autoriza a determina-
da instancia para crear derecho escrito; la costumbre se haya
entonces supra-ordenada a la ley.

El ejemplo de esto lo encontramos en las monarquías absolutas en las cuales el monarca que lo es, no por derecho constitucional, expide leyes de carácter general y obligatorio.

B).- DELEGADA.- Se da cuando el derecho escrito en su aplicación remite a la costumbre para la solución de determinadas controversias; en tal caso la costumbre está superditada al derecho escrito.

Podemos encontrar el ejemplo en el caso de un usufructo ¿Como se debe usufructuar? de acuerdo a como se acostumbra producir una cosa sin llegar al abuso.

C).- DEROGATORIA.- Esta forma de derecho no escrito se dá cuando un uso reiterado deroga al derecho escrito; en este caso encontramos que la ley se encuentra en un plano de superioridad a la ley escrita.

Ejemplo de ello lo tenemos en el artículo 3ero de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en la que se manifiesta la obligación de una educación laica, - la costumbre en este caso se ha encargado de derogar al derecho escrito por usos y necesidades sociales. (8)

(8) Francisco J. Peniche Bolio Introducción al estudio del - derecho Editorial Porrúa, S.A. 1970

Por su parte el ilustre maestro Eduardo García Maynes, al estudiar el derecho consuetudinario lo clasifica haciendo un estudio en relación a autores extranjeros de la siguiente manera:

- | | |
|-----------|-----------------|
| COSTUMBRE | 1.- DELEGANTE |
| | 2.- DELEGADA |
| | 3.- DEROGATORIA |

1.- DELEGANTE.- Se da cuando por medio de una norma jurídica no escrita se autoriza a determinada instancia para crear derecho no escrito.

2.- DELEGADA.- Se da en aquellos casos en que la ley remite a la costumbre para la solución de determinadas controversias.

3.- DEROGATORIA.- La costumbre desenvuelvase a veces en sentido apuesto a los textos legales. (9)

Concluyendo podemos manifestar que el derecho consuetudinario son las normas de derecho no escrito, considerag

(9) Introducción al estudio del derecho pág. 78 Eduardo García Maynes Editorial porruá, S.A. 1949

das obligatorias en una época determinada sin estar promulgadas que en un momento determinado sin tener vigencia legal, - desplazan a la ley escrita en un plano superior, de igualdad o de inferioridad.

Para poder encontrar la importancia de la costumbre con relación al derecho consuetudinario, es menester estudiar los sistemas más importantes que se rigen por esta -- clase de derecho, de los que se pueden enunciar varios, pero que no es posible estudiarlos en este breve ensayo doctrinal por lo que estudiaremos unicamente a dos grandes sistemas de vital importancia para nuestro estudio y de los que nadie -- puede decir que sabe algo sobre derecho consuetudinario si -- no los ha estudiado, dada la evolución histórica de los mismos y por la importancia que dan a estas normas siendo desde su origen y aún en la actualidad regidos por este tipo de -- normas, me refiero en particular a la gran Bretaña y a Estado Unidos de Norteamérica, los que tienen raíces comunes y -- de los que hablo a continuación.

El derecho anglosajon, también conocido con el nombre de Common Law tiene su origen formativo en las culturas de diversos conglomerados contando desde los Celtas y Romanos hasta los normandos y anglosajones; inclusive las leyes de mayor antigüedad que forman parte de este sistema, son -- preponderantemente agrarias, y que se encuentran asentadas -- en la "Lex Terras" de Guillermo el Conquistador.

Para poder desglosar de forma más o menos amplia - la evolución del Common Law, es necesario dividir en 4 períodos históricos su desarrollo que son:

- 1.- Período Anglosajon
- 2.- Origen y evolución del Common Law
- 3.- Apogeo del Common Law
- 4.- Período Contemporáneo

1.- PERIODO ANGLOSAJON.- Como ya se ha dicho las - primeras normas consuetudinarias fueron de carácter agrario- que sería la forma de encuadrarlo en el ordenamiento jurídico actual; pues en aquella época no puede acerse una diferenciación de materias ya que sería agrícola toda especie de -- trabajo, con excepción hecha del trabajo artesanal que siempre se ha distinguido por sus características de ser un arte que se repite en forma maquinaal como resultado de una tradición; estas normas consuetudinarias son de vital importancia para el correcto establecimiento de las bases históricas que hicieron posible un orden jurídico de este tipo que poste--- riormente y aún en la actualidad se ven reflejados por su -- consistencia en la repetición de usos normativizando jurídicamente todas las acciones humanas dirigidas al estableci--- miento de un régimen de derecho firme y sólido que aún con--- servan los países Europeos y particularmente: Gran Bretaña,- Suecia, Finlandia, Noruega y Otros.

2.- ORIGEN Y EVOLUCION DEL COMMON LAW.- Esta etapa se inicia con la ocupación de Inglaterra hecha por los Normandos en el año 1066 y debido a su firme y bien elaborada organización -Avanzada para la época- en su sistema político, económico y sobre todo en el jurídico, se puede considerar - que fué ahí donde surgió realmente la Inglaterra actual que conocemos, La influencia del feudalismo en esta etapa fué de terminante, en vista que desplazó a la organización tribal, - sentando sus raíces definitivamente, lo que se puede ver - - principalmente en la formación de los cortes reales hecha -- por los conquistadores y establecida en el palacio de West-- minster, siendo estas las encargadas de administrar la justi-- cia en todos los campos de derecho conocidos en esos tiempos y que estaban divididos en la siguiente forma:

EL COMMON PLEASE- Que se encargaba de los asuntos- referentes a la propiedad y posesión de inmuebles siendo el Common please una corte de quejas comunes y se encontraba a una jerarquía menor que la corte exchequer que era la que se encargaba de los asuntos de las finanzas reales; y por último estaba el King's Bench o Kuenn's on Bench (Suprema Corte- de justicia) encargado de atender los delitos considerados - como más graves. Estos campos jurisdiccionales no se apega- ban a estricto derecho en cuanto a su competencia, sino que- por la misma flexibilidad del sistema actuaban en muchas oca- siones en forma indistinta. Lo que se confirma con la apli- cación e impartición de justicia del derecho laboral ya que- bastaba con solicitar un Writ que (*) que quiere decir orden de acción al chancel lor, cubriendo el pago de derechos Esto- justificase en que este sistema la acción judicial no tenía-

(*) Orden de acción

el carácter de derecho del individuo, sino que era una concepción del estado al particular la solicitud de esta acción de mandada del canciller real, estaba considerada como de interés social o público desprendiéndose de lo anterior que la realeza cada vez adquiría mayor poder al grado de llegar a tener una serie de decisiones tan extensas que demostraban sus facultades ilimitadas, causando el descontento de los señores terratenientes hasta culminar con la creación de la carta Magna de 1215, siendo su aspecto principal la limitación del poder real en cuanto a sus ilimitadas funciones; a este respecto Rene David manifiesta en la esfera del derecho se produjo un acto semejante y equivalente al de 1258 en las Provisions de Oxford, que sentaban la base de Stato Quo en esta materia (10) Las jurisdicciones reales continuarían conociendo en el porvenir aquellos litigios en que su competencia venía siendo reconocida de antiguo, pero dejaría de extenderse y no aumentarían más su competencia. Por haber dado lugar a dificultades la aplicación de este estatuto se dictó una orden posterior en 1275, que es completamente fundamental para comprender el derecho Inglés; es el famoso segundo estatuto de Westminster este estatuto establece la misma regla de las disposiciones de Oxfor, pero más realista y liberal que este permite a las jurisdicciones reales no solo

(10) Rene David Tratado derecho comparado Editorial revista-
derecho privado Madrid España 1953 págs. 281 a 282.

en las cosas que fueran rigurosamente idénticas a casos resueltos antes por ellas, sino también cuando el nuevo caso - presentado fuera simplemente análogo a un caso ya resuelto.- Para que las diversas jurisdicciones reales fueran competentes bastaba estar respecto a los precedentes in consimili casu; en un caso parecido a aquellos en los que venía siendo administrado la competencia de tales jurisdicciones.

La organización de las jurisdicciones reales y sus normas procesales, por lo demás son netamente superiores y - la organización y normas procesales arcaicas de las otras jurisdicciones; El favor que manifestaron hacia aquellas los - propios interesados animó a los jueces reales a aumentar el número de casos en que se declaraban competentes de acuerdo con su interés personal y el de la monarquía. Así es como - se ha desarrollado el Common Law que no es otra cosa que la jurisprudencia de las jurisdicciones reales fundado sobre -- una ficticia costumbre general inmemorial del reino de ahí - procede la alegación muy frecuente de que el derecho Inglés - es un derecho consuetudinario.

3.- APOGEO DEL COMMON LAW.- Es necesario aclarar - en el presente ensayo lo que significa Common Law, textualmente quiere decir Derecho Común pero históricamente su origen radica - como ya se dijo antes - en la invasión normanda - al pueblo de la Gran Bretaña en donde se impartía la justi-cia por los jueces que recorrían el vasto territorio, en donde, para emitir sus resoluciones, era menester el estudio de los usos y costumbres que imperaban en la región cosa que --

realizaban con gran éxito; este derecho el que era denominado Case Law no rigió solo como un auxiliar, ni subsidiario - tras las costumbres, sino aún con preferencia sobre el derecho local, que se basa principalmente en el derecho consuetudinario.

