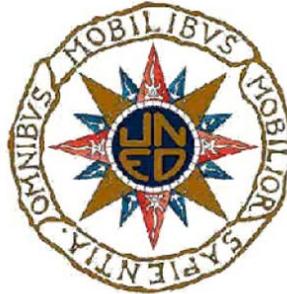


**UNIVERSIDAD NACIONAL DE ESTUDIOS A DISTANCIA
FACULTAD DE DERECHO**

DEPARTAMENTO DE DERECHO POLÍTICO



TESIS DOCTORAL

**LOS DERECHOS LABORALES EN EL CONSTITUCIONALISMO
VENEZOLANO; SU RELACIÓN CON LOS DEMÁS DERECHOS
FUNDAMENTALES**

Leonor Antonio Aular Viamonte
Licenciado en Derecho

2013

**UNIVERSIDAD NACIONAL DE ESTUDIOS A DISTANCIA
FACULTAD DE DERECHO**

DEPARTAMENTO DE DERECHO POLÍTICO

TESIS DOCTORAL

**LOS DERECHOS LABORALES EN EL CONSTITUCIONALISMO
VENEZOLANO; SU RELACIÓN CON LOS DEMÁS DERECHOS
FUNDAMENTALES**

Leonor Antonio Aular Viamonte
Licenciado en Derecho

Director:

CAYETANO NÚÑEZ RIVERO

Co-Director:

JUAN JACOBO NÚÑEZ MARTÍNEZ

MADRID, 2013

DEDICATORIA

Debo dedicar la tesis “Los Derechos Laborales en el Constitucionalismo Venezolano; su Relación con los Demás Derechos Fundamentales” a todos los trabajadores que con su esfuerzo han hecho posible que este país Venezuela se mantenga unido, y para siempre reine la paz y la convivencia y donde el Estado de Derecho, sea la base fundamental donde descansa la garantía y la igualdad Constitucional para todas la generaciones actuales y por venir.

De lo más recóndito de la conciencia del hombre surgen distintos poderes y sentimientos encontrados, los cuales son el sentimiento del amor, que se traduce en el sentimiento del bien y también el sentimiento del miedo, que no es más que el odio, la ira, la cólera y el resentimiento egoísta etc. En tal sentido el trabajo humano que realiza el hombre, consiste en lograr que ambos sentimientos o antivalores se viabilicen y se unifiquen para hacer posible la vida por el camino de la dignidad, para fortalecer la esencia de su ser que es el bien común.

La razón imprescindible de tal unificación es captar conscientemente, que la vida es muy fugaz y por tanto se debe vivir en paz, justicia, armonía y equidad; principios fundamentales que vivifican la vida en grupo y con la concurrencia a una vida óptima y en dignidad.

Examinar nuestra actividad diaria, mide los pasos en el sendero de la vida; el único método para transitarlo en paz es el amor y cuando tengamos dudas consultemos a nuestro pensamiento y nuestro corazón y ellos nos aconsejarán los pasos más convenientes; ya que para nuestras espiritualidades son nuestro oxígeno...

En tal sentido, es necesario recordar el diálogo de Don Quijote con Sancho: *“La libertad, Sancho, es uno de los más preciosos dones que a los hombres dieron los cielos; con ella no pueden igualarse los tesoros que encierra la tierra y el mar encubre; por la libertad, así como por la honra, se puede y debe aventurar la vida; y, por el contrario, el cautiverio es el mayor mal que puede venir a los hombre. (Don Quijote, parte segunda, Capítulo LVIII).*

Los Derechos fundamentales constituyen los instrumentos legales para dilucidar las diferencias que pudieran presentarse entre trabajadores y

empleadores en la relación de trabajo, esta relación por lógica consecuencia produce incomodidad, angustia, presión, ansiedad, incertidumbre, con el agravante de que entre las partes, en la generalidad de los casos, queda interrumpida todo tipo de comunicación que es la vía necesaria para superar las controversias. En tal sentido, los Derechos Fundamentales proveen a las partes juicios de razonamientos para conciliar acuerdos con o sin la intermediación del Juez; encontrar las vías más simples para la solución definitiva de conflictos, restableciendo las buenas relaciones de trabajo y catalizando la paz y la creatividad laboral.

Una sabia experiencia narrada por Víctor Hugo en “Los Miserables” (Francia, 1802-1885), se encuentran varios pasajes sobre los juicios en general, entre lo profano y lo divino, lo bueno y lo malo del sistema. Este caso, ilustrativo con reflexiones de unificación de la justicia con los derechos fundamentales purifica la dignidad del trabajador, puesto que narra en uno de esos pasajes la historia de un obispo indulgente ante las desigualdades que genera la pobreza, la falta de instrucción del pueblo y la suerte de los sometidos a juicio, y aunque lo hace en forma fabulada, parece una historia cotidiana y real:

“Un día oyó relatar una causa célebre que se estaba instruyendo. Un infeliz, por amor a una mujer y al hijo que de ella tenía, y falto de todo recurso, había acuñado moneda falsa: En aquella época se castigaba este delito con pena de muerte. La mujer había sido presa al poner en circulación la primera moneda falsa, pero no había pruebas contra ella. Negó; siguió la causa: al fiscal le ocurrió la idea de suponer una infidelidad del amante; y consiguió persuadir a aquella desgraciada de que aquel hombre la engañaba. Exasperada por los celos, lo confesó todo. Aquel hombre estaba perdido. Todo el mundo se extasiaba ante la habilidad del representante del ministerio público. Se iba a ser justicia, gracias al sentimiento de venganza. El obispo, cuando concluyó la relación pregunto:

_¿Dónde se juzgará a ese hombre y a esa mujer?

_En el tribunal de asisias.

Y replicó:

_¿Y donde juzgaran el fiscal?.

En razón de la antítesis, planteada, por las adversidades de la vida en trabajo, el ámbito creador del trabajo, la antinomia entre los textos constitucionales y la vida política social real, se hace necesario aferrarse a la justicia a través del abanico de principios y derechos fundamentales que brindan las constituciones al débil jurídico. De todas maneras, y en virtud de tales derechos, es necesario aferrarse a la justicia tanto en la tierra como en el cielo; en tal sentido, quien también estaba consciente de la fugacidad de la vida, fue la Madre Teresa de Calcuta quien expresó la siguiente máxima en su sitio de trabajo: *“Voy a pasar por esta vida una sola vez. Cualquier cosa buena que yo pueda hacer o alguna amabilidad que pueda hacer a algún humano, debo hacerla ahora, porque no pasaré de nuevo por aquí”*

En el mismo sentido, para restituir la armonía entre los contendientes, expresa MISNAH ABAT, en Refranes del Talmut:

“Si yo no soy para mí mismo, ¿Quién será para mí?

Si yo soy para mí solamente,

¿Quién soy yo?

Y si no ahora, ¿Cuándo?

AGRADECIMIENTOS

“Cuando digo algo a alguien, reúno implícitamente los siguientes “requisitos de validez” que lo que digo es inteligible; que su contenido proposicional es verdadero; que estoy justificado cuando lo digo y que hablo sinceramente sin intención de engañar”

J. HABERMAS

A mi creador “Dios”, que me ha dado tanto, en la supremacía que me dirige por el camino justo. La tesis es por él y para él,

A mi esposa Márgara Josefina y a mis hijos Antonio y Leonardo, quienes me apoyaron en todo momento con sus conocimientos de informática y siempre pendientes de mi salud,

En la memoria de mis padres, que entregaron su vida al trabajo y honestamente lograron seguir adelante. Hoy su ejemplo está más vivo que nunca,

Quiero expresar mis agradecimientos especiales al Profesor Dr. Cayetano Núñez Rivero, quien me sugirió el título para la redacción de esta tesis, y quien ya en repetidas ocasiones me ha honrado con su apoyo y confianza. Gracias,

Debo también, expresar mis agradecimientos y felicitar al Profesor Dr. Juan Manuel Goig Martínez, por su apoyo académico irrestricto en todo momento,

En especial al Filosofo Dr. Jesús Guerra, esta tesis no habría nacido sin su alentador apoyo, su revisión, sus cariñosas observaciones y su sólido apoyo profesional en todo momento.

ÍNDICE

CAPÍTULO I: Introducción	1
CAPÍTULO II: Los Derechos Fundamentales: Origen, Teoría, Doctrina y Jurisprudencia	21
a) Origen y Evolución de los Derechos Fundamentales.....	21
a.1 Documentos precursores de los Derechos Fundamentales.....	22
a.2 Derechos fundamentales de segunda y tercera generación.....	31
a.3 Internacionalización y universalización.....	38
b) Fundamentación Filosófica de los Derechos Fundamentales.....	42
b.1 Iusnaturalismo.....	44
b.2 Iuspositivismo.....	62
b.3 Teoría Crítica.....	77
b.4 Teorías Vitalistas y Tridimensionales.....	98
c) Teoría Jurídica General de los Derechos Fundamentales.....	108
d) Jurisprudencia internacional de los Derechos Fundamentales.....	118
CAPÍTULO III: Elementos Conceptuales de los Derechos Fundamentales	125
a) Definición y análisis de los Derechos Fundamentales.....	125
b) Características.....	136
c) Relevancia y consecuencias de su aplicación.....	139
d) Protección de los Derechos Fundamentales.....	147
e) Delimitación, Limitaciones y Restricciones.....	154
f) Condiciones para la limitación o restricción.....	166

CAPÍTULO IV: Los Derechos Laborales **184**

a) El Trabajo como Derecho Fundamental.....	184
b) Principios Fundamentales de los Derechos Laborales.....	191
b.1 Principio Protector.....	195
b.2 Principio de Irrenunciabilidad.....	197
b.3 Principio de Primacía de la Realidad o de los Hechos.....	200
b.4 Principio de Continuidad Laboral.....	202
b.5 Principio de Razonabilidad.....	204
b.6 Principio de Buena Fe.....	205
b.7 Principio de No Discriminación Arbitraria en el Empleo.....	206
b.8 Principio de Gratuidad.....	208
c) Los Derechos de la Persona del Trabajador.....	210
c.1 No Discriminación.....	215
c.2 Libertad Ideológica y Religiosa.....	226
c.3 Derecho a la Intimidad.....	229
c.4 Libertad de Expresión e Información.....	234
d) Derechos Fundamentales en el Trabajo.....	236
d.1 Libertad de Asociación, Libertad Sindical y Derecho a la Negociación Colectiva.....	237
d.2 Eliminación de todas las Formas de Trabajo Forzoso.....	239
d.3 Abolición Efectiva del Trabajo Forzoso.....	240
d.4 Eliminación de la discriminación en materia de empleo.....	241

CAPÍTULO V: Derechos Fundamentales Laborales **243**

a) Origen y evolución histórica de los Derechos Fundamentales laborales en Venezuela.....	243
a.1 Rasgos del surgimiento del Derecho del Trabajo en Venezuela..	243
a.2 La Constitucionalización de los Derechos Laborales.....	266

b) Basamento Legal-Doctrinario de los Derechos Fundamentales en el Trabajo en Venezuela.....	281
b.1 Normas Internacionales en Materia Laboral.....	283
b.2 Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.....	304
b.3 Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras...	317
c) Las convenciones colectivas y los Derechos Fundamentales en el Trabajo.....	325
d) Jurisprudencia relativa a los Derechos Fundamentales en el Trabajo en Venezuela.....	327
 CAPÍTULO VI: Observancia de los Derechos Fundamentales Laborales en Venezuela	 333
a) Observancia de los derechos de la persona en el trabajo.....	333
b) Observancia de los derechos en el trabajo.....	339
c) Negociación Colectiva.....	352
d) Consecuencias de la no observancia de los Derechos Fundamentales en el ámbito laboral.....	358
 Conclusiones.....	 367
 Bibliografía.....	 401

CAPÍTULO I INTRODUCCIÓN

Uno de los planteamientos que se hace en la actualidad, indica que los derechos del tiempo presente, los que las personas reclaman ante la sociedad y los poderes, son los derechos fundamentales; aquellos que se perciben, se entienden y actúan como fundamento de todo un orden jurídico-político plasmado en textos y cartas constitucionales y en declaraciones o pactos internacionales¹.

En atención a lo referido, los Derechos Fundamentales vienen a representar la esencia fundamental de todo lo que representa el ordenamiento legal y político en el ámbito de cada país, formando parte primordial de las constituciones y llegando a establecerse como una de las expresiones más acabadas del Estado de Derecho.

Igualmente, se debe destacar que los Derechos Fundamentales cumplen una función de elevada importancia en el constitucionalismo contemporáneo, puesto que las normas que comprenden a tales derechos, junto con las que consagran la forma de Estado y el sistema económico, son básicas para establecer el modelo constitucional de sociedad².

En este sentido, los derechos fundamentales deben ser concebidos y categorizados no sólo en atención a los aspectos declarativos y de principios que se encuentran presentes en ellos, sino más que todo por la práctica

¹ VALDES DAL RE, "Persona del trabajador, Constitución, Principio de Igualdad" en *Revista de Trabajo, Año IX, N° 13*. Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo. Lima. 2005, pág. 9.

² MARÍN BOSCAN, Francisco. "Consideraciones sobre los derechos fundamentales en el trabajo y su implicación en Venezuela" en *Revista Gaceta Laboral Vol. 14 N° 3*. [Revista en línea]. Disponible en: <http://revistas.luz.edu.ve/index.php/gl/article/viewFile/1218/1185>. 2008 [Consulta: 17-11-2012], pág. 370.

permanente de los mismos en los diferentes ámbitos de la sociedad del mundo de hoy y por la responsabilidad que tienen los Estados por garantizar que esa práctica forme parte de la dinámica social y política que se suscita en cada nación.

El carácter esencial de los derechos fundamentales en el marco de las constituciones modernas y en el contexto de la realidad del mundo actual indica la importancia y vigencia que éstos tienen y la necesidad de garantizar su protección y cumplimiento efectivo, en atención a las grandes dificultades sociales, económicas y políticas, generadas principalmente por crisis en los valores humanos³.

En ese marco se destacan los derechos laborales en el mundo actual, los cuales se encuentran consagrados en los tratados de derechos fundamentales que se han realizado en el ámbito internacional. A ese respecto, instrumentos como la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José ratificado en 1977 y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ratificado en 1978, entre otros, así lo avalan.

A ese respecto, se puede afirmar que los derechos laborales se encuentran integrados a los derechos fundamentales, en virtud de la importancia que tiene el trabajo como actividad humana y como medio económico y social, a través de los cuales las personas pueden proveerse de los elementos materiales necesarios para la atención de sus necesidades de manutención y supervivencia y la de sus grupos familiares, conllevando al bienestar social y a la realización del ser humano.

³ MARÍN BOSCAN, Francisco. *Derechos fundamentales y derecho del trabajo*. Universidad del Zulia. Maracaibo. 2005, p. 1.

En ese sentido, los derechos laborales, como derechos fundamentales, deben ser objeto de protección, defensa y cumplimiento efectivo, a través de prácticas concretas donde el Estado, con base a lo establecido en el texto constitucional y las leyes correspondientes, garantice la ejecución efectiva y permanente de dichas prácticas como expresiones concretas de una estructura política basada en el Derecho y una sociedad democrática y de respeto a los valores de la persona como individuo y como ciudadano.

Este señalamiento se ajusta a una situación actual, donde se afirma la presencia de un franco retroceso que experimentan los derechos laborales en todo el planeta, en virtud de señales que hoy se perciben en muchos países, que sugieren un retorno a las prácticas antilaborales que caracterizaron el siglo XIX⁴.

Lo expuesto anteriormente y las demandas correspondientes tienen una mayor pertinencia y prioridad en el contexto de la realidad que se suscita en los momentos actuales de la realidad latinoamericana y venezolana, donde se generan permanente situaciones en las cuales se hacen presentes vulneraciones y violaciones relacionadas con la persona del trabajador y con los derechos en el marco del ambiente de trabajo.

A ese respecto, es importante destacar que dentro de la realidad latinoamericana se reporta que, aún cuando el Sistema Interamericano cuenta con una valiosa e importante consagración de los derechos laborales, sin embargo se requiere de parte del mismo un mayor énfasis en su protección, lo que exige la superación de la persistente disgregación que se

⁴ ROMERO MILANO, Antonio. "Derechos laborales ¿Dónde están hoy, Dónde mañana?" en *V Jornadas de Investigación del Decanato de Administración y Contaduría*. Universidad Centro-Occidental Lisandro Alvarado. Barquisimeto. 2004, pág. 23.

da en la práctica entre derechos civiles y políticos y derechos económicos, sociales y culturales⁵.

Este señalamiento es complementado en planteamientos y reportes, en los cuales se hace referencia a “insuficiencias en la protección a los trabajadores en las nuevas condiciones derivadas de la globalización que se suman a las que existían históricamente en la región debido a la ineffectividad de las normas, resultante de una aplicación laxa”⁶.

Lo dicho se puede ilustrar en casos concretos como lo que se refleja en México, donde se producen violaciones a la autonomía y libertad sindical, a través de la creación de sindicatos fantasmas y la imposición de monopolios sindicales para el caso de los trabajadores del sector público, según denuncias realizadas por la Confederación Sindical Internacional⁷.

Igualmente, es importante lo que refleja el Informe Especial del **Centro de Investigación y Educación Popular/ Programa por la Paz (CINEP/PPP)**, donde se reporta que en las regiones donde hay explotación minero energética en Colombia, las protestas sociales dan cuenta de las demandas territoriales en relación con las exigencias por el derecho al trabajo y en contra de la violación de múltiples derechos de los trabajadores⁸.

⁵ LÓPEZ PATRÓN, Juanita. “Los derechos laborales en el Sistema Interamericano de Protección de derechos humanos: La protección de los derechos económicos, sociales y culturales” en *International Law: Revista Colombiana Derecho Internacional. Edición Especial*. Bogotá. 2008, pág. 212.

⁶ BENSUSÁN, Graciela. *La efectividad de la legislación laboral en América Latina*. [Documento en línea]. Disponible en: <http://www.ilo.org/public/spanish/bureau/inst/download/dp18107.pdf>, pág. 42.

⁷ LA JORNADA. “Crítica la situación laboral en México; las violaciones a la LFT, una constante”. [Documento en línea]. Disponible en: <http://www.jornada.unam.mx/2008/02/11/index.php?section=sociedad&article=042n1soc>. 2008.

⁸ CINEP/PPP. *Informe especial. Minería, conflictos sociales y violación de derechos humanos en Colombia*. [Documento en línea]. Disponible en: <http://puj-portal.javeriana.edu.co/portal/pls/portal/docs/1/3842076.PDF>. pág. 23

También se puede destacar en Brasil la aplicación de limitaciones a la libertad sindical a través de lo que se encuentra establecido en el inciso II del artículo 8 de la Constitución Federal, en el cual “no se permite la existencia de más de una entidad sindical dentro de una misma base territorial, en lo que concierne a una determinada categoría profesional o económica, lo que ha generado una genuina reserva de mercado, o más bien, un verdadero monopolio representativo”⁹. Esto viene a evidenciar la aplicación de una norma en la constitución que contraviene lo que se encuentra establecido en materia de libertad sindical.

Los aspectos referidos anteriormente permiten verificar la situación de inestabilidad y vulneración en la cual se encuentran los derechos laborales en el contexto de la realidad latinoamericana, constituyendo tal situación la expresión de contradicciones entre lo que se encuentra señalado y expresado en el marco jurídico internacional y los principios constitucionales vinculados con ese marco, con relación a las prácticas que reiteradamente se llevan a cabo en los países en materia que le corresponden al trabajador como persona y en el ambiente donde le corresponde realizar sus actividades productivas.

Estos hechos permiten considerar el caso de Venezuela, país que ha suscrito y confirmado acuerdos y documentos en el marco del Sistema Interamericano de Derechos Humanos y que, además, a inicios del siglo XX promulgó una nueva Carta Magna, donde se le da rango constitucional a los derechos fundamentales en general y a los derechos laborales en específico, reconociéndose la validez de lo que se encuentra establecido en los

⁹ TOLEDO FILHO, Manoel. *La libertad sindical y el derecho brasileño: breve panorama*. [Documento en línea]. Disponible en: http://www.fder.edu.uy/espaciodeltrabajo/boletines/boletin_1/derecho_brasileno.pdf., pág. 1-5.

preceptos y principios doctrinarios propuestos en el sistema jurídico internacional.

Tales hechos vienen a reflejar la relación inescindible que existe entre los derechos laborales y los derechos fundamentales, lo que, por un aparte, viene a representar una significativa evolución de los derechos relacionados con el trabajo al consolidarse en una de las formas y expresiones de los derechos fundamentales; y por la otra, constituye una exigencia al Estado venezolano en cuanto a la responsabilidad de su protección y la garantía de su práctica y cumplimiento efectivo.

Es necesario, sin embargo, que dicha relación se confirme más allá de lo que se encuentra establecido en la norma constitucional, en función del hecho que la reafirmación y validez de los derechos laborales y de los derechos fundamentales se encuentra indisolublemente relacionada con un cumplimiento y una práctica reiterada y sostenida de los mismos en la dinámica de la realidad social del país.

A ese respecto, es de importancia fundamental profundizar no sólo en los aspectos teóricos y doctrinarios relacionados con la constitucionalización de los derechos laborales como derechos integrados sustancialmente a los derechos fundamentales, sino también conocer en qué medida la inescindibilidad de estos derechos se hace presente en la práctica y se da cumplimiento a lo que se encuentra establecido en la Constitución y en las normas internacionales.

Es significativo señalar que en Venezuela se han producido situaciones que pudieran sugerir la existencia de prácticas reiteradas dirigidas a torcer lo expresado en los acuerdos del sistema jurídico

internacional y en lo establecido en la Constitución en materia de derechos fundamentales y de derechos laborales en concreto.

A ese respecto, es pertinente destacar hechos como el crecimiento de la conflictividad laboral especialmente a partir de 2006. De acuerdo con cifras del Programa Venezolano de Educación-Acción en Derechos Humanos (PROVEA) (2011), organización no gubernamental venezolana de defensa y promoción de los derechos humanos, con especial énfasis en los derechos económicos, sociales y culturales, en el año 2009 se registraron 2000 conflictos, cifra que pasó a 2500 en 2010 y hasta el mes de octubre de 2011 ya alcanzaría los 3000. Del total de los conflictos registrados, 40% son laborales (unos 1200) y de éstos el 80% se presenta en el ámbito público¹⁰.

Este incremento de la conflictividad laboral podría ser un síntoma de acciones tendentes a vulnerar los derechos de los trabajadores, entre las cuales se podrían destacar, la imposición de políticas públicas, como la del incremento del salario mínimo, sin un proceso necesario de consulta y diálogo, así como el elevado número de contratos colectivos vencidos, especialmente en el sector público¹¹.

Otro aspecto que se debe destacar es el relativo al proceso de militarización de algunas empresas básicas, utilizando para ello la modalidad de capacitar y juramentar milicianos, con el propósito manifiesto por oficiales de la Fuerza Armada encargados de dicho proceso, de garantizar que a través de las milicias se resguarden las instalaciones y el proceso de producción de las empresas¹².

¹⁰ PROVEA. *Situación de los derechos humanos en Venezuela*. [Documento en línea]. Disponible en: <http://www.derechos.org.ve/informes-anauales/informe-anual-2011/>. 2011. [Consulta: 11-11-2012]

¹¹ BONILLA, José. *El movimiento sindical frente a la situación socio-laboral: desafíos y propuestas*. Instituto Latinoamericano de Investigaciones Sociales (ILDIS). Caracas, 2011, p. 2.

¹² PROVEA. Op. Cit.

Este proceso de militarización de las empresas podría estar respondiendo al desarrollo de una estrategia dirigida a controlar, limitar o eliminar el ejercicio del derecho a huelga de parte de los trabajadores, utilizando a los milicianos como esquiroles ante una eventual paralización de las actividades productivas. En ese sentido, se podría afirmar que de manera soterrada se estarían llevando a cabo acciones dirigidas a conculcar el derecho a huelga, que se encuentra claramente establecido en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Igualmente, se debe destacar la aplicación de medidas antisindicales expresadas en acciones como descalificación pública de representantes sindicales por parte de funcionarios; amenazas públicas o privadas a dichos representantes, así como apertura de juicios penales; medidas cautelares dictadas por jueces penales que prohíben a los sindicalistas acercarse a los centros de trabajo; amenazas de despido a trabajadores si participan en asambleas, prohibición de realización de asambleas en jornada laboral, despidos injustificados y asesinato de sindicalistas¹³.

La persistencia en la aplicación sistemática de las medidas señaladas, vendría a ser parte de un proceso dirigido a atentar contra la Libertad Sindical, que constituye un derecho fundamental del trabajo que se encuentra reconocido por el país en los acuerdos internacionales en la materia y consagrado de manera clara en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Los hechos antes señalados, podrían configurar indicios de una sistemática violación de los derechos laborales en Venezuela, por lo que se hace pertinente que, conjuntamente con un abordaje analítico de los fundamentos históricos, teóricos, filosóficos y doctrinales de los derechos

¹³ *Ibíd.*

laborales, como derechos inescindibles de los derechos fundamentales, se verifique en qué medida se da un real y efectivo cumplimiento a estos derechos y qué protección garantiza el Estado a los mismos en el marco de la realidad social venezolana.

Con base a los aspectos mencionados se plantean una serie de interrogantes que requieren ser dilucidadas a los efectos de profundizar en la naturaleza de los derechos laborales y su relación con los demás derechos fundamentales. Estas interrogantes se encuentran planteadas en los siguientes términos:

Una primera interrogante se propone conocer ¿Cuál ha sido el origen y evolución de los Derechos Fundamentales? Ello a los fines de determinar la forma como han surgido estos derechos históricamente y el proceso de su evolución para alcanzar el estatus y la importancia que tienen en la actualidad en el marco de la realidad del mundo de hoy.

Como interrogante siguiente se encuentra, la relativa a ¿Qué fundamentación filosófica sustenta a los Derechos Fundamentales? Con la búsqueda a las respuestas relacionadas con esta interrogante, se pretendería enfatizar la importancia de las reflexiones filosóficas que surgen de la praxis, con la finalidad de superar una orientación meramente racional de lo que representan estos derechos y abundar sobre las principales corrientes desde las cuales se hacen estas reflexiones.

Como tercera interrogante se formula la siguiente: ¿Cuáles son los aportes de la Teoría jurídica general de los Derechos Fundamentales? Con los planteamientos desde los cuales se le da respuesta a esta pregunta, se analiza la trascendencia que tiene la Teoría Jurídica como fundamento de primer orden relacionado con los derechos fundamentales.

Otra de las interrogantes que surgen de los hechos expuestos plantea todo lo referente a: ¿Cuál ha sido la jurisprudencia que le ha dado sustento a los Derechos Fundamentales en el ámbito internacional? Ello a los fines de profundizar en los fundamentos que se han construido, a partir de las sentencias de los organismos internacionales.

En línea de continuidad y profundización en los contenidos de esta investigación, se han planteado como dos interrogantes más las relativas a ¿Cuáles son los aspectos que definen y caracterizan a los Derechos Fundamentales?, y ¿Qué alcances tiene su aplicación? Con las cuales se pretende llegar a la conceptualización y caracterización que a través de diferentes autores, se realizan acerca de estos derechos, así como los principales aspectos de orden jurídico-social abarcados en ellos.

Con relación a la interrogante sobre ¿Qué protege a estos derechos y cuáles son sus limitaciones y restricciones?, se pretende llegar hasta los mecanismos de protección, conjuntamente con aquellos que desde una visión jurídica de carácter sistémico, le establecen límites y restricciones. Ya entrando en el terreno de lo que representan los derechos laborales, se encuentran las interrogantes sobre ¿Qué justifica y sustenta al trabajo como un Derecho Fundamental? y ¿Qué principios coadyuvan a los Derechos Fundamentales en materia laboral? Estas interrogantes estimulan a la búsqueda de los argumentos teóricos y principios que le dan a los derechos del trabajo el estatuto de derechos fundamentales.

A los fines de adentrarse en los aspectos concretos y específicos relacionados con los derechos laborales como inescindibles de derechos fundamentales, se formula la interrogante sobre ¿Cuáles son los Derechos

Fundamentales relativos a la persona del trabajador y los que se especifican respecto al trabajo en cuanto tal?

Ya ubicándose en la realidad de los derechos laborales en el marco de la realidad histórica, social y jurídica venezolana, se plantean las interrogantes sobre: ¿Qué rasgos caracterizan el surgimiento del Derecho al Trabajo en Venezuela? y ¿Cuándo se produce la constitucionalización de los Derechos Laborales en Venezuela y qué implicaciones tiene la misma? De igual forma, con el propósito de indagar y verificar sobre el fundamento de los derechos laborales desde la perspectiva de la doctrina internacional en la materia, se encuentra la interrogante donde se indaga: ¿Cuáles son las normas internacionales que le dan basamento y pertinencia a los Derechos Laborales?

Ya ubicándose la investigación en el campo específico de los elementos que en el marco de la juridicidad venezolana se relacionan con los Derechos Laborales y su inescindibilidad de los Derechos Fundamentales, se encuentra la interrogante referida a: ¿Cuál es la fundamentación doctrinaria y constitucional de los Derechos Laborales en Venezuela y otros Derechos Fundamentales y cómo se hacen presentes a lo largo de la normativa legal, la jurisprudencia y convenciones colectivas del país?

Ya ubicados en el contexto de la realidad social, económica y política venezolana, se formulan las siguientes interrogantes: ¿En qué medida son debidamente respetados los Derechos Laborales y cómo se relacionan con la situación de otros Derechos Fundamentales en Venezuela? y ¿Cuáles son las consecuencias que se derivan de la observancia o no de los Derechos Fundamentales en Venezuela?

Con base a estas preguntas y las respuestas a las mismas, se consideró necesaria la realización de un proceso de investigación que derivó en un estudio que lleva por título: Los Derechos Laborales en el Constitucionalismo Venezolano; su relación con los demás derechos fundamentales.

Partiendo de allí, el objetivo general propuesto fue el de analizar los Derechos Laborales en el Constitucionalismo venezolano y su relación con los demás Derechos Fundamentales. La formulación de este objetivo general se complementa con una serie de objetivos específicos dirigidos a su consecución.

Estos objetivos se orientaron en función de las preguntas de investigación antes formuladas, con la intención de darle sistematización al estudio realizado y los mismos se formularon de acuerdo con la siguiente secuencia:

- Indagar el origen, teoría, doctrina, jurisprudencia y los elementos conceptuales relacionados con los Derechos Fundamentales.
- Caracterizar los Derechos Fundamentales en el trabajo en lo que concierne a los principios coadyuvantes en materia laboral, la protección de la persona del trabajador y su trabajo en cuanto tal.
- Describir la evolución histórica de los Derechos Fundamentales en el trabajo en Venezuela y la constitucionalización de los Derechos Laborales.
- Precisar los basamentos constitucionales de los Derechos Laborales y otros Derechos Fundamentales en Venezuela.

- Examinar la relación de los basamentos constitucionales de los Derechos Fundamentales en el trabajo con las normativas internacionales en esta materia.
- Comprobar la transversalidad de los basamentos constitucionales de los Derechos Fundamentales en el trabajo a lo largo de la normativa legal, jurisprudencia y convenciones colectivas del país.
- Determinar la observancia de los Derechos Laborales y otros Derechos Fundamentales en Venezuela.
- Establecer cuáles serían las consecuencias que se derivarían de la no observación de los mismos.

Es necesario destacar que la realización de este estudio comporta una serie de aportes que le dan justificación e importancia a la misma. A ese respecto, es pertinente destacar que la investigación realizada viene a constituir una reflexión de carácter analítico-crítica, desde la cual se profundiza en los aspectos esenciales de los derechos fundamentales relacionados con el trabajador como persona, como ciudadano y como talento humano clave en los procesos operativos y productivos de una determinada empresa, unidad productiva u organización pública o privada en general.

Dicha reflexión analítico-crítica constituye, a su vez, un aporte de mucha importancia para la profundización y el enriquecimiento de los fundamentos y planteamientos teóricos relacionados con los derechos fundamentales en general y los del trabajo como derechos inescindibles a éstos. Ello viene dado, tanto por la referencia que se hace a las fuentes bibliográficas y documentales relacionadas con los aspectos conceptuales y

teóricos de los derechos fundamentales; como a lo que arrojan los reportes y análisis realizados sobre el cumplimiento de estos derechos en el marco de la realidad mundial, latinoamericana y venezolana en concreto.

También es necesario destacar que la realización de esta investigación constituye un aporte de relevancia significativa en cuanto a los procedimientos relacionados con la gestión, manejo y ejecución del trabajo indagatorio. A ese respecto, este producto representa una contribución desde la cual se establecen orientaciones, directrices y referencias en cuanto a la metódica relacionada con la determinación de los elementos categoriales inherentes al tema en estudio, formulación de las preguntas, objetivos de la investigación, procesos para la selección del material bibliográfico y documental relacionado con el tema y la aplicación de las técnicas de análisis de la información.

Igualmente, los aspectos desarrollados en esta investigación abordan una realidad que, aún cuando no se relaciona directamente con el ámbito de las ciencias jurídicas, la afectan significativamente. Dicha realidad se refiere a la vigencia y cumplimiento efectivo de los derechos laborales en la actualidad, por lo que su realización permite advertir las contradicciones entre lo que se encuentra propuesto en los planteamientos teóricos, doctrinarios y principios relacionados con los derechos laborales y la realidad presente, concretamente la que se suscita en Venezuela.

A ese respecto, mediante lo llevado a cabo en esta investigación se expresan los análisis y reflexiones que permiten evidenciar que los derechos fundamentales relacionados con el trabajo, no se limitan a su formulación en términos teóricos y declarativos, sino que su sustentación, vigencia y pertinencia debe atender a una práctica real y sostenida donde el Estado tiene la responsabilidad de su protección y defensa y los grupos sociales

organizados por mantenerse en permanente alerta y lucha por el cumplimiento de dicha responsabilidad.

En consideración a lo anterior, los aspectos analizados en este estudio y los resultados que se exponen en él, vienen a constituir un aporte significativo para las propias instancias del Estado venezolano, las organizaciones sindicales del país y las demás formas de organización de la sociedad en cuanto a la observancia o no de los derechos laborales en el país, las consecuencias que surgen de ello y las acciones necesarias para garantizar que el respeto, protección y cumplimiento efectivo de estos derechos sea parte de una práctica permanente en lo que debe ser un Estado de Derecho.

El estudio desarrollado fue de carácter teórico-conceptual, puesto que en su realización se llevó a cabo un proceso de análisis donde se revisaron libros, revistas científicas y documentos en físico y *on line* con contenidos sobre la doctrina, normas internacionales, fundamentos legales y jurisprudencia relacionados con el tema objeto de indagación.

En ese orden de ideas, el trabajo se desarrolló de acuerdo con los criterios de un estudio documental–bibliográfico, puesto que su sustentación esencial fue la revisión y análisis de los libros y documentos en general relacionados con el tema objeto de investigación, utilizando el análisis de contenido de naturaleza cualitativa, análisis comparativo y la construcción de sistema de categorías, especificación de casos, inducción y síntesis, que derivó en la elaboración de las deducciones correspondientes y en función de las cuales se alcanzaron los objetivos de la investigación.

La ejecución de los procesos de análisis realizados para esta investigación se basó en las orientaciones desarrolladas a partir de la contextualización del problema planteada en la parte inicial de esta

introducción, así como en los objetivos de la investigación. Todo ello, con el propósito de poder precisar los aspectos fundamentales del tema objeto de este trabajo. En ese sentido, se construyó una estructura constituida por seis capítulos. Los restantes capítulos se desarrollaron de la siguiente forma:

Capítulo II. Los derechos fundamentales: Origen, teoría, doctrina y jurisprudencia internacional: En esta parte de la investigación se desarrollan y analizan los aspectos referidos al origen y evolución de los derechos fundamentales, llevando a cabo la presentación, identificación, descripción y análisis de los documentos precedentes a estos derechos. Igualmente, se presentan los momentos históricos en la evolución de los derechos fundamentales de segunda y tercera generación; así como el punto correspondiente al estado alcanzado por los derechos fundamentales en la actualidad, como ha sido en su internacionalización y universalización.

En este capítulo también se aborda el tema de la fundamentación filosófica de los derechos fundamentales, destacando como corrientes principales el iusnaturalismo, el iuspositivismo, la teoría crítica y las teorías vitalistas y tridimensionales. Continúa con la Teoría Jurídica General como basamento de análisis e interpretación de los derechos fundamentales y termina con la jurisprudencia que le da fundamentación a estos derechos.

Capítulo III. Elementos conceptuales relativos a los derechos fundamentales: Esta parte del desarrollo investigativo realizado comprende la definición, análisis y características de los derechos fundamentales, acudiendo para ello a fuentes de diversos autores que se han abocado a su estudio, como Peces-Barba, Ferrajoli, Valdes Dal Re, Nogueira Alcalá, Tolé Martínez y Hernández, entre otros.

Así mismo, se abordan en esta parte del estudio realizado, los contenidos correspondientes a la relevancia y consecuencias que se derivan de su aplicación; la protección de los derechos fundamentales, destacándose la responsabilidad de las diferentes instancias del poder público en el Estado de Derecho, en cuanto al desarrollo de las acciones efectivas correspondientes.

Se finaliza este capítulo con las delimitaciones, limitaciones y restricciones de los derechos fundamentales y las condiciones exigidas para ello, destacándose que la existencia de estos mecanismos restrictivos y delimitadores, muestran la inserción de este derecho dentro de un sistema jurídico que los somete a los requerimientos de la convivencia de los derechos entre sí y a las necesidades de la totalidad en la cual se mueven.

Capítulo IV. Los derechos laborales: Aquí se abordan los aspectos claves relacionados con los derechos laborales precisando su naturaleza de derechos fundamentales. En ese sentido, se desarrolla como primer punto de análisis, lo referente al trabajo como derecho fundamental, destacándose en este punto los criterios utilizados para clasificar los derechos fundamentales, para establecer la ubicación que tienen los derechos laborales en el conjunto de los derechos fundamentales.

Seguidamente, se analizan los principios fundamentales que sirven de basamento a los derechos laborales, a los fines de profundizar y abundar en los argumentos que especifican la naturaleza de los derechos laborales como derechos fundamentales y cómo llegan a confirmarse como tales en el marco del texto constitucional.

Otro componente desarrollado en este momento de la investigación, es el que tiene que ver con los derechos referidos a la persona del trabajador, concretamente los de no discriminación, de libertad ideológica y

religiosa, derecho a la intimidad y a la libertad de expresión e información. En estos derechos se enfatiza claramente al trabajador como persona que más allá de ser parte de los procesos productivos de una empresa o unidad productiva, es un individuo y ciudadano cuyos derechos y deberes se hacen extensivos a todos los ámbitos de la sociedad.

Igualmente, en el capítulo referido se analizan los derechos fundamentales en el trabajo, destacándose los aspectos inherentes a sus orígenes a través de los convenios realizados en el marco jurídico internacional del trabajo, de donde surgen el derecho a la libertad de asociación, la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva; derecho a la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio; a la abolición efectiva del trabajo infantil y la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación.

Es necesario destacar que en el capítulo desarrollado, se hace referencia a la importancia que tiene el mantener la vigencia y la ejecución efectiva de estos derechos, de tal manera que se garantice su cumplimiento a través de los sistemas de control pertinentes, en virtud de la existencia de una realidad histórico-social donde permanentemente se produce una marcada y permanente violación de los mismos.

Capítulo V. Derechos fundamentales del trabajo en Venezuela: El desarrollo de este capítulo tiene como propósito desentrañar la forma como llegan a consolidarse en Venezuela los derechos laborales como derechos inescindibles de los demás derechos fundamentales. A ese respecto, se desarrollan una serie de aspectos orientados a alcanzar este propósito, de donde se destaca en primer lugar, el correspondiente al origen y evolución histórica de los derechos laborales en Venezuela, precisando los rasgos del surgimiento del derecho del trabajo en el país y el proceso a través del cual

llegan a constitucionalizarse los derechos laborales, caracterizándose la forma como llega a desarrollarse dicho proceso.

Un segundo aspecto que se aborda con relación a los derechos fundamentales del trabajo en Venezuela, es el referido a los basamentos legales y doctrinarios de los mismos, destacándose las normas internacionales en materia laboral, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y la Ley Orgánica del Trabajo y de los Trabajadores como los ejes principales de dicha fundamentación.

Se complementa el desarrollo de este cuarto capítulo con una exposición del aporte que se hace desde las convenciones colectiva y de la jurisprudencia a los derechos fundamentales del trabajo, clarificando que ambos elementos se derivan de los basamentos legales y doctrinarios representados en los documentos normativos ya referidos.

Capítulo VI. Situación actual de los derechos fundamentales del trabajo en Venezuela: Esta parte de la investigación tiene como propósito reportar y analizar la forma como se conduce en el país la ejecución, respeto y protección de los derechos laborales. A ese respecto, se realizó una consulta de diferentes materiales, donde se documentan estos aspectos.

En virtud de ello, se desarrolla en primer lugar lo referido a la observancia o no de la vigencia y cumplimiento efectivo de los derechos relacionados con la persona del trabajador, es decir, en qué medida respetan, cumplen y protegen efectivamente los derechos que tienen los trabajadores a la no discriminación en el trabajo por razones de orden político, étnico, de edad, sexo o credo o por cualquier otra condición; a ejercer las opciones ideológicas y religiosas de su preferencia; a resguardar su intimidad y privacidad; así como a expresar libremente sus ideas y

pensamiento y tener acceso a la información relativa a su persona o sobre sus bienes.

En segundo lugar, se analiza el cumplimiento de los derechos en el trabajo; es decir, el cumplimiento efectivo a los derechos laborales relativos a la Libertad de Asociación, Libertad sindical, el Derecho a la Negociación Colectiva como expresión de la Libertad Sindical; así como a la Eliminación del Trabajo Forzoso, Abolición del Trabajo Infantil y el Derecho a la No Discriminación en materia de empleo y ocupación.

Este capítulo finaliza con las consecuencias que se derivan de la no observancia de los derechos fundamentales relativos al trabajo en Venezuela, destacándose las implicaciones de orden jurídico, económico y social relacionadas con la posibilidad de que en el marco de la realidad nacional se produjera un desconocimiento y no cumplimiento efectivo de los derechos fundamentales de los trabajadores, en cuanto tales y en su condición esencial de personas y ciudadanos.

Se cierra la estructura de esta investigación con las conclusiones del estudio, las cuales atienden a los planteamientos iniciales de esta introducción, así como a las interrogantes planteadas, al objetivo general y a los objetivos específicos formulados.

CAPÍTULO II

LOS DERECHOS FUNDAMENTALES: ORIGEN, TEORÍA, DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA

a) Origen y Evolución de los Derechos Fundamentales.

El conocimiento de los Derechos Fundamentales debe partir de la precisión de los aspectos relativos a su origen y evolución. Este es el propósito de esta parte del capítulo, donde se establecen los análisis correspondientes al surgimiento de estos derechos y la forma como se ha producido su evolución en el tiempo.

Nogueira Alcalá asevera que el origen de los Derechos Fundamentales no se ubica en las etapas históricas de la Antigüedad y la Edad Media:

Si bien en las culturas griegas y romanas es posible encontrar consideraciones que reconocen derechos a las personas más allá de toda ley, como asimismo, en la concepción cristiana se expresa el reconocimiento radical del ser humano, como creación a imagen y semejanza de Dios, la realidad es que tales ideas no se plasmaron en las instituciones políticas y jurídicas de la antigüedad y de la Baja Edad Media¹⁴

La existencia de los derechos fundamentales como derechos humanos se da en la Edad Antigua y en la Edad Media en la forma de consideraciones que trascienden el plano de la ley y se desarrollan dentro del plano teológico, partiendo de la concepción cristiana de que el hombre fue hecho a imagen y semejanza de Dios.

¹⁴ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. “Aspectos de una teoría de los Derechos Fundamentales: La delimitación, regulación, garantías y delimitaciones” en *Ius et Praxis Vol. 11 N° 2*. [Revista en línea]. Disponible: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S071800122005000200002&lng=es&rm=iso&tlng=es, 2005, pág. 15.

En ese sentido, estos derechos, en el ámbito jurídico-político se pueden considerar como inexistentes más allá de una visión de corte teológico-cristiano. A continuación se analizan los aspectos correspondientes a las fuentes documentales que se constituyeron en precursoras de los derechos fundamentales, así como la identificación y descripción de los derechos de segunda y tercera generación y la internacionalización y universalización de los derechos fundamentales.

a.1) Documentos precursores de los derechos fundamentales

Nogueira Alcalá destaca tres documentos que cataloga como precursores de los Derechos Fundamentales: La Carta Magna de 1215, el *Habeas Corpus Act* de 1679 y el *Bill of Rights* de 1689. Con relación a la Carta Magna de 1215, Maurois (2007) señala que en términos generales “el rey deber respetar los derechos adquiridos”¹⁵.

El contenido presente en esta disposición, no debe, sin embargo, ser asumido dentro de los parámetros de una nueva ley. Al realizar la profundización pertinente acerca de las circunstancias en las cuales se basa este documento y las causas que llevaron a su redacción y aprobación, se puede determinar que la naturaleza del mismo no se encuentra dirigida al reconocimiento de derechos individuales sin distinción ante la autoridad del rey, sino a preservar privilegios adquiridos por una clase social (los barones y terratenientes ingleses).

En ese sentido, la Carta Magna representa un documento precursor de los Derechos Fundamentales, pero no un documento donde se hace un reconocimiento de estos derechos. Es básicamente un pronunciamiento, donde una clase privilegiada exige límites a la monarquía absoluta, exigencia

¹⁵ *Ibidem*, pág. 14.

que se basa en su poder político, económico y bélico, traducido en una pretensión que se constituye en una de las primeras expresiones, aunque equívoca para ese propósito, del reconocimiento del derecho de las personas ante el poder del Estado.

En cuanto al *Habeas Corpus Act* de 1679, aprobada durante el reinado de Carlos II, éste señala lo siguiente:

En orden al desarrollo del proceso, presentado el mandamiento (writ) al carcelero, o persona a cargo del prisionero, aquel debía presentar a este último ante el juez, debiendo explicar la causa de su detención, después de lo cual, en el término de dos días, el Lord, Canciller o cualquier otro juez pondrá en libertad al prisionero reservándose su reconocimiento, y exigirán, como seguridad, una suma tal que juzguen adecuada a la calidad del prisionero y a la naturaleza del delito, para asegurarse que el acusado comparecerá en la sesión próxima ante la Corte del Banco del Rey, o a las próximas audiencias¹⁶.

Los aspectos señalados en este documento constituyen referentes vinculados con las garantías a las libertades individuales. Su ejecución parte de las actas en las cuales Inglaterra garantizaba dichas libertades. Es importante, sin embargo, advertir que estas garantías se encontraban establecidas solo para “hombres libres”, quienes, a diferencia del esclavo, poseían dominio de su cuerpo y, por lo tanto, a través de interdicto podría recuperarlo.

Respecto al *Bill of Right* de 1689, postula el reconocimiento de la existencia de una serie de “derechos y libertades reconocidas por el monarca y afirmadas por el pueblo como inderogables” (Brenes, 1993, p. 33). Estas

¹⁶ CHALBAUD, Reinaldo. “Derechos humanos y su protección constitucional” en *Revista de Derecho* N° 59. Universidad Católica Andrés Bello (UCAB). Facultad de Derecho. Dirección de Publicaciones. Escuela de Derecho. Centro de Investigaciones Jurídicas, Caracas, 2004, pág. 23.

libertades se encuentran plenamente localizadas en facultades parlamentarias ya desaparecidas o significativamente disminuidas durante el reinado absolutista de los Estuardos.

Los tres documentos precursores denotan intenciones que se suscribían al resarcimiento de privilegios y derechos de determinados grupos sociales, económicos o políticos. Nogueira Alcalá señala, además, que estos documentos “establecen obligaciones para quien detenta el poder en la sociedad, limitando las prerrogativas del rey, pero no hay un reconocimiento del derecho de los individuos”¹⁷.

No obstante, los mencionados documentos constituyen puntos de referencias, precursores y precedentes de lo que llegan a representar Derechos Fundamentales, pero en modo alguno constituyen expresiones fehacientes y concretas de estos derechos, pues, según las formulaciones realizadas en los tiempos de su ejecución, respondían a privilegios y derechos limitados a un determinado estamento de la sociedad.

A ese respecto, es importante hacer referencia a una definición actual sobre los derechos fundamentales, como la que realiza Cea, en los términos de:

Derechos, libertades, igualdades o inviolabilidades que, desde la concepción, fluyen de la dignidad humana y que son intrínsecos de la naturaleza singularísima del titular de esa dignidad. Tales atributos, facultades o derechos públicos subjetivos son, y deben ser siempre, reconocidos y protegidos por el ordenamiento jurídico, permitiendo al titular exigir su cumplimiento con los deberes correlativos¹⁸.

¹⁷ Op. Cit., pág. 4

¹⁸ Ibídem pág. 16.

En atención a esta definición, donde se asume que los derechos fundamentales representan derechos inherentes a la condición humana desde la concepción de la persona, cuya protección y reconocimiento debe ser responsabilidad permanente de parte de los entes del Estado, se confirma que los documentos antes referidos constituyen referentes y no basamentos históricos desde donde se puede hablar de la existencia de una plena formalización de estos derechos en el marco de las estructuras normativas de los momentos históricos señalados.

Nogueira Alcalá afirma que la conformación de los derechos de las personas en los términos de un reconocimiento en forma jurídica a ser respetadas por el Estado, se hace presente a partir de los movimientos revolucionarios, concretamente los realizados en Norteamérica para la independencia de las colonias inglesas y con la Revolución Francesa¹⁹.

Con relación a los movimientos revolucionarios de Norteamérica, es pertinente destacar como una muestra del reconocimiento de los derechos fundamentales en la ley, se encuentra expresada en la *Declaración del Derecho del Buen Pueblo de Virginia* de 1776, donde se señala:

Que todos los hombres por naturaleza son por naturaleza igualmente libres e independientes y tienen ciertos derechos innatos, de los que, cuando en estado de sociedad, no pueden ser privados o desposeídos con posterioridad por ningún pacto; a saber: el goce a la vida y a la libertad, como los medios de adquirir y poseer la propiedad y de buscar y obtener la felicidad y la seguridad²⁰.

En esta declaración, que representa uno de los basamentos más importantes para la elaboración y redacción de constituciones europeas y

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ *Ibidem*., pág. 3.

latinoamericanas, se reconocen lo que se denomina los Derechos Fundamentales de Primera Generación. Con relación a este señalamiento, tiene pertinencia lo ya expresado por Cruz Villalón, cuando afirma que la formación de los derechos fundamentales comprende dos procesos: uno que denomina de fundamentalización, “común a la metrópoli inglesa y a sus colonias americanas, representado por nombres como Blackstone y que no es sino un proceso de ´iusnaturalización”²¹. Un segundo proceso, llamado de constitucionalización, que se suscita en América y donde, según el autor, “se puede hablar de ´derechos fundamentales´ en sentido estricto”²².

De acuerdo con este señalamiento, la existencia de los derechos fundamentales en cuanto a expresión legal, se hace presente a través de las constituciones y aquellos documentos relacionados que los anteceden. Este planteamiento es avalado y confirmado por Stourz cuando afirma que a partir del concepto de “constitucionalización de los derechos fundamentales”:

Se entiende la incorporación de derechos subjetivos en normas formalmente básicas, las Constituciones o sus precedentes, que se sustraen a la disponibilidad del legislador ordinario, al encontrarse sometidas a un procedimiento de reforma agravado (*amending power*) o incluso a un mandato de inmutabilidad. Sólo en virtud de esta incorporación, es decir, constitucionalización, devienen los derechos 'derechos fundamentales' en sentido estricto, es decir, derechos que en el curso del desarrollo constitucional posterior van a poder ser invocados y alegados en un procedimiento de control de constitucionalidad²³

En consecuencia, se puede afirmar que el surgimiento de los derechos fundamentales se encuentra ligada a su inserción e incorporación en las constituciones, por lo que la *Declaración del Derecho del Buen Pueblo de*

²¹ CRUZ VILLALÓN, Pedro. “Formación y evolución de los derechos fundamentales” en *Revista Española de Derecho Constitucional*. Año 9, Nº 25, 1989, pág. 43

²² *Ibidem*.

²³ *Ibidem*., pág. 36.

Virginia del año 1776 representa el acta de nacimiento de estos derechos en el mundo, donde se expresan los siguientes principios vinculados a los derechos fundamentales:

Todos los hombres son libres e iguales, los cuales conforman un gobierno con el objeto de alcanzar el bienestar individual y colectivo, conservando en todo caso sus derechos que el gobierno debe respetar siempre. El gobierno surge del consentimiento del pueblo, y la soberanía popular puede ser reivindicada utilizando incluso la violencia. La Constitución surge para asegurar y dar cumplimiento a estos principios, generándose un equilibrio entre los diferentes poderes del Estado y creándose una interrelación y control recíproco²⁴

Lo señalado en este documento representa el punto de partida del reconocimiento de los derechos de las personas en cuanto a su condición de seres libres y, a la vez, ciudadanos con deberes y derechos que forman parte del Estado para alcanzar el bienestar en forma individual. Igualmente, indica que la conformación del Estado surge de los acuerdos a los cuales llegan las personas, representando la Constitución la expresión formal donde se garantizan estos principios fundamentales, de tal manera que se llegue a establecer el equilibrio entre los poderes del gobierno y los ciudadanos.

Este planteamiento se encuentra igualmente presente en la Declaración de los Derechos Humanos de 1789 en Francia, que se inspira en la Declaración de Virginia. A ese respecto, es de importancia destacar lo señalado en el artículo 16 de esta declaración, donde se expresa que: “Toda sociedad en la cual no esté establecida la garantía de los derechos, ni determinada la separación de los poderes, carece de Constitución”²⁵.

²⁴ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, Op. Cit., pág. 2.

²⁵ *Ibidem*.

De acuerdo con Iglesias, lo plasmado en este artículo refleja “una nueva cosmovisión del Estado y la Sociedad”²⁶. Ello se explica en el hecho de que plantea la existencia de un Estado constitucional, sólo en los términos de la existencia de una garantía de la libertad e igualdad de derechos de todos los hombres. Estos derechos “son derechos naturales propios de la naturaleza humana, que se anudan al ámbito de la existencia privada de aquellos (derecho a la vida, propiedad, libertad.....)”²⁷.

Los contenidos presentes en los documentos antes señalados enfatizan una visión donde el reconocimiento de los derechos naturales (vida, libertad, propiedad, etc.) de las personas ante el Estado, discurre paralelamente con los deberes que éstas asumen ante ese Estado en su condición de ciudadano:

Junto a la idea del individuo como Hombre surge al tiempo su consideración como Ciudadano, es decir el individuo es un ser social, con proyección pública, un componente de la ‘civitas’ y por ello también su status jurídico necesita ser complementado con derechos que les permitan participar en el destino político de su comunidad²⁸.

Las ideas expresadas en estas dos declaraciones expresan una concepción del hombre frente al poder del Estado, en la cual se consolide un equilibrio, donde el hombre como ciudadano asume tanto derechos como deberes ante el Estado, y éste, constituye la estructura debidamente organizada y equilibrada, a través de la cual se garantizan los derechos de esos ciudadanos y se establecen sus deberes en cuanto tal. Dicha estructura

²⁶ IGLESIAS, Mercedes. *Estructura orgánica y derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*. 1ª Edición. Ediciones de la Universidad de Salamanca, Salamanca, España, pág. 141.

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ *Ibidem*.

se sustenta en las decisiones y la participación que asuman los ciudadanos ante ella.

Los planteamientos expuestos, entre otros, van a representar ejes y basamentos fundamentales de las constituciones que surgirán en el continente americano y europeo (Constitución de los Estados Unidos de 1787, y Constituciones Europeas de comienzos del siglo XIX). En virtud de sus ideas fundamentales, se establece la definición jurídica del hombre como ciudadano, conjuntamente con la limitación del poder del Estado²⁹.

Es a partir de los aspectos señalados en estas declaraciones y su consolidación en los textos constitucionales cuando se puede apreciar el surgimiento de los derechos fundamentales, por lo que es posible afirmar que éstos se encuentran ligados al desarrollo de las constituciones que se elaboraron a partir de las declaraciones americana y europea.

Este proceso llega a consolidarse definitivamente a comienzos del siglo XIX, donde se puede afirmar que los derechos fundamentales alcanzan el momento en el cual se da inicio de su positivización, e igualmente se termina de establecer el carácter soberano como expresión del consenso de los ciudadanos en las constituciones occidentales³⁰

En ese contexto histórico, se debe destacar el surgimiento del llamado Estado de Derecho como marco en el cual se le da expresión a los llamados derechos fundamentales de primera generación, por ser los primeros en aparecer definitivamente formalizados en el tiempo. El concepto de Estado

²⁹ IGLESIAS, Mercedes, Op. cit.

³⁰ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, Op. Cit., pág. 4.

de Derecho se expresa en los términos de una filosofía liberal, en la cual se propugna una visión abstencionista del Estado frente a la Sociedad³¹.

Desde esta visión se establecen como derechos fundamentales los que remiten al estado de libertad. Estos son aludidos por Iglesias de la siguiente forma:

- a) Libertades negativas. Frente al Estado absolutista, el Estado abstencionista reconoce unos derechos y libertades individuales que se ejercitan en la esfera personal del hombre. La propia actuación del individuo los perfecciona.
- b) La igualdad, entendida como igualdad de todos ante la ley (igualdad formal). La forma de acabar con los privilegios heredados del Antiguo Régimen, con un sistema plurilegal, es establecer el concepto de ley general y abstracta que surge del parlamento y expresa la voluntad popular.
- c) Junto a los derechos de libertad individual e igualdad formal del hombre también se atiende a la condición del hombre como ciudadano (*status activae civis*) y se declaran unos derechos de participación política incipientes, ya que se rigen por el sufragio censitario o por capacidades, de tal forma de que sólo los que dispusieran de propiedades o bien fueran capaces intelectualmente eran, al mismo tiempo, hombres y ciudadanos³².

En atención a lo cual, los derechos de primera generación se encuentran identificados con el reconocimiento de las libertades individuales, la igualdad de los hombres ante la ley y su derecho a la participación política, aspectos que se identifican con un enfoque de corte liberal, donde se abstrae el ejercicio del poder del Estado y se enfatiza el desarrollo de las posibilidades y facultades de las personas como individuos para alcanzar su estatus de ciudadanos.

³¹ IGLESIAS, Mercedes, Op. Cit.

³² *Ibidem*, pág. 143.

El fortalecimiento de estos derechos se sustenta en una forma de concebir el Estado en términos liberales, aspecto que va a sufrir cambios a través del desarrollo de los procesos de transformación que en lo económico, social y político van a experimentar los países y que van a llevar a proponer nuevas formas de pensar la estructura del Estado, así como de exigencia de atención a nuevos derechos fundamentales que, en el orden de aparición, se denominarán de segunda generación y de tercera generación.

a.2) Derechos fundamentales de segunda y tercera generación

La evolución de los derechos fundamentales se expresa en un segundo momento histórico en el cual se llegan a desarrollar los llamados derechos fundamentales de segunda generación, respecto a los cuales Nogueira Alcalá señala el siguiente referente histórico:

En el período entre las dos guerras mundiales, marcado por el tiempo de la revolución bolchevique y de socialismo marxista en Rusia y hasta el término de la Segunda Guerra Mundial, se busca desarrollar una conciliación del liberalismo democrático con derechos que aseguran un nivel de vida adecuado, ante la crítica realizada por el marxismo de que derechos individuales y políticos eran considerados 'libertades formales' del Estado capitalista y burgués poniendo énfasis en las situaciones de graves desigualdades e injusticia social existente en el siglo XIX y principios del siglo XX. Así, se desarrollan los derechos de segunda generación, los derechos económicos, sociales y culturales que transforman el Estado de derecho liberal en un Estado de derecho social de derecho, durante el período posterior a la Segunda Guerra Mundial, desde 1946 en adelante, lo que se recogerá en las Constituciones nacionales y en las declaraciones de derechos humanos³³.

El nacimiento de los derechos fundamentales de segunda generación se produce en el marco de un contexto histórico de cambios suscitados a

³³ NOGUEIRA ALCALÁ, Op. Cit., pág. 4.

partir de la revolución bolchevique en Rusia y el surgimiento del socialismo marxista como tesis contestaría en la cual se critican los alcances de los derechos propios del llamado Estado capitalista y se propugnan derechos orientados a garantizar el bienestar económico, el acceso al trabajo, la educación y a la cultura, de tal forma que asegure el desarrollo de los seres humanos y de los pueblos, conformándose con ello una evolución del Estado de derecho al Estado social de derecho.

Esta evolución es propugnada por Hermann Heller al observar que conjuntamente con el estatuir desde el Estado de derechos una igualdad ante la ley, se producen desigualdades económicas, por lo que el aparente paraíso de esta forma estatal ocultaba profundas contradicciones³⁴, por lo que propone la transición del Estado de Derecho al Estado Social de Derecho para “hacer real y efectiva la igualdad y libertad de los ciudadanos y para lograr ese objetivo se ve compelido a intervenir en la sociedad”³⁵.

Esta evolución del Estado liberal al Estado social implica el reconocimiento de los llamados derechos de segunda generación. Al respecto, Hikal afirma que la evolución a este nivel de los derechos fundamentales es la base del Constitucionalismo Social “que enfrenta la exigencia de que los derechos sociales, económicos descritos en las normas Constitucionales sean realmente accesibles y disfrutables³⁶”.

El cumplimiento de esta exigencia obliga a la incorporación de cambios significativos que devienen en una concepción donde se propugna:

³⁴ VALADÉS, Diego. La no aplicación de las normas y el Estado de derecho en CARBONELL, M.; OROZCO, W. y VÁSQUEZ, J. (Coords.). *Estado de derecho. Conceptos, fundamentos y democratización en América Latina*. Siglo XXI Editores, México. 2002, pág. 138.

³⁵ IGLESIAS, Mercedes, Op. Cit., pág. 144.

³⁶ HIKAL, Wael. *Criminología, derechos humanos y garantías individuales: la necesidad de reorganizar y sistematizar el conocimiento criminológico: Criminología de los derechos humanos*. 1ª Edición. Editorial Porrúa. México. 2010, pág.8.

La viabilidad de un orden justo de la autoridad sobre la economía, particularmente mediante la limitación de la propiedad privada, la subordinación del régimen laboral al derecho, la intervención coercitiva del Estado en el proceso productivo y la traslación de la actividad económica del ámbito del derecho privado al campo del interés público³⁷.

Con la irrupción de los derechos fundamentales de segunda generación, se accede a un Constitucionalismo Social, que puede calificarse como una etapa de perfeccionamiento de las constituciones hacia el aseguramiento de los derechos económicos, sociales y culturales. Igualmente, se accede a una concepción del Estado diferente a la noción liberal del “dejar hacer” “dejar pasar”. En esa visión, se plantea que:

El Estado no puede limitarse a asegurar las condiciones de un supuesto orden social inmanente, ni a vigilar las disonancias de un mecanismo autorregulado, sino que por el contrario, ha de ser el regulador decisivo del sistema social y ha de disponerse a la tarea de estructurar la sociedad³⁸.

Con relación a los derechos fundamentales que son aportados por el Estado Social de Derecho, Hikal los señala en el siguiente orden:

- Toda persona tiene derecho a la seguridad social y a obtener la satisfacción de los Derechos económicos, sociales y culturales;
- Toda persona tiene Derecho al trabajo en condiciones equitativas y satisfactorias;
- Toda persona tiene Derecho a formar sindicatos para la defensa de sus intereses;
- Toda persona tiene Derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure a ella y su familia la salud, alimentación, vestido, vivienda, asistencia médica y los servicios sociales necesarios;
- Toda persona tiene Derecho a la salud física y mental;

³⁷ VALADÉS, Diego, *Ibidem*.

³⁸ GALIANA, A. *La legislación en el estado de derecho*. Editorial Dykinson, Madrid. 2003, pág. 28.

- Durante la maternidad y la infancia toda persona tiene Derecho a cuidados y asistencia especiales;
- Toda persona tiene Derecho a la educación en sus diversas modalidades; y
- La educación primaria es obligatoria y gratuita³⁹.

La evolución de los derechos fundamentales a la segunda generación es el producto de la convergencia de tendencias y teorías críticas del liberalismo económico, ubicadas dentro de la socialdemocracia, la democracia cristiana y el liberalismo democrático, entre otras, a los fines de dar respuesta a las exigencias de las grandes mayorías, en cuanto al acceso a condiciones de vida dignas, así como a los bienes y servicios educativos, culturales, donde prevalecen como valores fundamentales la igualdad y la solidaridad como ejes conducentes a la conformación del Estado social de derecho.

Es importante señalar que el reconocimiento, promoción y protección de los derechos fundamentales de segunda generación en el marco del Estado social de derecho se orienta de la manera siguiente:

- a) Libertad en sentido positivo. Se requiere la intervención de los poderes públicos para hacer efectivo los derechos fundamentales. No sólo la intervención del poder judicial para resarcir a los ciudadanos por la violación de sus derechos sino también la intervención del legislativo y ejecutivo para poder ejercitar los derechos y hacerlos verdaderamente eficaces.
- b) Concepción material de la igualdad. Sólo desde un punto de vista teórico se puede asumir la entelequia de la igualdad de todos ante la ley. Circunstancias naturales sociales y económicas hacen que se quiebre ese ideal. Como todos los hombres no son iguales, o mejor dicho, como existen de hecho grandes desigualdades entre los hombres, el Estado, que busca el bienestar de sus ciudadanos, debe actuar para

³⁹ HIKAL, W. Op. Cit., pág. 8.

destruir todas las desigualdades que violentan la justicia social.

- c) Los clásicos y liberales derechos económicos: la propiedad privada y la libertad de empresa tienen también una dimensión o función social. Estos derechos no son concebidos ya de una forma absoluta sino que están sometidos a las necesidades sociales⁴⁰.

La preeminencia del contenido social propuesto en los derechos fundamentales de segunda generación, responde a lo que se puede calificar como un proceso de perfeccionamiento que introduce nuevos componentes inherentes a la condición humana no considerados en los derechos fundamentales de primera generación o concebidos desde una perspectiva distinta en ellos. Este avance y evolución se mantiene en el transcurso de los tiempos para arribar a los derechos fundamentales de tercera generación.

Los derechos fundamentales de tercera generación constituyen un paso más en su evolución. Su surgimiento se produce en la década del setenta “para incentivar el progreso social y elevar el nivel de vida de todos los pueblos, en un marco de respeto y colaboración mutua entre las distintas naciones de la comunidad internacional”⁴¹.

Su presencia viene a constituir la definitiva expresión de su trascendencia internacional y el avance hacia la construcción de la comunidad internacional, donde su presencia y su estricto cumplimiento tiene carácter universal más allá de los límites que se imponen desde el concepto de soberanía nacional.

Entre los derechos fundamentales de tercera generación, es pertinente distinguir, entre otros, la autodeterminación, la independencia económica y política, la identidad nacional y cultural, la paz, la coexistencia pacífica, el

⁴⁰ IGLESIAS, M. Op. cit.,

⁴¹ HIKAL, W. Op. cit.

entendimiento y confianza, la cooperación internacional y regional, la justicia internacional, el empleo de los avances de la ciencia y la tecnología y la solución de los problemas alimenticios, demográficos, educativos y ecológicos, el medio ambiente, el patrimonio común de la humanidad y el desarrollo que permita una vida digna.

Un aspecto de particular y significativa importancia en la declaración y reconocimiento de los derechos fundamentales de tercera generación, es el correspondiente a la protección de grupos vulnerables, es decir:

Aquellos grupos que, por circunstancias de pobreza, origen étnico, estado de salud, género o discapacidad se encuentran en situación de mayor indefensión para hacer frente a los problemas que plantea la vida y no cuentan con los recursos necesarios para satisfacer sus necesidades básicas. La vulnerabilidad coloca a quien la padece en una situación de desventaja en el ejercicio pleno de sus Derechos y libertades⁴².

Los grupos en situación de vulnerabilidad remiten a condiciones de vida que tienden a menoscabar y/o anular sus garantías y libertades fundamentales, en virtud de las carencias y limitaciones que mermen o impidan el conocimiento pleno de sus derechos y, por lo tanto, dificultan su ejercicio pleno.

En atención a tal situación, la responsabilidad del Estado es la de garantizar la protección de estas personas, de tal manera que se puedan subsanar y solucionar los problemas que presentan en cuanto al desconocimiento de sus derechos y de los recursos requeridos para acceder a los sistemas de justicia.

⁴² *Ibidem*.

Los aspectos señalados sobre el surgimiento y evolución de los derechos fundamentales permiten hacer varias apreciaciones, que se desarrollan a continuación:

En primer lugar, el surgimiento de los derechos fundamentales se encuentra claramente asociado a su expresión y desarrollo en las constituciones, a ese respecto tiene pertinencia la afirmación en cuanto a que ellos se inician y terminan con la Constitución.

En segundo lugar, su evolución se encuentra asociada a los cambios históricos que se han producido en el ámbito mundial. En ese sentido, los derechos de primera generación surgen como consecuencia de la revoluciones en Europa y América y logran consolidarse a través de su reconocimiento y validación en las constituciones.

Los derechos fundamentales de la segunda generación, surgen en atención a los avances y cambios generados a partir de la revolución industrial y las exigencias que en el ámbito económico, social y cultural se le plantean al Estado desde los diferentes sectores de la sociedad, lo que lleva al paso de un Estado de derecho a un Estado social de derecho.

Los derechos fundamentales de tercera generación se ubican en la segunda mitad del siglo XX y surgen como respuesta a las necesidades de construcción de una comunidad internacional que se organice para dar respuestas a los requerimientos universales, en cuanto a progreso social y mejoramiento de la calidad vida de todos los pueblos, especialmente de los llamados grupos en situación de vulnerabilidad.

En tercer lugar, se puede inferir que la evolución en el proceso de perfeccionamiento de los derechos fundamentales, debe atender al criterio de perfectibilidad, es decir a que no existe un tope para su definitiva

consolidación, por lo que permanentemente se debe estar en la búsqueda de su perfeccionamiento continuo en función de los cambios que se producen en el ámbito social, político, cultural y tecnológico, que plantean la posibilidad de nuevas etapas en esa evolución, en virtud de nuevas exigencias que atiendan a la condición humana como componente y factor esencial.

a.3) Internacionalización y universalización de los derechos fundamentales

Un aspecto que se puede calificar como de transversal al proceso de evolución experimentado por los derechos fundamentales a través de la historia, tiene que ver con el hecho de que dicha evolución ha representado también una tendencia indetenible hacia su internacionalización y universalización. Esto se basa en el hecho de que los derechos fundamentales son inherentes a la condición humana y no tienen límite alguno en el espacio y en el tiempo.

Esta tendencia, representa, de acuerdo con lo que señala Nogueira Alcalá, una verdadera revolución en su concepción y tiene su punto más importante de inflexión:

Al término de la Segunda Guerra Mundial cuando se constató la violación sistemática desde el poder estatal y a escala planetaria de los derechos de las personas, lo que hace tomar conciencia de la necesidad de que la exigencia de respeto, aseguramiento y protección de los derechos humanos debía superar el plano estatal, en cuanto tales derechos son inherentes a la dignidad de ser humano, y no una concesión que el Estado puede otorgar y quitar⁴³.

