

IX CONGRESO REGIONAL AMERICANO DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

INFORME NACIONAL DE VENEZUELA SOBRE EL TEMA 1: EL PAPEL DE LA JURISPRUDENCIA EN LA LUCHA CONTRA LA DISCRIMINACIÓN EN EL EMPLEO.

Autores:

Héctor Armando Jaime Martínez.¹

Daniel Armando Jaime Kellerhoff.²

Introducción

Los derechos fundamentales constituyen un temas que revisten mayor actualidad dentro del Derecho en general y, en especial, los del trabajador ha venido adquiriendo una especial relevancia en el campo del Derecho del Trabajo.

Puede afirmarse que todos los Estados modernos han considerado indispensable consagrar en sus leyes fundamentales, la protección de ciertos derechos que revisten especial significación para sus ciudadanos, tendencia esta que corre pareja con la de la existencia de constituciones escritas, así como con la de las declaraciones en materia de derechos fundamentales por parte de la comunidad internacional.

El reconocimiento y la protección de los derechos humanos, están en la base de las constituciones democráticas modernas, de allí que Bobbio afirme: *derechos humanos democracia y paz son tres elementos necesarios del mismo movimiento histórico: sin derechos humanos reconocidos y protegidos no hay democracia; sin democracia no existen las condiciones mínimas para la solución pacífica de los conflictos*³.

Así, en la medida en la que los regímenes democráticos se afiancen y profundicen, en la misma medida se avanzará en el reconocimiento y eficacia de los derechos fundamentales. A ello habría que agregar el desarrollo del control de la constitucionalidad por parte de las cortes o tribunales constitucionales.

¹ Profesor de Derecho del Trabajo en la Universidad Católica del Táchira. Profesor de Postgrado en Derecho del Trabajo de Varias Universidades del País. Presidente de la Asociación Venezolana de Profesores Universitarios de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Miembro del Grupo Bologna- Castilla la Mancha. Asesor externo de la OIT:

² Abogado miembro del escritorio LittlerEmployment& Labor LawSolutionsWorldwideMiembro del Grupo Bologna- Castilla La Mancha.

³Norberto Bobbio: *El Tiempo...*, op. cit., p. 14.

El Principio de Igualdad y la prohibición de no discriminación consagrado en todas las convenciones y declaraciones internacionales en materia de derechos fundamentales se proyecta con especial intensidad en las relaciones de trabajo. Originalmente fue concebido como la garantía de la abolición de privilegios pero, a partir de la Enmienda XIV de la Constitución de los Estados Unidos se lo ve como una igualdad ante la ley, es decir, como un mandato al legislador para que no establezca diferencias o preferencias arbitrarias al momento de delimitar el ámbito de aplicación de la norma, lo que trae como consecuencia la prohibición de establecer discriminaciones.

De acuerdo con el criterio de Álvarez de la Rosa y Palomeque López, la igualdad se manifiesta en varias vertientes: igualdad frente a los poderes públicos que conlleva no solo una igualdad ante la ley sino, sobre todo, en la aplicación de la Ley: y, por otra parte, igualdad en el contrato de trabajo.

La Igualdad ante la ley consiste en el derecho de los sujetos de las relaciones de trabajo a obtener de la norma jurídica (...) un trato igual, en el sentido de que a 'supuestos de hecho iguales deben ser aplicables unas consecuencias jurídicas que sean iguales también'

En Venezuela la Constitución, en garantía del principio de igualdad, prohíbe toda discriminación fundada en razones de raza, sexo, credo o condición social. Esta disposición ya estaba contemplada en la Constitución de 1961, pero en 1999 se incorpora también que es un acto discriminatorio aquel que procure el menoscabo de condiciones de igualdad, de derechos o de libertades personales, atendiendo a la doctrina de la Corte Suprema de Justicia que sostuvo que existe discriminación, "*...cuando situaciones similares o análogas se deciden, sin aparente justificación, de manera distinta o contrario*" (SC-TSJ 1197/17.10.2000, Luis Alberto Peña vs. Ley de Seguridad Social de la fuerzas Armadas Nacionales).

La no discriminación fue en un principio concebida como un derecho desprovisto de autonomía propia, sino como consecuencia de la igualdad y así era concebido como aquella desigualdad en el trato que se basa en razones concretas que resultan especialmente odiosas por suponer la negación del principio de igualdad entre los hombres.

La actual noción de no discriminación la considera un derecho autónomo fundamentado en la dignidad de la persona humana y que hace que la discriminación adquiera un carácter humillante para las personas y de exclusión social. De allí que más que

la búsqueda de evitar desigualdades de lo que se trata es de brindar iguales oportunidades a todos.

La Constitución también contempla una prohibición a todo tipo de discriminación en el trabajo por razones política, edad, raza, sexo o credo o por cualquier otra condición (Artículo 89, Constitución de la República Bolivariana de Venezuela). Sin embargo, en el ámbito laboral, el derecho a la igualdad ante la ley no sólo está garantizado por la obligación de no hacer que se le impone al patrono frente al trabajador para proteger a aquél de todo acto discriminatorio, sino que expresa, según PALOMEQUE y ÁLVAREZ DE LA ROSA, *el derecho de los sujetos de las relaciones de trabajo a obtener de la norma jurídica (...) un trato igual, en el sentido de que a «supuestos de hecho iguales deben ser aplicables unas consecuencias jurídicas que sean iguales también»*⁴. Además, este derecho fundamental configura una prohibición expresa al legislador de contemplar en la norma supuestos de hecho que otorgue tratos distintos a personas que se encuentran en la misma situación.

La discriminación en el trabajo puede revestir diversas formas o manifestaciones:

- a. Discriminación en el acceso al empleo: consiste en medidas que impiden el acceso al empleo a cierto tipo de personas por razón de sexo, raza, condición social, religión, ideas políticas o cualquier otra circunstancia que sea tomada en consideración para restringirle el acceso al empleo.
- b. Discriminación en la ocupación: consiste en relegar a cierto tipo de trabajadores (sobre todo por razón de sexo o de raza) a la ejecución de trabajos de menor categoría, o establecerle condiciones de trabajo, diferentes o más difíciles..
- c. Discriminación en el salario: La regla a trabajo igual, igual salario, consagrada en las modernas constituciones y en las leyes de trabajo latinoamericanas, está destinada a garantizar la igualdad del salario e impedir se establezcan diferencias en la remuneración del trabajado realizado en condiciones iguales

Frente al principio formal de igualdad ante la ley, la Constitución procura garantizar la igualdad material y es así como la prohibición de discriminación en el trabajo no descarta la posibilidad de adoptar, mediante ley, *medidas positivas a favor de personas o grupos que puedan ser discriminados, marginados o vulnerables*, como regula el artículo 21.2 de la Constitución venezolana las llamadas discriminaciones positivas. Es así como la Ley

⁴ Manuel Carlos Palomeque L., y Manuel Álvarez de la Rosa, *Derecho del Trabajo*, 15º edición. Editorial Universitaria Ramón Areces, 2007, Madrid, p. 113

venezolana toma medidas destinadas a proteger la maternidad, la paternidad o la familia, o a cierto tipo de trabajadores en razón de la edad (adolescentes y adultos mayores) o por estar afectado por una discapacidad.

De inmediato los autores de este informe darán respuesta a las interrogantes planteadas en el cuestionario enviado por los organizadores del Congreso.