Por otra parte la Equity se inicia con el siglo -- XVI y era contraria a los precedentes que habían sentado sus bases aunque era inoperante por el formulismo con que eran - aplicadas, consecuentemente, los particulares optaron por recurrir al Chancery quien aunque era representante judicial del rey, para dictaminar sus resoluciones sobre un caso concreto no recurría a los apartados del precedente, ni a las - referidas circunstancias de carácter particular ya que se - fundaba, para sus consideraciones en lo que pensaba que era - justo, con gran sentido ético, este procedimiento tenía como características, ser público y oral, favoreciendo los intereses del reino por su fácilmente manejable con cierta discreción / muy apta para convenientes políticas, motivando por - parte de los reyes, su creación como nueva etapa jurisdiccional que llegó a tomar tal auge que para el siglo XVII se produce una reacción de adversión violenta de parte de las cortes reales, contra la equity alegando contra tal, la inobservancia de la autonomía judicial por este poder real, recu--- rriendo al efecto solicitando el apoyo parlamentario, desatan dose un conflicto de carácter legal, que dá por resultado la conservación de ambas jurisdicciones, limitando las funcio-- nes del Chancery por medio del parlamento, con regulación- jurídica de la existencia de ambas jurisdicciones, hasta el-

año de 1872, en que ambas se funden, logrando que no se tuviere distinción alguna entre ellas, ya que se unen en una sola organización, teniendo como característica la formación jurisprudencial, con su nueva función unitaria.

4.- PERIODO CONTEMPORANEO.- Con el avance del desarrollo económico y político, el common law fué evolucionando y su aplicación cada vez más extensa por una parte; y lo referente a su creación adquiere una notable influencia de las leyes escritas para darle mayor consistencia jurídica al multitudinario Common Law, situación que hizo se aumentaran nuevas normas de derecho con un sentido de justicia más amplio y eficaz; pero es necesario aclarar que esto no diluyó el sistema basado en el derecho consuetudinario, sino por el contrario la fortaleció dándole posibilidades de conservar su flexibilidad tradicional y a su vez facilitó el cambio evolucionista positivo necesario para conservar un régimen legal más amoldable social. Es por ello que la gran Bretaña ha sido pionera en el establecimiento organizado de la costumbre-hecha derecho.

Para esbozar algo sobre el derecho de los Estados Unidos de Norte América es necesario remontarnos en la historia hasta el año de 1607 en que el norte de América se ve poblado por Ingleses que al reunirse formaron 13 colonias que dependen de la corona Británica, que en sus constantes luchas con indios y Franceses tienden a unificarse cada vez más naciendo y haciendo crecer el descontento de los colonos contra la metropoli la que por falta de recursos había deja-

do a los mismos a su suerte, hasta el día 4 de julio de 1776 que en el congreso de Filadelfia se reúnen los representantes de las 13 colonias en donde se vota la declaración de Independencia surgiendo como Estados independientes cada uno del otro y a su vez de la metropoli redactando cada uno sus propias bases en una constitución; Con la reocupación de algunos pensadores que manifiestan lo importante que es la unificación de todos y, después de un período largo de infructuosas tentativas, se consigue que se vote una constitución en el año 1787 en Filadelfia.

Es de hacerse notar que con la creación de las 13 colonias se exporta de Gran Bretaña hacia Norte-América en un principio el COMMON LAW con el simple traslado de las personas de aquel país a este ya que para establecerse en Norteamérica consideran que su territorio no tiene ningún derecho civilizado y que el Inglés tiene un derecho innato especie de herencia Birt right para establecer sus preceptos, el derecho Inglés, aunque hay que hacerse notar que la ignorancia por parte de los colonos, del Common Law acarrea una simplificación del mismo principalmente en materia procesal y aún en todo derecho privado que se aplicaba voluntariamente y que no era otra cosa que las costumbres Inglesas que aún el Common Law Derecho Inglés fundando sus relaciones únicamente por costumbre social, principios religiosos sacados de las sagradas escrituras así como la razón y el llamado derecho natural; por lo que se comprende que los estados que habían adoptado el derecho inglés tratara de conservar éste y los que aún no lo hacían aceptaran con sus reservas aplicar-

el derecho Americano; con la posibilidad de reconocer nuevamente la aplicación del derecho Inglés.

En los años posteriores a la independencia surgieron ideologías contrarias al Common Law, mismo que tuvo defensores tan arraigados como el canciller Kent y el Juez Story, quienes logran conservarlo en Norteamérica, encontrándose de esta forma una doctrina del derecho Inglés, que se representa de una forma ordenada y clara que no tienen las recopilaciones de sentencias, dando por resultado que el Common Law se convierta a la razón escrita, por ser una manifestación o una proyección del derecho natural basado principalmente en la costumbre Inglesa.

C A P I T U L O I I

C.— EFECTOS EN EL DERECHO EN GENERAL Y EN EL DERECHO LABORAL

Derecho Consuetudinario es aquel que nunca ha sido objeto de una promulgación legislativa, se compone de reglas tradicionales establecidas poco a poco, con el tiempo y a menudo difíciles de comprobar su más notable ejemplo histórico es el estado del derecho Francés antes de la redacción oficial de las costumbres, que se hizo en el siglo XV el derecho no se encontraba entonces en ningún texto oficial e indubitable o de origen legislativo; solo podía ser conocido en la práctica judicial por la experiencia adquirida en una larga carrera de litigante y únicamente podía estudiarse en obras privadas, sin valor legal, en las cuales los expertos—antiguos magistrados— en su mayor parte escribieron lo que sabían sobre el estado del derecho en su tiempo y país.

La naturaleza de la fuente o autoridad de la cual derivaba, el derecho consuetudinario, es objeto de interminables controversias; unos pretenden hayar la fuente del derecho consuetudinario en el uso general y prolongado de los particulares, unido a la creencia de que existe una sanción social y niegan a la jurisprudencia toda función creadora de derecho.

Otros reservan un lugar prominente a la jurisprudencia y le atribuyen un papel preponderante y hasta única, en la elaboración del derecho consuetudinario.

La doctrina Alemana mucho tiempo fué la única en ocuparse de esta cuestión, ha buscado la fuente del derecho consuetudinario en la consciencia común de un pueblo. El derecho consuetudinario se origina en la costumbre social. De acuerdo con la teoría Romano-Canónica, este derecho existe cuando aparece una política social más o menos constante, — unida a la convicción de que es obligatoria y sancionada por el Estado, en forma expresa o tácita.

Existe aceptación tácita cuando los tribunales — aplican una costumbre a la solución de conflictos aunque la ley no la haya incorporado expresamente al orden jurídico vigente Jellinek invoca la fuerza normativa de los hechos advirtiendo que la repetición constante de un hábito social — produce la consciencia de que es obligatorio este hecho es innegable por que es evidente que los hechos deben desprenderse de usos arraigados y de estos a su vez se desprenden conclusiones normativas; Geny, sostiene que si los tribunales aceptan una costumbre es por que la consideran derecho — por lo tanto la costumbre nació antes de su reconocimiento — y que para su reconocimiento o aplicación es necesario que exista previamente.

Se trata de un problema aparte supuesto que no im-

porta de donde obtiene el legislador o el juez el contenido de un precepto ya que ellos acuden al derecho solamente cuando es incorporado al orden jurídico vigente en los casos en que se refiere Geny, la costumbre desempeña el papel de fuente real del derecho pues el legislador el Juez encuentra de la ley o de la resolución judicial en la costumbre la que se convierte en derecho vigente al ser incorporada al orden vigente, Geny distingue también entre los usos y costumbre; refiriéndose a los usos que, dice: son las prácticas Generales, locales o profesionales que concurren, tacitamente en la formación de los actos jurídicos, que sirven para influir en la voluntad de las partes, pues los usos no obligan cuando expresamente se pacta lo contrario.

En México se aplica la costumbre y la misma ley remite a ella; por ejemplo, tratándose del usufructo, la ley dispone que los cortes de madera en un monte se arán de acuerdo con las leyes especiales y la costumbre del lugar artículo 997 del Código Civil Vigente.

En los casos en que la ley permite pacto en contrario, al remitir a la costumbre, en realidad emplea el vocablo como sinónimo de uso, tratándose de servicios profesionales el artículo 2607 del Código Civil Vigente, dispone que a falta de convenio, se estará de acuerdo a la costumbre del lugar y a otras circunstancias.

En relación con la Aparcería dispone el artículo -

2 54, del mismo ordenamiento que el contrato se rige por la voluntad de las partes y que a falta del convenio se observara la costumbre del lugar.

En general el artículo 1056 del código aludido dispone que el uso o la costumbre del lugar, se tendrá en cuenta para interpretar la ambigüedad de los contratos.

El proceso histórico del valor de la costumbre nos demuestra que es una forma primitiva de regulación jurídica. La historia del pueblo romano nos dice que durante el periodo anterior a las doce tablas, el derecho fué exclusivamente no escrito, consuetudinario.

Después de aparecer las leyes escritas, conserva - el derecho consuetudinario su antiguo valor de crear normas nuevas y derogar las existentes.

Durante la Edad Media hay un gran florecimiento -- del derecho consuetudinario pero se señala también una lucha entre el derecho consuetudinario y el derecho escrito. Los - canonistas y los legistas que quieren afirmar la unidad del poder frente a las particularismos locales, consagran la supremacía de la ley.