⁴³ NOGUEIRA ALCALÁ, H., Op. cit., pág. 5.

La premisa fundamental en la cual se basa la internacionalización y universalización de los derechos fundamentales, parte del hecho de que estos derechos son propios de las personas, por lo que su preservación debe ir más allá del ámbito estatal-nacional, pues son derechos del ser humano y no una aquiescencia del Estado.

La dinámica de la realidad histórica mundial impulsó la natural proyección internacional y universal de los derechos fundamentales y a ese respecto, es importante destacar una serie de eventos de importancia significativa en la consolidación de dicha proyección, entre los que se encuentran la Convención de La Haya en 1907, el Convenio de Ginebra de 1929 y las cuatro Convenciones de Ginebra de 1949⁴⁴.

Con relación a la Convención de La Haya de 1907, en su preámbulo se señala como motivaciones de la celebración de la misma, el mantenimiento de la paz general; el arreglo amistoso de las controversias internacionales; así como el fortalecimiento del sentimiento de la justicia internacional⁴⁵.

El Convenio de Ginebra celebrado en Julio de 1929, se encuentra referido al trato de prisioneros de guerra (Flores, 2009) y constituye una ampliación del Convenio de Ginebra de 1906 relativo a la protección a los heridos y enfermos de los ejércitos en campaña⁴⁶

Las cuatro convenciones de Ginebra de 1949 son: Convenio número I: para aliviar la suerte de los heridos y enfermos de las fuerzas armadas en campaña. Convenio número II: para aliviar la suerte de los heridos, enfermos y náufragos de las fuerzas armadas en el mar. Convenio número III: sobre el

⁴⁴ *Ibídem.*

⁴⁵ *Ibídem.*

⁴⁶ CLEMENTE, J. *El cuaderno humanitario*. Editorial Fundamentos, Caracas. 2001.

trato a los prisioneros de guerra. Convenio número IV: sobre la protección de personas civiles en tiempos de guerra⁴⁷.

Es importante destacar que lo interesante y, si se quiere, paradójico de estos eventos y los propósitos perseguidos en ellos, se encuentra en el hecho de que los mismos se celebraron como formas de prevenir las confrontaciones entre Estados y como respuesta a escaladas bélicas como las de la Primera y Segunda Guerra Mundial, con el propósito de proteger la vida de poblaciones civiles y garantizar la atención a los afectados por las guerras.

Al respecto, Nogueira Alcalá señala que el evento de mayor impacto para la realización de estos acuerdos fue la Segunda Guerra Mundial:

Pero, sin duda, fue la Segunda Guerra Mundial y la conmoción de sus consecuencias en las personas y sociedades, lo que generó la toma de conciencia general de las necesidades de control de la potencia del poder estatal por la comunidad internacional, constituyéndose instancias internacionales de protección frente a la magnitud del daño producido a los seres humanos por sus propios gobernantes, asegurando progresivamente la dignidad y los derechos humanos de toda persona, proclamando la universalidad de esos derechos⁴⁸.

Las consecuencias devastadoras de la Segunda Guerra Mundial constituyen, entonces, uno de los factores que terminan por impulsar el proceso de internacionalización y universalización de los derechos fundamentales. Este proceso se ve expresado, en primer lugar, a través de la Carta Fundacional de las Naciones Unidas, en cuyo preámbulo se reafirma

⁴⁷ BRENES, Raymundo. *Introducción a los derechos humanos*. Ediciones de la Universidad Nacional de Educación a Distancia de Costa Rica. San José de Costa Rica. 1993, pág. 8

⁴⁸ NOGUEIRA ALCALÁ, H. Op. cit., pág. 6.

“la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de las personas, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres”⁴⁹.

En la Declaración Universal de los Derechos Humanos se expresa la evolución más importante la internacionalización y universalización de los derechos fundamentales. Esto es confirmado por Marín cuando afirma que dicha declaración “constituiría un avance sin precedentes en el proceso de internacionalización y universalización de los derechos fundamentales y de sus valores fundadores”⁵⁰.

Como complemento, la autora afirma que a partir de esta declaración “se puede afirmar que existen una serie de valores compartidos, una serie de principios jurídicos materiales que se hicieron visibles y universales en el momento que se aprobaron sus treinta artículos”⁵¹

La formalización de esta declaración representa el reconocimiento de parte de los diferentes países de los derechos fundamentales como parte esencial de la condición humana y a ese respecto, Iglesias afirma lo siguiente:

El fenómeno de la universalización de los derechos fundamentales y su vis expansiva hacen que cada vez se acerquen más los conceptos de derechos fundamentales y derechos humanos, de tal forma que la condición humana sea el elemento definitivo de la titularidad del derecho⁵².

Cabe señalar que esta identificación se ubica más que todo dentro de un plano formal y continúa siendo parte de una búsqueda en lo que se refiere a la realidad de los hechos y en ese sentido, se puede afirmar que existe una

⁴⁹ *Ibíd.*, pág. 7.

⁵⁰ MARÍN, María Luisa. Constitucionalismo, justicia constitucional y crisis del positivismo jurídico en Ramos, José y Rodilla, M. (Eds.). *El positivismo jurídico a examen*. Ediciones de la Universidad de Salamanca. Salamanca, España. 2006, pág. 393.

⁵¹ *Ibíd.*

⁵² IGLESIAS, M. *Op. cit.*, pág. 154.

internacionalización y universalización de derecho y forma mas no de hecho y práctica.

Con relación a lo señalado, se debe hacer referencia al planteamiento realizado por Arcos cuando afirma que la reafirmación de este proceso en la práctica se encuentra lejos de haberse alcanzado y atribuye tal situación “a las dificultades que conlleva lograr que los Estados trasciendan la retórica de las declaraciones políticas y asuman coherentemente las obligaciones derivadas de la prestación de su consentimiento en los tratados internacionales en esta materia”⁵³.

La potestad con la cual cuentan los Estados para desconocer de los compromisos asumidos, a través de mecanismos políticos basados en su carácter soberano, ha derivado en un problema que devela las limitaciones y dificultades que tiene la comunidad internacional para ejercer de manera eficaz y determinante un poder político lo suficientemente sólido y determinante, que permita asegurar y garantizar la protección de los derechos fundamentales.

b) Fundamentación Filosófica de los Derechos Fundamentales.

Algunos planteamientos relacionados con los derechos fundamentales abundan en afirmar que más allá de establecer su fundamentación teórica y filosófica, es más importante asumir y desarrollar su defensa y protección en la práctica. A ese respecto se deben considerar los argumentos expuestos por autores como Camps cuando afirma que “tratar de fundamentar filosóficamente los derechos humanos, no conducirá a gran cosa, cualquier

⁵³ ARCOS, Federico. *¿Guerras en defensa de los derechos humanos? Problemas de legitimidad en las intervenciones humanitarias*. Editorial Dykinson. Madrid. Cuadernos Bartolomé de Las Casas 22. 2002, pág. 13.

intento de justificarlos desde afuera – desde la naturaleza, desde la razón o desde Dios – sería tautológico o discutible”⁵⁴.

Lo planteado por la autora referida, parte de una argumentación donde se le da mayor validez y pertinencia a la praxis como elemento clave para configurar la fundamentación de los derechos fundamentales. Dicha configuración argumenta que más que hablar de derechos fundamentales, se debe hablar de su descubrimiento⁵⁵.

Esta forma de abordar los derechos fundamentales propugna que los aspectos que le dan soporte no pueden establecerse de forma ajena a la realidad social, jurídica y económica. No obstante, al abordarlo de esta manera no se puede hacer abstracción de valores como la dignidad y la justicia como aspectos inherentes a la condición humana y que no remiten a disciplinas como la Sociología y la Economía, sino a una disciplina de carácter filosófico como lo es la Ética.

En ese sentido, al hacer referencia a los aspectos de orden social y económico relacionados con el ser humano, la consideración de los derechos fundamentales se orienta más que a su fundamentación, a su protección, por lo que el planteamiento de la necesidad de una discusión sobre su basamento filosófico tiene pertinencia, aunque no en términos absolutos y de una racionalidad que todo lo explica y todo lo sostiene “de modo que valgan para todo hombre y todo hombre lo respete”⁵⁶.

De lo anteriormente expuesto, se puede afirmar, como argumentación de indudable aceptación, que siendo la praxis un elemento altamente valioso y determinante en lo que representan los derechos fundamentales, la

⁵⁴ BEUCHOT, M. *Filosofía y derechos humanos*. Editorial Siglo XXI. México. 2004, pág. 24.

⁵⁵ *Ibidem*.

⁵⁶ *Ibidem*, pág. 26.

consideración y reflexión de los planteamientos filosóficos que surgen de dicha praxis, es un aspecto de mucha importancia para darle una mayor sustentación y justificación racional social que trascienda la visión racionalista tradicional.

Partiendo de estas consideraciones, en esta parte se hace un análisis de las principales corrientes que han servido de fundamentación a los derechos fundamentales. Dichas corrientes han generado y siguen generando aportes de alta relevancia a la construcción de lo que representan en la actualidad los derechos fundamentales y se relaciona, cada una de ellas, con un determinado contexto histórico y con una forma de práctica social que ha incidido de forma significativa en su orientación.

A continuación se realiza un análisis de los principales argumentos y planteamientos esenciales que se hacen desde los enfoques iusnaturalista, iuspositivista, la teoría crítica, las teorías vitalistas y tridimensionales y la teoría jurídica general para finalizar con los basamentos relativos a la jurisprudencia sentada en materia de derechos fundamentales. Finalmente, se hace una reflexión acerca de lo que se propugna hoy en día con relación a lo que debe ser una fundamentación filosófica de los derechos fundamentales que se vinculen de manera sustancial y dinámica con la realidad histórica actual.

b.1) Iusnaturalismo

La idea principal de este enfoque filosófico relacionado con los derechos fundamentales, se encuentra reflejado en el siguiente planteamiento a considerar:

Esta teoría sostiene la existencia de un derecho universal, consistente en un ordenamiento universal que se deduce de la

naturaleza humana, de donde se derivan derechos naturales como facultades que ostenta la persona como reflejo de un cierto orden normativo natural⁵⁷

Desde la perspectiva del iusnaturalismo se asume que los derechos del hombre son derechos naturales respaldados por la ley natural y, en consecuencia, previos a toda forma de contrato social. Al respecto Papaccini afirma lo siguiente: “al ser sustentados como derechos naturales, los derechos del hombre parecen adquirir una base sólida y firme: lejos de ser una creación artificial y contingente, constituyen prerrogativas idealmente anteriores al Estado, que cada individuo recibe de la naturaleza”⁵⁸.

Lo propuesto en este enfoque de los derechos fundamentales transmite una visión de la condición humana planteada desde la instancia del derecho natural y con condición previa a todo arreglo social, por lo que se conciben a los derechos fundamentales como inherentes al ser humano, como elementos sustanciales a la humanidad, que van más allá de toda producción de carácter circunstancial y accesoria a la naturaleza humana.

Por ser una concepción de tanta influencia y presencia en la estructuración de los derechos humanos y una corriente que se ha desarrollado a través de la historia, el iusnaturalismo presenta diferentes tendencias dentro de ella. A ese respecto, se puede destacar en primer lugar, el iusnaturalismo ontológico, donde se integran la concepción aristotélico-tomista y neotomista; el iusnaturalismo racionalista y del contrato social, incluyendo las concepciones neocontractualistas y el iusnaturalismo deontológico, ético o axiológico

⁵⁷ FERNÁNDEZ, Eusebio. *Teoría de la justicia y los derechos humanos*. Editorial Debate. 1991, pág. 113.

⁵⁸ PAPACCINI, Ángelo. Filosofía y derechos humanos. Universidad del Valle. Cali, Colombia. 2003, pág. 173

El iusnaturalismo ontológico integra dentro de sí los aportes del tomismo aristotélico y el neotomismo. Nogueira Alcalá afirma que su planteamiento fundamental parte de una concepción de la ontología como ciencia del ser, donde se reconoce el basamento metafísico del orden moral, creando un orden natural objetivo y trascendente, que, de acuerdo a la visión tomista, participa del orden de la ley eterna que abarca todo el universo⁵⁹.

En este orden natural de carácter objetivo es donde hunden sus raíces los derechos fundamentales, donde “el ser (natural) del derecho (natural) se constituye como ser del derecho (positivo)”⁶⁰. En ese sentido, el derecho positivo tendrá validez, legitimidad y será verdadero derecho en la medida que “es coherente y armoniza con el criterio de justicia instituido por el derecho natural”⁶¹.

Este planteamiento también tiene un referente de importancia en la filosofía de los estoicos, donde se propugna que “el ideal ético-político es vivir de acuerdo con el orden racional de la naturaleza y en armonía con la justicia natural conocida a través de la recta razón”⁶². Este planteamiento, establece que el hombre debe estar en permanente búsqueda de este ideal ético-político como fin que le orienta hacia la determinación de cuáles son sus finalidades, deberes y derechos.

El derecho positivo, como expresión de lo ético-político, adquiere entonces pleno estatus de legitimidad en la medida que logra alinearse con la orientación que conserva el derecho natural. De esta manera se coadyuva a la consolidación del ideal-ético político en el cual el derecho natural se expresa claramente a través del derecho positivo.

⁵⁹ NOGUEIRA ALCALÁ, H. Op. cit., pág. 12.

⁶⁰ *Ibidem*.

⁶¹ *Ibidem*, pág. 13.

⁶² PAPACCINI, A. Op. cit., pág. 175.

Nogueira Alcalá señala que el componente neotomista del enfoque iusnaturalista tiene una diversidad de representantes, entre los cuales se pueden destacar Messner, Rommen, Villey, Lecherq, del Vecchio y Maritain entre otros. Entre estos representantes se puede destacar el planteamiento de Maritain, quien señala lo siguiente:

La verdadera filosofía de los derechos de la persona humana descansa, pues, sobre la idea de la ley natural. La misma ley que nos prescribe nuestros deberes más fundamentales, y en virtud de la cual obliga toda ley, es también la que nos asigna nuestros derechos más fundamentales⁶³

La noción de ley natural, de acuerdo con lo que señala el autor, representa el eje en virtud del cual se establecen los deberes de las personas en el marco de la sociedad. Este eje de conducción viene a representar el mismo que establece y asigna los derechos fundamentales. Maritain agrega que “la conciencia de los derechos tiene en su origen en la concepción del hombre y el derecho natural por siglos de filosofía cristiana”⁶⁴.

En ese sentido, asume el autor que la naturaleza de los derechos fundamentales no remiten a una realidad económica o social accesoria, sino a la condición del ser humano en cuanto a tal y como agente espiritual que responde a la ley divina expresada e identificada como ley natural, donde se reconoce la naturaleza humana como referente fundamental.

Desde esta legalidad natural que se pauta en el componente neotomista del iusnaturalismo ontológico, se pueden establecer las determinaciones a la realidad a través de “exigencias morales, por doquier válidas en el mundo de la experiencia, de la historia y del hecho y crear, por

⁶³ NOGUEIRA ALCALÁ, H. Op. cit., pág. 16.

⁶⁴ *Ibidem*.

igual, para la conciencia y para la ley escrita, el principio permanente y las normas primeras y universales del deber”⁶⁵.

Con este planteamiento se reafirma la preeminencia del derecho natural como elemento conductor, en función del cual se establecen las normas morales válidas en todos los ámbitos y se definen las reglas éticas válidas fundamentales de los deberes y los derechos fundamentales en forma universal.

Con relación al iusnaturalismo racionalista, donde se integran la noción de contrato social y las concepciones neocontractualistas, es pertinente destacar que la raíz de esta corriente se ubica en dos contextos históricos representados en la revolución francesa y la independencia de los Estados Unidos.

De acuerdo con Brenes los principios que inspiraron esta corriente “tomaron los ‘derechos naturales’ y los hicieron seculares, racionales, universales, individuales, democráticos y radicales. Ellos substituyeron (o quizás solo añadieron) una base socio contractual a los cimientos divinos de los derechos del hombre”⁶⁶.

Desde la perspectiva del enfoque contractual-racionalista se propugna la incorporación de cambios de importancia que permiten diferenciar dicho enfoque del iusnaturalismo ontológico. Entre esos cambios se destaca la preeminencia de la razón como eje central de su concepción, así como la noción de pacto o contrato social como fundamento de la organización socio-política. Estos componentes representan un elemento característico clave

⁶⁵ *Ibidem*, pág. 20

⁶⁶ BRENES, R. Op. cit., pág. 17.

que van a determinar la forma como se va orientar la manera de concebir los derechos fundamentales.

Dentro de esta visión de los derechos fundamentales, Matteucci señala la existencia de tres niveles de discurso⁶⁷: El primero, donde se sostiene que el paso del estado de naturaleza al estado de sociedad corresponde a un hecho histórico que se refiere a acontecimientos reales; el segundo, propugna que el estado de naturaleza es una simple hipótesis lógica que tiene como propósito la de crear la idea original o jurídica de Estado como deber ser para darle un fundamento a la obligación política el consenso de las personas a una autoridad que los represente; el tercer nivel del discurso contractualista señala que el contrato social es un instrumento político dirigido a ponerle límites a quienes detentan el poder.

Los tres niveles de discurso antes señalados apuntan al reconocimiento de un derecho natural que se vierte a través del contrato social elaborado para la construcción del Estado. Igualmente, indica que dicha construcción adquiere legitimidad en la medida que su desarrollo, desenvolvimiento y desempeño se ajusta a los principios fundamentales del derecho natural.

En ese momento del discurso, el modelo contractualista-racionalista de los derechos fundamentales se encuentra asociado a la llamada concepción clásica del contrato social, donde se destaca el planteamiento de Grocio, desde donde se reconoce la existencia de una cualidad moral ligada a las personas que de manera legítima le permitirá tener o hacer determinadas cosas.

⁶⁷ MATEUCCI. Nicola. "Contractualismo" en *Diccionario de política*. Editorial Siglo XXI, México. 1981, pág. 408.

Esto representa un derecho-facultad que constituye un natural consistente en determinados principios de la recta razón, a través de los cuales es posible “conocer que una acción es moralmente honesta o deshonesta según sea su correspondencia o no con una naturaleza razonable o sociable”⁶⁸.

Otro de los aspectos que se deriva de los tres niveles del discurso, concretamente del segundo nivel, del iusnaturalismo contractualista, apunta a lo que se puede denominar una concepción de la sociedad, una forma de establecer las formas de convivencia dentro de ella. Uno de los autores que se alinea dentro de esta perspectiva del discurso neocontractualista es Bobbio cuando señala lo siguiente:

La vieja teoría del contrato social no solo no ha sido desmentida en la realidad del desarrollo histórico, sino que es más actual que nunca, aun necesita ser revisada y puesta al día.....El contrato como una institución fundamental para la regulación de las relaciones sociales de interés público es más que nunca una realidad de hecho⁶⁹.

La perspectiva expuesta por el autor se ubica dentro de esquemas en los cuales la noción de contrato social no está dirigida a explicar el origen del Estado, sino a sustentar y explicar el Estado de Derecho y el Derecho mismo⁷⁰. Es decir una teoría sobre el por qué de la vigencia de un determinado orden jurídico, donde se parte del pacto y el acuerdo social como fundamento sustancial de la obligatoriedad del derecho.

Otro elemento que se encuentra relacionado con el segundo nivel del discurso del iusnaturalismo contractualista, propugna que la categoría del

⁶⁸ Citado en NOGUEIRA ALCALÁ, H. Op. cit., pág. 24.

⁶⁹ NOGUEIRA ALCALÁ, H. Op. cit., pág. 27.

⁷⁰ BARRANCO, María. “Notas sobre la libertad republicana y los derechos fundamentales como límites al poder” en Derechos y libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas N° 9. Madrid. 2000, pág. 67.

contrato social constituye el fundamento de legitimación social, jurídica y política. A ese respecto, uno de sus propugnadores, Fernández, señala las siguientes razones que justifican el carácter sustentador que detenta el todo socio-político-jurídico con relación a la noción de contrato social⁷¹:

La primera tiene que ver con la importancia del consenso como base fundamental de que toda sociedad estable y justa representa uno de los componentes más importantes de todo sistema democrático. En ese sentido la noción de contrato social equivale el sustrato que justifica la existencia del Estado y en la medida que la conformación del mismo remite más a una relación de acuerdos y no a una a relación de fuerza, habrá un mayor acercamiento a la democracia y un mayor alejamiento de la autocracia.

La segunda razón expuesta por el autor indica que la noción de contrato social aporta los componentes de orden ético y deontológico, en virtud de los cuales se establecen los argumentos que justifican la existencia de un orden social, político y jurídico. Desde esta perspectiva, el contrato social aporta los principios fundamentales relativos a autonomía individual, libertad e igualdad, así como los argumentos que sustentan su aceptación, necesidad e importancia.

La tercera razón se relaciona con la obligación moral, jurídica y política, aspectos que tienen en la noción de contrato social como principio legitimador de dichas obligaciones, las cuales se hacen extensivas a las relativas a la obediencia al derecho, conjuntamente con el derecho de participación política y a la desobediencia civil.

⁷¹ FERNÁNDEZ, Eusebio. *Teoría de la justicia y derechos humanos*. Editorial Debate. Madrid. 1991.

La cuarta razón que explica la naturaleza sustentadora donde se legitima el orden social, político y jurídico se explica en el hecho de la existencia de una relación estrecha entre la legitimidad generada por el contrato social y el sistema democrático liberal, en virtud de la cual se puede explicar la elección, revisión y crítica de los diferentes modelos de sociedad.

La quinta razón esbozada por Fernández apunta hacia la importancia que tiene la noción de contrato social como idea y categoría que reivindica el papel protagónico y fundamental que tiene la sociedad. Aun cuando, el Estado tiene su base en el contrato social, precisamente dicho contrato es el resultado de una confluencia y acuerdo de los diferentes integrantes de la sociedad, quienes tienen el poder de renovar y cambiar las estructura políticas.

Desde esta última perspectiva se aborda el tercer nivel del discurso iusnaturalista contractual, en el sentido de que la noción de contrato social representa un instrumento político dirigido a ponerle límites a quienes detentan el poder. Esta condición reafirma la condición de animal social que detenta el hombre y que se canaliza a través del contrato social, no solo como fuente de construcción del Estado, sino también como mecanismo para establecer límite al poder estatal.

Estos tópicos respecto al iusnaturalismo racionalista representan aportes enriquecedores al modelo en cuestión. Igualmente, constituyen evidencias de la forma como ha evolucionado y diversificado esta concepción de los derechos fundamentales, constituyéndose en uno de los fundamentos más importantes de las diferentes declaraciones de independencia y de derechos humanos que se han realizado en los distintos momentos de la historia.

Con relación al iusnaturalismo deontológico contemporáneo, su orientación fundamental enfatiza los juicios de valores, postulados y normas generales basadas en la naturaleza humana. Nogueira Alcalá afirma lo siguiente respecto a esta tendencia:

En esta corriente el derecho natural se traduce y concreta en un complejo de valores, considerando que el derecho positivo debe adecuarse al valor, o que solo posee esencia de derecho a la norma jurídica positiva o derecho que tiende a concretar y a realizar el valor como debe ser⁷².

El carácter específico y diferenciador de esta tendencia del iusnaturalismo se encuentra expresado en el hecho de que las normas naturales se representan en forma de valores que van a definir y a determinar el sentido y la pertinencia del derecho positivo. Esto lo confirma Möller cuando afirma que “para el iusnaturalismo deontológico el derecho natural estaría relegado a una función crítica del derecho positivo a través del desarrollo de valores morales y éticos”⁷³.

De esta manera, a diferencia de las tendencias ontológicas del iusnaturalismo, donde se pauta el derecho en función del ser (ontología) y las tendencias racionalistas (contractualismo racional), en el iusnaturalismo deontológico se establece el “deber ser” como elemento fundamental del derecho⁷⁴. Desde esta concepción, el derecho natural se concibe como un elemento crítico del derecho positivo, que, tal como lo señala Möller sustituye “el absolutismo moral del iusnaturalismo ontológico por una postura mucho más moderada”⁷⁵.

⁷² NOGUEIRA ALCALÁ, H. Op. cit., pág. 29.

⁷³ MÖLLER, D. *Neoconstitucionalismo y la teoría del derecho*. [Tesis en línea]. Castilla, España: Universidad de Burgos. 2007, pág. 15.

⁷⁴ DORADO, J. *Iusnaturalismo y positivismo jurídico*. Editorial Dykinson. Cuadernos Bartolomé de las Casas n° 33. Madrid. 2004, pág. 57

⁷⁵ *Ibidem*.

Dicha postura propugna la ruptura y superación de un absolutismo dogmático centrado en el ser a una concepción basada en el deber ser, donde se consideran la realidad de los cambios sociales que se producen a través de la historia y la importancia de dichos cambios, como bases para la construcción de normas fundamentales dirigidas a la construcción de una noción de los derechos permanentemente en avanzada y evolución.

Esto lo confirma Nogueira Alcalá cuando afirma que “una fundamentación iusnaturalista atenuada no es partidaria de la universalidad, ni de la inmutabilidad del derecho natural, sino de su historicidad, de acuerdo con la naturaleza histórica del hombre”⁷⁶. La incorporación del componente histórico-social como elemento fundamental de la tendencia del iusnaturalismo deontológico permite darle a los derechos fundamentales la apertura a su enriquecimiento y evolución permanente, de acuerdo a los cambios que se producen en el contexto social y que reafirman la condición de hombre como animal histórico.

Contrario a una visión que pudiera relativizar el carácter de los derechos fundamentales, la tendencia del iusnaturalismo deontológico viene a incorporar el componente histórico como un elemento enriquecedor de la naturaleza humana, donde la universalidad de los derechos debe responder a la realidad de las diferentes situaciones humanas y sociales que, incluso, pueden darse en un mismo contexto histórico.

Este enriquecimiento, a su vez, contribuye a reconocer la complejidad de los derechos fundamentales, en el sentido de que no pueden ser comprendidos y asumidos desde un absolutismo dogmático que tiende a simplificarlos en su aprehensión. De esta manera, al reconocer la naturaleza histórica de la realidad humana, desde el iusnaturalismo

⁷⁶ Op. cit., pág. 30.

deontológico se contribuye a la permanente actualización de los derechos fundamentales y, por lo tanto, a plantear su reafirmación y defensa real, más allá de las puras declaraciones

En complementación a lo expuesto, Fernández afirma que en el iusnaturalismo deontológico se establecen los fundamentos éticos de los derechos fundamentales, lo cual viene a enriquecer sus basamentos. Señala el autor que la importancia de este componente ético viene dada por el hecho de que “al mismo tiempo que insistir en su especial importancia e inalienabilidad propugna la exigencia del reconocimiento, protección y garantías jurídicas”⁷⁷.

Este señalamiento expresa que no basta con declarar la importancia de los derechos fundamentales, sino también establecer los mecanismos a través de los cuales se puede alcanzar su protección y defensa en forma efectiva, entre los cuales se encuentran los de carácter jurídico como medios instrumentados tanto en el ámbito internacional como el de cada constitución nacional.

En el contexto de la tendencia deontológica del iusnaturalismo, Nogueira Alcalá destaca dos corrientes que se desprenden de ella; la corriente intersubjetiva representada en Pérez Luño y la de racionalidad práctica, de orientación neokantiana, representada en autores como Alexy⁷⁸.

Con relación a la corriente de orientación intersubjetiva, Pérez Luño la argumenta en los siguientes términos:

Como alternativa a las fundamentaciones objetivistas y subjetivistas de los derechos humanos, el intersubjetivismo

⁷⁷ Op. cit., pág. 103.

⁷⁸ Op. cit., pág. 31.

representa un esfuerzo para concebir como valores intrínsecamente comunicables, es decir, como categorías que por expresa necesidad social e históricamente compartidas, permiten suscitar un consenso generalizado sobre su justificación⁷⁹.

La posición que expone el autor referido indica que la concepción de carácter deontológico como fundamentación del enfoque iusnaturalista de los derechos fundamentales debe ir más allá de la dicotomía subjetivismo-objetivismo. En ese sentido, propugna una fundamentación que surge de un basamento de carácter antropológico-social, cuyo punto de partida se encuentra en el consenso donde se expresa un sistema de necesidades básicas que adquiere un estatuto de objetividad y universalidad no sustentado en argumentos absolutistas, sino como producto de una discusión racional y un consenso que logra hacerse concreto a través de un conjunto de postulados axiológicos materiales⁸⁰.

La corriente neokatiana propuesta por Alexy, de acuerdo con Nogueira Alcalá, propugna “una posición liberal utilizando la razón práctica y los ideales y principios de autonomía, universalidad (consenso) y democracia, partiendo de la teoría del recurso”⁸¹

Acompañando esta perspectiva de la racionalidad práctica de Alexy, Fernández establece que “los valores, como los juicios de valor, pueden ser justificados racionalmente, y ello implica que desde el punto de vista moral puedan compararse distintos problemas de moralidad y códigos éticos y establecerse que unos son mejores que otros”⁸².

Desde la perspectiva de esta corriente, los valores tienen una fundamentación racional y la definición y establecimiento de cada uno de

⁷⁹ Ibídem.

⁸⁰ Ibídem.

⁸¹ Ibídem

⁸² Op. cit., pág. 199.

ellos es el resultado de un proceso lógico de análisis comparativo de los diferentes problemas morales y las normas éticas correspondientes, de tal manera que se pueda determinar cuál de ellos se ajusta mejor a los principios racionales.

Los planteamientos que se desprenden de las dos corrientes permiten apreciar que a partir de los postulados que se hacen desde el iusnaturalismo de tendencia deontológica, se termina de reconocer al derecho positivo, en tanto es producto de valores construidos desde la intersubjetividad y como expresión de la racionalidad como basamento de los valores y como determinante en la confirmación de los derechos fundamentales.

De esta manera, se deduce que desde la perspectiva deontológica, se asume que los derechos fundamentales representan derechos morales que nacen de la misma condición humana, no como expresión de un absoluto ontológico, sino en virtud del carácter histórico del hombre como parte fundamental de la naturaleza humana y la intersubjetividad que se expresa en forma de discusión racional y un consenso que se concretiza en postulados morales.

En términos generales, los aspectos presentados en esta parte con relación al iusnaturalismo, permiten deducir una serie de elementos característicos que le aportan elementos significativos a los derechos fundamentales.

En primer lugar, desde esta filosofía se propugna que el origen de los derechos fundamentales se encuentra en el orden jurídico natural y no en el derecho positivo. No obstante esta preeminencia del orden jurídico natural sobre el derecho positivo, no se niega la existencia de este último, sino que se pauta su validez y pertinencia en tanto el mismo se ajusta al orden natural.

Un segundo aspecto que se puede determinar con respecto al iusnaturalismo, se encuentra en el hecho de que se considera al derecho natural como un conjunto de normas o leyes que son producto de una razón universal expresada a través de un pacto social con el cual se construye el Estado y que tiene a las leyes naturales como normas que dictaminan la forma de conducirse ese Estado y la sociedad.

Como tercer aspecto del iusnaturalismo, al propugnar la construcción del Estado a través de los acuerdos alcanzados entre los hombres en sociedad en atención a lo que establece la razón universal, es esta sociedad de hombres, quien debe estar en capacidad de ponerle límites al Estado.

En su tendencia deontológica, el iusnaturalismo propugna una sustentación de los derechos fundamentales desde una universalidad que no surge de un absoluto inmutable, sino de un proceso de construcción a través del diálogo racional y el consenso entre los hombres en diferentes momentos de la historia. En ese sentido, propugna que la historicidad representa un componente fundamental de la naturaleza humana y la razón universal se constituye en razón dialógica.

Igualmente, desde esta tendencia se llega a establecer una identificación entre derecho y moral y en ese sentido, se asume que la entrada en vigor de los derechos fundamentales responde a postulados morales que surgen de los acuerdos y consensos, lo que obliga al derecho positivo a garantizar las normas a través de las cuales se garanticen y protejan estos derechos y le plantea al Estado generar las condiciones materiales y organizativas que supere la anarquía y los garantice.

Finalmente, la importancia determinante que se le da al diálogo y a los acuerdos en la filosofía iusnaturalista, constituye un componente del

importancia capital en los procesos de construcción de los derechos fundamentales, así como en las acciones dirigidas a promover el mejoramiento continuo de la democracia como forma perfectible de organización político-jurídica.

Los diversos y disímiles aspectos que integran al iusnaturalismo también son considerados como aspectos objeto de crítica. En ese sentido, Nogueira Alcalá⁸³ considera lo que señala Bobbio, quien plantea que la concepción iusnaturalistas de los derechos fundamentales presenta una falla significativa, que es la carencia de eficacia.

Esto es, que el derecho natural no logra consolidarse por sí mismo y a ese respecto, el autor referido, citando a Bobbio, afirma que “mientras no haya encontrado la fuerza para hacerse valer, no es derecho en el sentido corriente de la palabra, es derecho en el sentido equívoco o incluso incorrecto”⁸⁴.

Esto se puede explicar por el hecho de que la realización del derecho natural es reconocida como sólo posible a través del derecho positivo y ello es visto por el autor referido como una debilidad, como un factor que dificulta la consecución de su eficacia como derecho y como, el autor señala, la confirmación de su definición en el sentido estricto de lo que debe representar el derecho.

Una segunda crítica que le hace Bobbio al iusnaturalismo se expresa en la observación respecto a una falta de precisión y seguridad en el concepto de “naturaleza del hombre”. Esto lo considera el autor como un

⁸³ Op. Cit.

⁸⁴ *Ibidem*, pág. 39.

problema que afecta la solidez de esta filosofía y lleva al derecho natural a constituirse en un concepto impreciso y vago.

La tercera crítica se encuentra representada en los planteamientos de Raz, quien destaca dos falacias de este modelo: La primera, se encuentra en una creencia que considera falaz y que es la de pensar que las disposiciones jurídicas son necesariamente morales; la segunda, la de considerar que un sistema jurídico puede existir sólo si la comunidad-sujeto cree en la validez moral⁸⁵.

No obstante, Möller realiza algunos planteamientos que rescatan el papel fundamental que tiene el iusnaturalismo en el marco de la filosofía del derecho y de la política. A ese respecto, señala, en primer lugar, que la filosofía iusnaturalista no puede tener la misma competencia y precisión del enfoque iuspositivista para establecer criterios científicos para identificar y conocer el fenómeno del derecho y aduce que éste no era el principal objetivo de esta filosofía. A ese respecto afirma lo siguiente:

Si por un lado es verdad que las críticas del iuspositivismo metodológico al iusnaturalismo pueden resultar procedentes en lo que se refiere a su concepción de derecho como ciencia; también es verdad que esto nunca ha sido un objetivo de los grandes filósofos iusnaturalistas⁸⁶.

Con este planteamiento el autor releva a la filosofía iusnaturalista de la labor de establecer basamentos y criterios científicos para conocer lo que representa el derecho y con base a ello señala, tomando como referencia planteamientos como los de Bix, que la principal preocupación del iusnaturalismo estaba referida:

⁸⁵ *Ibidem*

⁸⁶ *Op. Cit.*, pág. 36.

A lo que los legisladores, ciudadanos y gobierno deberían o podrían hacer en buena conciencia, es decir, en pleno uso de la razón. No es que estos teóricos no se preguntaban sobre lo que es el derecho; sino que partían de una concepción inicial de ética, no conceptual⁸⁷

En ese sentido, las críticas que se hacen del iusnaturalismo pueden tener pertinencia desde la estricta definición del Derecho, en el sentido de que su orientación de carácter estrictamente filosófica de corte ontológico, racionalista y deontológico, se encuentra centrada en darle fundamentación a las propuestas sobre los derechos fundamentales desde las perspectivas señaladas (ontología y deontología).

En ese sentido, la elaboración de documentos relacionados con el respeto, garantía y protección de los derechos humanos cuenta con una amplia y significativa base iusnaturalista. Igualmente, este basamento se hace extensivo a la elaboración de las constituciones actuales, por lo que se puede hablar de una constitucionalización de los derechos fundamentales basada en el iusnaturalismo. A ese respecto el autor señalado hace los siguientes planteamientos

La presentación del iusnaturalismo como teoría política es también importante en orden a la comprensión de muchas de las doctrinas que aporta el neoconstitucionalismo pues sus proposiciones tratan de una serie de posiciones políticas y de teorías de Estado de las cuales el iuspositivismo no se ocupa en su definición de derecho⁸⁸.

Lo señalado indica que los planteamientos del iusnaturalismo constituyen un aporte de importancia clave para los derechos fundamentales, no por el hecho de los aportes de carácter científico-técnico que le den sustentación a los mismos, sino desde una perspectiva ético-filosófica y

⁸⁷ *Ibidem.*

⁸⁸ *Ibidem.*

deontológica que va a generar elementos de relevancia determinantes en las cartas y acuerdos de los derechos humanos y la construcción de lo que se ha denominado neoconstitucionalismo.

Estos componentes de carácter ético y deontológicos, olvidados por el positivismo originario, son aportados y generados desde la perspectiva del iusnaturalismo y son tomados actualmente en las actuales propuestas del positivismo, lo que se ve reflejado en la redacción de las nuevas constituciones, donde el componente ético y valorativo adquiere dimensiones de importancia que coadyuvan al enriquecimiento del derecho y determinan su orientación y desarrollo.

En ese sentido, si bien es cierto que se pueden considerar como válidas las críticas que se les hace al iusnaturalismo desde la perspectiva de una visión científica, también es cierto que es impensable negar los aportes que desde la ontología, la ética y la deontología se hacen desde este modelo para la conformación de las propuestas dirigidas a realzar el valor de los derechos fundamentales y destacar la importancia que tiene su defensa y protección en todas las constituciones actuales.

b.2 Iuspositivismo

El enfoque positivista de los derechos fundamentales corresponde a una visión que trata de romper con los criterios que se establecen desde la perspectiva del iusnaturalismo y que se opone abiertamente a ella. Dorado, tomando como sustento los planteamientos de Bobbio, señala que la denominación de positivismo jurídico o de iuspositivismo es erróneamente atribuida a que este enfoque del Derecho es una variante o ramificación jurídica del positivismo filosófico⁸⁹.

⁸⁹ Op cit.

A ese respecto expresa que el positivismo jurídico representa una denominación “bajo la que cabría agrupar todas las teorías que se oponen al iusnaturalismo”⁹⁰. De este planteamiento se deduce que el concepto de iuspositivismo o positivismo jurídico no surge como una ramificación del positivismo filosófico, sino como concepto que se contrapone al modelo iusnaturalista por el hecho que mientras dicho modelo “mantiene una tesis dualista en cuanto al concepto de Derecho –al distinguir entre Derecho Natural y Derecho Positivo- el positivismo se caracteriza por defender una tesis monista según la cual no hay más derecho que el Derecho Positivo”⁹¹.

Esta definición la considera Dorado como insuficiente y plantea la necesidad de profundizar más en lo que representa el positivismo jurídico y para ello se sirve de los planteamientos realizados por Bobbio acerca del positivismo jurídico o iuspositivismo. En dichos planteamientos se enfoca al positivismo jurídico como actitud científica frente el Derecho, como teoría y como ideología⁹² (Ibídem). A continuación se realiza el análisis de estos tres planteamientos, a los fines de realizar un primer acercamiento.

Con relación al positivismo jurídico como actitud científica frente al derecho, también denominado como positivismo metodológico o conceptual, Dorado señala que el mismo supone la aceptación de la llamada neutralidad valorativa o *Wertfreiheit* de Max Weber. Desde esta premisa, citando a Bobbio, se establece la existencia de un derecho real y uno ideal, planteando que es sobre el primero de estos derechos donde debe desenvolverse todo jurista.

⁹⁰ Ibídem, pág. 23.

⁹¹ Ibídem.

⁹² Ibídem.

El planteamiento que hace Dorado desde Bobbio se verifica en la siguiente cita de este autor:

En esta primera acepción del positivismo jurídico, positivista es, por consiguiente, aquel que asume frente al derecho una actitud a-valorativa y objetiva o éticamente neutral; es decir que acepta como criterio para distinguir una regla jurídica de una regla no jurídica la derivación de hechos verificables (...) y no la mayor o menor correspondencia con ciertos sistemas de valores⁹³.

El positivismo jurídico como actitud científica frente al Derecho representa una visión que, vista cuidadosamente, remite a lo que se propone desde el positivismo filosófico, puesto que se aferra a criterios de demarcación basados en “hechos verificables”, tal como se plantea desde esta filosofía, aspecto que también es visualizado y planteado por Bobbio. Dicha actitud científica acerca al positivismo jurídico al positivismo filosófico y a una forma de asumir el Derecho desde la perspectiva de la verificabilidad como criterio último y determinante de toda verdad.

La imposición del criterio de verificabilidad como fuente de valor y validez en el Derecho presente en el positivismo jurídico implica, la separación entre Derecho y Moral, de acuerdo con Hoerster, quien afirma “con su tesis de la neutralidad el iuspositivista aboga, pues, por una estricta separación entre la atribución de la validez jurídica y la formulación de valoraciones ético-normativas”⁹⁴ (citado por Dorado, 2004, p. 24).

De este planteamiento científicista del positivismo jurídico se desprende una visión eminentemente práctica donde la valoración de las dimensiones éticas en virtud de las cuales se le da sustentación a los derechos fundamentales, queda totalmente relegada, conformándose un

⁹³ *Ibidem*, pág. 24.

⁹⁴ *Ibidem*.

criterio del Derecho desvinculado y ajeno a todo enunciado ético o moral o de valores.

Con relación a esta posición, Möller resalta planteamientos y argumentaciones como las que se hacen desde autores como Kelsen y Ross. A ese respecto señala lo siguiente:

Según parte de la doctrina iuspositivista moderna, como por ejemplo Kelsen y Ross, un sistema debe abstenerse de utilizar criterios morales porque éstos, al final, son siempre subjetivos y emotivistas, de modo que no se puede llegar al concepto de una moral correcta a través de un proceso racional. El iuspositivismo (relativista) kelseniano ataca frontalmente a la posibilidad de enunciación de una moral correcta defendida por el iusnaturalismo⁹⁵.

Estos autores propugnan que ningún ordenamiento jurídico puede sustentar su validez en una adecuación a una moral absoluta, sino por criterios de carácter objetivo carentes de toda posición “emotivista”, puesto que dichos criterios le quitan solidez científica a los postulados que se deriven de ellos.

Dentro de esta misma postura científicista del positivismo jurídico, Dorado rescata tendencias y propuestas que se oponen al reduccionismo, propio del positivismo filosófico y que se hace presente en el planteamiento del positivismo metodológico. A ese respecto, el autor referido señala lo siguiente:

En definitiva que mientras que el positivismo metodológico puede suponer o no la aceptación de la tesis del subjetivismo, lo que supone en todo caso es la aceptación de la neutralidad valorativa. El positivista metodológico puede rechazar la posibilidad de enunciar una moral correcta (emotivista), o puede aceptar esta posibilidad, ya sea que se considere a esta moral

⁹⁵ Op. Cit., pág. 69

correcta como objetiva y absoluta (cognoscitivista) o subjetiva (prescriptivista), pero en cualquier caso, esa moral correcta no puede considerarse, necesariamente, como un criterio para identificar el Derecho, sino solamente para valorar la justicia⁹⁶.

La posición esbozada por Dorado remite a una tendencia dentro del enfoque cientificista del positivismo jurídico orientada a lo que denominaría un cognoscitivismo ético opuesto a un cognoscitivismo no-ético que es el planteado en la propuesta originaria del enfoque de actitud científica ante el Derecho del positivismo jurídico, propuesta que se orientaría a un reduccionismo positivista⁹⁷.

En ese sentido, la formulación de una tendencia que, manteniéndose dentro del positivismo metodológico, abre posibilidades a la incorporación de la moral en los criterios a manejar dentro del positivismo jurídico como actitud científica frente al Derecho. Dicha incorporación, no obstante, se asume como un criterio para declarar la justicia o no del Derecho y no como fundamento de éste.

Con relación al positivismo jurídico como teoría, en palabras de Bobbio, referido por Dorado, éste conecta al Derecho con “un poder soberano capaz de ejercitar la coacción: El Estado. Se trata de aquella común identificación del positivismo jurídico con la teoría estatal del derecho”⁹⁸. Con relación a esta tendencia dentro del iuspositivismo, se verifica en ella la relación que existe entre el Derecho y el Estado y, por lo tanto, la validez del primero, sólo en el marco del segundo.

⁹⁶ Op. Cit., pág. 28.

⁹⁷ PECES-BARBA, Gregorio. Derechos Fundamentales. Guardiania de Publicaciones. Madrid. 1973, pág. 25.

⁹⁸ Op. Cit., pág. 28.

De la concepción del iuspositivismo como teoría, Dorado⁹⁹ afirma que aparte de una relación de dicha concepción con una teoría estatalista, se establecen otras relaciones con otras tesis, concretamente con las siguientes:

- Tesis de coactividad del Derecho, donde se plantea que éste consiste en un sistema de normas que se aplican en forma coercitiva o de normas cuya aplicación se encuentra dirigida a regular la fuerza en determinado grupo social.

- Tesis legalista, la cual está conforme con la supremacía de la ley como fuente primigenia del Derecho y donde las demás normas se encuentran supeditadas a ella.

- La tesis de la imperatividad, según la cual las normas jurídicas se consideran como mandatos del soberano respaldadas por la fuerza.

- La tesis de la coherencia y la plenitud del ordenamiento jurídico como sistema unitario y coherente, sin antinomias, ni lagunas.

- La tesis de la interpretación mecanicista, conforme a la cual la labor de un juez puede reducirse a la aplicación mecánica de la ley, sin atender a valores algunos.

Con relación a la tendencia del positivismo jurídico como ideología, Dorado afirma que “supone la aceptación de la tesis de la obligación moral al derecho”¹⁰⁰. Este planteamiento se basa en lo que plantea Bobbio, quien afirma que “representa la creencia en valores y, sobre la base de esta

⁹⁹ *Ibidem.*

¹⁰⁰ *Ibidem.*

creencia, confiere al derecho que es, por el solo hecho de existir, un valor positivo, prescindiendo de toda consideración acerca de su correspondencia con el derecho ideal¹⁰¹.

Dentro de esta concepción del iuspositivismo como una ideología, Squella destaca una tendencia extrema y una menos extrema planteadas de la siguiente forma:

El positivismo jurídico está caracterizado, en su versión más extrema, por una confusión entre derecho positivo y justicia, o sea por la afirmación de que todo derecho positivo, por el hecho de ser tal, es justo, no existiendo, ningún otro criterio de valor posible que no sea el que fluye o resulta del mismo derecho positivo. En una versión menos extrema, y por lo mismo, más frecuente, el positivismo jurídico como ideología, se caracteriza por la afirmación de que todo derecho positivo, o sea todo sistema de legalidad vigente en una comunidad jurídica determinada, asegura por sí mismo, ciertos valores jurídicos de carácter general, tales como el orden, la paz y la seguridad jurídicas¹⁰².

En la tendencia extrema presente en la concepción del iuspositivismo como ideología, se considera que el derecho positivo por el sólo hecho de ser derecho positivo, expresión de una voluntad dominante se asimila a la justicia, es decir es justa.

En la tendencia menos extrema, se considera al derecho como reglas que representan la expresión del poder en un determinado marco social y como tal expresión ejerce la fuerza para que se alcancen los fines relativos al cumplimiento del orden, la paz, la tranquilidad y la justicia en términos generales.

¹⁰¹ *Ibidem*.

¹⁰² Citado por NOGUEIRA ALCALÁ, H., Op. Cit., pág. 43

Al considerar esta tendencia con referencia a los derechos fundamentales, se puede afirmar que éstos estarían en función de lo que cada ordenamiento jurídico, como expresión de la positivación de esos derechos, establece de manera voluntaria y discrecional para cada persona.

Con relación a las dos tendencias ideológicas (extrema y menos extrema), Dorado afirma que prevalece un argumento fundamental que es el de sostener que existe un deber moral de obedecer al Derecho, pues el mismo se encuentra vinculado con la idea de justicia formal, que se expresa en las nociones de paz, seguridad o el orden.

No obstante lo planteado, el autor reconoce que de ambas tendencias se desprenden dos posibles tipos de ideología positivista, una ideología extrema que afirma la existencia de una obligación extrema, donde se afirma que existe una obligación absoluta y sin condiciones de obedecer al Derecho por el mismo representar la justicia formal, de tal forma que sería indiferente cualquier consideración respecto a su justicia material; una ideología no extrema, donde se concibe que el derecho positivo, en tanto orientado hacia la consecución del orden, la paz y la justicia, debe ser objeto de obediencia como expresión de un mandato moral.

Con relación a la posición extrema del positivismo jurídico como ideología, Dorado afirma que no existe dentro de los propulsores de este modelo (Hans Kelsen, Alf Ross, Herbert Hart, Norberti Bobbio) una posición favorable al mismo. A ese respecto, afirma lo siguiente

En cualquier caso, podría ser que a pesar de rechazar el positivismo jurídico en su versión estricta, estos autores adoptasen una postura ideológica moderada respecto a la

obligación moral de obedecer al Derecho, según la cual existe una obligación *prima facie* de obedecerlo¹⁰³.

La ubicación no extremista de los principales defensores del positivismo jurídico, indicaría el riesgo que se corre con el dogmatismo que se propone en una ideología extrema sustentadora de esta corriente. En ese sentido, establecer en forma taxativa que el derecho positivo debe ser obedecido por el hecho de ser derecho positivo, estaría colocando al Estado por encima de las personas y colocando en una posición secundaria a los derechos fundamentales.

Igualmente, desde el sostenimiento de estas posiciones extremas del iuspositivismo como ideología, se estaría contribuyendo a reforzar la discrecionalidad del Estado como ente que determina cuáles son los derechos fundamentales a ser respetados y protegidos en determinado ordenamiento jurídico relacionado con una determinada sociedad, la cual quedaría sujeta a los dictámenes exclusivos del Estado como entidad última y determinante de decisión.

La persistencia en estas posturas tendería, en primer lugar, a la conformación de un no-cognoscitivismo moral extremo donde no se acepta, ni se da cabida a ninguna consideración de valor, más allá del derecho positivo. En segundo lugar, la conformación de un obedencialismo, donde lo moral sólo tiene sentido, no como fundamentación del derecho, sino en la obediencia al derecho positivo como única vía para la consecución de la paz, el orden y la justicia.

Con relación a lo señalado, en el marco de lo que representa el iuspositivismo contemporáneo, se plantean propuestas no extremas que

¹⁰³ Op. Cit., pág. 34.

estarían dirigidas a superar estas tendencias extremas que devendrían en una dogmatización del positivismo jurídico. A ese respecto, Möller considera los señalamientos que se hacen desde el positivismo jurídico en el contexto de la realidad del mundo actual¹⁰⁴.

La naturaleza de esta crítica denuncia un extremismo, donde el derecho sólo se asume en función de la verificabilidad de los fundamentos de sus postulados, su identificación con una teoría estatalista o como ideología que propugna la obediencia por ser derecho positivo o porque representa la vía idónea para alcanzar los ideales de orden, libertad, certeza y justicia.

Con relación a las críticas señaladas por Möller, en primer lugar, se debe destacar que buena parte de ellas se relacionan con el hecho de que el positivismo jurídico pretende explicar el derecho en sí mismo, generando con ello una teoría “unidimensional del derecho”, donde se establece una desconexión de la política y de la moral. En su desconexión de la política, el iuspositivismo propugna que su “norma fundamental”, “norma suprema” o “regla de reconocimiento” se encuentra en un plano superior que la desvincula totalmente del factor político como determinante en la producción de sus normas¹⁰⁵.

En lo que concierne a la desconexión con la moral, Möller señala que dentro de iuspositivismo coexisten corrientes de no incorporación (no cognoscitivismo ético) y de incorporación (cognoscitivismo ético) de la moral en el derecho. En las corrientes “no incorporacionistas”, el autor destaca la de Raz, quien señala que las normas creadas por la autoridad competente están llamadas a ser obedecidas, sin que medie argumento moral alguno, pues los sistemas jurídicos las previsiones de competencia y autoridad son

¹⁰⁴ Op. Cit., pág. 77.

¹⁰⁵ Ibídem.

razones suficientes para que las normas en cuestión sean obedecidas (Ibídem).

Respecto a las corriente “incorporacionistas” que se propugnan en el marco del positivismo jurídico contemporáneo, Möller afirma que manteniendo la tesis positivista de la separación, se acomoda a una visión diferente respecto a la relación derecho-moral. Dicha posición asume que aun cuando la moral no debe tener un rol importante en la definición, declaración y validación del derecho, plantea que un determinado sistema jurídico puede establecer un criterio moral como necesario para darle validez a las normas jurídicas (Ibídem).

A ese respecto, frente a una postura extrema de exclusión entre derecho y moral que no admite siquiera una relación contingente, en el marco del positivismo jurídico contemporáneo, también prevalece una concepción incluyente, donde se propugna la incorporación contingente de criterios morales dentro de un determinado sistema jurídico con miras a aportarle elementos de sustentación moral a su conceptualización de lo que representa el derecho.

Möller reafirma la validez y pertinencia de la tesis “incorporacionista” en el contexto de la realidad del derecho actual y a ese respecto, toma en cuenta los señalamientos que realiza Barzatt al sostener que:

Quien desea comprender la experiencia jurídica en sus varios aspectos debe tener en cuenta que esa es aquella parte de la experiencia humana cuyos elementos constitutivos son ideales de justicia a realizar, instituciones normativas para realizarlos, acciones y reacciones de los hombres en relación de aquellos ideales y a estas instituciones. La intromisión de elementos

fácticos y valorativos en las construcciones positivistas muestra, a *contrario sensu*, la verdad de esta tesis¹⁰⁶

El argumento expuesto permite visualizar que en la concepción del derecho el positivismo jurídico no se puede obviar que en el marco de toda experiencia jurídica no prevalecen componentes y aspectos estrictamente jurídicos, sino que también convergen los ideales éticos de justicias, las instituciones, la participación activa y reactiva de los seres humanos en ese marco, entre otros elementos que se hacen presentes incluso en la mezcla de elementos valorativos y fácticos presentes en los argumentos positivistas.

En ese sentido, la idea de que el derecho represente un fenómeno complejo hace inviable el mantenimiento de posiciones dogmáticas de rechazo extremo a todo elemento proveniente de la moral en la construcción de los postulados relacionados con el derecho que se hacen en el marco de un determinado ordenamiento jurídico.

Por ello, la validez fáctica luce como un criterio insuficiente y limitado para declarar la pertinencia y validez del derecho, debiendo el positivismo jurídico ubicar su mirada en valores como la justicia como criterios de validación para una construcción más acabada y realista de la noción de derecho.

Este planteamiento permite afirmar que dentro del positivismo jurídico contemporáneo no se asume la existencia de una exclusión extrema de la moral. A ese respecto, tiene pertinencia lo que señala Möller cuando afirma que en los planteamientos actuales relacionados con la tesis “incorporacionista” prevalece la presencia de dos concepciones que codayuvan a la manutención y presencia del positivismo jurídico:

¹⁰⁶ *Ibidem*.

La primera, la *tesis negativa* según la cual se puede sostener la separación del derecho de la moral porque ésta no es necesariamente un criterio de validez del derecho. La moral puede estar incorporada en el derecho, pero su ausencia no descalifica un sistema como jurídico y sus disposiciones como derecho. La segunda – denominada positiva – consiste en la afirmación de la naturaleza convencional del derecho. La tesis positiva, fundamento de la posibilidad de incorporación de la moral, defiende que la utilización de la argumentación moral para determinar criterios de validez del derecho no es incompatible con la doctrina positivista ni con sus fuentes convencionales¹⁰⁷

El planteamiento de estas dos tesis en el marco del positivismo jurídico como componentes fundamentales del “incorporacionismo” moral a este modelo, si bien es objeto de críticas por posiciones anti y pro iuspositivismo, constituyen propuestas que pretenden, por un lado, rescatar al positivismo jurídico de posiciones extremas que conducirían a su dogmatización y a su ineficacia como teoría explicativa y sustentadora de los derechos fundamentales en el marco de la realidad actual.

Por otro lado, la presencia de estas dos tesis, propugnan un enriquecimiento del positivismo jurídico, al establecer la presencia de criterios morales en la construcción de la noción de derecho, sin declinar por ello, en las tesis iniciales del positivismo de la verificabilidad como criterio de demarcación y la separación entre derecho y moral.

Con relación a lo señalado, cabe considerar nuevamente lo que señala Möller cuando afirma que:

Conforme entendemos, la teoría incorporacionista, al admitir la moral como criterio posible de validez cuando sea reconocido por la regla de reconocimiento ofrece una explicación positivista más actual y coherente el concepto de derecho ante de los

¹⁰⁷ *Ibidem*, pág. 81.

ordenamientos jurídicos actuales, donde la presencia tanto de contenidos abiertos y al menos semánticamente ligados a contenidos morales están presentes¹⁰⁸.

El autor confirma que la incorporación de la moral como criterio en la definición de la noción de derecho, aun en forma contingente, representa un aporte de importancia significativa para la actualización del positivismo jurídico, partiendo del hecho que los ordenamientos jurídicos en la actualidad han devenido en la formulación de argumentos que se encuentran altamente provistos de contenidos morales.

Otro argumento esbozado por el autor, que le da fuerza a la tesis “incorporacionista” en el marco del positivismo jurídico contemporáneo, señala que la incorporación de los criterios provenientes de la moral:

Permite, así, que el ordenamiento se abra a otras fuentes de producción normativa y no exclusivamente a la ley, presentando una explicación coherente no sólo respecto a la constitución normativa, del desarrollo de conceptos indeterminados de normas abiertas - principalmente los principios -, de la utilización de criterios morales como criterios de validez y del nuevo papel ejercido por nuevas fuentes de derecho que sustituyen el protagonismo de la ley¹⁰⁹.

La incorporación de criterios planteados desde la moral en la estructuración del derecho representa una forma de darle mayor apertura a las tesis del iuspositivismo, en el sentido de que se consideran otras fuentes aparte de las provenientes de la ley. Esto favorece la ubicación del positivismo jurídico dentro de los esquemas de la compleja actualidad en la cual la sola formulación de la ley como criterio exclusivo representa una

¹⁰⁸ *Ibidem*, pág. 83.

¹⁰⁹ *Ibidem*.

limitante que lleva a colocar a las tesis iuspositivista dentro de parámetros dogmáticos apartados y ajenos a la realidad social, política y jurídica.

Los aspectos mencionados respecto al iuspositivismo o positivismo jurídico permiten extraer una serie de planteamientos en virtud de los cuales se pueden precisar elementos caracterizadores y definitorios de este modelo con relación a los derechos fundamentales:

En primer lugar, desde la propuesta del positivismo jurídico se introduce el criterio de verificabilidad como un componente en virtud del cual se le da mayor pertinencia a los postulados que se hacen respecto a estos derechos.

En segundo lugar, la consideración de las fuentes oficiales en la construcción de los argumentos propios del positivismo jurídico permite desarraigar al derecho de los argumentos metafísicos que prevalecían desde el iusnaturalismo, dándole una sustentación descriptiva al sistema jurídico, que indudablemente contribuye a fortalecer su basamento.

En tercer lugar, la apertura a las llamadas tesis “incorporacionistas” dirigidas a favorecer la aplicación de criterios tomados desde la moral para la definición de la noción de derecho, favorece la pertinencia del positivismo jurídico como tesis desde la cual se pueden establecer las discusiones y referencias necesarias para la defensa y protección de los derechos fundamentales, pues se logran identificar y precisar, no solamente las fuentes provenientes de la ley, sino otras fuentes que le permiten adecuarse a la dinámica y a la complejidad de la realidad actual.

Estos aspectos representan argumentos que le dan mayor pertinencia al modelo iuspositivista como sustento teórico-filosófico de los derechos

fundamentales y permiten sumar muchos de sus planteamientos para la construcción de un cuerpo de basamentos, en virtud de los cuales estos derechos cuenten con una amplia y sólida base de sustentación.

b.3 Teoría Crítica.

La teoría crítica de los derechos fundamentales parte precisamente de una disensión respecto a la forma como se han concebido y definido estos derechos en el marco de la cultura occidental. Cabe señalar el planteamiento de Herrera, quien entiende a los derechos fundamentales como “los productos culturales que la modernidad occidental ha propuesto como camino –o como obstáculo- propio de lucha para la construcción de la identidad”¹¹⁰.

Este señalamiento plantea una severa revisión de las concepciones desde donde se han elaborado los planteamientos relacionados con los derechos fundamentales y que han persistido en el marco del mundo occidental como ejes de dirección basados en una universalidad, que no es tal, pues se limita exclusivamente a los parámetros propios de la sociedades del mundo occidental que marcan los esquemas de dominación.

El planteamiento de esta posición crítica ante la forma como han sido configurados y concebidos los derechos fundamentales representa una irrupción, un acto de resistencia:

Por eso debemos resistirnos al esencialismo de la convención – la narración, el horizonte normativo, la “Ideología Mundo”- que ha instituido el mundo occidental sobre tales “derechos” para universalizar una idea de humanidad (la liberal individualista) y el sustantivo de “derecho” para presentarlos como algo

¹¹⁰ HERRERA, Joaquín. *Los derechos humanos como productos culturales: Crítica al humanismo abstracto*. Madrid Los Libros de la Catarata. Madrid, 2005, pág. 262.

conseguido de una vez por todas, nosotros nos situamos en otra narración, en otro *nomos* en otra *grund norm*, en un discurso normativo de “alteridad”, de “alternativa” y de “alteración”, es decir, de resistencia a los esencialismos y formalismos liberal-occidentales que hoy en día son completamente funcionales a los desarrollos genocidas e injustos de la globalización neoliberal¹¹¹.

La naturaleza de esta irrupción implica la elaboración de una razón crítica, de una nueva norma, de un discurso alternativo, alterativo y distinto a los discursos que desde el derecho y la política han prevalecido y se han impuesto en el marco de las sociedades occidentales “desarrolladas como normas de comportamiento a las sociedades “subdesarrolladas””.

Igualmente, representa esta irrupción, esta resistencia, la puesta en escena de una definición igualmente distinta acerca de los derechos fundamentales. Dicha definición la propone el autor en dos acepciones, una como proceso y otra como sinónimo de dignidad. En su definición como proceso, Herrera señala en su obra *El proceso cultural. Materiales para la creatividad humana* que:

Los derechos humanos deben ser entendidos, pues, como los procesos sociales, económicos, políticos y culturales que, por un lado, configuren materialmente – a través de procesos de auto imposición de deberes y de construcción de un sistema de garantías amplio, político, político y democrático- ese acto ético y político maduro y radical de creación de un orden nuevo; y, por otro, la matriz para la constitución de nuevas prácticas sociales, de nuevas subjetividades antagonistas, revolucionarias y subversivas de ese orden global opuesto absolutamente al conjunto inmanente de valores –libertad, fraternidad e igualdad- que tantas luchas y sacrificios han necesitado para su generalización¹¹².

¹¹¹ *Ibidem*. pág. 263.

¹¹² HERRERA, Joaquín. *El proceso cultural. Materiales para la creatividad humana*. Editorial Aconcagua. Sevilla, España. Aconcagua. 2006, pág. 29.

Esta definición caracteriza a los derechos fundamentales no como algo dado, ni garantizados por ningún bien moral o alguna esfera trascendental, sino desde unos basamentos materiales ubicados en contextos histórico-culturales específicos. A la vez, propugna la ejecución de nuevas prácticas sociales de irrupción y transformación que conduzcan a elaboraciones nuevas distintas y opuestas dirigidas a la conformación de valores que sean el producto de la acción social.

Ello implica, tal como lo señala el propio Herrera, “la creación de condiciones que permitan a todas y a todos ‘poner en marcha’ continua y renovadamente ‘camino propios de dignidad’”¹¹³. En ese sentido, la construcción de la dignidad y de la libertad no surge de una acción individual, sino de una acción socialmente conformada y organizada en que todas y todos llegan a adquirir esos derechos en función de todas y todos.

En la segunda definición propuesta por Herrera para los derechos fundamentales como sinónimos de dignidad, el autor establece que:

La dignidad se sustenta en la capacidad de analizar, elucidar, hacer visible y, por lo tanto, intensificar las luchas que se desarrollan en torno al poder, las estrategias de los adversarios en el seno de las relaciones de poder, las tácticas utilizadas, los núcleos de resistencia¹¹⁴

Lo señalado en esta acepción propugna que su consecución implica que se deben construir las condiciones en virtud de las cuales se llegue a conformar el encuentro entre las diferentes formas en las cuales se movilizan los individuos y las sociedades hacia la consecución de la dignidad humana.

¹¹³ HERRERA, Joaquín. Cultura y derechos humanos. La construcción de los espacios culturales en ROSILLO MARTÍNEZ, Alejandro (Org.). *Teoría crítica de los derechos humanos en el siglo XXI*. Porto Alegre: EDIPURCS, pág. 263.

¹¹⁴ *Ibidem*, pág. 34.

Estos planteamientos inevitablemente conducen a la conformación de una definición de estos derechos desde una perspectiva política en la cual se asume que se definen como “los resultados de los procesos de lucha antagonista que se han dado contra la expansión material y la generalización ideológica del sistema de relaciones impuesto por los procesos de acumulación de capital”¹¹⁵.

Con relación a esta definición en clave política de los derechos fundamentales, se puede afirmar que los mismos se encuentran enmarcados en formas hegemónicas de la economía, donde tal como se genera riqueza, se produce pobreza. Igualmente, desde esta propuesta de definición política, se debe entender que los derechos fundamentales son el producto de formas de dominación que se dan al interior de lo social, de lo sexual, lo étnico y territorial.

Así también, desde esta perspectiva política los derechos fundamentales se dan en un contexto donde llegan a conformarse subjetividades y formas de organización que reaccionan contra los hechos concretos económicos, sociales, culturales y políticos que afectan la dignidad humana.

Con relación a esta definición de los derechos fundamentales desde la política y las que la anteceden, se puede afirmar que el enfoque de la teoría crítica se orienta por una praxis antagonista respecto a determinadas formas de relación y disposición social y se distancia de las propuestas del iusnaturalismo como “entidades naturales” o del positivismo jurídico, como expresión de una “realidad objeto de obediencia”.

¹¹⁵ *Ibidem*, p. 264.

En ese sentido, desde ésta se propugna su concreción, en los términos de su construcción como resultado de una acción social donde convergen las diferentes individualidades y formas de organización, con miras a lograr la elaboración de derechos como la fraternidad desde la acción colectiva expresada en “impulsos concretos de solidaridad y emancipación”¹¹⁶.

En lo que se refiere a una definición de derechos fundamentales desde una perspectiva social, la definición de Herrera establece que:

Los derechos humanos son el resultado de luchas sociales y colectivas que tienden a la construcción de espacios sociales, económicos, políticos y jurídicos que permitan el empoderamiento de todas y todos para poder luchar plural y diferenciadamente por una vida digna de ser vivida¹¹⁷.

Nuevamente se hace presente el concepto de antagonismo y el concepto de lucha como aspectos claves relacionados con los derechos fundamentales, como formas de canalizar una construcción de un ordenamiento jurídico que responda a la dinámica de la realidad social y cultural y que esté en atención a los procesos de participación que se generan desde diferentes sectores de esa realidad social.

Las definiciones ya expuestas desde la perspectiva de la teoría crítica, vienen a ser la expresión de una visión crítica de los derechos fundamentales que parte de la identificación de las seis paradojas que Herrera considera subyacen en la cultura occidental con relación a los derechos fundamentales.

¹¹⁶ HERRERA, Joaquín, Cultura y derechos humanos. La construcción de los espacios culturales. Rosillo Martínez, Alejandro (Org.). *Teoría crítica de los derechos humanos en el siglo XXI*. EDIPURCS. Porto Alegre. 2008, pág. 264.

¹¹⁷ Op. Cit., pág. 264

La primera de estas paradojas es la del lugar común que el autor define como “un lugar donde no circula el aire y es difícil respirar en tanto que se nos presenta como algo dado, ya construido y edificado de una vez y para siempre”¹¹⁸.

La figura a la que hace alusión el autor remite a que los derechos fundamentales como productos de la cultura occidental se encuentran ya establecidos y no existe lugar para el encuentro dirigido a su crítica y práctica. De esta manera se niega toda posibilidad a las definiciones cerradas y terminadas, a la generación de momentos de encuentros, desarrollo de nuevas prácticas y la elaboración de nuevas teorías.

La referencia a esta paradoja constituye una férrea crítica a los planteamientos de Bobbio, en torno a la negación de la posibilidad de generar procesos de revisión, actuación y crítica que permitan devenir hacia una concepción actualizada y realista de los derechos fundamentales, que no se quede en los fundamentos iniciales, ni en los fundadores y se ubique en el contexto de una realidad social y política altamente compleja y conflictiva.

Al respecto, Herrera señala que poner en funcionamiento los derechos fundamentales, se convierte en una prohibición que dificulta e impide pensar de manera libre sobre ellos y deja de ser una forma de entender los derechos y la democracia¹¹⁹. Se asume entonces que los derechos ya están dados, aunque los contextos en los que se desarrollan las vidas concretas puedan exigir nuevas formas de percibirlos, calificarlos y de ponerlos en práctica.

¹¹⁸ Herrera, Joaquín. *Los derechos humanos como productos culturales: Crítica al humanismo abstracto*. Editorial Los Libros de la Catarata. Madrid. 2005, pág. 67.

¹¹⁹ Op. Cit.

La propuesta del autor ante esta paradoja se orienta a la elaboración de nuevas teorías y fundamentaciones a través de los cuales se establezcan los contactos con los problemas concretos de las personas reales que, aun cuando formalmente tienen reconocidos sus derechos fundamentales, en la realidad diaria son sistemáticamente violentados, no sólo como consecuencia de la acción o inacción de políticas e instituciones, sino también por la propia universalidad abstracta de estos derechos.

La elaboración de estas nuevas teorías o fundamentaciones debe conducir al desarrollo de acciones sociales concretas desde los diferentes sectores de la sociedad (profesional, laboral, estudiantil, minorías, etc), que realmente coadyuven a la construcción de verdaderos lugares comunes, ámbitos de actuación social donde converjan diferentes actores sociales sensibilizados y concientizados para coadyuvar a la construcción de las condiciones económicas, sociales y culturales que “permitan encaminarnos hacia la dignidad”¹²⁰ (Ibídem) y, por lo tanto, a posibilitar esa concreción de los derechos fundamentales negada en aras de universalismo abstracto.

La segunda paradoja es la de la condición humana, la cual el autor denuncia como una abstracción de orientación iusnaturalista en la cual se insiste en una universalización de los derechos fundamentales, que lejos de contribuir con su verdadero reconocimiento y reafirmación en la práctica, coadyuva para banalizar y, si se quiere, justificar muchos de los “errores” que se cometieron y se han cometidos contra civilizaciones y países.

Ante la presencia de esta paradoja de los derechos fundamentales, Herrera plantea lo siguiente:

¹²⁰ Ibídem.

Para nosotros la realidad con respecto a los procesos reversibles y no lineales de la condición humana, está condicionada tanto por el contexto social, económico, político y cultural en el que surge y se desarrolla como por la validez, asimismo, condicionada por los fines que persigue. En otros términos los derechos humanos surgen en un contexto determinado de problemas y alcanzan validez cuando se consideran afectados y, a su vez, afecten a tal contexto y desde –y para- una concepción “válida” de la dignidad¹²¹.