Cuestionario

1. ¿Contiene la enunciación de fuentes del ordenamiento jurídico de su país la jurisprudencia como una fuente formal del Derecho? De ser así, ¿cuál es el rango jurídico de las disposiciones que así lo contemplan?

Respuesta:

Desde la ley Orgánica del Trabajo de 1990 en la enunciación que se hacía de las fuentes del Derecho del Trabajo, se incluía a la Jurisprudencia a la par que la doctrina como una de las fuentes que consagraban los principios; el texto es como sigue:

Artículo 60. *Además de las disposiciones constitucionales y legales de carácter imperativo, para la resolución de un caso determinado se aplicarán, en el orden indicado:*

a) La convención colectiva de trabajo o el laudo arbitral, si fuere el caso;

b) El contrato de trabajo;

c) Los principios que inspiran la Legislación del Trabajo, tales como los contenidos explícita o implícitamente en declaraciones constitucionales o en los Convenios y Recomendaciones adoptados en el seno de la Organización Internacional del Trabajo y en la jurisprudencia y doctrina nacionales;

d) La costumbre y el uso, en cuanto no contraríen las disposiciones legales ni los principios a que se refiere el literal anterior;

e) Los principios universalmente admitidos por el Derecho del Trabajo;

f) Las normas y principios generales del Derecho; y

g) La equidad.

Como se desprende de lo anterior la jurisprudencia se la consideraba como una fuente en la medida en la que aplicaba los principios del Derecho del Trabajo y contribuía a precisar la existencia, contenido y extensión de los mismos. No obstante, desde antes se le ha venido concediendo especial importancia a la Jurisprudencia.

En agosto de 2002 se promulgó la Ley Orgánica Procesal del Trabajo cuyo artículo 177 estableció lo siguiente:

Artículo 177. Los Jueces de instancia deberán acoger la doctrina de casación establecida en casos análogos, para defender la integridad de la legislación y la uniformidad de la jurisprudencia

De allí se desprende que la Ley le otorgó una máxima fuerza vinculante a la jurisprudencia emanada de la Sala de casación Social del Tribunal Supremo de Justicia.

La disposición legal que se comenta por efecto de la sentencia de la Sala Constitucional N° 1.380, de 29 de octubre de 2009 (caso: José Martín Medina López), declaró la inconstitucionalidad del artículo 177 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, lo cual condujo a su desaplicación por control difuso. Cabe advertir que la Sala Constitucional en Venezuela, por razones de distinta índole, entre ellas políticas, se ha convertido en una *supersala* que ha llegado a revisar sentencias de la Sala Plena, lo que no resulta lógico.

El texto de la sentencia es del tenor siguiente:

En este orden de ideas, es de destacar que a la casación, como institución procesal, se le han atribuido objetivos fundamentales, entre los que destacan: 1) la denominada función "nomofiláctica" o de protección de la ley y 2) la función uniformadora de la jurisprudencia. Funciones que de ningún modo pueden confundirse ni asimilarse a la función de interpretación de la Constitución que tiene atribuida esta Sala, a su potestad exclusiva y excluyente de revisión de sentencias definitivamente firmes (artículo 336.10 constitucional) y, en particular, al carácter vinculante de las decisiones de esta Sala Constitucional sobre normas y principios constitucionales (artículo 335 eiusdem).

Se ha señalado que a través de la mencionada función "nomofiláctica" se tiene por fin que el juez de casación -en nuestro caso las Salas de Casación Civil, Penal o Social- anule las sentencias que conforme a su criterio contienen infracciones legales, no sólo por la injusticia que envuelven, sino porque reflejan la contumacia del juez de instancia frente a la ley que le crea un imperativo concreto e inexcusable. En lo que respecta a la función uniformadora de la jurisprudencia se ha sostenido que la misma está encomendada a las Cortes de Casación (en nuestro caso Salas integrantes de este Máximo Tribunal) para defender, no solamente la igualdad de todos los ciudadanos ante la ley, sino también la unidad del derecho objetivo nacional, que quedaría amenazada y destruida por la superposición, sobre la ley nominalmente única, de numerosas interpretaciones judiciales contemporáneas, ya de suyo perjudiciales, pero más temibles todavía como fuentes de perturbación de la jurisprudencia futura, en la cual toda omisión

errónea puede dar origen, por la fuerza de ejemplo y, podría decirse de “contagio”, que implica toda máxima, a corrientes de pensamiento jurídico aberrantes, por lo que se atribuye a los órganos de casación la misión de eliminar la pluralidad de corrientes y “direcciones” jurisprudenciales por su jerarquía judicial y como órgano unificador y regulador (véase, Sarmiento Núñez, ob. cit., pp. 35-40).

Ahora bien, respecto a la última de las funciones comentadas -de uniformidad de la jurisprudencia- surgen dos objeciones fundamentales, primero, que esa unidad jurisprudencial a que se aspira por medio de la casación podría ser ilusoria, pues si funcionan varias Salas de Casación -como es el caso- cada una de ellas podrá adoptar interpretaciones opuestas, con lo cual no se logra la finalidad buscada; y segundo, que esta llamada uniformidad de interpretación en el tiempo no es necesaria, pues el derecho, que debe adaptarse a las necesidades sociales del momento, se volvería inerte, pues el progreso jurídico se logra a base de la evolución en la interpretación sana de las leyes (véase Sarmiento Núñez, ob. cit. pp. 45-46).

Aunado a lo anterior debe recordarse que por disposición Constitucional, concretamente el artículo 335, si bien este “Tribunal Supremo de Justicia garantizará la supremacía y efectividad de las normas y principios constitucionales; será el máximo y último intérprete de la Constitución y velará por su uniforme interpretación y aplicación”; la únicas interpretaciones que tienen carácter vinculante u obligatorio para todos los tribunales de la República, así como las demás Salas, es esta Sala Constitucional, toda vez que dicho precepto constitucional expresamente dispone que: “Las interpretaciones que establezca la Sala Constitucional sobre el contenido o alcance de las normas y principios constitucionales son vinculantes para las otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia y demás tribunales de la República”.

Por tanto, el artículo 177 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo es contrario a lo dispuesto en el artículo 335 de la Carta Magna al pretender obligar o vincular a los jueces de instancia a que sigan la doctrina de casación, siendo que las únicas decisiones que tienen tal carácter vinculante son las dictadas por esta Sala en interpretación de las normas y principios contenidos en la Constitución y en resguardo de la seguridad jurídica y del principio de confianza legítima. Así se declara.

En consecuencia, esta Sala Constitucional, en uso de la potestad prevista en el artículo 334 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, **desaplica por control difuso el artículo 177 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, teniendo el presente fallo carácter vinculante para todos los tribunales de**

la República, incluso para las demás Salas de este Tribunal Supremo de Justicia. Así se decide.

No obstante lo anterior, en la práctica, los tribunales de trabajo no se apartan de la doctrina uniforme de la Sala de Casación Social.

El 30 de abril de 2012 el Presidente de la República, en abierta violación de la Constitución⁵, promulgó, mediante Decreto, una nueva Ley de Trabajo: La Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras (en lo sucesivo LOTT), en la enumeración de las fuentes del Derecho del Trabajo ella contempla, se refiere a “la jurisprudencia en materia laboral”. A diferencia de la Ley de 1990, la LOTT no dispone que la enumeración obedezca a un orden de jerarquía o de aplicación de las fuentes de derecho, lo cual plantea dos problemas: a). sobre la aplicación de las normas y principios vigentes en conflicto; y b) sobre el rango jerárquico de las fuentes de la LOTT.