La oposición a la costumbre alcanza su hegemonía -

en la época del predominio de la doctrina del derecho natural-siglo XVIII- y durante el período álgido de la corriente codificadora, por que la costumbre es un producto de la historia y del instinto y los partidarios de aquella teoría, cuyo influjo fué tan singular en la codificación; que quería - sustituir la obra de la espontaneidad y de la tradición por la obra de la razón.

La costumbre es la más directa y genuina expresión de la comunicación jurídica popular fuente de todo derecho, - según muchos juristas, y trataremos de hacer un estudio dogmático de la misma para sacar en claro sus efectos.

El supuesto Jurídico es la hipótesis de cuya realización dependen las consecuencias establecidas por la norma. Efecto es el enlace normativo de una hipótesis y una o varias consecuencias de derecho. El efecto sigue a la causa - de manera ineludible Fatal inevitable la consecuencia jurídica debe en todo caso enlazarse a la realización del supuesto, aunque, de hecho, puede ocurrir que aquella no se produzca.

Las consecuencias de un determinado supuesto deben ser realizadas siempre por el sujeto del deber; pero es posible que el obligado no proceda de acuerdo a lo prescrito.

El efecto de una causa puede ser un fenómeno pura-

mente natural independientemente de la actividad humana la - caída de un cuerpo por ejemplo las consecuencias jurídicas, - en cambio, consisten en obligaciones o derechos, es decir, - en exigencias o facultades que unicamente tienen sentido re- lativamente a las personas, afectando de esta forma la cos- tumbre a toda clase de derecho por aplicarse esta ya sea de- manera tácita o de una forma obligada ordenada por los jue- ces en determinado momento y materia.

Las relaciones obrero-patronales, provienen del en- lace ineludible que ejerce la costumbre y en sí, todo el de- recho consuetudinario, como efecto directo, interviniente en el nexo creado por la infinidad de usos concatenados de la - relación establecida, siendo el resultado, la hipótesis que- provoca las consecuencias jurídicas normativas.

Los sujetos creadores del efecto jurídico son:

a).- El patrón

b).- El trabajador

a).- El patrón, como sujeto activo de la relación- de trabajo. Se dice que es sujeto activo, en virtud de que- en la relación laboral, siempre ha tenido la postura dominan- te, que desemboca en el ejercicio de las actividades de man- do, dirección y supraordinación, con respecto a sus remunera- dos.

b).- El Trabajador, como sujeto pasivo del nexo — laboral, por aceptar las condiciones de trabajo, desde un — punto de vista de subordinación —mal llamado— en cuanto a la relación creada por la remuneración que éste percibe a cam— bio del servicio realizado en favor del patrón.

Partiendo de la anterior postura, las consecuen— cias del supuesto de la relación de trabajo, son realizadas— tanto por el patrón como por el remunerado, ya que, las rela— ciones laborales nacen basadas en la repetición constante — del contrato laboral, hasta convertirse en costumbre jurídi— ca de carácter laboral, y dicha repetición, consiste en las— obligaciones y derechos que ejercitan los sujetos dentro del lazo de unión común, siendo tanto unos como otros; de carác— ter continuo y manifiesto, expreso y tácito cuando el contra— to laboral es verbal. Para afirmar lo anteriormente manifes— tado, tenemos el contrato colectivo de trabajo. Es una rela— ción obrero patronal, por intervenir en ella obreros como su— jetos pasivos, y patronos como sujetos activos —según algu— nos autores— contiene una hipótesis de carácter normativo — que va dirigida directamente a regir las actividades de los— sujetos, en cuanto a su aspecto de relaciones de trabajo y — proviene de un sistema reglamentado con fundamento en la cos— tumbre laboral Ley Federal del Trabajo por haber tenido como base de su creación, la constante repetición del uso, en un— tiempo no conmutado pero suficientemente determinado, que, — ocasiona una normatividad consuetudinaria primero y poste— riormente un orden jurídico codificado.

Las consecuencias del contrato colectivo de trabajo, son:

POR PARTE DEL TRABAJADOR

- 1.- La obtención de un mayor salario; y
- 2.- Mayores prestaciones -Seguro Social, préstamos de dinero en efectivo, vacaciones, aguinaldo, pensiones, indemnización adquisición de casas baratas, y cómodas costeadas - inicialmente con el capital patronal, escuelas, campos - deportivos y de recreo del trabajador, etc.
- 3.- Reducción del Horario del trabajo.
- 4.- Oportunidad de adquirir en forma gratuita capacitación - técnica.
- 5.- Protección más eficaz, para garantizar la seguridad del- trabajador en el desempeño de sus actividades.

POR PARTE DEL PATRON:

- 1.- Mayor rendimiento del trabajador.
- 2.- Reducción del costo en la producción de satisfactores.
- 3.- Mejor aprovechamiento de la materia prima.
- 4.- Mejoramiento de la calidad del producto elaborado.
- 5.- Desamortización del capital invertido.

En general en el derecho laboral por medio de la -
costumbre se trata de alcanzar estos efectos por tener esta-
finalidad en todas las esferas laborales estas dos clases an-
tagónicas de lucha que tienden a una superación social y eco-
nómica principalmente; encontrándose de esta manera la in-
fluencia que ejerce la costumbre en el derecho afectándola -
actualmente, aunque para algunos tratadistas se le niegue a-
esta fuente primaria del derecho valor alguno.

C A P I T U L O II

D).- CLASIFICACION EN EL DERECHO EN GENERAL Y EN EL DERECHO LABORAL

Una vez deslindados los efectos de la costumbre en el derecho en general y en el derecho laboral, es necesario que con fines de investigación pedagógica se realice en forma dogmática la clasificación de los efectos de la costumbre dentro de nuestro ordenamiento jurídico, con el fin de dar carácter sistemático al presente ensayo; en forma práctica - debido a la rigidez de nuestro sistema jurídico y a su codificación, no es posible aplicar la costumbre en forma supletoria de la ley más que en los casos que esta misma autoriza - a llevarlo a cabo.

La falta de investigación en este campo laboral — me ha impulsado a proponer una serie de clasificaciones que considero interesantes para apoyar el estudio de la materia que nos ocupa, para hacer más fácil su comprensión y asimilación por que no debemos olvidar el carácter social en cuanto a garantía jurídica de aplicación equitativa y justa que posee nuestro derecho del trabajo, como vanguardista que es de la reivindicación social de los pueblos componentes del globo terraqueo:

El orden en que presento las clasificaciones, no necesariamente sigue una secuencia lógica, ya que para el derecho, la lógica jurídica estriba en la clasificación misma sin tomarse en consideración el lugar que se les fije:

PRIMERA.- Clasificación en el derecho en general - de los efectos de la costumbre:

a).- COSTUMBRE CIVIL.- Actualmente se aplica en México, en el derecho civil de forma esporádica.

b).- COSTUMBRE PENAL.- En México no es fuente del derecho a la que se pueda recurrir por estar prohibido.

c).- COSTUMBRE LABORAL.- A ella acuden los jueces, solo si es protectora del núcleo trabajador.

d).- COSTUMBRE ADMINISTRATIVA rige en muchos casos las actividades del estado en funciones, con los particulares es la que más se practica en nuestro sistema legislativo de carácter interno.

e).- COSTUMBRE MERCANTIL.- Se aplica poco en el derecho mercantil, por ser las operaciones de este tipo, fundadas por lo general, en unos cuantos formatos que dan la pau-

ta a seguir en la solución de los litigios.

f).- COSTUMBRE INTERNACIONAL.- Es aquella que ha regido en las relaciones de México, con otros países.

SEGUNDA CLASIFICACION.- Por su ámbito de validez.

a).- Costumbre del derecho interno que es aquella, que se desprende de la forma de interpretar comunmente nuestras leyes de derecho común, por las autoridades encargadas de aplicarlas.

b).- COSTUMBRE DE DERECHO EXTERNO.- Es la que se ha formado con base en las interpretaciones, legales y posturas políticas que han adoptados los diplomáticos mexicanos en el desempeño de sus funciones, en el exterior del país, y en la utilización del derecho internacional.

TERCERA CLASIFICACION POR LA DURACION DE SUS EFECTOS

a).- TEMPORAL.- Es aquella que en sus efectos es pasajera.

b).- SEMI-TEMPORAL.- Es la que permanece por una época determinada.

c).- PERMANENTE.- Es que se aplica indefinidamente, pero arraigada profundamente en el ánimo de quienes la practican.

d).- LEGAL.- Es aquella que llega a un grado de importancia tal, que el legislador la eleva a la categoría de norma Jurídica.

PRIMERA CLASIFICACION DE LA COSTUMBRE EN EL DERECHO LABORAL POR SUS EFECTOS

a).- TACITA.- Cuando se aplica sin haber ordenamiento legal laboral que así lo estipule.

b).- EXPRESA.- Cuando el legislador, remite a ella, para subsanar las deficiencias o lagunas de las leyes del trabajo.

SEGUNDA CLASIFICACION EN CUANTO AL RESULTADO DE SUS EFECTOS

a).- COSTUMBRE EMPRESARIAL.

b).- COSTUMBRE REGIONAL O DE GRUPO.

c).- COSTUMBRE GENERAL.

a).- LA COSTUMBRE EMPRESARIAL.- Es aquella que se dá entre los trabajadores y patrones de cada empresa laboral, en cuanto a las relaciones de trabajo se refiere.

b).- LA COSTUMBRE REGIONAL.- Es aquella que se dá entre determinados grupos de trabajadores y patrones que se dedican a determinada rama de la producción, o que por el me di o en que viven existe similitud de usos en cada región en particular.

c).- COSTUMBRE GENERAL.- Es aquella que ejercitan tanto asalariados como patrones, en las relaciones que los rigen, en todo el territorio nacional.