En atención a lo señalado por el autor, la superación de la paradoja de la condición humana de los derechos fundamentales en el marco del mundo occidental se encuentra en primer lugar, en reconocer que dicha condición no es un concepto abstracto, sino una realidad que se encuentran enmarcada por una serie de condiciones sociales económicas, políticas y culturales que determinan su surgimiento y desarrollo.

En segundo lugar, la aprehensión de una condición humana real como basamento y referente efectivo de los derechos fundamentales, se hace posible en la medida que se aborde de manera eficaz la forma como el contexto los afecta y como ellos afectan dicho contexto, teniendo como referente una concepción válida de la dignidad que no remite a abstracciones metafísicas, sino a prácticas concretas que se dan en el marco de una verdadera acción social que de manera permanente coadyuva a su permanente y continua reafirmación.

La tercera paradoja es la del doble rasero, referida a que los derechos fundamentales, no obstante su universalidad, no son válidos para todos, aspecto que, destaca Herrera, ha sido evidenciado a través de diferentes ejemplos históricos, entre los cuales resalta el alzamiento de los negros

¹²¹ Ibídem, pág. 80.

esclavos en Haití reclamando sus derechos a la libertad en el marco de la revolución francesa¹²².

En ese sentido, se puede afirmar que el carácter universalista abstracto de los derechos fundamentales es el elemento caracterizador de paradoja del doble rasero, donde la universalidad se encuentra limitada a determinados grupos sociales y a determinadas sociedades “avanzadas”, por lo que cualquier pretensión de aquellas clases o sociedades fuera de esa “universalidad”, esta condenada a la represión, exterminio o, en el mejor de los casos, a la ignorancia total.

La cuarta paradoja a la cual hace referencia Herrera es la de los derechos y el mercado. Con relación a ella, el autor reflexiona que:

Si el mercado –ya completamente subsumido en el sistema de relaciones que impone el capital— no permite reglas, normas y procedimientos que vayan contra su naturaleza acumulativa de valor social, y desde hace 56 años la Declaración Universal de Derechos Humanos –con todo el entramado de normas, reglas y procedimientos que ha ido proponiendo, siempre teniendo presentes (aunque no del todo conscientemente) las “consecuencias” de esa apropiación— ha “convivido”, sin demasiados conflictos, con las reglas, normas y procedimientos del mercado ¿qué quiere decir esto? ¿No será que los derechos humanos universales son complementarios o “compañeros de viaje” del mercado autorregulado, omnisciente y armónico?¹²³.

En esta reflexión se expresa la contradicción y paradoja de la convivencia de una estructura económica o reglada por derecho humano alguno con la declaración de los derechos humanos. Tal paradoja viene a evidenciar el hecho de que los derechos fundamentales como producto del esquema de dominación del mundo occidental, responden a las directrices y

¹²² *Ibidem*.

¹²³ *Ibidem*, pág. 87.

al orden impuesto por el capital, de tal manera que sea éste, según Herrera, “el que va a decidir qué tipo de derechos se pueden implementar y cuáles otros van a ser ‘aparcados’ a los lados del camino hasta nueva orden”¹²⁴.

Con relación a la forma de afrontar esta paradoja el autor referido señala que:

Si no sabemos posicionarnos ante ella y asumir disposiciones críticas frente a sus posibles “interacciones” ¿cómo hacer para seguir luchando por la dignidad humana en nuestro espacio cultural occidental? ¿Cómo hacer para converger con otras formas de lucha por la dignidad humana que sólo ven en los derechos humanos la justificación ideológica de los horrores del colonialismo?¹²⁵.

De acuerdo con el autor, el asumir posiciones críticas frente a la paradoja de los derechos fundamentales y el mercado constituye un paso importante para desentrañar la orientación netamente idealista e ideologizante de los derechos fundamentales como elaboración propia de las estructuras de dominación del capital.

Esta actitud crítica se da, por un lado, desde y a través de la denuncia permanente de los desequilibrios y violaciones permanentes a los derechos fundamentales en todos los ámbitos donde el capital ejerce su acción y, por otro, a través de la acción concertada de los diferentes grupos sociales, que, conociendo el formidable poder económico, político, cultural y comunicacional con el que cuenta el capital, desarrollan prácticas de subversión y control hacia ese mercado, constituyéndose entonces los derechos fundamentales en los referentes claves con base a los cuales se mueven los grupos y se ejecutan las acciones.

¹²⁴ *Ibidem*.

¹²⁵ *Ibidem*, pág. 88.

La quinta paradoja señalada por Herrera es la de los derechos y los bienes y la denuncia el autor a través de la siguiente interrogante: “¿Podremos alcanzar alguna vez los bienes necesarios para vivir dignamente si nos preocupamos prioritariamente sobre el derecho y secundariamente sobre aquellos?”¹²⁶ (p. 94).

Con relación a esta interrogante, la priorización del derecho sobre los bienes es percibida por el autor como una circularidad peligrosa. Igualmente, señala que como prioritario al bien, el derecho deja de ser un instrumento para establecer procedimientos justos de acceso a los bienes y se convierte en un fin en sí, en lo que se denomina “reflexividad especular”, afirmación que señala que no hay más realidad que los derechos; indicando con ello que los problemas sociales solo se solucionan con más derecho o con el perfeccionamiento de los derechos ya existentes y no con una irrupción contra la concepción hegemónica de la división del hacer humano.

Lo que se deduce de este planteamiento es que en el estado actual de los derechos fundamentales, como productos de la cultura occidental, como universales abstractos y no como prácticas reales y sociales que se hacen patentes en todos los niveles de la sociedad, en todas las civilizaciones y culturas, se hace imperativo el reconocimiento de la prioridad de los bienes, aun cuando se puede calificar este aserto como un argumento favorable al autoritarismo.

En ese sentido, el rescate del derecho y la superación de la paradoja derechos-bienes, estarían dados por una concreción del primero, a través, nuevamente, de la acción concertada de los grupos sociales, donde se denuncie la inaplicación de los derechos fundamentales en todos los ámbitos

¹²⁶ *Ibidem*, pág. 94.

de la realidad humana y se desarrollen las prácticas dirigidas a controlar y subvertir contra los desequilibrios existentes.

La sexta paradoja planteada en la teoría crítica de los derechos fundamentales, la expresa Herrera en la interrogante ¿productos culturales o productos ideológicos? Respecto a lo señalado el autor afirma que “debería quedar claro que, para nosotros, los derechos humanos, no pueden entenderse sino como *productos culturales* surgidos en un determinado momento histórico como “reacción” –funcional o antagonista— frente a los entornos de relaciones que predominaban en el mismo”¹²⁷.

Los derechos fundamentales como productos culturales no pertenecen sino a la dinámica histórico-social en la cual fueron generados y en función de una visión histórico-crítica debe llevarse a cabo no sólo su conocimiento y precisión, sino también la proyección de las prácticas que realcen la dignidad humana y promuevan su concreción.

Con relación a lo antes señalado, es pertinente destacar lo que plantea Herrera cuando afirma que los derechos fundamentales:

Deben analizarse como producciones, como artefactos, como instrumentos que desde sus inicios históricos en la modernidad occidental, fueron instituyendo procesos de reacción, insistentes, funcionales o antagonistas, ante los diferentes entornos de relaciones que surgían de las nuevas formas de explicar, interpretar e intervenir en el mundo¹²⁸.

En la realización de este análisis se debe reconocer el carácter histórico, filosófico y social de estos derechos, lo que va a permitir comprender la forma como los mismos fueron elaborados a través de la historia, hasta conformar lo que son en la actualidad. Herrera destaca en su

¹²⁷ *Ibidem*, pág. 98.

¹²⁸ *Ibidem*, pág. 99.

análisis la existencia de tres tensiones culturales con las cuales trata de explicar la existencia de esta paradoja entre derechos fundamentales como productos culturales o como productos ideológicos.

La primera tensión cultural constituye “procesos de reacción, insistentes, funcionales o antagonistas, ante los diferentes entornos de relaciones que surgían de las nuevas formas de explicar, interpretar e intervenir en el mundo”¹²⁹. En ese sentido, los derechos fundamentales vienen a representar una de las formas de reacción frente al mundo.

La segunda tensión cultural viene a representar “la oposición entre las ‘metodologías’ y los ‘contenidos’ de la acción”¹³⁰. Esta oposición se corresponde con un proceso donde los contenidos de la acción social que permitían la reacción cultural (religión, economía acumulativa, político, ciudadanía) frente a los entornos eran elegidos por parte de quien ostentaba la hegemonía y los convertía en la metodología de la acción social.

La tercera tensión cultural, la describe Herrera a través de su tesis del “circuito de la reacción cultural”. A ese respecto, plantea lo siguiente:

Ante un entorno de relaciones preciso se van creando productos culturales –contenidos de la acción social– que responden a las exigencias de dicha forma de relación hegemónica –la metodología de la acción social. Pero, al estar inmersos en un “circuito”, esos productos/contenidos no tienen por qué asumir la mera función pasiva de adaptarse a los sistemas de relaciones frente a los cuales reaccionan; asimismo, pueden, en un segundo momento, intervenir sobre los entornos de relaciones hegemónicas y posibilitar la construcción de una nueva metodología de la acción. Cuando el circuito está abierto, lo denominaremos como “procesos culturales propiamente dichos”; cuando está cerrado (y no se permite la acción social

¹²⁹ *Ibidem.*

¹³⁰ *Ibidem.*

sobre la metodología hegemónica) lo denominaremos “procesos ideológicos”¹³¹.

La explicación definitiva de la paradoja producto cultural-producto ideológico de los derechos fundamentales queda expuesta a través de la explicación de un proceso histórico en el cual, se reconoce, en que estos representan productos culturales que surgen como reacción a la realidad del entorno y se asimilan a la estructura hegemónica de cada sociedad. Devienen en productos ideológicos en la medida que el circuito cultural es cerrado e impide el desarrollo de las acciones sociales dirigidas a actuar contra la metodología hegemónica.

En ese sentido, de acuerdo al planteamiento realizado por el autor, los derechos fundamentales constituyen productos culturales, igual que los generados en el ámbito de la religión, la economía, la política, el derecho, etc, que llegan a constituirse en productos ideológicos en la medida que se mantiene una estructura cerrada que dificulta la acción social dirigida a irrumpir contra la hegemonía impuesta.

En la propuesta de la teoría crítica de los derechos fundamentales se plantea como función principal la construcción de una cultura jurídica que, por un lado reconozca las actitudes de resistencia y acciones de lucha generadas desde los diferentes grupos sociales que reclaman la concreción de sus derechos y, por el otro, propicie su desarrollo en forma organizada, de tal manera que logren garantizar en términos radicales, reales y efectivos las condiciones de humanidad concreta referidas en la convención político-jurídica y aquellas que se exigen desde la propia dinámica de los diferentes sectores de la sociedad.

¹³¹ Ibídem, pág. 104.

Con este planteamiento se propugna una nueva juridicidad, a través de la cual se promueva y se le de apertura a la actualización y concreción permanente de los derechos, donde la libertad, igualdad y solidaridad se asuman en términos prácticos y reales, es decir, como puntos fundamentales desde donde se promueve la construcción de ordenes de carácter material, social, política y culturalmente incluyentes; que, igualmente, sean redistributivos, orientados hacia la integración, con sentido y finalidad democrática y equitativos.

Igualmente, se pauta una ampliación de los sujetos participativos y activos en ellos, en el sentido de que éstos no se reducen a los órganos del Estado, a los entes jurisdiccionales o a los órganos y redes internacionales del sistema, ya que esta participación se amplía a los individuos, organizaciones, grupos y comunidades que plantean y actúan para obtener logros concretos y palpables relacionados con sus derechos fundamentales y su dignidad como personas.

En ese sentido, la propuesta de la teoría crítica de los derechos fundamentales, lejos de plantear la sustitución de los actores tradicionales del Estado en la administración del derecho, propugna la ampliación de los mismos, a través de la incorporación de los sujetos sociales en forma individual y organizada con el propósito de que adquieran la calidad de actores de juridicidad de los derechos fundamentales, desarrollando las prácticas que conduzcan a su concreción en situaciones, logros, eventos y reconocimientos reales en el marco social.

Si bien la propuesta de la teoría crítica de los derechos fundamentales se realiza desde una posición de carácter política, tiene implicaciones significativas para el ámbito jurídico. Dichas implicaciones estarían representadas en una serie de planteamientos que se relacionarían directa e

indirectamente con la práctica del derecho en el contexto de la sociedad actual.

Con base a los argumentos que se esbozan dentro de ella, se plantea que la realización del derecho parte del antagonismo como su modo de realización. Dicho antagonismo representa una forma de reacción cultural para actuar contra la metodología de acción hegemónica y hegemonzante, donde los propios derechos fundamentales representan el eje dinamizador de la acción con miras a alcanzar su concreción.

Con base a estos planteamientos, Herrera afirma que la tesis fundamental de la teoría crítica de los derechos fundamental se desarrolla a través de tres planos: Rizomático, de inmanencia e inflexión. A continuación, se realiza el análisis de cada uno de estos planos.

En el plano rizomático se intenta crear una “deontología de los derechos”. En este plano afirma Herrera:

No hablamos de la “imposición externa” de deberes (siempre desfavorable para los débiles); sino –acentuando el sentido etimológico del término—lo hacemos de “lo que nos conviene”, de lo conveniente, de lo que nos permite auto-imponernos compromisos con los otros, con nosotros mismos y con la naturaleza¹³².

En este plano se pauta el establecimiento de conexiones, de vínculos, nudos, redes que faciliten las relaciones entre las personas para la construcción social de la libertad, donde su realización no se encuentra en función de la individualidad (mi libertad termina donde comienza la del otro),

¹³² HERRERA, Joaquín. *La verdad de una teoría crítica. Seis decisiones iniciales y seis paradojas*. Universidad Pablo Olavide. Sevilla, España. 2007, pág. 52

sino del grupo, de la comunidad (mi libertad comienza donde comienza la del otro).

En ese sentido, lo que conviene a la realización de la libertad “son los entrelazamientos, los entretejimientos, las vinculaciones, [las relaciones compositivas] los compromisos que produzcan cada vez una mayor intensidad, es decir, de libertad en nuestros encuentros”¹³³ (Ibídem). En la medida que estas vinculaciones y compromisos se hagan más fuertes, más voluntarios, la libertad adquiere su camino de concreción. En la medida que el encuentro entre cuerpos, no sólo entre ideas y mentes, se haga más intenso y frecuente, la libertad logra ser construida de manera eficaz, real y efectiva.

Con esta noción de libertad, en tanto encuentros reales de cuerpos, formación de nexos y construcción de compromisos, la noción de lo bueno y lo malo como basamentos deontológicos de los derechos fundamentales se establece en función de la afirmación (bueno) o negación de esos encuentros (malo), pues esto último, lo malo, viene a significar la negación del antagonismo y la sustracción de la individualidad a lo múltiple y diverso.

En el plano de la inmanencia como componente de construcción de la teoría crítica de los derechos fundamentales se propugna una ontología con fuertes bases materialistas. En ese sentido, este plano representa una clara apertura a toda intervención humana que supone “situarse continua y activamente en lo dado, proporcionando una consistencia para que los encuentros puedan darse y se garantice el movimiento constante de los cuerpos/modos de existencia”¹³⁴.

¹³³ Ibídem.

¹³⁴ Ibídem, pág. 53.

El plano de la inmanencia representa el marco donde se producen los distintos acontecimientos, las situaciones singulares y los diferentes niveles de intensidades en las experiencias, afectos y conocimientos. En ese sentido, este plano representa otro de los puntos de partida para la construcción del basamento de los derechos fundamentales en el marco de la concreción del derecho.

Con la conformación de este plano, en la teoría crítica se establece la renuncia a todo plano de trascendencia que coloca a los derechos fundamentales en un ámbito de abstracción y generalidad que los hace inasibles e impracticables. Así mismo, se construye un basamento ontológico de fuerte carga materialista cuyos ejes de fundamentación vienen dados en las relaciones que se establecen en el plano de la realidad concreta, donde los juicios relacionados con los derechos fundamentales se definen y valoran con base a modos de existencia y no con base a valores en sí.

Desde la visión del plano de inmanencia como eje de comprensión de los basamentos de los derechos fundamentales en el marco de la teoría crítica, Herrera plantea que su comprensión y práctica implica el abandono de toda visión de corte trascendental y propone “asumir la necesidad de vincularnos activa y creativamente con el mundo y con lo existente”¹³⁵. Una vinculación no pasiva donde se le de apertura a las nuevas fuerzas que surgen de los marcos de integración, desde los cuales se debe hacer posible la concreción y efectividad de los derechos fundamentales.

En consecuencia, en la teoría crítica de los derechos fundamentales se propugna la construcción de una ontología que los sustente, en tanto ellos representan normas de poder, es decir, como procesos que le den poder a quienes son objeto de la violencia estructural del poder constituido. Los

¹³⁵ *Ibíd*em, pág. 54.

planos de immanencia representan el ámbito donde se puede hacer posible esta nueva ontología de los derechos fundamentales, pero para ello, se hace necesaria “la creación de condiciones sociales, económicas, políticas y culturales para que todos y todas puedan hacer valer sus modos de existencia”¹³⁶.

La consecución de esta acción se lleva a cabo a partir de la realización de los encuentros, conexiones, vínculos y compromisos de los diferentes actores, que conduzca a una acción social en forma libre y solidaria. Implica asumir las experiencias, situaciones, demandas, conflictos y acuerdos del día a día como elementos fundamentales en función de los cuales se desarrollan las acciones orientadas a la transformación de lo dado y a construir una immanencia que favorezca la construcción permanente de los derechos fundamentales.

La propuesta de una ontología de los derechos fundamentales representa igualmente una definitiva revisión a la noción de poder, asumiendo la existencia del poder constituido y ejercido por los entes hegemónicos, pero, a la vez, pautando formas alternativas de poder, expresadas en el poder de actuar como “el poder de poner siempre en acto, en movimiento, en acción a los derechos” y poder de relación, como el acto de “propugnar relaciones de poder que nos permitan ‘producir’ y ‘ser producidos’, ‘afectar’ y ‘ser afectados’”¹³⁷.

Estas formas de alternativas de poder implican, por una parte, la integración de las emotividades y la conformación de las prácticas, a través de las cuales se denuncie y se actúe ante las formas hegemónicas de poder

¹³⁶ *Ibidem*.

¹³⁷ *Ibidem*, pág. 55.

y las diferentes estrategias de enmascaramiento de la violencia estructural que desde dichas formas se llevan a cabo.

Por la otra, implica la conformación de relaciones, de vínculos, de conexiones, de redes, a partir de las cuales se constituya el poder de los grupos organizados, que actúen contra las violaciones estructurales de los derechos fundamentales en los diferentes sectores de la sociedad, por parte del poder hegemónico constituido.

Con la generación de estas propuestas desde el plano de la inmanencia, se trata de establecer que el poder no sólo radica en las estructuras ya constituidas, sino que también se encuentra presente en el contexto de la sociedad, a través de las acciones sociales ejercidas desde ella, a partir de las relaciones que se establezcan entre los diferentes sectores y grupos que la integran.

Con relación al plano de la inflexión, en la propuesta de la teoría crítica de los derechos fundamentales, se plantea este plano en posición al de la reflexión y Herrera considera la pertinencia del mismo en función del hecho que “la inflexión supone el ‘doblamiento’ o ‘desviación’ de una cosa o fenómeno en una dirección inesperada rompiendo, con ello, la linealidad o la aceptación pasiva que tradicionalmente gozaba”¹³⁸.

Este plano, que es el de la no linealidad, de la irrupción del cambio, constituye otro de los basamentos de una teoría crítica de los derechos fundamentales. El plano de inflexión, a diferencia del plano de reflexión, que “conduce a la repetición de lo mismo producida por la mirada puramente interior del que reflexiona”, se caracteriza porque “nos pone delante de los cambios que, a causa de la aparición de nuevos acontecimientos o del

¹³⁸ *Ibíd.*

surgimiento de nuevas singularidades proponen una diferencia y una mutación en los procesos sociales, más que una repetición o prolongación”¹³⁹.

La referencia al plano de inflexión como basamento de la teoría crítica de los derechos fundamentales, implica la constitución de las bases de una política de estos derechos, donde prevalece el cambio, la diferencia y a mutación en los procesos sociales sobre la repetición o prolongación de los ritos que forman parte de las costumbres de dichos procesos.

De esta manera, se justifica la importancia de este plano, como un punto clave para la generación de lo que se puede denominar una nueva política de los derechos fundamentales, es decir, y tal como lo señala Herrera:

Una práctica rizomática e inmanente de los mismos que nos impulse a cambiar de dirección, a doblar lo lineal y acercarnos a la verdadera raíz del término “política”: el empoderamiento que supone la composición de nuevas relaciones dinámicas, es decir, de nuevos marcos compositivos, interactivos de modos de existencia diferentes, aunque apuntando hacia el aumento del poder mutuo: poder de actuar/afectar y poder de sensibilizar/ser afectado¹⁴⁰.

El cambio permanente como elemento constitutivo de los derechos fundamentales tiene pertinencia en el plano del Derecho, pues, desde esta perspectiva, se asume que éste no representa una estructura rígida, no cambiante y sujeta a principios trascendentales, sino una estructura dinámica, abierta y en permanente transformación en función de los cambios que se generan en el marco social.

¹³⁹ *Ibíd.*, pág. 56.

¹⁴⁰ *Ibíd.*

Igualmente, desde la perspectiva de la teoría crítica de los derechos fundamentales, el Derecho se vincula con la Política, esta última entendida no como ejercicio del poder desde el plano de las estructuras hegemónicas, sino como ejercicio del poder desde los diferentes contextos sociales y de las diferentes formas de organización social.

Esta relación Derecho-Política constituye uno de los componentes característicos que define y diferencia la teoría crítica de otros enfoques relacionados con los derechos fundamentales y, por lo tanto, se considera su pertinencia en lo que concierne a su fundamentación en el marco de la realidad y en el análisis de los procesos relacionados con su constitucionalización.

b.4) Teorías Vitalistas y Tridimensionales.

En el desarrollo de los fundamentos relacionados con los derechos fundamentales, es importante destacar el referente a las teorías vitalistas y tridimensionales, las cuales parten de una concepción que opone a las concepciones unilaterales de los derechos fundamentales “unas visiones que, genéricamente, insisten en la pluralidad de aspectos o dimensiones que inciden en lo jurídico, así como en la necesidad de conjugarlas o integrarlas”¹⁴¹.

El planteamiento de las teorías vitalistas o tridimensionales se constituyen como alternativas a las concepciones fragmentarias del derecho, entre las cuales autores como Novelli (2004) destacan al positivismo jurídico, cuando afirma que:

¹⁴¹ PÉREZ-LUÑO, A. Los derechos fundamentales. Editorial Técnos. Madrid. 2004, pág. 109

A la par, nos alienta el convencimiento de que la teoría trialista brinda un marco mucho más comprensivo y adecuado que el esquema del positivismo 'jurídico' —en verdad, normológico—, al que supera enriqueciéndolo con fundamentales aportes sociológicos y axiológicos. Ello permite visualizar conflictos de intereses y discutir las auténticas metas que ha tener el Derecho¹⁴².

Desde la teoría trialista se propone una visión del derecho que plantea un manejo integral y comprensivo del fenómeno jurídico, proponiendo el abordaje de diversas dimensiones vinculadas con dicho fenómeno y que, sumadas a la dimensión de las normas permiten establecer una visión más amplia que la que se encuentra propuesta en el marco del positivismo jurídico, cuyos planteamientos se limitan al manejo de las normas.

Uno de los representantes más importantes de las teorías tridimensionales o teorías trialistas es Reale, quien señala que en el marco del derecho deben distinguirse tres aspectos fundamentales, que son los hechos, las normas y los valores.

Los hechos o la realidad social se encuentran representados, de acuerdo con el autor referido, por la convivencia social humana, la que, a su vez, debe ser regulada por las normas jurídicas, las cuales, para ser validas, deben estar basadas en el bien común, que comprende la libertad, la justicia y el orden¹⁴³.

La importancia de esta teoría se encuentra en el hecho de que propugna una vinculación del Derecho con diferentes aspectos que lo

¹⁴² NOVELLI, Mariano. "La teoría trialista frente a la teoría pura" en *Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social* N° 28. [Revista en línea]. Disponible en: <http://www.centrodefilosofia.org.ar/revistacentro28.htm>. 2004, pág. 16. [Consulta: 01-06-2011].

¹⁴³ NOGUEIRA ALCALÁ, Op. Cit., pág. 46.

determinan y, en atención a ello, se relaciona y conjuga con ellos, a los fines de alcanzar una mayor precisión y claridad respecto al análisis de sus alcances e implicaciones.

Desde la teoría vitalista propuesta por Reale se propugna una definición de Derecho en los términos de “una realización ordenada y garantizada del bien común en una estructura tridimensional bilateral atributiva”¹⁴⁴.

Esta definición conforma una estructura tridimensional que se encuentra integrada y ordenada para la consecución del bien común como valor fundamental en el ejercicio y la práctica del Derecho. El autor referido profundiza en esta definición cuando señala que en la teoría tridimensional del Derecho se da una nueva conformación basada en los siguientes hechos:

- a) Dondequiera que haya un fenómeno jurídico, necesariamente hay un hecho subyacente (hecho geográfico, demográfico, de carácter técnico, etc); un valor que confiere determinada significación a ese hecho, inclinándolo o determinando la acción de los hombres en el sentido de alcanzar o preservar cierta finalidad u objetivo; y, finalmente, una regla o norma que representa la relación o medida que integra uno de aquellos elementos en el otro: el hecho en el valor.
- b) Tales elementos o factores (hechos, normas y valores) no existen separados unos de otros, sino que coexisten en una unidad concreta.
- c) Más aún, esos elementos o factores no solo se exigen recíprocamente, sino que actúan como los elementos de un proceso de tal modo que la vida del derecho resulta de la interacción dinámica de y dialéctica de los tres elementos que la integran¹⁴⁵.

¹⁴⁴ *Ibidem*

¹⁴⁵ *Ibidem*, pág. 47.

La formulación de la tesis trialista parte de una visión relacional y vinculadora en la cual se plantea que toda situación jurídica se encuentra ineludiblemente ligada a elementos fácticos de diferentes órdenes, a un esquema de valores, en función del cual se le interpretan a los hechos y una norma o regla que establece la relación en la cual los hechos y valores se integran.

Igualmente, se percibe en los planteamientos de Reale la presencia de una concepción dialéctica en la cual se concibe al Derecho como una unidad dinámica, donde los factores convergentes, hechos, normas y valores se integran e interactúan dándole vida propia.

Los planteamientos presentes en la teoría trialista de Reale representan también una crítica al formalismo jurídico de mucho arraigo en América Latina. A ese respecto, el autor plantea lo siguiente:

Para un adepto al formalismo jurídico, la norma jurídica se reduce a una “proposición lógica”, mientras que para nosotros, como para los que alinean en una comprensión concreta del derecho, la norma jurídica, no obstante esa estructura lógica, señala el “momento de integración de una clase de hechos según un orden de valores” y no puede ser comprendida sin referencia a esos dos factores que ella dialécticamente integra y supera¹⁴⁶.

En el marco de la teoría analizada se determina que dentro del formalismo jurídico es inevitable contar con los hechos desde los cuales se establecen las normas, así como tampoco pueden evitar el manejo de un esquema o estructura de valores. Estos elementos, hechos y valores, son los que le dan comprensión, entendimiento y sentido a la norma jurídica, por lo que se demuestra la necesidad de su integración en ella.

¹⁴⁶ *Ibidem*.

Otro de los planteamientos relacionados con las teorías tridimensionales y vitalistas relacionadas con los derechos fundamentales, se encuentra ubicada en los aportes del trialismo de Goldschmidt, desde lo que se conoce como trialismo jurídico. El mencionado autor plantea que:

Nuestras facultades no han de educar a ingenieros sociales y mucho menos a ajedrecistas de normas; deben formar juristas. Hemos de transformar facultades de derecho en facultades jurídicas (sociológica, normológica y dikeológica); entonces nuestros estudiantes se convertirán en buscadores de títulos habilitantes y de oro, en personas que reparten a sabiendas y con justicia y que por esta razón estudian con la misma vocación y dedicación que sus compañeros en las facultades de ciencias naturales¹⁴⁷.

En atención a los planteamientos anteriores, la concepción trialista del Derecho, el perfil del jurista que se debe formar en el marco de los ámbitos académicos debe integrar los saberes de la sociología, la normología y la dikeología.

En ese sentido, el autor propone la existencia de facultades jurídicas, pues es en el marco de las ciencias jurídicas donde se logran integrar los saberes que conduzcan a asumir al fenómeno jurídico como un fenómeno que se vincula a una realidad social, a un conjunto de normas que rigen esa sociedad y a una escala de valores que le da fundamentación a esas normas y permiten establecer las valoraciones de los hechos.

De acuerdo a lo que se ha señalado, se puede afirmar que en las teorías trialistas, especialmente en la de Goldschmidt, se propugna la comprensión del derecho como fenómeno complejo y el reconocimiento

¹⁴⁷ *Ibidem*.

integrado de los aspectos fácticos, normativos y axiológicos del hecho jurídico.

Otro de los aportes relacionados con las teorías tridimensionales y vitalistas, se encuentra representado en la figura de Recaséns Siches, quien hace el siguiente planteamiento acerca del Derecho:

Este se constituye como un orden de relaciones de la vida humana, y que –como es propio de una conocida tradición jurídica— en este sentido se reconducen todos los aspectos de lo jurídico, hacia la construcción de un orden de vida, un orden de relaciones vitales¹⁴⁸.

En lo que señala Recaséns Siches, se encuentra clara y plenamente reflejado un pensamiento vitalista del Derecho, donde se plantea que todas las acciones que se hacen desde lo jurídico se encuentran dirigidas a consolidar la vida en lo que concierne a favorecer el marco que ayude a su desenvolvimiento en forma armónica y equilibrada.

Este pensamiento del autor referido lo lleva a concebir al Derecho como “vida objetivada”, señalando lo siguiente:

Sea cual fuere su origen concreto (consuetudinario, legislativo, reglamentario, judicial), una norma jurídica encarna un tipo de acción humana que, después de haber sido vivida o pensada por el sujeto o los sujetos que la produjeron, deja un rastro o queda en el recuerdo como un plan que se convierte en pauta normativa apoyada por el poder jurídico, es decir el Estado. Lo que importa subrayar aquí es que la normativa jurídica es vida humana objetivada, porque siendo así resulta claro que para comprenderla cabalmente, debemos analizarla desde el punto de vista de la índole y de la estructura de la vida humana¹⁴⁹.

¹⁴⁸ ROBLEDO, Alejandro. “Metodología jurídica vitalista y hermenéutica en la construcción del Derecho” en *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, N° 11. [Revista en línea]. Disponible en: <http://www.filosofiyderecho.com/rtd/numero11/15-11.pdf>. 2008, pág. 270

¹⁴⁹ NOGUEIRA ALCALÁ, H. Op. Cit., pág. 48.

En la existencia de toda norma, señala Recasens, se encuentra encarnada un determinado tipo de acción humana que llega a consolidarse en términos de ley positiva por vía del Estado. En ese sentido, el análisis de toda norma debe tener en cuenta este aspecto y, en consecuencia, debe ser llevado a cabo en función de los componentes humanos, que implican los aspectos sociales y valorativos que se encuentran presentes en ella,

Como complemento a los aspectos aquí tratados con relación a la teoría trialista, es pertinente considerar las argumentaciones que se hacen desde una variante de esta teoría como lo es el llamado realismo jurídico representado en la figura de Bidart Campos, quien plantea una concepción del Estado y el Derecho expresada de la manera siguiente:

El derecho positivo no es solamente un sistema de normas, sino un conjunto de conductas en dimensión sociológica (realismo jurídico al estilo de trialismo y de egología), existe desde que existe el hombre conviviente con su prójimo, desde que existe el hombre conviviente existe también la organización política de su convivencia y le llamamos "estado"; el Estado tiene necesaria y constitutivamente una organización política justa o injusta, que se llama derecho¹⁵⁰.

Aquí se verifica nuevamente el planteamiento fundamental del trialismo, en los términos de definir el derecho positivo más allá de un sistema de normas y considerar los elementos de comportamiento social que se encuentran enmarcados dentro de la dimensión sociológica.

En ese sentido, la naturaleza social del hombre se hace presente de manera simultánea con el Estado, que a su vez cuenta con el derecho como una de sus formas organizativas, que se califica como injusto o justo, sin dejar de ser derecho y sin, por ello, obviarse la existencia de una escala de

¹⁵⁰ *Ibidem*

valores “que exige al derecho positivo ajustarse a ellos, pero sin privar al derecho positivo de su juridicidad al derecho positivo que no se ajusta”¹⁵¹.

En lo señalado se verifica la integración del Estado, el Derecho, la realidad social y los valores como aspectos significantes de lo que representa una teoría de tridimensional. Ello se termina de verificar con el siguiente planteamiento de Bidart Campos:

Como el derecho en cuanto fenómeno social es derecho positivo, en el Estado siempre hay derecho (justo o injusto), pero también hay derecho (juridicidad) en todas las conductas que, por cumplirse en relación con grupos o entidades no estatales podemos decir que no son “derecho estatal”; como tampoco el derecho es un conjunto de normas, el derecho no es un conjunto de normas emanadas del Estado. Como no hay Estado sin derecho (ni sociedad sin derecho), y como el Estado es organización política de la convivencia social, la política y el derecho que organiza el Estado es organización política de la convivencia social, la política, y el derecho que organiza al Estado (derecho constitucional en sentido material o real) son la misma cosa y coinciden. Organización política “es igual a” organización jurídica (constitucional) el Estado es a la vez y siempre organización política-jurídica de la convivencia social¹⁵².

La existencia del derecho no se encuentra sujeta a la existencia del Estado en cuanto tal, pues éste (el derecho), puede existir en el marco de lo social, a partir de la convivencia que establecen los hombres para la formación de la misma.

En ese sentido, lo jurídico, representado en el Estado y el derecho, se encuentra vinculado a lo social y esa vinculación adquiere su formalización en la noción de organización jurídica que representa el Estado y en el

¹⁵¹ *Ibidem.*

¹⁵² *Ibidem.*

derecho que le da organización al Estado, cuando se constituyen en la organización política-jurídica de la convivencia social.

Con este planteamiento desde la propuesta de la teoría tridimensional se pauta una superación del reduccionismo que se plantea en el marco de la teoría del positivismo jurídico, donde el derecho se encuentra exclusivamente suscrito al Estado.

La aplicación de los argumentos de la teoría tridimensional y en el contexto de análisis de los derechos fundamentales se encuentra plenamente expresado en los planteamientos que realiza Peces-Barba cuando afirma que:

Los derechos fundamentales son una mediación entre la aspiración ética del desarrollo del hombre como fin de la sociedad, para nosotros auténtico postulado previo, valor fundamental de la legitimidad justa y la realización de esas aspiraciones por medio del derecho¹⁵³.

En la conceptualización de los derechos fundamentales, el autor establece que en ellos se expresa una aspiración ética como fin social y la realización de tales aspiraciones en el derecho. En ese sentido, los derechos fundamentales constituyen la integración de lo social, lo normativo y un esquema de valores que se expresa en el concepto de justicia social. Con relación a lo señalado, el autor mencionado expresa lo siguiente:

La justicia social que aquí programamos coincide con la organización jurídica de la libertad civil y política, económica, social y cultural desde componentes igualitarios, en un sistema donde el hombre y su desarrollo integral fueron las preocupaciones de las mayorías¹⁵⁴.

¹⁵³ PECES-BARBA, Gregorio. *Introducción a la filosofía del derecho*. Editorial Debate, Madrid. 2004, pág. 329.

¹⁵⁴ *Ibidem*, pág. 330

En cuanto a lo señalado, el autor resalta que la consecución de los valores de la justicia social se alcanza en el marco del Estado, que viene a constituir el ámbito donde se hace posible el logro de las aspiraciones y exigencias de la sociedad.

De esta manera se alcanza el paso de los derechos fundamentales como valores a su condición de derechos positivos y ello, según Peces-Barba debido al cumplimiento de los siguientes requisitos:

1. Que una norma positiva jurídica la reconozca.
2. Que de dicha norma derive la posibilidad para los sujetos de derecho de atribuirse como facultad, como derecho subjetivo, ese derecho fundamental.
3. Que las infracciones a dichas normas y, por lo tanto, el desconocimiento de los derechos subjetivos que deriven de ellas, legitime a los tribunales ofendidos para pretender de los tribunales de justicia el restablecimiento de la situación y la restitución de los derechos subjetivo, utilizando para ello, y si fuese necesario para ello, el poder coactivo del Estado¹⁵⁵.

En el enfoque trialista, la positivación de los derechos fundamentales, representa un proceso donde se integran las aspiraciones éticas que se proponen desde la sociedad y deben tener su reconocimiento por parte del Estado a través de una norma jurídica, desde donde se establezca que los mismos son extensivos a todos los individuos dentro de la sociedad e igualmente, se implementen desde el mismo Estado las sanciones correspondientes por la infracciones o violaciones de los mismos.

Para confirmar lo antes planteado, es oportuno considerar lo que señala Peces-Barba cuando dice que en el concepto de derechos fundamentales se encuentran implicados tres elementos básicos:

¹⁵⁵ Op. Cit., 1973, pág. 89.

- a. Una pretensión moral justificada que facilita la autonomía e independencia personal, enraizada en la idea de libertad e igualdad con los matices de solidaridad, seguridad jurídica, con aportaciones sucesivas e integradas de la filosofía moral y política liberal, democrática y socialista.
- b. Un subsistema dentro del sistema jurídico, el derecho de los derechos fundamentales, lo que implica que la pretensión moral es técnicamente en norma jurídica, que obliga a los destinatarios respectivos a las obligaciones jurídicas que se desprenden para que el derecho sea efectivo, que sea objeto de garantía y protección judicial, pudiendo ser atribuido como derecho subjetivo, libertad, potestad o inmunidad a unos titulares concretos.
- c. Los derechos sociales son una realidad social que están condicionados en su existencia por factores extrajurídicos de carácter social, económico, cultural, que favorecen, dificultan o impiden su efectividad¹⁵⁶.

Estos tres aspectos confirman la integración de los componentes sociales, normativos y morales, que se encuentran presentes no sólo en la definición de los derechos fundamentales, sino también en la conformación de los mecanismos dirigidos a garantizar su protección y defensa. Igualmente, verifican los planteamientos expuestos acerca de como a través de la norma jurídica se encarnan las pretensiones morales relativas a los derechos y se establece la necesidad de protección y defensa, de tal manera que el cumplimiento de los mismos se exprese eficazmente.

c) Teoría jurídica general de los Derechos Fundamentales.

La propuesta de la teoría jurídica surge como una alternativa ante las teorías histórico-jurídicas y sociológicas acerca de los derechos fundamentales. Esta teoría, de acuerdo con Alexy presenta las siguientes características: “Primero, es una teoría de los derechos fundamentales de la

¹⁵⁶ PECES-BARBA, Gregorio. Op. Cit., 2004, pág. 112.

ley fundamental; segundo, es una teoría jurídica y, tercero, una teoría general”¹⁵⁷.

Con relación a la primera característica, el autor referido afirma que una teoría de los derechos fundamentales de la ley fundamental “es una teoría de determinados derechos fundamentales positivamente válidos” (Ibídem). El planteamiento de esta característica se refiere a que la teoría jurídica de los derechos fundamentales representa una teoría que sirve de sustento a derechos fundamentales positivamente válidos, es decir, reconocidos en el marco de la ley. Con ello Alexy trata de diferenciar:

Las teorías de los derechos fundamentales que han tenido vigencia en el pasado (teorías histórico-jurídicas) como así también de las teorías de los derechos fundamentales en general y de teorías sobre derechos fundamentales que no son de la ley fundamental¹⁵⁸.

El establecimiento de estas diferencias viene a significar la aplicación de una sistematización para determinar que la teoría jurídica de los derechos fundamentales representa una teoría de aquellos derechos fundamentales que tienen validez jurídica en el marco del derecho positivo, es decir, son reconocidos en él.

En ese sentido, el autor reconoce que entre las teorías de los derechos fundamentales que tuvieron trascendencia histórica en el pasado, las que no se ubican dentro de la ley fundamental con respecto a la teoría de los derechos fundamentales de la ley fundamental, existen conexiones y en ese sentido, Alexy señala que “pueden, dentro del respectivo marco de interpretación histórica y de la interpretación comparativa, jugar un papel

¹⁵⁷ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. 1ª Edición. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, pág. 28.

¹⁵⁸ Ibídem

fundamental en la interpretación de los derechos fundamentales de la Ley Fundamental”¹⁵⁹.

La elaboración de los fundamentos de la teoría jurídica de los derechos fundamentales, aún cuando sea esta una teoría relacionada directamente con los derechos de la Ley Fundamental, cuenta con los aportes de los planteamientos que surgen de aquellas teorías histórico-jurídicas y aquellas teorías que sustentan a aquellos derechos fundamentales que no se encuentran presentes en la Ley Fundamental.

En cuanto a la segunda característica, Alexy afirma que “es, en tanto teoría del derecho positivo de un determinado orden jurídico, una teoría dogmática y, por lo tanto, jurídica”¹⁶⁰. En ese sentido, la teoría jurídica de los derechos fundamentales se constituye en argumento en virtud del cual se le da fuerza obligatoria al derecho positivo.

En su conformación como teoría dogmática, Alexy afirma que en la teoría jurídica de los derechos fundamentales, se distinguen tres dimensiones: La analítica, la empírica y la normativa. Con relación a la dimensión analítica, el autor afirma lo siguiente:

En la dimensión analítica de lo que se trata es de la consideración sistemático-conceptual del derecho válido. El espectro de tareas se extiende aquí desde el análisis de los conceptos fundamentales (por ejemplo, el concepto de norma, de derecho subjetivo, de libertad y de igualdad), pasando por la construcción jurídica (por ejemplo, la de la relación entre el supuesto de hecho y las restricciones de los derechos fundamentales y la del efecto en terceros), hasta la investigación de la estructura del sistema jurídico (por ejemplo. la llamada irradiación de los derechos fundamentales) y de la

¹⁵⁹ *Ibidem.*

¹⁶⁰ *Ibidem.*

fundamentación sobre la base de derechos fundamentales (por ejemplo, de la ponderación)¹⁶¹.

Esta dimensión forma parte de la dogmática jurídica en lo que concierne a la validez del derecho con base a la determinación conceptual del mismo. Igualmente, se relaciona con los procesos de elaboración de los sistemas de relación entre las categorías jurídicas que forman parte del concepto de derechos fundamentales, así como la profundización en la naturaleza y estructura del sistema jurídico, con relación a su fundamentación en los derechos fundamentales.

En cuanto a la dimensión empírica de la dogmática jurídica de la teoría jurídica de los derechos fundamentales, el autor señala lo siguiente:

De una dimensión empírica de la dogmática jurídica se puede hablar en un doble significado: primero, con relación al conocimiento del derecho positivamente válido y, segundo, con relación a la utilización de premisas empíricas en la argumentación jurídica, por ejemplo, en el marco de argumentos consecuenciales. Aquí habrá de interesar sólo lo primero¹⁶².

La dimensión empírica constituye la dimensión de mayor complejidad en lo que concierne a la fundamentación jurídico-dogmática de los derechos fundamentales y ello viene dado por el hecho de que:

En la dimensión empírica no se trata tan solo de la descripción del derecho legislado sino también de la descripción y pronóstico de la praxis judicial, es decir, no solo del derecho legislado sino también del derecho judicial. Además, la eficacia del derecho, en la medida en que es condición de la validez positiva del derecho legislado y judicial es objeto de la dimensión empírica¹⁶³.

¹⁶¹ *Ibidem*, pág. 30.

¹⁶² *Ibidem*.

¹⁶³ *Ibidem*.

De acuerdo con lo señalado, la dimensión empírica se ubica no solo en el derecho en cuanto se encuentra establecido en la ley, sino también en cuanto su praxis en el marco de su aplicación por los órganos judiciales. En ese sentido, la dimensión empírica se constituye en el momento de la dogmática jurídica donde se determina en qué medida el derecho es eficaz, a través de la validez del derecho en la ley y su confirmación en la sentencia judicial, siempre partiendo de los hechos en un sentido estrictamente empírico.

En cuanto a la dimensión normativa de la teoría jurídica de los derechos fundamentales, como dogmática jurídica, Alexy expresa lo siguiente:

En la normativa se va mas allá de la simple comunicación de aquello que en la dimensión empírica es constatable como derecho positivo valido; se trata de la orientación y critica de la praxis jurídica, sobre todo de la praxis de la jurisprudencia judicial. Para, ella es constitutiva la cuestión de saber cual es, en el caso concreto y sobre la base del derecho positivo valido, la decisión correcta¹⁶⁴.

En la dimensión normativa de la dogmática jurídica se establecen los procesos interpretativos relacionados con la praxis de la jurisprudencia judicial. En ese sentido, su aspecto esencial se encuentra dirigido a determinar la decisión correcta expresada en la decisión judicial, tomando como base fundamental lo que se encuentra precisado en el derecho positivo.

Los aspectos señalados en las tres dimensiones de la dogmática jurídica permiten afirmar que la definitiva consolidación de esta característica implica la estricta aplicación de lo establecido en el derecho positivo, con

¹⁶⁴ *Ibidem*, pág. 32.

relación a los derechos fundamentales válidos en el marco de la Ley Fundamental.

Esta aplicación abarca los aspectos analítico-conceptuales relacionados con las categorías que conforman la estructura del derecho válido positivamente; los aspectos empíricos, referidos no solamente al derecho en los términos de su legislación, sino también en los términos de su aplicación a través de la acción y la jurisprudencia judicial con base a los hechos; y los aspectos normativos, que se refieren a la interpretación de la praxis judicial, con base al derecho positivo válido.

En ese sentido, se puede afirmar que la confirmación de la racionalidad de la teoría jurídica como una disciplina práctica, se encuentra en función de que las tres dimensiones antes señaladas, se integren de manera plena, de tal manera que la elaboración de la teoría jurídica cuente con un sustento teórico-conceptual y práctico-empírico que le de fundamentación sólida a los derechos fundamentales.

Con relación a la tercera característica, Alexy señala que la teoría jurídica de los derechos fundamentales como teoría general “es una teoría en la que se consideran los problemas que se plantean en todos los derechos fundamentales o en todos los derechos de un determinado tipo”¹⁶⁵ (p. 34). La totalidad de los derechos fundamentales que se abarcan en la teoría general, implica la conformación de una estructura que permita abordar con la mayor amplitud posible el conjunto de lo que se denominan los derechos fundamentales.

A ese respecto, Alexy habla de una teoría integrativa, respecto a la cual esboza los siguientes argumentos:

¹⁶⁵ *Ibidem*, pág. 34.

De lo que se trata es de un sistema ordenado lo más claramente posible de enunciados universales verdaderos o correctos sobre los derechos fundamentales. Es una idea regulativa a la que la teorización sobre los derechos fundamentales puede aproximarse por las vías más diferentes. Toda teoría de los derechos fundamentales que contribuya a su realización es, en virtud de esta contribución, valiosa. Considerar que carece de valor porque no realiza plenamente el ideal significaría desconocer el carácter del programa integrativo como idea regulativa¹⁶⁶.

La característica de la teoría jurídica de los derechos fundamentales como teoría general implica la incorporación de una diversidad de teorías donde se aborden los derechos fundamentales, con la intención de que pueda constituirse en un sistema ordenado, donde se encuentren establecidos los enunciados universales relacionados con los derechos fundamentales; así como una idea desde donde se ordenen y categoricen la diversidad de los derechos y se contribuya a definirlos y distinguirlos con precisión.

Con relación a la diversidad de teorías de los derechos fundamentales, el autor apela a los aportes de Böckenforde, quien, de acuerdo con lo señalado por Alexy distingue cinco teorías: "la teoría liberal o del Estado de derecho burgués, la teoría institucional de los derechos fundamentales, la teoría axiológica de los derechos fundamentales, la teoría democrático-funcional y la del Estado social de los derechos fundamentales"¹⁶⁷.

El autor señala que estas teorías representan "concepciones básicas del tipo más general acerca del fin y la estructura de los derechos fundamentales"¹⁶⁸. Es decir, vienen a constituir supuestos universales de

¹⁶⁶ *Ibidem*, pág. 35.

¹⁶⁷ *Ibidem*, pág. 36.

¹⁶⁸ *Ibidem*.

carácter general, donde se pauta el sentido y conformación de los derechos fundamentales.

Con relación a la constitución de teorías generales de los derechos fundamentales como característica definitoria, Alexy plantea la existencia de dos problemas: el primero, es que dichas teorías no se encuentran elaboradas en las tres dimensiones. “Por lo pronto, no ofrecen mas que hipótesis que pueden guiar la elaboración de una teoría amplia. En caso de que así resulten confirmadas, pueden adoptar el carácter de la suma más general de las teorías elaboradas”¹⁶⁹.

En este planteamiento, el autor señala que las teorías generales representan directrices de carácter global, en función de las cuales se puede construir una teoría más amplia, donde se incorpore la sumatoria de teorías ya elaboradas que se integran en ella. Planteado de esta manera, el autor señala que “como concepciones generales del tipo mas general no pueden sustituir a una teoría elaborada de los derechos fundamentales: tan solo pueden constituir su punto de partida y, posiblemente, su punto de llegada”¹⁷⁰.

La valoración que hace el autor de la teoría jurídica de los derechos fundamentales en su carácter de teoría general indica, en un primer momento, que las teorías integradas en ella no pueden servir sino como hipótesis que permiten orientar el desarrollo de una teoría más amplia, pues, como señala Alexy “no son teorías elaboradas en las tres dimensiones”¹⁷¹.

Un segundo problema que plantea Alexy con relación a una teoría general de los derechos fundamentales en la teoría jurídica, tiene que ver

¹⁶⁹ *Ibidem*.

¹⁷⁰ *Ibidem*.

¹⁷¹ *Ibidem*.

con el hecho de que cada una de las teorías antes referidas presentan una tesis básica, aspecto que representa limitaciones en cuanto a que se limita a una visión unipuntual sostenedora de los derechos fundamentales.

Con relación a ello el autor afirma que “todo habla a favor de la suposición de que los derechos fundamentales no pueden ser concebidos adecuadamente sobre la base de una teoría unipuntual”¹⁷². Con relación a esta alternativa, el autor hace referencia a una teoría combinada propuesta por diferentes autores que propugnan la presencia de varias funciones, aspectos o fines de los derechos fundamentales”¹⁷³ (Ibídem).

No obstante, considera Alexy que esta teoría tiene como objeción “que ella no ofrece teoría alguna que pueda guiar las decisiones y fundamentaciones jurídicas, sino solo una colección de *topoi* sumamente abstractos que pueden ser utilizados según se desee”¹⁷⁴.

Ante las dos opciones, Alexy considera pertinente la presencia de una alternativa distinta a ambas. Dicha alternativa, tal como lo señala, representa “un modelo que proporcione algo más que una enumeración en última instancia, no vinculante”¹⁷⁵. Dicho modelo lo propone a través de una teoría estructural, la cual partiendo del argumento básico de la propuesta de la teoría combinada, debe estar dirigida a establecer los controles relacionados con la diversidad de teorías que convergen en el modelo, dándole estructura a las mismas.

¹⁷² Ibídem, pág. 37.

¹⁷³ Ibídem.

¹⁷⁴ Ibídem.

¹⁷⁵ Ibídem.

En ese sentido, el autor referido propugna que la teoría jurídica de los derechos fundamentales debe plantearse en los términos de una teoría estructural, la cual es entendida de la siguiente forma:

Es una teoría primariamente analítica. Es una teoría primaria y no puramente analítica porque investiga estructuras tales como la de los conceptos de los derechos fundamentales, de la influencia de los derechos fundamentales en el sistema jurídico y de la fundamentación de los derechos fundamentales, tomando en cuenta las tareas prácticas de una teoría interactiva. Su material más importante es la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal. En esta medida, tiene carácter empírico-analítico. Es guiada por la pregunta acerca de la decisión correcta desde el punto de vista de los derechos fundamentales y de la fundamentación racional de los derechos fundamentales. En esta medida, tiene un carácter normativo-analítico¹⁷⁶.

En la conformación de la teoría jurídica de los derechos fundamentales como teoría estructural, se plantea como finalidad una integración teórica que vaya más allá de una enumeración o relación de teorías disímiles, que, lejos de contribuir a la consolidación de una teoría de los derechos fundamentales, tiende a conformar un grupo disímil de teorías que en modo alguno constituya una guía firme y no contradictoria de las decisiones y las fundamentaciones jurídicas.

En ese sentido, la teoría estructural como expresión acabada de la teoría jurídica de los derechos fundamentales, se plantea la incorporación de las tres dimensiones de la dogmática jurídica (analítica, empírica y normativa), como ejes integradores y cohesionadores, en virtud de los cuales se determina la estructura conceptual de los derechos fundamentales y su incidencia en el sistema jurídico, así como su fundamentación desde una visión interactiva; esta teoría tiene como uno de sus materiales más

¹⁷⁶ *Ibidem*, pág. 38.

importantes, la jurisprudencia constitucional para llevar a cabo las interpretaciones pertinentes en función de los hechos presentados y se aboca a interpretar y analizar si las decisiones tomadas en la jurisprudencia se adecúan a los derechos fundamentales y a su fundamentación racional.

Considerando lo antes señalado, tiene pertinencia resaltar lo que afirma Alexy con relación a la importancia que tiene una teoría estructural de los derechos fundamentales: “Una teoría estructural tiene que constituir no sólo la primera pieza de una teoría integrativa de los derechos fundamentales, sino también la base y el marco para todo lo demás”¹⁷⁷.

Este reconocimiento indica que la consolidación de una teoría jurídica de los derechos fundamentales, está en su carácter estructural y no sólo en su condición de teoría integradora de las diferentes teorías; como una teoría que debidamente organizada y estructurada con el apoyo de la dogmática jurídica, se constituya en basamento y marco referencial de análisis e interpretación, lo que requiere de claridad analítico-conceptual, analítico-empírica y normativo-analítica, con las cuales elabore la fundamentación racional de los juicios de deber ser de los derechos fundamentales.

d) Jurisprudenciales internacional de los derechos fundamentales

En el marco de la realidad internacional, se han establecido decisiones desde las cuales se ha contribuido a darle mayor sustentación a los derechos fundamentales y en especial a los derechos relacionados con el trabajador y el trabajo, constituyéndose en fuentes de importancia fundamental en la solidificación de sus soportes teórico-prácticos. Estas decisiones forman parte de la estructura del sistema jurídico internacional y tienen como propósito “la protección de la persona humana y el reconocimiento de ella

¹⁷⁷ IBÍDEM, pág. 39.

como sujeto de derecho internacional”¹⁷⁸, a partir de la restitución de una situación concreta donde ha sido violentado un determinado derecho fundamental.

Respecto a lo señalado, la jurisprudencia en materia internacional relativa a los derechos fundamentales constituye otro de los componentes claves y esenciales en virtud de los cuales se le da justificación y solidez a los elementos conceptuales, teóricos y doctrinarios desde los cuales se fundamentan. Esto se explica en el hecho de que, tal como lo señala Schielle Manzor, representa una fuente de derecho cuya operatividad se produce en términos de complementariedad, cuya labor es la de interpretar, integrar completar las fuentes formales del derecho de manera de lograr dar perfecta armonía al ordenamiento jurídico¹⁷⁹.

En esa línea de pensamiento, Ayala Corao señala que la jurisprudencia internacional ha contribuido al avance en el Derecho Constitucional y al Derecho Judicial y en tal sentido afirma que:

En Latinoamérica se ha consolidado constitucional y convencionalmente un estándar mínimo común en materia de protección efectiva de los derechos humanos, a través de la influencia integradora de la Convención Americana y la jurisprudencia de los órganos del sistema interamericano, con la jurisprudencia constitucional¹⁸⁰.

¹⁷⁸ RODRÍGUEZ HUERTA, Gabriela. *Derechos humanos: Jurisprudencia internacional y jueces internos*. [Documento en línea]. Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2740/19.pdf>. [Consulta: 17-02-2012]., pág. 211.

¹⁷⁹ Schielle Manzor, Carolina. *La jurisprudencia como fuente de derecho: El papel de la jurisprudencia*. [Documento en línea]. Disponible en: <http://www.ubo.cl/icsyc/wp-content/uploads/2011/09/13-Schiele.pdf>. pág.198

¹⁸⁰ AYALA CORAO, Carlos. *Recepción de la jurisprudencia internacional sobre derechos humanos por la jurisprudencia constitucional*. [Documento en línea]. Disponible en: <http://www2.scjn.gob.mx/red2/investigacionesjurisprudenciales/seminarios/2o-seminario-jurisprudencia/modulo-vii/02cm-ayala-carao-recepcion-de-la-jurisprudencia-internacional.pdf>. [Consulta: 17-02-2012]., pág. 54.

La conformación de este estándar ha contribuido a la consolidación de un elemento esencial y nuclear que viene a constituir una base común para los países americanos y latinoamericanos y desde la cual, la tutela de los derechos fundamentales no se encuentra limitada a las decisiones de los tribunales nacionales, sino que también incluye a la comunidad internacional en su legítimo rol de complementariedad.

En términos concretos, la jurisprudencia internacional se encuentra constituida por los órganos de supervisión que tienen la responsabilidad de vigilar el cumplimiento de los compromisos internacionales adquiridos por los Estados a través de las convenciones. Igualmente, tiene la potestad de ser los intérpretes de las obligaciones de los instrumentos que los crean, para que contribuyan a la darle mayor heterogeneidad, complejidad y fortaleza a lo que se encuentra establecido en el derecho internacional.

En ese sentido, este mecanismo decisorio del sistema jurídico internacional viene a constituir una fuente permanente y actualizada en materia de fundamentación teórico-doctrinaria de los derechos fundamentales, en virtud de los pronunciamientos relacionados con la ejecución efectiva o no de los derechos fundamentales en los diferentes ámbitos nacionales.

En el caso concreto del continente americano en materia especial de derechos, en la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), la jurisprudencia se encuentra por opiniones consultivas, sin efectos vinculantes para los Estados americanos; sentencias en casos contenciosos con carácter vinculante y como definitivo e inapelable y sentencias para efectos de

interpretación de los instrumentos del sistema, facultad otorgada por la Convención Americana¹⁸¹.

Cabe destacar como evidencia de la jurisprudencia en materia de derecho internacional, una serie de decisiones donde se reafirman derechos fundamentales como el derecho a vida, a la libertad e integridad personal, derecho a garantías y protección judiciales, entre otros¹⁸². A ese respecto, es pertinente referir los siguientes casos como ejemplos donde las decisiones en materia de derechos fundamentales contribuyen al enriquecimiento del basamento de los mismos:

- Caso Caballero Delgado y Santana Vs. Colombia, Sentencia de 8 de diciembre de 1995, donde se refleja la decisión con relación a que el Estado colombiano incurrió en violación de los artículos 4 (Derecho a la Vida), 5 (Derecho a la Integridad Personal) y 7 (Derecho a la Libertad Personal) en las personas de Isidro Caballero Delgado y María del Carmen Santana (representantes de sindicatos de docentes). Igualmente, en dicha sentencia se establece que Colombia está obligada a continuar los procedimientos judiciales por la desaparición y presunta muerte de las personas mencionadas y su sanción conforme a su derecho interno.

- Caso Nolberto Durand Ugarte y Gabriel Pablo Ugarte Rivera Vs Perú, Sentencia de 16 de agosto de 2000, donde se declara que el Estado violó, en perjuicio de estas personas los artículos 4.1 (Derecho a la Vida), 5.2 (Derecho a la Integridad Personal, 7.1, 7.5, 7.6 (Derecho a la Libertad Personal), 8.1 (Garantías Judiciales) y 25.1 (Protección Judicial) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Igualmente, se declara

¹⁸¹ IBÍDEM., pág. 218.

¹⁸² CIDH. *Jurisprudencia. Casos contenciosos*. [Documento en línea]. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>. [Consulta: 17-02-2012].

que el Estado incumplió las obligaciones establecidas en la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

- Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá, Sentencia de 2 de febrero de 2001 (Fondo, Reparaciones y Costas), con relación a la aprobación por parte del Estado de la Ley No. 25, con base en la cual fueron arbitrariamente destituidos de sus cargos 270 empleados públicos que habían participado en una manifestación por reclamos laborales, a quienes se acusó de complicidad con una asonada militar. Posteriormente al despido arbitrario de dichos trabajadores, en el procedimiento de sus quejas y demandas, se cometieron en su contra una sucesión de actos violatorios de sus derechos al debido proceso y la protección judicial.

Se declara en esta sentencia que el Estado violó los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial consagrados en los artículos 8.1, 8.2 (Garantías Judiciales) y 25 (Protección Judicial) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en perjuicio de los 270 trabajadores. Igualmente, se declara a que el Estado violó el derecho a la libertad de asociación consagrado en el artículo 16 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en perjuicio de los 270 trabajadores.

La sentencia declara que el Estado incumplió las obligaciones generales de los artículos 1.1 (obligación de respetar derechos) y 2 (deber de adoptar disposiciones de derechos humanos) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en conexión con las violaciones de los derechos sustantivos señalados en los puntos resolutivos anteriores de la presente Sentencia.

Decide la sentencia el deber del Estado de pagar a los 270 trabajadores los montos correspondientes a los salarios caídos y demás

derechos laborales que les correspondan según su legislación, pago que, en el caso de los trabajadores que hubiesen fallecido, deberá hacerse a sus derechohabientes. Igualmente, debe reintegrar en sus cargos a los 270 trabajadores y, si esto no fuera posible, brindarles alternativas de empleo que respeten las condiciones, salarios y remuneraciones que tenían al momento de ser despedidos.

Finalmente, es importante destacar otro de los casos que se puede calificar dentro de la jurisprudencia internacional como aporte a la fundamentación de los derechos fundamentales y la evolución del mismo en el sistema jurídico internacional. El mismo corresponde a la decisión tomada por el Tribunal Supremo del Canadá en respuesta al recurso de constitucionalidad presentado por sindicatos y afiliados sindicales.

En la decisión referida se declaró la inconstitucionalidad de algunas disposiciones de Ley sobre el Mejoramiento de la Prestación de Servicios Sociales y de Salud que se infringía la garantía de la libertad sindical y de asociación establecida en el artículo 2, *d*), de la Carta de Derechos y Libertades del Canadá. En la decisión del Tribunal Supremo de Canadá, se resolvió que la mencionada carta tutela el derecho de los afiliados sindicales a entablar negociaciones colectivas sobre cuestiones relativas al lugar de trabajo, sin injerencia indebida de las autoridades.

Es importante destacar que en la decisión se aludió expresamente al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y al Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y se sostuvo que:

La interpretación de esas convenciones, en el Canadá y a escala internacional, no sólo respalda la opinión de que existe un derecho a la negociación colectiva en el derecho

internacional, sino también sugiere que ese derecho debería reconocerse en el contexto canadiense¹⁸³

Lo señalado en la sentencia antes analizada permite evidenciar que la aplicación de las convenciones y acuerdos internacionales en materia de derechos fundamentales, tiene pertinencia en el marco de las decisiones que se hacen en la jurisprudencia de cada país, dándole a estos derechos una mayor sustentación en la cual se integran las normas internacionales con los principios constitucionales.

Con relación a lo señalado, la aplicación de la jurisprudencia internacional representa el desarrollo de una práctica donde se enfatiza la importancia de armonizar las jurisdicciones nacionales particularmente las constitucionales con las jurisdicciones internacionales, a fin de lograr la protección efectiva de los derechos fundamentales, en función de lo que se encuentra establecido en el principio progresividad propio de ellos, en el marco de una confluencia del Derecho Internacional y el Derecho Constitucional de los Derechos Humanos.

La aplicación de manera continua, sistemática y acorde con los principios relativos a los derechos fundamentales en el marco internacional viene a constituir un basamento en materia jurisprudencial, desde el cual se le da mayor sustentación, pues provienen de dictámenes acerca de una realidad histórica y social concreta en la cual se hace evidente la conculcación de un derecho y donde la norma internacional debe actuar de manera efectiva, a través de los dictámenes de los organismos internacionales.

¹⁸³ OIT. *La libertad de asociación y la libertad sindical en la práctica. Informe global con arreglo a al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo*. Ginebra. 2008, pág. 14.

CAPÍTULO III

ELEMENTOS CONCEPTUALES RELACIONADOS CON LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

a) Definición y análisis de los derechos fundamentales.

Acercas de los derechos fundamentales, se han esbozado diversidad de definiciones. A ese respecto, es pertinente considerar la definición que realiza Peces-Barba cuando señala que los derechos fundamentales representan:

La facultad que la norma atribuye a la protección de la persona en lo referente a su vida, a su libertad, a la igualdad, a la participación política o social o a cualquier otro aspecto fundamental que afecta el desarrollo integral como persona, en una comunidad de hombres libres, exigiendo el respeto de los demás hombres, de los grupos sociales y del Estado, y con la posibilidad de poner en marcha el aparato coactivo del Estado en caso de infracción¹⁸⁴.

De esta definición se deduce que los derechos fundamentales vienen a constituir la expresión de una facultad proveniente de la norma, lo que traduce que para este autor, su presencia y validez se dan en el marco del derecho positivo, a través del Estado y sus órganos jurisdiccionales.

Igualmente, se traduce en dicha definición que la conformación de estos derechos, no solo se considera el aspecto jurídico de su validez, sino también la realidad social en la cual deben darse y que debe ser objeto de protección de parte del Estado a través de los mecanismos de coacción pertinentes en los casos de ser estos violados.

¹⁸⁴ Op. Cit., pág. 63.

Con base a los planteamientos del autor referido, se puede afirmar que la validez de los derechos fundamentales, en cuanto derecho, se alcanza a través de su positivación y ello implica que deben ser reconocidos por una norma jurídica; que de la misma se puede derivar que las personas se los atribuyan como derecho subjetivo y que las infracciones a la norma jurídica establecida sean objeto de actuación judicial por parte de los órganos jurisdiccionales del Estado y por su poder coactivo, si es necesario.

Otro aporte relacionado con la definición de derechos fundamentales es el que esboza Ferrajoli, quien los define como “aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados de status de personas ciudadanos, o personas con capacidad de obrar”¹⁸⁵.

De la definición del autor referido, Valdes Dal Re destaca tres rasgos estructurales:

El primero es la forma universal de su imputación, se trata de derechos universales en el sentido deóntico y no valorativo de la cuantificación de las clases de sujetos que, como personas, ciudadanos o capaces de obrar son sus titulares. El segundo rasgo es su indisponibilidad tanto activa, pues son inalienables por su titular, como pasiva, ya que no son expropiables por otros sujetos comenzando por el Estado. El último rasgo en fin, consiste en que los derechos fundamentales tienen su estatuto en reglas generales y abstractas; esto es, se confieren mediante normas generales de rango habitualmente constitucional, que son normas téticas (y no hipotéticas) ya que disponen de manera inmediata las situaciones jurídicas expresadas en ella¹⁸⁶.

¹⁸⁵ FERRAJOLI, Luigi. “Derechos fundamentales” en Cabo y Pisarello (Eds.). Editorial Trotta. Madrid. 2001, pág. 30.

¹⁸⁶ VALDES DAL RÉ, Fernando. “Persona del trabajador, Constitución, Principio de Igualdad” en *Revista de Trabajo, Año IX, Nº 13*. Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo. Lima. 2005, pág. 42.

Los tres rasgos señalados por Valdes Dal Re permiten establecer que los derechos fundamentales tienen estatus de universalidad desde la perspectiva que llegan a constituirse en normas legales y no valorativas, pues se positivizan en el marco del Estado. Son igualmente derechos que no pueden ser dispuestos de manera indistinta, es decir, no pueden ser transferidos por el propio titular, ni renunciar a ellos. Así tampoco, pueden ser negados o conculcados por entes ajenos. Finalmente, de acuerdo con la interpretación de Valdes Dal Ré, los derechos fundamentales remiten a normas generales que llegan a tener rango constitucional, funcionando como principios y no como reglas¹⁸⁷.

Desde una visión más pragmática, pero que aporta elementos importantes a la comprensión y análisis de los derechos fundamentales, Valdes Dal Re, los define en los siguientes términos: “son aquellos que se perciben, se entienden y actúan como fundamento de todo un orden jurídico-político plasmado en textos y cartas constitucionales y en declaraciones o pactos internacionales”¹⁸⁸.

La definición del autor citado confirma la validez de existencia de los derechos fundamentales en el marco del Estado, pero agrega un aspecto que configura el otorgamiento de una relevancia institucional que le establece un carácter de derechos sustentadores en el marco jurídico-político, aspecto que se vincula con una orientación de claro basamento y sentido constitucionalista.

Igualmente, evidencia esta definición el alcance supranacional e internacional de estos derechos, lo que se encuentra evidenciado en su

¹⁸⁷ *Ibíd.*

¹⁸⁸ VALDÉS DAL-RÉ, F. “La vinculabilidad jurídica de los derechos fundamentales de la persona del trabajador: una aproximación de derecho comparado” en *Derecho Privado y Constitución N° 17*. 2003, pág. 499.

reconocimiento en documentos de significativa relevancia como la Declaración Universal de los Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU, Pacto Internacional de Derechos Civiles y, Políticos de la ONU, Convención Americana sobre Derechos Humanos de la OEA, Convención Europea de Salvaguarda de los Derechos del Hombre y la Carta Social Europea.

También es pertinente considerar la definición que realiza Nogueira Alcalá, al señalar que los derechos fundamentales representan:

El conjunto de facultades e instituciones que, concretan las exigencias de la libertad, la igualdad y la seguridad humanas en cuanto expresión de la dignidad de los seres humanos, en un contexto histórico determinado, las cuales deben ser aseguradas, promovidas y garantizadas por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional, supranacional e internacional, formando un verdadero subsistema dentro de estos¹⁸⁹.

Esta definición califica a los derechos fundamentales de acuerdo con su concreción y reconocimiento en el conjunto de facultades e instituciones del Estado en donde se reconoce la naturaleza de los mismos como representación inequívoca de la dignidad humana en un contexto histórico determinado. Así mismo, señala el deber de las instituciones de los ámbitos nacionales, supranacionales e internacionales a asegurarlos, promoverlos y garantizarlos a través de sus respectivos ordenamientos.

En ese sentido, la validez y existencia de los derechos fundamentales se hace presente en el marco del Estado. Dicha validez y existencia implica, por una parte la responsabilidad y deber del Estado de establecer los mecanismos que garanticen su cumplimiento y protección y, por otra, el derecho de los ciudadanos a exigirlos a todos los órganos y autoridades

¹⁸⁹ Op. Cit., pág. 16.

estatales y todos los particulares, pues representan atributos de las personas asegurados en el orden constitucional.

Las connotaciones señaladas establecen un carácter funcional a los derechos fundamentales, por un lado como derechos relacionados con la persona y como objeto de reconocimiento en el marco del Estado, cumpliendo con ello una función subjetiva y otra objetiva. Esta doble funcionalidad, de acuerdo con lo que señala Barranco responde a la vinculación de este concepto “al individualismo ético, en relación con la dignidad, y al Estado de Derecho, en relación al modelo de organización política”¹⁹⁰.

El entendimiento del carácter funcional de los derechos fundamentales y el hecho de que dicha funcionalidad se expresa en dos dimensiones, permite profundizar en su naturaleza y sentido desde las perspectivas externas e internas, así como en la relación que se da entre ambas perspectivas. De esa manera, se alcanza la comprensión de los derechos fundamentales como inherentes a la dignidad humana y a la naturaleza organizativa del Estado, así como el conjunto de valores que orientan su acción para su protección y preservación.