Aplicación de normas y principios en conflicto

En cuanto a la aplicación del ordenamiento jurídico laboral, los problemas que aparejan los conflictos de normas son resueltos por la jurisprudencia con base en el principio protector, a través de la regla operativa conocida como *lexfavorabilis*, esto es que en caso de conflicto entre dos o más normas aplicables el operador del derecho optará por la que más favorezca al hiposuficiente económico, al trabajador. El referido principio está positivizado en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, en el Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo y, como fuente de derecho del trabajo, en la LOTT.

Rango jerárquico de la LOTT

Sobre la jerarquía de las normas es necesario tomar en cuenta los principios constitucionales del ordenamiento jurídico para poder explicar el rango que ostenta la LOTT, la cual da el carácter de fuente de derecho a la jurisprudencia. El principio que aquí nos interesa es el de la supremacía material de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, que contempla en su artículo 7 lo siguiente:

⁵ Las leyes orgánicas, de acuerdo con el artículo 203 deben ser aprobadas por las dos terceras partes de los diputados de la Asamblea nacional, lo que conlleva que sólo pueden ser modificadas por otra Ley que tenga carácter orgánico.

“La Constitución es la norma suprema y el fundamento del ordenamiento jurídico. Todas las personas y los órganos que ejercen el Poder Público están sujetos a esta Constitución.”

En consecuencia cualquier norma jurídica, decisión judicial u acto jurídico (resoluciones o actos singulares) o material que inobserve los principios, derechos y garantías que la Constitución consagra, son nulos y carentes de cualquier validez o eficacia jurídica. Tal ha sido la intención del Constituyente cuando dispone en la Exposición de Motivos de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela:

“...los principios de supremacía y fuerza normativa de la Constitución, según los cuales ella es la norma de mayor jerarquía y alcanza su vigencia a través de esa fuerza normativa o su capacidad de operar en la vida histórica de forma determinante o reguladora.”⁶

La Constitución goza además de supremacía formal, ya que sólo ella contempla las formas que pueden adoptar las normas jurídicas y los procedimientos para la creación de aquéllas. Así encontramos que la Constitución contempla la figura de leyes, leyes orgánicas, leyes habilitantes y reglamentos, como instrumentos normativos para regular la operatividad de los principios, derechos y garantías constitucionales. La potestad legislativa está atribuida a nivel nacional a la Asamblea Nacional, mientras que la potestad reglamentaria está atribuida al Presidente de la República. La Asamblea Nacional tiene entonces la potestad de sancionar:

- (i). leyes ordinarias, que la Constitución sólo define formalmente como un acto sancionado por aquél órgano como cuerpo legislador (Artículo 202, CRBV);
- (ii). leyes habilitantes, que definen las materias, directrices y el plazo de ejercicio de la potestad legislativa delegada al Presidente de la República; y
- (iii). leyes orgánicas que se encuentran en un rango jerárquico superior al de las anteriores ya que son dictadas para (i) organizar los poderes públicos; (ii) desarrollar derechos fundamentales; o (iii) sirven de marco normativo a otras leyes.

Por otro lado, un reglamento no puede contravenir lo dispuesto en una ley, al menos no esencialmente, puesto que el numeral 10° del artículo 236 de la Constitución de la

⁶Publicada en Gaceta Oficial N° 5.453 Extraordinario de fecha 24 de marzo de 2000.

República Bolivariana de Venezuela contempla la potestad del Presidente de la República de:

Reglamentar total o parcialmente las leyes, sin alterar su espíritu, propósito y razón.

Por tanto, el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras⁷ participa de la categoría de una *ley orgánica*, cuyo carácter ha sido confirmado por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia⁸. En consecuencia, la LOTTT, y por ende sus disposiciones – entra las que se encuentra aquella que consideran que la jurisprudencia es fuente de derecho-, tiene un rango jerárquico mayor que las leyes ordinarias por muy especializadas que estas sean y que los reglamentos ejecutivos, pero bajo ningún supuesto puede contrariar la disposiciones de la Constitución.

2. ¿Cuál es la fuerza vinculante de la jurisprudencia en su país respecto de otras resoluciones?

Respuesta:

En Venezuela la jurisprudencia, en principio, no es fuente formal directa del Derecho. Aun cuando la LOTTT y la ley precedente contemplan que la jurisprudencia laboral es fuente de derecho, la Constitución sólo otorga una eficacia como fuente directa del Derecho a las interpretaciones vinculantes sentadas por la Sala Constitucional.

Sin embargo, la jurisprudencia ha tenido un fuerte valor científico para los legisladores, jueces, doctrinarios y abogados para la creación y aplicación del Derecho . Su valor científico ha sido recalado por la antigua Corte Federal y de Casación de la República (hoy día el Tribunal Supremo de Justicia) en la siguiente sentencia:

⁷ Es necesario precisar que el presente Decreto-Ley fue sancionado por el Presidente de la República con base en la “Ley que autoriza al Presidente de la República para dictar Decretos con Rango, Valor y Fuerza de Ley en las materias que se delegan” (Ley habilitante) publicada en Gaceta Oficial N° 6.009 Extraordinario, de fecha 17 de diciembre de 2010.

⁸ En sentencia N° 562, de fecha 4 de mayo de 2012, la Sala Constitucional declaró que el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras “...no sólo es calificada como [orgánica] por el propio constituyente, según se depende del contenido de la Disposición Transitoria Cuarta, numeral 3 [de la CRBV], (...) Sino que además en su contenido, se regula el derecho al trabajo, consagrado en distintos segmentos de nuestra Constitución como un derecho humano fundamental, pero además como un proceso fundamental para alcanzar los fines del Estado.” No obstante la decisión de la Sala Constitucional, el referido decreto no siguió el procedimiento establecido en la Constitución para la creación de Leyes orgánicas.

Está en la sentencia o esencia misma del Derecho objetivo que el 'deber ser jurídico' sea idéntico a sí mismo cuando idénticos sean los supuestos de hecho que condicionan la aplicación y observancia de los preceptos legales que lo integran (...). Se consigue así un resultado constante de gran significación para la vida y realización del Derecho, que es lo que constituye la esencia de la jurisprudencia. Pero ni ésta, ni mucho menos los precedentes judiciales aislados tienen en nuestro sistema positivo la fuerza suficiente para elevarse a la categoría de fuente formal directa del Derecho Objetivo. El precedente judicial y aun la jurisprudencia misma no tienen, en el Derecho venezolano, sino autoridad puramente científica. A lo más, sólo podría atribuírseles la fuerza de una presunción correcta de la norma jurídica por aplicar. De allí que los jueces puedan y deban dar en sus decisiones una interpretación de la ley distinta y aun contraria de aquélla recibida y tradicional, por más firme que sea, cuando del estudio detenido del caso y de la norma aparezca que esa interpretación no corresponde a su verdadero espíritu y a su sana inteligencia. El valor práctico de seguridad que entrañan los precedentes judiciales y la jurisprudencia, cede entonces su puesto y se quebranta ante el más elevado y digno de observancia, que consiste en que las decisiones judiciales correspondan a la convicción que de la voluntad de la ley tengan los jueces para el momento de pronunciar fallos propios.