C A P I T U L O I I I

LA COSTUMBRE EN EL DERECHO LABORAL

A).- LA AFECTACION DE LA COSTUMBRE EN LA LEY DEL 18 DE AGOSTO DE 1931.- El Congreso Constituyente de Querétaro tu vo por finalidad la creación de un nuevo régimen político, ba sado en normas fundamentales más justas y menos ambiguas, que garantizaran con efectividad la preservación de los derechos humanos, del pueblo mexicano y fueron implantados por el le-- gislador de 1917, mediante la institución de garantías tanto -- de carácter individual como de tipo social; fué ahí donde se-- gestó un nuevo orden jurídico laboral, originado por el artícu-- lo 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexi-- canos.

La Ley Federal del Trabajo de 1931, tuvo por objeto normativizar las relaciones laborales en nuestro país y mu-- chas de sus disposiciones son producto directo e inmediato de las costumbres imperantes desde tiempo atrás que, formaron -- parte de la idiosincrasia laboral de los mexicanos. Esta ley, no satisfiso plenamente la defensa de los derechos del prole-- tariado debido en gran parte, a la dificultad que representa-- nuestro sistema jurídico rígido al no dar un margen eficiente para que el derecho evolucione positivamente a la par con las exigencias sucesivas de cambio, que produjo el avance indus--

trial, técnico, científico y cultural del país, que a su vez va permutando en una boragine subsecuente de la costumbre en las actividades y relaciones de trabajo y a las diversas situaciones que se han venido planteando entre patronos y asalariados. Por otra parte, la codificación del derecho laboral, es una traba constante al cambio evolucionista de este, que no cambia al ritmo de la costumbre laboral, sino que ha venido quedando a la saga, aún y cuando ha tratado de actualizar sus normas. Prueba de ello, es la creación, de una — nueva Ley Federal del Trabajo de 1970, que a sólo 39 años de distancia, ha venido a suplir en forma total a la ya consoleta ley de 1931.

A continuación realizó un estudio sistemático y somero, de la afectación de la costumbre en la ya derogada ley-Federal del Trabajo de 1931, en los aspectos que a mi forma-de ver, tienen mayor relevancia en las actividades laborales:

En lo que ha contrato de trabajo se refiere, considero indispensable para la costumbre, al contrato individual, siendo por lo general, el de mayor influencia en las relaciones laborales de carácter particularizado acudiendo más a esta a la costumbre que el contrato colectivo, en el artículo-18 estipula: "Se presume que la existencia del contrato de - trabajo entre el que presta un servicio personal y el que lo recibe, a falta de estipulación expresa de este contrato, la prestación de servicios se entenderá regida por esta ley y - por las normas que le son supletorias", (11) Este artículo -

(11) Ley Fed. del Trab. diario oficial.- viernes 28 agosto - 1931 talleres gráficos de la nación pág. 6

habla de las relaciones laborales contenidas en la presun-
ción de la existencia de un contrato de trabajo que nace por
costumbre entre las partes obligadas, dándole el carácter de
la legal a dicha contratación aún y cuando esta no se encuen-
tre apoyada en ordenamiento legal alguno. Por otra parte au-
toriza a basarse en el régimen supletorio legal de esta ley-
laboral, por lo que da cabida a la aplicación de las normas-
de carácter civil, las que se basan muchos de sus principios
en la aceptación y utilización de la analogía y la costumbre,
no solo como fuente del derecho sino como solución legítima-
a los problemas legales no resueltos en forma expresa por --
sus preceptos.

Es necesario hacer la aclaración que en un tiempo-
las actividades laborales estaban reguladas por el código ci-
vil, siendo la ley de 1931 la primera especializada en la -
rama laboral, razón por la cual a las leyes civiles aún se -
utilizaban como supletorias y complementarias del derecho de
trabajo de esta forma la utilización del derecho civil vigen-
te de esa época tiene su fundamento en el artículo transcrito
para su aplicación en la materia que nos ocupa, como las le-
yes civiles aceptaban en su aplicación la complementación de
la costumbre para los casos no previstos en los ordenamientos
legales, es de considerarse que la costumbre se aplicó en el
derecho laboral de la misma manera.

Siguiendo con una secuencia organizada, se apoya -
lo anteriormente dicho, con lo estipulado por el artículo 24
en su fracción V, que al hablar; de lo que debe de contener-

el contrato de trabajo, expresa: El sueldo, salario o jornal o participación que habrá de percibir el trabajador, si aquellos se deben de calcular por unidad de tiempo, por unidad de obra, o de otra manera, y la forma y lugar de pago. Al manifestarse en este párrafo o de alguna otra manera debe entenderse que para calcular el salario o remuneración por el trabajo realizado no es necesario que se haga por las formas establecidas por el mismo artículo en estudio, sino que se dan amplias facultades a las partes para que se regulen las formas de calcular el salario de acuerdo con las costumbres imperantes entre patrones y asalariados, pudiéndose tomar en cuenta las actividades que se realizan e incluso por la región o zona en que se susciten los contratos individuales, los que con base en lo manifestado pueden elaborarse en su parte esencial aplicando la costumbre en su aspecto de obligatoria y consecuentemente con el carácter de legal en tre los intervinientes como partes del nexo laboral, apoyados en la misma ley laboral, que les facilita la utilización de sus propias soluciones contractuales, en tanto no contravengan sus preceptos.

El artículo 26 de la ley en análisis, de oportunidad de emplear a la costumbre al autorizar en su contenido la realización de contratos verbales, por que esto implica desarrollo de la costumbre en la relación laboral como aspecto fundamental con las prestaciones que se proporcionan en fa—

(*) OB. cit. pág. 7.

vor de los trabajadores y mediante la ejecución del acto por sus patrones respectivamente.

Es notorio que siempre ha existido una costumbre -- en los hogares mexicanos representativos de las clases alta y media de contratar servidumbre para que realicen menesteres hogareños, dicha contratación en la mayoría de los casos se ha venido efectuando en forma verbal y hasta la fecha la promulgación de la ley de 1931, estas relaciones no se encuentran reguladas más que por la constitución de nuestro país en su artículo 123, en virtud de que las leyes civiles, no tomaron en consideración a esos trabajadores del hogar. Es por ello que el legislador de 1931, recogió la costumbre imperante del momento y la implantó en el cuerpo jurídico laboral elevándola a ley, sin utilizar métodos sistemáticos alguno para perfeccionarla y brindar con ello protección a los trabajadores domésticos, el legislador al tomar en cuenta la costumbre solo lo hizo con fines de formalidad jurídica ya -- que la encuadró dentro del contrato verbal, pero su aspecto de fondo no la modificó, esto influyó en los hogares contratantes de domésticos, para crear a su vez una costumbre derogatoria apoyada en el constante uso de considerar a los trabajadores domésticos como personas protegidas del patrón sin tomar en cuenta su carácter de asalariados esta costumbre ha perdurado hasta nuestra época siendo muestra de ello el caso omiso que se hace de la nueva Ley Federal del Trabajo, por parte de quienes utilizan los servicios de los domésticos -- que no los ven propiamente como sujetos de la relación laboral, sino como elementos de ayuda en labores hogareñas; la falta de previsión que tuvo el legislador de 1931, al no tec-

nificar jurídicamente la costumbre, redundó en una falla de aplicación de la ley, consistente en la falta de castigo para los infractores de la norma, provocándose este costumbrismo de carácter negativo que actualmente hace casi imposible obligar al cumplimiento de la Ley Laboral en lo que a trabajadores domésticos concierne, dado la inseguridad del contrato verbal para garantizar el buen funcionamiento y una duración determinada de la relación de trabajo.

Unamuestra fehaciente de la intervención de la costumbre en las relaciones laborales la encontramos en el artículo 31 que dice: "La falta de contrato escrito, cuando en esta forma lo prevenga la ley, o de algunos de los requisitos que para el mismo señala el artículo 24, no privará al trabajador de los derechos que esta ley o el contrato le concedan, pues se imputaran al patrón la falta de esa formalidad".

"Su alguna de las partes se niega a firmar un contrato de trabajo ya concertado, la otra parte podrá exigir - ante la junta de conciliación y arbitraje que cumpla con esa formalidad, justificando la existencia del convenio por los medios ordinarios de prueba" (*)

(*) ibidem pag. 9

Es visible que el legislador trató de contrarrestar la constante influencia que ejercía la costumbre en la ley - laboral de realizar todo tipo de contrato individual en forma verbal, esto lo intentó por lo que dispuso en el artículo mencionado en las líneas anteriores estipulando que la carencia de formalidad de un contrato había que atribuirse al patrón quizás por considerar a este con mayor conocimiento de la ley que el propio trabajador el que generalmente era analfabeta o se encontraba en un grado de ignorancia tal que desconocía la existencia de las normas laborales, o simplemente las ignoraba para evitarse problemas de carácter legal por la ideología que siempre ha existido entre los trabajadores mexicanos de considerar que ante la intervención de las autoridades cuando estas aplican la ley, salen todos menoscabados en sus derechos y en su economía.