Este planteamiento es confirmado por Hernández cuando declara la doble dimensión de los derechos fundamentales, la cual es expresada en términos objetivos y subjetivos. Con relación a su dimensión objetiva, el autor referido afirma lo siguiente:

En su concepción inicial, los derechos fundamentales eran meros límites al ejercicio del poder público, es decir garantías negativas de los derechos individuales. Hoy se han convertido

¹⁹⁰ BARRANCO, María del Carmen. *La teoría jurídica de los derechos fundamentales*. Editorial Dykinson. Madrid. 2006, pág. 26.

además, en un conjunto de valores o fines directivos de la acción positiva del Estado. Por lo tanto, los derechos fundamentales responden a un conjunto de valores y principios de vocación universal, que informan todo el contenido del ordenamiento infraconstitucional¹⁹¹.

En relación con este planteamiento referido a lo que denomina el autor la dimensión objetiva de los derechos fundamentales, se puede derivar que originalmente los derechos fundamentales se concebían como límites al ejercicio del poder del Estado, estableciéndose como garantías de los derechos individuales. De esa concepción inicial, se evoluciona hacia una categorización de los derechos fundamentales como sistema de valores que determinan los fines y orientación del Estado y sirven de base a la declarativa constitucional.

Barranco afirma que esta evolución también representa un elemento a favor de la legitimidad del poder del Estado: “En este caso la ‘finalidad’ atribuida hace referencia a su vez a la finalidad de la organización política”¹⁹². Los derechos fundamentales como referentes de la finalidad de la organización política, le establecen al Estado la responsabilidad de su protección y preservación.

Este señalamiento es confirmado por Tolé Martínez cuando afirma que en el marco de la dimensión objetiva los derechos fundamentales “son principios objetivos que imponen mandatos de actuación y deberes de protección a todos los destinatarios de la Constitución (poderes públicos y particulares)”¹⁹³. Como elementos que se constituyen en un sistema de

¹⁹¹ HERNÁNDEZ, Rubén. *Prerrogativa y garantía*. 1ª Edición. Ediciones de la Universidad de Educación a Distancia de Costa Rica. San José de Costa Rica. 1995, pág. 33.

¹⁹² Op. Cit.

¹⁹³ TOLÉ MARTÍNEZ, J. “La teoría de la doble dimensión de los derechos fundamentales en Colombia. El estado de cosas inconstitucionales, un ejemplo de su aplicación” en *Cuestiones Constitucionales*. [Revista en línea]. Disponible en: <http://www.ejournal.unam.mx/cuc/cconst15/CUC1510.pdf>. 2006, pág. 258.

valores que funciona como factor desde donde se dirige y orienta la acción positiva del Estado en el contexto de la realidad histórica actual, los derechos fundamentales representan principios universales dispuestos en forma transversal en la estructura misma de la norma constitucional.

Marshall y Bottomore complementan lo anteriormente expuesto, cuando afirman lo siguiente:

Los derechos fundamentales ya no pueden ser tenidos como derechos negativos, esto es, que prevén una obligación de abstención para el Estado. Todos los poderes públicos no sólo deben abstenerse de intervenir en el ámbito protegido por ellos, sino que deben tener un rol activo en la consecución de los fines que sirvan para su realización; el Estado tiene también una obligación de actuación o positiva frente a la titularidad de los derechos fundamentales¹⁹⁴.

En la conformación de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales se ha producido una evolución en la cual su estatus ha pasado de ser de derechos negativos a conformarse en conjunto o sistema de valores que va más allá de establecer la abstención del Estado para intervenir en su ámbito, se ubica en el rol de elementos de dirección que deben guiar la actuación del Estado y determinan la orientación de la legalidad.

Esta evolución de los derechos fundamentales en lo que corresponde a su dimensión objetiva, se alcanza en el marco del Estado constitucional, adquiriendo el estatus de normas jurídicas supremas, en virtud de lo cual “se constituyen en presupuestos de validez material para la creación,

¹⁹⁴ MARSHALL, Thomas. y BOTTOMORE, Tom. *Ciudadanía y clase social*. Editorial Alianza. Madrid. 1998, pág. 256.

interpretación y aplicación de otras normas del derecho infraconstitucional”¹⁹⁵.

La evolución de los derechos fundamentales desde su calificación como derechos negativos a sistema de valores que se constituye en norma constitucional, representa precisamente el paso del Estado de Derecho al Estado Constitucional y viene a reflejar el nivel alcanzado por éstos en el marco jurídico actual y a considerarlos como criterios de validación y valoración de las leyes que se formulan en ese marco.

Desde esta categorización como principios y sistemas de valores, los derechos fundamentales representan, a su vez, “la condición *sine qua non* del Estado constitucional democrático, puesto que no dejan de ser pensados sin que peligre la forma del Estado o se transforme radicalmente”¹⁹⁶. Este planteamiento indica que la función objetiva de los derechos fundamentales tiene también un carácter estructural, en el sentido de que representan directrices constitucionales y reglas de actuación que determinan el desempeño en los procesos relacionados con la elaboración de las leyes que orientan la forma como se ha de desenvolver la actividad del Estado .

Esta función estructural indica que los derechos fundamentales, además de su operatividad como defensa de los sujetos frente al Estado, se constituyen en principios que rigen y tutelan el desenvolvimiento de la organización política y ello se hace patente en su presencia determinante en la norma constitucional.

En el desempeño de esa función objetiva, Böckeförde afirma que el contenido de los derechos fundamentales se encuentra representado por “normas objetivas de principio (*objektive Grundsatznormen*) y decisiones

¹⁹⁵ CORREA HENAO, Magdalena. *La limitación de los derechos constitucionales*. Editorial de Estudios Constitucionales. Bogotá. 2003, pág. 23.

¹⁹⁶ TOLÉ MARTÍNEZ, J., Op. Cit., pág. 258.

axiológicas (*Werthenstscheidungen*)”¹⁹⁷. Estas normas y decisiones representan las bases en las cuales se sustentan las garantías institucionales, las obligaciones y los mandatos a los entes del Estado con relación a los derechos fundamentales.

A su vez, y tal como lo afirma Osuna Patiño, los deberes y mandatos establecidos al Estado a partir de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales, “proporcionan pautas de integración e interpretación de las normas que regulan la vida y la convivencia ciudadana”¹⁹⁸. Estos aspectos se asimilan a una función de los derechos fundamentales que se encuentra dirigida a la sociedad. Dicha función, tal como lo señala Peces-Barba es la de “orientar la organización de la sociedad y, principalmente, del derecho como sistema de organización social, de acuerdo con la dignidad de la persona, para que pueda realizar los contenidos que identifican esta dignidad”¹⁹⁹

Con la dimensión objetiva de los derechos fundamentales, que los categoriza como principios y sistemas de valores que dan basamento y orientación a la norma constitucional y valores supremos que rigen para todo el ordenamiento jurídico, se rescata el papel social que juega el Derecho, como disciplina que contribuye a que la persona logre alcanzar su dignidad como ser social expresada en su capacidad de elección, razonamiento, elaboración de conceptos, comunicación, dialogo y de decidir moralmente.

Este señalamiento referido a la función social de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales, permite abordar lo que representa su dimensión subjetiva y a ese respecto, es pertinente destacar lo que señala Hernández:

¹⁹⁷ *Ibíd*em, pág.

¹⁹⁸ *Ibíd*em.

¹⁹⁹ PECES-BARBA, Gregorio. *Derechos sociales y positivismo jurídico (Escritos de Filosofía Jurídica y Política*. Editorial Dykinson. Madrid. 1999, pág. 232

Es evidente que los derechos fundamentales determinan el estatuto jurídico de los ciudadanos, al mismo tiempo que enmarcan sus relaciones con el Estado y con los demás particulares. De esta manera estos derechos tienden a proteger la libertad, autonomía y seguridad de las personas no solo frente al poder público, sino frente a los demás miembros de la comunidad²⁰⁰.

En esta dimensión de los derechos fundamentales en el marco del Estado Constitucional, se produce igualmente un cambio significativo y para ello, Hernández destaca que en el mismo se incorpora lo que se denomina el *status positivus socialis*. Dicho estatus representa un enriquecimiento del status origina, donde se incluye el reconocimiento de los llamados derechos económicos, sociales y culturales y, tal como lo señala Hernández:

No tiene como objetivo anular la libertad humana, sino más bien garantizar el pleno desarrollo de la subjetividad humana, la cual exige conjugar al mismo tiempo, tanto su dimensión persona/l y como social. Por tanto, tales derechos se anudan en la categoría omnicomprensiva de los derechos fundamentales²⁰¹.

Los cambios relacionados con la dimensión subjetiva de los derechos fundamentales evidencian un avance desde una orientación eminentemente individual de estos derechos a una de carácter colectivo y social. En ese sentido, se puede decir que en este avance se ha ampliado la noción de persona de una visión de corte individualista a una del hombre como ser social, que se vincula con otros hombres y que forma parte de un colectivo que afecta y en el cual es afectado.

De acuerdo a lo expuesto, a la doctrina alemana de Jellinek, donde se establecían los cuatros estatus de la dimensión subjetiva (*status subjectionis*, situación pasiva de los destinatarios de las normas; *status libertatis*, que

²⁰⁰ Op. Cit., pág. 34.

²⁰¹ *Ibidem*, pág. 35.

comporta el reconocimiento de la libertad individual negativa de los ciudadanos; *status civitatis*, en el que los ciudadanos pueden ejercitar pretensiones frente al Estado y *status activae civitatis*, situación activa en la cual el ciudadano goza de derechos, se le agrega un nuevo estatus que viene a revelar la evolución de los derechos fundamentales en su dimensión subjetiva y en reconocimiento de la condición humana en su ámbito social y cultura²⁰².

Esta evolución implica igualmente un enriquecimiento y renovación doctrinaria, en función de los cambios que se han suscitado con relación a los derechos subjetivos, los cuales no pueden ser comprendidos exclusivamente por la doctrina tradicional del liberalismo, pues los cambios sociales, políticos, económicos y tecnológicos propugnan la conformación de una subjetividad que no puede estar delimitada a lo individual, sino que también debe incorporar lo social y colectivo.

En términos generales, los derechos fundamentales como la integración de los derechos de las personas y como derechos positivizados en el Estado adquieren una doble función en el marco de la realidad. Esto lo explicita Hernández a través del siguiente planteamiento tomado de Pérez-Luño:

En el horizonte del constitucionalismo actual los derechos fundamentales desempeñan una doble función: en el plano subjetivo siguen actuando como garantías de libertad individual; si bien a este papel clásico se le aúna ahora la defensa de los aspectos sociales y colectivos de la subjetividad, mientras que en el objetivo han asumido una dimensión institucional, a partir de la cual su contenido debe funcionalizarse para la consecución de los fines y valores constitucionalmente establecidos²⁰³.

²⁰² *Ibíd.*

²⁰³ *Ibíd.*

La doble funcionalidad que adquieren los derechos fundamentales viene dada por el hecho de que representan, por un lado, derechos relacionados con las personas, con la condición humana, tanto en lo que corresponde a su carácter individual como en lo que se refiere a la dimensión social; y por el otro constituyen valores institucionalizados en el marco de la constitución y que sirven de referencia en la orientación de la legalidad.

Este hecho es un aspecto de fundamental importancia para profundizar en su naturaleza y ubicación en el marco de la Constitución, vinculándolos con los derechos laborales, como expresión específica de las dimensiones objetiva y subjetiva que definen e identifican a los derechos fundamentales tanto en el contexto de la realidad del mundo de hoy como en el marco constitucional.

b) Características.

Las definiciones y análisis realizados acerca de los derechos fundamentales, evidencian la existencia de una serie de características, que permiten establecer con mayor precisión lo que significan a la luz de la realidad histórica actual.

Una primera característica que se infiere de los análisis realizados en el punto anterior, expresa que los derechos fundamentales constituyen una facultad de carácter normativo dirigida a la protección de la vida, la libertad y la igualdad de las personas, así como su participación en términos sociales y político y todos aquellos aspectos que coadyuvan al desarrollo integral de la persona, no sólo en cuanto individuo, sino también en cuanto a su condición de ciudadano y sujeto social que se integra a una comunidad.

En atención a lo planteado en esta primera característica, se puede afirmar que los derechos fundamentales se encuentran asociados en

principio al derecho natural, pues se relacionan con derechos naturales de la persona humana y, en consecuencia, se sustraen a los principios del iusnaturalismo.

Sin embargo, al establecerse el hecho de que responden al carácter social de la persona y a su condición como tal frente a las demás personas y al Estado, los derechos fundamentales se ubican dentro del marco del derecho positivo, asumiéndose la responsabilidad de su defensa a los organismos del Estado, a través de las acciones coactivas correspondientes, en los casos de su desatención o violación reiterada.

Otro aspecto que se desprende de la característica expuesta, se relaciona con el hecho de que al estar los derechos fundamentales indisolublemente ligados a la persona, los mismos tienen carácter universal, que es predicable a todos los hombres y a todas las sociedades, con independencia o no de la legislación positiva.

No obstante esta realidad, la validez de los derechos fundamentales se alcanza en virtud de su reconocimiento por una norma jurídica, es decir, de su positivación, de tal manera que los incumplimientos e infracciones a la norma justifiquen la actuación del Estado en términos judiciales, a través del accionar de sus órganos jurisdiccionales y de su poder coactivo en los casos que así lo ameriten.

Esta condición representa un segundo elemento caracterizador de los derechos fundamentales considerado en esta investigación, en el sentido de que, aun cuando tienen una ligazón con el derecho natural, por ser inherentes a la persona, su validación en cuanto tal se da en tanto se encuentren formalmente reconocidos por una norma jurídica. En el contexto de la realidad actual, esa norma jurídica puede hacerse presente en el plano

nacional o en el marco de los acuerdos internacionales suscritos y reconocidos por cada país.

Como tercer aspecto característico de los derechos fundamentales como inherente a la persona y reconocido por una norma jurídica emanada desde el Estado (positivación), se destaca la indisponibilidad de los mismos, tanto activa como pasivamente. Esa indisponibilidad se traduce en su no transferibilidad de una persona a otra y el no ser expropiables por otros sujetos, entre ellos el Estado.

Una cuarta característica a los derechos fundamentales, se encuentra asociada a una conceptualización pragmática de los mismos, como dirigidos a fundamentar el orden jurídico-político expresado en textos y cartas constitucionales y en declaraciones o pactos internacionales. En ese sentido, los derechos fundamentales tienen un carácter funcional, en cuanto a que representan el basamento del Estado constitucional.

De esta conceptualización pragmática, se desprende, una bifuncionalidad, expresada en funciones subjetivas y objetivas. Dichas funciones surgen, en primer lugar, de la relación inherente de los derechos fundamentales con la persona y en segundo lugar, de la obligación que se le establece al Estado en cuanto a su preservación y defensa.

Este carácter bifuncional de los derechos fundamentales va a estar presente en el marco constitucional como una línea de acción y eje transversal determinante para la elaboración y desarrollo de la normativa jurídica vinculada con esta materia, incluyendo la que se relaciona con la actividad y las relaciones laborales, expresándose, por una parte, en el sistema de valores que forman parte de la estructura del sistema jurídico y,

por la otra, como medios de defensa de las personas frente al otro poderoso o ante la omnipotencia del mismo Estado.

c) Relevancia y consecuencias de su aplicación.

La importancia que han logrado consolidar los derechos fundamentales en la realidad del mundo de hoy, se genera de la doble función que le es establecida en el marco constitucional. Respecto a lo señalado, es pertinente hacer referencia al planteamiento que realiza Hernández a través de Pérez Luño cuando afirma lo siguiente:

La importancia que deriva de la noción de derechos fundamentales ha sido resaltada por las modernas corrientes del derecho constitucional, y así se ha señalado que tal noción desempeña una doble función, en el plano subjetivo sigue actuando como garantía de la libertad individual, si bien a este papel clásico se aúna ahora la defensa de los aspectos sociales y colectivos de la subjetividad, mientras que, en el objetivo ha asumido una dimensión institucional a partir de la cual su contenido debe funcionalizarse para la consecución de los fines y valores constitucionales.²⁰⁴

Lo expresado por el autor permite afirmar que de sus dimensiones y funciones subjetivas y objetivas los derechos fundamentales, se puede inferir argumentos que expresan la relevancia e implicaciones que se derivan de su aplicación. Dichos argumentos consolidan el carácter inherente de los derechos fundamentales, con relación a la persona en cuanto a individualidad y ser social, expresada a través de las comunidades y diversidad de organizaciones y colectivos que se llegan a establecer en toda sociedad y respecto a la conformación definitiva del Estado Constitucional como fase de avanzada de su evolución histórica.

²⁰⁴ *Ibíd.*

Esta relevancia y consecuencias que se derivan de los derechos fundamentales ya ha sido claramente precisada por autores como Solozábal cuando al establecer su conceptualización, alude a los aspectos de dicha conceptualización que le dan relevancia en los términos relativos a la persona y al Estado en cuanto tal. En ese sentido, el autor mencionado afirma, en primer lugar, que los derechos fundamentales constituyen la condición de la libertad y la autodeterminación de la persona e igualmente son inherentes a su dignidad en cuanto tal²⁰⁵.

Lo expresado plantea que los derechos fundamentales tienen relevancia determinante en la confirmación de las nociones de libertad y dignidad como inherentes a todo individuo en cualquier contexto social y político. Igualmente, indica que su disfrute viene a ser un elemento imprescindible y representan “el núcleo básico, ineludible e irrenunciable, del *status* jurídico del individuo”²⁰⁶.

En la confirmación y respeto de los derechos fundamentales, se ratifica y enaltece la dignidad de la persona y su desarrollo como individuo, por lo que conculcación o desconocimiento representa precisamente el acto mediante el cual se llega a la vulneración del individuo en cuanto a persona. Como consecuencia de ello, los derechos fundamentales vienen a determinar el estatus jurídico de los ciudadanos, no sólo en las relaciones que establecen con el Estado, sino también las que establecen entre ellos mismos.

Lo expuesto tiene asidero, entre otros en el planteamiento que realiza Schneider, quien señala lo siguiente:

²⁰⁵ SOLOZÁBAL, J. “Algunas cuestiones básicas de la teoría de los derechos fundamentales” en *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)* N° 71. Enero-Marzo, 1991, pág. 88.

²⁰⁶ *Ibíd.*

Este *status* jurídico-constitucional del individuo, basado en los derechos fundamentales y garantizado por ellos, es, antes que nada, un *status* jurídico material, es decir, un *status* con contenido concreto del que no puede disponer ilimitadamente ni el individuo ni los poderes del Estado. Este *status* jurídico-constitucional constituye el núcleo de la posición jurídica general que viene determinada, junto a los derechos fundamentales, por las leyes. También el *status* civil general es una situación jurídica material, es decir, es el conjunto de derechos y deberes del individuo concretos, determinados y limitados (respecto a otros o la colectividad) con cuyo cumplimiento cobra realidad el ordenamiento jurídico de la comunidad²⁰⁷

El planteamiento realizado evidencia el hecho de que a través de los derechos fundamentales se regula la autonomía y seguridad de la persona, tanto frente al poder del Estado como frente a los demás miembros de la sociedad, a través de las relaciones que establece en el marco de la realidad de la comunidad en la cual vive y se desenvuelve. En ese sentido, los derechos fundamentales como otorgantes de estatus, prestan al mismo tiempo la propiedad de derechos fundamentales jurídico-constitucionales de la persona individual, tanto como hombre y como ciudadano.

De esta importancia que se coloca dentro de los límites de la dimensión y función subjetiva de los derechos fundamentales, se deriva que a partir del respeto a las libertades individuales y a la dignidad como elemento inherente a la condición humana, se desprende que representan basamentos fundamentales para garantizar una convivencia en términos de respeto a las libertades y derechos, a partir de la cual se generan las bases para la construcción de un sistema democrático y de libertades.

Desde esta perspectiva, se puede determinar un segundo aspecto que le da importancia a los derechos fundamentales y el cual Solozábal resalta

²⁰⁷ SCHNEIDER, Hans-Peter. *Peculiaridad y función de los derechos fundamentales en el Estado Constitucional Democrático*. [Documento en línea]. Disponible en: dialnet.unirioja.es, pág. 13. [Consulta: 16-01-2012].

cuando afirma que “los derechos fundamentales son condición misma de la democracia que, como sistema político, no puede existir sin el reconocimiento de los derechos fundamentales”²⁰⁸.

Lo que se deriva de esta apreciación es que, aun cuando se asume la existencia de una bifuncionalidad de los derechos fundamentales, ello no implica que ambas funciones constituyan estancos separados y ajenos unas a otras, sino, por el contrario representa elementos constitutivos de una misma realidad que atañe tanto a la preservación de la persona como a la de las instituciones.

Tal vinculación realza y reafirma la importancia y las consecuencias de una correcta aplicación de los derechos fundamentales, en el sentido de que no sólo aseguran la condición del individuo en cuanto a persona, sino que a partir de este aseguramiento, se establecen las bases de todo sistema democrático, cuya existencia no debe estar limitada a la formalidad de la ley, sino a su cumplimiento en las prácticas de convivencia y relaciones en el marco de la sociedad y de las relaciones de esta con el Estado.

Como tercer aspecto que destaca la importancia de los derechos fundamentales en lo que representa su dimensión objetiva, Solozábal señala el referente al hecho de que representan normas competenciales del ordenamiento jurídico. A ese respecto, el autor afirma lo siguiente:

En la doble medida que establecen ámbitos inmunes a la actividad pública, espacios protegidos de la intervención estatal que ésta ha de respetar, y, asimismo, en el sentido en que, incluso cuando una actuación normadora sea imprescindible, la misma no puede realizarse por cualquier sujeto público, sino sólo por el legislador, en veste ordinaria u orgánica en el ordenamiento, dependiendo del alcance configurador o

²⁰⁸ Solozábal, Op. Cit., pág. 89

meramente ordenador de su actuación, y a quien, por lo demás, se le impone un comportamiento no desfigurador del derecho fundamental cuyo régimen detalla, al establecer la indisponibilidad para el mismo del “contenido esencial” del derecho constitucional de que se trate²⁰⁹.

Los derechos fundamentales adquieren importancia en cuanto al hecho de que: Protegen los espacios individuales de la intervención del Estado, preservando a la persona en dichos espacios; instituyen y definen el órgano competente para ejercer la acción de acuerdo a lo establecido en la normativa jurídica y determinan; imponen a dicho órgano competente las formas de conducta que se ajuste al derecho fundamental previamente determinado, al establecer la no deformación, ocultación, o alteración de su contenido sustancial.

También destaca Solozábal que la importancia de los derechos fundamentales se encuentra también en que “actúan como un *factor de homogeneización* de todo el sistema jurídico y suponen un límite a la variedad deducida del pluralismo territorial”²¹⁰.

En la medida en que los derechos fundamentales definen el *status* jurídico básico del individuo contribuyen a que el cumplimiento de este rol homogenizador se cumpla de manera determinante, coadyuvando con ello a que el sistema jurídico se desenvuelva como una estructura unitaria, no contradictoria, aplicable a toda la diversidad de la realidad poblacional y territorial donde el mismo se encuentra instituido.

Como complemento y reafirmación de los aspectos señalados con relación a la importancia y los efectos de los derechos fundamentales, es

²⁰⁹ *Ibidem.*

²¹⁰ *Ibidem.*

pertinente considerar una serie de planteamientos realizados por Hernández²¹¹ que permiten ahondar y precisar más en su cualificación:

En primer lugar, el autor afirma que los derechos fundamentales expresan el reconocimiento de un sistema de valores explícita e implícitamente reconocidos por el Constituyente, lo que representa la articulación de los valores del pueblo. Así mismo, abarcan y exceden la noción de los derechos individuales, pues dentro de esta noción, bien cabe entender también la de derechos colectivos, sociales, económicos e, incluso los llamados derechos de la tercera generación.

En su proceso de evolución, los derechos fundamentales, tal como se ha dicho, han trascendido el plano de la individualidad y se han colocado en una subjetividad colectiva y social, confirmando las consecuencias de su correcta aplicación. Lo afirmado se relacionaría con lo siguiente:

Los derechos económicos, sociales y culturales participan de las condiciones de verdaderos derechos en la medida que tengan un reconocido contenido esencial, además de ser disposiciones constitucionales de principio, todo lo cual tiene por objeto otorgar una mejor calidad de vida a las personas. Ello implica necesariamente la existencia de un Estado activo promotor del bien común y regulador del proceso económico social, proceso antes entregado a las fuerzas del libre mercado y a la sola iniciativa privada²¹²

En la nueva configuración de los derechos fundamentales como derechos subjetivos referidos a colectivos y grupos sociales, se confirma su importancia como derechos inherentes a la condición humana, pues, tal como lo señala Nogueira Alcalá “la dignidad humana y el derecho a una vida

²¹¹ Op. Cit., pág. 15.

²¹² NOGUEIRA ALCALÁ, H. “Los derechos económicos, sociales y culturales como derechos fundamentales efectivos el constitucionalismo democrático latinoamericano” en *Estudios constitucionales*, año 7, n° 2. [Revista en línea]. Disponible en: <http://www.scielo.cl/pdf/estconst/v7n2/art07.pdf>., pág. 143. [Consulta: 18-01-2011].

digna fundamenta tanto los derechos civiles y políticos como los derechos económicos, sociales y culturales”²¹³

A su vez, desde esta nueva configuración se fortalece el papel del Estado como ente que garantiza y protege los derechos económicos, sociales y culturales como derechos que se derivan en forma inmediata y directa de la dignidad de la persona humana. Ambos elementos constituyen la base fundamental para la construcción del sistema democrático y el Estado de Derecho Social, conformando un sistema de valores que rigen y orientan dicho sistema.

Un segundo aspecto referido por Hernández²¹⁴ señala que los derechos fundamentales son la fuente de tutela privilegiada por parte de todas las ramas del Poder Público. En ese sentido, constituyen determinantes de su legitimidad, en atención a la existencia y a la práctica de una protección a través de procedimientos caracterizados por ser efectivos, rápidos, gratuitos y sencillos en sus formas.

Lo expuesto indica que en el ordenamiento jurídico, los derechos fundamentales representan fuente de tutela, aspecto que debe hacerse extensivo a todos los ámbitos del poder público, por lo que se puede decir que en la medida que se establezcan los mecanismos más idóneos para garantizar la protección de los derechos fundamentales, la legitimidad del poder público adquiere una mayor consistencia.

Hernández²¹⁵ destaca otro aspecto que le da mayor calificación a los derechos fundamentales. Dicho aspecto se expresa en el hecho de la existencia de una legislación ordinaria, de un amplio marco de posibilidades

²¹³ *Ibidem*, pág. 144

²¹⁴ *Op. Cit.*

²¹⁵ *Op. Cit.*, pág. 16

jurisdiccionales, es decir, de un sistema lo más amplio posible de garantías constitucionales, son requerimientos indispensables para que se asegure su tutela efectiva.

A ese respecto, se puede afirmar que los derechos fundamentales constituyen, aparte de la fuente de la tutela judicial, el elemento de exigencia que obliga al Estado a consolidar una estructura legal eficiente, conjuntamente con un amplio marco de garantías constitucionales, aspectos que vienen a ser componentes esenciales para la definitiva consolidación del Estado Constitucional.

Los planteamientos realizados en esta parte del capítulo permiten derivar las siguientes apreciaciones con relación a la importancia de los derechos fundamentales:

- Constituyen la esencia básica y determinante de la condición de la libertad y la autodeterminación de la persona y de su dignidad en cuanto tal.
- Determinan el estatus jurídico de los ciudadanos, no sólo en las relaciones que establecen con el Estado, sino también en las que establecen entre ellos mismos. En ese sentido, prestan al mismo tiempo la propiedad de derechos fundamentales jurídico-constitucionales de la persona individual, tanto como hombre y como ciudadano, representando basamentos de garantía de convivencia en términos de respeto a las libertades y derechos.
- Son la condición misma de la democracia como sistema político
- Cumplen un rol homogenizador, coadyuvando a que el sistema jurídico se desenvuelva como una estructura unitaria, no

contradictoria, aplicable a toda la diversidad de la realidad poblacional, grupal y territorial.

- Como derechos subjetivos referidos a colectivos y grupos sociales, contribuyen al fortalecimiento del papel del Estado como ente que garantiza y protege los derechos económicos, sociales y culturales como derechos que se derivan en forma inmediata y directa de la dignidad de la persona humana.
- Son la fuente de tutela privilegiada por parte de todas las ramas del Poder Público y fuente de obligación al Estado a desarrollar una estructura legal eficiente, conjuntamente con un amplio marco de garantías constitucionales, lo que vienen a ser componentes fundamentales para la definitiva consolidación del Estado Social de Derecho como Estado Constitucional.

d) Protección de los Derechos Fundamentales.

La importancia que tienen los derechos fundamentales como condición determinante para que un Estado en cuanto tal pueda ser denominado como Estado de Derecho, ha sido algunos de los aspectos abordados en el punto anterior y del cual se infiere que una de las responsabilidades principales de todo Estado de Derecho, se encuentra precisamente en que desde los diferentes instancias del poder público se desarrollen las acciones efectivas dirigidas a reconocer y proteger los derechos fundamentales.

Este señalamiento es congruente con la tesis de Lösing de que no hay Estado de Derecho sin el reconocimiento de los derechos fundamentales. Dicha tesis plantea que:

El principio Estado de Derecho se va desarrollando según se van desarrollando los derechos fundamentales y según va variando la interpretación de los mismos; lo cual determina la existencia de un flujo y reflujo permanente entre la interpretación de los derechos fundamentales y la interpretación del principio Estado de Derecho; o lo que es lo mismo: los derechos fundamentales son interpretados a la luz de los principios del Estado de Derecho y el Estado de Derecho se nutre de la interpretación de los derechos fundamentales²¹⁶.

Desde la perspectiva de esta tesis se propugna que la consolidación del Estado de Derecho se vincula con un proceso permanente y progresivo de reconocimiento e interpretación de los derechos fundamentales, que se traduce en su debida y continua protección como rasgo identificador y definitorio.

La esencia de esta tesis debe estar en sintonía con una visión sistematizada, unitaria y universal de los derechos fundamentales que se expresa en los términos de una doctrina, donde se establece una clasificación de estos derechos a la cual Duran²¹⁷ hace referencia en la siguiente forma:

En primer lugar, se encuentran los llamados derechos civiles, que cumplen la función de garantizar determinados ámbitos de libertad de actuación del hombre, en los que le está vedado al Estado intervenir; pues se trata de ámbitos inviolables, sujetos sólo a la autodeterminación del hombre. Estos derechos se conformaron bajo la idea de los derechos de libertad personal y propiedad.

²¹⁶ DURÁN, W. "La protección de los derechos fundamentales en la doctrina jurisprudencial". *Ius et praxis* vol. 8 n° 2. [Revista en línea]. Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122002000200006#10., pág. 178.

²¹⁷ *Ibidem*.

En segundo lugar, están los derechos políticos denominados también derechos de participación y centrados en la relación que establece el individuo frente a las instituciones del Estado. Su finalidad es la de garantizar la participación y acceso del ciudadano a la gestión pública; entre los que figuran: el derecho al sufragio, derecho de acceso a los cargos públicos y derecho de petición, entre otros.

En tercer lugar, se encuentran los derechos sociales, denominados también derechos de prestación, los cuales tienen por finalidad garantizar condiciones de vida del ser humano en dignidad; encontrándose entre ellos: el derecho a la seguridad social, a la educación, a una remuneración justa por el trabajo.

También destaca el autor en la doctrina, los llamados derechos de tercera generación que vienen a configurar un cuarto grupo de derechos, los cuales se encuentran integrados por los derechos al medio ambiente, a un entorno sano y al patrimonio cultural, entre otros²¹⁸.

La clasificación de los derechos fundamentales dentro de las categorías antes señaladas apunta, por un lado, a configurar una debida categorización universal de los mismos, que coadyuve a su reconocimiento de manera uniforme en las distintas constituciones y legislaciones del orbe. Por otro lado, esta categorización se ubica dentro de una concepción orientada a superar la contradicción y proliferación indiscriminada de normas que, en materia de derechos fundamentales, se aprecia en el ámbito internacional. Situación que ha llevado a la promulgación como derecho fundamental, el derecho a la tenencia de armas previsto en la enmienda II de la Constitución de los Estados Unidos²¹⁹.

²¹⁸ *Ibidem*.

²¹⁹ *Ibidem*.

Esta orientación hacia una clasificación y categorización universal de los derechos fundamentales se inscribe dentro de los parámetros de un sistema garantista, el cual se encuentra dirigido a “remediar el caos normativo, la proliferación de fuentes, la violación sistemática de las reglas por parte de los titulares del poder público, la ineficacia de los derechos y la incertidumbre e incoherencia del sistema jurídico actual”²²⁰. La propuesta de la teoría garantista, que tiene como uno de sus más importantes representantes a Luigi Ferrajoli, se encuentra dirigida a identificar y universalizar en términos precisos y categóricos la naturaleza de los derechos fundamentales, a los fines de garantizar su reconocimiento, protección y efectivo cumplimiento en el marco del Estado de Derecho.

Dicha propuesta postula que el derecho cumple una función de sistema artificial de garantías que se encuentra constitucionalmente pre ordenado a la tutela de los derechos fundamentales. En consecuencia, en el modelo garantista de Ferrajoli se plantea un cambio estructural en la aplicación del derecho y la concepción de la democracia, de tal manera que toda forma de poder esté sujeta al imperio del derecho, tanto en lo procedimental como en el contenido de sus decisiones²²¹.

Este cambio apunta hacia la conformación de un Estado de Derecho donde el reconocimiento y protección efectiva de los derechos fundamentales se exprese en la maximización de la libertad y la minimización de la arbitrariedad e impunidad por parte de los gobernantes. Estas condiciones se asumen como basamentos que favorecen la reestructuración de la democracia, en virtud de que, aparte de los procedimientos formales de toma de decisiones, se haga efectiva la protección de los derechos políticos, civiles y sociales de la persona en tanto individuo, colectivo y comunidad.

²²⁰ AGUILERA, R. y LÓPEZ, R. “Los derechos fundamentales en la teoría garantista de Luigi Ferrajoli”. [Documento en línea]. Disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/>, pág. 51.

²²¹ *Ibíd.*

De esta manera, la protección de los derechos fundamentales, se propugna desde una perspectiva donde más allá de su reconocimiento formal y su interpretación a la luz de los principios de las diferentes doctrinas jurídicas, se garantice el real y efectivo cumplimiento de los mismos en una práctica permanente donde el Estado y sus instituciones se constituyan en los medios principales para dicha garantía.

En ese orden de ideas, la propuesta de la teoría garantista parte de una crítica profunda al iuspositivismo dogmático, desde los parámetros y esquemas de iuspositivismo crítico. Dicha crítica tiene como sustento principal la ampliación del contenido sustancial de las leyes, ante las lagunas, dilemas y antinomias jurídicas presentes en ella²²².

Igualmente, en la teoría garantista se propugna una protección de los derechos fundamentales partiendo de la noción de sistemas heteropoyéticos de Niklaus Luhmann. Dicha noción asume al Estado como un “medio legitimado únicamente con el fin de garantizar los derechos fundamentales de los ciudadanos, y políticamente ilegítimo si no los garantiza”²²³.

De acuerdo con esta noción de sistemas, el Estado no es considerado como una estructura situada en forma trascendente a los individuos, sino como un instrumento legitimado que tiene como una de sus responsabilidades la protección de los derechos fundamentales, aspecto que determina en qué medida adquiere estatuto de legítimo o no legítimo.

Desde la visión garantista se pauta entonces una concepción constitucional de la democracia expresada en dos divisiones: democracia formal y democracia sustancial. La primera, se encuentra referida a la forma

²²² *Ibidem*, pág. 53.

²²³ *Ibidem*, pág. 55.

como se toman las decisiones políticas; la segunda, tiene que ver con el respeto y protección de los derechos fundamentales²²⁴.

En función de lo que se plantea en esta concepción, se puede deducir en primer lugar que los derechos fundamentales representan vínculos sustanciales que se encuentran impuestos a la democracia política. Dichos vínculos se hallan expresados en derechos individuales como la libertad que no pueden ser violados por ningún poder o mayoría y en derechos sociales que ninguna mayoría puede dejar de satisfacer.

La naturaleza esencial de estos vínculos los convierte en factores determinantes del Estado de Derecho y su definitiva consolidación como Estado Constitucional. A ese respecto, Aguilar y López afirman que en la concepción garantista se asume que la protección efectiva de los derechos fundamentales se sustenta en la premisa de que estos se encuentran vinculados a una forma de democracia que va más allá de lo procedimental y formal; esto es, una democracia sustancial²²⁵.

Este concepto lo toman los autores de Ferrajoli, quien lo define en la siguiente forma: “consiste en normas que vinculan la tutela y el respeto de los derechos fundamentales y demás principios establecidos en ella”²²⁶. Desde esta dimensión sustancial de la democracia, se enfatiza una concepción de la misma en la cual no se consideran los procedimientos a utilizar para establecer quien debe tomar decisiones (elecciones o mercado electoral), sino lo que es lícito o ilícito, legítimo o ilegítimo²²⁷.

²²⁴ *Ibidem*.

²²⁵ *Ibidem*, pp. 59-60.

²²⁶ *Ibidem*, pág. 60.

²²⁷ *Ibidem*.

En ese sentido, en el modelo garantista se asegura la protección de los derechos fundamentales como un propósito principal de la democracia sustancial, a los fines de poner controles y límites al poder de la democracia formal. Igualmente, en la propuesta de este modelo se plantea la evolución y perfeccionamiento del modelo democrático, en el sentido de que establece la conformación de una dimensión sustancial de dicho modelo en la cual se establecen las orientaciones y acciones dirigidas a la protección de los derechos fundamentales.

Ello implica el fortalecimiento de la sociedad civil y la democracia participativa, fortalecimiento que en modo alguno significa el debilitamiento del Estado, sino por el contrario contribuye a su desarrollo y crecimiento como ente que está dirigido a garantizar el respeto y protección de los derechos fundamentales de las personas como individuos y como colectivo, en un marco que trasciende el plano nacional y se ubica dentro del plano internacional.

A ese respecto, la protección de los derechos fundamentales va más allá de la pertenencia a una determinada nacionalidad y se coloca en el marco de una comunidad y sociedad civil e internacional, respecto a la cual los estados deben constituirse en garantes de su cumplimiento y protección, en aras no sólo de asegurar tal protección, sino también de contribuir al fortalecimiento de su sistema democrático, como sistema que incluye, tanto lo formal-procedimental como lo sustancial.

Este planteamiento se relaciona con el concepto de personalidad jurídico internacional del individuo, el cual, según lo que señala Casal, se desprende:

De las obligaciones que de los tratados respectivos se derivan para los Estados se refieren a las personas que se encuentran

bajo su jurisdicción, y a estas se confieren determinados derechos que deben ser susceptibles de protección en las instancias nacionales o, en su defecto, ante los organismos internacionales creados²²⁸

Igualmente, la protección de los derechos fundamentales más allá de las fronteras de una determinada comunidad nacional, contribuye a consolidar el espíritu y la esencia de tales derechos, en lo que se refiere a su carácter universal, ya que su aplicación no va a estar suscrita a la condición de ciudadanía, sino a la condición humana en cuanto tal.

Finalmente, la protección de los derechos fundamentales fortalece la relación con sus propias garantías primarias, que se refieren a las expectativas positivas o negativas que el Estado debe satisfacer y las garantías secundarias que remiten a las sanciones que corresponden como consecuencia a la violación o no cumplimiento de los derechos fundamentales de la persona como individuo y como ser social.

e) Delimitación, Limitaciones y Restricciones de los Derechos Fundamentales.

Los derechos son por sí mismos limitados y limitables, pues al estar insertados en un sistema jurídico deben estar sometidos a las exigencias y restricciones de la convivencia de los derechos entre sí y a las necesidades de la totalidad en la cual se mueven. La prudente aplicación de las limitaciones de los derechos fundamentales, es decir, su aplicación en términos no abusivos que lleven a su conculcación, requiere la precisión de una serie de conceptos relacionados, en virtud de los cuales se puedan

²²⁸ CASAL, Jesús María. *Los derechos humanos y su protección (Estudio sobre derechos humanos y derechos fundamentales)*. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas. 2008, pág. 27.

establecer los criterios a considerar para su restricción y las técnicas orientadas para evitar posibles abusos del poder público.

En lo relativo a dicha precisión, es pertinente hacer referencia a las definiciones que realiza Nogueira Alcalá de tres conceptos que se vinculan directamente con este aspecto: Delimitación, límites y limitaciones. Con relación al concepto de delimitación, el autor citado afirma que “delimitar un derecho es establecer su contenido (haz de facultades, garantías y posibilidades de actuación) y sus fronteras o límites. En otras palabras, delimitar es determinar el ámbito de realidad protegido por el derecho, lo que determina sus contornos”²²⁹.

La delimitación del derecho, de acuerdo con lo que señala el autor citado, representa, por un lado la precisión de su contenido, en cuanto a las facultades del mismo, las garantías y los ámbitos y momentos de su aplicación, conjuntamente con los límites del mismo. Casal complementa esto, cuando afirma lo siguiente:

La delimitación o definición del derecho es una labor que lleva a cabo la propia Constitución, al reconocer el derecho que se trate. La consagración del derecho fundamental lleva consigo el establecimiento de sus contornos generales y permite la determinación del bien jurídico o libertad protegida por el mismo (la vida, la libertad personal, la libertad de circulación, etc)²³⁰.

Con base a lo que se encuentra expresado en el concepto de delimitación, es posible considerar que ciertas medidas del poder público son ajenas o externas al ámbito tutelado por el derecho, razón por la cual no quedan sometidas a las condiciones que rigen constitucionalmente para aceptar la validez de las injerencias en tal derecho. En este caso, no se habla

²²⁹ Nogueira Alcalá, H. Op. Cit., 2005, pág. 18.

²³⁰ Op. Cit., pág. 69

en rigor de la fijación de límites, puesto que se trata de definir o consagrar el derecho, aun cuando la precisión de su contenido implica naturalmente trazar sus confines, contornos o linderos, es decir su silueta.

Respecto a esta clarificación del concepto de delimitación, tiene pertinencia lo afirmado por Nogueira Alcalá:

Así, en cada norma, la Constitución concreta el tratamiento jurídico de ese sector de la realidad y especifica el contenido de la protección misma otorgada por el derecho, dicha exégesis debe realizarse en el contexto de una interpretación unitaria, sistemática y finalista de la Constitución, lo que delimita el derecho en sus límites intrínsecos, vale decir, aquellos que dependen de su propia naturaleza²³¹.

La delimitación de los derechos fundamentales indica el establecimiento de los límites al contenido presente internamente ellos en función de su propia naturaleza, a través de la especificación del contenido de la protección, partiendo de una interpretación del texto constitucional, en forma unitaria y sistemática.

Con relación al concepto de limitación o límite de un derecho fundamental, Nogueira Alcalá señala lo siguiente:

El límite de un derecho es la frontera entre lo que algo es y lo que no es. El límite es parte de la estructura del derecho y considera todos los demás derechos y bienes constitucionalmente protegidos. El límite de un derecho presupone la existencia de un contenido constitucionalmente protegido prefijado dentro del cual conlleva un límite como contorno o frontera. Los límites o fronteras de los derechos consideran los demás bienes y derechos constitucionalmente protegidos por el ordenamiento jurídico, constituyendo un sistema integrado y armónico²³².

²³¹ *Ibidem*, pág. 19

²³² *Ibidem*.

El concepto de límite de un derecho se expresa en la existencia de un sistema jurídico que funciona de manera integrada y armónica. La existencia de dicho sistema plantea que se deben establecer los límites a un derecho fundamental, partiendo del hecho de que existen otros derechos y bienes jurídicos que se encuentra integrados sistemáticamente.

Para profundizar y comprender lo antes señalado, tiene plena utilidad la explicitación que realiza Casal:

La limitación de un derecho en sentido estricto se produce cuando la misma Constitución, después de haber reconocido una determinada libertad le impone expresa o implícitamente, condicionamientos derivados bien de la reducción del alcance de la facultad o la libertad inicialmente protegida, bien por la necesidad de coordinar o concordar con otros derechos o bienes constitucionalmente tutelados²³³.

En el caso de la limitación o establecimiento de límites a los derechos fundamentales, el autor plantea que la misma surge de un condicionamiento explícito o implícito que desde el mismo texto constitucional se le impone al derecho, bien sea por la reducción de su alcance o en función de la relación, interrelación y coordinación que debe existir entre ese derecho y otros derechos también reconocidos y protegidos constitucionalmente.

Respecto a señalado, es importante destacar lo que afirma Nogueira Alcalá al expresar que “la Constitución constituye un sistema armónico y coherente de derechos, donde cada una de sus normas es útil para determinar tanto la delimitación de los derechos como las limitaciones (restricciones) a las que ellos podrán estar sujetos”²³⁴.

²³³ Op.Cit.

²³⁴ *Ibíd*em, pág. 21.

Como sistema armónico donde confluyen diversos derechos, en la Constitución deben estar claramente establecidas las delimitaciones de estos derechos, así como sus limitaciones, de tal forma que no se generen contradicciones, ni anulación de un derecho por la preeminencia de otro, pues ese no puede ser el espíritu, ni la esencia de lo que debe estar establecido en la Constitución.

Este aspecto fundamental es uno de los elementos constitutivos principales de los conceptos de limitación pues permite confirmar que la naturaleza y la definición de un determinado sistema jurídico tienen dentro de sí la misma limitación y, a su vez, la relación sistémica y armónica que el mismo mantiene con otros derechos en el marco de la Constitución, viene a representar la idea misma de su limitación.

En ese sentido, la correcta definición de un derecho y la adecuada correlación sistémica entre los diferentes derechos que forman parte de un determinado sistema jurídico, es considerada una necesidad fundamental para que la aplicación de los límites a un determinado derecho no devenga en su anulación para el favorecimiento de otro u otros.

Respecto a lo señalado, Nogueira Alcalá hace las siguientes consideraciones:

Consideramos que no pueden utilizarse algunos enunciados constitucionales de derechos o bienes jurídicos para anular otros; todos ellos son elementos constitutivos del orden constitucional que no pueden entrar en contradicción, pudiendo sólo existir conflictos aparentes por una inadecuada o deficiente delimitación de los derechos, estos deben interpretarse siempre en el sentido de darles un efecto útil y la máxima efectividad, vale decir, optimizándolos dentro de su ámbito propio. Cada uno y todos los derechos pertenecen a un sistema, gozando de igual valor en términos materiales y axiológicos. No hay norma alguna

de la Carta Fundamental que autorice a aniquilar un derecho o a desnaturalizarlo para favorecer a otro, a su vez todos ellos tienen incorporado el límite del bien común, en la medida que las personas conviven en sociedad²³⁵.

La pertenencia de los derechos fundamentales a un sistema jurídico y la igualdad del valor de cada uno de ellos deben verse reflejados en una estructura constitucional donde no prevalezca una determinada norma sobre otra. Igualmente, en el marco de esa estructura los derechos fundamentales tienen como límite unitario el bien común partiendo de la premisa de la convivencia en sociedad.

Con relación al concepto de restricción de los derechos fundamentales, Casal plantea la siguiente consideración, al afirmar que la restricción “puede ser concebida como la imposición, por la ley, aunque siempre con base a la Constitución, de condicionamientos de goce al ejercicio del derecho”²³⁶. De acuerdo con esta definición, la restricción de los derechos fundamentales remite a una práctica concreta que se hace patente en imposiciones establecidas por la ley, partiendo de lo que se encuentra señalado en el texto constitucional o a partir de la interpretación que se haga del mismo.

A ese respecto, la restricción, es básicamente una imposición que viene establecida en la ley con relación a un determinado o determinados derechos fundamentales con una naturaleza constitutiva o cuasi-constitutiva. Casal afirma que la singularidad de este concepto radica en tal situación y, por eso “en su carácter relativo o no definitivo, derivado de la facultad (controlable) del legislador de suprimir o modificar la restricción”²³⁷.

²³⁵ *Ibidem*.

²³⁶ *Op. Cit.*, pág. 70.

²³⁷ *Ibidem*.

La peculiaridad del concepto de restricción se explica entonces, por una parte, porque proviene de una ley directamente o indirectamente derivada del texto constitucional y, por la otra, porque, dada tal situación, la misma tiene un carácter relativo, pues proviene de una potestad no absoluta, ni ilimitada del legislador en cuanto a suprimirla o modificarla.

Desde el punto de vista de lo señalado por el autor, la restricción, como concepto que expresa en términos de mandato de ley las limitaciones que de manera explícita o implícita se encuentran presentes en el texto constitucional, se encuentra remitida siempre a la norma constitucional. Con relación a ello, Casal afirma lo siguiente:

Dado que los derechos fundamentales poseen rango constitucional, sus limitaciones o restricciones siempre han de establecerse por la Constitución o con base a la Constitución. En lo que atañe a las restricciones, el basamento constitucional se encuentra en las distintas remisiones al legislador que, en forma de reserva legal genérica o específica, prevén las disposiciones constitucionales²³⁸

Las limitaciones y las restricciones que se establezcan con relación a los derechos fundamentales deben estar en función de la Constitución. En el caso concreto de las restricciones, el autor afirma que las mismas se encuentran determinadas de acuerdo con lo que se encuentra señalado en las diferentes remisiones que presenta el texto constitucional en las cuales se establecen las previsiones correspondientes, aun cuando no se precisa directamente la existencia de la restricción.

Esta forma de sustentación de las restricciones de los derechos fundamentales, se relaciona con lo que Alexy denomina como restricciones indirectas o mediatamente constitucionales, las cuales, a diferencia de las

²³⁸ *Ibidem*.

restricciones directa o inmediatamente constitucionales, no son restricciones de rango constitucional, sino aquellas cuya imposición se encuentra autorizada por la Constitución en forma indirecta a través de las cláusulas de reserva explícitas, que son disposiciones legales que de manera expresa autorizan intervenciones, restricciones o limitaciones²³⁹

Todos los aspectos antes señalados, permiten afirmar que los límites y restricciones a los derechos fundamentales representan materia de disquisición y análisis en el contexto de la realidad jurídica actual en esta material. A ese respecto, es pertinente tomar en cuenta lo que afirma Duran, quien señala lo siguiente:

El problema del límite a los derechos fundamentales es una de las cuestiones más discutidas en el derecho contemporáneo, sobre el cual aún no existe uniformidad de criterios en la doctrina; no es previsible tampoco que lo haya en un futuro próximo²⁴⁰.

Esta diferencia de criterios se expresa a través de dos tendencias teóricas relacionadas con las limitaciones y restricciones de los derechos fundamentales: La primera remite a la teoría relativa sobre las restricciones de los derechos fundamentales. Martínez señala que esta teoría parte de idea de que “la protección a los derechos fundamentales no es absoluta, y que por su limitación es posible cuando tal limitación se halle razonablemente justificada, justificación que debe encontrar apoyo explícito en la Constitución o bien pueda extraerse implícitamente de ésta”²⁴¹.

De acuerdo con lo planteado en esta teoría, las limitaciones a los derechos fundamentales no pueden darse en términos absolutos, ya que la misma se encuentra suscrita a lo establecido constitucionalmente con

²³⁹ Op. Cit.,_pág. 282.

²⁴⁰ Op. Cit.

²⁴¹ *Ibíd.*

relación a su definición y en cuanto a la necesidad de proteger otros derechos y bienes jurídicos.

Cabe señalar que desde la perspectiva de la doctrina alemana, se encuentran establecidos tres parámetros fundamentales, en atención a los cuales se pondera las limitaciones a los derechos fundamentales. Estos parámetros son los siguientes: Primero, el examen de la adecuación del precepto limitador del derecho al bien que mediante él se pretende proteger; segundo, el examen de la necesidad de la lesión del derecho para el fin pretendido, al no existir otro medio menos gravoso; tercero, el examen de proporcionalidad entre la lesión al derecho y el fin que se persigue²⁴².

Estos tres parámetros permiten evidenciar el carácter relativo de la limitación y como dichos parámetros representan indicadores indiscutibles para establecer los términos pertinentes a los derechos fundamentales en determinadas y específicas situaciones.

En la teoría absoluta sobre los límites a los derechos fundamentales, se parte de la premisa de que todo derecho estaría integrado por una parte nuclear, que viene a ser su contenido esencial, y una parte periférica que viene a ser su contenido accesorio, donde la primera no puede ser limitada por el legislador, constituyéndose en el límite de la permisión limitadora que le da la Constitución al legislador ordinario²⁴³.

De acuerdo con lo que pauta la teoría absoluta referida a las limitaciones de los derechos fundamentales, existe una parte de ellos, representada en su propio núcleo que de manera absoluta e irrecurrible está vedada a toda forma o modalidad de limitación y otra parte, que se puede

²⁴² *Ibidem.*

²⁴³ *Ibidem.*

calificar como accesorio, que podría ser afectada por la regulación, siempre y cuando dicha regulación y/o limitación esté debidamente justificada.

Desde la perspectiva del autor de esta investigación, no se encuentra una justificación, ni plena fundamentación, al planteamiento de base en el cual se sustenta la tesis absolutista de las limitaciones de los derechos fundamentales. Esta visión se apoya en el hecho de que, tal como lo señala Álvarez, que los límites de los derechos fundamentales se encuentran circunscritos a una barrera entre la delimitación y su contenido esencial²⁴⁴.

Es indudable que, con base a esos dos elementos esenciales, los límites de los derechos fundamentales no pueden concebirse, ni calificarse en términos absolutos. En ese sentido, la protección que se presta en el texto constitucional a los derechos fundamentales, no puede concebirse sino en términos relativos y no absolutos y ello se sustenta en la jurisprudencia sentada por el Tribunal Constitucional de España en la cual se establece lo siguiente:

La Constitución establece por sí misma los límites de los derechos fundamentales en algunas ocasiones. En otras ocasiones los límites de los derechos derivan de la Constitución sólo de una manera mediata o indirecta, en cuanto que ha de justificarse por la necesidad de proteger otros bienes constitucionalmente protegidos²⁴⁵

En ese orden de ideas, la Constitución como un sistema de normas integrado y coherente, en algunas ocasiones presenta en forma explícita y clara los límites que presentan los derechos fundamentales; y en otras de manera no directa, en atención a los requerimientos vinculados a la protección de otros derechos constitucionalmente protegidos.

²⁴⁴ ÁLVAREZ, Julio César. *Restricciones de los derechos fundamentales*. 1ª Edición. Vadell Hermanos Editores. 2010, pág. 56.

²⁴⁵ *Ibidem*, pág. 58.

Desde la perspectiva de este argumento, la consideración en términos absolutos de un derecho fundamental, sólo se puede asumir o explicarse a partir del propio contenido de ese derecho claramente expuesto en el texto constitucional o en virtud de la ausencia de otro derecho o bien constitucionalmente protegido, realidad que es inconcebible dentro de toda estructura sistémica constitucional, pues la misma abarca un conjunto de normas igualmente válidas. Al respecto Duran afirma lo siguiente:

La protección que brinda la Constitución a los derechos fundamentales no es absoluta sino relativa, está expuesta a límites. En efecto, tal limitación, en unos casos, está contenida de manera explícita en el mismo texto Constitucional (Así, el derecho de propiedad, el derecho al trabajo); en otros casos, el límite no está establecido en el texto del derecho pero es implícito; y se fundamenta en el derecho de los demás, derivado de la coexistencia del hombre en sociedad, (Así, el derecho a la libertad de expresión, a la libertad de enseñanza, entre otros)²⁴⁶.

Al asumir el enfoque relativo de los límites de los derechos fundamentales y el hecho de que los mismos pueden estar claramente expresados en la delimitación ya presente en el texto constitucional o debido a la necesidad de proteger otros derechos o bienes constitucionalmente protegidos, tiene pertinencia considerar la clasificación que realiza Nogueira Alcalá con relación a los límites relacionados con los derechos fundamentales.

A ese respecto, el autor señala diferentes criterios para categorizar los límites de los derechos fundamentales, donde se pueden destacar en primer lugar, el criterio de formulación que clasifica a los límites en expresos y generales (bien común), límites expresos y específicos para cada derecho (seguridad nacional, moral, orden público, conservación ambiental) o límites

²⁴⁶ Op. Cit.

implícitos, como puede ser la competencia general del legislador para regular y desarrollar los derechos, en la medida que la Constitución la reconozca.

Con relación a este criterio, los límites a los derechos fundamentales pueden darse en forma explícita y general cuando corresponden al bien común, de manera explícita y específica cuando se encuentran referidos a cada derecho en particular e implícitos, que a partir de su reconocimiento en la Constitución, le dan competencia al legislador para su regulación y desarrollo.

En segundo lugar, en atención a si ellos están establecidos para asegurar a los demás el disfrute de los mismos derechos o si ellos los límites están para impedir acciones que se consideren dañinas para la sociedad, armonizando los derechos de cada uno con el bien común. En este criterio, los límites se establecen en función de la igualdad al disfrute de los derechos o en atención a la protección de la sociedad, lo que implica la armonización del bien común con el bien individual.

En tercer lugar, Nogueira Alcalá se refiere al criterio de aplicación y eficacia de los límites de los derechos fundamentales, clasificándolos en límites expresos y de eficacia inmediata que son aquellos que derivan directamente de la Constitución y que operan sin necesidad de intervención legislativa; o pueden ser límites de habilitación, vale decir, límites que habilitan al legislador para concretar limitaciones previstas en la Constitución²⁴⁷.

En atención a lo que se señala en este último criterio, se confirma el planteamiento de Casal, ya referido en este punto, acerca de que los límites y restricciones de los derechos fundamentales no reducen el alcance constitucional de los mismos, pero si prohíbe o condiciona algunas acciones

²⁴⁷ Op. Cit., pág. 20.

o facultades en principio amparadas por la libertad reconocida, o autoriza una injerencia en el bien público garantizado.

Los criterios antes expuestos evidencian que los límites y restricciones a los derechos fundamentales poseen rango constitucional y partiendo de tal realidad, las mismas han de establecerse siempre por la Constitución o con base a ella. No obstante, dado el hecho de que la ley se erige en instrumento, tanto para el desarrollo como para la limitación o restricción de los derechos fundamentales, es necesario establecer las condiciones mediante las cuales, se establezcan “límites a la potestad limitadora”²⁴⁸, a los fines de precisar los requisitos y condiciones que le dan licitud a la intervención del poder público en la limitación o restricción de los derechos fundamentales.

f) Condiciones para la limitación o restricción de los Derechos Fundamentales

Casal establece como condiciones para la limitación o restricción de los derechos fundamentales, las de carácter formal y las condiciones materiales. Las primeras se relacionan con los requisitos que legitiman la intervención del Estado a través de los mecanismos formales de ley. Las segundas se refieren a los requisitos de alcance general que se encuentran fuera de las condiciones formales.

Condiciones Formales

Casal distingue como condiciones formales las relativas a la reserva legal, determinación o precisión de las regulaciones y el carácter orgánico de

²⁴⁸ TORTORA ARAVENA, Hugo. “Las limitaciones a los derechos fundamentales” en Estudios constitucionales. Año 8. N° 2. [Revista en línea]. Disponible en: <http://www.scielo.cl/pdf/estconst/v8n2/art07.pdf>. 2010, pág. 177.

la ley. A continuación se realiza el análisis de cada una de estas condiciones formales, a luz de los planteamientos del autor referido.

Reserva Legal:

De acuerdo con lo que se encuentra expresado en esta condición formal, se encuentra reservada a la ley la concreción en materia de limitaciones o imposición de restricciones. De esta manera se impide que la administración u otros órganos del poder público establezcan limitaciones o restricciones a los derechos sin la existencia de un respaldo legal. Como complemento a lo expuesto, Chacón Hanson afirma lo siguiente:

La reserva legal es una exigencia que se deriva del mismo concepto de limitación o restricción, pues la intervención legislativa en tales sentidos está o bien en la propia Constitución, y es ésta la que permite su concreción en un acto legislativo, o bien tiene su base en el texto fundamental que remite a la ley el establecimiento de las restricciones²⁴⁹

De acuerdo con ello, la reserva legal es un concepto inherente al propio concepto de limitación o el de restricción, en el sentido de que la intervención se encuentra presente en la propia Constitución, la cual establece las pautas para su expresión concreta en un acto legislativo o través de la remisión a una ley. En cuanto a lo dispuesto en este requisito o condición formal, Casal señala lo siguiente:

Esta exigencia ha de entenderse referida a la ley formal, es decir a la norma jurídica de rango primario aprobada por el parlamento siguiendo el procedimiento establecido conforme a la Constitución. Esto en virtud del principio democrático y del papel que según la teoría y los fundamentos del Estado

²⁴⁹ CHACÓN HANSON, Alma. "Limitaciones y restricciones de los derechos fundamentales" en Casal, J.; Arismendi, A. y Carrillo (Coord.). *Tendencias actuales del Derecho Constitucional. Tomo II*. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas. 2007, pág. 68

constitucional incumbe al órgano deliberante y representación en relación con los derechos inherentes a la persona²⁵⁰

En la condición formal de restricción de derechos fundamentales correspondiente a la reserva legal, se considera a la ley promulgada de acuerdo con el procedimiento constitucional, bien sea por el accionar de la institución parlamentaria o por el accionar del ente ejecutivo, por vía habilitante debidamente sustentada en la Constitución, el eje central en virtud del cual se establecen las limitaciones y restricciones a los derechos fundamentales.

Tal condición limitadora representa, a la vez, un mecanismo de impedimento tanto a la administración pública como a los jueces, establecer restricciones o “recortes” a los derechos fundamentales, sin que medie en ello una ley que esté debidamente sustentada en los procedimientos constitucionales que determinan su promulgación. Como complemento a lo expresado, Casal expone:

La reserva legal puede implicar facultar a la ley, con carácter exclusivo, para restringir el goce y ejercicio de los derechos fundamentales, no la subordinación de la operatividad de estos derechos a la existencia de la ley. Son también censurables las decisiones que, pretendiendo interpretar la Constitución o aduciendo la necesidad de determinar, hasta que la intervención del legislador se produzca, el grado o modo de vigencia de facultades relacionadas con algún derecho fundamental, reducen o tergiversan el contenido constitucionalmente atribuido a tal derecho²⁵¹.

La condición de reserva legal se establece, de acuerdo con lo que manifiesta el autor en su planteamiento, como un mecanismo para facultar a

²⁵⁰ Op. Cit., pág. 73.

²⁵¹ *Ibidem*, pág. 74.

la ley a establecer las restricciones a los derechos fundamentales. En modo alguno constituye un elemento jurídico dirigido a subordinar el cumplimiento de estos derechos en la práctica.

Igualmente, el autor califica como censurable a toda acción dirigida a establecer niveles o límites de vigencia de facultades de un determinado derecho fundamental, pues las mismas tienden a reducir o tergiversar el contenido del derecho, aspecto que se encuentra totalmente alejado de toda noción de limitación o restricción de estos derechos.

También cabe señalar que al establecer la reserva legal como condición necesaria para la restricción y limitación de los derechos fundamentales, se le limita a los tribunales llevarlas a cabo a través de normas generales que puedan estar presentes en sus sentencias.

No obstante, Casal afirma que no se descarta que los jueces se vean forzados a tomar medidas de protección debido a la existencia de omisiones legislativas y en virtud de la interposición de acciones judiciales de tutela directa de derechos constitucionales. Esta participación de los jueces se considera pertinente en tanto la disposición legal que contemple las medidas haga efectivos límites que se encuentren expresa o implícitamente en la Constitución²⁵².

Con relación a la intervención del poder ejecutivo en la restricción y limitación a los derechos fundamentales, Casal afirma que:

Es preciso recordar que en materias de la reserva legal la ley no puede efectuar una remisión en blanco a favor del ejecutivo, pues los aspectos centrales de la medida que directa o potencialmente afecte el derecho deben estar contemplados en la misma ley, sin perjuicio de la colaboración o

²⁵² *Ibidem*.

complementación normativa del reglamento que en algunos casos se reduce a su mínima expresión²⁵³

En el caso de la intervención del ejecutivo en la restricción o limitación de los derechos fundamentales, la condición formal de reserva legal, la ley le debe establecer a este poder claramente los niveles de su participación, los cuales deben ser los mínimos.

También es pertinente mencionar que los aspectos señalados con relación a la reserva legal como condición formal para la restricción o limitación de los derechos fundamentales, son aplicables a todo lo inherente a los derechos fundamentales. Casal señala la existencia de situaciones que no se encuentran comprendidas en dichos aspectos. A ese respecto expone lo siguiente:

Sin embargo, a veces la Constitución, al remitir a la ley la regulación de un derecho, impone al legislador límites adicionales, con frecuencia de contenido, lo cual ha dado lugar a que se hable, en estos casos, de reserva legal *calificada*, que se distinguiría de la *simple*²⁵⁴.

Esta reserva legal calificada viene dada en normativas de alcance internacional, donde, como es el caso de la libertad de expresión por ejemplo, se establecen los únicos fines, en función de los cuales se precisan las previsiones de responsabilidades como elementos que sustentan las limitaciones y restricciones del derecho.

Determinación o precisión de la regulación

Esta segunda condición de carácter formal se encuentra vinculada con la de la reserva legal y plantea que las limitaciones o restricciones de los

²⁵³ *Ibidem*.

²⁵⁴ *Ibidem*, pág. 75

derechos fundamentales puedan ser cabalmente conocidas por sus titulares, lo cual hace que las medidas que puedan ejercer las autoridades judiciales o administrativas sobre su libertad puedan ser previsibles y, a la vez, tener certeza sobre el ámbito de ejercicio del derecho fundamental dentro de condiciones de licitud. Así mismo permite controlar adecuadamente los actos dictados por los órganos del poder público, de acuerdo a lo que se encuentra establecido en la ley²⁵⁵.

De acuerdo a lo que se encuentra señalado en esta condición formal, no entran en el marco de lo establecido en ellas, las cláusulas genéricas de habilitación como fundamento de las limitaciones o restricciones de los derechos fundamentales. Sin embargo, el autor afirma que pueden existir excepciones, ya que no siempre es igual la determinación o precisión exigible a las normas, pues ello depende de la severidad de la medida tomada por el poder público y de la materia que se trate, entre otros factores²⁵⁶.

La interpretación que realiza el autor de esta investigación, indica que la aplicación de esta medida por los órganos del poder público requiere, además de la reserva legal, la precisión del derecho objeto de regulación o limitación que debe ser plenamente conocida por las personas titulares de tales derechos, lo que le plantea al ente ejecutor ajustarse cumplir el acto restrictivo con ajuste a la ley, en cuanto a pleno conocimiento de sus titulares y llevar a cabo sus actuaciones en esa materia.

Carácter orgánico de la ley

Esta tercera condición formal de la restricción y limitación de los derechos fundamentales, establece que las leyes donde se establecerá esa

²⁵⁵ *Ibidem.*

²⁵⁶ *Ibidem.*

restricción o limitación deben tener carácter orgánico. En el marco de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, concretamente en el artículo 203, se define lo que es una ley con carácter orgánico y las condiciones para su aprobación por el órgano legislativo.

El mencionado artículo señala que las leyes orgánicas son las que se dictan para organizar los poderes públicos o para desarrollar los derechos constitucionales y las que sirvan de marco normativo a otras leyes. En cuanto a los requisitos para su aprobación, el mencionado artículo establece que todo proyecto de ley orgánica, salvo aquel que esta Constitución califique como tal, será previamente admitido por la Asamblea Nacional, por el voto de las dos terceras partes de los o las integrantes presentes antes de iniciarse la discusión del respectivo proyecto de ley²⁵⁷.

El establecimiento de esta condición formal para la restricción o limitación de los derechos fundamentales viene a reforzar la importancia que tiene la reserva legal como condicionamiento para tal restricción o limitación. A ese respecto, es pertinente la opinión que vierte Chacón Hanson:

En lo que concierne a las condiciones formales, habría que ver que no basta que el legislador realice la intervención en el derecho fundamental a través del tipo normativo genérico (ley ordinaria) o específico demandado por el Constituyente, pues para que dicha regulación sea lícita, se exige la concreción o determinación que en materia de manifiesta en el denominado principio de tipicidad²⁵⁸

De acuerdo con lo señalado, el carácter orgánico de la ley, le da a la reserva legal una mayor precisión y fortaleza, en atención con lo que se señala en el principio de tipicidad, que en el campo doctrinal se concreta en

²⁵⁷ CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA, *Gaceta Oficial N° 5.453* del 24 de marzo de 2000, artículo 203.

²⁵⁸ Op. Cit., pág. 70

el principio de *nullum crimen, nulla poena sine lege*. En este principio se busca que a las personas a las cuales van dirigidas las normas conozcan los límites de la protección de sus derechos.

A ese respecto, el carácter orgánico de la ley viene a constituir la expresión más acabada de la reserva legal, en el sentido de que a través de una ley debidamente discutida y sancionada, se establecen con precisión los alcances de la restricción y la limitación de los derechos fundamentales e igualmente, se establecen con mayor precisión las definiciones correspondientes a los titulares del derecho a restringir, así como el control de las acciones del órgano encargado de ejecutar la restricción.

Condiciones materiales

Tal como ya se ha señalado en líneas anteriores, las condiciones materiales se encuentran referidas a los aspectos no formales relacionados con la restricción o limitación de los derechos fundamentales. En cuanto a estas condiciones, Casal distingue los siguientes: La licitud del fin perseguido, la proporcionalidad, la intangibilidad del contenido esencial del derecho y la compatibilidad con el sistema democrático. A continuación se realiza una descripción y análisis de ambas condiciones materiales.

Licitud del fin perseguido

Con relación a esta primera condición material, Casal señala lo siguiente:

El fin perseguido por el legislador al prever limitaciones o restricciones a derechos fundamentales necesariamente ha de ser lícito. Ya que supone que debe ser compatible con los preceptos constitucionales y con el orden de valores sobre los que giran. También deben estar en consonancia con los

tratados internacionales sobre derechos humanos, siendo digna de mención la importancia que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha atribuido a la legitimidad la del fin que se persiga con la ley restrictiva²⁵⁹

La licitud del fin perseguido se entiende en función de los valores y preceptos constitucionales, así como lo establecido en las normas y tratados internacionales referidos a los derechos fundamentales. Esta condición viene a expresar el carácter sistemático de las normas que consagran los derechos fundamentales y de la propia naturaleza de los derechos fundamentales²⁶⁰.

En ese sentido, cuando se habla de la licitud del fin perseguido, se establece que toda limitación o restricción de los derechos fundamentales debe estar en función de otros derechos que se encuentran consagrados en el texto constitucional y lo que está establecido y reconocido en los tratados internacionales.

Proporcionalidad

La condición material relativa a la proporcionalidad, señala Casal, se refiere al hecho de que toda restricción o limitación legal de derechos fundamentales debe cubrir las exigencias de este principio, también denominado de prohibición de exceso, reconocido jurisprudencialmente como principio constitucional implícito propio del Estado de Derecho y dirigido a controlar la licitud de la actuación legislativa²⁶¹.

Casal afirma que son tres las manifestaciones del principio de proporcionalidad: Idoneidad, necesidad y proporcionalidad propiamente

²⁵⁹ Op. Cit., pág. 75.

²⁶⁰ CHACÓN HANSON, Alma, Op. Cit.