En lo que respecta al valor de la jurisprudencia que aplica los principios del Derecho del Trabajo, como se dijo supra el artículo 177 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo contempla la fuerza vinculante de la doctrina laboral de la Sala de Casación Social. Aunque esta disposición fue celosamente desaplicada a través del control difuso por la Sala Constitucional, en la práctica los tribunales de instancia y la propia Sala de Casación Social continúa aplicando los precedentes judiciales en materia laboral a los fines de garantizar la uniformidad jurisprudencial.

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela estableció en su artículo 335 que las interpretaciones de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, como máximo y último intérprete de la Constitución:

...sobre el contenido o alcance de las normas y principios constitucionales son vinculantes para las otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia y demás tribunales de la República.(Subrayado nuestro)

Las interpretaciones que la Sala Constitucional, a diferencia de la jurisprudencia laboral, se transforman entonces en doctrina de obligatorio cumplimiento para todos los

jueces de la República, incluyendo para quienes conforman las demás Salas del Tribunal Supremo de Justicia.

Por tanto es posible considerar que los criterios reiterados sobre interpretaciones hechas por la Sala Constitucional en materia del derecho-deber al trabajo, tanto en su dimensión individual como colectiva, es la única aceptada, jurídicamente con fuerza vinculante para los jueces del trabajo y la Sala de Casación Social. Como se dijo en la pregunta anterior la Sala Constitucional desaplicó el artículo 177 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo (LOPTRA) que le daba carácter vinculante a la doctrina de la Sala de Casación Social, sin embargo los tribunales de trabajo continúan acatando sus decisiones.

3. ¿Existen medios para dar publicidad a la jurisprudencia? De existir ¿Cuáles son estos y cuál es el nivel de acceso de esta jurisprudencia a la población?

Respuesta:

El Tribunal Supremo de Justicia cuenta con una página web: www.tsj.gov.ve, la cual publica las decisiones no sólo de las salas del TSJ sino también de todos los tribunales del país. Es de fácil acceso y contiene las decisiones de las salas desde el año 2000 y las de los tribunales desde el año 2008. Antes se publicaban impresas en la llamada Gaceta Forense, que no se encontraba al alcance de la mayoría de las personas.

Asimismo, los criterios que la Sala Constitucional declare con fuerza vinculante son publicados en la Gaceta Oficial que también se encuentra disponible en la página web del Tribunal Supremo de Justicia.

4. ¿Existe en su país algún mecanismo de unificación de la jurisprudencia?

Respuesta:

Además de la disposición constitucional que otorga el carácter vinculante de las interpretaciones de la Sala Constitucional, el Código de Procedimiento Civil, aplicable por analogía al procedimiento laboral por mandato del artículo 11 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, contempla la obligación de todos los jueces de mantener la uniformidad jurisprudencial:

Artículo 321.- Los Jueces de instancia procurarán acoger la doctrina de casación establecida en casos análogos, para defender la integridad de la legislación y la uniformidad de la jurisprudencia.

Asimismo, la Ley Orgánica Procesal del Trabajo dispone del mecanismo de control de la legalidad en virtud del cual la Sala de Casación Social podrá conocer y revisar, a solicitud de parte, las sentencias de instancia que no sean recurribles en casación pero que contraríen la doctrina laboral de aquella.

El efecto del control de la legalidad, cuya admisibilidad es potestad discrecional de la Sala de Casación Social, es la nulidad del fallo que violentó la doctrina laboral y la reposición de la causa o el pronunciamiento de aquella sobre el fondo de la causa.

5. ¿Se ha dado en su país algún factor jurídico o de otra índole que haya potenciado el papel de la jurisprudencia en el campo laboral?

Respuesta:

La Constitución potenció el valor de los criterios de la Sala Constitucional al otorgarles fuerza vinculante, cuando las sentencias proferidas por dicha Sala interpretan el texto constitucional.

La compilación de la jurisprudencia que desde varios años realiza la editorial Ramirez&Garay ha facilitado su manejo. De igual forma se resalta la importancia de la página web del Tribunal Supremo de Justicia que ha facilitado la disposición de los criterios jurisprudenciales más importantes a través de descriptores y de un buscador.

Adicionalmente, el comentado artículo 177 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo enalteció la función de la jurisprudencia en materia laboral al otorgarle carácter vinculante, lo cual en la práctica se mantiene aun cuando se haya desaplicado el mencionado artículo por parte de la Sala Constitucional. El mecanismo de control de la legalidad, mencionado supra, cumple la función de garantizar, aunque en la actualidad se denoten continuos cambios de criterios en materia laboral, el valor que la ley adjetiva laboral le otorgó a la jurisprudencia y la obligación de los jueces de instancia del trabajo de seguir la doctrina laboral de la Sala de Casación Social.

Los anteriores instrumentos han elevado el valor científico que para los doctrinarios tiene la jurisprudencia en el campo laboral, así como el papel que para los litigantes tiene a

los fines de convencer a los Jueces de mantener el criterio que más se adapte a los intereses de su representado.

También es necesario volver a mencionar la fuerza vinculante que la Constitución otorgó a las interpretaciones de la Sala Constitucional, que en el campo del Derecho del Trabajo importa en la medida en que la Sala Constitucional resuelva sobre interpretaciones del derecho-deber al trabajo, consagrado como derecho fundamental en nuestra Carta Magna.

6. ¿Cuáles instrumentos de derecho humanitario internacional, en relación con el principio de no discriminación en el empleo, se utilizan con más frecuencia en los tribunales de su país y cuál es la fuerza vinculante de tales instrumentos?

Respuesta:

El artículo 23 de la Constitución le otorga a los tratados y convenios, ratificados por Venezuela, en materia de derechos humanos rango constitucional y su aplicación prioritaria cuando contienen disposiciones más favorables que las normas de derecho interno (principio *pro homine*). Con base en ello cabe afirmar que las disposiciones contenidas en los convenios y tratados son de aplicación directa por ser considerados derecho interno, al ser ratificados por Venezuela.

No obstante la mayoría de los tribunales aplican escasamente estas normas internacionales y prefieren fundamentar sus decisiones en las normas nacionales, constitucionales y legales que contemplan la prohibición a la discriminación y a las interpretaciones que con base en aquellas ha hecho la Sala Constitucional y la Sala de Casación Social.

Es así que la Sala Constitucional ha definido lo que debe entenderse por discriminación y ha establecido, con base en el principio de igualdad ante la ley y de prohibición de discriminación, los requisitos para considerar cuando una conducta permitida por la ley y que comporta un aparente trato desigual, no es una conducta discriminatoria. El criterio explicado está contenido en la sentencia N° 1197, de fecha 17 de octubre de 2000 (caso: *LUIS ALBERTO PEÑA*), que arguye lo siguiente:

“(...) De conformidad con lo anterior, y con fundamento en la doctrina dominante en esta materia, observa esta Sala que el derecho subjetivo a la igualdad y a la no discriminación, es entendido como la obligación de los Poderes Públicos de tratar de igual forma a

quienes se encuentren en análogas o similares situaciones de hecho, es decir, que este derecho supone, en principio, que todos los ciudadanos gocen del derecho a ser tratados por la ley de forma igualitaria, y se prohíbe por tanto, la discriminación.