En apoyo al presente opúsculo, la ley laboral de 1931 expresa con denotada nitidez la posibilidad de utilizar a la costumbre para su aplicación en forma complementaria; - y al manifestar esto, lo hago atendiendo a que el legislador dejó la posibilidad al órgano jurisdiccional de utilizarla, usando su criterio jurídico con libertad plena en los casos concretos que lo ameriten para que con ello se cubran las situaciones particularizadas, usando a la costumbre, la buena fe y la propia ley en un plano igualitario, en cuanto a la solución de los conflictos ya sean arbitrales o de carácter litigioso, esto, se desprende del enunciado del artículo 33, que a la letra dice: "El contrato de trabajo obliga a lo expresamente pactado ya que las consecuencias que sean conformes a la buena fe, al uso o a la ley" (*) es necesario hacer

(*) ob. cit pág. 9

notar, que al párrafo anteriormente transcrito, se refiere a la obligación por parte de los contratantes -como sujetos de la relación laboral- tienen la obligación de cumplir con las consecuencias contractuales que vayan acordes con la buena -fé, el uso o la ley; esto es, por la caracterización del particularidad que representan los contratos individuales de trabajo en cuanto a las obligaciones y prestaciones que les son inherentes, una vez realizados.

En México a raíz de la institución del artículo -- 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917, la jornada máxima de trabajo diario se estableció en 8 horas, este tiempo laborable, no debe ser rebasado- excepción hecha en el caso de las horas extraordinarias -que a su vez no serán más de tres horas diarias ni más de tres -días consecutivos- la ley de 1931 en su artículo 69, reza lo siguiente: " La duración máxima de trabajo diurno de cada -- obrero, de uno u otro sexo, no podrá exceder de 8 horas en - esta disposición no es aplicable a personas que desempeñan - servicios domésticos, no serán objeto de esta excepción los- domésticos que trabajen en hoteles fondas, hospitales u - - otros establecimientos comerciales análogos- previa acuerdo- con el patrón, los trabajadores de una empresa podrán repar- tirse las horas de trabajo en la semana de 48 horas, a fin - de permitir al obrero el reposo del sábado en la tarde o cual- quier modalidad equivalente, previo acuerdo podrán también - repartirse las 8 horas de trabajo en un período de tiempo ma- yor" (12) como se desprende del texto de la disposición tras

(12) obra de consulta Ley Federal de Trabajo de 1931 pág. 13

crita, es notoria la injusticia de que son objeto las personas que prestan servicios domésticos, al manifestar el legislador que están exceptuadas de este precepto.- ¿ acaso el — que elaboró esta ley, no les dió carácter de trabajadores re legándolos a un plano de inferioridad con respecto a otras — clases laborantes? ¿ o los domésticos pasaron a susbstituir a los esclavos, contraviniendo el artículo 2 de nuestra actual carta magna?. Considero, que este precepto es producto de una costumbre negativa que viene imperando desde el siglo pasado en nuestro país, al considerarse los domésticos como una especie de Sub-trabajadores por el carácter de los servi cios que desempeñaban, lo que motivó al legislador influen— ciado por esa costumbre, a implantar en la disposición en — análisis la nó regulación de la jornada de trabajo jurídica— mente, lo que provoca la falta de garantía del derecho establecido en la fracción I del apartado "A" del artículo 123 — constitucional que a la letra dice: " Entre los obreros, jo rnaleros, empleados, domésticos, artesanos y de una manera ge neral, todo contrato de trabajo.- La duración de la jornada máxima será de 8 horas" (13), no obstante lo establecido por este precepto Constitucional, en la ley de 1931 en el — multicitado artículo 69, se exime de forma anticonstitucio— nal al doméstico de los derechos que legitimamente le corres ponden, por el proteccionismo social que emana de la norma — jurídica fundamental lo que es ejemplo fehaciente de nuestra

(13) Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos — cuadragésima quinta edición editorial porrrúa S. A. Méx. 1970 pág. 90

vanguardia jurídica laboral, creadora del derecho social protector del proletariado trabajador que conforma las estructuras básicas del sistema laboral mexicano, que al fundamentarse en nuestra constitución tiene el carácter de legitimidad que le dió la voluntad de nuestro pueblo a través de sus representantes, como fueron los constituyentes de Querétaro, - mismos que no sólo garantizaron los derechos sociales, sino que también implantaron el mínimo de derechos humanos individuales, protectores de cada persona tomada como unidad razón por la que el artículo 69 de la ley en estudio cae también - en inconstitucionalidad al no seguir el sentido garantizador de la libertad del artículo 2 Constitucional.

El párrafo II del artículo en estudio, autoriza la prolongación de la permanencia temporal de los trabajadores en los centros laborales pero sin exceder de 8 horas efectivas de trabajo con el fin de que realicen sus actividades en forma intermitente una vez que se hayan puesto de acuerdo - con sus patrones; en esta disposición se percibe la marcada influencia que tuvo la costumbre para la elaboración de la ley, dado que en muchas ocasiones era necesario -debido a la clase de trabajo físico agotante desempeñado- interrumpir - las faenas para mejor desempeño de las mismas, turnándose - los trabajadores a momentos descontando los ratos de descanso de las horas de trabajo conmutadas, es necesario aclarar que esto conformó una serie de costumbres laborales de carácter positivo y benéfico para ambas partes de la relación de trabajo; hecho recogido por el legislador e implantado legalmente en el cuerpo del articulado de la Ley Federal del Trabajo en cuestión y expresamente en el párrafo aludido.

La afectación de la costumbre en la ley de 1931, -- se relaciona también en lo que a días de descanso se refiere esto es palpable en el artículo 80 en donde se señala": Serán días de descanso obligatorio.-I.- El primero de mayo. II. el 16 de septiembre y .-III el 25 de diciembre" este artículo es antecedente inmediato del artículo 74 de la ley actual del trabajo de 1970 que estipula: " Son días de descanso -- obligatorio:I.- El primero de Enero;II.- El 5 de Febrero.- - III.- el 21 de Marzo.- IV -El primero de mayo.- V-el 16 de - septiembre.- VI.- el 20 de noviembre.- VII.- El primero de - diciembre de cada 6 años cuando corresponda la trasmisión -- del poder ejecutivo federal; y VIII.- el 25 de diciembre" -- (14). Es notable el aumento de los días de descanso obligatorio tan sólo en el transcurso de casi cuatro décadas, se consiguieron más días de descanso para los trabajadores en general con el fin de que estos pudieran desenvolverse en la vida cívica y política de nuestro país, por que dichos días -- coinciden con diversas fechas conmemorativas, dando con ello oportunidad de participación de la clase laborante en las actividades ya mencionadas. La creciente democratización política del país que ha venido desarrollándose desde la década de los treinta, hasta nuestros días, ha provocado presiones en el legislador para reformar y transformar la ley, atendiendo a las necesidades colectivas, por lo que al cambio del antiguo artículo 80, a mi modo de ver tiene su base en la aplicación de la costumbre, impuesta por el sentir social del núcleo trabajador que cada vez demanda mayor participación en-

(14) Nueva Ley Federal de Trabajo, Alberto Trueba Urbina y -- Jorge Trueba Barrera.- Décima edición 1971 editorial Porrúa pág. 50

la aplicación de la costumbre, impuesta por el sentir social del núcleo trabajador que cada vez demanda mayor participación en los actos cívicos y políticos, que en razón de ser públicos permiten la participación activa de todo grupo, no siendo excepción a ello la clase remunerada.

Por otra parte un producto puro y simple del constante uso convertido en costumbre, es: que sea regulado, el día primero de enero como descanso obligatorio, siendo resultado del tradicionalismo adoptado por nuestro pueblo, consistente en festejar la terminación de un año y el comienzo de otro, conforme al calendario gregoriano; derivándose de ahí la consecuente indisposición casi totalitaria de la clase trabajadora para laborar el día primero de enero que es la más apta debido a sus facultades físicas para desvelarse con mayor prolongación que el resto de la población, vino en aumento esta práctica celebrativa en virtud de que el legislador de 1931 no consideró razón poderosa este cúmulo de causas, para declararlo como día de descanso obligatorio, en contra posición con el legislador de 1970, que consideró de interés social y necesario implantar ese día como de descanso obligatorio.

Hay días de descanso legalmente obligatorios, que atienden a necesidades intrínsecamente religiosas pero extrínsecamente tiene el carácter de individualizadas; tomando en cuenta el sentido social de tales manifestaciones, el legislador consideró que debía implantarse en la Ley Laboral,-

sustrayéndola de la costumbre y del tradicionalismo para darle ese carácter de licitud; muestra de ello es el 25 de diciembre considerado obligatoriamente de descanso por las razones expresadas, hay otros días que atienden a la misma situación como es el 12 de diciembre, el cual no se encuentra regulado como día de asueto obligatorio ni en la ley de 1931, ni en la actual ley, pero que va adquiriendo una fuerza costumbrista para considerarlo así y que quizá algún día llegue a ser tomado en consideración por el legislador. De esto se hablara en el siguiente inciso.

Hay más disposiciones basadas en la costumbre, pero considero suficientes los señalados en el presente inciso, - para demostrar la afectación de la costumbre en la creación de la Ley Federal del Trabajo de 1931.

C A P I T U L O I I I

B).- AFECTACION DE LA COSTUMBRE EN LA NUEVA LEY FEDERAL
DEL TRABAJO.