²⁶¹ Op. Cit., pág. 78

dicha²⁶². La idoneidad se refiere a la aptitud de la medida para alcanzar por la ley que contempla, es un criterio fáctico que permite determinar si este un cierto grado de probabilidad de que mediante la medida o previsión se alcanzará el objetivo trazado en la ley; la necesidad se cubre cuando no existe otra medida menos gravosa para alcanzar el fin perseguido en la medida o previsión legal; la proporcionalidad propiamente dicha o en sentido estricto, implica un examen de la razonabilidad de la medida legalmente prevista, a través de la ponderación entre la limitación o restricción del derecho, por un lado, y del fin que se persigue alcanzar, por el otro²⁶³.

Desde la perspectiva de la condición relacionada con el principio de proporcionalidad, toda limitación o restricción legal de los derechos fundamentales debe ser razonable e idónea en cuanto a que asegure el logro del fin perseguido; necesaria, en cuanto a la aplicación de la medida o previsión legal menos gravosa y proporcional, en lo que concierne a la equivalencia del peso de la medida tomada con el fin perseguido a través de la aplicación de la misma.

En ese sentido, se puede afirmar que la condición material de proporcionalidad se sustenta en la aplicación de un examen basado en criterios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en el sentido estricto de lo que representa este concepto. En función de ello, no se espera alcanzar la solución menos mala, sino la más acorde o, tal como afirma Prieto Sanchis “aquella que comporte el menor sacrificio de un principio compatible con la mayor satisfacción del otro”²⁶⁴.

Los resultados de una evaluación de proporcionalidad, en atención a los criterios antes señalados, van a determinar si una medida o previsión

²⁶² *Ibidem*.

²⁶³ *Ibidem*.

²⁶⁴ CHACÓN HANSON, Alma, Op. Cit., pág. 71.

legal es lícita. En ese sentido, y tal como lo señala Casal, “si el acortamiento de las posibilidades de goce o ejercicio sufrido por el derecho resulta excesivo en relación con el objetivo propuesto, la medida es desproporcionada y, por lo tanto, ilícita”²⁶⁵.

En atención a ello, la proporcionalidad, además de representar una condición material *per se* en relación con la limitación o restricción de los derechos fundamentales, constituye una medida adicional para valorar la licitud del fin perseguido con la aplicación de las medidas restrictivas.

Intangibilidad del contenido esencial del derecho

Con relación a esta condición, Casal afirma que es “concebida como un núcleo esencial del derecho, en el cual está vedada toda intervención del poder público”²⁶⁶. Representa esta condición un componente de carácter esencial para establecer las medidas restrictivas referidas a los derechos fundamentales y ello lo explica el autor cuando afirma que “bajo esa categoría subyace la máxima de que los derechos pueden ser limitados o restringidos por ley, cuando exista justificación suficiente, pero nunca sería admisible su desnaturalización, vaciamiento o supresión”²⁶⁷

De acuerdo con lo que se encuentra expresado en esta condición, ninguna limitación o restricción puede imponerse al derecho que afecte su contenido esencial. A ese respecto, ningún argumento justifica o sustenta su desnaturalización, vaciamiento o supresión, puesto que representan estas acciones la expresión indiscutible de la forma como se afecta el contenido esencial del derecho.

²⁶⁵ Op. Cit., pág. 80.

²⁶⁶ *Ibidem*.

²⁶⁷ *Ibidem*.

Es importante señalar que esta noción corresponde a una condición para la limitación o restricción de los derechos fundamentales, donde se trata de garantizar su preservación partiendo del argumento de que no cabe su vaciamiento, negación o desnaturalización con base a invocaciones relativas al bien común o al orden público, entre otras.

Dicha argumentación, afirma Casal, se localiza históricamente en 1949 en Alemania, en la llamada Ley Fundamental de Bonn, como consecuencia de las acciones desarrolladas desde la Constitución de Weimar, donde se evidenciaba una tendencia al vaciamiento del contenido de los derechos fundamentales por las normas legales²⁶⁸.

La aplicación de la condición de intangibilidad del contenido esencial del derecho constituye la respuesta a la tendencia existente en las normativas, en aras de una llamada “restricción”, vaciar y desnaturalizar el contenido del derecho, a través de la aplicación de regulaciones legislativas. En ese sentido, este concepto remite a una concepción absoluta, donde se asume que existe un núcleo esencial, un contenido mínimo del derecho, que no puede ser objeto de la acción del legislador.

El autor acota, sin embargo, que es erróneo considerar que solamente el contenido esencial del derecho representa el único instrumento o principio material que se debe invocar para contener al legislador y una eventual acción abusiva suya contra los derechos fundamentales. A ese respecto, Casal plantea que los instrumentos ordinarios para controlar que tengan rango de licitud sustancial de una determinada medida legal de regulación restrictiva o limitativa de un derecho fundamental son el principio de proporcionalidad y la prueba democrática²⁶⁹.

²⁶⁸ *Ibidem*, pág. 81.

²⁶⁹ *Ibidem*, pág. 82.

Su planteamiento señala que el contenido esencial representa el “último reducto” que la Constitución le da a la protección de los derechos fundamentales, pero no el único instrumento, pues el principio de proporcionalidad y la verificación del carácter democrático de la medida restrictiva constituyen instrumentos adecuados al respecto, asumiendo que el contenido esencial del derecho representa el núcleo que no puede, ni debe ser objeto de compresión por parte del legislador, pues representaría un vaciamiento y desnaturalización del derecho fundamental.

Compatibilidad con el sistema democrático

El argumento central en el cual se basa esta condición material de la restricción y limitación de los derechos fundamentales, se encuentra en la afinidad que debe haber entre la limitación del derecho y el orden democrático, ya que “no puede considerarse legítima aquella limitación que si bien cumple todos los requisitos formales exigidos para el caso, pero que sin embargo, constituye una franca o velada negación a los principios democráticos que deben regir todo Estado moderno”²⁷⁰.

La sustentación de este argumento parte de la importancia significativa que se le otorga a la democracia como medida para determinar el nivel de licitud de las limitaciones y restricciones de los derechos fundamentales. Dicha importancia se encuentra reflejada en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Convención Americana sobre Derechos Humanos²⁷¹.

También se debe considerar lo dispuesto en tratados internacionales como el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y

²⁷⁰ SILVA, María T. “El Derecho a la Libertad y el efecto suspensivo de apelación interpuesto por el Ministerio Público en contra de la orden de excarcelación del imputado” en *IX Jornadas de Derecho Procesal Penal*. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas. 2007. pág. 217.

²⁷¹ CASAL, J. Op. Cit., pág. 86.

de las Libertades Fundamentales, a través de la previsión de los fines lícitos que deben cumplir las eventuales restricciones y limitaciones de los derechos fundamentales en una sociedad democrática.

Todo lo señalado permite afirmar que existen parámetros claramente definidos en el ámbito de los acuerdos internacionales, con relación a la compatibilidad que debe existir entre la aplicación de una medida de restricción de los derechos fundamentales y los parámetros propios del sistema democrático. Asimismo, evidencia que la protección y restricción de los derechos fundamentales se encuentran desarrolladas en un marco sistémico de normativas y acuerdos internacionales relativos a esta materia.

También se debe destacar como otro de los fundamentos de más reciente data el que se encuentra inscrito en la Carta Democrática Interamericana, donde se evidencia la relación inescindible entre la democracia y los derechos humanos dentro del sistema en el cual se encuentra inscrita la Convención Americana de los Derechos Humanos²⁷².

Los aspectos señalados forman parte de lo que Casal configura bajo la denominación de test democrático. A ese respecto, el autor afirma lo siguiente:

Por tanto las limitaciones y restricciones legales a los derechos fundamentales o derechos humanos deben superar este test democrático para que sea posible afirmar su licitud, lo cual comprende tanto el fin perseguido con la previsión legal como a la apreciación de la proporcionalidad en sentido estricto de la limitación o restricción y, eventualmente, de su debida repercusión en el contenido esencial del derecho²⁷³

²⁷² *Ibidem*.

²⁷³ *Ibidem*, pág. 87.

La aplicación del mencionado test democrático se orienta a desarrollar mecanismos que aseguren una aplicación idónea de las limitaciones o restricciones a los derechos fundamentales. Dicha idoneidad se encuentra expresada en la concordancia entre la medida legal de restricción y los principios democráticos, así como en el debido equilibrio entre el medio empleado para la restricción de los derechos fundamentales y los fines a alcanzar, siempre a la luz de los valores que se encuentran presentes en el orden democrático.

Respecto a lo dicho, es importante considerar el planteamiento realizado por Chacón Hanson cuando afirma que la Constitución, como expresión más acabada de la evolución histórica del constitucionalismo, debe ser vista más allá de una fuente formal de distribución de competencias de los órganos del poder público y considerarse como una fuente de valores que deben proyectarse a todo el sistema jurídico, en particular los derechos fundamentales, que vienen a representar valores esenciales no susceptibles de menoscabo o compresión alguna²⁷⁴.

Es por ello que adquiere importancia y trascendencia que los límites y restricciones de los derechos fundamentales superen las exigencias del test democrático, a los fines de que la aplicación de las medidas de restricción, se ubiquen dentro de parámetros de racionalidad ética, en el sentido de que las mismas no sólo sean lícitas en cuanto al fin perseguido, tengan proporcionalidad y respeten el contenido esencial del derecho, sino que también se esmeren en conciliar los valores constitucionales en el marco de un sistema democrático. De esa manera, se fortalecen tanto la democracia como sistema y el constitucionalismo como marcos idóneos para el desarrollo de los derechos fundamentales.

²⁷⁴ Op. Cit., pág. 74

Los aspectos desarrollados en este capítulo permitieron determinar que los derechos fundamentales se encuentran conceptualizados dentro de parámetros relacionados con la protección de la persona, tanto en lo que se refiere a su vida personal, como en lo que atañe a su condición de ser social llamado a participar activamente en la dinámica social y política, así como en cualquier aspecto que se relacione con el desarrollo integral del hombre como persona y en una comunidad.

La presencia y validez de los derechos fundamentales se da en el marco del derecho positivo a través del Estado y sus órganos jurisdiccionales. En su apreciación y categorización, no debe sólo tomarse en cuenta lo que se relaciona con los elementos jurídicos relativos a su validez, sino también la realidad social en la cual deben darse y que debe ser objeto de protección de parte del Estado a través de los mecanismos de coacción pertinentes en los casos de ser estos violados.

También se precisa en esta parte del estudio, que los derechos fundamentales representan el basamento de todo un orden jurídico-político a través de lo plasmado en textos y cartas constitucionales y en declaraciones o pactos internacionales, aspecto que se vincula con una orientación de claro basamento y sentido constitucionalista.

En ese sentido, su concreción y cumplimiento está llamada a ser llevada a la práctica a través del conjunto de facultades e instituciones del Estado, en virtud de las cuales se llega a reconocer su naturaleza como representación inequívoca de la dignidad humana en un contexto histórico determinado. Dicha concreción se hace presente en los ámbitos nacionales, supranacionales e internacionales con miras a asegurarlos, promoverlos y garantizarlos a través de sus respectivos ordenamientos.

En el contexto de la realidad actual, los derechos fundamentales son la expresión de una evolución histórica, devenida desde su calificación como derechos negativos a sistema de valores que se constituyen en norma constitucional. Tal evolución indica la transformación del Estado de Derecho al Estado Constitucional e indica la consolidación que estos derechos han logrado alcanzar en el marco jurídico actual y a considerarlos como criterios de validación y valoración de las leyes que se formulan en ese marco.

Igualmente, esa evolución se expresa en la integración de los derechos de las personas y como derechos positivizados en el Estado, lo que les da el estatus de una doble función en el marco de la realidad actual, en términos subjetivos y objetivos, pues, por un lado constituyen derechos vinculados con las personas, individual y socialmente; y por el otro, constituyen valores institucionalizados en el marco de la constitución y que sirven de referencia en la orientación de la legalidad.

Como derechos que son expresión de un proceso de evolución relacionado con la humanidad y las instituciones, los derechos fundamentales tienen una relevancia altamente significativa en la realidad del mundo de hoy, pues representan la esencia básica y determinante de la condición de la libertad, la autodeterminación y la dignidad.

Igualmente representan factores determinantes en la configuración del estatus jurídicos de los ciudadanos, en sus relaciones con el Estado y las que establecen en sociedad, constituyéndose en fundamentos inequívocos de la garantía de convivencia y condición misma de la democracia; cumpliendo un rol de igualación y contribuyendo a que el sistema jurídico se desenvuelva como una estructura unitaria, que abarque la diversidad.

En su condición de derechos que abarcan colectivos y grupos sociales, los derechos fundamentales contribuyen al fortalecimiento del papel del Estado como ente que garantiza y protege los derechos económicos, sociales y culturales, como entidades que se derivan en forma inmediata y directa de la dignidad de la persona humana.

En ese sentido, son la fuente de tutela privilegiada por parte de todas las ramas del Poder Público y fuente de obligación al Estado a desarrollar una estructura legal eficiente, conjuntamente con un amplio marco de garantías constitucionales, lo que vienen a ser componentes fundamentales para la definitiva consolidación del Estado Social de Derecho como Estado Constitucional.

La naturaleza misma de los derechos fundamentales y el estatus alcanzado a través de su evolución histórica como sistema de valores que se consolida en la norma constitucional, porta dentro de sí su propia protección, así como su delimitación, limitaciones y restricciones, aspectos que permiten confirmar la esencia de su contenido y su pertenencia a un sistema de valores y garantías que se encuentran ubicados en el ámbito nacional e internacional.

CAPÍTULO IV

LOS DERECHOS LABORALES

a) El trabajo como Derecho Fundamental

A los fines de abordar la naturaleza del trabajo como derecho fundamental, es pertinente tener en cuenta que en la doctrina se prescriben diversos criterios para la clasificación de los derechos fundamentales. Entre dichos criterios se puede resaltar el de objeto y finalidad, donde se destacan las clasificaciones de Prieto y de François Luchaire¹.

El primero de los autores nombrados, clasifica los derechos fundamentales atendiendo a los valores de libertad e igualdad. Con relación a los derechos relacionados con el valor de libertad, también denominados derechos civiles, es pertinente hacer referencia a lo que señala Duran cuando afirma que éstos tienen la función de garantizar determinados ámbitos de libertad de actuación del hombre, en los que le está vedado al Estado intervenir; ya que se tratan de ámbitos inviolables, sujetos sólo a la autodeterminación del hombre².

Los derechos de libertad se refieren al ámbito individual de la persona humana, que se vinculan a la condición natural de libertad que es propia del hombre y ante la cual el Estado se encuentra limitado en su intervención. En ese sentido, dentro de los derechos de libertad se encuentran los derechos de libertad, dentro de los cuales Nogueira Alcalá³ distingue dos subgrupos: El subgrupo de la libertad como ámbito de inmunidad garantizada frente a injerencias ajenas y el subgrupo de la libertad como posibilidad de actuación en el ámbito social.

¹ NOGUEIRA ALCALÁ, Op. Cit., 2003, pp. 59-61.

² Op. Cit., pág. 180.

³ Op. Cit., pág. 60

Con relación al primero de los subgrupos referidos, el autor señala que éstos corresponden al derecho a la vida y a la integridad física y moral, el derecho a la nacionalidad, el derecho a la seguridad personal, las garantías procesales y penales, el derecho al honor, a la vida privada, a la inviolabilidad del domicilio y las comunicaciones⁴.

En cuanto al segundo subgrupo de derechos de libertad, el autor afirma que estos son los siguientes: Libertad ideológica, religiosa y de culto; la libertad de expresión en todas sus proyecciones; la libertad de residencia y circulación; el derecho de reunión y de manifestación; el derecho de asociación en general; como así mismo la asociación política, sindical y religiosa; la libertad de enseñanza; los derechos de participación; el derecho a la libertad de trabajo, la libertad de empresa, el derecho a negociación colectiva y el derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo⁵.

Con relación a los derechos de igualdad, Prieto sitúa la igualdad ante la ley, el derecho a la educación; el derecho al trabajo y a una remuneración suficiente; el derecho a la protección social, económica y jurídica de la familia; los derechos de los menores; el derecho a la formación profesional, la seguridad e higiene en el trabajo; el derecho al descanso y a las vacaciones; el derecho a la cultura; el derecho a un medio ambiente adecuado; el derecho a disfrutar de una vivienda digna; los derechos de los minusválidos; los derechos de los ancianos, los derechos de los consumidores y usuarios⁶

La clasificación que propone François Luchaire distingue entre derechos a la libertad, derechos a igualdad, derechos políticos, derechos a la seguridad y derechos a un nivel de vida digno⁷. Con relación a los derechos

⁴ Ibídem.

⁵ Ibídem.

⁶ Ibídem

⁷ Ibídem

a la libertad, el autor referido afirma que estos comprenden la libertad individual, la libertad de pensamiento y las libertades colectivas.

La libertad individual abarca la libertad personal, el respeto a la vida privada, inviolabilidad de las comunicaciones privadas, inviolabilidad del domicilio y libertad de los adultos para contraer matrimonio. En cuanto a la libertad de pensamiento, abarca la libertad de reunión, de asociación y de culto⁸.

Los derechos a la igualdad, de acuerdo con François Luchaire, abarcan la igualdad ante: La ley, la justicia, los impuestos, los empleos públicos, los cargos públicos. Así mismo la igualdad de acceso a la educación básica, de sufragio, ante los hijos y entre mujeres y varones⁹.

Con relación a los derechos políticos, François Luchaire afirma que éstos comprenden los derechos de participación en el poder y las garantías de libertad. Los derechos de participación en el poder se representan en los siguientes: Sufragio, acceso a cargos públicos de elección popular, participación en partidos políticos, consentimiento de los impuestos y control del gasto público y responsabilidad de los funcionarios públicos.

Es de notar que esta clasificación responde a una visión donde se enfatiza el objeto y finalidad de los derechos fundamentales, evidenciándose una diversidad y multiplicidad de derechos que tienen reconocimiento y rango constitucional. En el caso concreto de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, se puede observar el pleno reconocimiento de los derechos de libertad y de igualdad establecidos en la clasificación de Prieto y los derechos a la libertad, a la igualdad, derechos políticos, derechos a la

⁸ Ibídem, pág. 61.

⁹ Ibídem.

seguridad y derechos a un nivel de vida digno propuestos en la clasificación realizada por François Luchaire.

A ese respecto, es importante destacar que existe una amplia explicitación de tales derechos, la cual se encuentra expresada en el Título III del texto constitucional denominado: De los derechos humanos y garantías, y de los deberes y desarrollados en los capítulos: I. Disposiciones generales; II. De la Nacionalidad y la Ciudadanía; III. De los Derechos Civiles; IV. De los Derechos políticos y el Referendo; V. De los Derechos Sociales y de las Familias; VI. De los Derechos Culturales y Educativos; VII. De los Derechos Económicos; VIII. De los Derechos Indígenas y IX. De los Derechos Ambientales¹⁰.

Dentro de esta amplia comprensión de tutela de los derechos fundamentales se evidencia que lo planteado en el texto de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela se sustrae a lo que se encuentra esbozado en la noción constitucionalista de los derechos fundamentales, donde se considera, que estos derechos representan un sistema de valores y a la Constitución como un instrumento que deviene en una fuente de valores que se deben extender a todo lo largo y ancho del sistema jurídico venezolano.

En ese marco, es pertinente destacar al trabajo como un derecho fundamental que se suscribe a los criterios de clasificación ya señalados y a lo desarrollado en el propio texto constitucional. Respecto a lo señalado, cabe el planteamiento que realiza Boscán cuando afirma que el trabajo representa un derecho fundamental por el hecho de que:

¹⁰ Op. Cit., pág. 1.

Constituye una actividad básica para la vida misma, ya que asegura a todo ser humano, la provisión de recursos materiales, que permitan satisfacer sus necesidades y las de su grupo familiar, así como también le permite al sujeto socializar y desarrollar sus habilidades físicas y mentales, el pro del avance personal y nacional¹¹.

La apreciación señalada por el autor categoriza al trabajo como una actividad inherente a la condición vital de la persona, en el sentido de que a través del mismo, es posible proporcionarse los elementos materiales para su sustento básico y de su grupo familiar; e igualmente, desarrollar su naturaleza social y desarrollarse sus competencias intelectuales y físico-orgánicas, coadyuvando con ello no sólo a su progreso como individuo, sino también como colectivo comunitario local, regional y nacional.

Esta posición complementa y enriquece los planeamientos que se derivan de las clasificaciones ya analizadas acerca de los derechos fundamentales y donde el derecho al trabajo, se ubica dentro de los rangos de los derechos de libertad y de igualdad, aspecto que se verifica en derechos como el derecho al trabajo, a una remuneración suficiente; el derecho a la protección social, económica y jurídica de la familia; los derechos de los menores; el derecho a la formación profesional, la seguridad e higiene en el trabajo; el derecho al descanso y a las vacaciones; el derecho a la cultura; el derecho a un medio ambiente adecuado; libertad de trabajo, derecho a la asociación sindical y a las libertades colectivas, entre otros.

Igualmente, la posición esgrimida por el autor expresa la ubicación de los derechos laborales en el marco de la Constitución, como expresión de los

¹¹ BOSCÁN, Francisco. "Visión de los derechos fundamentales en el trabajo en Venezuela". En: Asociación Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. *Principios y derechos fundamentales del trabajo en Iberoamérica. Teoría y Práctica*. 2005, pág. 9.

valores que orientan este instrumento legal y representan la expresión de la doctrina constitucional como su basamento más importante.

Dicho basamento tiene su punto de partida en el régimen jurídico internacional del trabajo, donde se reconoce el trabajo como derecho humano fundamental. Dicho ordenamiento jurídico, tal como lo señala Bonet, cuenta con normas jurídicas adoptadas de conformidad con las fuentes del ordenamiento jurídico internacional y “están dirigidas a ser aplicadas por los Estados de acuerdo con los mecanismos y procedimientos de aplicación propios del Derecho internacional público”¹²

El régimen jurídico internacional en materia laboral constituye el conjunto de normas desde las cuales se le da reconocimiento al trabajo como derecho fundamental para ser aplicadas por los Estados de acuerdo con los parámetros establecidos dentro de la disciplina del Derecho internacional público. Cabe señalar que en el marco de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, se encuentran reflejadas las indicaciones propuestas por este régimen, entre ellas la relativa a la obligación que adquiere el Estado con respecto a las normas que forman parte de dicho régimen.

Con relación a ello, el artículo 19 de la Constitución, establece que el respeto y consideración a los derechos fundamentales son obligatorios para los órganos del Poder Público de conformidad no sólo con lo que se encuentra establecido en la propia Constitución, sino también con los tratados sobre derechos humanos suscritos y ratificados por la República y con las leyes que los desarrollen. Igualmente, en el marco de la Constitución las normativas que se integran al régimen jurídico internacional tienen

¹² Bonet, Jordi. “Las relaciones laborales como objeto de reglamentación jurídica internacional” en Bonet, Jordi y Olesti, Andreu (Dir.). *Nociones básicas sobre el régimen jurídico internacional del trabajo*. Huygens Editorial. Barcelona, España. 2010, pág. 31

jerarquía constitucional, aspecto que se encuentra establecido en el artículo 23 de la Carta Magna¹³.

Es importante señalar que tal como lo afirma Bonet, las normas integrantes del régimen jurídico internacional del trabajo no proyectan una voluntad reglamentaria circunscrita al núcleo básico del derecho laboral, es decir, no están dirigidas a regular el contrato laboral, las condiciones de trabajo y las relaciones laborales en el seno de la empresa, sino que inciden en una pluralidad de aspectos vinculados a las relaciones laborales y al bienestar del trabajador y su familia¹⁴.

En ese sentido, la incidencia de este régimen jurídico no tiene carácter reglamentario, sino básicamente normativo, debido a que no está dirigido a regular la forma como deben establecerse las convenciones colectivas o el desarrollo de las relaciones en el ámbito laboral. Por ello, como estructura de orientación normativa el régimen jurídico internacional de trabajo viene a configurar una estructura que va incidir en aspectos tales como el empleo y las políticas sociales, las medidas de seguridad social, la negociación colectiva y la conflictividad laboral o la protección de la familia¹⁵.

Dado el hecho de que las normas que forman parte del régimen jurídico internacional del trabajo surgen de acuerdos entre diversidad de Estados, que presentan características sociales, políticas y económicas específicas y peculiares, es indudable que dicho régimen no puede tener propósitos de reglamentar, sino de generar un derecho de estándares legales mínimos, de tal manera que se constituyan, tal como lo afirma Schelle, en

¹³ Op. Cit., pág. 9.

¹⁴ Op. Cit., pág. 31.

¹⁵ Bonet, Jordi. Op. Cit., pág. 32.

verdaderas leyes internacionales para entrar en vigor, al cumplimiento del acto-condición de ratificación por el correspondiente Estado¹⁶.

El régimen jurídico internacional del trabajo representa la estructura de referencia, en función de la cual el nuevo constitucionalismo, llamado también constitucionalismo global, construye y desarrolla el sistema de derechos fundamentales, donde el trabajo viene a configurar uno de los más importantes en su condición de derecho social, tal como se encuentra establecido en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

En lo que concierne a la Constitución, es pertinente destacar que dicho documento se presenta en los términos de un sistema de valores, donde se destacan los valores sociales como algunos de los más importantes, aspectos que se encuentran claramente expresados en su preámbulo y en los derechos sociales.

La consolidación del trabajo como un derecho fundamental se encuentra, pues, claramente establecido en el sistema jurídico internacional del trabajo, a través de las normas internacionales del trabajo que representan un sistema global de instrumentos relativos al trabajo y a la política social. Así mismo se encuentra confirmado en el desarrollo del texto constitucional.

b) Principios fundamentales de los derechos laborales

Los principios vienen a representar, a decir de Américo Plá Rodríguez, “líneas directrices que informan a las normas e inspiran soluciones y sirvan

¹⁶ MONTT BALMACEDA, Manuel. *Principios de Derecho Internacional del Trabajo la OIT*. 1ª Edición. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile. 1998, pág. 339.

en diversas fases de la vida normativa”¹⁷. En atención a esta definición, los principios cumplen una labor de importancia significativa en los procesos relacionados con la definición y formulación de normas, entre ellas la producción de las normas en cuanto tal, precisando el momento en el cual se debe acudir al carácter protector del derecho al trabajo; interpretación y resolución de conflictos, entre otros.

El análisis de los principios permite perfilar con precisión la naturaleza del trabajo en su condición de derecho fundamental que adquiere pertinencia e importancia en el marco de la estructura de la Constitución. Cabe señalar que en la doctrina donde se sustenta el Derecho Laboral existen una serie de principios que buscan proteger al débil jurídico en la relación de trabajo, teniendo como fin fundamental que se logre un trato justo y equitativo en la misma.

Estos principios, tal como lo afirma la doctrina laboral, cumplen tres funciones de importancia significativa: Función informadora, función normativa o como fuente supletoria y función interpretativa¹⁸. Estas tres funciones vienen a representar una sistematización de la funcionalidad que le es atribuible a los principios de Derecho Laboral, representando un aporte para la comprensión de su presencia y su fundamentación doctrinal.

Con relación a la función informativa de los principios en el Derecho Laboral, la misma es de política legislativa y consiste en que “se infunda en las leyes laborales todas las virtualidades ínsitas en cada principio,

¹⁷ NEVES MUJICA, Javier. *Introducción al Derecho Laboral*. 2ª Edición. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica de Perú. Lima. 2007, pág. 101

¹⁸ PODETTI, Humberto. *Los principios del Derecho del Trabajo*. [Documento en línea]. Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/139/11.pdf>. pág. 144. [Consulta: 18-01-2012]

otorgándole una eficacia operativa en la materia y con los alcances regulados por aquellas”¹⁹.

Este señalamiento respecto a la función mencionada, confirma el propósito informativo que tienen los principios en general dentro del Derecho, que es el de comunicar y advertir a las normas mediante directrices y orientaciones, para que se le dé forma, sentido, eficacia y se definan los alcances correspondientes establecidos en la ley para ser debidamente utilizados por el legislador y el órgano administrativo en los mandatos referidos a los actos administrativos laborales.

En cuanto a la función normativa de los principios relacionados con los derechos laborales, ésta se ejecuta como “fuente supletoria en caso de ausencia de la ley; función que se encarrila cuando así lo prevé expresamente el respectivo ordenamiento jurídico nacional, sin que la ausencia de una remisión tal impida al intérprete aplicarlos para integrar al derecho”²⁰

La ejecución de esta función normativa de los principios se lleva a cabo cuando la ley deja vacíos o lagunas, y no existe jurisprudencia, uso o costumbre aplicable. En esos casos, los principios de derecho del trabajo cumplen una función supletoria, aun cuando en la propia ley no se establezcan las remisiones pertinentes, por lo que el intérprete de la misma tiene la facultad de su aplicación y facilitar el cumplimiento de esa necesaria función normativa que se establece para el caso a los principios.

En cuanto a la función interpretativa de los principios del trabajo, se señala lo siguiente: “Mediante ellos, cuando debe efectuarse la operación

¹⁹ *Ibidem.*

²⁰ *Ibidem*

lógico-valorativa del alcance de las normas aplicables – en que consiste la interpretación – las situaciones previstas y la virtualidad de las previstas, se resolverán aplicando el respectivo principio”²¹.

La función antes señalada permite determinar que los principios laborales sirven también para interpretar la normativa vigente, cuando esta sea confusa o haya diversas interpretaciones posibles. Dicha interpretación queda en manos de jueces y abogados defensores en los casos de litigio y fuera de ellos a académicos, investigadores y juristas como intérpretes que aportan contenidos y elementos que coadyuvan a enriquecer la hermenéutica.

Las funciones expuestas remiten a un propósito general y fundamental de los principios en materia laboral, que es el de la protección y defensa del trabajador como parte débil en la relación de trabajo que se establece con el empleador. En ese sentido, la diversidad y diferencia de estas funciones tienen un sentido único centrado en los valores personales y sociales vinculados con el trabajador, como elemento de importancia central en la relación laboral.

Silva Ormeño afirma que a diferencia de la relación civil, la relación laboral no parte de la concepción de que las partes son iguales, sino que por el contrario, en ella se encuentra una parte en condiciones de desventaja. Dicha parte la representa el trabajador, por lo que con la aplicación de los principios laborales se procura alcanzar la igualdad de las partes en dicha relación²².

²¹ Ibídem.

²² Silva Ormeño, Miguel Ángel. “El Principio de la Primacía de la Realidad” en Derecho y Cambio Social. [Revista en línea]. Disponible en: <http://www.derechoycambiosocial.com/revista014/CARATULA.htm>. 2008.

A continuación, se lleva a cabo este análisis considerando principios establecidos en la doctrina como el principio protector, irrenunciabilidad, continuidad laboral o de conservación de la relación laboral, principio de buena fe, de no-discriminación arbitraria en el empleo y de gratuidad.

b.1) Principio Protector

Este principio es considerado uno de los más importantes del Derecho Laboral, pues constituye el argumento que lo diferencia del Derecho Civil, en el sentido de que tiene como punto de partida, la existencia de una desigualdad en la relación entre el empleador y el trabajador, razón por la cual el Derecho Laboral se aboca a proteger a una de las partes más débiles de esta relación (el trabajador) para tratar de equipararla con la otra (el empleador).

A los fines de ilustrar y darle precisión a lo previsto anteriormente, es pertinente hacer alusión al planteamiento que realiza Bejarano, cuando afirma que el Derecho Laboral, a diferencia de otras ramas del Derecho concentradas en establecer una paridad entre las partes involucradas, desde sus inicios históricos, ha tendido a proteger a la parte más débil de la relación bilateral: el trabajador²³.

Esta condición del Derecho Laboral como disciplina que parte de una premisa de desigualdad jurídica entre las partes de la relación de trabajo, se sustenta en una realidad histórica que se representa en la explotación del trabajador que no contaba con los medios necesarios para equipararse al poder económico y social del empleador. Meza y Navarro señalan lo siguiente:

²³ BEJARANO, Silvia. *Principios del Derecho Laboral*. [Documento en línea]. Disponible en: aslegalcr.com/blog/wp-content/.../principios-del-derecho-laboral.doc, pág. 3.

El Principio Protector se fundamenta en el hecho mismo que dio origen al nacimiento del Derecho del Trabajo, vale decir, la desigualdad existente entre la persona que es contratada para desempeñar una labor: el trabajador, y el empleador que lo contrata. El legislador no pudo mantener más la ficción de una igualdad existente entre las partes del contrato de trabajo y buscó compensar o nivelar esa desigualdad económica desfavorable al trabajador, con una protección jurídica que le favoreciere²⁴.

En ese sentido, de esa realidad histórica surgiría la necesidad histórica de protección, que viene a constituir el punto de partida del Derecho Laboral como disciplina donde se formulan y desarrollan principios dirigidos a compensar la disparidad en la relación entre trabajadores y empleadores, de tal forma que el trabajador pueda recuperar en el campo jurídico, lo que ha perdido en el campo económico²⁵.

Por ello, el principio protector constituye uno de los principios básicos y fundamentales en el Derecho del Trabajo y elemento de fundamentación y presencia transversal en las formulaciones jurídicas sobre las relaciones laborales y las diferentes situaciones que se derivan de ellas.

En su desarrollo, el mencionado principio observa las siguientes reglas: Regla más favorable, donde se señala que cuando existe concurrencia de normas, debe aplicarse aquella que es más favorable para el trabajador; regla de la condición más beneficiosa, en la cual se establece que una nueva norma no puede desmejorar las condiciones que ya tiene un trabajador; regla *in dubio* operario, la cual señala que entre interpretaciones

²⁴ MEZA, Marlon y NAVARRO, Sara. *Aplicación del Principio Protector en el proceso laboral a propósito de la promulgación de la Ley Orgánica del Trabajo*. [Documento en línea]. Disponible en: <http://www.aje.com.ve/Principio%20Protector%20en%20el%20Proceso%20Laboral%20-%20MMezaSNavarro.pdf>, pág. 1.

²⁵ Op. Cit.

diversas y las dudas que puede tener una norma, se debe seleccionar la que más favorezca al trabajador²⁶.

Cabe señalar que este principio se encuentra plenamente expresado en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, concretamente en el artículo 89, donde se señala que el trabajo es un hecho social y gozará de la protección del Estado. Así mismo, se confirma en el numeral 3 del mencionado artículo en el cual se señala que cuando hubiere dudas acerca de la aplicación o concurrencia de varias normas, o en la interpretación de una determinada norma se aplicará la más favorable al trabajador o trabajadora, aplicándose la misma en su integridad²⁷.

Igualmente, este principio se encuentra desarrollado en la Ley Orgánica del Trabajo y su reglamento. En la ley, a través de lo señalado en el artículo 59, donde se encuentra establecido que en el caso de dudas en la aplicación de varias normas vigentes, se deberá aplicar la que sea más favorable al trabajador. En el reglamento, se encuentra lo estipulado en el artículo 8, literal a y en las reglas correspondientes a este principio, ya expuestas en este punto.

b.2) Principio de Irrenunciabilidad.

Se encuentra referido a la imposibilidad del trabajador de renunciar a los derechos establecidos a su favor, tanto por la Constitución, los convenios y las leyes. Cabe señalar que este principio opera en el caso de lo que Neves Mujica denomina normas imperativas. Al respecto señala que “el derecho del trabajo está lleno de normas mínimas (imperativas hacia abajo y dispositivas hacia arriba), por lo tanto los derechos reconocidos a los trabajadores son

²⁶ Op. Cit.

²⁷ Op. Cit., pág. 59.

indisponibles para estos respecto a su parte imperativa, pero no de la dispositiva”²⁸.

Alrededor de este principio se establece la no disponibilidad, por parte del trabajador, y la obligación que tiene el empleador de respetar su contenido, pues se refiere a normas imperativas respecto a las cuales el trabajador no tiene disposición y en el caso de lo que haga por su voluntad su acto es de renuncia, acto que de por sí no es válido, a diferencia de la disposición que si lo es.

En el Derecho Laboral venezolano, es pertinente considerar el señalamiento que realiza Arria Salas sobre este principio:

Por la inderogabilidad se persigue evitar la pérdida de la vigencia heterónoma de la norma, impidiendo que se sustituya por otra de menor alcance o que se la abroge completamente; en cambio, la prohibición de renunciar a las estipulaciones del contrato colectivo se dirige a frenar la voluntad individual de sus beneficiarios que pretendan, a pesar de quedar intacta la eficacia de la norma para los demás trabajadores, dejar de gozar personalmente de ellas²⁹

El espíritu de este principio se encuentra en la premisa de que siendo el trabajador el débil jurídico de la relación laboral, no se considera como válida la acción de renuncia a una norma imperativa y ello parte de la necesidad de asegurar y garantizar que se produzca atenuación en la desigualdad en la mencionada relación laboral. Para que se haga patente esta garantía, la ley establece las limitaciones pertinentes, a los fines de procurar el beneficio del trabajador.

²⁸ Op. Cit., pág. 102.

²⁹ Arrias Salas, Alberto. *Contratación colectiva*. 1ª Edición. Celta Editora. 1987, pág. 54.

En el caso concreto de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, este principio se encuentra reflejado en el artículo 19, donde se establece que el Estado tiene el deber de garantizar que toda persona, tenga acceso al goce y ejercicio irrenunciable, indivisible e interdependiente de los derechos humanos³⁰.

En lo que concierne a los derechos laborales, la Constitución establece en el artículo 89, numeral 2 que estos derechos son irrenunciables y que es nula toda acción, acuerdo o convenio que implique renuncia o menoscabo de estos derechos³¹. En la Ley Orgánica del Trabajo igualmente se hace presente este principio, concretamente en el artículo 3, donde se señala que en ningún caso serán renunciables las normas y disposiciones que favorezcan a los trabajadores³².

La preeminencia de este principio en la normativa legal venezolana se confirma en el Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo, concretamente en el artículo 9, donde al hacerse referencia al principio de irrenunciabilidad, se señala que el mismo no impedirá la celebración de transacciones, siempre y cuando dichas transacciones versen sobre derechos litigiosos o discutidos, consten por escrito y contengan una relación circunstanciada de los hechos que las motiven y de los derechos en ellas comprendidos.

En consecuencia, señala el mencionado artículo del reglamento citado, que no será estimada como transacción la simple relación de derechos, aun cuando el trabajador hubiere declarado su conformidad con lo pactado. En este supuesto, el trabajador conservará íntegramente las acciones para exigir el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la

³⁰ Op. Cit.

³¹ *Ibíd.*

³² LEY ORGÁNICA DEL TRABAJO. *Gaceta Oficial N° 5.152 Extraordinario* de fecha 19 de junio de 1997, pág. 1

relación de trabajo³³. Se verifica en lo señalado que el principio de irrenunciabilidad mantiene su vigencia, en el sentido de que el mismo no es aplicable en el caso de aquellas normas de carácter dispositivo y no en las normas imperativas.

En términos generales, el principio de irrenunciabilidad parte de una norma imperativa ante la cual el trabajador no puede disponer, pues representa una renuncia que tiene carácter de invalidez y, por lo tanto, susceptible de nulidad. Con este principio se trata a garantizar la mayor igualdad en la relación laboral. En ese sentido, los acuerdos a los que se arribe en los contratos de trabajo o convenciones colectivas no pueden estar dirigidos a menoscabar o destruir lo que se encuentra establecido en la norma imperativa.

b.3) Principio de Primacía de la Realidad o de los Hechos.

En el ámbito del Derecho Laboral, el Principio de la Realidad o de los Hechos, parte de la premisa de que en las relaciones entre empleadores y trabajadores, se debe tomar en cuenta lo que verdaderamente sucede en la realidad y no solamente lo que las partes han contratado formalmente. Ferreirós afirma que “este principio hace prevalecer, en caso discordancia, lo fáctico, es decir, lo que realmente ocurre, sobre lo establecido en documentos o que ha sido asentado de alguna manera”³⁴.

Desde la perspectiva de este principio se hace prescindencia de las formas con el propósito de hacer prevalecer lo que realmente sucede en la

³³ REGLAMENTO DE LA LEY ORGÁNICA DEL TRABAJO. *Gaceta Oficial* N° 38.426 de fecha 28 de abril de 2006, pág. 4.

³⁴ FERREIRÓS, Estela. Principio de Primacía de la Realidad. [Documento en línea]. Disponible en: http://www.laboral.org.ar/Doctrina/Principio_De_Primacia_De_La_Re/principio_de_primacia_de_la_re.html.

práctica. En ese sentido, no se considera la autonomía de la voluntad, sino la demostración de la realidad que reina sobre la relación entre trabajador y empleador. Aun cuando en la realización de un contrato de trabajo se encuentra expresadas las voluntades, y la realidad que se refleja es otra, es esta última la que tiene efectos jurídicos.

Este principio tiene rango constitucional, pues se encuentra claramente expresado en el artículo 89, numeral 1 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, donde se señala que en las relaciones laborales prevalece la realidad sobre las formas o apariencias³⁵.

Igualmente, su vigencia en la normativa legal laboral venezolana, se encuentra expresada en primer lugar en la Ley Orgánica del Trabajo, específicamente en el artículo 47, donde se establece que la calificación de un cargo como de dirección, confianza, inspección o vigilancia, dependerá de la naturaleza real de los servicios prestados, independientemente de la denominación que haya sido convenida por las partes o de la que unilateralmente hubiese establecido el patrono³⁶.

Así mismo, en el Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo, se recoge este principio, específicamente en el artículo 8, literal C, donde se establece la primacía de la realidad o de los hechos, frente a la forma o apariencia de los actos derivados de la relación jurídico-laboral.

La presencia de este principio en la Constitución y en la normativa jurídica laboral venezolana evidencia el elemento doctrinario que se encuentra como su fundamento principal, donde prevalece la preeminencia

³⁵ Op. Cit., pág. 56.

³⁶ Op. Cit., pág. 29.

de los hechos objetivos sobre cualquier formalidad establecida entre las partes.

A ese respecto, tiene pertinencia el señalamiento que hace Romero Montes con relación a este principio, cuando afirma que “es un instrumento procesal que debe utilizar el magistrado al momento de resolver un conflicto dentro de un proceso (entiéndase laboral)”³⁷. En ese sentido, la aplicación de este principio no parte de bases subjetivas, sino de cuestiones objetivas, por lo que, una vez que los hechos son demostrados, estos no pueden ser neutralizados, objetados o rebatidos a través de documentos o formalidad alguna.

b.4) Principio de Continuidad Laboral

Este principio, que forma parte también del Derecho Contractual, tiene como premisa fundamental la conservación, es decir preservar hasta donde sea posible lo programado por los contratantes al formalizar el acto³⁸. El argumento fundamental de este principio se deriva del carácter protectorio que se encuentra presente en la doctrina del Derecho Laboral y de sus principios en general, en el sentido de que en su naturaleza esencial, el principio de continuidad laboral, asume que normalmente la fuente de ingreso económico principal del trabajador, es precisamente su trabajo, por lo que el contrato laboral debe considerarse en su mayor extensión posible, de tal forma que pueda devenir en beneficio para el trabajador, en el proceso de consolidación de situaciones jurídicas relacionadas con el trabajo.

³⁷ ROMERO MONTES, Francisco. “El Principio de veracidad o principio de la realidad” en *Principios del Derecho del Trabajo en el Derecho Peruano*. Editado por Sociedad Peruana del Derecho del Trabajo y Seguridad Social. 2004, pág. 342.

³⁸ Podetti, Humberto. Op. Cit., pág. 150

El principio en cuestión se vincularía con la estabilidad y con la forma clásica de una relación extendida en el tiempo y en el espacio³⁹, que parte de la base de que la relación laboral no puede ser pasajera sino que se supone una vinculación, que por mutuo acuerdo, se debe prolongar en el tiempo.

En el marco de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el Principio de Continuidad Laboral se encuentra expresado, en el artículo 93, donde se establece que la ley deberá garantizar la estabilidad en el trabajo y dispondrá lo conducente para limitar toda forma de despido no justificado⁴⁰.

En la Ley Orgánica del Trabajo, la presencia de este principio se encuentra reflejada en primer lugar en el artículo 73, en cuanto a que la celebración del contrato se considerará por tiempo indeterminado cuando no aparezca expresada la voluntad de las partes, en forma inequívoca, de vincularse sólo con ocasión de una obra determinada o por tiempo determinado⁴¹.

En segundo lugar, en el artículo 74, donde se señala que el contrato celebrado por tiempo determinado concluirá por la expiración del término convenido y no perderá su condición específica cuando fuese objeto de una prórroga. En caso de dos (2) o más prórrogas, el contrato se considerará por tiempo indeterminado, a no ser que existan razones especiales que justifiquen dichas prórrogas y excluyan la intención presunta de continuar la relación⁴².

³⁹ *Ibídem.*

⁴⁰ *Op. Cit.* pág. 60.

⁴¹ *Op. Cit.*, pág. 51.

⁴² *Ibídem*

En el Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo, se encuentra reflejado en este principio, a través de cuatro consideraciones normativas presentes en el literal c del artículo 8. Dichas consideraciones indican: La presunción de continuidad de la relación de trabajo, por virtud de la cual en caso de duda sobre la extinción o no de ésta, deberá resolverse a favor de su subsistencia; preferencia de los contratos de trabajo a tiempo indeterminado, en atención a lo cual deberá atribuirse carácter excepcional a los supuestos de autorización de contratos a término previstos en el artículo 77 de la Ley Orgánica del Trabajo; admisión de novaciones subjetivas y objetivas del contrato de trabajo e indemnizaciones en caso de extinción de la relación de trabajo por causa imputable al patrono.

La representación de este principio en el texto constitucional y la normativa legal laboral, indica una clara tendencia de ambos instrumentos a darle a este principio una presencia significativa de importancia en el establecimiento de las relaciones entre trabajadores y empleadores.

De esta manera, se favorece una mayor vinculación a la continuidad, conservación prolongación de la relación laboral como un principio que aporta elementos de alcance interpretativo y valorativo en lo que se refiere a las relaciones de trabajo y prefigura una visión de plenitud de este principio tanto en las relaciones contractuales indefinidas o de duración temporal.

b.5) Principio de Razonabilidad

Este principio parte de la premisa fundamental de que el ser humano en sus relaciones laborales debe proceder conforme a la razón. A ese respecto, establece que, tanto el trabajador como el empleador deben ejercer sus derechos y obligaciones de acuerdo a razonamientos lógicos y de

sentido común⁴³. Igualmente, con la aplicación de ese principio se trata de disminuir los casos en que los empleadores actúen con extrema severidad y arbitrariedad, dándole así al trabajador una protección en su relación laboral⁴⁴.

Este principio constituye, por una parte, una vía para la aplicación de la razón y los argumentos lógicos como formas de manejarse las relaciones entre empleadores y trabajadores; y por otra parte, un freno a las actuaciones arbitrarias de lado y lado, sobre todo del lado del empleador, quien tiene la potestad de proponer cambios en la empresa y de establecer la disciplina dentro del ambiente de trabajo. En ese sentido, se trata de proteger la línea entre disciplina y atropello y entre discrecionalidad y arbitrariedad.

b.6) Principio de Buena Fe

Es un principio general del Derecho, tal como lo afirma Conde Marín, se hace presente en todas las ramas del Derecho, “se deduce como principio supremo y absoluto que domina todo el Derecho de obligaciones, en el que todas las relaciones de obligación, en todos sus aspectos y contenidos, están sujetos al imperio de la buena fe”⁴⁵.

La premisa fundamental de este principio plantea la exigencia de una conducta recta u honesta respecto a la relación que se establece entre las partes de un contrato, admitiéndolo como un supuesto fundamental de todo ordenamiento jurídico. Conde Marín afirma lo siguiente:

⁴³ BEJARANO, Op. Cit., pág. 11.

⁴⁴ *Ibíd.*

⁴⁵ CONDE MARÍN, Emilia. *La buena fe en el contrato de trabajo: Un estudio de la buena fe como elemento de integración del contrato de trabajo*. 1ª Edición. Editorial La Ley. Madrid. 2007, pág. 87.

La buena fe, predicable de todo contrato de trabajo, ha de inspirar la conducta de quienes se encuentran vinculados por una relación jurídica, de manera que cualesquiera que sean las circunstancias que medien en el seno de las relaciones laborales, la buena fe ha de ser respetada⁴⁶

Respecto a lo señalado, el principio de buena fe constituye una obligación necesaria en toda relación de trabajo, pues dicha relación se asume más allá de una unión de dos sujetos para lograr fines meramente económicos, en el sentido de que no crea derechos y obligaciones meramente patrimoniales, sino también personales, por lo que a partir de sus preceptos se propugna la confianza recíproca para el debido cumplimiento de esas obligaciones.

b.7) Principio de No Discriminación Arbitraria en el Empleo

Este principio forma parte de los llamados principios de no discriminación e igualdad de trato, principios transversales que relacionan a todos los derechos humanos⁴⁷. En ese sentido, este principio se aplica a la relación de trabajo como una relación entre personas donde no debe haber ningún tipo de discriminación o diferencias en el trato.

Este principio se encuentra claramente expuesto en términos generales y específicamente referido a los derechos laborales en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. En cuanto a la protección general de la persona, es pertinente destacar en el texto constitucional lo establecido en el artículo 21, donde se propugna la igualdad de todas las personas ante la ley y específicamente los numerales 1 y 2, de este artículo, que como consecuencias de esta disposición establecen que:

⁴⁶ Op. Cit.,

⁴⁷ Arellano, Fernando. *Globalización, Seattle y estrategias ciudadanas*. 1ª Edición. LOM Ediciones. 2000, pág. 80.

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 las 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 alguna de las condiciones antes especificadas, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan⁴⁸.

En lo que se refiere a las relaciones de trabajo, la Constitución en su artículo 89, numeral 5, señala que se prohíbe todo tipo de discriminación por razones de política, edad, raza, sexo o credo o por cualquier otra condición.

En la normativa legal laboral también se encuentra expresado y desarrollado este principio. En la Ley Orgánica del Trabajo se debe destacar el artículo 26, donde se estipula la prohibición de toda discriminación en las condiciones de trabajo basada en edad, sexo, raza, estado civil, credo religioso, filiación política o condición social.

En el Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo está presente en el artículo 8, literal e, bajo la denominación de Principio de no discriminación arbitraria en el empleo, por razones de género preferencia sexual, condición social, raza, religión, ideología política, actividad sindical, o cualquiera otra fundada en criterios de relevancia incompatibles con el ordenamiento jurídico.

⁴⁸ Op. Cit., pág. 11.

Allí se señala que dicho principio comprenderá las discriminaciones que pudieren suscitarse con antelación al nacimiento de la relación de trabajo, tales como, entre otros supuestos, imponer como condición de admisión a la empresa el abstenerse del ejercicio de actividades sindicales o el someterse a exámenes de embarazo.

El principio de no discriminación arbitraria en el empleo viene a representar uno de los avances en materia laboral más importante y surge a través de un proceso dirigido a dar respuesta a las situaciones donde se evidencia diferencia de trato a causa de ciertas características como raza, color o sexo, las cuales han traído como consecuencia un deterioro en la igualdad de oportunidades y trato, limitación de la libertad de las personas de desarrollar capacidades y de escoger y realizar sus aspiraciones profesionales y personales sin importar las calificaciones, menoscabo en el desarrollo de la profesionalidad y competencia, escasa o ninguna gratificación por el trabajo y generación de un sentido de humillación frustración e impotencia⁴⁹

Su constitucionalización viene a representar la incorporación de los acuerdos y convenios que constituyen normativas integrantes del sistema jurídico internacional. Igualmente, viene a expresar la superación de una dogmática legalista que trata de sustraer los derechos fundamentales de su incorporación al Constitucionalismo, en lo que concierne a la persona del trabajador y al aspecto social del derecho del trabajo.

b.8) Principio de Gratuidad

Con relación a este principio, Brain hace la siguiente definición cuando expresa que:

⁴⁹ Organización Internacional del Trabajo. *Discriminación al trabajo*. [Documento en línea]. Disponible en: <http://www.ilo.org/global/topics/equality-and-discrimination/workplace-discrimination/lang-es/index.htm>

Es el principio por el cual se le garantiza al trabajador el derecho de defensa a través de la gratuidad de los procedimientos, de modo que dicho derecho no resulte comprometido por el costo económico que podría significar para el dependiente, cuando dicho costo pueda ser una limitación para su ejercicio⁵⁰.

La naturaleza fundamental de este principio también tiene una esencia protectora, puesto que su propósito principal se encuentra dirigido a que el trabajador tenga acceso a la justicia de manera libre, fluida y sin entorpecimiento fiscal alguno, pago de tasa de justicia o cualquier otro estipendio que deba enfrentar para llevar a cabo los reclamos pertinentes ante los órganos jurisdiccionales del trabajo.

Este principio tiene presencia constitucional, la cual se encuentra expresada en el artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en el cual se hace alusión al derecho que tiene toda persona de tener acceso a los órganos de administración de justicia para hacer valer sus derechos e intereses, así como el deber del Estado de garantizar una justicia gratuita, accesible, imparcial, idónea, transparente, autónoma, independiente, responsable, equitativa y expedita, sin dilaciones indebidas, sin formalismos o reposiciones inútiles⁵¹.

Así mismo, se hace presente en la normativa legal laboral venezolana, en primer lugar en la Ley Orgánica del Trabajo, a través de lo establecido en el artículo 5, donde se señala que la legislación procesal, la organización de los tribunales y la jurisdicción especial del Trabajo se orientarán por el propósito de ofrecer a los trabajadores y patronos la solución de los conflictos

⁵⁰ BRAIN, Daniel Horacio. "Los principios fundamentales del derecho del trabajo ante los desafíos de la economía globalizada" en *Revista del Equipo Federal de Trabajo*. [Revista en línea]. Disponible en: http://www.newsmatic.e-pol.com.ar/index.php?pub_id=99&sid=1174&aid=9601&eid=13&NombreSeccion=Notas%20de%20c%20E1tedra%20universitaria&Accion=VerArticulo.

⁵¹ Op. Cit., pág. 13.

sobre derechos individuales o colectivos que surjan entre ellos, mediante una administración de justicia rápida, sencilla y gratuita⁵².

En segundo lugar, el principio de gratuidad se manifiesta en el artículo 8 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo en el cual se señala que la justicia laboral será gratuita; por lo que los tribunales del trabajo no podrán establecer tasas, aranceles, ni exigir pago alguno por sus servicios, ni los registradores y notarios públicos podrán cobrar tasas, aranceles, ni exigir pago alguno en los casos de otorgamiento de poderes y registro de demandas laborales⁵³. En tercer lugar en el Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo, en el artículo 8 literal f, como principio de gratuidad en los procedimientos administrativos y judiciales en materia del trabajo⁵⁴

c) Los Derechos de la Persona del Trabajador.

En el establecimiento de la jerarquización de los principios relacionados con los derechos laborales, se considera como un principio nuclear el relativo a la persona del trabajador⁵⁵. De este principio nuclear se derivan los derechos que corresponden y están relacionados con el trabajador en su condición de persona.

Cabe mencionar lo que afirma Valdes Dal Re cuando sostiene que: “Son éstos los derechos de la persona del trabajador o, si se prefiere, los derechos que corresponden al trabajador en su condición de persona”⁵⁶. En esta noción, se asume que el trabajador como persona es sujeto de derechos fundamentales que deben ser respetados tanto en el marco de su vida

⁵² Op. Cit., pág. 2.

⁵³ LEY ORGÁNICA PROCESAL DEL TRABAJO. Gaceta Oficial N° 37.504 de fecha 13 de agosto de 2002

⁵⁴ Op. Cit.

⁵⁵ PODETTI, Op. Cit., pág. 144.

⁵⁶ Op. Cit., 2005, pág. 13.

personal como en lo que se refiere a su desenvolvimiento en el ámbito de las relaciones laborales.

Esto se confirma con lo que expresa López, quien afirma que: “El trabajador como ciudadano es miembro de una comunidad política y como persona es titular de derechos fundamentales”⁵⁷. En ese señalamiento, se reconoce que el trabajador como integrante de una comunidad política y como persona es titular de derechos fundamentales, que deben ser objeto de protección y tutela, tanto en el ámbito de la comunidad política como en el contexto de la relación laboral.

Igualmente, se desprende del planteamiento del autor citado que en la configuración de los derechos de la persona del trabajador, este es reconocido en su condición de ciudadano y en su condición de persona. Tal reconocimiento implica un aporte fundamental y determinante para su constitucionalización, aspecto que se confirma en el señalamiento que realiza Sastre Ibarreche:

Que los derechos fundamentales del trabajador en cuanto a persona despliegan sus efectos dentro de la relación individual de trabajo se desprende del reconocimiento de la eficacia horizontal –*Dritwirkung*– y no sólo vertical de los derechos constitucionales, por lo que tales derechos se proyectan y aplican en las relaciones entre particulares y no únicamente frente a los poderes públicos⁵⁸

La constitucionalización de los derechos de la persona del trabajador viene a consolidarse en el reconocimiento de los derechos del trabajador

⁵⁷ LÓPEZ, Diego. *Derechos, trabajo y empleo*. 1ª Edición LOM Ediciones. Santiago de Chile. 2004, pág. 191.

⁵⁸ SASTRE IBARRECHE, Rafael. “Derechos fundamentales inespecíficos y relación de trabajo: Caracterización de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la materia” en De Elena y Peña, Joaquín (Ed.). *Desigualdad y relaciones de trabajo*. 1ª Edición. Ediciones de la Universidad de Salamanca. Salamanca. 2004, pág. 260

como persona, no sólo en la relación que establece frente a los órganos del poder estatal (eficacia vertical), sino también en la que lleva cabo en el marco de las relaciones en el ámbito laboral (eficacia horizontal), lo que viene a representar un ascenso de los derechos subjetivos del trabajador al marco de la Constitución.

Igualmente, y tal como lo afirma Ojeda, “la protección del trabajador como ciudadano y sus derechos fundamentales en la empresa pasan a ser un componente estructural de las relaciones laborales, y como una de las reflexiones culturales del derecho del trabajo de nuestro tiempo”⁵⁹.

Esto representa un avance de importancia significativa para el desarrollo y evolución de los derechos laborales y especialmente de los derechos relacionados con la persona del trabajador, pues implica el reconocimiento por parte de la doctrina constitucional, de los llamados derechos inespecíficos, que viene a generar un efecto horizontal en las relaciones entre particulares, propias de las relaciones laborales empleador-trabajador.

Al afianzarse la eficacia vertical y horizontal en la consolidación de los derechos de la persona del trabajador, al incorporar los llamados derechos inespecíficos al ámbito constitucional, se generan las bases para asegurar una sincronía jurídica expresada en el reconocimiento del disfrute de los derechos fundamentales del trabajador tanto como ciudadano y como obrero, operador o empleado dentro de una empresa. Valdes Dal Ré afirma lo siguiente al respecto:

⁵⁹ UGARTE CATALDO, José. “La constitucionalización del derecho del trabajo: La tutela de derechos fundamentales en Revista Latinoamericana de Derecho Social N° 7 [Documento en línea]. Disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/revlads/cont/7/art/art11.pdf>. Julio-Diciembre de 2008, pág. 251. [Consulta: 28-01-2012].

Desde una óptica lógico-formal, las identidades entre una y otra situación son evidentes y contundentes: en ambas el derecho es el mismo e indivisible y en ambas, también, la titularidad se atribuye en función de un mismo e indivisible status: el de la persona humana⁶⁰.

El reconocimiento de los derechos fundamentales de trabajador en su condición de ciudadano y como empleado dentro de una organización productiva, implica la protección del trabajador como ser humano titular de esos derechos en la relación laboral que establece en el marco de la empresa o unidad productiva. Dicho reconocimiento en el marco de los derechos laborales abarca diferentes aspectos que enriquecen la figura del trabajador y su protección en cuanto.

Esos aspectos se encuentran referidos, en primer lugar, a los derechos laborales propiamente dichos, que se vinculan al trabajador como débil jurídico de la relación laboral, tales como salarios mínimos, jornada de trabajo e indemnizaciones por término de contrato. Estos son los que le han asegurado un mínimo social al trabajador.

En segundo lugar, se refieren a los llamados derechos específicos del trabajador como parte integrante de un colectivo, como miembro de una organización donde se representan intereses comunes. Estos derechos han permitido que el derecho laboral coadyuve a la democratización económico-política de la empresa y de la sociedad en general.

En tercer lugar, el enriquecimiento de la figura del trabajador como sujeto de derechos se ve expresada también, y esto constituye el elemento de mayor significación, en los llamados derechos inespecíficos en el marco de las relaciones laborales. Estos derechos se encuentran referidos al

⁶⁰ Op Cit.

trabajador como ciudadano y son los que han permitido al trabajador tener acceso a un trato digno dentro de la empresa como un ciudadano miembro de una sociedad democrática.

Este último plano de los derechos del trabajo, que se refiere a los derechos de la persona del trabajador, viene a ser considerada una de las últimas fases en el proceso de constitucionalización del Derecho del Trabajo y la misma ha estado referida a lo que se denomina la ciudadanía laboral y donde se encuentran reconocidos derechos como a la libertad de opinión o el derecho a la intimidad, entre otros⁶¹.

Al tratar de realizar la ubicación de cuáles son esos derechos relacionados con la persona del trabajador, es pertinente tomar en cuenta lo que señala Boscán cuando realiza la identificación de tales derechos en los siguientes términos:

Los Derechos Humanos Fundamentales de la Persona del Trabajador, son: la prohibición de discriminación, la libertad ideológica y religiosa, el derecho a la intimidad (protección a la intimidad y acceso al empleo, intimidad informática del trabajador y tratamiento automatizado de sus datos personales, protección de la intimidad y agresiones de naturaleza sexual y protección de la intimidad y poderes de control del empleador) y las libertades de expresión e información⁶².

La trascendencia de estos derechos relacionados con la persona del trabajador, debe ser objeto de un análisis que aporte elementos de importancia fundamental a la comprensión de los derechos laborales y su constitucionalización, la evolución de la Constitución como un sistema de

⁶¹ Palomo Vélez, Rodrigo. "Capítulo I. El derecho del trabajo y su significado" en *Apuntes de derecho del trabajo UTALCA*. [Documento en línea]. Disponible en: <http://derecho.utralca.cl/respaldo/pgs/alumnos/laboral/1.pdf>., pág. 8. [Consulta: 28-01-2012].

⁶² Boscán, Op. Cit.

valores que se hace extensivo a todo el sistema jurídico y la importancia del derecho del trabajo como elemento esencial de la democracia.

Tal como lo señala la Carta Democrática Interamericana en su artículo 10, al expresar que “la democracia se fortalece con el mejoramiento de las condiciones laborales y la calidad de vida de los trabajadores del Hemisferio”⁶³. En ese sentido, el trabajo deja de ser una esfera distinta y aparte de la condición ciudadana y es percibido como un factor fundamental para el ejercicio de la democracia como sistema donde se respeta y enaltece la condición humana.

c.1) No discriminación.

La no discriminación representa un derecho esencial de la persona que se encuentra desarrollado en el ordenamiento jurídico internacional representado en documentos como la Declaración Universal de los Derechos Humanos, Convención Americana de Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Protocolo de San Salvador, la Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, Convención Internacional para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial y la Convención de los Derechos del Niño, entre otros.

Estos documentos reconocen el derecho a la no discriminación como un derecho inherente a la persona, que debe ser objeto de protección por parte de los estados y representan un aporte para su incorporación al texto constitucional de cada país como derechos fundamentales no sólo frente al

⁶³ CARTA DEMOCRÁTICA INTERAMERICANA. [Documento en línea]. Disponible en: http://www.oas.org/charter/docs_es/resolucion1_es.htm

Estado, sino también en las relaciones que establece el trabajador con la empresa y el empleador.

En el artículo 2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos se señala que toda persona tiene todos los derechos y libertades, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición. Se menciona que no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona⁶⁴.

En el artículo 7 de dicha declaración se estipula igualmente que todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación⁶⁵.

En lo que respecta a la Convención Americana de Derechos Humanos, en el artículo 1 se establece que los Estados Partes de esta convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones⁶⁶.

En el artículo 2, por su parte, se señala que en el caso que el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados

⁶⁴ DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS. [Documento en línea]. Disponible en: [http://www.observatoriopoliticasocial.org/index.php?option=com_content&view=category&id=40#Declaracion Universal](http://www.observatoriopoliticasocial.org/index.php?option=com_content&view=category&id=40#Declaracion%20Universal).

⁶⁵ Op. cit.

⁶⁶ CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS. [Documento en línea]. Disponible en: <http://www.rlc.fao.org/frente/pdf/pactocr.pdf>

Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades⁶⁷.

Con relación al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el artículo 2 expresa que los estados partes de este pacto tienen el compromiso de garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. Los países en desarrollo, teniendo debidamente en cuenta los derechos humanos y su economía nacional, podrán determinar en qué medida garantizarán los derechos económicos reconocidos en el presente pacto a personas que no sean nacionales suyos⁶⁸.

En cuanto a la no discriminación en la esfera laboral, es pertinente destacar lo que se encuentra señalado en el artículo 6 del mencionado pacto, donde se hace mención del derecho a trabajar, que tienen todas las personas y que comprende el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado⁶⁹

En el artículo 7 de ese mismo pacto, se establece lo relativo al derecho a un salario equitativo e igual por trabajo de igual valor, sin distinciones de ninguna especie; en particular, debe asegurarse a las mujeres condiciones de trabajo no inferiores a las de los hombres, con

⁶⁷ *Ibíd.*

⁶⁸ PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. [Documento en línea]. Disponible en: http://www.observatoriopoliticasocial.org/index.php?option=com_content&view=category&id=40#Declaracion Universal

⁶⁹ *Ibíd.*

salario igual por trabajo igual; igual oportunidad para todos de ser promovidos, dentro de su trabajo, a la categoría superior que les corresponda, sin más consideraciones que los factores de tiempo de servicio y capacidad⁷⁰

En cuanto al Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales o Protocolo de San Salvador, se debe destacar lo que se encuentra reflejado en el artículo 2, donde se acuerda que los Estados partes se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social⁷¹.

En lo que se refiere a la Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, el artículo 1 realiza la definición de discriminación contra la mujer cuando señala que ésta representa toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera⁷².

⁷⁰ Ibídem.

⁷¹ PROTOCOLO DE SAN SALVADOR. [Documento en línea]. Disponible en: <http://www.derhumanos.com.ar/legislacion/protocolo%20san%20salvador%20conv%20ameri.htm>. [Consulta: 02-02-2012]

⁷² Convención sobre la eliminación de toda forma de discriminación de la mujer. [Documento en línea]. Disponible en: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/0031>. . [Consulta: 02-02-2012].

En este mismo documento el artículo 2 establece que los Estados Partes condenan la discriminación contra la mujer en todas sus formas, convienen en seguir, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, una política encaminada a eliminar la discriminación contra la mujer, comprometiéndose a⁷³:

a) Consagrar, si aún no lo han hecho, en sus constituciones nacionales y en cualquier otra legislación apropiada el principio de la igualdad del hombre y de la mujer y asegurar por ley u otros medios apropiados la realización práctica de ese principio;

b) Adoptar medidas adecuadas, legislativas y de otro carácter, con las sanciones correspondientes, que prohíban toda discriminación contra la mujer;

c) Establecer la protección jurídica de los derechos de la mujer sobre una base de igualdad con los del hombre y garantizar, por conducto de los tribunales nacionales competentes y de otras instituciones públicas, la protección efectiva de la mujer contra todo acto de discriminación;

d) Abstenerse de incurrir en todo acto o práctica de discriminación contra la mujer y velar por que las autoridades e instituciones públicas actúen de conformidad con esta obligación;

e) Tomar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer practicada por cualesquiera personas, organizaciones o empresas;

⁷³ *Ibíd.*

f) Adoptar todas las medidas adecuadas, incluso de carácter legislativo, para modificar o derogar leyes, reglamentos, usos y prácticas que constituyan discriminación contra la mujer; g) Derogar todas las disposiciones penales nacionales que constituyan discriminación contra la mujer.

En el artículo 11 de la Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, se establece la obligación que tienen los Estados Partes en la adopción de medidas dirigidas a asegurar los mismos derechos que los del hombre en la esfera del trabajo. En particular los siguientes⁷⁴:

a) El derecho al trabajo como derecho inalienable de todo ser humano;

b) El derecho a las mismas oportunidades de empleo, inclusive a la aplicación de los mismos criterios de selección en cuestiones de empleo;

c) El derecho a elegir libremente profesión y empleo, el derecho al ascenso, a la estabilidad en el empleo y a todas las prestaciones y otras condiciones de servicio, y el derecho a la formación profesional y al readiestramiento, incluido el aprendizaje, la formación profesional superior y el adiestramiento periódico;

d) El derecho a igual remuneración, inclusive prestaciones, y a igualdad de trato con respecto a un trabajo de igual valor, así como a igualdad de trato con respecto a la evaluación de la calidad del trabajo;

e) El derecho a la seguridad social, en particular en casos de jubilación, desempleo, enfermedad, invalidez, vejez u otra incapacidad para trabajar, así como el derecho a vacaciones pagadas;

⁷⁴ *Ibidem*.

f) El derecho a la protección de la salud y a la seguridad en las condiciones de trabajo, incluso la salvaguardia de la función de reproducción.

En este mismo artículo de la convención de no discriminación a la mujer, se señala otro aspecto de importancia con relación a la no discriminación en el trabajo que tiene que ver con la no discriminación contra la mujer por razones de matrimonio o maternidad y el aseguramiento de la efectividad de su derecho a trabajar. En tal sentido, se pautan las siguientes medidas a tomar por los Estados Partes⁷⁵:

a) Prohibir, bajo pena de sanciones, el despido por motivo de embarazo o licencia de maternidad y la discriminación en los despidos sobre la base del estado civil;

b) Implantar la licencia de maternidad con sueldo pagado o con prestaciones sociales comparables sin pérdida del empleo previo, la antigüedad o los beneficios sociales;

c) Alentar el suministro de los servicios sociales de apoyo necesarios para permitir que los padres combinen las obligaciones para con la familia con las responsabilidades del trabajo y la participación en la vida pública, especialmente mediante el fomento de la creación y desarrollo de una red de servicios destinados al cuidado de los niños;

d) Prestar protección especial a la mujer durante el embarazo en los tipos de trabajos que se haya probado puedan resultar perjudiciales para ella.

En la Convención Internacional para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, concretamente en el artículo 1, se define el

⁷⁵ *Ibidem*.

concepto de discriminación racial cuando se señala que representa toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública⁷⁶

En lo que corresponde a la esfera específica del trabajo, es pertinente considerar el artículo 2 donde se le establece a los Estados partes el compromiso a prohibir y eliminar la discriminación racial en todas sus formas y a garantizar el derecho de toda persona a la igualdad ante la ley, sin distinción de raza, color y origen nacional o étnico, particularmente, en el goce de los derechos civiles y los derechos económicos y sociales, donde se destacan: El derecho al trabajo, a la libre elección de trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo, a la protección contra el desempleo, a un mismo salario por trabajo igual y a una remuneración equitativa y satisfactoria; así como el derecho a fundar sindicatos y a sindicarse⁷⁷.

En la Convención de los Derechos del Niño, el artículo 1 señala en relación con el derecho a no discriminación que los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición

⁷⁶ CONVENCION INTERNACIONAL PARA LA ELIMINACION DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACION RACIAL. [Documento en línea]. Disponible en: <http://www2.ohchr.org/spanish/law/cerd.htm>. [Consulta: 03-02-2012].