Ahora bien, no todo trato desigual es discriminatorio, sólo lo será el que no esté basado en causas objetivas y razonables, pero el Legislador puede introducir diferencias de trato cuando no sean arbitrarias, esto es, cuando estén justificadas por la situación real de los individuos o grupos, es por ello, que el derecho a la igualdad sólo se viola cuando se trata desigualmente a los iguales, en consecuencia, lo constitucionalmente prohibido es el trato desigual frente a situaciones idénticas.

Como conclusión de lo antes expuesto, esta Sala considera necesario señalar, que la cláusula de igualdad ante la ley, no prohíbe que se le confiera un trato desigual a un ciudadano o grupo de ciudadanos, siempre y cuando se den las siguientes condiciones: a) que los ciudadanos o colectivos se encuentren real y efectivamente en distintas situaciones de hecho; b) que el trato desigual persiga una finalidad específica; c) que la finalidad buscada sea razonable, es decir, que la misma sea admisible desde la perspectiva de los derechos y principios constitucionales; y d) que la relación sea proporcionada, es decir, que la consecuencia jurídica que constituye el trato desigual no guarde una absoluta desproporción con las circunstancias de hecho y la finalidad que la justifica. Si concurren las condiciones antes señaladas, el trato desigual será admisible y por ello constitutivo de una diferenciación constitucionalmente legítima.”

De igual forma la Sala de Casación Social ha adoptado la opinión transcrita de la Sala Constitucional en sentencia N° 15, en fecha 1° de febrero de 2006 (caso: *WILFREDO ALEXIS NOGUERA GONZÁLEZ vs. CANTV*) y adicionalmente estableció las siguientes consideraciones sobre la discriminación:

“Ahora bien, el derecho a la igualdad y a la no discriminación se encuentra establecido en el artículo 21 de la Constitución de 1999, el cual establece:

Todas las personas son iguales ante la ley; en consecuencia:

1. No se permitirán discriminaciones fundadas en la raza, el sexo, el credo, la condición social o aquellas que, en general, tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio en condiciones de igualdad, de los derechos y libertades de toda persona.

2. La ley garantizará condiciones jurídicas y administrativas para que la igualdad ante la ley sea real y efectiva; adoptará medidas positivas a favor de personas o grupos que puedan ser discriminados, marginados o vulnerables; protegerá especialmente a

aquellas personas que por algunas de las razones antes especificadas, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.

3. Sólo se dará el trato oficial de ciudadano o ciudadana, salvo las fórmulas diplomáticas.

4. No se reconocen títulos nobiliarios ni distinciones hereditarias.

Asimismo, en cuanto a la discriminación, el artículo 26 de la Ley Orgánica del Trabajo establece:

Se prohíbe toda discriminación de trabajo basada en edad, sexo, raza, estado civil, credo religioso, filiación política o condición social (...).

Cabe señalar, en cuanto a la violación del derecho a la igualdad, que la reiterada jurisprudencia de la Sala Político Administrativa de la antigua Corte Suprema de Justicia, sentó lo expuesto a continuación: 'la discriminación existe, también, cuando situaciones similares o análogas se deciden, sin aparente justificación, de manera distinta o contraria. En efecto el derecho fundamental a la igualdad y no discriminación entre particulares consagrado en el artículo 61 de la Constitución, abarca no sólo los supuestos por él señalados sino todas aquellas situaciones donde sin algún motivo o razón se resuelvan contrariamente planteamientos iguales, y así se declara'. (Casos: Vidal Blanco de fecha 21 de julio de 1994 y Eliseo Sarmiento de fecha 13 de abril de 1999)."

7. ¿Ha ratificado su país los Convenios 100 y 111 de la Organización Internacional del Trabajo? La jurisprudencia de los tribunales de su país ¿aplica estos convenios? Aparte de los dos convenios anteriores, ¿Qué otros convenios de OIT o convenciones de la ONU ha ratificado su país en temas tales como protección de trabajadores migrantes, protección de la población indígena, protección de los derechos de la mujer, o protección de cualquier otra minoría?

Respuesta:

Venezuela ha ratificado los Convenios 100 (Convenio sobre igualdad de remuneración, 1951) y 111 (Convenio sobre la discriminación: empleo y ocupación, 1958), en fechas 10 agosto 1982 y 03 junio 197, respectivamente.

Asimismo, ha ratificado los siguientes Convenios relativos al trabajo de minorías o personas con desventajas sociales o económicas:

1. Trabajo de los migrantes:

- C097 – Convenio sobre los trabajadores migrantes (revisado), 1949 (Ratificado en fecha 09 junio 1983, en vigor).
 - C143 – Convenio sobre los trabajadores migrantes (disposiciones complementarias), 1975 (Ratificado en fecha 17 agosto 1983, en vigor).
2. Trabajo de los pueblos indígenas:
- C169 – Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (Ratificado en fecha 22 mayo 2002, en vigor).
3. Trabajo de las mujeres:
- C003 – Convenio sobre la protección de la maternidad, 1919 (Ratificado en fecha 20 noviembre 1944, en vigor).
 - C004 – Convenio sobre el trabajo nocturno (mujeres), 1919 (Ratificado en fecha 07 marzo 1933, denunciado en fecha 20 noviembre 1944).
 - C045 – Convenio sobre el trabajo subterráneo (mujeres), 1935 (Ratificado en fecha 20 noviembre 1944, en vigor).
 - C103 – Convenio sobre la protección de la maternidad (revisado), 1952 (Ratificado en fecha 10 agosto 1982. Denunciado en fecha 28 octubre 1985).
4. Igualdad de trato:
- C019 – Convenio sobre la igualdad de trato (accidentes del trabajo), 1925 (Ratificado en fecha 20 noviembre 1944, en vigor).
 - C118 – Convenio sobre la igualdad de trato (seguridad social), 1962 (Ratificado en fecha 05 noviembre 1982, en vigor). Nota OIT: “Ha aceptado las ramas a)-g)”.
5. Trabajo de los menores:
- C006 – Convenio sobre el trabajo nocturno de los menores (industria), 1919 (Ratificado en fecha 07 marzo 1933, en vigor).
 - C182 – Convenio sobre las peores formas de trabajo infantil, 1999 (Ratificado en fecha 26 octubre 2005, en vigor).

Además, Venezuela ha ratificado otros tratados internacionales que contemplan derechos laborales específicos e inespecíficos como son:

1. Convención Americana sobre derechos humanos (Pacto de San José).

2. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

La Asamblea General de la ONU aprobó el 18 de octubre de 1990, la Convención Internacional sobre la protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares, la cual no ha sido ratificada por Venezuela.

8. ¿Existe regulación específica a nivel constitucional, en su país, para regular el principio de no discriminación en el acceso al empleo, durante el empleo y en relación con la terminación del empleo?

Respuesta:

El artículo 21 de la Constitución contempla el principio de igualdad ante la ley y la prohibición de los tratos discriminatorios. De igual forma el artículo 89 de la norma fundamental venezolana establece que el Estado tiene el deber de proteger el trabajo como hecho social y para garantizarlo prohíbe todo tipo de discriminación. El mencionado artículo es del tenor siguiente:

Artículo 89. *El trabajo es un hecho social y gozará de la protección del Estado. La ley dispondrá lo necesario para mejorar las condiciones materiales, morales e intelectuales de los trabajadores y trabajadoras. Para el cumplimiento de esta obligación del Estado se establecen los siguientes principios:*

...Omissis...