Como se ha visto a través de la historia la costum
bre ha desempeñado un papel importante en la creación de nor
mas jurídicas en general; influencia que se deja ver en mate
ria laboral, debido al costumbrismo jurídico establecidos en
las relaciones obrero-patronales y que forma parte esencial-
de la idiosincracia de nuestro pueblo señalando las bases, -
que se han desarrollado en el aspecto legal de la materia que
se trata. Prueba palpable de esto lo vemos plasmado en nues
tra constitución actual expresamente en su artículo 123 que
fue resultado del movimiento social revolucionario que prin-
cipió en 1910 y culminó con los debates presentados en el -
congreso constituyente de Querétaro 1916-1917 por los legiti-
mos representantes de un pueblo que había venido sufriendo -
la total carencia de normas que garantizaran la correcta -
aplicación de una justicia social que todo pueblo digno de -
llamarse emancipado debe poseer, por que esto es el fundamen-
to que asegura la protección de los entes más débiles de - -
unos estamentos básicos de estructuras sólidas que aseguren
la paz y armonía del sistema producido por el afán liberta-
rio de los dirigentes de un movimiento genuinamente revolu-
cionario, que desencadenó en una serie de preceptos más equi-

tativos y de interpretación sin dejar lugar a la confusión o a su aplicación, como sucedió antaño con la norma jurídica fundamental que rigió en la segunda mitad del siglo pasado, siendo obsoleta en los albores de la presente centuria; este aspecto se puede apreciar por los lineamientos sentados en la carta magna de 1857 por los artículos 4 y 5 que no regulan de forma eficiente el derecho de los trabajadores, en virtud de ser sus limitaciones muy asentuadas de dichos artículos y difusos por su enerome generalidad, sin embargo son de importancia capital por el precedente como causa de antecedentes histórico- que, fijaron en el pionerismo del funcionamiento representado en la forma de instituir el campo laboral en normas de vital importancia como son los preceptos constitucionales; quizás de ahí surgió el ideal de nuestros legisladores primarios para establecer en la constitución de 1917 las leyes originarias de nuestro actual derecho laboral que a mi forma de ver, y por tener su fundamento en el artículo 123 de la presente constitución dan la seguridad plena para el establecimiento de las llamadas garantías sociales denotando su efectivismo en la seguridad social como manera de proteger a nuestro núcleo trabajador, en contra de la voracidad y desmesurada inconciencia provista de desnaturalización que raya en la inhumanidad que se percibe a ojos vistos en la configuración desempeñada por el sector patronal, el cual obtiene jugosos provechos a través de la explotación de aquellos que tienen necesidad de emplearse otorgando su fuerza productiva a cambio de una remuneración que cada vez cubre menos sus apuros económicos debido al nefasto y constante aumento del costo de la vida que provoca el juego de la oferta y la demanda utilizado maliciosamente para causar una carestía condicionada al capital que representa -

las inversiones de los económicamente poderosos teniendo a ensanchar el abismo entre unos y otros, por que los patrones cada vez cuentan con más recursos mientras que los subordinados se acercan con mayor rapidez al pauperismo.

Es así como la nueva ley Federal del Trabajo, viene a implantar sus preceptos tratando de regular todas las actividades que se desprenden de las relaciones trabajo-capital, lo que casi se logra conseguir abarcando la mayor parte de este campo, facilitando su labor al juzgador y también al interprete, y digo casi por que subsisten algunas lagunas -- que se deben resolver aplicando la costumbre jurídica laboral, con el fin de subsanar estas deficiencias. Como dato de ello se puede citar la precaria regulación que existe de las actividades que desarrollan los artesanos por tratarse de grupos no asalariados y que a mi forma de ver lo estéril de su regulación se desprende de la característica de individualización inherente de estos, en su mayor parte haciendose notar que se regulan por el capítulo 15 referente a la industria familiar que en su artículo 35 dice: "Son talleres familiares aquellos en los que exclusivamente trabajan los conyuges, sus ascendientes, descendientes, y pupilos" (*) es de hacerse notar que la mayor parte de los talleres artesanales se adecuan al enunciado de la anterior norma por estar constituidos por núcleos familiares, razón por la que los artesanos encuadran en este capítulo, y atendiendo a lo que dispone el artículo 352 nos percatamos del estado de indefensión en que estos se encuentran ya que se dispone lo siguiente: "

(*) Nueva Ley Federal del Trabajo Alberto Trueba Urbina y Jorge Trueba Barrera décima edición Pág. 148 Edit. Porrúa

no se aplican a los talleres familiares las disposiciones de esta ley, con excepción de las normas relativas a higiene y seguridad" (**) es manifiesto que la misma ley por medio de este precepto impide la aplicación de las disposiciones generales que la misma regula en cuanto a las relaciones de trabajo y por consiguiente queda al libre albedrío del representante de la industria familiar este aspecto. Situación que considero impropia por no ser justa ni equitativa además que sólo regula la higiene y seguridad sin tomar en cuenta la esencia de la problemática que se plantea, es por esto que aquí debe intervenir la costumbre en forma supletoria de la ley para que por medio de ella se logre el fin vital del derecho que es la impartición de justicia siendo el juzgador quien debe utilizarla como único medio posible de alcanzar el fin primordial de nuestra legislación constitucional. -- ¿ Que costumbre debe aplicarse ? a mi forma de ver, debe aplicarse aquella que dió origen al derecho laboral en general y particularmente la referente a la ordinaria establecida por el temperamento consecuente de la lucha clasista que ha operado entre patrón y trabajador y principalmente la que este último ha utilizado en su beneficio y protección no tomando en cuenta la situación familiar que no debe influir de manera alguna en las relaciones de trabajo, por que no debe mezclarse la subordinación y sentimientos afines de la estirpe, con situaciones tan disímolas como son las laborales, -- por que si cierto es que quien funja como jefe de familia -- por razones naturales deberá brindar protección a quienes de sí dependan, también es cierto que éstos en muchos casos por su situación cómoda abusan de su autoridad llegando al absurdo de ejercer la explotación económica de sus seres queridos

(**) idem ver bibliografía

los que al no estar reconocidos por la ley como trabajadores quedan indefensos ante el autocratismo de quien dependen familiarmente.

Otro aspecto importante es el contemplar el estado crítico de la regulación del trabajo de las mujeres que están desprovistas de protección legal en algunos casos; al respecto el artículo 164 de la ley expresa: Las mujeres disfrutan de los mismos derechos y tienen las mismas obligaciones que los hombres" esta paridad es ficta, la clave para afirmar lo anterior se encuentra instituida por el apartado A fracción II del artículo 123 Constitucional, al imponer limitaciones a los campos de acción laboral del género femenino expresamente me refiero a la prohibición establecida que reza: Fracción II, la jornada máxima de trabajo nocturno será de 7 horas. Quedan prohibidas: las labores insalubres o peligrosas para las mujeres y menores de 16 años; el trabajo nocturno industrial para unos y otros; el trabajo en los establecimientos comerciales, después de las diez de la noche para los menores de 16 años". Es palpable la equiparación que el legislador hace de las mujeres con los menores de 16 años; impidiendo a pesar de la paridad de derechos y obligaciones de las mujeres con los hombres establecida legalmente por el artículo 164 de la Ley Federal de Trabajo impidiendo el desenvolvimiento de las actividades laborales nocturnas de la mujer; esto deja entrever la divergencia de criterios entre los constituyentes de Querétaro y los legisladores que elaboraron la nueva Ley Federal del Trabajo o debemos considerar acaso que en este aspecto nuestra actual -

ley laboral no expresa en forma satisfactoria lo preceptuado en nuestra Constitución ¿o es la constitución la que para — nuestro tiempo resulta obsoleta? considero que esta fracción constitucional limitativa de labores determinadas para el género femenino es resultado de la etapa de ebullición e inseguridad física que en el tiempo de su creación tuvo lugar para proteger al llamado sexo débil pero actualmente por el desenvolvimiento de la mujer y por su oportuna intervención — progresiva en la vida económica y como consecuencia en la vida laboral de nuestro país ha formado nueva costumbre laboral haciendo ver ridículas e inoperantes las prohibiciones — antes mencionadas; costumbre, la que no debe pasar desapercibida a los ojos de los legisladores quienes tienen frente a sí una nueva realidad social.

De lo anteriormente expuesto se desprende esta — triste realidad social de nuestra Ley Laboral o sea la regulación del trabajo de los menores la que contempla únicamente el trabajo de los mayores de 14 años y menores de 16 vicio que se desprende desde la fracción tercera apartado A — del artículo 123 Constitucional, que a la letra dice: Queda prohibida la utilización del trabajo de los menores de 14 — años. Los mayores de esta edad y menores de 16 tendrán como jornada máxima la de seis horas. Esta prohibición expresa — de utilizar el trabajo de los menores de 14 años, actualmente no va de acuerdo con la costumbre hecha realidad como reflejo directo del aprovechamiento del trabajo de los que tienen dicha prohibición, ya que basta con acudir a ciertos establecimientos en su mayoría comerciales, para percatarnos —

de que esta fracción en lugar de prohibición por costumbre - es derecho positivo más no vigente.