⁷⁷ *Ibidem*.

económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales⁷⁸.

Así mismo, el mencionado artículo refleja la obligación de los Estados Partes a tomar todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares⁷⁹.

En las convenciones, pactos y tratados que se representan normativas que integran el ordenamiento jurídico internacional, se encuentra claramente y sólidamente establecido el sentido y orientación del derecho de no discriminación. Se evidencia en documentos como la Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación y la Convención Internacional para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, que el derecho a la no discriminación en la esfera laboral se encuentra definido con precisión, lo que viene a reflejar su ubicación no solamente en el plano de las relaciones que establece el trabajador con el Estado, sino las que lleva a cabo en el marco laboral.

La existencia y persistencia de este derecho es la respuesta ante una práctica discriminadora en todos los ámbitos de la existencia humana, entre ellos el del trabajo, donde se establece distinción, preferencia o exclusión por nacionalidad, sexo, color, raza, religión, motivos políticos o situación social, que anulen o alteren el trato laboral o la igualdad de oportunidades.

⁷⁸ CONVENCIÓN DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. [Documento en línea]. Disponible en: <http://www2.ohchr.org/spanish/law/crc.htm>. [Consulta: 03-02-2012]

⁷⁹ *Ibidem*.

En lo que corresponde específicamente al derecho a la no discriminación laboral, la Organización Internacional del Trabajo (OIT), a través del Convenio N° 111, artículo 1 realiza la definición de este concepto, en atención a los siguientes aspectos:

- a) cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación;
- b) Cualquier otra distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación que podrá ser especificada por el Miembro interesado previa consulta con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores, cuando dichas organizaciones existan, y con otros organismos apropiados⁸⁰.

La definición que se establece en el mencionado convenio de la OIT indica que la discriminación en el ámbito de la esfera laboral representa en primer lugar toda forma de discriminación, exclusión o preferencia motivada a causas relacionadas con raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social, que, a su vez, genere consecuencias en cuanto a igualdad de oportunidades o trato en materia de trabajo; en segundo lugar, se consideran formas de discriminación laboral, las que se denuncien por parte de miembros de la organización, en función de lo que señalen las consultas realizadas a las organizaciones gremiales y sindicales.

En la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela se encuentra claramente reconocido este derecho, cuando en el artículo 89, numeral 5 se establece de manera taxativa la prohibición de todo tipo de

⁸⁰ OIT. Convenio N° 111. [Documento en línea]. Disponible en: <http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/convds.pl?C111>. [Consulta: 03-02-2012].

discriminación por razones de política, edad, raza, sexo o credo o por cualquier otra condición⁸¹.

La prohibición de la discriminación en el trabajo en el marco de la Constitución responde y parte de la existencia del derecho de no discriminación en las diferentes declaraciones, convenciones y pactos que forman parte de la estructura del orden jurídico internacional relacionado con los derechos fundamentales y que tocan la discriminación en términos generales y la que corresponde al ámbito específico de la esfera del trabajo.

Este derecho a la no discriminación en el ámbito de la esfera laboral se hace extensivo a la normativa legal laboral venezolana y a ese respecto, es pertinente referir nuevamente lo dispuesto en la Ley Orgánica del Trabajo, artículo 26, donde prohíbe toda discriminación en las condiciones de trabajo basada en edad, sexo, raza, estado civil, credo religioso, filiación política o condición social⁸².

Lo señalado en la ley es confirmado y especificado en el Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo, artículo 8, literal e, bajo la denominación de Principio de no discriminación arbitraria en el empleo, por razones de género preferencia sexual, condición social, raza, religión, ideología política, actividad sindical, o cualquiera otra fundada en criterios de relevancia incompatibles con el ordenamiento jurídico⁸³.

Lo expresado en este artículo amplía el rango de las razones de discriminación y que son explícitamente rechazadas en el texto. Dichas razones no se limitan a la condición de edad, sexo, raza o estado civil, sino

⁸¹ Op. Cit.

⁸² Op. Cit.

⁸³ Op. Cit.

que se extienden a los aspectos relacionadas con la preferencia sexual que tenga el trabajador, su ideología política o el desarrollo de actividad sindical,

Tal situación viene a reflejar la existencia de un cambio al cual se encuentran sometidos permanentemente los componentes definitorios de este derecho, debido al hecho de que en los diferentes ámbitos nacionales se generan nuevas situaciones causales de discriminación en general y del trabajo en especial.

c.2) Libertad Ideológica y Religiosa.

Como derecho fundamental de la persona, la libertad constituye la expresión más acabada del deber ser del hombre en la relación que establece con los poderes del Estado. Valdes Dal Ré afirma al respecto que: “Los derechos de libertad se perciben y, en razón de ello, se reclaman como instrumentos de emancipación, ética y política, de los ciudadanos (de la sociedad civil) frente a los poderes públicos (el Estado)”⁸⁴.

En los documentos que forman parte del orden jurídico internacional en materia de derechos humanos, los derechos relacionados con la libertad religiosa, de pensamiento y de conciencia, se encuentran claramente precisados y establecidos. A ese respecto, cabe destacar el artículo 18 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, donde se establece el derecho que tiene toda persona a gozar de dicha libertad, así como de manifestarla tanto en público como en privado, bien sea por la enseñanza, la práctica, el culto y la observancia⁸⁵.

⁸⁴ OP. CIT., pág.13.

⁸⁵ OP. CIT.

Igualmente, este derecho se encuentra expresado en el artículo 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁸⁶, en el artículo 1 de la Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación basadas en la religión o convicción⁸⁷ y en el artículo 14, numeral la Convención sobre los derechos del niño⁸⁸.

Lo reflejado en los documentos del sistema jurídico internacional de los derechos humanos, indica que en la configuración de los derechos de libertad se establecen las bases fundamentales de la soberanía personal desde el punto de vista de la ética y de la política, es decir, atendiendo a la condición del hombre en sus principios morales y los que se relacionan con su condición de ciudadano y como parte de una comunidad democrática.

Esto tiene relación con el planteamiento que realiza Conde Marín con relación a la responsabilidad del empleador respecto a los derechos fundamentales de los trabajadores:

El empresario tiene que cooperar para acomodar, en la medida de lo posible y sin que ello perjudique la empresa, el ejercicio legítimo de sus derechos, en particular de los derechos fundamentales que forman parte de él como persona y ciudadano⁸⁹

En el marco de la relación de trabajo se enfatiza la importancia del pleno respeto a los derechos de la persona del trabajador y se le establece al empleador la responsabilidad por que tales derechos se cumplan, sin que por ello se generen perjuicios a la empresa. Es decir, se pauta el reconocimiento y el respeto a los derechos de libertad, considerando sus límites en atención a la preservación de la estructura productiva.

⁸⁶ OP. CIT.

⁸⁷ OP. CIT.

⁸⁸ OP. CIT.

⁸⁹ OP, CIT., pág. 374.

El derecho de libertad ideológica y religiosa que le corresponde al trabajador tiene una plena referencia en el Tribunal Constitucional de España, donde se señala que la misma incide en el contrato de trabajo y le impone al empresario un principio de neutralidad en la materia, que “implica por parte de la empresa una tolerancia y respeto de la discrepancia y la diferencia en todas las opciones que suscita la vida personal y social salvo que la opción religiosa o ideológica del trabajador impida o afecte al funcionamiento adecuado de la organización productiva”⁹⁰.

En esa declaración se determina con precisión la naturaleza y alcances de este derecho en el marco de las relaciones que se establecen entre empleador y trabajador; se precisan los límites a los cuales se encuentra sometido el derecho fundamental de libertad religiosa e ideológica de la persona del trabajador; e igualmente se determinan los límites del empresario en el ejercicio de su poder dentro de la unidad productiva.

En este sentido, los derechos fundamentales de la persona del trabajador y en particular el derecho de libertad ideológica y religiosa actúa como “derecho de defensa frente a ejercicio innecesario o ilegítimo del poder de dirección. Se insertan en la esfera de la autonomía privada y pueden actuarse frente al empresario en el marco de la relación laboral”⁹¹.

Los derechos de libertad representan derechos fundamentales que aun cuando no se encuentran explícitamente presentes en la relación contractual, por su condición universal y el estatuto constitucional alcanzado, representan derechos que limitan el poder del empresario en cuanto a

⁹⁰ RODRÍGUEZ PIÑERO, M. “Poder de Dirección y Derecho Contractual” en ESCUDERO, R. (Coord.). *El Poder de dirección del empresario: Nuevas perspectivas*. Editorial Las Rozas. 1ª Edición. Madrid. 2005, pág. 28.

⁹¹ IBÍDEM, pág. 29.

atentar contra la autonomía y esfera personal del trabajador, concretamente en lo que se refiere a su libertad ideológica o religiosa y a su manifestación en forma privada o pública.

Igualmente, le establecen al trabajador la responsabilidad y el deber de ejercerlos en los términos de que no afecte el desarrollo y la integridad de la empresa y los derechos personales de los demás trabajadores, así como de los propios representantes de los niveles de dirección y conducción de la empresa.

c.3) Derecho a la Intimidad

Con relación a este derecho en el trabajador, Conde Marín señala que el mismo se refiere al derecho de éste a disfrutar de su vida privada y no ser objeto de injerencias en su ámbito de trabajo⁹². La inserción de este derecho en el ámbito laboral viene a ser la confirmación del reconocimiento que se hace con relación al trabajador en su condición de ciudadano y persona.

Su reconocimiento está claramente expresado a través de normas, entre las que se encuentran la Declaración Universal de los Derechos del Hombre que en el artículo 12 prescribe la protección ante la ley que tiene toda persona que sea objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación⁹³.

También se debe señalar lo expuesto en la Declaración Americana de los Derechos del Hombre que en su artículo V referido al derecho a la vida privada, establece el derecho que tiene toda persona a la protección legal

⁹² OP. CIT., pág. 360.

⁹³ OP. CIT.

contra los ataques abusivos a su honra, a su reputación y a su vida privada familiar⁹⁴.

Así mismo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 17, prescribe el rechazo a injerencias arbitrarias o ilegales en la vida privada, familia, domicilio o correspondencia, ataques ilegales a la honra y reputación y el derecho a protección legal contra ellos.⁹⁵

Finalmente, es importante referir a la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, también conocida como el Pacto de San José, que en su artículo 11 establece que nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación”. En el tercer inciso se reafirma el sentido de lo señalado cuando se establece que toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra las injerencias y ataques contra el referido derecho⁹⁶.

En lo que se refiere a la normativa internacional con relación al derecho a la intimidad en la persona del trabajador, es pertinente considerar lo que se encuentra establecido por la OIT en el artículo 6 del Convenio N° 181 del año 1997, donde se establece que el tratamiento de los datos personales de los trabajadores por las agencias de empleo privadas debe efectuarse en condiciones que protejan los datos de las personas con arreglo al respeto de la vida privada de los trabajadores de conformidad con el régimen jurídico del Estado respectivo; limitándose por tanto, a las

⁹⁴ DECLARACIÓN AMERICANA DE LOS DERECHOS DEL HOMBRE. [Documento en línea]. Disponible en: <http://helvia.uco.es/xmlui/bitstream/handle/10396/2108/1408272x.pdf?sequence=1>. [Consulta: 17-04-2012].

⁹⁵ PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS. [Documento en línea]. Disponible en: <http://www2.ohchr.org/spanish/law/ccpr.htm>. [Consulta: 17-04-2012].

⁹⁶ CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS. [Documento en línea]. Disponible en: <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-32.html>. [Consulta: 20-04-2012]

cuestiones relativas a calificaciones y experiencia profesional del trabajador respectivo así como también cualquier otra información directamente pertinente⁹⁷.

En el artículo 60 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela se encuentra plenamente consagrado este derecho, cuando se establece el derecho que tiene toda persona a la protección de su honor, vida privada, intimidad, propia imagen, confidencialidad y reputación y la aplicación de la ley para limitar el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y ciudadanas y el pleno ejercicio de sus derechos⁹⁸.

Con relación a la naturaleza del derecho a la intimidad, es pertinente hacer referencia a Rebollo quien realiza una aproximación no jurídica y jurídica sobre este derecho. En la primera de las aproximaciones, el autor considera a la intimidad analizada desde tres perspectivas psicológica, sociológica y filosófica⁹⁹

Desde una perspectiva psicológica, el autor referido afirma que el concepto de intimidad presenta dos definiciones; una pasiva y otra activa. En la definición pasiva es asociada a la idea de retirada, de reclusión y evitación de la interacción, mientras que en la activa la intimidad se asocia al control de la interacción, la libertad de elegir el momento y el lugar de la *privacy*¹⁰⁰.

En estas dos definiciones, el autor desprende que la intimidad en el hombre se presenta como la primacía de lo privado sobre lo público y como

⁹⁷ OIT. *Convenio sobre agencias de empleos*, 1997. [Documento en línea]. Disponible en: <http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/convds.pl?C181>. [Consulta: 20-04-2012]

⁹⁸ Op. Cit., artículo 60.

⁹⁹ REBOLLO, Lucio. *El derecho fundamental a la intimidad*. 2ª Edición actualizada Editorial Dykinsson. Madrid, p. 32.

¹⁰⁰ *Ibíd*em, p. 33.

acción dirigida a recuperar el control sobre aquello que lo rodea. De ello surge que en la perspectiva psicológica, la concepción de intimidad no responde en modo alguno a una visión del hombre como ser aislado, sino, por el contrario a una perspectiva del hombre como ser en sociedad, que se comunica, interactúa y relaciona en mayor o menor grado con otros sujetos,

Esta aproximación psicológica a la intimidad revela que presenta un par de caracteres: El primero, lo refiere como una necesidad de orden social y no una motivación humana fundamental; mientras que el segundo, lo ubica como una conducta en la que el individuo revela una supremacía de lo privado frente a lo público.

Con relación a la noción vista filosófica de la intimidad, Rebollo afirma que "...la intimidad es en esencia una consecuencia de lo colectivo concretada en la persona, como respuesta, como necesidad o como pretensión, pero en todo caso social"¹⁰¹.

En la perspectiva filosófica de la intimidad se reafirma su carácter esencial, ya que si bien existe un aspecto personal o subjetivo en la naturaleza misma del concepto, el hecho es que nadie tiene intimidad respecto de sí, sino respecto de esas otras personas con las que se está en vínculos de mayor o menor proximidad, lo que lleva a deducir que es esencialmente social.

Con relación a la aproximación jurídica del concepto de intimidad, se recoge el mismo como un derecho fundamental, que parte del respeto a la persona como ente singular y diferente a otras personas, en lo que se refiere a los aspectos físicos, mentales, sus ideas y pretensiones. El derecho a la intimidad como derecho fundamental implica el respeto a la vida privada que

¹⁰¹ Ibídem.

se compone en esencia del libre albedrío, por lo que representa un libre ejercicio de liberalidades, un derecho subjetivo de defensa y garantía institucional de pluralismo y democracia¹⁰².

El derecho a la intimidad como derecho fundamental referido a la persona del trabajador representa otro de los derechos donde se expresa la eficacia vertical y horizontal en los derechos fundamentales en materia laboral. Sus raíces se encuentran en el derecho que tiene toda persona al respeto y a la libertad, presente en todo tipo de convivencia y de relaciones humanas; es, por tanto un derecho de la personalidad¹⁰³.

Como un derecho fundamental referido a la personalidad, al respeto y a la libertad, el derecho a la intimidad se hace igualmente presente en el marco de las relaciones que establece el trabajador dentro su ambiente laboral, abarcando los siguientes aspectos: Protección a la intimidad y acceso al empleo; intimidad informática del trabajador y tratamiento automatizado de sus datos personales; protección de la intimidad y agresiones de naturaleza sexual y protección de la intimidad y poderes de control del empleador¹⁰⁴

En su reconocimiento y aplicación se constituye, al igual que la libertad, en una protección a la personalidad del trabajador como parte de un contexto social y, a la vez, límite al poder de la dirección empresarial. Por lo tanto, su prevalencia es un hecho indiscutible, que no puede ser

¹⁰² *Ibidem*, pág. 119.

¹⁰³ SÁNCHEZ CARAZO, Carmen. "La intimidad: un derecho fundamental de todos" en *Portal Mayores Informes Portal Mayores*, n° 5 [Documento en línea]. Disponible en: <http://www.imsersomayores.csic.es/documentos/documentos/sanchez-intimidad-01.pdf>. [Consulta: 14-04-2012]. p.10.

¹⁰⁴ MARÍN BOSCAN, Francisco. *Derechos fundamentales y derecho del trabajo*. Universidad del Zulia. Maracaibo. 2005. p.8

desconocido, ni siquiera atenuado en un entorno tan específico como lo es el laboral.

c.4) Libertad de Expresión e Información

El derecho a la libertad de expresión se encuentra consagrado en la normativa internacional, donde se aprecia, en primer lugar, la Declaración Universal de los Derechos Humanos que en su artículo 19 establece el derecho que tiene todo individuo a la libertad de opinión y expresión, incluyendo el no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones y el de difundirlas a través de cualquier medio, sin limitación de fronteras¹⁰⁵.

La libertad de expresión como derecho fundamental inherente a toda persona y considerado como un requisito indispensable para la existencia misma de una sociedad democrática¹⁰⁶. Su prevalencia como derecho inherente a la persona del trabajador tiene un sustento en la normativa internacional y en el marco de la Constitución, lo que le da un carácter esencial en el reconocimiento del trabajador como persona también en el contexto de las relaciones que establece en su ámbito laboral.

Con relación a la normativa internacional, aparte de la Declaración de los Derechos Humanos, se encuentra lo establecido en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, concretamente en el artículo 19, numeral 2, donde se señala el derecho que tiene toda persona a la libertad de expresión, en los términos de libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea

¹⁰⁵ Op. cit.

¹⁰⁶ CORREA, Carlos et. Als. *Libertad de expresión. Una discusión sobre sus principios, límites e implicaciones*. 1ª Edición. Ediciones de la Universidad Católica Andrés Bello y Editorial CEC. Caracas, p. 61.

oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección¹⁰⁷.

Igualmente, se encuentra lo establecido en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, específicamente en el artículo 13, donde se reafirma el derecho a la libertad de buscar, recibir y difundir información e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito, o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección¹⁰⁸.

En el marco de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, se encuentra plenamente establecido en este derecho, concretamente en el artículo 57, donde se señala que toda persona tiene derecho a expresar libremente sus pensamientos, sus ideas u opiniones de viva voz, por escrito o mediante cualquier otra forma de expresión, y de hacer uso para ello de cualquier medio de comunicación y difusión, sin que pueda establecerse censura¹⁰⁹.

Se verifica en los documentos antes señalados que el derecho a la libertad de expresión e información de la persona del trabajador como derecho fundamental, reivindica la noción del trabajador como persona y sujeto de derechos fundamentales, que deben ser respetados tanto en el marco de su vida personal como en lo que se refiere a su desenvolvimiento en el ámbito de las relaciones laborales y ser objeto de protección y tutela, el ámbito de la comunidad política y en la relación laboral.

En ese sentido, los derechos relacionados con la libertad de expresión e información de los cuales goza el trabajador en su condición de ciudadano, se hacen presentes en el contexto de la empresa, en atención a los aspectos

¹⁰⁷ Op. Cit.

¹⁰⁸ Op. Cit.

¹⁰⁹ Op. Cit.

específicos establecidos en la relación laboral, de acuerdo a la naturaleza misma de la empresa.

d) Derechos fundamentales en el Trabajo

El planteamiento de los derechos fundamentales en el trabajo responde a una realidad histórico-social en la cual se evidencia una marcada y permanente violación de los derechos laborales, concretamente en lo que se refiere a la libertad de asociación y libertad sindical, del reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva, las formas de trabajo forzoso y obligatorio, el trabajo infantil y la discriminación en materia de empleo¹¹⁰.

Los derechos fundamentales en el trabajo tienen su origen en la Constitución de la OIT y en la Declaración de Filadelfia que se encuentra anexa a dicha constitución. Sus valores esenciales fueron reafirmados por la comunidad internacional, destacándose la Cumbre Mundial sobre Desarrollo Social celebrada en Copenhague en 1995 y la Declaración de la OIT de 1998 como expresiones normativas de esa reafirmación.

En la Cumbre Mundial sobre Desarrollo Social de Copenhague celebrada en 1995 se declara y se exhorta a los países a promocionar la observancia de los convenios pertinentes de la OIT, donde se incluyen los referidos a la prohibición del trabajo forzoso y el trabajo infantil, la libertad de asociación, el derecho de sindicación y de negociación colectiva y el principio de la no discriminación¹¹¹.

¹¹⁰ MARÍN BOSCAN, Francisco. MARÍN BOSCAN, Francisco. "Consideraciones sobre los derechos fundamentales en el trabajo y su implicación en Venezuela" en *Revista Gaceta Laboral* Vol. 14 N° 3. [Revista en línea]. Disponible en: <http://revistas.luz.edu.ve/index.php/gl/article/viewFile/1218/1185>. [Consulta: 17-04-2012]. 2008. p.372.

¹¹¹ ONU. *Cumbre Mundial de Desarrollo Social 1995*. [Documento en línea]. Disponible en: http://celade.eclac.org/redatam/PAISES/PAN/sid/Que_es_el_SID/copenhague%20y%20ginebra%20texto.pdf. 1995. [Consulta: 28-04-2012]

La Declaración de la OIT de 1998 relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento, concretamente en el numeral 2 de dicha declaración, referido al compromiso de todos los miembros de la organización, de respetar, promover y hacer realidad, de buena fe y de conformidad con la Constitución, los principios relativos a los derechos fundamentales que son objeto de esos convenios, es decir, a: a) libertad de asociación, la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva; b) la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio; c) la abolición efectiva del trabajo infantil y d) la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación¹¹².

En atención a esa situación real, es de fundamental importancia mantener la vigencia y la ejecución efectiva de estos derechos, de tal manera que se garantice su cumplimiento a través de los sistemas de control pertinentes. A continuación se realiza la descripción y análisis de cada uno de estos derechos concebidos contra las diferentes formas de violación de los derechos laborales.

d.1 Libertad de asociación, libertad sindical y derecho a la negociación colectiva.

La libertad de asociación, la libertad sindical y la libertad de negociación colectiva constituyen tres principios y derechos fundamentales que, tal como ya se señaló anteriormente tienen su matriz originaria en la Constitución de la OIT y en la Declaración de Filadelfia como documento anexo a dicha constitución.

¹¹² OIT. *Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo*. [Documento en línea]. Disponible en: <http://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc86/com-dtxt.htm>. 1998. [Consulta: 21-04-2012].

Los lineamientos normativos internacionales relativos a estos derechos se encuentran expresados en el Convenio relativo a la Libertad Sindical y a la Protección del Derecho de Sindicación de 1948 o Convenio N° 87 y el Convenio sobre Aplicación de los Principios del Derecho de Sindicación y de Negociación Colectiva de 1949 o Convenio N° 98.

Los convenios referidos comprenden dos aspectos fundamentales: El primero, la posibilidad de los trabajadores de expresar sus aspiraciones, fortalecer su postura en la negociación colectiva y participar en la elaboración y aplicación de la política económica y social¹¹³; el segundo, se refiere el aseguramiento de salarios y condiciones de trabajo adecuadas, otorgándoles a los trabajadores conjunto organizado una sola voz, lo que les beneficia más que cuando la relación de trabajo se refiere a un solo individuo y les permite influir decisiones de carácter personal y conseguir una distribución equitativa de los beneficios que conlleva el progreso tecnológico y el incremento de la productividad¹¹⁴.

El carácter constitucional de ambos derechos en Venezuela se encuentra expresado en los artículos 95 y 96 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. En dichos artículos, por un lado se establece el derecho que tienen los trabajadores a constituir libremente las organizaciones sindicales que estimen convenientes para la mejor defensa de sus derechos e intereses, así como el de afiliarse o no a ellas, de conformidad con la Ley; por el otro, su derecho a la negociación colectiva voluntaria y a celebrar convenciones colectivas de trabajo, sin más requisitos que los que establezca la ley, así como el deber del Estado de garantizar su

¹¹³ OIT. *Los trabajadores y la libertad sindical*. [Documento en línea]. Disponible en: <http://www.ilo.org/public/spanish/dialogue/themes/fa.htm>. [Consulta 25-04-2012]

¹¹⁴ OIT. Negociación colectiva. [Documento en línea]. Disponible en: <http://www.ilo.org/public/spanish/dialogue/themes/cb.htm>

desarrollo y establecer lo conducente para favorecer las relaciones colectivas y la solución de los conflictos laborales¹¹⁵.

Estos derechos tienen un carácter habilitante, en el sentido de que por una parte reivindican el derecho de los trabajadores de organizarse en la forma que estimen más conveniente para sus intereses así como el derecho de asociarse o no a un sindicato u organización de representación colectiva. Por otro lado, los derechos de asociación, libertad sindical y derecho a la negociación colectiva favorecen la promoción de unas condiciones de trabajo decente y hacerlas realidad.

d.2) Eliminación de todas las Formas de Trabajo Forzoso

Este derecho se encuentra expresado en la normativa internacional a través del Convenio relativo al Trabajo Forzoso u Obligatorio del año 1930 o Convenio N° 29 y Convenio relativo a la Abolición del Trabajo Forzoso de 1957 o Convenio N° 105. El principio que sustenta este derecho sostiene que nadie puede ser obligado a trabajar, o ser amenazado de sanción en caso de no hacerlo¹¹⁶.

En el marco de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela este derecho se encuentra expresado en el artículo 90, donde se establece que ningún patrono podrá obligar a las trabajadoras o trabajadores a laborar horas extraordinarias¹¹⁷. La vigencia de este principio se encuentra precisamente en la persistencia de diferentes formas de trabajo forzoso y explotación en el mundo y en la necesidad de desarrollar los mecanismos que garanticen su cumplimiento eficiente y efectivo.

¹¹⁵ Op. Cit.

¹¹⁶ MARÍN BOSCÁN, Francisco. Op. Cit. 2005. p. 8.

¹¹⁷ Op. Cit.

d.3) Abolición Efectiva del Trabajo Infantil

Este derecho se encuentra expresado en la normativa internacional en los convenios N° 138 y 182. El primero se refiere a la Edad Mínima de Admisión al Empleo, formulado en 1973 y el segundo, propugna la Prohibición de las Peores Formas de Trabajo Infantil y la Acción Inmediata para su Eliminación, aprobado en 1999. El principio que se encuentra a la base de ambos convenios se orienta a garantizar el desarrollo físico, mental y moral de los niños en todo su potencial, antes de entrar a formar parte de la vida económica activa, y erradicar las peores formas de trabajo infantil¹¹⁸.

Desde esta perspectiva, se asume en los convenios señalados que el trabajo no debe constituir en modo alguno, obstáculo para el desarrollo físico, mental y moral de los niños y a ese respecto, la OIT en su informe titulado *Un futuro sin trabajo infantil* publicado en 2002 establece tres categorías de trabajo infantil que deben ser erradicadas:

- 1) Un trabajo realizado por un niño que no alcance la edad mínima especificada para el tipo de trabajo de que trate (según determine la legislación nacional, de acuerdo con normas internacionalmente aceptadas), y que, por consiguiente, impida probablemente la educación y el pleno desarrollo del niño.
- 2) Un trabajo que ponga en peligro el bienestar físico, mental o moral del niño, ya sea por su propia naturaleza o por las condiciones en que se realiza, y que se denomina trabajo peligroso.
- 3) Las formas incuestionablemente peores de trabajo infantil, que internacionalmente se definen como esclavitud, trata de personas, servidumbre por deudas y otras formas de trabajo forzoso, reclutamiento forzoso de niños para utilizarlos en conflictos armados, prostitución y pornografía, y actividades ilícitas¹¹⁹

¹¹⁸ MARÍN BOSCAN, Francisco. Op. Cit. 2005. p. 8.

¹¹⁹ OIT. *Un futuro sin trabajo infantil: Informe global con arreglo al seguimiento de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo*. 1ª Edición. Ginebra. 2002, pág. 10.

En la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela se encuentra consagrado este derecho, concretamente en el artículo 89 numeral 6, donde se prohíbe el trabajo de adolescentes en labores que puedan afectar su desarrollo integral y se establece la responsabilidad que tendrá el Estado en la protección de niños y adolescentes contra cualquier explotación económica y social¹²⁰.

Su aplicación se hace en el marco del trabajo formal e informal y propugna la eliminación de todo trabajo que ponga en peligro el desarrollo psico-educativo y moral de niños y adolescentes y en ese sentido, promueve las acciones dirigidas a determinar cuáles deben ser las formas aceptables o no de trabajo de niños y adolescentes, de tal manera que se apliquen los mecanismos de reglamentación pertinentes.

d.4) Eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación.

Internacionalmente este derecho se encuentra presente en el Convenio relativo a la Igualdad de Remuneración entre la Mano de Obra Masculina y la Mano de Obra Femenina por un Trabajo de Igual Valor, realizado en 1951 o Convenio N° 100 y Convenio relativo a la no Discriminación en Materia de Empleo y Ocupación, formulado en 1958 o Convenio N° 111. La naturaleza esencial de este derecho es la de garantizar la igualdad de trato y oportunidades, de tal forma que lleguen a eliminar las formas de discriminación en la práctica¹²¹.

¹²⁰ CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA. Op. Cit.,

¹²¹ MARÍN BOSCÁN, Francisco. Op. Cit. 2005.

En la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela este derecho está consagrado en el numeral 5 del artículo 89, que establece la prohibición de todo tipo de discriminación por razones de política, edad, raza, sexo o credo o por cualquier otra condición¹²². Su vigencia se mantiene frente a las diferentes formas de discriminación respecto al trabajo, que van desde los ambientes urbanos más tecnificados, hasta los sectores rurales y del campo; abarcando hombre y mujeres, por motivos como raza, religión, sexo, orientación sexual, edad, discapacidad, enfermedades (VIH/SIDA), privando a las personas de su derecho al trabajo y a la sociedad de los aportes intelectuales, creativos y físicos que estas personas pueden hacer.

La OIT reconoce la existencia de una discriminación directa y una indirecta, donde la primera se expresa abiertamente en leyes y normativas que niegan la igualdad de oportunidades de trabajo por razones de raza, sexo, religión, etc y la segunda, que se hace manifiesta con normas aparentemente neutrales, pero en prácticas concretas de exclusión¹²³.

Estas modalidades de discriminación forman parte de la realidad laboral presente en países del primer y el tercer mundo, lo que justifica la vigencia de este principio y la importancia de que cada gobierno desarrolle los mecanismos para eliminar inmediata o progresivamente las diferentes formas de exclusión laboral que afecta no solo a los trabajadores, sino también la estabilidad económica y social de los países.

¹²² CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA. Op. Cit.,

¹²³ OIT. Eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación. [Documento en línea]. Disponible en:

<http://www.ilo.org/declaration/principles/eliminationofdiscrimination/lang--es/index.htm>.

[Consulta: 30-04-2012].

CAPÍTULO V

DERECHOS FUNDAMENTALES LABORALES EN VENEZUELA

a) Origen y evolución histórica de los Derechos Fundamentales laborales en Venezuela

a.1) Rasgos del surgimiento del Derecho del Trabajo en Venezuela

El desarrollo de la historia del derecho del trabajo venezolano sólo es comprensible estableciendo una precisión de cada una de las etapas que determinan los rasgos de dicho surgimiento, etapas en virtud de las cuales se puedan establecer características distintivas de cada uno de esos rasgos, a los fines de poder determinar no solo los aspectos cronológicos, sino también la forma como se han ido configurando las características que el derecho del trabajo ha venido presentando hasta llegar a lo que se aprecia en la actualidad.

Al realizar la revisión histórica de los eventos relacionados con el nacimiento y la evolución, se hace posible establecer los siguientes períodos: El primero, que va desde 1830, cuando se promulga la Constitución de la República Independiente de Venezuela separada de la Gran Colombia. hasta 1900; el segundo período desde el año 1900 a 1936 y el tercer período que se extiende desde ese último año hasta la actualidad.

Período 1830-1900:

La Constitución promulgada en 1830 surge como consecuencia de la separación del Departamento de Venezuela de la Gran Colombia para constituir el Estado de Venezuela. Dicha constitución es sancionada por el Congreso Constituyente de Valencia durante la presidencia de José A. Páez y presenta como características resaltantes el presidencialismo y la

conformación de un estado centro federal, donde se le daba cierto poder y autonomía a las provincias.

En virtud de los espacios de poder y autonomía concedidos, la mayoría de las provincias, estados y municipalidades de la República de Venezuela sancionaron códigos, leyes y ordenanzas de carácter policial, pues en ellas se establecían e insertaban reglas de aplicación regional sobre el trabajo jornalero dirigidas más al mantenimiento del orden público, que a la regulación moderadora del trabajo y la protección del trabajador.

En ese sentido, se puede afirmar que los inicios de lo que representan los derechos laborales en Venezuela a partir de la Constitución de 1830, no se pueden considerar precisamente como afortunados, lo que se explica en el hecho de que las normas establecidas no se encontraban dirigidas a regular las relaciones obrero-patronales o establecer mecanismos o normas de protección a los trabajadores.

Sin embargo, se puede destacar que a pesar de la ausencia de una orientación dirigida a la protección de los derechos de los trabajadores, en el contexto de la realidad venezolana entre 1830 y 1860 se observa el desarrollo de una serie de movimientos dirigidos a agrupar y organizar a artesanos, artistas, que aun cuando no se pueden considerar como organizaciones laborales, si se pueden calificar como la manifestación de las inquietudes de las personas de artes y oficios por la protección de sus derechos como personas y como trabajadores. A ese respecto, es importante destacar los siguientes ejemplos que ilustran lo señalado:

- Creación de la Comisión de Artes y Oficios en el seno de la Sociedad Económica de Amigos del País, en 1830: Dicha comisión estaba abocada a atender el problema del desarrollo de la artesanía local por falta de capitales

y por la competencia desleal, proponiendo la Organización del Gremio de Artesanos.

- Compañía de Artistas de Caracas, que se instaló en marzo de 1841: Sus miembros suscribían acciones nominales, destacándose entre uno de sus objetivos prioritarios, el de constituir una sociedad de mutuo auxilio y la promoción de una caja de ahorros.

- Sociedad de Mutuo Auxilio de La Guaira en 1848, promovida por artesanos del litoral.

- Creación del Gremio de Artesanos de Caracas en 1864 con más de 1000 miembros. Entre sus estatutos se establecía que sus miembros debían ser practicantes activos de “artes mecánicas y oficios”, excluyendo específicamente a los dueños de talleres que no supieran ejercer por si mismos el oficio.

Le evolución de estos movimientos y el desarrollo de nuevas formas de organización, dirigidas al reconocimiento de los derechos de los trabajadores se profundiza a finales del siglo XIX con la aparición de lo que Urquijo denomina una especie de “obrerismo”, justamente con la aparición del desarrollo modernizador promovido por Antonio Guzmán Blanco, concretamente en los sectores terciario y de la minería¹.

Entre los eventos de importancia a destacar con relación a estos movimientos y sus exigencias en materia de derechos laborales, se encuentra en primer lugar, la gran manifestación de Caracas suscitada en 1890 y promovida por los trabajadores ferroviarios y de otros áreas

¹ URQUIJO, José. *El movimiento obrero de Venezuela*. Organización Internacional del Trabajo, Universidad Católica Andrés Bello. Caracas. 2004, pág. 11.

vinculadas, donde le exigen al Dr. Raimundo Andueza Palacios, Presidente de la República para ese momento, que interponga su influencia para derogar la orden oficial de suspensión de los trabajos del Gran Ferrocarril Central².

Con relación a este evento, ya no son artesanos los que hacen manifiestos sus reclamos en materia laboral, sino trabajadores, aspecto que viene a evidenciar la manera como van evolucionando los movimientos de defensa de los derechos de los trabajadores y como ello responde, también, a los cambios que se van produciendo en la economía venezolana.

Otro aspecto de importancia, en cuanto a las tendencias relacionadas con los derechos laborales en Venezuela a finales del siglo XIX, se encuentra representado en la reunión de trabajadores socialistas de Venezuela, conformada por un grupo de alemanes que laboraban en el taller del ferrocarril Caracas-Valencia. De esta reunión se designa un representante ante el IV Congreso Internacional Obrero celebrado en Zurich en 1894, quien se encargaría de hacer llegar un informe acerca de la situación laboral en Venezuela³.

Estos hechos suscitados a finales del siglo XIX vienen a indicar un desarrollo y avance en la atención a los derechos de los trabajadores en Venezuela, Dicho desarrollo, es a su vez, la expresión de un cambio progresivo en la economía venezolana aspecto que se evidencia en la llegada de inversiones extranjeras, a partir de las últimas tres décadas del siglo XIX, trayendo con ello tecnología moderna representada en: ferrocarriles, telégrafos, tranvías, teléfonos, electricidad.

² Ibídem.

³ Ibídem, p. 13.

La definitiva consolidación de un movimiento obrero y, por tanto, la evolución en la protección y defensa de los derechos laborales, sólo llega a hacerse presente en el marco de una economía capitalista, aspecto que se evidencia de manera apenas perceptible a finales del siglo XIX y que va a seguir avanzando con mayor fuerza en el siglo XX, con el impacto definitivo de la explotación petrolera a manos del capital monopólico extranjero.

No obstante, en los inicios del siglo XX, el afianzamiento de las bases de los derechos laborales en Venezuela no se llega a constituir en forma satisfactoria. A ese respecto, es pertinente señalar que, aun cuando a partir de 1909, se habían comenzado a introducir algunas leyes y proyectos de leyes relacionados con los derechos laborales⁴, el cumplimiento en la práctica de dichas leyes, no se evidenciaba claramente, situación que se refleja en las respuestas de fuerza de parte de los gobiernos dictatoriales de turno a todas las tentativas de huelgas o intentos de sindicalización⁵.

Igualmente, se podría explicar por el hecho de que el movimiento obrero de finales de siglo XIX e inicios del siglo XX, se caracterizó por sostener una postura fundamentalmente de carácter gremial para con sus miembros, frente a las condiciones inadecuadas de trabajo y vida en la cual estaban. Dicha postura se refuerza en un aspecto de carácter cuantitativo, es decir, que este movimiento no era numeroso, precisamente por las condiciones históricas de la época y el incipiente desarrollo económico alcanzado por el país.

⁴ URQUIJO, José. "La función gerencial de Relaciones Industriales y de Recursos Humanos (Departamentalización)" en *Revista sobre Relaciones Industriales y Laborales N° 40*. Caracas. Universidad Católica Andrés Bello. Enero-diciembre 2004, pág. 27.

⁵ VILLASMIL PRIETO, Humberto. *Estudios de derecho del trabajo*. 3ª Edición. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas. 2006, pág. 209.

Segundo Período 1900 – 1936:

Los antecedentes relacionados con lo que se podría denominar una legislación donde se incluyen los derechos de los trabajadores, se ubican alrededor de las primera décadas de 1900. Cabe destacar leyes, como las de minas de 1904, 1909 y 1915, en las cuales se habían establecido normas para regular las relaciones entre el trabajador y el patrono, conteniendo disposiciones muy particulares referentes al trabajo, en especial la ley de 1915, donde se estableció el sistema de reparación de accidentes de trabajo, que sirvió de base para la Ley del Trabajo de 1928.

Otro acontecimiento de importancia lo constituye la Ley de Talleres y Establecimientos Públicos promulgada el 26 de junio de 1917 en donde se puede destacar como aportes relacionados con los derechos laborales, el establecimiento de una jornada diaria de ocho horas y media, aunque prorrogable por convenio entre las partes; fijación de los días de descanso obligatorio, y la declaración del deber del patrono de garantizar la seguridad del trabajador y las condiciones de aseo, ventilación y salubridad de los talleres.

Aun cuando los contenidos de la ley en cuestión pudieran indicar la evidencia de la preocupación del Estado con cuanto a la necesidad de establecer regulaciones acerca de la duración de la jornada de trabajo, en la práctica, y de acuerdo con el decir generalizado, nunca entró en vigencia y resultó desconocida tanto para trabajadores como para empleadores en un contexto político caracterizado por un gobierno dictatorial y una economía con una escasa industrialización y un movimiento laboral inexistente para esa época⁶.

⁶ IBÍDEM, pág. 210.

En 1919, año de la creación de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), y siendo Venezuela miembro fundador, se podía hacer prever un avance de mayor significación en materia de derechos del trabajo en Venezuela. No obstante, la existencia de un régimen dictatorial como el de Juan Vicente Gómez, dificultó de manera determinante el que dicho avance se lograra en forma importante.

La confirmación de la Ley de Talleres y Establecimientos Públicos como normativa laboral no establece algún tipo de cambio favorable al desarrollo de los derechos laborales en Venezuela. En la práctica se seguía sobrellevando una situación de fuerte represión de los movimientos laborales dirigidos al logro de reivindicaciones de los trabajadores, como el caso de la huelga petrolera de 1925 dirigida a lograr un aumento salarial de 2,00 Bs para los trabajadores y el mejoramiento de las condiciones laborales, las cuales eran consideradas como inhumanas, pero con la consecuencia de la desaparición de uno de sus principales dirigentes⁷.

En ese proceso, es importante destacar las leyes de minas de 1920 y 1925, donde se promovían disposiciones laborales como la disminución de la jornada diaria a 8 horas, la introducción de reforma en materia de prevención de accidentes y en las condiciones de explotación de las minas. Sin embargo, de estas leyes no se puede afirmar abiertamente que representen un cuerpo estructurado y ampliado relativo a los derechos laborales, en el sentido que su sustrato estuviera orientado hacia la protección y defensa de estos derechos.

Más bien, se puede afirmar que en el marco de estas leyes se establecían disposiciones dirigidas a responder a las exigencias de un movimiento obrero en proceso de crecimiento, el cual se venía conformando

⁷ URQUIJO, José. Op. Cit.

en las actividades de minería y de servicios con el propósito de defender la integridad de los trabajadores y el mejoramiento a fondo de las condiciones inadecuadas de trabajo en las cuales se desempeñaba.

Es en 1928, a partir de la incorporación definitiva de Venezuela a la OIT, aun durante el gobierno dictatorial de Juan Vicente Gómez, cuando se produce la promulgación de la Ley del Trabajo, con su correspondiente reglamento. Con relación a esta ley, que deroga a la de talleres y establecimientos públicos, ésta llega a constituir, por una parte una respuesta a las presiones político- laborales de la época⁸ y, por otra, a las presiones que en el ámbito internacional se hacían por parte de la OIT⁹.

Como ejemplo de las presiones de índole política y laboral que incidieron en la formulación y promulgación de esta ley, es pertinente destacar la huelga petrolera de 1925, que se produce en un contexto en el cual, aun cuando no contaban los trabajadores con una organización sindical, evidenciaba una entrada creciente de divisas al mercado venezolano, trastocando radicalmente la vieja economía agrícola, produciéndose una expansión definitiva del desarrollo capitalista en el país.

Contradictoriamente a este cambio radical y expansión de la economía, las condiciones de trabajo eran infrahumanas bajo la explotación de los patronos de la empresa petrolífera *Venezuelan Gulf Oil*, y por un bajo salario de 5 bolívares diarios por jornada de 10 horas. Los logros alcanzados a raíz de esta huelga, fueron el aumento del salario mínimo de 4 a 5 bolívares y la disminución de la jornada de trabajo a 9 horas¹⁰.

⁸ MATA, Celestino. *Historia sindical de Venezuela. 1813-1985*. 1ª Edición. Urbina & Fuentes. 1985, pág. 31.

⁹ URQUIJO, José. Op. Cit.

¹⁰ Independencia 2000. *Los obreros reclaman mejoras en el campo de Mene Grande*. [Documento en línea]. Disponible en: <http://www.bicentenario.gob.ve/independencia200/edicion/1925.pdf>. [Consulta: 07-07-2012]. pág. 3.

Estos logros, ubicados dentro de la categoría de reivindicaciones laborales y bases para la consolidación de los derechos laborales, se hicieron extensivos a otros ámbitos de trabajo dentro de la misma empresa, formando parte de una serie de acciones orientadas a garantizar condiciones de trabajo adecuadas, jornadas donde se respetara la condición humana del trabajador, un pago más justo, viviendas y servicios médicos, entre otras.

Otra muestra de las presiones políticas y laborales relacionadas con la promulgación de la Ley del Trabajo de 1928, se encuentra expresada en el Movimiento de 1928 representado por estudiantes universitarios exigiendo libertades democráticas. Este movimiento sirvió de detonante para el inicio y desarrollo de protestas de trabajadores en apoyo a los estudiantes, reclamo de libertades y exigencias de orden laboral.

A ese respecto, se deben destacar la paralización de los tranviarios y albañiles, sumándose a numerosos núcleos de trabajadores que se solidarizaron con los estudiantes. Así mismo, los trabajadores bancarios, los artesanos, panaderos, telegrafistas, proletariado urbano no fabril, trabajadores de las medianas industrias y obreros portuarios de La Guaira. Estos movimientos constituyeron la base social del Paro General del 26 y 27 de febrero, mostrando claramente que la oposición a Gómez había superado el carácter "putschista"¹¹.

Los movimientos y acciones laborales conjugadas con las protestas estudiantiles y las exigencias de la sociedad en general en materia de libertades políticas, representan la expresión de un proceso de evolución del país en lo que se refiere al nacimiento de nuevas clases sociales (burguesía-proletariado) y a la aparición y expansión de nuevas luchas en el orden social

¹¹ VITALE, Luis. *Notas para una historia del movimiento obrero venezolano*. Facultad de Ciencias Económicas y Sociales de la Universidad Central de Venezuela Caracas, págs. 6-7.

y políticas. Todo ello como consecuencia de un cambio radical de un modo de producción semi-feudal a uno corte capitalista.

Con relación a las presiones generadas desde la OIT como factor asociado a la promulgación de la Ley del Trabajo de 1928, cabe mencionar que Venezuela llegó a suscribir convenios internacionales obligatorios con esta organización en Junio de 1926, de acuerdo con lo estipulado con el Tratado de Versalles y demás tratados de paz. Entre esos convenios se encuentran incluidos tratados en materia laboral, tales como reparación por accidente de trabajo, igualdad de trato a trabajadores nacionales y extranjeros en accidentes de trabajos, reparación por enfermedad profesional y trabajo nocturno.

Con base a lo señalado, esta ley es considerada como un documento legal de naturaleza técnica dedicado al trabajo subordinado, donde se le ordena al patrono o empleador, por primera vez, a pagar las indemnizaciones en los casos de accidentes y enfermedades profesionales, las cuales se regían por las reglas de las Leyes de Minas y por las disposiciones del Código Civil. Igualmente, en esta ley se establecía el descanso dominical, la jornada laboral de 9 horas y se prohibía el trabajo de menores de 14 años¹²

Cabe destacar, sin embargo, que la misma ley presentaba significativas limitaciones en lo que atañe a derechos laborales. A ese respecto, es pertinente referir que le daba a las empresas la autorización de cerrar y despedir a todos o algunos de sus obreros, en los casos que no pudieran llegar a acuerdos con ellos en materia de salarios. Igualmente, delegaba las funciones de arbitraje en los presidentes de estados, quienes, a su vez, las delegaban en los jefes civiles, cuyas decisiones no tenían

¹² IBÍDEM.

carácter legal; aun cuando garantizaba el derecho a asociación, prohibía la acción política de los sindicatos¹³

Estos hechos se suman a la carencia de funcionarios públicos especialmente encargados de garantizar que se cumplieran los beneficios establecidos en la ley para los trabajadores; la no creación de órganos jurisdiccionales que se dedicaran a impartir justicia, ni tampoco la formulación de un procedimiento especial para resolver los diferendos obrero-patronales; así como la no creación de tribunales especiales con competencia en materia laboral.

En ese sentido, con relación a la Ley del Trabajo de 1928 se puede decir que, aun cuando en lo formal consagró algunos derechos laborales, a su vez, estableció normativas que iban en contra de otros derechos como el de Libertad Sindical o el Derecho a Huelga. Por el otro, esta ley se puede calificar como letra muerta, respecto a la cual no se evidenciaba una verdadera intención de que se cumpliera. Ello, en el sentido de que no fueron creados los elementos que permitieran su aplicación en términos reales.

La conformación de una legislación donde se edificarán las bases de los derechos laborales, se puede afirmar que se produce a partir de 1936, cuando se promulga la nueva Ley del Trabajo, hecho que se produce durante el gobierno de Eleazar López Contreras. Se inicia un proceso sistemático y coherente dirigido a establecer las normas y reglas de las relaciones laborales que habría de continuar por muchos años hasta el presente¹⁴.

Esta ley fue aprobada exactamente el 16 de julio de 1936 y modifica de manera radical la Ley del Trabajo de 1928, representando un esfuerzo

¹³ IBIDEM, pág. 28.

¹⁴ URQUIJO, José. *Teoría de las relaciones industriales. De cara al siglo XXI*. 4ª Edición. Universidad Católica Andrés Bello. 2005. pág. 386

técnico realizado por la cooperación de la OIT, se inspira en la Ley Federal de República de México y en el Código chileno del 13 de mayo del mismo año, instrumentos legales que, a su vez, se inspiraron en la *National Labor Relations Act*, promulgada por Franklin D. Roosevelt y donde se reconoce el derecho de los trabajadores a asociarse y a negociar colectivamente¹⁵.

En esta ley se acogen los lineamientos de los diferentes convenios de la OIT. Ello se tradujo en la presencia de una legislación de los derechos del trabajo, donde se destaca el primer reconocimiento de los derechos de Asociación y Contratación Colectiva y de Huelga, que en la ley de 1928 se mantenían al margen.

Igualmente, en esta ley se incorporan una serie de reivindicaciones laborales que coadyuvarán a la evolución de los Derechos Fundamentales del Trabajo. Cabe enfatizar como aspectos notables, las disposiciones relativas al preaviso y la antigüedad, el retiro justificado del trabajador, su transporte, los contratos colectivos, el seguro social obligatorio, las organizaciones sindicales, los conflictos colectivos, los tribunales del trabajo y la creación de la Oficina Nacional del Trabajo¹⁶.

La importancia de esta ley con relación a la evolución histórica en Venezuela de los derechos laborales, viene dado no solamente por su contenido, sino también por las condiciones históricas que permitieron su promulgación y la creación y desarrollo de las instancias y estructuras que facilitarían la ejecución en la práctica de los aspectos establecidos en ella. Al respecto, su promulgación se da en el marco de una marcada convulsión social y de una gran movilización popular, las cuales estuvieron expresadas a raíz de la muerte de Juan Vicente Gómez¹⁷.

¹⁵ URQUIJO, José. Op. Cit., 2004, pág. 28

¹⁶ URQUIJO, José. Op. Cit., 2005.

¹⁷ VITALE, José, Op. Cit., pág. 8.

Esos eventos abarcaron a diferentes sectores sociales; es decir, fueron eventos de carácter pluriclasista, controlados en definitiva por la burguesía y las capas medias que aspiraban fundamentalmente a conquistar libertades democráticas y nuevas formas de control y redistribución de la renta petrolera, aun cuando la clase dominante no tenía un partido burgués estructurado, ni orgánica ni programáticamente. Ello, como consecuencia de que en la dictadura de Gómez ni siquiera se había permitido la existencia de un partido burgués tradicional, situación que a raíz de su muerte se expresó en una crisis de dirección política superada transitoriamente por el Ejército, representado en la figura del general Eleazar López Contreras¹⁸.

Tal situación permitió que la burguesía fuera literalmente desbordada por las combativas movilizaciones de los trabajadores, constituyéndose con ello las bases para la consolidación de lo que se ha denominado movimiento obrero venezolano. Como expresión inequívoca de esta situación, se pueden destacar una serie de acciones que constituyen hechos previos y determinantes a la promulgación de la Ley del Trabajo de 1936.

Entre esas acciones se destaca en primer lugar, la creación en enero de 1935 de la Asociación Nacional de Empleados (ANDE), conjuntamente con la reorganización de los trabajadores gráficos, carpinteros, zapateros, tranviarios, telegrafistas, albañiles, tabaqueros y choferes¹⁹. Estos eventos vienen a expresar el proceso de construcción de una clase trabajadora con concepciones nacionalistas y antiimperialista y su nueva concepción de clase que fue determinante en la conducción de las huelgas de 1936.

En segundo lugar, se encuentra el fortalecimiento del movimiento estudiantil, a través de la Federación de Estudiantes Venezolanos (FEV)

¹⁸ IBÍDEM

¹⁹ IBÍDEM

iniciado a mediados de diciembre de 1935 y la reestructuración de la Federación Venezolana de Maestros (FVM). Este movimiento también fue determinante en las acciones sociales, políticas y de reivindicaciones laborales llevadas a cabo en 1936.

En tercer lugar, se debe destacar la legalización del Sindicato de Obreros Petroleros en Cabimas el 27 de febrero de 1936 y los sindicatos de Maracaibo y Mene de Mauroa el 28 de Febrero y posteriormente en marzo el de Lagunillas. En febrero 29 de 1936, igualmente se crea La Oficina Nacional del Trabajo con sus respectivas inspectorías, que dieron origen posteriormente al Ministerio del Trabajo, creando con ello una infraestructura para las relaciones obrero-patronales y gubernamentales, que vinieron a caracterizar las relaciones laborales dentro de la dinámica democrática²⁰.

Con la promulgación de la Ley del Trabajo, se le da estatus legal y social no solo a las organizaciones sindicales de la industria petrolera, sino a casi todos los sectores laborales del país. En virtud de estos logros y los ya señalados, se puede sostener que en esta ley por primera vez se afirman en forma sólida y profunda los derechos laborales en Venezuela, considerándose como una de las leyes más avanzadas en América Latina.

Tercer Período 1936- La actualidad:

Aun cuando la Ley del Trabajo de 1936 viene a representar la expresión legislativa del reconocimiento de los derechos laborales en Venezuela, en la práctica la confirmación de estos derechos debió pasar por muchas situaciones y vicisitudes para alcanzar el cumplimiento efectivo de lo establecido en el papel. A ese respecto, se mencionan que después de su aprobación en julio de 1936, se produjeron varios eventos que marcan la

²⁰ URQUIJO, José. Op. Cit., 2004.

lucha por el reconocimiento de los derechos de los trabajadores por los patronos. Entre esos eventos, se pueden destacar los siguientes:

- Huelga petrolera en diciembre de 1936, la cual fue coordinada desde la clandestinidad por la Unión de Sindicatos Petroleros, la Unión de Trabajadores del Zulia, Bloque nacional Democrático, el Partido Comunista, el Partido Revolucionario Progresista (PRP) y la FEV.

Entre las razones de esta huelga, se encontraba el mejoramiento de las condiciones de trabajo, el rechazo a los contratos individuales y el uso del inglés en las directivas y la solicitud de aumento salarial. Después de 47 años, esta huelga fue terminada ejecutivamente con el otorgamiento de unas mínimas reivindicaciones (aumento del Bs 1,00 en el salario, suministro de agua potable a los obreros) y con una violenta represión policial y militar.

No obstante, la dimensión y trascendencia de la huelga obligó a las compañías petroleras a ir introduciendo una serie de mejoras sucesivas en las condiciones de vida de los trabajadores, que habían participado en el pliego de reivindicaciones de los trabajadores petroleros. Cabe señalar como otro hecho significativo en ese momento, la instalación en ese mismo mes y año del Primer Congreso de Trabajadores de Venezuela, donde se planteó como uno de los objetivos principales la creación de la Confederación Venezolana del Trabajo (CVT) y se constituyó como punto central la discusión y análisis de la huelga petrolera.

Es importante destacar que la ley mantuvo una vigencia de 55 años, con las reformas sucesivas de 1945, 1947, 1966, 1974, 1975 y 1983, hasta su definitiva derogación el primero de mayo de 1991 cuando se pone en total vigencia la Ley Orgánica del Trabajo del 20 de diciembre de 1990. Cada uno de esos momentos responde a movimientos y acciones dirigidas a mantener

la vigencia de los derechos laborales y reivindicaciones establecidas en la Ley del Trabajo de 1936 y las sucesivas convenciones colectivas celebradas.

En este nuevo instrumento se concentran en 665 artículos casi toda la legislación dispersa sobre la materia dictada desde 1936, incorporando disposiciones de la Constitución Nacional. Es importante, sin embargo, destacar algunos avances logrados previos y posteriores a la aprobación de esta ley y que vienen a representar elementos descriptivos y explicativos de la evolución en materia de derechos del trabajo. A continuación se resaltan dichos avances²¹:

- En 1958 se inicia un proceso notable de legislación laboral que aportan elementos de base para la evolución de los derechos laborales, destacándose el Decreto Ley N° 440 del 21 de noviembre, donde se autorizan los contratos colectivos por ramos de industria.

- Durante el gobierno de Rómulo Betancourt se crean tres resoluciones dirigidas a restituir y determinar bienes sindicales, concretamente a la Federación Campesina de Venezuela, la Organización de Obreros y Empleados Petroleros de Maracaibo, al Sindicato de Transporte del estado Bolívar, al Sindicato Independiente de Choferes del Distrito Maracaibo, al Sindicato de la Construcción del estado Mérida y al Sindicato de Trabajadores Petroleros.

- En 1973 se elabora el Reglamento de la Ley del Trabajo, cuya vigencia se produce a partir del primero de febrero de 1974. En este reglamento se intenta la integración y sistematización de los textos dispersos de algunos decretos-leyes, reglamento y resoluciones dictados desde 1945.

²¹ URQUIJO, José. Op. Cit., pág. 388.

Igualmente, se equiparan las condiciones de los trabajadores rurales a los urbanos de acuerdo a: jornadas, vacaciones, antigüedad, cesantía etc.

- En 1997 se promulgó una reforma parcial de la Ley Orgánica del Trabajo de 1990 y en 1999 se promulgó el reglamento correspondiente a dicha reforma.

Cabe señalar, con relación a la Ley Orgánica del Trabajo de 1990, su importancia como estructura integradora. A ese respecto Bernardoni ha afirmado que representó:

Un esfuerzo de sistematización de la legislación laboral en Venezuela, reuniendo en un solo texto normas reglamentarias y contenidas en algunas leyes y decretos especiales que se habían dictado en el transcurso del tiempo, además de que contribuyó a resolver problemas de interpretación de la legislación anterior, cumpliendo una función integradora de la jurisprudencia y de la doctrina laboral venezolanas²²

En el marco de la Ley Orgánica del Trabajo de 1990, la relación de trabajo se hace presente en los términos de un componente del sistema legal, aun cuando mantiene una relación con la figura del contrato individual del trabajo, a los fines de poder entender el origen y desarrollo del nexo entre el patrono y su trabajador. En su contenido se incluyen relaciones especiales de trabajo, entre las cuales se destacan las relativas al transporte aéreo, lacustre, fluvial y marítimo, la de los trabajadores motorizados, minusválidos, de la mujer y de la familia.

²² BERNARDONI, María. "El Proyecto de Reforma de la Ley Orgánica del Trabajo. Consideraciones generales sobre la LOT a 20 años de su promulgación. El contexto social, económico y político de la reforma" en *Gaceta Laboral*. [Revista en línea]. Disponible en: http://www.scielo.org.ve/scielo.php?pid=S1315-85972011000100005&script=sci_arttext. [Consulta: 04-05-2012]. 2011, pág. 100.

En esta ley también se dispone un nominalismo legal en cuanto a los cambios que se aplican a los términos propios de las relaciones colectivas de trabajo, como por ejemplo, el cambio del término Contrato Colectivo por Convenciones Colectivas de Trabajo y de Convención Obrero-Patronal por el de Reuniones Normativas Laborales. Esta Ley también autoriza a los sindicatos nacionales y regionales a actuar en todo el territorio del país y en jurisdicción de varios estados.

Desde el punto de vista de los derechos laborales, a través de esta ley se facilitan los mecanismos para la participación de los trabajadores en los beneficios de la empresa, aun cuando se destacan como algunas de sus críticas más importantes que goza de vicios de forma y fondo que opacan los resultados. Los vicios de forma se reflejan en el desapego a las reglas metodológicas referidas a la estructuración de la ley, mientras que los errores de fondo, se hacen manifiestos en la inobservancia de convenios internacionales de la OIT suscritos por el país.

Bernardoni afirma, por su parte, que en la Ley Orgánica del Trabajo de 1990, se expresan los rasgos propios del derecho del trabajo venezolano, cuyas características se orientan hacia el proteccionismo, garantía de los derechos individuales del trabajador, aunque restrictivo de los derechos colectivos de negociación colectiva autónoma, autocomposición de los conflictos y participación colectiva, además de que parcialmente mantuvo la superposición del todopoderoso Estado a la voluntad y libertad de contratación de los individuos²³.

La reforma de la ley realizada en 1997 introduce algunos cambios iniciados a partir de la creación de la llamada Comisión Tripartita. Entre los aspectos de esta ley, estuvo la limitación de la antigüedad del trabajador en

²³ IBÍDEM.

servicio, redujo la causa del salario sobre las prestaciones sociales, insertó los beneficios de orden laboral en una ley de seguridad social integral, contiene también deficiencias de fondo y forma.

Como hecho de importancia vinculado a esta reforma, es importante destacar el Reglamento General de la Ley Orgánica del Trabajo que entró en vigencia el 25 de enero de 1999, con 267 artículos destinado a sustituir parcialmente al reglamento de 1973. En este reglamento se derogan 8 normativas entre ellas, la referida a la reglamentación para negociar los convenios colectivos de trabajo de los funcionarios o empleados del servicio de la administración pública nacional; la participación de los trabajadores en los beneficios de la empresa; cuidado integral de los hijos de los trabajadores; y la remuneración, entre otros.

En lo que se refiere a los avances relacionados con el derecho del trabajo, presentes en este reglamento, Bernardoni señala los siguientes²⁴:

- Desarrollo de las normas protectoras contra la discriminación y de los recursos contra los actos discriminatorios en el empleo.
- Definición de la Libertad Sindical y de sus contenidos esenciales.
- Reconocimiento de las coaliciones o grupos de trabajadores como sujetos colectivos titulares de la libertad sindical.
- Regulación de los acuerdos colectivos de condiciones de trabajo.
- Regulación de la negociación colectiva en el sector público.
- Clasificación de los conflictos colectivos de trabajo tramitables por ante las autoridades administrativas del trabajo, según su objeto.

²⁴ IBÍDEM, pág. 102.

- Consagración de la autonomía del sujeto presentante de un pliego de peticiones acerca de su calificación como conciliatorio o conflictivo.

- Creación del Servicio Nacional de Arbitraje y Mediación (SENAMED), con el objeto de propiciar la autocomposición de los conflictos colectivos de trabajo.

- Definición de la huelga, su titularidad y contenidos esenciales.

- Creación de la Comisión Nacional de Mediación (CONAMED) para el conocimiento de los conflictos colectivos de trabajo que afecten al sector público y a los servicios públicos esenciales.

- Institucionalización del Referéndum Sindical para la constatación de la representatividad de las organizaciones sindicales de trabajadores en caso de negociación de convenciones colectivas de trabajo o de conflictos colectivos de trabajo.

Respecto a los aspectos señalados con relación a la evolución de los derechos del trabajo, es pertinente hacer la observación de que dichos cambios obedecen a una dinámica que no se limita a la naturaleza en sí de los aspectos técnicos y de contenido de la ley, sino también a una realidad histórica en continua evolución caracterizada, al momento de la promulgación de la reforma de la Ley Orgánica del Trabajo y su reglamento, por un desarrollo socio-político, económico y laboral que coadyuvó a la incorporación de los planteamientos presentes en la ley y los mecanismos para su aplicación.

La naturaleza de los cambios sociales y políticos ha influido de manera significativa en la forma como se ha producido la evolución de los

derechos laborales en Venezuela y muestra de ello se hace presente con la promulgación de la Reforma del Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo en 2006.

Aunque en el mencionado reglamento se incorporan una serie de beneficios para los trabajadores, existen planteamientos como el de Bernardoni, donde se afirma que en dicha forma se involuciona en materia de derechos laborales, concretamente en lo que respecta al Principio de Libertad Sindical. En ese sentido, la autora afirma que la Reforma del Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo, 2006:

Da nuevamente un paso atrás en materia de autonomía sindical, cuando prohíbe a las juntas directivas de organizaciones sindicales de período vencido, la realización de actos jurídicos que excedan de la simple administración, tales como negociación de convenciones colectivas de trabajo y solución de conflictos laborales, más grave si se toma en cuenta que de conformidad con la Constitución Nacional, la organización de las elecciones de los sindicatos corresponde a uno de los Poderes Públicos, el Poder Electoral, con lo cual abiertamente se transgreden las normas que garantizan la Libertad Sindical en los Convenios Internacionales Nos. 87 y 98, y que establecen el derecho de estas organizaciones de elegir libremente a sus representantes²⁵

De acuerdo con lo que se señala en la cita anterior, en el marco de la Reforma de 2006 se establecen mecanismos dirigidos a limitar a las organizaciones sindicales a prácticas meramente administrativas y por lo tanto, a cercenar el derecho a la organización sindical de utilizar sus principales instrumentos de acción como son las negociaciones colectivas para establecer mejores condiciones de trabajo y el planteamiento de conflictos colectivos de trabajo novatorios o defensivos, en beneficio de sus

²⁵ IBÍDEM, pág. 103.

afiliados, convirtiéndola en un ente burocrático que sólo puede ejercer funciones administrativas.

La sujeción de estas organizaciones a elegir a sus representantes por vía del Poder Electoral, tiene una doble implicación: Por un lado, una clara limitación de la autonomía y libertad sindical, que se expresa en el derecho que tienen los sindicatos y federaciones a elegir de forma libre a sus directivas; por el otro una intromisión del Estado en los aspectos relacionados con la vida laboral y concretamente lo relacionado con la vida sindical, situación que podría ser la antesala a la progresiva eliminación del movimiento sindical.

Es importante señalar que por disposición constitucional, el poder electoral tiene como una de sus funciones la organización de las elecciones sindicales, aspecto que se encuentra establecido en el artículo 293 de la Constitución. Tal disposición representa una contradicción respecto a lo señalado en el artículo 95, donde se establece el derecho que tienen los trabajadores, sin distinción alguna y sin necesidad de autorización previa, de constituir libremente las organizaciones sindicales que estimen convenientes para la mejor defensa de sus derechos e intereses²⁶.

Los aspecto mostrados y analizados, permiten afirmar que la evolución en materia de derechos del trabajo, no tiene sólo como factor causal los cambios producidos en las leyes, sino también otros factores, tales como las características del desarrollo económico nacional, la existencia de un movimiento obrero sólido que promoviera de manera firme el reconocimiento y ejecución de estos derechos en la práctica; la existencia de regímenes de mayor apertura para la incorporación de las normas, prácticas y

²⁶ CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA, Op. Cit.

procedimientos dirigidos a coadyuvar en la evolución sostenida de los derechos laborales.

La construcción de una estructura legal sustentadora de los derechos laborales, se produce precisamente en 1936 cuando ha finalizado la férrea dictadora de Gómez y se da paso a un régimen político de mayor apertura y tolerancia representado en la figura de Eleazar López Contreras.

Aunado a ello, se ha producido una mayor evolución del proceso industrial venezolano que favoreció el desarrollo de un movimiento obrero más sólido y preparado para implementar acciones más eficaces en materia de derechos laborales. Igualmente, se debe destacar la existencia de una normativa internacional sistematizada bajo la figura de un organismo como la OIT, como otro de los factores favorecedores del proceso evolutivo del derecho del trabajo en Venezuela.

Así mismo, se debe resaltar que la evolución de los derechos laborales en lo que se denominaría el período democrático iniciado a partir de 1958, evidencia una significativa profundización en la normalización de los mismos, con sus consecuentes mecanismos dirigidos a garantizar su aplicación, situación que responde, por una parte a la presencia de un espacio político que, con todas sus fallas y desequilibrios, favoreció la consolidación de principios como la libertad y autonomía sindical, negociación colectiva y la no discriminación, entre otros.

No obstante, las tendencias de intromisión del Estado en los aspectos relativos a los derechos y principios laborales, rasgo caracterizador del modelo de relaciones laborales venezolano, lejos de superarse en los últimos años, se han incrementado de manera significativa, aspecto que pudiera atribuirse a una involución expresada en la disminución de los espacios

políticos para la discusión y el disenso y a una propuesta política donde el movimiento laboral y los derechos laborales no parecen tener una importancia significativa.

a.2) La Constitucionalización de los Derechos Laborales

En el marco de los procesos relacionados con la evolución histórica de los Derechos Fundamentales laborales en Venezuela, merece una mención y desarrollo especial todo lo relacionado con lo que representa la constitucionalización de estos derechos en el contexto de la realidad histórica nacional. Es pertinente recordar que la constitucionalización de los Derechos Fundamentales del Trabajo representa la configuración de su carácter inescindible, en el sentido de su garantía, protección y defensa tanto en los ámbitos de la vida ciudadana como de la vida laboral.

Villasmil Prieto habla de cuatro rasgos que en la constitucionalización de los derechos laborales en Venezuela: “i) constitucionalización tardía; ii) constitucionalización *per saltum*; iii) constitucionalización selectiva o discriminada; iv) constitucionalización abierta”²⁷.

Estos cuatro rasgos representan elementos claves para la comprensión del proceso evolutivo de los derechos fundamentales en el trabajo y para precisar la forma como el constitucionalismo como base de sustentación ético-jurídica de estos derechos, llega a arraigarse en ellos hasta la actualidad.

Con relación al hecho de una constitucionalización tardía de los derechos laborales en Venezuela, el autor remite a las características concretas de la historia venezolana, donde se desatacan como aspectos

²⁷ VILLASMIL PRIETO, Humberto. Op. Cit., pág. 251

determinantes la tardía industrialización, el demorado nacimiento del movimiento sindical, la larga tradición autocrática y la violencia que caracterizó y marcó todo el siglo XIX²⁸.

En ese sentido, el carácter tardío de la constitucionalización de los derechos fundamentales en el trabajo, se encuentra relacionado con un desarrollo económico igualmente tardío, característico de la mayoría de los países latinoamericanos. Situación que indudablemente repercutió en el surgimiento tardío de los movimientos de organizaciones laborales y sindicales en Venezuela, en comparación con otros países y, por lo tanto, un significativo retardo en la consolidación del basamento constitucional en el cual se debían sustentar estos derechos.

Con relación al rezago del movimiento sindical en Venezuela, con relación a otros movimientos en América Latina, Villasmil Prieto se permite hacer las siguientes referencias que dan para una comparación:

Comparativamente téngase en cuenta que la Federación Obrera Argentina se fundó en 1909 y al año siguiente la Unión Nacional de Trabajadores. En 1906, lo fue la Confederación Obrera Brasileña de tendencia anarquista. En 1909, la Federación Obrera de Chile y en el México de la revolución, la Casa del Obrero Mundial (COM).

Del mismo modo, la huelga de Cananea en el México de 1906, la huelga de Salitre en Iquique (Chile) de 1907, o la semana trágica de Buenos Aires, en 1919, difícilmente podían haber tenido un paralelismo entre nosotros, al menos, en los albores del siglo pasado²⁹.

En comparación con los países señalados por el autor, los movimientos dirigidos a la defensa y protección de los derechos laborales en

²⁸ IBÍDEM

²⁹ VILLASMIL PRIETO, Humberto. *Fundamentos de derecho sindical venezolano*. 3ª Edición. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas. 2007, pág.66.