5. Se prohíbe todo tipo de discriminación por razones de política, edad, raza, sexo o credo o por cualquier otra condición.

9. ¿Existe la práctica de contemplar en los convenios colectivos de su país la regulación y solución de medidas discriminatorias en el empleo? Si la respuesta fuera positiva, ¿cuáles son las regulaciones más frecuentes?

Respuesta:

En las convenciones colectivas de trabajo la discriminación no es un tema que constituya normalmente parte del contenido de su contenido. La única referencia tiene que ver con la garantía de la igualdad de salario, sobre todo, en los casos de suplencias con el fin de garantizarle a los trabajadores que suplan las ausencias temporales una remuneración igual a la del trabajador sustituido.

10. Dejando por fuera la discriminación por raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social ¿Existe algún otro tipo de discriminación debidamente tipificada o contemplada por la jurisprudencia de su país, que no se haya mencionado en los apartados anteriores?

Respuesta:

En principio no hay otro criterio discriminador diferente a los señalados en la pregunta. La Jurisprudencia no se refiere tampoco a otro. Si existen criterios diferentes de juzgamiento de acuerdo al tipo de patrono del que se trata. En ocasiones, los jueces utilizan criterios diferentes para dirimir controversias cuando se trata de un patrono del sector público o cuando se trata de un patrono del sector privado. Usualmente se favorece al sector público. Este trato diferente es mucho más acentuado en la administración del trabajo.

Con ocasión de la nacionalización de empresas, se han observado casos de discriminación que la Sala Constitucional ha fustigado con ocasión del trato diferenciado, desproporcional e irracional que las empresas estatales han implementado entre funcionarios públicos y trabajadores jubilados de la empresa privada.

11. ¿Cuáles son los grupos o sectores más afectados por la discriminación en el campo laboral en su país? ¿Qué medidas discriminatorias son las que atienden los tribunales con más frecuencia, en relación con el empleo?

Respuesta:

Los sectores más afectados son las mujeres, los pueblos indígenas y, sobre todo, por razones de opinión política, los sectores opositores al gobierno. Esta última causa de discriminación no es reconocida oficialmente y su prueba resulta en extremo difícil. Como lo determina un informe de la ONG Internacional *Human RightsWacht* de 2008, durante el gobierno de Hugo Chávez se ha venido practicando sistemáticamente la discriminación política. Un caso especial lo constituye la llamada *Lista Tascón*. Entre los años 2002 y 2003 la oposición venezolana organizó un referéndum revocatorio contra el Presidente, para ello fue necesario recoger varias veces, firmas de un número elevado de electores. En enero de 2004, Chávez le escribió al entonces presidente del CNE, para informarle que había autorizado a su jefe de campaña, el diputado Luis Tascón, a obtener copias de las planillas

con más de tres millones de firmas de quienes respaldaron ante el CNE la petición del referendo revocatorio. Supuestamente las copias se utilizarían para demostrar la falsedad de un gran número de firmas pero fueron utilizadas para crear una lista negra que provocó numerosas destituciones y sobre todo, una gran discriminación tanto en el acceso al empleo, como a ciertos servicios, como la obtención de pasaportes, etc. Si bien el gobierno no ha sido condenado por tal discriminación, ante la dificultad de obtener pruebas idóneas y suficientes para demostrar tal violación al derecho a la no discriminación ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la misma ha sido comprobada por diferentes ONG.

A través de las redes sociales y de los distintos tipos de navegadores de la red tales como Google, etc., es posible acceder y consultar la Lista Tascón, o la Lista Maisanta. El propio Presidente Chávez reconoció la existencia de la lista pero dijo que no se había utilizado para discriminar.

12. ¿Cuáles considera usted son los retos a los que se enfrenta su país en la tutela de la no discriminación en materia laboral? ¿Qué situaciones quedan por fuera de la actual regulación?

Respuesta:

El mayor reto que tiene el país es el de superar la discriminación política. El país lamentablemente ha sido víctima de una siembra sistemática de odio y de resentimiento que ha logrado dividir al país entre afectos al régimen y opositores a éste. A éstos últimos se los discrimina en el acceso al empleo y hasta a ciertos servicios públicos.

13. ¿Qué tratamiento ha dado la legislación interna de su país a la carga de la prueba en temas de discriminación en las relaciones de trabajo?

Respuesta:

En cuanto al régimen probatorio por actos de discriminación, el Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo impone la carga al trabajador de aportar “elementos de juicio”, esto es fundamentos y medios de pruebas, de los cuales se pueda deducir la discriminación por parte del empleador; mientras que a éste le corresponde, en caso de quedar comprobada la

discriminación, la carga de probar "...la justificación objetiva y razonable de las medidas adoptadas y su proporcionalidad".

Ello se puede ilustrar con la opinión de HERNÁNDEZ ÁLVAREZ quien sostiene que cuando se configure una presunta discriminación, verbigracia, por inobservancia del principio de igualdad de salario, esto es cuando un trabajador reciba un salario inferior a otro que preste un servicio en las mismas condiciones, aquél tendrá la potestad de reclamar en juicio la nivelación salarial, correspondiéndole "...demostrar la igualdad del trabajo y la diferencia del salario". Asimismo, señala el referido autor que cuando el empleador argumente que la regulación salarial diferenciada está fundamentada en circunstancias permitidas por la ley, aquel tendrá la carga de probar tales circunstancias, esto es que se deben a causas objetivas, racionales y proporcionales con las condiciones en las que se presta el servicio.:

14. ¿Existe en el ordenamiento jurídico de su país alguna vía procesal especial, distinta de la ordinaria, para el conocimiento por parte de tribunales administrativos o judiciales de los reclamos y denuncias por violación al principio de no discriminación? ¿Qué mecanismos se han implantado para la denuncia por parte de los afectados?

Respuesta:

En Venezuela la Constitución ha establecido diferentes medios jurisdiccionales para la protección de los derechos fundamentales entre los cuales destacan: La acción popular de inconstitucionalidad; el recurso de interpretación de las normas y principios constitucionales; el recurso contencioso-administrativo de nulidad, y La acción de amparo constitucional.

La Acción de Amparo fue introducida en nuestro ordenamiento jurídico por la Constitución de 1.961. Dicho recurso consiste en una acción excepcional y especial para la tutela de los Derechos Fundamentales: la acción de amparo. La Constitución actual de 1.999 en su artículo 27 mantiene dicha acción cuando dispone:

Toda persona tiene derecho a ser amparada por los tribunales en el goce y ejercicio de los derechos y garantías constitucionales, aún de aquellos inherentes a la persona que no figuren expresamente en esta Constitución o en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos.

El procedimiento de la acción de amparo constitucional será oral, público, breve, gratuito y no sujeto a formalidad y la autoridad judicial

competente tendrá potestad para restablecer inmediatamente la situación jurídica infringida o la situación que más se asemeje a ella. Todo tiempo será hábil y el tribunal lo tramitará con preferencia a cualquier otro asunto.

La acción de amparo a la libertad o seguridad podrá ser interpuesta por cualquier persona, y el detenido o detenida será puesto bajo la custodia del tribunal de manera inmediata, sin dilación alguna.

El ejercicio de este derecho no puede ser afectado, en modo alguno, por la declaración del estado de excepción o de la restricción de garantías constitucionales.