Nuestra Ley Laboral siguiendo los lineamientos de la constitución no contempla tampoco este aspecto a pesar de las pruebas palpables que le ofrece la realidad social actual pasando desapercibido por completo estas relaciones laborales al margen de la ley que por costumbre se encuentran establecidas aunque la ley no llame a esta relación, trabajo; que propicia la explotación de los infantes de forma desconsiderada por parte de los patrones sin escrúpulos que sólo - buscan un mayor provecho valiéndose de artimañas para utilizar el trabajo de menores de 14 años a los que por no llamar la ley trabajadores no se les paga un salario justo ni obtienen las prestaciones debidas gracias a la clandestinidad que operan estos pseudo contratos de trabajo en donde el afectado es el menor trabajador, que por costumbre arraigada basada en el aprendizaje y en las paupérrimas condiciones de vida en que se haya una gran parte de nuestro pueblo, creando la condición especial para el surgimiento de estas actividades que representan un problema social de suma gravedad, por lo que es de proponerse que la costumbre acuda en ayuda de - estas masas infantiles aplicándose las bases generales del - derecho laboral tomando en consideración la situación especial de estos menores los que deben trabajar menos tiempo a cambio de una remuneración justa evitando trabajos pesados - peligrosos o insalubres así mismo los nocturnos, proponiéndose que la jornada máxima de trabajo de estos no rebase por - ningún motivo las cuatro horas diarias con descanso de dos -

días a la semana. Es necesario aclarar que no estoy proponiendo la obligatoriedad del trabajo de los menores a que me refiero, sino por contrario, la regulación justa de quienes trabajan -pero no en estas condiciones- no obstante de que - estamos conscientes de que por su escasa edad de este núcleo trabajador no debiera laborar ocupándose en otras actividades propias de su edad escuela, juegos, distracciones, y todo lo que coopera a su normal desarrollo y bien estar pero - actualmente estos menores no tienen protección social apoyada en normas jurídicas que tengan aplicación real y efectiva; no sin tomar en cuenta que para estos grupos el trabajo representa la supervivencia, con base en esta realidad social de nuestro pueblo debe reformarse la constitución y reglamentarse de forma proteccionista sin rayar en lo absurdo el trabajo de estos infantes que de sobrepasarse de lo normal ocasionaría la pérdida del trabajo de los mismos acarreado se recrudezca la realidad social y económica de este pequeño sector.

La costumbre también afecta a la ley federal de — trabajo en lo referente a los días de descanso obligatorio, — reglamentados en su artículo 74 que son:

I.- El primero de Enero.

II.- El cinco de febrero.

III.- El 21 de Marzo.

IV.- El primero de mayo.

V.- El 16 de Septiembre.

VI.- El 20 de Noviembre.

VII.- El primero de diciembre de cada seis años, cuando correspondiera a la transmisión del poder ejecutivo federal.

VIII.- El 25 de Diciembre.

Además de estos días de descanso obligatorio, por costumbre la generalidad de los trabajadores y patrones han considerado como jurídicamente obligatoria el descanso en — días no previstos por la ley como son: 12 de Diciembre, 10 de Mayo, 15 de Mayo este último para los trabajadores de la educación y otros; además que los días reglamentados como — obligatorios son producto directo de la costumbre, lo que hace ver la importancia de la influencia de esta en nuestra legislación laboral, si tomamos en cuenta que se aumentaron — como día de descanso obligatorio el primero de Enero y cinco de Febrero, por la costumbre imperante entre los integrantes de la relación laboral, de suspender las actividades, para — conmemorar fechas religiosas, patrióticas y de otras índoles en estos días; de ahí el reflejo legal provocado como se dijo por la constante repetición de usos.

El artículo 24 habla de la posibilidad de efectuar-

las relaciones laborales mediante contrato individual de trabajo mismo que se apoya en el artículo 26 en el que se describen las características que debe tener dicho contrato. Se debe considerar que por la costumbre, las relaciones laborales desde que aparecieron se habían venido desarrollando de forma individual entendiendo por esto patrón-trabajador, o en su caso trabajador-capatáz por lo que se desprende que el origen de todo contrato de trabajo fué de carácter individual, en la actualidad el contrato que tiene mayor relevancia en México es el colectivo pero el legislador no pudo pasar por alto a la costumbre y muestra de ello, es que dejó la posibilidad -que es una realidad- de la vigencia del nexo laboral unitario, implantando determinados requisitos que no son del todo obligatorios, como se desprende del texto del artículo 27 que dice Si no se hubiese determinado el servicio o servicios que deben prestarse, el trabajador quedará obligado a desempeñar el trabajo que sea compatible con sus fuerzas, aptitudes, estado o condición que sea del mismo género de los que formen el objeto de la empresa o establecimiento. Por supuesto que el anterior artículo se refiere en forma específica al contrato individual, ya sea este escrito o verbal. Una muestra fehaciente de lo anterior, la localizamos en el capítulo XIII que es el que regula los trabajadores domésticos, para lo cual la ley determina diversas condiciones generales como las establecidas en los artículos 333 y 334 que tienden a dar la pauta general tomada de la costumbre para el establecimiento de las condiciones de trabajo, es así como el primero de los artículos mencionados al hablar de los trabajadores domésticos dice en su parte relativa: deberán de disfrutar de reposos suficientes para tomar sus alimentos y de descanso durante la noche. Y continúa la

secuencia del artículo 334 que dice en su primer párrafo: - Salvo lo expresamente pactado, la retribución del doméstico-comprende, además del pago en efectivo, los alimentos y la habitación. Como ya se dijo antes, estos artículos son fiel muestra de que el legislador se basó en la costumbre laboral existente en este medio, para instituir la, como jurídicamente obligatoria al darle carácter de ley.

No obstante que la ley regula en el capítulo de -- los trabajadores domésticos los lineamientos básicos generales para apoyar un tipo de contrato individual que en forma de relaciones se han venido efectuando un tanto al margen de la ley, posando sus cimientos en el costumbrismo puro y simple y, más bien es la ley la que ha surgido a raíz de la costumbre, denotándose en forma clara ésta, como fuente de aquella.

Es importante para nuestro estudio contemplar las relaciones de trabajo que se regulan a través del contrato colectivo y sus finalidades tomando para estos fines las disposiciones asentadas en el capítulo III del título séptimo - de la propia ley.

La costumbre afecta a los contratos colectivos de trabajo en cuanto a lo establecido en las cláusulas de cada uno de estos en virtud de que aún y cuando se encuentren basado en la Ley Federal del Trabajo, -si tomamos en cuenta su

aspecto modular- en lo referente a las actividades cotidianas lo que se estatuye en éstos, emana tanto de la voluntad del patrón como de las de los trabajadores. Recordemos que una serie de usos dan nacimiento a la costumbre y ésta usada en forma repetitiva es fuente originaria de la legislación laboral; es por tanto importante tomar en cuenta las estipulaciones planteadas por obreros y patrones en la contratación colectiva ya que representa el punto de partida básico que tiene efecto en las relaciones laborales.

Por la generalidad inherente de la ley y por la complejidad variable de la misma, no es posible que regule de forma particularizada todas las actividades de las relaciones laborales las que a su vez son complejas y muy variadas asimismo debemos tomar en consideración que los preceptos legales son sólo garantía del mínimo de los derechos que deben conferirse a los trabajadores por que como se dijo - sienta las bases generales para preservar en apoyo de éstas garantías para alcanzar una seguridad económica y social justa a cambio de los servicios que presta, teniendo la oportunidad de mejorar estos derechos y aún rebasar los beneficios establecidos en el artículo 123 Constitucional utilizando esta oportunidad de superación garantizada que la ley deja en manos de los asalariados, y que para el patrón tiene carácter obligatorio; como se desprende que es el contrario colectivo de trabajo el medio de alcanzar la realización de esos derechos que por virtud de una costumbre reiterada han venido sentando precedente, logrando rebasar los principios protectores de las leyes laborales.

Es el artículo 386 el fundamento para la realización de las actividades laborales en la relación colectiva de trabajo, mismo que establece: Contrato colectivo de trabajo, es el convenio celebrado ante uno o varios sindicatos de trabajadores y uno o varios patrones, o uno o varios sindicatos de patrones, con objeto de establecer las condiciones según las cuales debe prestarse el trabajo en una o más empresas o establecimientos al dejarse amplia libertad de establecer condiciones para la prestación o desempeño de las actividades labores, la finalidad del legislador fué cubrir aquellos aspectos que la ley no podía, al manifestar que en la ley se establecen derechos mínimos y que se podían alcanzar mejores derechos quedando éstos al vacío por no tener base legal para su cumplimiento; así tenemos que una costumbre laboral que beneficiara a esta clase laborante, en un momento dado no podía hacerse válida; fué así como la institución del contrato colectivo vino a recoger y regular en forma legal estas situaciones dándole la fuerza necesaria para su cumplimiento; haciendo obligatoria la costumbre, cubriendo esta laguna legislativa con un manto benefactor y procurador de las garantías sociales al servicio de los estamentos básicos pero débiles de toda estructura social.

C A P I T U L O III

C).- CASOS EN QUE SE APLICA LA COSTUMBRE EN LA LEY FEDERAL DEL TRABAJO.

Tomando en consideración lo tratado en capítulos precedentes, como ya se dijo, nuestro sistema jurídico es rígido; no aplicándose por lo tanto la costumbre de manera expresa, aunque si bien es cierto esto, también es cierto que ningún precepto legal de la materia que nos ocupa, prohíbe su aplicación, que a mi modo de ver sí debe aplicarse; esto me impulsó para hacer un análisis doctrinario de la opinión de la jurisprudencia; no sin antes valorar a la doctrina siguiendo un orden lógico sistemático.