Venezuela, presentan un significativo atraso que indudablemente va incidir en la consolidación temprana de un basamento constitucional que le diera mayor solidez, sustancia y defensa a estos derechos.

A ese respecto, es importante destacar que mientras los acontecimientos señalados por Villasmil se daban por parte de los movimientos laborales organizados en los países señalados, en Venezuela apenas se asomaban algunos atisbos de lo que pudiera calificarse de un movimiento laboral activo y con claras orientaciones de lucha.

En ese sentido, se deben subrayar hechos como la huelga de los cigarreros, los trabajadores portuarios y los jornaleros de los campos del estado Aragua en 1907, como eventos del movimiento laboral a resaltar. Igualmente, las publicaciones relacionadas con el movimiento obrero como *La Unión Obrera* en 1909, de clara tendencia pro-gobierno (su presidente honorario era Juan Vicente Gómez); *El Obrero de Caracas*, en 1919, donde se recogen las informaciones sobre las huelgas de los tipógrafos caraqueños y los caleteros del puerto de La Guaira³⁰.

Con relación a estos hechos, tiene pertinencia considerar los señalamientos realizados por Urquijo cuando afirma que a finales del siglo XIX prevalece en el movimiento laboral venezolano, una tendencia denominada Obrerismo en la cual convergen diferentes propuestas ideológicas laborales, como el cristianismo, el socialismo y el nacionalismo, que dieron origen a diferentes publicaciones relacionadas con las aspiraciones laborales³¹.

³⁰ BARRETO, Morella. *Un siglo de prensa laboral Venezolana. Hemerografía obrero-artesanal, 1846-1937*. 1ª Edición. Monte Ávila Editores. 1986, pág. 16.

³¹ URQUIJO, José. *El movimiento obrero de Venezuela*. Organización Internacional del Trabajo, Universidad Católica Andrés Bello. Caracas. 2004, pág. 11.

Este movimiento representa lo que se podría denominar un germen del nacimiento tardío del movimiento laboral en Venezuela y en modo alguno, una base real y sólida para la construcción de las bases de una verdadera estructura legal y mucho menos constitucional que le diera sustento a los derechos de los trabajadores.

Así mismo, el autor destaca que previo al nacimiento del movimiento sindical venezolano en 1936, ya se estaban constituyendo en Venezuela organizaciones laborales provenientes del sector terciario y manufacturero, entre las cuales se cuentan el Sindicato de Trabajadores de la Caña en 1904; Asociación de Obreros y Artesanos del Distrito Federal en 1909; la existencia activa en 1912 de las corporaciones obreras del Gran Ferrocarril de Venezuela (Caracas-Valencia), del Ferrocarril Central (Caracas-Ocumare del Tuy) y del Ferrocarril Caracas-La Guaira; y el Gremio de Profesionales de las Artes Gráficas en 1920.

Aunado a ello, se deben considerar los factores políticos representados en una estructura autoritaria, totalmente distante y contraria a los esquemas democráticos y, por lo tanto, obstaculizadora de toda forma de desarrollo y manifestación de los derechos de los trabajadores. Igualmente, es la existencia de factores de orden social, expresados en un país con permanentes enfrentamientos entre diferentes estamentos y clases.

Con relación al régimen autoritario prevaleciente, como factor de coerción en la consolidación de los derechos laborales, Urquijo señala lo siguiente:

Existe un amplio consenso en señalar que, con el desarrollo de la industria petrolera surge en Venezuela el *primer proletariado obrero*, poderoso y consistente, un cuando su capacidad organizativa se hallaba casi paralizada por la falta de libertades políticas y sociales del régimen, cuando no resultó ahogada por

la represión como lo testimonian las famosas huelgas petroleras de 1925 en Mene Grande y de 1936, en todo Maracaibo³²

La formación de un movimiento laboral fuerte en Venezuela tiene su punto de partida en el proceso desarrollado a partir de la aparición del auge de la industria petrolera en la década de los 20 durante el gobierno de Juan Vicente Gómez. La existencia de ese movimiento, sin embargo, se vio claramente mediatizada por la existencia de un régimen autoritario y dictatorial que de manera significativa restó fuerza a un mayor accionar de este movimiento, que se viera expresado en un arraigo más temprano de los derechos laborales, en términos de su constitucionalización.

Este argumento es refrendado con el señalamiento de Betancourt cuando establece la siguiente calificación del régimen gomecista: “En Venezuela existe la tiranía de la clase terrateniente, industrial, mercantil - capitalista en un palabra – ejercida, sobre las grandes masas productoras de la nación, con la colaboración de Gómez y su taifa de compinches y familiares”³³.

Con base a esta realidad, en la cual se hace presente la situación de un movimiento laboral que lucha por sus reivindicaciones y un régimen dictatorial que representa los intereses de los grupos económicos nacionales y transnacionales, surge una legislación relacionada con el ámbito laboral en la cual se trata de dar salidas a la fuerte presión que desde diversos ámbitos laborales se intensifica en los inicios del siglo XX y que llega a expresarse con mayor fuerza con los movimientos obreros que nacen con el surgimiento de la industria petrolera.

³² IBÍDEM, pág. 13.

³³ Citado en VILLASMIL PRIETO, Humberto. Op. Cit. pág. 66.

Aun cuando durante el régimen gomecista se había producido una ley del trabajo (Ley del Trabajo de 1928), y en el postgomecismo una segunda ley donde se reconocen los derechos colectivos del trabajo (Ley del Trabajo de 1936), en ellas se hacía prescindencia de un basamento constitucional, el cual viene a darse en forma muy posterior, concretamente en la Constitución de 1947.

Esta situación peculiar del reconocimiento legislativo primero y de los derechos laborales y su posterior constitucionalización, viene a configurar el segundo rasgo caracterizador de dicha constitucionalización señalado por Villasmil Prieto, que es la Constitucionalización *per saltum*, sobre lo cual dice que “esto determinó que los derechos colectivos del trabajo y la libertad sindical luego, se entendiesen antes (y casi siempre) en clave legislativa antes que constitucional”³⁴.

Lo expuesto, representa un aspecto peculiar y distintivo de los derechos laborales con relación a su constitucionalización en Venezuela, puesto que la lectura de estos derechos se hace primero desde una perspectiva legal y luego desde una de carácter constitucional, lo que se podría denominar un “movimiento inverso” con relación a la dinámica histórica de los derechos laborales en otros países.

Este rasgo de la constitucionalización de los derechos laborales, tiene las siguientes implicaciones y características: en primer lugar, señala que la fundamentación inicial de los derechos laborales en Venezuela se encuentra localizada en los componentes legislativos y no en un basamento doctrinario por vía constitucional, evidenciándose con ello una tendencia a colocar estos derechos en un segundo plano.

³⁴ VILLASMIL PRIETO, Humberto. Op. Cit., pág. 252.

En segundo lugar, la existencia de una base legislativa no constitucional, que deriva de un nacimiento tardío y endeble de los movimientos laborales y de la existencia de un régimen político altamente autoritario y represivo como el gomecismo, que prevaleció aún después de la muerte de su figura principal (Juan Vicente Gómez).

En tercer lugar, una estructura constitucional aún anclada a contextos socioeconómicos de corte semi-feudal, donde las relaciones de producción propias del capitalismo y mucho menos los derechos laborales no tenían espacios. Ello incidió en el hecho de que es en el texto constitucional de 1961 y en el de 1999, cuando se puede hablar de una definitiva constitucionalización de los derechos laborales.

Con relación al tercer rasgo de la constitucionalización de los derechos laborales, éste se encuentra expresado en la Constitución de la República de Venezuela de 1961, concretamente se visualiza a través de los artículos 90, 91 y 92. A continuación se señala cada uno de dichos artículos:

En el artículo 90, se señala que la ley estará dirigida a favorecer el desarrollo de las relaciones colectivas de trabajo y establecerá el ordenamiento adecuado para las negociaciones colectivas y para la solución pacífica de los conflictos. Así mismo, se refiere que la convención colectiva será amparada, estableciéndose la cláusula sindical, dentro de las condiciones que legalmente se pauten³⁵.

En el artículo 91, se establece la protección de los sindicatos, sus promotores y miembros directivos durante el tiempo y en las condiciones que se requieran para asegurar la libertad sindical; mientras, que el artículo 92 se

³⁵ Constitución de la República de Venezuela. 1961, pág. 17

garantiza el derecho de huelga de los trabajadores dentro de las condiciones que establezca la ley³⁶.

Cabe señalar que este tercer rasgo ya se encontraba expresado en la Constitución de 1947, específicamente en los artículos 61, 62 y 63. En el 61 se establece que el trabajo es a la vez un derecho y un deber, cuando se señala que toda persona debe contribuir al progreso de la sociedad mediante el trabajo y se determina que el Estado tiene la responsabilidad de procurar que toda persona apta pueda obtener medios de subsistencia por el trabajo e impedirá que por causa de éste se establezcan condiciones que en alguna forma menoscaben la dignidad o la libertad de las personas³⁷.

En el artículo 62 se establece que la Ley dispondrá lo necesario para la mayor eficacia, responsabilidad y estímulo del trabajo, así como su adecuada regulación y el establecimiento de la protección a los trabajadores en cuanto a su estabilidad en el trabajo y el mejoramiento de sus condiciones materiales, morales e intelectuales³⁸.

En el 63 se consagran los siguientes derechos y preceptos aplicables al trabajo en sus modalidades manual e intelectual o técnico: La jornada máxima de ocho horas en el día y de siete en la noche; salario igual para trabajo igual, sin distinción de sexo, nacionalidad o raza; salario mínimo y vital, suficiente para satisfacer las necesidades del trabajador; vacaciones anuales remuneradas, sin distinción entre obreros y empleados; responsabilidad por riesgos profesionales; preaviso e indemnización en caso de término o ruptura del contrato de trabajo; prima de antigüedad, y jubilación después del tiempo de servicio de acuerdo con las condiciones establecidas en la ley; estabilidad en el trabajo para los miembros de las directivas de los

³⁶ *Ibíd.*

³⁷ Constitución de los Estados Unidos de Venezuela, 1947, pág. 12.

³⁸ *Ibíd.*

sindicatos de trabajadores, entre otros y contrato colectivo de trabajo, en el cual podrá incluirse la cláusula sindical, entre otros³⁹.

La constitucionalización discriminada claramente expresada en la Constitución de 1961 y ya previamente esbozada en la Constitución de 1947, también responde a una serie de implicaciones que se plantean a continuación:

En primer lugar, la persistencia en la separación entre los derechos laborales y los derechos de la persona humana en cuanto tal, lo que hace que la constitucionalización alcance solo lo relativo a la condición del trabajador como separada de su condición de ciudadano.

En segundo lugar, es el resultado de un proceso ascendente en la constitucionalización de estos derechos, producto de las luchas que históricamente tuvo que librar la clase trabajadora por sus derechos laborales frente a las imposiciones, por un lado de los propietarios nacionales y transnacionales de los medios de producción; y por el otro, frente a la represión y mediatización de parte del Estado y sus diferentes órganos.

Los rasgos antes expuestos con relación a la constitucionalización de los derechos laborales (tardía, *per saltum* y selectiva o discriminada), responden a una situación que se ha hecho presente históricamente en cuanto a su constitucionalización, aspecto claramente explicado por Ugarte cuando establece como una de sus explicaciones, la siguiente:

La distinción entre derecho público y privado, tan importante para la ciencia jurídica de inicios del siglo XX, y la ubicación del contrato de trabajo en esta última área, va a mantener lejos del horizonte conceptual de la regulación de las relaciones

³⁹ *Ibidem*.

laborales, entendida como un vínculo entre privados, sujetas a principios propios de un negocio contractual, las figuras derivadas de la normativa pública constitucional, incluida una de sus más potentes construcciones: las garantías constitucionales o derechos subjetivos públicos⁴⁰

La constitucionalización en las distintas ramas del derecho, entre las cuales se incluye el Derecho Laboral, tiende al contrario de las tendencias tradicionales, a borrar la distinción entre derecho público y derecho privado. El logro de ese cometido en lo que se refiere concretamente al derecho laboral, no se llega a consolidar de manera inmediata y ello es el producto de la persistencia de los obstáculos representados en los prototipos ideológicos del trabajador industrializado, suscrito al contrato de trabajo y el burgués liberal remitido a los derechos fundamentales, prototipos que constituyen la base de la *summa divissio* entre derecho privado y público⁴¹.

En ese sentido, en el caso concreto de la constitucionalización del derecho laboral en Venezuela, los rasgos que la caracterizan, responden a esta situación en la cual el acercamiento entre el mundo de las relaciones laborales y su regulación jurídica y el mundo de los derechos fundamentales y su sustento constitucional, debe pasar por un proceso de desmontaje ideológico, conjuntamente con un cambio sostenido y profundo en lo que se refiere a la empresa y las relaciones dentro de ella como parte y expresión del entramado social y la condición de empresarios y trabajadores como personas con derechos fundamentales a respetar.

El rasgo referido a la constitucionalización abierta de los derechos laborales en Venezuela, se encuentra ya en el artículo 50 de la Constitución de 1961, en el cual se establece lo siguiente:

⁴⁰ UGARTE, José. Op. Cit., pág. 250

⁴¹ *Ibíd*em

La enunciación de los derechos y garantías contenidas en esta Constitución no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ella. La falta de ley reglamentaria de estos derechos no menoscaba el ejercicio de los mismos⁴².

Con lo planteado en este artículo se dan los prolegómenos de una apertura de la constitucionalización de los derechos laborales, como Derechos Fundamentales, en el sentido de que su formulación no obsta la presencia de otros derechos inherentes a la persona humana, sino que, por el contrario los impulsa y los promueve.

Igualmente, en este artículo se aprecia la conexión entre la Libertad Sindical y los derechos que constituyen su contenido esencial con otros derechos relacionados y con otras libertades públicas, lo que le da la Libertad Sindical el rasgo de inescindibilidad propio de los Derechos Fundamentales, en el sentido de que un movimiento sindical se puede calificar de libre e independiente en la medida que se desenvuelva en un ambiente donde se respeten los Derechos Humanos Fundamentales y dicho ambiente no se limita sólo al contexto del sitio de trabajo, sino también a todo el ámbito social.

La definitiva expresión de este rasgo de la constitucionalización se evidencia en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, donde ésta se convierte en la base de carácter dogmático, en función de la cual el derecho se hace exigible, estableciendo que el Estado debe participar activamente no sólo en la protección de los derechos laborales, sino también en su promoción⁴³.

⁴² CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DE VENEZUELA. Op. Cit., pág. 10

⁴³ ÁLVAREZ DE LA ROSA, Manuel. *Prólogo a Fundamentos de derecho sindical venezolano*. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas. 2007, pág. 12.

Es necesario señalar que el rasgo de constitucionalización abierta de los derechos laborales como Derechos Fundamentales, responde al hecho de que un derecho clave, como lo es la Libertad Sindical se constituye en un instrumento en virtud del cual se tutela la democracia en las relaciones laborales, de tal forma que las garantías relativas a condiciones laborales adecuadas a la dignidad humana del trabajador, no dependerán de las decisiones unilaterales del patrono, sino de las decisiones tomadas por el colectivo de los trabajadores en forma autónoma.

Cabe hacer referencia al artículo 95 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela con relación a la libertad sindical como derecho de los trabajadores a constituir libremente las organizaciones sindicales que estimen convenientes para la defensa de sus derechos e intereses, así como a afiliarse o no a ellas, de conformidad con la ley⁴⁴.

Allí se pauta la existencia de un ambiente de libertad y de democracia en el cual se permita la existencia de estas organizaciones, estableciendo que las mismas no están sujetas a intervención, suspensión o disolución administrativa y los trabajadores que formen parte de ellas deberán estar protegidos y protegidas contra todo acto de discriminación o de injerencia contrario al ejercicio de este derecho, mientras que sus promotores/as o miembros de sus directivas de las organizaciones sindicales gozarán de inamovilidad laboral durante el tiempo y en las condiciones que se requieran para el ejercicio de sus funciones⁴⁵.

Igualmente, se encuentra expresado el rasgo de constitucionalización abierta y la inescindibilidad de los derechos laborales como Derechos Fundamentales, en lo relativo al ejercicio de la democracia en el marco de la

⁴⁴ CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA. Op. Cit., 2000. pág. 80.

⁴⁵ *Ibidem*

libertad sindical, cuando en el artículo ya citado de la Constitución se establece que para el ejercicio de la democracia sindical, los estatutos y reglamentos de las organizaciones sindicales deben implementar la alternabilidad de sus integrantes en las directivas y representantes mediante el sufragio universal, directo y secreto⁴⁶.

Finalmente, con relación a la Libertad Sindical como Derecho Fundamental, se establece en el artículo 95 que los/as integrantes de las directivas y representantes sindicales que abusen de los beneficios derivados de la libertad sindical para su lucro o interés personal, serán sancionados o sancionadas de conformidad con la ley. Igualmente, se señala en este artículo que los/as integrantes de las directivas de las organizaciones sindicales estarán obligados u obligadas a hacer declaración jurada de bienes⁴⁷.

Cabe señalar que la Libertad Sindical como un derecho fundamental abiertamente constitucionalizado es inherente de manera sustancial al ejercicio del sistema democrático, conjuntamente con la libertad de empresa y el derecho al ejercicio de la actividad económica. Igualmente, constituye un derecho humano no sólo inseparable de los individuos, sino también vinculado de manera esencial a los sujetos colectivos.

En ese sentido, representa un derecho que no es escindible de otros derechos fundamentales y se relaciona en términos de interdependencia con los demás derechos, influyendo en ellos y, a su vez, siendo influido por el resto⁴⁸, por lo que los contenidos de este derecho, tendrán el mismo nivel y

⁴⁶ *Ibíd*em

⁴⁷ *Ibíd*em

⁴⁸ VILLASMIL PRIETO, Humberto. *Estudios de Derecho del Trabajo*. Universidad Católica Andrés Bello. 3ª edición. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas. 2006, pág. 97.

gozarán de la misma protección brindada a los Derechos Humanos Fundamentales.

Otra expresión del rasgo de la constitucionalización abierta de los derechos laborales en el marco de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, se encuentra representado en el derecho a la negociación colectiva, que, tal como lo señala Perelló Gómez, es un contenido esencial de la Libertad Sindical⁴⁹.

El Derecho a la Negociación Colectiva se encuentra claramente señalado en el artículo 96 de la Constitución y establece que todos los trabajadores que se desempeñan en el sector público y privado tienen derecho a la negociación colectiva voluntaria y a celebrar convenciones colectivas de trabajo, sin más requisitos que los que establezca la ley y el Estado será responsable por garantizar su desarrollo, estableciendo lo conducente para favorecer las relaciones colectivas y la solución de los conflictos laborales. Así mismo, señala que las convenciones colectivas amparan a todos los trabajadores activos al momento de su suscripción y a quienes ingresen con posterioridad⁵⁰.

Como expresión de la constitucionalización abierta, el derecho a la negociación colectiva representa un derecho fundamental, cuyo cumplimiento representa una de las bases para la edificación de la estructura social de todo país. Así mismo, su reconocimiento como derecho humano fundamental se deriva del reconocimiento de la Libertad Sindical, por lo que disfruta del mismo manto tutelar⁵¹.

⁴⁹ PERELLÓ GÓMEZ, Nancy. "Libertad sindical, negociación colectiva y diálogo social" en *Gaceta Laboral Vol. 11 N° 3* [Revista en línea]. Disponible en: http://www.scielo.org.ve/scielo.php?pid=S1315-85972005000300004&script=sci_arttext. [Consulta: 11-09-2012]. Pág. 359.

⁵⁰ CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA. Op. Cit., 2000.

⁵¹ PERELLÓ GÓMEZ, Nancy. Op. Cit., pág. 362.

Otro de los derechos que le da profundidad y contenido a la Libertad Sindical, es el Derecho a Huelga, consagrado en el artículo 97 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela como un derecho de los trabajadores y trabajadoras del sector público y del privado, dentro de las condiciones que establezca la ley⁵².

La forma como se encuentra configurado el modelo de las relaciones laborales en Venezuela, está alineado con la norma constitucional y las normas internacionales, por lo que la incompatibilidad de la práctica con relación a dicho modelo, deviene en violación de un derecho humano fundamental y, a la vez, una práctica que contribuye a socavar las bases democráticas que le dan sustentación a este modelo de relaciones laborales venezolano.

Este modelo se amplía y enriquece en el marco de una constitucionalización abierta, que se hace presente de manera marcada y profunda en el marco de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. A ese respecto, se debe destacar el derecho a la no discriminación claramente señalado en el artículo 89, numeral 5; la libertad de expresión expuesta en el artículo 57 y la protección a la intimidad, establecido en el artículo 60, conjuntamente con la protección al honor, vida privada, propia imagen, confidencialidad y reputación y la aplicación de la ley para limitar el uso de la informática.

Igualmente, los derechos propiamente laborales referidos a jornada de trabajo establecido en el artículo 90 y el salario mínimo del artículo 91, atribuidos al trabajador como contratante débil, se expresan claramente en la Constitución, conformando una estructura de derechos relacionados con el trabajador como tal y como persona miembro de una sociedad democrática.

⁵² CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA. Op. Cit., 2000.

Los derechos laborales como derechos fundamentales en Venezuela, alcanzan su estatuto como tal en una constitucionalización abierta, la cual es producto de un proceso histórico largo, accidentado y pleno de obstáculos que parte de una tardía industrialización y la preeminencia de regímenes políticos con alto sentido autoritario y a favor de los intereses del gran capital en detrimento del trabajador.

En la actual Constitución, los derechos laborales se encuentran consagrados en tres planos:

- El primer plano, referido a los derechos propiamente laborales relacionados con el trabajador como débil en la relación de contrato, se encuentra expresado en la jornada de trabajo y el salario mínimo;

- El segundo abarca los derechos fundamentales específicos, concretamente la Libertad Sindical, la Negociación Colectiva y el Derecho a Huelga, atribuidos al trabajador como integrante de una organización de representaciones y que le han permitido al derecho al trabajo ubicar a la dirección económica de las empresas en un marco de carácter democrático;

- El tercero comprende los derechos fundamentales inespecíficos, representados en el derecho a la no discriminación, intimidad y libertad de expresión, se refiere a los derechos del trabajador como ciudadano y que le garantizan en la empresa un trato digno, ajustado a tal condición.

b) Basamento Legal-Doctrinario de los Derechos Fundamentales en el Trabajo en Venezuela

La protección de los derechos fundamentales en el trabajo en el ámbito nacional responde a un basamento de carácter legal y doctrinario,

que ya se ha venido esbozando en los planteamientos previos desarrollados en esta investigación. Este basamento, se encuentra representado y sustentado en una serie de normas que se ubican en primer lugar, en el plano internacional, seguidas de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, Ley Orgánica de Trabajo y su reglamento.

Los aspectos característicos de este basamento se encuentran configurados en los siguientes términos:

- Responde a una visión moderna del derecho, donde se destaca una visión liberal en la cual prevalece la lógica de los derechos fundamentales como elemento orientador y conductor de los avances, destacándose la no discriminación en materia laboral y el respeto a la intimidad y a la libertad de expresión del trabajador como aspectos significativos.

- Unificación y simplificación del orden jurídico, que se expresa en aspectos tales como: La prevalencia de las normas constitucionales e internacionales como eje en el cual se fundamenta el derecho laboral y todas las formas de derecho; superación de la clásica distinción entre derecho público y privado.

Estos aspectos caracterizadores de los basamentos doctrinarios relacionados con los derechos fundamentales en el trabajo se vinculan con la concepción del Estado Social de Derecho, desde donde emanan los valores en función de los cuales se establece una estatus especial y una protección constitucional a estos derechos y se plasma un concreto orden de valores⁵³.

⁵³ ESPÍN, Eduardo. Derecho Constitucional. Derechos Fundamentales. En PRIETO SANCHÍS, Luis (coordinador). *Introducción al Derecho*. 1ª Edición. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Castilla-La Mancha. 1996, pág.34

Dicha concepción constituye el espíritu que se encuentra presente en los planteamientos normativos expuestos en el contexto internacional y en el marco de la mayoría de las constituciones, leyes y reglamentos laborales de los países del mundo de hoy relacionados con los derechos de los trabajadores.

b.1 Normas Internacionales en Materia Laboral

El nacimiento de las normas internacionales del trabajo se da como respuesta en el ámbito internacional a los esquemas y acciones de un sistema económico donde se promueve la sobreproducción para la obtención creciente de ganancias por parte de las grandes empresas, conjuntamente con la explotación de los trabajadores y el elevado nivel de pobreza que se experimentaba en los países capitalistas, situación que se llega a hacer mayormente presente en el siglo XIX.

En ese sentido, a partir del año 1890 se celebraron varias reuniones entre los países afectados, para regular la competencia entre ellos, unificando reglas de conducta en el tratamiento de los trabajadores, que concluyeron con pautas relativas al mejoramiento de las condiciones de trabajo.

No obstante, la formalización de las normas internacionales del trabajo se logra en el siglo XX, concretamente después de la primera guerra mundial y a raíz del tratado de Versalles, donde no sólo se puso final a esta guerra, sino también se creó la OIT, organización que en el ámbito internacional regulará todo lo relacionado con el derecho laboral, teniendo como imperativo fundamental lograr que la competencia del comercio, no se basara en la explotación de los trabajadores. Su importancia se encuentra claramente señalada por Molina cuando afirma lo siguiente:

Con la OIT se inició un fecundo periodo de varios decenios en el cual las NIT (Léase Normas Internacionales de Trabajo), fueron sin duda alguna, las fuentes y baremo más importantes del moderno D de T (léase Derecho del trabajo). Los estados al menos durante las primeras décadas de existencia de la OIT, acogieron en buena medida los convenios emanados de dicho organismo. En la segunda postguerra además se suscribieron los más trascendentales pactos, declaraciones y convenciones, de ámbitos orbitales y regionales, que agrupaban contenidos laborales fundamentales (Declaración Universal de los derechos humanos, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Carta de la OEA, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, Carta Africana de los Derechos humanos y de los Pueblos, etc.)⁵⁴

Desde esta organización se establecen las directrices iniciadas por Daniel Le Grand dirigidas a establecer regulaciones en las actividades laborales, donde se destacan proyectos de leyes internacionales sobre la jornada de trabajo, la fijación de un día de descanso a la semana, el trabajo nocturno, las actividades condiciones insalubres o peligrosas o una reglamentación especial para los niños⁵⁵.

La promulgación de las normas internacionales del trabajo viene a ser una de las respuestas que se trata de dar a la marcada exacerbación que se hace de la valorización del comercio internacional en el marco de las relaciones de producción capitalistas, desde una perspectiva hegemónica de los países desarrollados hacia los demás países expresada mayormente en la liberalización económica por medio de una globalización netamente comercial, donde la apertura de las fronteras, la disminución del proteccionismo estatal y la promoción de leyes más permisivas a los mercados foráneos y donde se le dé preeminencia a la ley de la oferta y la demanda y se pauperice el ingreso salarial de la fuerza del trabajo.

⁵⁴ MOLINA, Carlos. *Las normas internacionales del trabajo y su efectividad en el derecho colombiano*. 1ª edición. Editorial Temis. Bogotá, pág. 19.

⁵⁵ OIT. Las normas internacionales del trabajo.

Molina define las normas internacionales del trabajo de la siguiente forma:

Son normas jurídicas generales, impersonales y abstractas de derecho internacional público, de índole predominantemente laboral, de origen convencional o consuetudinario, generalmente contenidas en tratados o acuerdos internacionales vinculantes, que, una vez incorporadas al ordenamiento interno estatal, crean directamente derechos subjetivos o comprometen internacionalmente al respectivo Estado a adoptar las medidas necesarias para crearlos⁵⁶.

Las normas internacionales del trabajo representan reglas y criterios, que se ubican dentro de lo que se denomina derecho internacional público y están dirigidas a conformar un sistema global de instrumentos vinculados con el trabajo y la política social reforzado por un sistema de control en virtud del cual se pueden abordar los diferentes problemas que se hacen presentes en cada ámbito nacional.

Estas normas, aun cuando tienen a la OIT como el ente organizativo desde el cual se realiza su formulación y seguimiento, no son solamente emanadas por este organismo. A ese respecto, es necesario destacar que existen órganos no especializados que producen normas internacionales del trabajo, aunque en menor cantidad y menor especialidad. A ese respecto, se pueden destacar los siguientes casos:

- La Carta de Naciones Unidas de 1945, donde se aborda lo relativo a los derechos humanos fundamentales en general.

- La Declaración de Filadelfia en 1944 que, como ya se ha señalado antes, redefinió los objetivos y fines de la OIT.

⁵⁶ Op. Cit., pág. 37.

- La Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, que consagran el derecho a la libre elección del trabajo, protección al desempleo, el descanso remunerado, las vacaciones y el derecho de asociación en sus artículos 23 y 24.

- El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, que en sus artículos 8 y 22, se refiere a la prohibición al trabajo forzoso y el derecho a fundar sindicatos.

- El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales 1966, que en sus artículos 6, 8 y 9 retoman los derechos humanos y se refieren a la seguridad social.

- La Convención sobre los Derechos del Niño, en el artículo 32 se reconocen los derechos del menor a estar protegidos contra la explotación económica y contra el desempeño de todo trabajo peligroso o que entorpezca su educación o su salud física o mental y se obliga allí a que los estados miembros de la ONU adopten medidas para asegurar lo anterior, tales como fijar una edad mínima para trabajar, adecuados horarios y condiciones de trabajo y sanciones para los empleadores infractores.

- La Carta de la OEA de 1948, 1967, 1985 y 1993, que proclama los derechos fundamentales de las personas, la erradicación de la pobreza.

- La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948 en sus artículos XIV, XVI y XVII señala que toda persona tiene derecho al trabajo en condiciones dignas, a recibir una remuneración en relación con su capacidad, que le asegure un nivel de vida conveniente, que toda persona tiene derecho a la seguridad social y el derecho de asociarse con otros para promover intereses de cualquier orden.

- El Protocolo de Buenos Aires de 1967 que en el artículo 43, señala que el trabajo es un derecho y un deber social "...otorga dignidad a quién lo realice y debe prestarse en condiciones que, incluyendo un régimen de salarios justos, aseguren la vida, la salud y un nivel económico decoroso para el trabajador y su familia, tanto en sus años de trabajo como en su vejez o cuando cualquier circunstancia lo prive de la posibilidad de trabajar.", igualmente el derecho de asociación y la importancia de la contribución de las organizaciones.

- La Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José, que se refiere a los derechos humanos de carácter civil y político, en el artículo 16 se refiere al derecho de asociación.

- El Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre los Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, también llamado Protocolo de San Salvador. Este constituye el principal instrumento contentivo de las normas internacionales del trabajo en el sistema interamericano, contiene 4 artículos dedicados a lo laboral, los artículos 6, 7, 8 y 9, que se refieren al derecho al trabajo, condiciones justas, equitativas y satisfactorias del mismo, los derechos sindicales y el derecho la seguridad social.

Es indudable que a pesar de los numerosos instrumentos internacionales, como los antes referidos, la realidad es que los convenios y recomendaciones de la OIT constituyen la fuente principal de creación de las Normas Internacionales del Trabajo, consecuencia de una inevitable internacionalización del trabajo como resultado de la expansión de la economía.

En ese sentido, es de importancia considerar las Normas Internacionales del Trabajo de la OIT, como expresión más acabada de la forma como se encuentra expresada la fundamentación doctrinaria y legal del trabajo en el ámbito internacional. Dichas normas, tal como ya se ha señalado, tienen como sus fuentes los convenios y recomendaciones surgidas de la OIT.

Los convenios y las recomendaciones son el resultado de las proposiciones adoptadas por la OIT a través de la Conferencia Internacional del Trabajo (CIT), la cual se encuentra integrada de manera tripartita por los representantes de los países miembros y cuyas decisiones requieren una mayoría de dos tercios de los votos emitidos por los delegados.

Los convenios son instrumentos internacionales que generan obligaciones dirigidas a que con posterioridad los países miembros, los adopten en su respectivo territorio, a través de su ratificación. Su naturaleza jurídica se asimila a la de los tratados. Beaudonnet destaca cinco formas de disposiciones que pueden estar presentes en los convenios: Disposiciones subjetivas determinadas, disposiciones subjetivas indeterminadas, disposiciones que obligan a incorporar principios y derechos, disposiciones programáticas y disposiciones que contienen definiciones⁵⁷.

Las disposiciones subjetivas determinadas o de aplicación inmediata vienen a ser aquellas normas de los convenios que pueden ser aplicadas sin necesidad de ninguna ley adicional regulatoria. En ese sentido, son de aplicación directa, también llamadas disposiciones auto ejecutivas (self-executing), pues su mismo contenido indica que no requiere desarrollo legislativo por ser una directriz clara y expresa.

⁵⁷ Beaudonnet Xavier, *Seminario Sobre Normas Internacionales del Trabajo para Magistrados, Jueces, Procuradores y Fiscales*, OIT, Bogotá, 2008, págs. 18-25.

Ejemplo de este tipo de disposiciones, se encuentra reflejado en el Convenio 87, concretamente en los artículos 2 y 4. En el primero de los artículos nombrados, se establece la libertad sindical en lo referente al derecho de sindicación, mientras que en el artículo 4, se reafirma en lo que se refiere a que ninguna vía o autoridad administrativas determinará la disolución de las organizaciones de los trabajadores.

Las disposiciones subjetivas indeterminadas son normas que contienen derechos personales pero con un grado de generalidad que no permite su aplicación directa y por tanto requieren ser reglamentados, ejemplo de ello es el convenio 98 relativo a la protección adecuada ante la discriminación sindical.

Las disposiciones que obligan a incorporar principios y derechos comprometen a los Estados a especificar formas de protección de diversos derechos. Un ejemplo de ello es el convenio 132, cuando refiere que el Estado deberá especificar cuáles son las peores formas de trabajo.

Con relación a las disposiciones programáticas, son aquellas por las cuales un Estado se compromete a llevar una política general. Se caracterizan por no ser autoejecutables, debido a que no contienen derechos directamente aplicables y requieren de un desarrollo del ente a quién va dirigida, ejemplo de ello es el convenio 111 cuando alude a que se deben establecer políticas para eliminar cualquier forma de discriminación. Los verbos con que se identifican este tipo de normas son: “garantizará”, “promoverá”.

La quinta modalidad de disposiciones presente en los convenios, representan conceptos generales a través de los cuales la OIT define cada tema objeto de estudio. Ejemplo de esta modalidad de disposición expresada

en la definición de salario prevista en el convenio 95, la definición de discriminación en el empleo y la ocupación en el convenio 111, lo que se entiende por la injerencia de un organización en el convenio 98, y que se define por trabajo, en el convenio 182.

Los convenios considerados como fundamentales para el desarrollo de las sociedades democráticas, fueron señalados y establecidos en 1995 tras el aniversario de la OIT. Dos de estos convenios están relacionados con la libertad de asociación y la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva. Son los ya conocidos y analizados convenios 87 referido a la libertad sindical y el derecho de sindicación y 98, relativo al derecho de sindicación y de negociación colectiva.

Respecto a la vigencia y pertinencia de estos convenios en el contexto nacional, Perdomo ha señalado lo siguiente:

Venezuela ha ratificado las normas internacionales aplicables a la libertad sindical y negociación colectiva contenidas en los Convenios 87 y 98 de la OIT. El Convenio 87 que establece el derecho de los trabajadores y empleadores, sin ninguna distinción y sin autorización previa, de constituir las organizaciones que estimen conveniente, así como el de afiliarse a estas organizaciones, con la sola condición de observar los estatutos de las mismas. Se reconoce en ese instrumento el derecho de elegir libremente a sus representantes, el de organizar su administración y sus actividades y el de formular su programa de acciones. Se agrega que las autoridades públicas deberán abstenerse de toda intervención que tienda a limitar ese derecho o a entorpecer su ejercicio legal⁵⁸.

⁵⁸ PERDOMO, Juan Rafael. *Panorama actual del Derecho Colectivo al Trabajo en Venezuela* [Documento en línea]. Disponible en: http://www.tsj.gov.ve/informacion/miscelaneas/panorama_derecho2.htm. [Consulta:15-07-2012].

Desde la perspectiva que se encuentra establecida en este convenio internacional, las autoridades públicas tienen la obligación de estar al margen del sistema organizativo sindical. A ese respecto, lo señalado en este convenio se encuentra confirmado en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en su artículo 95, donde se limita la actuación del Estado en la reglamentación de la constitución y funcionamiento de los sindicatos, al garantizar el mencionado artículo que los trabajadores tienen el derecho a constituir libremente las organizaciones sindicales que estimen conveniente para la mejor defensa de sus derechos e intereses, sin que las acciones conducentes a esa constitución no estén sujetas a la intervención, suspensión o disolución administrativa. Igualmente, se señala la responsabilidad tutelar del Estado contra todo acto de discriminación o inherencia contrario al ejercicio de la libertad sindical.

Con relación a lo último señalado, se deduce un elemento doctrinario de importancia significativa, que es el relativo a la existencia de condiciones sociales y políticas para que el cumplimiento del derecho de libertad sindical y de sindicación se cumpla de manera fehaciente y efectiva. A ese respecto, es pertinente señalar los planteamientos realizados por el Comité de Administración de la OIT con relación a la libertad sindical⁵⁹ y de los cuales se derivan los siguientes principios:

- La violación de los principios fundamentales presentes en la Declaración Universal de Derechos Humanos puede comprometer el libre ejercicio de los derechos sindicales.

- Los derechos conferidos a las organizaciones de trabajadores y de empleadores se basan en el respeto de las libertades civiles enumeradas, en

⁵⁹ OIT. La Libertad Sindical. *Recopilación de Decisiones y Principios del Comité de Administración de la OIT*. 5ª Edición (Revisada). Oficina Internacional del Trabajo, 2006, págs. 13-14

particular, en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y que el concepto de derechos sindicales carece totalmente de sentido cuando no existen tales libertades civiles.

- Un movimiento sindical realmente libre e independiente sólo puede desarrollarse dentro del respeto de los derechos humanos fundamentales.

- El gobierno tiene la obligación ineludible de promover y defender un clima social en el que el respeto de las disposiciones jurídicas sea la única forma de garantizar el respeto y la protección de las personas.

- Deben adoptarse todas las medidas adecuadas para garantizar que cualquiera que sea la tendencia sindical, los derechos sindicales puedan ejercerse con normalidad, dentro del respeto de los derechos humanos fundamentales y en un clima desprovisto de violencia, presiones, temores y amenazas de toda índole.

- No puede desarrollarse un movimiento sindical libre dentro de un régimen que no garantice los derechos fundamentales, en especial el derecho de los trabajadores sindicados a reunirse en los locales sindicales, el derecho de libre opinión verbal y escrita y el derecho de los trabajadores sindicados a contar en caso de detención con las garantías de un procedimiento judicial regular incoado lo antes posible.

- El derecho de reunión, la libertad de opinión y de expresión y, en particular, el derecho a no ser molestado por sus opiniones y el de buscar y recibir información y opiniones y difundirlas sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión constituyen libertades civiles que son esenciales para el ejercicio normal de los derechos sindicales.

Estos principios vienen a verificar un planteamiento doctrinario relacionado con los derechos laborales como derechos fundamentales y es lo relativo a que éstos son inescindibles, por lo que su cumplimiento debe darse en el marco de una sociedad donde se den prácticas realmente democráticas, que reafirmen lo que se encuentra planteado en la norma constitucional y las leyes.

Con relación al Convenio 98, relativo a la aplicación de los principios del derecho de sindicación y de negociación colectiva, su ratificación en Venezuela ha servido de base al texto constitucional y a la misma Ley Orgánica del Trabajo, ya que permite que exista en el país, una normativa garantizadora de la libertad sindical y del derecho a la negociación colectiva.

El convenio 98 se deriva del convenio 87 de libertad sindical que Perdomo califica como Norma Fundamental en Trabajo, que actúa como un principio cardinal para la negociación colectiva, partiendo de la premisa de que sin libertad sindical, no hay negociación colectiva. Igualmente, lo señala como un principio aceptado universalmente, que coexiste como el de negociación colectiva como instrumentos que permiten el progreso social⁶⁰.

En este mismo convenio se encuentran claramente implicados los aspectos referentes a la no discriminación, en el sentido de que no se puede negociar condiciones de trabajo sin la debida protección contra la discriminación y a ese respecto, el artículo 2 de este convenio, establece claramente que no debe existir ningún tipo de distinción para que los trabajadores constituyan las organizaciones que estimen convenientes, así como el de afiliarse a estas organizaciones, con la sola condición de observar los estatutos de las mismas.

⁶⁰ PERDOMO, Rafael. Op. Cit.

El Comité de Administración de la OIT reafirma lo expuesto en cuanto a la vinculación entre la libertad sindical y la no discriminación como derechos fundamentales en el trabajo planteados en el convenio 87:

Significa que se reconoce la libertad sindical sin discriminación de ninguna clase debida a la ocupación, al sexo, al color, a la raza, a las creencias, a la nacionalidad, a las opiniones políticas, etc., no sólo a los trabajadores del sector privado de la economía, sino también a los funcionarios y a los agentes de los servicios públicos en general⁶¹.

El planteamiento de la libertad sindical guarda e implica lo relativo a la libertad de sindicación, así como a la no discriminación y en ese sentido se considera como una libertad absoluta que es contraria al límite del ámbito personal de los trabajadores, cuya libertad para pertenecer o dejar de pertenecer a determinada organización sindical, es decir, para formar o no formar parte del Sindicato, se encuentra limitada o negada.

En ese sentido, para realizar o no actividades inherentes a la organización sindical, la libertad debe ser reconocida en términos absolutos, en términos absolutos y no condicionados, donde se incorpora la no discriminación cuando se asume el despido del trabajador que se afilie a un sindicato como un acto discriminatorio que lesiona un derecho fundamental del hombre.

La no discriminación como derecho fundamental en el trabajo es reafirmada en los convenios 100 y 111, el primer referido a la igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina⁶²

⁶¹ OIT. Op. Cit., pág. 47

⁶² OIT. *Convenio relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación*. [Documento en línea]. Disponible en: http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C111

y el segundo de los señalados inherentes a la no discriminación en materia de empleo y ocupación⁶³.

La no discriminación en materia de género constituye un derecho fundamental en el trabajo que en la normativa internacional se encuentra orientado a promover las oportunidades para que tanto los hombres como las mujeres puedan acceder a un trabajo digno y productivo en condiciones de libertad, igualdad, seguridad y dignidad humana.

La no discriminación en materia de empleo y ocupación aborda problemas como la discriminación directa en el trabajo, a través de legislaciones, reglamentaciones o prácticas explícitas relacionadas con el sexo, la raza, religión y orientación política, entre otros, para negar la igualdad de oportunidades en el trabajo. Igualmente, aborda la discriminación indirecta expresada a través de reglamentaciones o prácticas aparentemente neutrales, pero que en sus acciones traducen una esencia de carácter discriminatorio⁶⁴.

También se debe considerar lo relativo a la no discriminación antisindical, que se encuentra claramente señalada en el artículo 2 del Convenio 98, relacionado con la protección adecuada de los trabajadores contra todo acto de ese tipo, tanto en el momento de ser contratados como mientras ejerzan su empleo, y también al término de la relación de trabajo, incluidos aquellos actos relacionados con su empleo, que se traduzcan en despido, traslado, descenso de grado y otras medidas perjudiciales.

⁶³ OIT. *Convenio relativo a la igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor*. [Documento en línea]. Disponible en: http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C100

⁶⁴ OIT. *Eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación*. [Documento en línea]. Disponible en: <http://www.ilo.org/declaration/principles/eliminationofdiscrimination/lang--es/index.htm>

Otros convenios que forman parte del basamento doctrinario de los derechos fundamentales en el trabajo son el 29 relativo al trabajo forzoso u obligatorio⁶⁵; el 105, relativo a la abolición del trabajo forzoso⁶⁶; el 138, sobre la edad mínima de admisión al empleo⁶⁷ y el 182, referido a la prohibición de las peores formas de trabajo infantil⁶⁸.

Los convenios 29 y 105, representan derechos fundamentales dirigidos a proteger a la persona contra toda forma de trabajo forzoso como medio de coerción, con fines de fomento económico, como medida de disciplina, como castigo o medida de discriminación, así como obligar a los estados al cumplimiento de esta protección.

Los convenios 138 y 182 comprometen a los gobiernos a seguir una política nacional que asegure la abolición efectiva del trabajo de los niños y eleve progresivamente la edad mínima de admisión al empleo o al trabajo a un nivel que haga posible el más completo desarrollo físico y mental de los menores; así como a tomar las medidas inmediatas y eficaces para conseguir la prohibición y la eliminación de las peores formas de trabajo infantil con carácter de urgencia.

Los derechos a los que se refieren los convenios fundamentales analizados gozan de reconocimiento como principios y derechos fundamentales en el trabajo, configurando una fundamentación doctrinaria y legal que se resume y expresa claramente a través de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo de 1998.

⁶⁵ OIT. *Convenio relativo al trabajo forzoso u obligatorio*. [Documento en línea]. Disponible en: http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C029

⁶⁶ OIT. *Convenio relativo a la abolición del trabajo forzoso*. Documento en línea]. Disponible en: http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C105

⁶⁷ OIT. *Convenio sobre la edad mínima de admisión en el empleo*. [Documento en línea]. Disponible en:

http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C138

⁶⁸ OIT. *Convenio sobre la prohibición de las peores formas de trabajo infantil*. [Documento en línea]. Disponible en:

De acuerdo con Uprimny estos convenios contienen disposiciones del *ius cogens*⁶⁹ (derecho colectivo), cuyo cumplimiento debe hacerse en forma expresa, independientemente de la voluntad de las partes, puesto que se encuentran referidas a los derechos humanos. A tal efecto, en la declaración referida se les estableció a todos los países miembros la obligación de observarlos, aun cuando no se hayan ratificado los convenios aludidos.

Las normas internacionales expresadas a través de los convenios mencionados y ratificadas o no por los Estados, deben ser incorporadas a sus respectivas legislaciones y ser de obligatorio cumplimiento de acuerdo con lo establecido en ellas. Los convenios antes analizados constituyen normas de carácter preceptivo o de aplicación inmediata dirigidas a darle mayor eficacia al cumplimiento de los derechos fundamentales en el trabajo.

Con relación al afianzamiento de las normas internacionales como fundamento doctrinario y legal en el marco del derecho laboral venezolano, es pertinente destacar lo que señala Villasmil Prieto cuando plantea lo siguiente:

El problema de la eficacia de las normas de origen internacional en el derecho interno, incluyendo de manera muy relevante a los convenios de la OIT, había sido resuelto tradicionalmente, entre nosotros, desde dos presupuestos: a) el de las tesis dualistas respecto de la relación entre derecho internacional y derecho interno y; b) a partir de la caracterización como programática de las normas (laborales) de origen internacional⁷⁰

Las dificultades para la consolidación de una base doctrinaria y jurisprudencial en materia laboral, en el contexto de la realidad jurídica venezolana obedece, de acuerdo con lo señalado por el autor, en primer lugar a la influencia determinante que había tenido la tesis dualista, desde la

⁶⁹ UPRIMNY, Rodrigo. Módulo Derechos humanos y Derecho Internacional Humanitario. Consejo Superior de la Judicatura, Escuela Rodrigo Lara Bonilla. Bogotá. 2004, pág. 18.

⁷⁰ Villasmil Prieto. Op. Cit., 2007, pág. 76.

cual se establecía una diferenciación marcada entre lo que se encuentra desarrollado en el derecho internacional y el derecho interno.

La tesis dualista del derecho refiere que existe una marcada separación e independencia entre el derecho internacional y el derecho interno, rechazando la existencia de un único sistema jurídico y afirmando que el derecho internacional y el interno rigen distintos ámbitos y distintos sujetos, mientras que el derecho internacional rige las relaciones Estado-Estado en virtud de una voluntad; el derecho interno rige las relaciones Estado-Individuos y emana de un cuerpo legislativo que norma las relaciones entre el Estado y su población⁷¹

En ese sentido, desde la tesis dualista, se establece una separación de fondo entre lo que se encuentra señalado en las normas internacionales y la legislación interna del país, situación que devino en un condicionamiento del cumplimiento de las normas, en atención a su legislación y reglamentación por parte del país luego de una ley aprobatoria o ratificatoria del convenio.

Con relación al presupuesto del carácter programático de las normas internacionales, como aspecto que dificultó su eficacia con relación a los derechos fundamentales en el trabajo en Venezuela, se explica en el hecho de que le daba a dichas normas un carácter no autoaplicativo o no autooperativo, por lo que requerían ser reglamentadas por ley para entrar en funcionamiento, no afectando su validez, aun cuando no su eficacia.

Villasmil Prieto, señala que estos presupuestos condujeron por un lado a “una virtual desaplicación de las normas de origen internacional o a lo

⁷¹ MARCANO SALAZAR, Luis. *Fundamentos de Derecho Internacional Público*. Editorial CEC. Libros de El Nacional. Caracas. 2005, pág. 27.

sumo a su recepción como principios interpretativos, pero no como fuente directa”⁷² y por el otro, al “más que pobre desarrollo— entre nosotros al menos -, de la doctrina y de la jurisprudencia con respecto a los derechos humanos fundamentales relativos al trabajo”⁷³.

En ese sentido, se puede afirmar que la consolidación de las normas internacionales como fundamentos doctrinarios y legales de los derechos fundamentales en el trabajo se vio dificultada y retardada como consecuencia de una tendencia reiterada al manejo de las tesis dualistas que mantenían en separación los lineamientos en materia de derechos fundamentales en el trabajo que se dictaban desde estas normas y una concepción que en forma indiscriminada consideraba a estas normas desde una visión exclusivamente programática.

Tal situación las limitó, en el mejor de los casos, a la condición de instrumentos interpretativos de las leyes que quedaban a la libre decisión de cada Estado, en atención a la aplicación o no de las leyes aprobatorias o ratificadoras y las posteriores elaboraciones de los textos legales correspondientes.

En ese sentido, para que se alcanzara la eficacia de las normas internacionales en cuanto a los Derechos Fundamentales en el Trabajo en el marco de la realidad venezolana, se hizo necesario primero desmontar el argumento de que todas las normas internacionales, inclusive las del trabajo, tienen carácter programático.

A ese respecto, Villasmil Prieto se sirve del argumento de su maestro Osvaldo Mantero de San Vicente, quien sostiene que “la programatividad de

⁷² VILLASMIL PRIETO, Humberto. Op. Cit., pág. 76.

⁷³ *Ibidem*, pág. 77

las normas laborales no surge, ni se deduce de su origen. El carácter programático debe predicarse de cada norma y surge – antes y más bien – de su estructura lógico-formal”⁷⁴

Se puede afirmar con Villasmil Prieto, partiendo de la argumentación tomada, que no todas las normas internacionales son de carácter programático y las normas internacionales del trabajo quedan integradas al derecho interno con todas sus consecuencias, dependiendo su carácter programático, no del hecho de su estatus internacional, sino de su propia estructura interna, es decir, de si una determinada norma es preceptiva de aplicación inmediata, preceptiva de aplicación diferida o si es programática.

En los casos de las normas laborales internacionales de carácter preceptivo de aplicación inmediata en el marco del derecho interno, su propia condición va a determinar que tal aplicación se dé sin ningún tipo de diferimiento, teniendo, por tanto, eficacia automática. Con relación a las demás modalidades de normas, su eficacia estaría en función del momento en que se recojan en el acto normativo lo que el convenio remite.

Con relación a este aspecto, Villasmil Prieto señala lo siguiente: “Así pues, ratificado el convenio mediante ley aprobatoria o de ratificación, se incorpora al derecho interno sin otro requisito (principio de autoaplicación o *del self executing*), se virtualiza así lo que fue el sustrato de la tesis monista”⁷⁵.

Desde esta perspectiva, las normas internacionales en el trabajo se llegan a constituir en elemento esencial y determinante del basamento doctrinario y legal de los Derechos Fundamentales en el Trabajo en el marco

⁷⁴ *Ibidem*.

⁷⁵ *Ibidem*

de cada país, en función de que muchas de estas normas son de aplicación inmediata (*self executing*) y que otras sólo requieren de una ley ratificatoria para su ejecución en el marco del derecho interno, incorporándose de esta manera los planteamiento de las tesis monistas como ejes conductores y sustentadores del carácter doctrinario que tienen las mencionadas normas.

Villasmil Prieto señala que del planteamiento teórico de la relación unitaria entre las normas internacionales y el derecho interno, se desprende dos efectos o consecuencias:

- a) *Un efecto incorporativo*: El convenio se incorpora sin más requisitos al derecho interno, lo que supone reconocer el surgimiento de derecho subjetivos y, por ende, judicialmente exigibles como consecuencia directa del mismo (aludimos naturalmente a las normas autoaplicativas y, el otro;
- b) *Un efecto derogatorio o de modernidad (lex posteriori deroga priori)*, por el cual toda la legislación anterior en contrario se tendrá por derogada desde el momento de la ratificación del convenio⁷⁶.

La incorporación efectiva de las normas internacionales del trabajo en el marco de la legislación venezolana, como fundamentos doctrinarios y legales de los derechos fundamentales en el trabajo, se hace posible en virtud de un cambio sustancial de los aspectos teóricos relacionados con esta fundamentación, donde destaca la tesis del monismo como propuesta teórica que, tal como lo señala Kelsen, toma como base “la unidad del conjunto de normas jurídicas”⁷⁷.

Este planteamiento es compatible con las orientaciones de los organismos internacionales, en cuanto al hecho de que las disposiciones presentes en los convenios realizados comprometen a los Estados a adoptar

⁷⁶ *Ibidem*, pág. 78.

⁷⁷ Citado en SALAZAR MARCANO, Op. Cit., pág 28.

las medidas necesarias para hacer efectivas dichas disposiciones. A ese respecto, Villasmil señala que de lo establecido por dichos organismos y concretamente de la OIT, se desprenden las siguientes consecuencias:

1. Se tratan y representan el fundamento (o el título) jurídico de la gestión de control normativo de la OIT y, así mismo, del dispositivo de seguimiento que sancionó la Declaración sobre derechos fundamentales en 1998.
2. Los convenios ratificados adquieren fuerza de ley nacional, lo que obliga a los Estados a:
 - I. Eliminar cualquier contradicción entre las Disposiciones del convenio y la legislación y las prácticas nacionales, con lo que se muestra la virtualidad *del Principio de modernidad y del Principio de prelación de la fuente de origen internacional*.
 - II. Dar efecto a las disposiciones que son de aplicación o de cumplimiento automático y, así mismo, a las que requieren que ciertos asuntos vengan regidos por la legislación nacional (*normas de aplicación derivadas*). Se muestra así la virtualidad del Principio de “*self executing*” o de *autoaplicación*.
 - III. Expedirse sobre las obligaciones que surgen para los estados, de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados⁷⁸

Los señalamientos realizados por el autor confirman el carácter doctrinario y legal que poseen las normas internacionales en el trabajo y como, en virtud de dicho carácter, se constituyen en bases esenciales de los derechos fundamentales en el trabajo y ello se verifica en los siguientes planteamientos claves:

- No debe existir contradicción entre las normas internacionales y la legislación nacional, que se basa en los *Principios de Modernidad y de Praelación de la fuente de origen internacional*. El primero de estos principios señala que entre dos normas de igual rango se aplica preferentemente la más moderna, que deroga a la anterior en todo lo que le resulte incompatible. El segundo establece la preeminencia del derecho internacional sobre el

⁷⁸ VILLASMIL PRIETO, Humberto. Op. Cit. 2007, pág. 78.

derecho interno, para que, tal como lo señala la Convención de Viena en su artículo 27 “una parte no podrá invocar las disposiciones de un derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”⁷⁹.

- Las disposiciones relativas a las normas internacionales deben hacerse efectivas, tanto las que por su propia estructura interna son de ejecución inmediata como las que requieren los ajustes pertinentes en la legislación interna.

Este planteamiento expresa la naturaleza de los principio de: *self executing* o de aplicación inmediata, desde el cual se establece que las normas internacionales con precisión normativa se ejecuten automáticamente; y de aplicación diferida o *no self executing*, donde se señala que aquellas normas generales o indeterminadas, deben ser objeto de desarrollo legislativo o reglamentario posterior, aun cuando no se podrá alegar la insuficiencia de legislación interna para dejar de aplicarlas, pues las mismas se asimilan a los tratados⁸⁰.

De esta manera, la doctrina relacionada con los derechos fundamentales en el trabajo tiene su punto de partida en lo establecido en los convenios internacionales, a través de los diferentes organismos, entre los que se destaca la OIT como el más importante y principal en materia laboral, desde donde se logra la integración de las normas internacionales con la legislación interna, a través de sus organismos de control.

La influencia de las normas internacionales del trabajo en el orden jurisdiccional interno una vez terminó de instalarse una visión monista del orden jurídico que sentó las bases para lo que ya resulta un paradigma: el uso progresivo y ya regular de

⁷⁹

⁸⁰ BENADAVA CATTAN, Santiago et als. *Nuevos enfoques del Derecho Internacional*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile. 1992, pág. 42.

las normas internacionales en la jurisdicción interna, laboral y constitucional, incluso⁸¹.

La influencia de las normas internacionales del trabajo en la legislación interna venezolana, se va a ver expresada en primer lugar en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y seguidamente en lo que se encuentra establecido en la Ley Orgánica del Trabajo recientemente aprobada y donde se reitera la conceptualización del trabajo como un hecho social y pauta la garantía de los derechos de los trabajadores

b.2 Constitución de la República Bolivariana de Venezuela

Las normas relacionadas con el derecho del trabajo en el marco de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, se encuentran expresadas en los preceptos de contenido laboral expresado en la Carta Magna venezolana, así como los que se refieren a los derechos fundamentales de las personas.

En relación con lo último señalado, es importante destacar que en las Disposiciones Generales de la Constitución son reconocidos la Constitución y los tratados internacionales suscritos y ratificados por Venezuela como fundamentos y fuentes en la protección y garantía de los derechos humanos, conjuntamente con las leyes que los desarrollen⁸².

Al respecto, con el objeto de reforzar la protección de los referidos derechos en estas disposiciones generales se establece que los tratados, pactos y convenciones internacionales en esta materia, suscritos y ratificados por Venezuela, prevalecen en el orden interno en la medida en que

⁸¹ VILLASMIL PRIETO, Humberto. *La incidencia de la Organización Internacional del Trabajo en el momento fundacional del derecho del trabajo latinoamericano: Unas notas introductorias*. OIT. Documento de Trabajo N° 33. 2011, pág. 19.

⁸² CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA. artículo 19.

contengan normas sobre el goce y ejercicio de los derechos humanos más favorables a las contenidas en la Constitución y en las leyes, siendo sus disposiciones de aplicación directa e inmediata por los tribunales de la República y demás órganos que ejercen el Poder Público⁸³.

Por ello, en el caso de que un tratado internacional suscrito y ratificado por Venezuela reconozca y garantice un determinado derecho humano, en forma más amplia y favorable que la Constitución, prevalece en todo caso el instrumento internacional y debe ser aplicado en forma preferente, directa e inmediata por los tribunales y demás órganos del Estado.

La esencia de esto, reconoce que las fuentes donde se establece la sustentación y protección de los derechos fundamentales, se encuentran en la propia Constitución y en las normas internacionales relacionadas, con la intención de que la amplitud y mayor favorecimiento de una norma internacional prevalecerá sobre lo establecido en la constitución.

De esa manera se confirma el planteamiento fundamental de la teoría monista relativo a la no separación entre lo señalado en las normas de derecho internacional y lo que se encuentra establecido en el derecho interno, proponiendo la permanente unidad de dichas normas como parte de un mismo sistema jurídico. Ello implica una integración entre los acuerdos y convenios internacionales y la legislación interna de la república, incluyendo la relativa al texto constitucional.

Para complementar y precisar los aspectos planteados, se considera oportuno considerar el artículo 19 de la Constitución, donde se señala el deber y obligación del Estado a través de los diferentes órganos del Poder Público, sin discriminación alguna, en cuanto a garantizar que toda persona

⁸³ *Ibidem*, artículo 23.

goce y ejerza de forma irrenunciable, indivisible e interdependiente de los derechos humanos, con los tratados sobre derechos humanos suscritos y ratificados por la República y con las leyes que los desarrollen⁸⁴.

Las normas directamente relacionadas con los contenidos laborales, se encuentra expuestas en el Capítulo V referido a los Derechos Sociales y de la Familia. Cabe señalar que los derechos sociales contenidos en este capítulo de la Constitución apuntalan las demandas sociales, jurídicas, políticas, económicas y culturales de la sociedad venezolana, en sintonía con los cambios que se producen en materia de derechos humanos fundamentales, donde se enfatiza su inescindibilidad y progresividad como rasgos que los identifican y propugnan su protección en diferentes ámbitos y contextos socio históricos.

En el marco del Capítulo V de la Constitución, se reconocen los derechos individuales al trabajo, a la estabilidad y a las vacaciones, así como los derechos colectivos de sindicalización, contratación colectiva y derecho a la huelga por parte de los trabajadores y de las trabajadoras, evidenciándose de esta manera la relación de integración que existe entre la normativa internacional en materia de derechos fundamentales del trabajo y la legislación interna, sobre todo lo que toca a la carta magna, donde se patentiza la constitucionalización de estos derechos.

Igualmente, se evidencia la eficacia vertical y horizontal de esa constitucionalización cuando se regulan tanto las relaciones que establecen los trabajadores como ciudadanos con el Estado como las relaciones que se establecen entre los trabajadores y los entes empresariales, consolidando de esta manera la doctrina del Estado Constitucional de Derecho, donde el texto de la carta magna deja de ser una carta de buenas intenciones y

⁸⁴ *Ibidem*, artículo 19.

generalidades para ser asumido como un texto que contiene normas específicas, materiales o sustantivas, desde las cuales se le establece al Estado su forma de actuación, a través de la ordenación de determinados fines u objetivos a alcanzar.

Desde la perspectiva doctrinaria que se perfila en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, los derechos fundamentales en general y los que se ubican en el marco de las relaciones de trabajo, se configuran no solo como principios, sino también como normas para la regulación de las actuaciones del Estado con relación a los derechos fundamentales en el trabajo como derechos inescindibles del trabajador como ciudadano.

Así mismo, la doctrina del Estado Constitucional de Derecho relacionada con la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela se ubicaría en el plano de lo que se denominaría un Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano, donde se propugna la preeminencia del texto constitucional como presencia determinante en el ordenamiento jurídico⁸⁵.

Dicha presencia, sin embargo, va más allá de una dimensión de carácter jurídico, pues propugna la legitimidad democrática de la Constitución proponiéndose “establecer los mecanismos de relación entre la soberanía, esencia del poder constituyente, y la constitución, entendida en su sentido más amplio como fuente de poder (constituido, y por tanto, limitado)”⁸⁶.

En esta concepción del Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano, se propugna una visión de mayor apertura que va más allá del plano académico

⁸⁵ VICIANO, Roberto y MARTÍNEZ, Rubén. *¿Se puede hablar de un Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano como corriente doctrinal sistematizada?* [Documento en línea]. Disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/wccl/ponencias/13/245.pdf>. [Consulta: 12-06-2012]. pág. 3.

⁸⁶ *Ibíd.*

y se enmarca más dentro de los movimientos sociales y de reivindicación laboral, que dentro de los parámetros y cánones dictados y establecidos desde la academia, conformando, de esta manera, un movimiento ascendente de la constitucionalización de los derechos fundamentales en el trabajo.

La Doctrina del Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano, de acuerdo con Viciano y Martínez⁸⁷, presenta a los procesos democráticos constituyentes como un primer elemento común. A ese respecto, los autores señalan que este nuevo constitucionalismo presenta diferencias con relación al constitucionalismo anterior, en lo que respecta a su legitimidad, la cual viene dada por las asambleas constituyentes, que representan prácticas de participación e inclusión, desde las cuales se construyen modelos teórico-prácticos que tienen como denominador común el asumir la necesidad de legitimar un proceso constituyente de carácter revolucionario.

Igualmente, afirman los autores que en el marco del Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano, las mismas prácticas generadas a través de las Asambleas Constituyentes, promueven el fortalecimiento de la dimensión política y enfatizan la ruptura de la “nueva democracia” con el “viejo modelo democrático”, yendo más allá de previsiones de efectos jurídicos.

Desde esta perspectiva, señalan los autores referidos que las características presentes en el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano y que se encuentran presentes en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, son la innovación, la amplitud y la complejidad siendo estas características aspectos que se expresan en ella y en concreto en su sustentación de los derechos fundamentales en el trabajo.

⁸⁷ *Ibidem*, págs. 17-19.

Al relacionar estas características con la fundamentación y protección constitucional de los derechos fundamentales en el trabajo en el marco de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela se pueden hacer las siguientes observaciones:

- El basamento de los derechos fundamentales en el trabajo tiene un carácter original, en el sentido de que desde la Constitución se asumen los derechos fundamentales no solo desde su eficacia vertical/horizontal, sino desde una tendencia ascendente, ya que los derechos fundamentales en el trabajo no surgen sino de la lucha permanente de las organizaciones sindicales en los diferentes ámbitos del mundo, por su garantía, protección y defensa, enfatizándose la participación de los trabajadores como sujeto colectivo protagónico en el logro de este cometido.

Este carácter original de una visión ya se había esbozado en las constituciones del 1947 y 1961 y termina de consolidar debido a los cambios generados desde las organizaciones internacionales, entre ellas la OIT como ente coordinador de movimientos laborales en el ámbito mundial, que le dan estatus a los Derechos Fundamentales en el Trabajo más allá de las relaciones que se suscitan en el marco de las empresa, ubicándolos en el contexto de toda la sociedad y con sentido de ciudadanía.

- La amplitud como característica del Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano expresada en el basamento que desde la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, se le da a los Derechos Fundamentales en el Trabajo, se expresa en el hecho de que estos derechos no se encuentran limitados única y exclusivamente a criterios de corte economicista y estrictamente laboral, sino que trascienden a planos sociales y humanos que promueven un manejo amplio en la redacción de los argumentos

relacionados con ellos, donde más allá de la condición del trabajador en cuanto tal, se incorpora su condición de ciudadano y ser humano.

- La amplitud del texto constitucional es correlativa a su complejidad como otro elemento característico del Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano que constituye eje sustentador de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, concretamente en lo que se refiere a los Derechos Fundamentales en el Trabajo.

El reconocimiento de estos derechos no sólo en los espacios laborales, sino también en el marco de la sociedad, implica una concepción de los mismos más allá de tecnicismos de corte laborista y economicista y plantea una visión compleja de estos derechos fundamentales, que supera plenamente las orientaciones presentes en otras constituciones, pues asume al trabajador en su condición tanto de sujeto individual como de sujeto colectivo, activo y dinámico, que interactúa permanentemente con la realidad de su entorno.

Aparte de las características de forma que permiten describir la propuesta doctrinaria del Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano, Viciano y Martínez⁸⁸ afirman que también se deben destacar los rasgos materiales presentes en dicha propuesta y que se ven expresados en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Entre estos rasgos materiales destaca el de la participación como uno de los instrumentos más importantes para garantizar la vinculación que debe existir entre la soberanía y la constitución, de tal manera que esta última sea permanentemente revitalizada en lo que se refiere a su pertinencia y carácter realmente democrático.

⁸⁸ *Ibidem*, págs. 19-21.

En cuanto a los Derechos Fundamentales en el Trabajo, este rasgo material se encuentra expresado como una de sus muestras más fehacientes, en el artículo 95 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, donde se establece el derecho que tienen los trabajadores y las trabajadoras, sin distinción alguna y sin necesidad de autorización previa, a constituir libremente las organizaciones sindicales que estimen convenientes para la mejor defensa de sus derechos e intereses, así como a afiliarse o no a ellas, de conformidad con la Ley⁸⁹.

Lo dicho traduce, en lo que se refiere específicamente a los Derechos Fundamentales en el Trabajo, la participación activa de los trabajadores en las decisiones relacionadas con las organizaciones sindicales que consideren las más adecuadas para la defensa de sus intereses.

Este derecho se hace extensivo hacia la sociedad en general, concretamente en lo que se encuentra establecido en el artículo 62 de la Constitución, donde se afirma que todos los ciudadanos y ciudadanas tienen el derecho de participar libremente en los asuntos públicos, directamente o por medio de sus representantes elegidos o elegidas⁹⁰.

Desde la perspectiva del Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano, se propugna una transformación profunda de una democracia representativa a una democracia participativa, como eje central desde el cual la sociedad en general y los trabajadores, como ciudadanos y sujetos colectivos, participan activamente tanto en las decisiones relacionadas con sus organizaciones sindicales como en lo referente a sus representantes en el ámbito político.

⁸⁹ CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA. Op. Cit. 2000, artículo 95.

⁹⁰ *Ibidem*, artículo 62.

Un segundo rasgo material relacionado con el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano y que se relaciona con una fundamentación doctrinaria y legal de los Derechos Fundamentales en el Trabajo, señalado por Viciano y Martínez⁹¹ es el referido a la concreción de las normas al identificar con precisión los diferentes grupos sociales, dando énfasis a los más débiles, aspecto que se encuentra plenamente referido en el Capítulo V de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, referido a los Derechos Sociales y de la Familia, donde se incorporan las normas internacionales relacionadas con los derechos fundamentales, los criterios de interpretación y las acciones de amparo, entre otros como instrumentos claves para darle mayor efectividad a estos derechos.

Con relación a lo mencionado anteriormente, es oportuno considerar lo que señala Nogueira Alcalá:

En un Estado constitucional democrático, todos los derechos humanos o fundamentales indivisibles y complementarios e inalienables deben ser asegurados y garantizados como derivaciones inmediatas y directas de la dignidad de la persona humana. Todos ellos deben tener un contenido constitucionalmente precisado indisponible para los órganos y autoridades del Estado, un contenido esencial indisponible para el legislador, sin el respeto y garantía del mismo, los derechos dejan de ser tales para convertirse en meras proclamaciones líricas sin efecto jurídico efectivo, siendo irreconocibles e impracticables⁹².

La incorporación de las normativas internacionales y los criterios actualizados en materia de derechos fundamentales persigue superar el esquema nominalista y de orientación generalista del constitucionalismo tradicional, por una concepción dirigida a que las normas en esta materia

⁹¹ Op. Cit., págs.

⁹² Nogueira Alcalá, Humberto. Op. Cit., pág. 200.

vayan más allá del carácter meramente principista y se constituyan en verdaderas reglas tendentes a lograr la efectividad en el cumplimiento de los derechos humanos.

En lo que se refiere a los Derechos Fundamentales en el Trabajo, su constitucionalización implica la formulación de normativas y orientaciones concreta dirigidas a garantizar su protección y a asegurar su cumplimiento en la práctica a través de un reconocimiento y ejecución de los derechos de los trabajadores como parte del proceso de producción y como ciudadanos de una sociedad democrática.

En ese sentido, el desarrollo del texto de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en materia de los Derechos Fundamentales en el Trabajo tiene como propósito fundamental asegurar el efectivo cumplimiento de los mismos y no una mera declaración de principios y a ese respecto, es de fundamental importancia que los organismos judiciales establezcan sus decisiones con base a la normatividad constitucional, las normas internacionales y la jurisprudencia establecida en esta materia.