El ejercicio de la acción de amparo se encuentra desarrollado en la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales promulgada el 22 de enero de 1.988, durante la vigencia de la Constitución anterior.

A decir de Carlos Ayala Corao, *el amparo constitucional se configura en Venezuela como el mecanismo judicial específico, para obtener el restablecimiento inmediato de las situaciones jurídicas infringidas, frente a las violaciones en el goce y ejercicio de los derechos y garantías que la Constitución establece*⁹.

La acción de amparo tiene carácter autónomo, extraordinario y especial, aun cuando la propia Ley admite que el lesionado pueda acudir a los medios judiciales ordinarios para lograr el restablecimiento de su derecho o garantía constitucional violada. Sin embargo, se exige que la violación o amenaza del derecho o garantía constitucional sea directa, manifiesta y flagrante.

El procedimiento previsto en la Ley es sencillo, rápido y flexible, sin embargo, a raíz de la sentencia No. 07 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 1 de febrero del 2.000, se abrevió aún más, pues se facultó al Juez ante quien se propuso la acción para decidir en la misma audiencia en la que tiene lugar el debate oral o a diferir la sentencia por un lapso no mayor de 48 horas.

Además de la protección jurisdiccional en el plano nacional, se ha utilizado la acción ante organismos internacionales como son la Comisión Interamericana de los Derechos del Hombre (prevista en el llamado Pacto de San José) y ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos la cual tiene su sede en San José de Costa Rica.

La propia Constitución, en su artículo 31, contempla el acceso de cualquier persona a esta justicia internacional:

⁹ Carlos Ayala Corao: *La acción de Amparo Constitucional en Venezuela*. En *Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas. 1996, p.13.

Toda persona tiene derecho, en los términos establecidos por los tratados, pactos y convenciones sobre derechos humanos ratificados por la República, a dirigir peticiones o quejas ante los órganos internacionales creados para tales fines, con el objeto de solicitar el amparo a sus derechos humanos.

Pese a la anterior disposición constitucional, la jurisprudencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, ha mantenido un criterio que no se compece con el texto constitucional. Así, en sentencia N° 386 del 17 de mayo de 2000, desconoció la naturaleza jurídica de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, cuando calificó las medidas cautelares acordadas por dicho organismo como una *crasa intromisión en las funciones de los órganos jurisdiccionales del país*. En Sentencia No. 1.939 del 18 de diciembre de 2008, declaro: *inejecutable el fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de fecha 5 de agosto de 2008, por cuanto la ejecución de dicha sentencia, afectaría principios y valores esenciales del orden constitucional de la República Bolivariana de Venezuela*¹⁰

Ahora bien, en lo que corresponde a la acción de amparo de derechos fundamentales, la jurisdicción se encuentra atribuida a cualquier tribunal que tenga asignada, dentro de su competencia ordinaria, la materia relacionada con el derecho fundamental que se pretende amparar o tutelar. El tribunal que conozca de una acción de amparo actúa entonces como tribunal constitucional.

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia es garante de la constitucionalidad de las leyes y demás actos del poder público y sus decisiones en este sentido tienen efecto vinculante. Además esta Sala conoce en apelación de las decisiones que en materia de amparo dicten los Tribunales Superiores.

Por lo que respecta al contrato de trabajo el artículo 8 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras expresamente señala que los derechos consagrados por la Constitución en materia laboral, podrán ser objeto de la acción de amparo, conforme a la Ley Orgánica de Amparo. De igual manera el Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo contempla en su artículo 14 el uso de la acción de amparo en caso de que el trabajador sea víctima de discriminación en el empleo por un acto de su patrono y el 124 lo prevé especialmente para los casos en los que una mujer sea víctima de un acto discriminatorio por razón de su embarazo.

¹⁰ El Texto de las sentencias pueden consultarse en la página del Tribunal Supremo de Justicia: www.tsj.gov.ve/decisiones

En cuanto a la eficacia horizontal e los derechos fundamentales, ésta se encuentra reconocida en dos disposiciones legales: la primera de ellas, el artículo 2 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales el cual establece la procedencia de la acción de amparo *contra el hecho, acto u omisión originados por ciudadanos, personas jurídicas u organizaciones privadas que hayan violado, violen o amenacen violar cualquiera de las garantías o derechos amparados por esta ley*: La otra disposición es la contenida en el artículo 8 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y Las trabajadoras que dispone que los derechos consagrados en la Constitución en materia laboral, podrán ser objeto de la acción de amparo.

La Jurisprudencia ha establecido que la acción de amparo en materia de trabajo no procede para resolver cuestiones contractuales dirigidas a crear situaciones jurídicas nuevas o modificar las existentes, ni tampoco para debatir la esencia o naturaleza de la obligación cuyo cumplimiento se solicite, pero sí es procedente contra cualquier violación o amenaza de una norma legal cuando esta desarrolle un dispositivo fundamental. De igual manera se ha sostenido que la acción de amparo laboral no es exclusiva de los trabajadores sino que puede ser intentada por los empleadores.

15. ¿Contempla el ordenamiento jurídico de su país formas de discriminación positiva que se manifiesten en el acceso al empleo, durante el empleo y con ocasión de su terminación? ¿Ha creado la jurisprudencia en su país alguna forma de discriminación positiva que no esté en la legislación?

Respuesta:

Sí, la legislación venezolana contempla situaciones de discriminación positiva. Así el propio artículo 20 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, establece:

No se considerarán discriminatorias las disposiciones especiales dictadas para proteger la maternidad, paternidad y la familia, ni las tendentes a la protección de los niños, niñas, adolescentes, personas adultas mayores y personas con discapacidad.

En cuanto al acceso al empleo, la Ley para las Personas con Discapacidad del 2006, establece en su artículo 28 que las empresas están obligadas a emplear a personas con discapacidad en una proporción no menor a un 5% de su nómina total.

El Artículo 14 del Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo establece otros supuestos de discriminación positiva en materia de remuneración:

No se considerará violatorio del principio de no discriminación arbitraria, el reconocimiento a los trabajadores de preferencias o privilegios fundamentados en criterios de relevancia cónsonos con el ordenamiento jurídico y de carácter general en el ámbito de la empresa, tales como cargas familiares, antigüedad al servicio del patrono, capacitación profesional, productividad, asiduidad, economía de materias primas, afiliación sindical y otros de naturaleza análoga.

Por lo que respecta a los criterios jurisprudenciales la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia No. 190 del 28 de febrero de 2008, se refiere a esta discriminación positiva en los siguientes términos: *protección o mejora que implica una distinción de una situación jurídica frente a otras a la que no son iguales, que fue la opción que eligió el Constituyente, sin que ello constituya, per se, una discriminación de las que proscribe el artículo 21 constitucional...*

Por otra parte, resalta la sentencia N° 15 de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia del 1 de febrero de 2006, cuando a propósito de un programa establecido por una empresa que preveía condiciones económicas diferentes para distintas categorías de trabajadores, estableció lo siguiente:

no constata la Sala que en el presente caso haya existido por parte de la empresa demandada un trato desigual o discriminatorio en contra del demandante, pues, como ya se indicó, existían varias categorías de cargos en el Plan Único Especial, y dependiendo de su ubicación se estableció proporcionalmente la bonificación a ser recibida por los interesados en acogerse a dicho Plan propuesto por la empresa, quién con el ánimo de cumplir las metas previamente trazadas, ofreció liberal y voluntariamente a sus trabajadores dichos beneficios económicos y laborales contenidos en el Plan Único Especial, siendo que como se indicó, el demandante libre y voluntariamente se acogió al plan propuesto al cumplir con determinados requisitos establecidos para ello y de esa manera dar por finalizada la relación laboral, que lo vinculó con la empresa C.A.N.T.V.