Algunos doctrinarios en su opinión particular aceptan la aplicación de la costumbre, otros van más adelante con sus opiniones, aceptando el hecho de su aplicación por parte los jueces, manifestando además que éstos deben de hacerlo de forma oficiosa aún y cuando no se invoque; si se tiene conocimiento de su existencia, sin tomar en consideración que su importancia es de relevancia tal que se considera a la par en la ley; mi opinión particular está de acuerdo con la opinión de estos doctrinarios, la jurisprudencia por su parte no se pronuncia en contra al establecer: "si las --

juntas de conciliación aprecian de modo global las pruebas - rendidas por las partes en vez de estudiar cada una de ellas, expresando las razones por las cuales les conceden o niegan valor probatorio, con ello violan las garantías individuales del interesado y debe concederse el amparo, a efecto de que la junta respectiva dicte nuevo laudo, en el que, después de estudiar debidamente todas y cada una de las pruebas rendidas por las partes, resuelva lo procedente" (15) de lo anterior se pone de manifiesto que: cuando alguna de las partes presente una prueba que no esté estipulada en nuestra ley la boral, el presidente de la junta respectiva deberá tomarla - en consideración manifestando al respecto y en forma individual por que le concede o niega valor probatorio; Es de vital importancia esta jurisprudencia, ya que hace posible que en un momento dado pueda ser aplicada la costumbre en nuestro derecho laboral haciéndolo dinámico y cambiante a tono - con los cambios políticos y sociales de todo pueblo con libertad y poseedor de un derecho social revolucionario que - apoye sus decisiones con sentido crítico y seguidor de los - lineamientos trazados por el constituyente de Querétaro; podemos concluir de este pequeño análisis cuestionable y vivificante que lo verdaderamente importante al presente ensayo - y lo ya manifestado con anterioridad en el mismo; que nues-

(15) Jurisprudencia.- apéndice 1917 1975
cuarta sala quinta parte pág. 182.

tra ley federal del trabajo actual no ordena la aplicación de la costumbre en sus preceptos, pero nuestros máximos juristas que dicen el derecho. De forma decididamente acertada, aceptan aunque no de manera expresa, que tenga en un momento dado aplicación en el derecho laboral Mexicano.

C A P I T U L O III

D).- CONSIDERACIONES MARGINALES

Al desarrollar el presente trabajo, he tomado en cuenta los diferentes factores de la evolución laboral, por estar conciente de la necesidad que hay de investigar en este campo de las fuentes del derecho del trabajo y de manera especial considero que debe investigarse cada vez más a fondo principalmente sobre la fuente primaria del derecho en general por revestir una importancia trascendental al ser ésta, la base sólidamente necesaria, aunque débil en la actualidad para el nacimiento de la norma jurídica y las modalidades -- que a través del tiempo se van sucediendo como resultado de una necesidad histórica impuesta por el desenvolvimiento evolutivo de la sociedad que a través de sus diferentes facetas es cambiante a la par de las actividades propias del género humano que cada vez necesita de un mayor equilibrio proporcionar de una justicia social investida de verdadera equidad; me refiero a la costumbre como origen fundamental del ordenamiento jurídico básico para regular el buen funcionamiento -- de todos los pueblos, desde su régimen político, pasando por sus estructuras económicas y culturales, hasta alcanzar la -- correcta organización de los estamentos sociales que; son la base para la integración de un país libre y soberano.

C O N C L U S I O N E S

PRIMERA.- La costumbre es una fuente formal del de recho laboral aunque existan opiniones de tratadistas como - Kelsen y sus seguidores, que se pronuncian en sentido contra rio.

SEGUNDA.- La costumbre aunque no es norma jurídica escrita, cuando toma el carácter de COSTUMBRE JURIDICA ente ndiéndose como la repetición de un uso que se llega a conside rar jurídicamente obligatorio, influye en nuestro derecho -- del trabajo.

TERCERA.- Nuestro sistema jurídico Laboral es de - carácter rígrado, por lo tanto la costumbre sólo se aplica -- cuando a falta de ley expresa la ley nos remite a ella para- la resolución de conflictos.

CUARTA.- La costumbre tiene en nuestro derecho La- boral un papel secundario y de poca relevancia, ya que su -- aplicación está condicionada al juicio de un presidente de - alguna junta; En mi opinión particular debería reformarse la Constitución para darle aplicación a ésta no sólo en materia laboral sino en todas las materias.

QUINTA.- Considero necesario que la costumbre debe ser tomada en consideración por los legisladores ya que hace su aplicación renovar el espíritu innovador y revolucionario proteccionista y reivindicador del sentido directriz del artículo 123 Constitucional.

SEXTA.- Es necesario para la correcta aplicación de la costumbre, tomar en cuenta la zona de trabajo o la rama de la industria del mismo y aún el tipo de empresa que se trata, debido a la diversificación y amplia gama de costumbres que han caracterizado al núcleo trabajador.

SEPTIMA.- Considero injusta la situación de los artesanos por la falta de regulación ordenada atendiendo a una realidad social, ya que no deben ser mezclados los órdenes tradicionalistas familiares con el sistema de amplio sentido social que entraña el artículo 123 Constitucional proponiéndose, se transforme el artículo 352 de la ley federal del Trabajo para ser aplicados los principios fundamentales de los preceptos formadores y directrices contenidos en la propia ley nacidos de una costumbre proteccionista del trabajador.

OCTAVA.- Si bien es cierto que en siglos pasados a la mujer se le consideró como sexo débil, reclusiéndola a labores caseras unicamente, sin tener ingerencia en otro tipo de labores; actualmente, el legislador no debe cerrar los ojos a la realidad costumbrista de la mujer que a base de -

tenaz entusiasmo y voluntad ferrea, ha conquistado áreas de - trabajo en todos los núcleos y órdenes sociales, económicos - y políticos; Proponiéndose en base a lo anterior se transforme la prohibición Constitucional de la fracción II del artículo 123 apartado "A" de las labores insalubres y peligrosas - así como el trabajo nocturno industrial; el trabajo en establecimientos comerciales después de las diez de la noche para la mujer, elevándose a norma constitucional el artículo - 164 de la Ley Federal del Trabajo Vigente que dice: las mujeres disfrutan de los mismos derechos y tienen las mismas - obligaciones que los hombres.

NOVENA.- Un problema social que nos aqueja sin que se haga nada por remediarlo es lo referente a las pseudo-re-laciones de trabajo en que laboran si así puede llamarse, -- los menores de 14 años, que son explotados inmisericorde por gente poseedora del capital bajo la bandera de la prohibi---ción constitucional de la utilización de los menores de esta edad; es inherente a un pueblo en desarrollo como el nuestro las necesidades propias de todo ser humano por la superviven-cia trayendo consigo la imperiosa necesidad de la lucha por-la vida de sus componentes desde temprana edad, que sin tener la necesaria constitucionalmente para laborar lo hacen - recurriendo a gente explotadora que los utiliza haciéndolos-sentir que los favorecen al emplearlos bajo sus condiciones--por cierto ventajosas, al tener una prohibición para hacer,-lo. Es menester que los legisladores tomen en cuenta que la necesidad de subsistencia no tiene edades que es imperiosa - la regulación de éste tipo de actividades de los menores de-

14 años; evitando los abusos que se cometen, protegiéndose de tal manera que no se provoque el cierre de sus fuentes de ingreso aceptando esta realidad como un efecto de soluciónarla.

DECIMA.- Siendo que nuestro derecho laboral no tiene una prohibición legal expresa para la aplicación de la costumbre, debemos aplicar ésta. Más aún esta aceveración se ve apoyada como se vió en el desarrollo del presente opusculo por la Jurisprudencia, que acepta todo tipo de pruebas a las que el juzgador debe tomar en consideración valorándolas, expresando las razones por las que les dá valor probatorio o por las que se lo niega, pudiéndose utilizar como prueba a la misma costumbre en el derecho de la materia que nos ocupa.

B I B L I O G R A F I A

A. TOVAR- M.S. RUIPEREZ

LA HUMANIDAD PREHISTORICA MONTANER Y SIMON S.A.
BARCELONA ESPAÑA

A.TOVAR- M.S. RUIPEREZ

HISTORIA DE GRECIA. MONTANER Y SIMON
BARCELONA ESPAÑA

DU PASQUIER

INTRODUCTION A LA THEORIE GENERALE ET A LA PHILOSOPHIE
DU DROIT

FRANCOIS GENY

METHODE D' INTERPRETATION
2' EME ED

EUGEN EHRLICH

FUNDAMENTAL PRINCIPLES OF THE SOCIOLOGY OF LAW TRASLATED
BY EALTER L. MOLL.- HARVARD UNIVERSITY PRESS

STAATSRICHTSLCHRE
HOUPTPROBLEME DER.
TUBINGEN

EDUARDO GARCIA MAYNES
INTRODUCCION AL ESTUDIO DEL DERECHO
EDITORIAL PORRUA S. -A.

FRANCISCO J. PENICHE BOLIO
INTRODUCCION AL ESTUDIO DEL DERECHO
EDITORIAL PORRUA

RENE DAVID
TRATADO DE DERECHO COMPARADO/EDITORIAL REVISTA DE DERECHO
PRIVADO MADRID ESPAÑA

DIARIO OFICIAL VIERNES 28 AGOSTO 1931
LEY FEDERAL DEL TRABAJO
TALLERES GRAFICOS DELA NACION

CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS
CUADRAGESIMA QUINTA EDICION
EDITORIAL PORRUA S.A.

NUEVA LEY FEDERAL DE TRABAJO
DECIMA EDICION EDITORIAL PORRUA
ALBERTO TRUEBA URBINA Y JORGE TRUEBA BARRERA

JURISPRUDENCIA
APRENDICE 1917 1975
QUINTA PARTE