16. Si la respuesta a alguna de las preguntas anteriores fuera afirmativa, ¿cuál ha sido la suerte en la vida práctica de esa discriminación positiva? ¿Se aplica tal como es enunciada normativamente?

Respuesta:

En la práctica las discriminaciones positivas se dan como una manera de establecer diferencias en cuanto a la remuneración por la vía de primas de productividad, de asiduidad, de antigüedad, de cargas familiares, etc.

17. ¿Qué tipo de sanciones se establecen en su país contra la discriminación en el acceso al empleo, durante el empleo y con ocasión de la terminación del empleo?

Respuesta:

El artículo 21 de la LOTTT prohíbe cualquier tipo de discriminación y además de considerar írritos los actos discriminatorios, prevé que se establecerán penas a los infractores. De igual manera los artículos 164 y 165, respectivamente, consideran al acoso u hostigamiento laboral y al acoso sexual como una forma de discriminación y de igual manera prevén sanciones a los infractores. A tal respecto el artículo 528 ejusdem, contempla sanciones sólo para los casos de Acoso laboral o acoso sexual:

***Artículo 528.** El patrono o patrona que incurra en acoso laboral o acoso sexual se le impondrá una multa no menor del equivalente de treinta unidades tributarias, ni mayor del equivalente a sesenta unidades tributarias, sin perjuicio de las acciones civiles y penales a que tenga derecho el trabajador o trabajadora.*

18. ¿Existe algún proyecto de reforma legal para el establecimiento de procedimientos especiales que brinden mayor protección frente a la discriminación en el empleo o para tipificar nuevas formas de discriminación en ese campo?

Respuesta:

No existe proyecto alguno en ese sentido.

19. ¿Ha sido el Estado de su país condenado alguna vez por la Corte Interamericana de Derechos Humanos por violaciones al principio de no

discriminación? Si fuera así ¿podría usted hacer un breve resumen del caso e indicar si hubo un debido cumplimiento de lo ordenado por la sentencia de la Corte?

Respuesta:

Como lo determina un informe de la ONG Internacional Human RightsWacht de 2008, durante el gobierno de Hugo Chávez se ha venido practicando sistemáticamente la discriminación política. Un caso especial lo constituye la llamada Lista Tascón. Entre los años 2002 y 2003 la oposición venezolana organizó un referéndum revocatorio contra el Presidente, para ello fue necesario recoger varias veces, firmas de un número elevado de electores. En enero de 2004, Chávez le escribió al entonces presidente del CNE, para informarle que había autorizado a su jefe de campaña, el diputado Luis Tascón, a obtener copias de las planillas con más de tres millones de firmas de quienes respaldaron ante el CNE la petición del referendo revocatorio. Supuestamente las copias se utilizarían para demostrar la falsedad de un gran número de firmas pero fueron utilizadas para crear una lista negra que provocó numerosas destituciones y sobre todo, una gran discriminación tanto en el acceso al empleo, como a ciertos servicios, como la obtención de pasaportes, etc. Si bien el gobierno no ha sido condenado por tal discriminación, ante la dificultad de obtener pruebas idóneas y suficientes para demostrar tal violación al derecho a la no discriminación ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la misma ha sido comprobada por diferentes ONG.

En cuanto al acatamiento por parte del gobierno venezolano de las decisiones de la Corte Interamericana el caso más notorio es el del siguiente caso, que si bien no condenó al Estado Venezolano por discriminación, sino por otros motivos, demuestra claramente el claro irrespeto por las decisiones de dicho organismo internacional.

El 29 de noviembre de 2006 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos presentó una demanda contra el Estado Venezolano por ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos relacionada con la destitución de los ex-jueces de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo Ana María RuggeriCova, Perkins Rocha Contreras y Juan Carlos Apitz Barbera el 30 de octubre de 2003. La causa alegada para la destitución fue la de haber incurrido en un error judicial inexcusable al conceder un amparo cautelar que suspendió los efectos de un acto administrativo que había negado el registro de una compraventa, no obstante, la Comisión consideró que existían suficientes indicios para

presumir que la destitución se había producido por ciertas decisiones tomadas por los jueces destituidos que no agradaron al Presidente de la República y a altos funcionarios del gobierno como lo declararon públicamente. Además de haber incurrido en una desviación de poder y una violación a la garantía del debido proceso, las víctimas alegaron ser objeto de una discriminación ya que su destitución obedeció a razones estrictamente políticas al no haber sido complacientes con los propósitos del gobierno. La Corte dictó sentencia el 5 de agosto de 2008, en la que declaró con lugar dicha demanda y condenó al Estado Venezolano.

El 18 de diciembre de 2008, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia declaró *inejecutable* la sentencia de la Corte Interamericana en una clara demostración de la tendencia de interpretación restrictiva de las normas de derechos humanos y de las decisiones de los órganos internacionales e interamericanos de protección, dejando sin efecto el derecho al amparo internacional o interamericano. Para ello se superponen los derechos de la Nación por encima de los de las personas, tal como se desprende del párrafo que se cita a continuación:

La soberanía nacional no puede sufrir distensión alguna por mandato del artículo 1 constitucional, que establece como derechos irrenunciables de la Nación: la independencia, la libertad, la soberanía, la integridad territorial, la inmunidad y la autodeterminación nacional. Dichos derechos constitucionales son irrenunciables, no están sujetos a ser relajados, excepto que la propia Carta Fundamental lo señale...en principio, la ejecución de los fallos de los Tribunales Supranacionales no pueden menoscabar la soberanía del país, ni los derechos fundamentales de la República

El argumento anterior ratifica lo sostenido por la misma Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en su decisión N° 1942 del 15 de julio de 2003, que la misma sentencia cita:

A juicio de la Sala, dos elementos claves se desprenden del artículo 23: 1) Se trata de derechos humanos aplicables a las personas naturales; 2) Se refiere a normas que establezcan derechos, no a fallos o dictámenes de instituciones, resoluciones de organismos, etc., prescritos en los Tratados, sino sólo a normas creativas de derechos humanos. (...)

´Repite la Sala, que se trata de una prevalencia de las normas que conforman los Tratados, Pactos y Convenios (términos que son sinónimos) relativos a derechos humanos, pero no de los informes u opiniones de organismos internacionales, que pretendan interpretar

el alcance de las normas de los instrumentos internacionales, ya que el artículo 23 constitucional es claro: la jerarquía constitucional de los Tratados, Pactos y Convenios se refiere a sus normas, las cuales, al integrarse a la Constitución vigente, el único capaz de interpretarlas, con miras al Derecho Venezolano, es el juez constitucional, conforme al artículo 335 de la vigente Constitución, en especial, al intérprete nato de la Constitución de 1999, y, que es la Sala Constitucional, y así se declara. (...)

Cabe señalar que en julio de 2004 el Gobierno anunció su decisión de retirarse del Sistema Interamericano de Derechos Humanos y por ende de denunciar la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969.

Héctor Armando Jaime Martínez.

Daniel Armando Jaime Kellerhoff.