Como complemento a lo mencionado en líneas anteriores, Nogueira Alcalá afirma lo siguiente:

A su vez, frente a las garantías jurisdiccionales de los derechos, no podemos omitir, la crítica de la falta de legitimidad de los jueces para garantizar mediante sentencias el contenido esencial de los derechos sociales, la cual no es de recibo, ya que es la propia Carta Fundamental, por tanto, el poder constituyente, el que les otorga a los tribunales la jurisdicción y competencia para resolver sobre la materia, especialmente en el caso de grupos vulnerables, marginados o subrepresentados a nivel parlamentario⁹³.

⁹³ *Ibíd.*

La existencia de un Poder Judicial con legitimidad para decidir en materia de derechos fundamentales, constituye un factor determinante para asegurar que la garantía, protección y defensa de estos derechos alcance la operatividad y efectividad que se establece constitucionalmente.

Por ello, desde la concepción del Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano, los tribunales y jueces tienen un rol importante en la garantía de los derechos fundamentales, partiendo de la premisa de que estos derechos, como derechos positivizados en los textos constitucionales deben ser garantizados en toda su extensión y, por lo tanto, de ser tutelados jurisdiccionalmente en forma directa, siendo las cortes o tribunales los órganos de máxima jerarquía responsables del control e interpretación constitucional.

Complementando lo señalado, tiene pertinencia lo que afirma Arango al plantear lo siguiente:

En relación con los procedimientos constitucionales para la defensa de los principios y derechos constitucionales, la comparación de los sistemas nacionales puede orientarse a partir del principio internacional de la tutela efectiva. Este principio exige la descripción y comparación de las vías judiciales en cada país como condición previa para recurrir al sistema interamericano mediante un procedimiento complementario de garantía de los derechos por vía de la exigibilidad de las obligaciones internacionales de los estados parte⁹⁴

La garantía de la defensa y protección de los derechos fundamentales en general y los del trabajo en concreto, tienen en los tribunales y jueces, la vía a través de que se lleguen a hacer efectivos. Dicha vía se vincula con el ámbito internacional en el marco del derecho comparado, a los fines de

⁹⁴ ARANGO, Rodolfo. *Constitucionalismo Social Latinoamericano*. [Documento en línea]. Disponible en: <http://www.bibliojuridica.org/libros/6/2894/6.pdf>. [Consulta: 17-09-2012]. pág. 19.

construir en forma progresiva con un sistema judicial de garantía que se base en las experiencias de cada país y en los aportes generados en la jurisprudencia nacional e internacional, para que se llegue a la elaboración de criterios concordantes y coherentes con las prácticas judiciales efectivas que se desarrollan en cada país de Latinoamérica.

La fundamentación doctrinaria y legal presenta sustanciales aportes de lo que se podría denominar una doctrina en construcción representada en el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano. Dicha doctrina presenta los siguientes rasgos que la identifican y describen:

- Al igual que el constitucionalismo clásico y el neo constitucionalismo, propugna la preeminencia del texto constitucional como presencia determinante en el ordenamiento jurídico, aún cuando trasciende lo meramente jurídico.

- Promueven el fortalecimiento de la dimensión política y enfatizan la ruptura de la “nueva democracia” con el “viejo modelo democrático”, yendo más allá de previsiones de efectos jurídicos, colocándose en un plano político, al propugnar la legitimidad democrática de la Constitución a través de la promoción de mecanismos como las asambleas constituyentes como vías para garantizar una relación permanente entre la soberanía y el texto constitucional como fuente de poder constituido, y por tanto, limitado.

- Le dan énfasis a una constitucionalización de los derechos fundamentales con un sentido ascendente que, en el caso de los Derechos Fundamentales en el Trabajo, surge y se patentiza en las acciones desarrolladas en los diferentes ámbitos nacionales por las organizaciones sindicales de cada país e integrados y promovidos internacionalmente por organizaciones internacionales como la OIT.

- La constitucionalización de los derechos fundamentales en el trabajo se logra más allá de las relaciones que se suscitan en el marco de las relaciones laborales, ampliándose al contexto de toda la sociedad y con sentido de ciudadanía, estableciéndose una lógica basada en la complejidad ubicada en el plano humano y social y no limitada a criterios exclusivamente economicista y laborales.

- Afianzamiento de la participación de uno de los mecanismos de mayor importancia con miras a garantizar la sustentación democrática de los derechos fundamentales, que en el caso concreto del marco del trabajo, se traduce en la facultad que tienen los trabajadores de participar libremente en la constitución de las organizaciones sindicales que estimen convenientes para la defensa de sus intereses, elemento coadyuvante al fortalecimiento verdaderamente democrático de la relación entre soberano (constituyente) y constitución.

- Superación de las formas genéricas relacionadas con la definición y establecimiento de los derechos fundamentales, dando paso a la individualización y colectivización de los diferentes grupos sociales, especialmente los más débiles, conjuntamente con la incorporación de las normas internacionales, los criterios de interpretación y las acciones de amparo relacionados con estos derechos, entre otros como instrumentos claves para garantizar la efectividad de su cumplimiento.

- Al formular normativas y orientaciones concreta dirigidas a garantizar la protección y a asegurar el cumplimiento de los derechos fundamentales en el trabajo, a través de un reconocimiento y ejecución de los derechos de los trabajadores como parte del proceso de producción y como ciudadanos de una sociedad democrática, en la Doctrina del Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano presente en la Constitución de la

República Bolivariana de Venezuela, se supera una normativa declarativa, por lo que se le de importancia fundamental al Poder Judicial como factor determinante en la ejecución efectiva de estos derechos.

- Se propugna desde esta doctrina que los organismos judiciales establezcan sus decisiones con base a la normatividad constitucional, las normas internacionales y la jurisprudencia establecida en esta materia, de tal manera que se pueda conformar un sistema judicial de garantía sustentado en las propuestas legislativas y jurisprudencia nacional e internacional acorde con prácticas judiciales efectivas en materia de derechos fundamentales.

b.3 Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras

Los elementos que le dan directamente sustentación legal a los derechos fundamentales en el trabajo, se encuentran representados en la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras vigente desde abril de 2012 bajo Decreto N° 8.938 con Fuerza y Rango de Ley. En la Exposición de Motivos de la mencionada ley, se señalan brevemente los aspectos históricos previos a la promulgación de esta ley, donde se destaca una situación de retroceso en materia de derechos laborales suscitada entre los años 1997 y 1998, entre las cuales se encuentra la supresión de la retroactividad del cálculo de las prestaciones sociales y el decreto de liquidación del Instituto de los Seguros Sociales (IVSS)⁹⁵.

Igualmente en dicha exposición de motivos se encuentra claramente expresada la orientación fundamentación del Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano, cuando se enfatiza la preeminencia del poder constituyente como agente fundamental dirigido a lograr la transformación del Estado y la

⁹⁵ DECRETO N° 8.938 CON RANGO Y FUERZA DE LEY ORGÁNICA DEL TRABAJO, LOS TRABAJADORES Y LAS TRABAJADORAS. *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 6.076 de fecha 07-05-2012. Exposición de Motivos.

creación de un nuevo ordenamiento jurídico donde se persiguen fines políticos dirigidos a lograr el funcionamiento efectivo de una democracia social y participativa⁹⁶.

Lo expresado en esta parte confirma la alta vinculación y sujeción que presenta la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras (LOTTT) respecto a la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, evidenciándose el claro rasgo constitucionalista de la doctrina que se encuentra como basamento de esta ley. Igualmente, evidencia una visión innovadora relacionada con la tesis de doctrina en procesos de construcción como lo es el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano.

Dentro de la mencionada exposición de motivos, también es importante destacar que la LOTTT viene a ser una respuesta de avanzada ante la dinámica y agotamiento del modelo económico neoliberal, en el sentido de que al estar en sintonía y sujeción a los principios de contenido humanista y social presentes en la Constitución propugna y reafirma el reconocimiento, protección y defensa de los derechos fundamentales, entre los hechos del trabajo, a contravía con la tendencia que se hace presente en el marco de algunos países, como España, donde se ha caído en “la tentación de introducir regresiones a los derechos de los trabajadores y las trabajadoras, incurriendo en evidentes violaciones de los derechos fundamentales de la población”⁹⁷

La estructura de esta ley consta de un total de diez títulos y 554 artículos. Para efectos de esta investigación, se analizan los títulos que se relacionan con los derechos fundamentales en el trabajo y que guardan vinculación con su constitucionalización.

⁹⁶ *Ibidem*

⁹⁷ *Ibidem*.

A ese respecto, es pertinente considerar en primer lugar, lo que se encuentra señalado en el Título I referido a los Principios y Normas Constitucionales y donde se recogen los principios rectores del sistema legal laboral. Cabe señalar que este título se encuentra constituido por un total de seis capítulo y del mismo se pueden extraer los siguientes aspectos relacionados con los derechos fundamentales y su constitucionalización⁹⁸:

- Se recoge en este título todo el legado constitucional en una sólo estructura legal, pues se pasa de una ley donde se rige el trabajo como hecho social a una donde se establece la protección de este hecho social, así como la garantía de los derechos de los trabajadores como sujetos individuos y colectivos protagónicos. De esta manera se termina de consolidar lo que se denomina una constitucionalización abierta de los derechos fundamentales en el trabajo.

- Reafirmación del carácter obligatorio que tienen en la ley, conforme a lo previsto en el artículo 23 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, las Normas Internacionales en el Trabajo, siempre que sean más favorables que la legislación nacional en material laboral.

- Especificación de las fuentes del derecho, que estarán representadas en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, las normas internacionales suscritas y ratificadas por la República, las leyes laborales, las convenciones colectivas, los usos y costumbres no contrarios a las normas imperativas de carácter constitucional y legal, la jurisprudencia en materia laboral, la aplicación de la norma y la interpretación más favorable y la equidad, la igualdad y el ideario Bolivariano, Zamorano y Robinsoniano.

⁹⁸ LOTTT. Op. Cit. Titulo I.

- Se establece a la seguridad social como servicio público de carácter no lucrativo, a la que tienen derecho todas las personas, así como su disfrute por trabajadores y trabajadoras sean o no dependientes de patrono o patrona.

- Definición de los principios rectores en el trabajo, como basamentos esenciales de los derechos fundamentales en el trabajo y se desprenden de la constitucionalización de estos derechos, la cual se encuentra claramente desarrollada en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y donde se consagran estos derechos como expresión de la condición del trabajador como tal y como ciudadano en una sociedad democrática.

- Garantía de la igualdad y equidad de género en el ejercicio del derecho al trabajo, como una de las formas de no discriminación, en este caso por sexo de las personas.

- Prohibición del trabajo de las personas antes de los 14 años, o relativo a la prohibición del trabajo infantil, recogiendo las disposiciones que se encuentran establecidas en la Ley Orgánica de Niños, Niñas y Adolescentes.

- Otorgamiento a las autoridades administrativas y judiciales de las facultades para lograr que sus decisiones se cumplan de manera inmediata, restituyendo la situación jurídica de carácter laboral infringida.

- Promoción y protección de la iniciativa popular en el trabajo, facilitando el desarrollo de entidades de trabajo de propiedad social y cualquier otra forma de asociación. Este aspecto confirma al trabajo como hecho social y proceso fundamental para alcanzar los fines del Estado, la satisfacción de las necesidades materiales, morales e intelectuales del

pueblo y la justa distribución de la riqueza, lo que contribuye a consolidar los derechos fundamentales en el trabajo como inescindibles de los derechos fundamentales de la persona.

En el Título II de la LOTT⁹⁹, referido a las relaciones de trabajo se señala como elemento relacionado con los fundamentos esenciales de los Derechos Fundamentales en el Trabajo, el relativo a la estabilidad en el trabajo, consagrado en el artículo 87 de esta ley, como derecho en virtud del cual trabajadores y trabajadoras pueden permanecer en sus puestos de trabajo bajo garantía de la ley, conforme lo consagra la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Más adelante, se señala como otro contenido relacionado directamente con los Derechos Fundamentales en el Trabajo, lo establecido en el Título VII, referido al Derecho a la Participación Protagónica de los Trabajadores y Trabajadoras y sus Organizaciones Sindicales. En dicho título se encuentran los siguientes aspectos de importancia:

- La Libertad Sindical que se expresa en el derecho que tienen los trabajadores y trabajadoras a constituir libremente las organizaciones sindicales que estimen conveniente para la mejor defensa de sus derechos e intereses, así como afiliarse o no a ellas de conformidad con esta Ley. Se reafirma este derecho que constituye el eje central desde donde se desarrollan los demás derechos fundamentales en el trabajo.

- La no sujeción de las organizaciones sindicales a intervención, suspensión o disolución administrativa, así como la protección de los trabajadores y trabajadoras contra todo acto de discriminación o injerencia

⁹⁹ *Ibidem.*, Título II.

contrario al ejercicio del derecho a constituir sus organizaciones sindicales (no discriminación anti-sindical).

- Incorporación a las finalidades de las organizaciones sindicales las de garantizar la producción y distribución de los bienes y servicios para la satisfacción de las necesidades del pueblo, ejerciendo control sobre los costos para garantizar precios justos (deberes y derechos de los trabajadores en su condición de ciudadanos).

- Se establece el derecho que tienen los trabajadores y trabajadoras a ser consultados por vía de asamblea o referéndum, en aquellas decisiones que involucren el colectivo de trabajadores, el derecho a elegir y a ser elegidos y el de expresarse libremente sin que esto genere discriminación dentro de la organización sindical (participación democrática).

- Se establece la alternabilidad como principio que debe estar presente en los estatutos y reglamentos de las organizaciones sindicales para la directiva de los representantes, a través del sufragio universal y secreto. Este aspecto confirma la importancia de la presencia en la LOTTT del principio de participación como eje conceptual que desde el Constitucionalismo se le da a los Derechos Fundamentales en el Trabajo, a los fines de garantizar la democracia participativa en todos los ámbitos de la realidad laboral.

- Se confirma el derecho a huelga de los trabajadores, en atención a lo que se encuentra constitucionalmente, respecto a que este derecho se cumple dentro de las condiciones que establece la ley, según lo que se encuentra reflejado en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (artículo 97).

En el Título VIII¹⁰⁰ de la LOTTT se encuentra lo dispuesto con relación a las instituciones necesarias para la protección y garantía de derecho. A ese respecto, el mencionado título señala que el Ministerio del Poder Popular para el Trabajo (MPPT), como órgano del Poder Ejecutivo, tiene competencia en el cumplimiento de esta ley, aplicando la justicia laboral, de acuerdo con lo que se encuentra establecido en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, a los fines de garantizar el proceso social del trabajo y los derechos de los/as trabajadores/as.

Desde la misma ley se definen con precisión los entes encargados de garantizar y proteger los derechos fundamentales en el trabajo, confirmando con esto el contenido de raigambre constitucional que se encuentra establecido en ella y que se ha vinculado directamente con estos derechos.

Los aspectos analizados en la LOTTT confirman el carácter de este documento como fundamentación doctrinaria y legal de los Derechos Fundamentales en el Trabajo. Igualmente, evidencian la clara relación de sujeción que esta ley (con mayor fuerza que la anterior) presenta con relación a la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y, por lo tanto, el alto contenido y fundamentación doctrinaria constitucionalista que se encuentra presente en esta ley.

El reconocimiento del trabajo como un hecho social y el deber y responsabilidad del Estado por su protección representa una evidencia indiscutible de la forma como se encuentran constitucionalizados los derechos en el trabajo, aspecto que se verifica en el marco de esta ley, y como ese hecho tiene implicaciones que ubican a estos derechos en un marco de mayor amplitud y complejidad con respecto a normativas anteriores.

¹⁰⁰ *Ibidem*. Título VIII.

Dicha amplitud y complejidad colocan la condición del trabajador más allá de sus relaciones dentro de la empresa y lo ubican en su condición ciudadana dentro de una sociedad democrática, en la cual sus derechos son claramente inescindibles de los demás derechos fundamentales, integrándose sustancialmente a éstos, pues tienen validez en el marco de la sociedad en la cual vive, así como en el contexto de las relaciones de trabajo, que se establecen dentro de la empresa.

Esta complejidad, expresión del Constitucionalismo y más aún del Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano, profundiza en los procesos de participación a los cuales tiene el derecho el trabajador en su condición de ciudadano, a través de sus propias formas de organización y de sus derechos ciudadanos, así como de trabajador en cuanto tal, al interior de sus organizaciones sindicales.

Complementario a esto, y confirmando el carácter proteccionista de esta ley, en la LOTTT se precisan los organismos desde los cuales se hará efectiva la defensa y protección de los derechos fundamentales en el trabajo, conformando con ello referencias de peso para la conformación de los sistemas de garantía y protección de los cuales deben gozar estos derechos.

c) Las convenciones colectivas y los Derechos Fundamentales en el Trabajo

En el análisis de los fundamentos relacionados con los Derechos Fundamentales en el Trabajo, es pertinente destacar la importancia que tienen las Convenciones Colectivas como uno de los elementos que le da fundamentación a estos derechos. Martínez, Arufe y Carril las clasifican dentro de las normas sectoriales y las definen como:

Acuerdos entre el empresario o sus representantes de un lado y los representantes de los trabajadores del otro, para regular las condiciones reales de trabajo (salario, jornada de trabajo, funciones de cada puesto de trabajo, etc.) y en un ámbito de aplicación (sector o empresa) determinado¹⁰¹.

Las convenciones colectivas constituyen arreglos que se establecen entre empresarios y representación laboral para pactar sobre las condiciones laborales, determinando la forma como habrán de desarrollarse las relaciones de trabajo. En el artículo 16, literal d de la LOTT¹⁰², la convención colectiva o el laudo arbitral, son categorizadas como fuentes del derecho del trabajo, siempre y cuando lo dispuesto en estos acuerdos, no sea contrario a las normas imperativas de carácter legal y constitucional.

Perdomo afirma que “La convención colectiva tiene efectos jurídicos obligantes”¹⁰³. Dicho efecto, se complementa, amplia y comprende en el efecto *erga omnes*, es decir, que toda convención colectiva beneficia a todos los trabajadores activos al momento de su suscripción y a quienes ingresen con posterioridad, reconociéndose con ello la relevancia de la autonomía de la voluntad colectiva en el sistema de fuentes del Derecho del Trabajo, es decir, “la presencia, junto al poder normativo del Estado, del poder normativo de representantes de los trabajadores que tienen para ordenar y regular las relaciones de trabajo”¹⁰⁴.

Las convenciones colectivas constituyen un verdadero derecho objetivo aplicable a las relaciones de trabajo y en función de ello, se llegan a

¹⁰¹ MARTÍNEZ, José; ARUFE, Alberto y CARRIL, Xosé. *Derecho del Trabajo*. 2ª Edición. Editorial Netbiblo. 2006. pág. 22.

¹⁰² *Ibidem*. Artículo 16.d.

¹⁰³ *Op. Cit.*

¹⁰⁴ CARBALLO MENA, César. Régimen Jurídico de las Negociaciones y Conflictos Colectivos Laborales en la Constitución Republicana. En: Casal, J.; Arismendi, A. y Carrillo (Coord.). *Tendencias actuales del Derecho Constitucional. Tomo II*. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas. 2007, pág. 577.

constituir en basamento legal de los derechos fundamentales en el trabajo, por el hecho de que aun después de su vencimiento, las cláusulas normativas, permanecen vigentes¹⁰⁵. Dichas cláusulas, relacionadas con las condiciones de trabajo, llegan a consolidarse como componente fundamental de los derechos en el trabajo y uno de sus basamentos más importantes.

Los aspectos señalados son complementados por Martínez et als. cuando afirman lo siguiente: “A pesar de tener su origen en un acuerdo, los convenios colectivos poseen verdadera eficacia normativa”¹⁰⁶. Es decir, las convenciones colectivas tienen validez, pertinencia, así como carácter jurídico que llega a consolidarse en términos de permanencia, sobre todo en lo que atañe a las cláusulas normativas de la convención colectiva.

La validez y pertinencia de las convenciones colectivas indudablemente tienen un impacto significativo, que se evidencia en que éstas llegan a formar parte de la fundamentación de los Derechos Fundamentales en el Trabajo, tal como lo señala Ugarte Cataldo, cuando afirma que “dentro de la plena eficacia en las relaciones entre particulares, está incluida, por cierto, las relaciones laborales sustentadas en un contrato de trabajo”¹⁰⁷

Esta sustentación de los derechos fundamentales en la convención colectiva, se hace más pertinente y sustancial en el marco de una concepción doctrinaria de carácter constitucionalista, donde la validez y pertinencia de estos derechos va más allá de la reflexión y producción académica, pues son el resultado de largos procesos de luchas por

¹⁰⁵ LIMA, José. *Derecho Colectivo del Trabajo*. 1ª Edición. Ediciones Jurídicas Cuyo. Mendoza, Argentina. 1989. pág. 29.

¹⁰⁶ MARTÍNEZ, José; ARUFE, Alberto y CARRIL, Op. Cit., pág. 22.

¹⁰⁷ UGARTE CATALDO, José. *El Nuevo Derecho del Trabajo*. 1ª Edición. Editorial Universitaria. Santiago de Chile. 2004, pág. 120.

alcanzar la garantía y protección de los derechos laborales, siendo las convenciones colectivas, la expresión documental y jurídica de esos logros.

A ese respecto, al estatus que ha llegado a alcanzar la convención colectiva como fuente del derecho del trabajo y como norma con validez jurídica (eficacia normativa), se le debe aunar el estatus de basamento legal y doctrinario de los derechos fundamentales en el trabajo, condición que surge de la importancia social de las luchas y discusiones desarrolladas por los trabajadores y sus organizaciones, así como de los acuerdos alcanzados, en función de la reafirmación, ampliación y profundización permanente de estos derechos.

d) Jurisprudencia relativa a los Derechos Fundamentales en el Trabajo en Venezuela.

De acuerdo con el artículo 16, literal f de la LOTTT, la jurisprudencia representa una de las fuentes del derecho del trabajo y en función de lo dispuesto en ella se establece como uno de los elementos que reafirman la fundamentación legal y doctrinaria del derecho. Este señalamiento es congruente con lo que se señala en la máxima latina *iura novit curia* (el juez conoce el derecho), que viene a ser la consecuencia natural del proceso lógico que se traduce en la otra expresión latina *da mihi factum, dabo tibi ius* (dame los hechos, para darte el derecho)¹⁰⁸.

Como complemento de lo mencionado, Montoro Ballesteros afirma que la fundamentación aportada desde la jurisprudencia se entiende de la siguiente forma:

¹⁰⁸ MONTORO BALLESTEROS, Alberto. Conflicto social, derecho y proceso. En: *Derecho y Proceso. Estudios Jurídicos en honor al Prof. A. Martínez Bernal*. Secretaría de Publicaciones de la Universidad de Murcia. Murcia. 1980, pág. 508.

Es la conexión entre la norma (el instrumento o material de trabajo) y el resultado de esa decisión, a la cual hay que ponerle un límite humano, la fundamentación de un órgano y su producto que decida finalmente: el Tribunal Constitucional (órgano) y argumento constitucional como producto (Doctrina Constitucional)¹⁰⁹.

La jurisprudencia viene a ser la expresión de la relación intrínseca que se establece entre el órgano de decisión judicial y la norma, relación en función de la cual se refuerzan y consolidan los basamentos relacionados con el derecho, a partir de la aplicación de la ley, que representa una expresión o producto abstracto, ante una determinada realidad concreta donde se requiere un pronunciamiento de derecho.

Igualmente, y tal como lo señala Rubio Correa, la jurisprudencia es un aspecto fundamental para la consolidación del Estado de Derecho, por el hecho que “da contenido al sistema jurídico de un determinado país en los detalles y, además, porque crea seguridad al hacer predecible la administración de justicia”¹¹⁰.

Ese contenido viene dado por el hecho de que las decisiones expresadas en los documentos que sientan jurisprudencia están expresadas con base a una realidad concreta objeto de derecho, ante la aplicación de la norma adquiere y enriquece los aspectos teórico-doctrinales presentes en ella. En el caso concreto del Derecho del Trabajo, el sentido de contenido que le aporta la jurisprudencia al sistema jurídico, le da a la misma el carácter de fuente principalísima de conocimiento, a niveles que la colocan al nivel de ley¹¹¹

¹⁰⁹ CARRETERO SÁNCHEZ, Santiago. *Sociología y Prensa Judicial*. 1ª Edición. Editorial Dykinson. Madrid. 2004, pág. 100

¹¹⁰ RUBIO CORREA, Marcial. *Sobre la importancia de la jurisprudencia en el derecho*. [Documento en línea]. Disponible en: <http://www2.scjn.gob.mx/red2/investigacionesjurisprudenciales/seminarios/.pdf>

¹¹¹ MARTÍNEZ, Jesús y ARUFE, Alberto. Op. Cit., pág. 24.

En el marco de la realidad jurídico-laboral venezolana, tal como ya se ha señalado en secciones anteriores, la jurisprudencia en materia laboral presentó marcadas debilidades y pobreza, en virtud de las dificultades confrontadas para la construcción de una estructura constitucional y legal, a través de la cual se reafirmarán e hicieran efectivas las normas internacionales que en materia laboral había ratificado el Estado venezolano.

En el definitivo afianzamiento de la constitucionalización de los derechos fundamentales en general y de los derechos fundamentales en el trabajo, se ha venido asistiendo en Venezuela a la progresiva construcción de una jurisprudencia en materia laboral con la cual se ha contribuido a la solidificación del piso argumental jurídico-constitucional de estos derechos, coadyuvando a su validez y eficacia normativa.

En ese sentido, se deben destacar algunos de estos productos jurisprudenciales que constituyen aportes de importancia significativa para la conformación del basamento constitucional de los Derechos Fundamentales en el Trabajo. Estos se representan en los ejemplos siguientes, donde se establecen sentencias con relación a la No-Discriminación en el Trabajo y el Derecho.

La Sentencia N° 2002-2086, Expediente N° 02-27150 de fecha 31/07/2002¹¹², tiene como motivo, la demanda ante la violación del derecho al trabajo, a la no discriminación, y a la estabilidad laboral, en función de la pretensión circunscrita, donde se ordena al ente accionado (empresa) la reincorporación al cargo que desempeñaba la demandante, así como el pago de los salarios dejados de percibir desde la fecha de su ilegal despido hasta su efectiva reincorporación.

¹¹² TSJ. Sentencia N° 2002-2086, Expediente N° 02-27150 de fecha 31/07/2002. [Documento en línea]. Disponible: http://www.tsj.gov.ve/tsj_regiones/decisiones/2002/julio/025-31-02-27150-2002-2086.html. [Consulta: 30-09-2012].

A ese respecto, el Tribunal se fundamenta en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, donde se prevé en sus artículos 87, 88, 89 y 93:

- Que toda persona tiene derecho a trabajar, debiendo garantizar el Estado la adopción de las medidas necesarias a los fines de que toda persona pueda obtener ocupación productiva, que le proporcione una existencia digna y decorosa y le garantice el pleno ejercicio de este derecho (Artículo 87).

- La igualdad y equidad entre hombres y mujeres en el ejercicio del derecho al trabajo, prohibiendo todo tipo de discriminación por razones de política, edad, raza, sexo o credo o por cualquier otra condición y disponiendo lo conducente para limitar toda forma de despido no justificado (Artículo 88). Del mismo modo, la Ley prohíbe expresamente despedir o presionar a una mujer en estado de gravidez, pues goza de las mismas condiciones de trabajo de los demás trabajadores, pues la maternidad es un derecho inherente a la mujer, así como objeto de protección de parte del Estado venezolano, de acuerdo con lo establecido en el artículo 76.

Con base al sustento constitucional, el tribunal decide a favor de la agraviada, declarando con lugar la pretensión de amparo constitucional ejercida y ordenando la reincorporación de la accionante al cargo que ejercía en la empresa y el pago de los salarios dejados de percibir desde la fecha en fue despedida injustificadamente, es decir, hasta la fecha en que venciera el período post-natal.

Esta decisión viene a confirmar la Doctrina Constitucional aplicada a los hechos señalados con relación a la no discriminación laboral, así como la protección a la maternidad como un derecho fundamental inescindible

aplicable a la agraviada tanto en su condición de ciudadana como de trabajadora.

Una segunda sentencia, referida a Amparo Constitucional, y la cual se establece con relación a la Libertad Sindical, está registrada en el expediente N° 09-2504 de fecha 15 de julio de 2009¹¹³. Dicha sentencia responde a la demanda del Sindicato Único Municipal de Empleados Públicos Municipio Libertador del Distrito (SUMEP-ML-DF) contra los ciudadanos Contralor y Directora de Recursos Humanos de la Contraloría Municipal del Municipio Bolivariano Libertador, estado Mérida.

El motivo de dicha demanda está dirigida a que les restablezcan a sus representados los derechos constitucionales y legales a los demandantes, consagrados en el artículo 23 y 95 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, debido al desconocimiento de los Convenios N° 87 y N° 98, de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), y los artículos 397 y 446 de la Ley Orgánica del Trabajo, vulnerados por los funcionarios señalados.

Con lo expuesto en esta sentencia, se establece basamento jurisprudencial a un derecho fundamental en el trabajo como lo es el de la Libertad Sindica, expresado en el Convenio N° 87 de la OIT, donde se establece la libertad sindical y el derecho de sindicación; así como en el Convenio N° 98, referido a la protección adecuada ante la discriminación sindical, ratificados constitucionalmente en el artículo 95 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en cuanto al derecho de los trabajadores y trabajadoras a constituir libremente las organizaciones sindicales que estimen convenientes.

¹¹³ TSJ. *Expediente N° 09-2504* de fecha 15 de julio de 2009. [Documento en línea]. Disponible en: <http://merida.tsj.gov.ve/decisiones/2009/julio/2111-15-09-2504-.html>. [Consulta: 29-09-2012].

De las sentencias expuestas, se confirman dos de los Derechos Fundamentales en el Trabajo más importantes, como la Libertad Sindical y la No discriminación, ambos ubicados en el ámbito laboral, pero que, a su vez remiten, al contexto de la sociedad, configurando la condición de ciudadano que caracteriza al trabajador tanto en sus relaciones con el Estado (eficacia vertical) como con los particulares, concretamente con el patrono o representante patronal (eficacia horizontal).

Igualmente, se evidencia la importancia que tiene la jurisprudencia como fuente del Derecho del Trabajo, que le da contenido y, a la vez permite reafirmar los elementos de principio y doctrina presentes en la norma, de tal forma que llega a constituirse en un recurso jurídico de carácter principalísimo en lo que concierne al reconocimiento de los derechos de la persona del trabajo y del trabajo en cuanto tal.

CAPÍTULO VI

OBSERVANCIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES LABORALES EN VENEZUELA

a) Observancia de los Derechos de la Persona en el Trabajo.

En el capítulo referente a los derechos laborales, se estableció que estos derechos, como derechos fundamentales, se encuentran referidos en lo que corresponde a la persona en el trabajo, partiendo de la premisa desde la cual se propugna la relación entre el trabajador y su condición ciudadana para el ejercicio de la democracia como sistema. A ese respecto, la No Discriminación, la Libertad Ideológica y Religiosa, Derecho a la Intimidad y la Libertad de Expresión y Asociación se configuraron como derechos de la persona del trabajador indisolubles de los derechos fundamentales.

A continuación se realiza un análisis dirigido a determinar la observancia de estos derechos en el marco de la realidad actual, describiendo la situación de los derechos mencionados relacionándolos entre sí, a los fines de establecer como la vulneración o no de uno de estos derechos tiene implicaciones con relación a los demás, lo que permite verificar la vinculación que existe entre ellos.

En primer lugar se aborda el derecho a la no discriminación que viene a constituir un derecho referido a la persona del trabajador, presenta una situación característica que se encuentra reflejada en casos puntuales y concretos, donde se evidencian fallas en la observancia de este derecho. A continuación se detallan algunos reportes donde se refleja en forma concreta la manera como se expresa la vulneración de este derecho en el país.

En primer lugar, es importante destacar el Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos del año 2005, donde se expresa preocupación por la discriminación política existente en Venezuela. A ese respecto, en el mencionado informe se refleja que:

La Comisión encuentra que la utilización del despido laboral y la obstrucción a beneficios sociales, entre otros, para castigar aquellas personas que manifiestan su disenso con la administración, comportan acciones violatorias a los derechos humanos y deberían ser objeto de censura generalizada como ocurre con otras violaciones más directas que son objeto de investigaciones¹

Es importante recordar que Venezuela les otorga jerarquía constitucional a los tratados internacionales, entre los cuales se encuentra el correspondiente al derecho a la no discriminación. A ese respecto, en la Constitución, concretamente en el artículo 21, se propugna la igualdad de todas las personas ante la ley y específicamente los numerales 1 y 2, lo que es plenamente reafirmado en el artículo 89, numeral 5.

En ese sentido, en modo alguno por vía de leyes internas o por disposición de reglamento interno o decisión gerencial, se debe permitir la discriminación en el trabajo, pues constituye una práctica contraria a lo establecido en el espíritu de lo establecido en las normas internacionales aceptadas y el texto constitucional.

La no discriminación laboral es uno de los avances más importantes en materia de los derechos laborales y de su constitucionalización y relación inescindible con los demás derechos fundamentales, no obstante las prácticas que se han evidenciado en el marco de la realidad venezolana

¹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Informe anual de 2005*. 27 de febrero de 2006, Capítulo IV, Venezuela, pág. 331.

apuntan a un retroceso, donde se trata de establecer estilos de gestión que afectan de manera significativa la igualdad de oportunidades y trato en el ambiente de trabajo.

Una muestra significativa de la no observación o conculcación del derecho a la no discriminación en el trabajo, se encuentra representada en la utilización de llamadas listas negras bajo la denominación popular de “lista Tascón” y “programa Maisanta”. A ese respecto, es pertinente destacar lo que señala *Human Right Watch* (HRW) cuando indica que, aún cuando estas listas fueron diseñadas con un propósito electoral “varios funcionarios del gobierno de alto rango alentaron el uso de las listas o amenazaron con usarlas”²

La organización no gubernamental SUMATE³ destaca tres situaciones de discriminación en el trabajo por razones políticas donde se evidencia la aplicación de las mencionadas listas negras. En primer lugar, se encuentra el caso de Lisbeth Calzadilla, periodista a quien se le negó la oferta de trabajo en el Fondo Nacional de Ciencia y Tecnología, dependiente del Ministerio de Ciencia y Tecnología (FONACIT) para ocupar una plaza periodística en esa institución por haber firmado la solicitud del referendo revocatorio del Presidente de la República.

En segundo lugar, el caso de Jesús Moreno quien trabajó hasta 1996 en Corporación Venezolana del Petróleo (CORPOVEN), antigua filial de Petróleos de Venezuela, S.A. (PDVSA), empresa petrolera del Estado venezolano, le negaron en el 2004 una oferta de trabajo en el área de

² HRW. *Una década de Chávez. Intolerancia política y oportunidades perdidas para el progreso de los derechos humanos en Venezuela*. Nueva York, pág. 17.

³ SUMATE. *El respeto a los derechos fundamentales y otras libertades fundamentales ¿Existe discriminación política en Venezuela?* [Documento en línea]. Disponible en: http://www.sumate.org/democracia-retroceso/cap5_es_2.htm.

mantenimiento porque un antiguo supervisor lo identificó como opositor y ordenó que lo botaran de la refinería.

En tercer lugar, se encuentra el caso de la señora Ana Kosa, quien fue botada de la institución del Estado denominada Fondo de Garantías de los Depósitos Bancarios (FOGADE) (conocido hoy con la denominación de Fondo de Protección Social de los Depósitos Bancarios), el 15 de junio de 2004 luego de 4 años de servicio tras ser acusada de "espía del imperialismo yanqui".

Los casos señalados vienen a representar la expresión de una práctica violatoria del derecho a la no discriminación, en el sentido de que a estas personas se les negó el derecho al trabajo, con base a un argumento de carácter discriminatorio expresado en la expresión de una opinión y posición contraria a la del gobierno y sin establecer los mecanismos pertinentes para su derecho a la defensa.

Con relación a casos acaecidos en la industria petrolera en el año 2002, HRW señala lo siguiente:

La discriminación política ha sido respaldada y practicada abiertamente en la industria del petróleo, que es una de las fuentes de empleo más importante en el país, así como el pilar de la economía nacional. Después de una huelga de dos meses, en diciembre de 2002, el gobierno despidió a casi la mitad de los trabajadores de la compañía petrolera del Estado, Petróleos de Venezuela, S.A. (PDVSA), y creó listas negras de los empleados despedidos para impedirles el acceso a futuros empleos⁴.

La aplicación de medidas coercitivas, en función de criterios de orden político, donde un sector contrario a las políticas del gobierno que llevó a

⁴ HUMAN RIGH WATCH. Op. Cit., pág. 12.

cabo acciones de protesta contra el mismo, es despedido en forma compulsiva, viene a constituir una abierta violación al derecho a la no discriminación laboral que aún se mantiene después de 10 años de dicha acción, así como una clara limitación de la libertad de las personas de desarrollar capacidades y de escoger y realizar sus aspiraciones profesionales y personales sin importar las valoraciones de orden político, ideológico, de condición de género o raza.

Esta violación del derecho a la no discriminación, se vincula e implica la vulneración de la libertad ideológica y ello se explica cuando se hace referencia a lo que representa este derecho relativo a la persona del trabajador, considerado como el derecho de toda persona a gozar de esta libertad y de manifestarla de manera pública, claramente instituido en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, a través de su artículo 57, donde se señala el derecho que tienen todas las personas “a expresar libremente sus pensamientos, sus ideas u opiniones de viva voz, por escrito o mediante cualquier otra forma de expresión, y de hacer uso para ello de cualquier medio de comunicación y difusión, sin que pueda establecerse censura”⁵.

De esta manera, se establece la tolerancia y respeto de la discrepancia y la diferencia en todas las opciones que suscita la vida personal y social, limitando el poder del empleador, sea ente público o privado, en cuanto a atentar contra la autonomía y esfera personal del trabajador, concretamente en lo que se refiere a su libertad ideológica o religiosa y a su manifestación en forma privada o pública.

Con relación a lo señalado, es indudable que el establecimiento de medidas coercitivas como es el caso de las “listas negras” ya referidas,

⁵ OP CIT.

constituye una forma de colocar límites y restricciones, vía amenaza o aplicación de medidas de despido o no incorporación laboral, a que los trabajadores y las personas puedan manifestar de manera abierta y pública su disenso con relación a la orientación ideológica del gobierno.

Respecto a ello, es pertinente destacar que la aplicación del mecanismo de coerción a través de las listas ya referidas, también constituye una vulneración del derecho a la intimidad, en el sentido que al utilizar dichas listas se vulnera la protección ante la ley a la cual tiene derecho toda persona que sea objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia.

Este derecho se encuentra establecido en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en su artículo 60, en el que se establece lo siguiente

Artículo 60. Toda persona tiene derecho a la protección de su honor, vida privada, intimidad, propia imagen, confidencialidad y reputación. La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y ciudadanas y el pleno ejercicio de sus derechos⁶.

El contenido y espíritu de este artículo representa un estatuto de rango constitucional, donde se trasluce como aspecto fundamental la dignidad como concepto y principio comprensivo de la intimidad y la libertad de conciencia, que se hace extensivo a la del trabajador. Igualmente, se evidencia en lo expuesto la tendencia expansiva de los derechos ciudadanos a la esfera del trabajo y de la empresa, como expresión inequívoca de lo que deber ser una sociedad democrática.

⁶ OP. CIT.

Estos derechos, tal como lo señala Valdés Dal-Re llegan a constituirse en “límites infranqueables que al empresario no le es dable conocer (a pesar del deber de obediencia que frente a él corresponde al trabajador) en uso de su poder de dirección”⁷. Son derechos que corresponde al trabajador no solo en cuanto a trabajador, sino también en su condición de persona, de ciudadano y de sujeto de derechos con relación a su dignidad, por lo que las acciones dirigidas contra ellos representan la expresión de una clara desatención y violación de sus derechos fundamentales.

La conculcación de los derechos individuales de los trabajadores, representan acciones que contrarían los acuerdos internacionales y el texto constitucional, lo que le plantea a los organismos jurisdiccionales, la aplicación de las medidas tutelares que garanticen la protección de los mismos como expresión de los derechos fundamentales que se integran en el ámbito laboral y que trascienden el plano de la ciudadanía, partiendo del carácter inescindible de los derechos laborales con relación a los demás derechos fundamentales.

b) Observancia de los derechos en el trabajo

La observancia del cumplimiento de los derechos en el marco del trabajo en Venezuela, presenta una situación que es considerada como crítica por parte de las organizaciones de los derechos humanos en Venezuela. A ese respecto, es importante señalar, en primer lugar, lo que refleja la CIDH en su informe titulado: *Democracia y derechos humanos en Venezuela*:

⁷ VALDÉS DAL-RE, Fernando. “Poderes del empresario y derechos de la persona del trabajador”, en Aparicio, Joaquín y Baylos, Antonio (Dir.). *Autoridad y Democracia en la Empresa*, Madrid, 1992, pág. 32.

La Comisión observa que Venezuela todavía se caracteriza por una constante intervención en el funcionamiento de los sindicatos, mediante acciones del Estado que obstruyen la actividad de los dirigentes sindicales, y que apuntan al control político del movimiento organizado de trabajadores, así como también mediante normas que permiten la injerencia de órganos administrativos en la elección de dirigentes sindicales⁸

La obstaculización al ejercicio del derecho a la libre asociación constituye una práctica aun persistente en el marco de la realidad venezolana y es precisamente desde el Estado donde se ejerce esta obstaculización, en virtud de una orientación de carácter ideológico-político dirigida a mediatizar el ejercicio de los trabajadores a seleccionar libremente la organización de su preferencia.

Respecto a esta situación, la CIDH ha señalado de manera clara y precisa lo siguiente:

La libertad de asociación, en materia sindical, consiste básicamente en la facultad de constituir organizaciones sindicales y poner en marcha su estructura interna, actividades y programas de acción, sin intervención de las autoridades públicas que limiten o entorpezcan el ejercicio del respectivo derecho. Por otra parte, esta libertad supone que cada persona pueda determinar sin coacción alguna si desea o no formar parte de la asociación. Se trata, pues, del derecho fundamental de agruparse para la realización común de un fin lícito sin presiones o intromisiones que puedan alterar o desnaturalizar su finalidad.⁹

La intromisión del Estado en el ejercicio de este derecho contraviene el desarrollo de una potestad individual y colectiva del sector de los trabajadores, y en el contexto de la situación actual en Venezuela esta realidad se ha hecho presente a través de presiones directas desde las

⁸ CIDH. *Democracia y derechos humanos*. OEA. 2009, pág. xviii.

⁹ OP. CIT., pág.

instancias gubernamentales y la aplicación de normativas que contravienen lo que el país ha refrendado en las normas internacionales al respecto.

Al mantenerse este tipo de presión de parte del Estado para mediatizar las decisiones que le corresponde tomar a los trabajadores en forma soberana, se atenta contra la libertad sindical, que representa otro de los derechos objeto de análisis con relación a su situación actual en el contexto de la realidad venezolana.

El intervencionismo flagrante del Estado venezolano, constituye la expresión más acabada de las acciones dirigidas a conculcar el derecho a la libertad sindical. A ese respecto, es importante precisar la existencia de situaciones de hecho y situaciones con manto jurídico, donde se expresan las acciones referidas. Dichas acciones forman parte de una práctica continuada y sistemática, donde se pretende que los trabajadores y sus representantes legítimos no lleven a cabo libremente las actividades dirigidas a la defensa de sus intereses ante el empleador, así como a la obtención de sus derechos personales, económicos y sociales.

Con relación a las situaciones de hecho, es importante hacer referencia a la negligencia del Estado con relación a garantizar la protección de la seguridad personal de los trabajadores. A ese respecto, reporta Marín Quijada en el marco del Debate en la Conferencia Internacional del Trabajo, “el asesinato de sindicalistas por lo general impunes”¹⁰.

Este señalamiento, se encuentra respaldado por diferentes documentos, entre los que se puede destacar, el caso N° 2727 de queja,

¹⁰ MARÍN QUIJADA, Enrique. “Violaciones a la libertad sindical en Venezuela”. *Debate en la Conferencia Internacional del Trabajo*. [Documento en línea]. Disponible en: http://gumilla.org/biblioteca/bases/biblo/texto/SIC2010729_396-401.pdf. [Consulta: 05-01-2013]-, pág. 397.

introducido ante la OIT por parte de la Confederación de Trabajadores de Venezuela (CTV), donde se reporta el asesinato de tres dirigentes de la Unión Bolivariana de Trabajadores de la Industria de la Construcción en El Tigre y de dos delegados sindicales en el sector de Los Anaucos en junio de 2009; así como el asesinato por medio de sicarios de más de 200 trabajadores y dirigentes del sector de la construcción ¹¹.

Un segundo aspecto donde se representan las situaciones de hecho que atentan contra el Derecho a la Libertad Sindical, lo reporta PROVEA cuando señala la existencia de una “política de judicialización del ejercicio de la libertad sindical, sometiendo a sindicalistas a procesos penales por ejercer sus obligaciones sindicales”¹². Dicha política consiste básicamente en la detención y sometimiento a un juicio penal con severas medidas cautelares, a los trabajadores que protesten públicamente.

Existen casos que se pueden considerar como emblemáticos, en el sentido de que expresan de manera clara cómo se aplican las políticas de judicialización relacionadas con el ejercicio de la libertad sindical. Entre uno de esos casos, se encuentra el referido a la sentencia mediante la cual se condenó al sindicalista Rubén González, secretario general del sindicato de trabajadores de la empresa básica del Estado venezolano, Ferrominera del Orinoco, a 07 años, 06 meses y 22 días, por la imputación de los delitos de instigación a delinquir, establecido en el artículo 283 del Código Penal; restricción a la libertad del trabajo, establecido en el artículo 191 en concordancia con los artículos 192 y 193 del Código Penal, e incumplimiento del Régimen Especial de la Zona de Seguridad, establecido en el artículo 56

¹¹ OIT. *Queja contra el gobierno de la República Bolivariana de Venezuela presentadas por la CTV. Caso 2727. Informe provisional*. Comité de Libertad Sindical [Documento en línea]. Disponible en: <http://white.oit.org.pe/sindi/casos/ven/ven201004.html>. [Consulta: 28-12-1012].

¹² PROVEA. Op. Cit., pág. 116.

de la Ley Orgánica de Seguridad de la Nación, en concordancia con los artículos 83 y 80 del Código Penal¹³.

Otro caso emblemático de acciones de hecho mediante judicialización del ejercicio de la libertad sindical, es el de los trabajadores del Sindicato de Trabajadores de El Callao (SINTRACALLAO) en el estado Bolívar, Edwar López, secretario general; Ruby Chirinos, secretario de Actas; Alan Ortega, secretario de Organización, y José Infante, secretario de Reclamos. En este caso, la Fiscalía Quinta del Ministerio Público en la población de Tumeremo, estado Bolívar, imputó a cuatro trabajadores por participar en la paralización de la mina Isidora, donde opera la empresa de capital mixto Venezuela-Rusia (VENRUS). La exigencias de los trabajadores era la relativa a la discusión de la convención colectiva que tenía más de seis años vencida. Se les imputaron los delitos de agavillamiento, instigación a delinquir e impedimento al trabajo¹⁴.

Un tercer caso que simboliza las acciones de hecho relativas a la vulneración del Estado venezolano con relación al Derecho a la Libertad Sindical, es el de los representantes sindicales de la empresa Transporte Camila. A estos trabajadores se les imputaron delitos de violación a la zona de seguridad, apropiación indebida calificada, obstaculización al ejercicio del derecho laboral y hacerse justicia por sus propias manos¹⁵.

Como cuarto caso donde se hace manifiesta la violación del Derecho de Libertad Sindical, se puede mencionar el referido a la detención y posterior acusación de boicot al delegado sindical y cuatro trabajadores de PDVSA-Gas Comunal, en 2009 en los Valles del Tuy, estado Miranda. Los detalles de dicho caso se encuentran reflejados en el caso de queja 2.727,

¹³ IBÍDEM, pág. 117.

¹⁴ IBÍDEM, pág. 118.

¹⁵ IBÍDEM.

informe 356 considerados dentro de los casos graves y urgentes por la OIT, interpuesta por la Confederación de Trabajadores de Venezuela (CTV)¹⁶.

Cabe señalar que el Comité de Libertad Sindical de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) instó al Gobierno a dejar sin efecto y sin demora las medidas judiciales aplicadas a trabajadores que protestaban pacíficamente, así como conminó a la modificación del artículo 139 de la Ley para la Defensa de las Personas en el acceso a los Bienes y Servicios, desde donde se justifica la acción gubernamental tomada. La respuesta de la delegación venezolana en representación del Estado fue la siguiente: “El Gobierno no acatará recomendaciones que carecen del debido sustento y la competencia por parte del comité y que van en contra de los principios constitucionales y de la normativa que rige el Estado”¹⁷.

A las prácticas de hecho dirigidas a la conculcación del Derecho a la Libertad Sindical por parte del Estado venezolano, se le deben agregar las de “derecho” que se llevan a cabo desde esta instancia. A ese respecto, se debe destacar que desde las instancias legales, se han establecido normas que contravienen el derecho a la autonomía que tienen las organizaciones sindicales a elegir sus representantes.

Esta situación se aprecia en lo que se encuentra señalado en el artículo 95 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, donde se reconoce el derecho que tienen los trabajadores, sin distinción alguna y sin necesidad de autorización previa, de constituir libremente las organizaciones sindicales que estimen convenientes para la mejor defensa de sus derechos e intereses y lo que se encuentra presente en el artículo 293, donde se señala que entre las funciones del Poder Electoral, se

¹⁶ OIT. Op. Cit.

¹⁷ *Ibíd*em

encuentra la organización de las elecciones de sindicales, lo que se podría considerar una contradicción en el texto y una contravención de este artículo con relación a la libertad y autonomía sindical.

Esta contradicción y contravención de lo dispuesto con relación a la autonomía y libertad sindical en cuanto a la elección de las representaciones sindicales, se confirma, en primer lugar, en el artículo 33, numeral 2 de la Ley Orgánica del Poder Electoral, donde se establece que el Consejo Nacional Electoral (CNE) tiene competencias para “organizar las elecciones de sindicatos, respetando su autonomía e independencia, con observancia de los Tratados Internacionales suscritos por Venezuela sobre la materia, suministrándoles el apoyo técnico y logístico correspondiente”¹⁸.

En segundo lugar, la acción de vulneración de la autonomía sindical en materia eleccionaria, se evidencia en el artículo 405 de la LOTT, donde se establece lo siguiente:

Artículo 405. Las organizaciones sindicales notificarán de la convocatoria del proceso de elecciones al Poder Electoral y si lo requieren solicitarán asesoría técnica y apoyo logístico para la organización del proceso electoral a los fines de garantizar los derechos e intereses de sus afiliados y afiliadas. El Poder Electoral publicará en la Gaceta Electoral la convocatoria presentada por la organización sindical dentro de los ocho días siguientes a la notificación¹⁹.

Con base a esta situación, el gobierno “ha socavado el derecho de los trabajadores de elegir a sus representantes, al ordenar que una institución estatal (el Poder Electoral), se encargara de la organización y reconocimiento

¹⁸ LEY ORGÁNICA DEL PODER ELECTORAL. *Gaceta oficial* N° 37.573 del 19 de noviembre de 2002.

¹⁹ LOTT. Op. Cit.

de las elecciones sindicales”²⁰. Al promoverse desde el texto constitucional y en las leyes referidas, la injerencia del Estado en las elecciones sindicales, a través de la figura del CNE como entidad representativa del Poder Electoral, se estarían infringiendo los esquemas y pautas internacionales establecidas en materia de libertad y autonomía sindical.

Para puntualizar situaciones específicas relacionadas con la vulneración de la libertad sindical, es pertinente destacar el Caso N° 2422 correspondiente a la queja introducida ante el Comité de Libertad Sindical de la OIT por parte del Sindicato Único Nacional de Empleados Públicos, Profesionales y Técnicos del Ministerio de Salud y Desarrollo Social (SUNEP-SAS)²¹, donde se hacen alegatos contra las siguientes acciones:

- Decisión del CNE de suspender y desconocer las elecciones del SUNEP-SAS a pesar de haber cumplido los requisitos legales;

- No decisión del CNE sobre el recurso interpuesto por el SUNEP-SAS;

- Negativa de las autoridades (2003) a negociar un proyecto de convención colectiva;

- Ulterior negativa (2005) de las autoridades a la participación de SUNEP-SAS en la negociación de un proyecto de negociación colectiva en el sector de la salud pública presentado por la organización FENASINTRASALUD — organización menos representativa — invocándose

²⁰ HUMAN RIGHTS WATCH. Op.Cit., pág. 157.

²¹ OIT. *Queja contra el gobierno de la República Bolivariana de Venezuela presentada por el Sindicato Único de Empleados Públicos, Profesionales, Técnicos y Administradores del Ministerio de Salud y Desarrollo Social*. [Documento en línea]. Comité Sindical. Disponible en: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_gb_296_4_es.pdf. [Consulta: 06-11-2012]

mora en las elecciones sindicales de SUNEP-SAS y negando en base a ello el derecho de este sindicato de celebrar convenciones colectivas;

- Negativa de permisos sindicales a la Junta Directiva de la Seccional SUNEP-SAS de Anzoátegui en base a la supuesta mora en las elecciones sindicales.

- Cabe destacar que el sindicato querellante alega que es la organización sindical con mayor representatividad en el sector y que hasta ese momento era la organización titular de la contratación colectiva.

Luego de los alegatos de la parte querellante y la representación gubernamental, el Comité de Libertad Sindical de la OIT en el mencionado Caso N° 2422, concluye resaltando que:

- De acuerdo a lo que señala el artículo 3 del Convenido 87, los empleadores tienen el derecho de redactar sus estatutos y de elegir libremente sus representantes sin intervención de las autoridades públicas, destacando que el CNE es una autoridad pública;

- Una reglamentación demasiado minuciosa y detallada del procedimiento electoral de las organizaciones sindicales viola el derecho de elegir a sus representantes, prevista el artículo 3.

- Los casos en que sean impugnados los resultados de las elecciones sindicales, estas cuestiones deberán remitirse a las autoridades judiciales, quienes deberían garantizar un procedimiento imparcial, objetivo y rápido.

- En anteriores ocasiones el comité ha objetado el papel que otorga la Constitución y la legislación al CNE en la organización y supervisión de las

elecciones sindicales con facultad para anularlas; en efecto, a juicio del comité la organización de las elecciones debe corresponder a las organizaciones sindicales en aplicación del artículo 3 del Convenio 87 y la competencia para anularlos exclusivamente a una autoridad judicial independiente, única que pueda asegurar con suficientes garantías el derecho a la defensa y el debido proceso.

En los aspectos donde se expresan las conclusiones del Comité de Libertad Sindical de la OIT, con relación a la queja del Caso N° 2422, se reafirman los aspectos de principios relacionados con la autonomía y libertad sindical en materia de elección de la representación de cada organización de trabajadores. Igualmente, destacan que la intervención del CNE como representación ejecutiva del Poder Electoral, constituye una práctica de interferencia en las actividades que de las organizaciones sindicales, que les ha causado daños y menoscabo a sus facultades de libertad y autonomía, de acuerdo con lo que se encuentra dispuesto en la normativa internacional en esta materia.

Este planteamiento se reafirma y se complementa en lo que señala HRW, en cuanto a que:

El gobierno ha promovido la injerencia estatal en las elecciones sindicales al exigir que todas aquellas elecciones sean organizadas y reconocidas por el Consejo Nacional Electoral (CNE), una autoridad pública. Esta supervisión obligatoria de las elecciones sindicales infringe los estándares internacionales que garantizan a los trabajadores el derecho a elegir libremente a sus representantes, de acuerdo con sus propias condiciones²².

²² HRW. Op. Cit., pág. 157.

En ese sentido, lo desarrollado desde la contradicción y contravención legal que viene diseñada desde el propio hilo constitucional, responde a una política de Estado dirigida a reducir y/o suprimir el rol que tienen las organizaciones sindicales respecto a su representación de los trabajadores en la exigencias del cumplimiento efectivo de sus derechos individuales y colectivos, a los fines de que dichas organizaciones se limiten al ejercicio de actividades meramente administrativas, en el caso de aquellas que no se encuentran alineadas con la orientación ideológica del actual gobierno; o a acompañar como brazo operativo-productivo de su proyecto político.

En línea de reafirmación de los planteamientos realizados acerca de la injerencia de una autoridad pública en las elecciones sindicales, también es importante destacar lo que se reseña en las *Actas de la Conferencia Internacional del Trabajo* de la OIT con relación a esta situación:

La Confederación de Trabajadores de Venezuela (CTV), expresó su preocupación sobre el hecho que el Consejo Nacional Electoral podría injerirse en los procesos electorales sindicales. La Misión de Alto Nivel y la observación de la Comisión de Expertos habían puesto en evidencia la falta de aplicación del Convenio (Conv. 87). Sin embargo, el pronunciamiento de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia sobre la constitucionalidad del funcionamiento del Consejo Nacional Electoral, había producido una contradicción con los compromisos internacionales asumidos con la ratificación del convenio²³.

Lo expresado en el documento referido confirma la actuación que por vía legal aplica el Estado venezolano de negar y contradecir el principio fundamental del Derecho de Libertad Sindical, al reafirmar vía Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, la interferencia que ejerce un autoridad pública como el CNE en el desarrollo de un proceso que debe

²³ OIT. *Actas de la Conferencia Internacional del Trabajo. Nonagésima sexta reunión.* Ginebra. 2007, pág. 56.

ser libre y autónomo, como lo es el de las elecciones de las representaciones de las organizaciones sindicales.

La práctica dirigida a la disminución y/o supresión de las organizaciones sindicales, se ha expresado en actuaciones claras y concretas en contra de la Libertad Sindical, que viene a representar un derecho fundamental perteneciente a los trabajadores, en cuanto a la facultad y autonomía que tienen de crear y organizar de forma libre y soberana las organizaciones sindicales que estimen convenientes para la mejor defensa de sus derechos e intereses, derechos que se encuentran consagrados en los artículos 95 y 96 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y en el Convenio relativo a la Libertad Sindical y a la Protección del Derecho de Sindicación de 1948 o Convenio N° 87.

A ese respecto, las prácticas de hecho y las que se encuentran envueltas en el manto jurídico, ya señaladas en este punto, vienen a constituir, acciones que evidencian una labor expresa del Estado de mediatizar el ejercicio de este derecho, contrariando la esencia del mismo, que es la autonomía y libertad que le asiste a los trabajadores a organizarse en estructuras de representación, desde las cuales se asuma la defensa de sus derechos, tanto en lo que concierne a su persona como en lo que se refiere a las condiciones laborales y los beneficios sociales y económicos que le corresponden por derecho.

Estos hechos pueden ser calificados también como prácticas antisindicales, con base a lo que se encuentran expresado en la LOTTT concretamente en el artículo 357, donde se establece la prohibición de restricciones, presiones en su funcionamiento o discriminación que atente contra el derecho que tienen los trabajadores y trabajadoras a la participación

democrática y protagónica garantizada por la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela²⁴.

Con relación a ello, la aplicación de las políticas de Estado, expresadas en la negligencia con respecto a la protección del derecho a la vida de los trabajadores y los representantes sindicales (violencia sindical); la aplicación de medidas coercitivas dirigidas a la judicialización y criminalización de las actividades sindicales y a la utilización de los mecanismos jurídicos para negar la autonomía sindical con relación a la elección de sus representantes, lo colocan en una situación de abierta contradicción con relación a los principios normativos internacionales reconocidos por Venezuela y a los principios constitucionales.

En términos generales, la situación relacionada con la observancia y cumplimiento efectivo del derecho a la libertad sindical, refleja la existencia de prácticas dirigidas a contravenir la vigencia del mismo, de donde se destaca en primer lugar acciones relativas a la criminalización de las acciones realizadas por dirigentes sindicales y trabajadores cuando hacen valer sus derechos; la creciente tasa de dirigentes sindicales asesinados en forma impune sin el que el Estado haya dado respuesta a esta situación y la aplicación de mecanismos jurídicos para coartar este derecho, a través de la intervención de una autoridad pública en las elecciones sindicales, representada en el CNE, como organismos certificador y validador de las mismas.

Estas prácticas representan ejecutorias contradictorias al derecho que tienen los trabajadores a constituir libremente las organizaciones sindicales que estimen convenientes para la mejor defensa de sus derechos e intereses; así como a la protección con la que deben contar contra todo acto

²⁴ LOTTT. Artículo 357.

de discriminación o de injerencia contrario al ejercicio de este derecho. Igualmente, constituyen acciones que no se ajustan a lo que debe ser un Estado de Derecho y de un sistema democrático de relaciones laborales, donde se reconocen intereses colectivos que tienen con existencia propia, cuya representación y defensa se encuentra delegada en organizaciones a las cuales se le ha elegido para el cumplimiento de esas responsabilidades.

b.3) Negociación Colectiva.

La vulneración de la libertad sindical indudablemente se vincula y afecta otros derechos relacionados con el trabajador como parte de un colectivo que exige mejores condiciones de su ambiente trabajo, así como de mejoramiento sostenido de sus condiciones en materia económica, social y cultural. Entre esos derechos se encuentra el de la negociación colectiva, donde se expresan los procesos de diálogo, desde los cuales los trabajadores promueven el mejoramiento continuo de sus condiciones de vida como trabajadores y como ciudadanos.

La intervención del Estado en las elecciones de las organizaciones sindicales, a través de la interferencia del CNE en las mismas, convirtiéndose en supra ente de decisión, ha generado como una de sus consecuencias más inmediatas la vulneración del derecho a la discusión o negociación colectiva relativo a los principios que sustentan los derechos colectivos en el trabajo.

Es pertinente recordar que este derecho se encuentra consagrado en la normativa internacional, a través del Convenio sobre Aplicación de los Principios del Derecho de Sindicación y de Negociación Colectiva de 1949 o Convenio N° 98 y en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en el artículo 96, que reconoce el derecho de los trabajadores a

la negociación colectiva voluntaria y a celebrar convenciones colectivas de trabajo, sin más requisitos que los que establezca la ley, así como el deber del Estado de garantizar su desarrollo y establecer lo conducente para favorecer las relaciones colectivas y la solución de los conflictos laborales.

La esencia del principio que le da sustentación a este derecho y la aplicación efectiva del mismo en la práctica responde a garantizar la promoción de unas condiciones de trabajo decente y hacerlas realidad, de tal manera que inciden en el mejoramiento continuo y sostenido del trabajador no sólo como componente humano fundamental de los procesos productivos, sino también como ciudadano con derechos económicos, sociales y culturales.

Respecto a las prácticas que han afectado este derecho en Venezuela, PROVEA señala lo siguiente:

El derecho a la contratación colectiva continuó garantizándose, pero con deficiencias marcadas en las Empresas Básicas del Estado y en la Administración Pública. Aun cuando en 2010 se homologaron 540 convenciones colectivas beneficiando a 2.308.542 trabajadores, incluyendo algunas contrataciones en el sector público, se continuó negando la discusión de convenciones en amplios sectores de la administración pública nacional, estatal y municipal y en un número importante de empresas del Estado²⁵

En ese sentido, es el mismo Estado en las empresas básicas e instituciones de la administración pública, quien marca la pauta en lo que se refiere al cumplimiento de este derecho fundamental que forma parte de los procesos dirigidos a reconocer los beneficios económicos, sociales y culturales a los cuales deben tener acceso todos los trabajadores.

²⁵ OP. CIT., pág. 111

Aunado a ello, y dentro del mismo tenor y características de las políticas del Estado, se lleva a cabo la imposición de manera unilateral de aumentos salariales, conjuntamente con la negativa a la discusión de las convenciones colectivas. A ese respecto, PROVEA destaca como un caso emblemático, lo ocurrido con los trabajadores de Administración Pública Nacional, quienes en agosto de 2007, introdujeron el proyecto de convención colectiva ante la Inspectoría del Trabajo y el Ejecutivo se niega a discutirla, decretando de manera unilateral un aumento salarial “por vía de ajuste al tabulador de obreros, empleados administrativos y profesionales del sector, también de forma unilateral, desconociendo el principio de la negociación colectiva”²⁶.

Es indudable que con esta práctica el gobierno actual pretende quitarle el papel protagónico que siempre han tenido las organizaciones sindicales en los procesos relacionados con la celebración de las convenciones colectivas. A ese respecto, es importante considerar que hace Lucena al respecto cuando afirma lo siguiente:

En líneas generales el gobierno ha sido poco amigable con el desarrollo sindical. En un principio entendió que el sindicalismo era una base de sustentación del antiguo régimen, y por tanto debía mantenerlo a distancia. Agréguese que el liderazgo sindical hizo causa común con el empresariado en acciones de confrontación abierta con el régimen, y de ellas salió derrotado. Ante el vacío dejado por el sindicalismo opositor, el gobierno fomentó un sindicalismo propio, pero con limitada autonomía, que no facilitaba el fomento de negociaciones colectivas como práctica reivindicativa propia del movimiento²⁷.

Estos hechos han constituido factores desde los cuales se ha generado un efecto de alto impacto, que se expresa en un verdadero

²⁶ Op. Cit., pág. 112.

²⁷ LUCENA, Héctor. *El descenso de la convención colectiva*. [Documento en línea]. Disponible en: <http://www.conflictove.org.ve/analisis-y-opinion/el-descenso-de-la-convencion-colectiva-articulo-de-hector-lucena.html>. [Consulta: 11-11-2012].

deterioro de la figura de la convención colectiva como expresión del diálogo social y como práctica efectiva del ejercicio del Derecho a la Negociación Colectiva al cual deben tener acceso los trabajadores como parte de su reafirmación como colectivo.

Otra de las muestras en las que se evidencia la vulneración del Derecho a la Negociación Colectiva en el sector público, se expresa en la incorporación como “contratados” de un número importante de trabajadores. PROVEA señala que bajo dicha figura no quedan amparados por las convenciones. A ese respecto, la mencionada organización reporta que el Decreto 8.168 firmado por el presidente Chávez, mediante el cual se incrementan los salarios en la Administración Pública Nacional, expresamente excluye al personal contratado, concretamente en su artículo ocho²⁸.

De esta manera, se han ido constituyendo situaciones donde la tendencia creciente es a marginar la práctica de la convención colectiva como vía de diálogo social entre empleadores y empleados (sobre todo en el caso de la administración pública) y como mecanismo para promover y canalizar la participación de los trabajadores en el logro de los beneficios sociales, económicos y culturales a los cuales tienen derecho.

A ese respecto, es importante destacar que en los actuales momentos existe una suerte de paralización en materia de negociación colectiva, que ha afectado de manera significativa la vigencia de contrataciones colectivas demandadas por las organizaciones sindicales. Al respecto, PROVEA señala lo siguiente:

La negativa gubernamental a discutir convenios colectivos ha sido una fuente de conflictos. Destaca la región de Guayana, donde se concentra un número significativo de empresas

²⁸ OP. CIT., pág. 112.

básicas. También está el caso de las enfermeras y enfermeros, los médicos y los trabajadores tribunalicios²⁹.

La persistencia del gobierno actual en mantener al margen a las organizaciones sindicales no afectas y el rechazo sistemático a toda forma de negociación colectiva, ha generado una permanente conflictividad laboral que afecta de forma significativa la marcha normal de las actividades productivas en el país y dificulta los encuentros y los diálogos como vías que se ajusten a la convivencia democrática.

Lo expuesto es puntualizado por Marín Quijada, con relación a lo que se refleja de parte de las organizaciones de empleadores y de trabajadores en sus quejas expuestas ante el Comité de Libertad Sindical de la OIT:

Las organizaciones de empleadores y de trabajadores venezolanas que han formulado comentarios o quejas ante la OIT, organización tripartita, han alegado cosas como las siguientes: las autoridades sólo realizan consultas formales, sin intención de tener en cuenta la opinión de las partes consultadas; no existe un auténtico diálogo; no se les consulta para la adopción de leyes importantes que afectan los intereses de los trabajadores y de los empleadores³⁰

En el marco de la OIT, las organizaciones venezolanas del sector empresarial y laboral han hecho valer sus testimonios en relación con la permanente acción del gobierno nacional en negar toda forma de diálogo donde se incorpore la negociación colectiva como vía de concertación y forma de contrapesar la creciente conflictividad social y laboral.

Un aspecto que se debe agregar como complemento a la práctica de la no negociación colectiva, se expresa en lo que señala PROVEA:

²⁹ IBÍDEM.

³⁰ OP. CIT., pág. 400

La constitución de 600 organizaciones sindicales en el año de 2008 y de 152 en el primer semestre del año 2009 cuando también fueron homologadas 255 convenciones colectivas de trabajo, omitiendo que las nuevas organizaciones eran en realidad un fenómeno de paralelismo estimulado por el Gobierno y las serias trabas a la negociación colectiva³¹.

Esta práctica de paralelismo sindical representa un complemento mediante el cual el gobierno intenta mostrar una “cara de diálogo social” ante los organismos internacionales y contar con argumentos para afirmar que cumple efectivamente con lo dispuesto en la norma internacional en cuanto al Derecho a la Negociación Colectiva, aun cuando la realidad venezolana refleja situaciones contrarias.

Igualmente, se debe destacar como otra de las prácticas contrarias a la negociación colectiva, la violación de los contratos colectivos formalizados en diferentes ámbitos laborales. A ese respecto, PROVEA pueden destaca los siguientes casos³²:

- Denuncia del Sindicato Nacional Bolivariano de Trabajadores del Banco Industrial de Venezuela de la violación permanente de la convención colectiva que beneficia a los trabajadores.

- El Sindicato Nacional de Trabajadores del Instituto Nacional de Cooperación Educativa (INCES), denuncia violaciones reiteradas del Instituto a la contratación colectiva vigente y dilaciones para discutir la nueva convención.

³¹ IBÍDEM., pág. 401.

³² IBÍDEM.

- La Federación Unitaria de Trabajadores Petroleros de Venezuela (FUTPV) denunció que Petróleos de Venezuela (PDVSA) incumple 59% de la convención colectiva, además a la fecha no ha sido homologada.

- Los trabajadores de la Planta Socialista José Antonio Anzoátegui, una de las empresas nacionalizadas, realizaron paros protestando retrasos en los pagos del salario y violaciones a la convención colectiva.

c) Consecuencias de la no observancia de los Derechos Fundamentales en el ámbito laboral

Con relación a la importancia del cumplimiento efectivo de los derechos laborales en su carácter de derechos fundamentales, existen diversas reflexiones, desde donde se plantean los efectos que se derivan de una tendencia permanente a la no atención a los mismos. A ese respecto, se puede destacar en primer lugar, el planteamiento que realiza Pelleró Gómez cuando plantea lo siguiente con relación al caso específico del Derecho a la Negociación Colectiva:

En la medida que se sigan afectando los contenidos esenciales de este derecho, limitando los procesos de negociación colectiva y la institucionalización del diálogo social más lejos se hallará el modelo venezolano de relaciones laborales de afrontar el tan necesario cambio de la cultura negocial de los actores sociales, de renovarse en la preparación intelectual y académica de éstos, de ampliar sus objetivos visualizando logros sostenibles a mediano y largo plazo, de crear un clima estable no solo social y políticamente que realmente favorezca procesos de concertación y el respeto del ejercicio de la libertad sindical³³

Es indudable que la reafirmación de los derechos fundamentales del trabajador como persona y del trabajo en cuanto tal, implican un proceso más

³³ Op Cit., pág. 375.

allá de la declaración permanente de los mismo, pues requieren una práctica permanente del diálogo social en las relaciones que se establecen entre empleadores del sector público o privado y los trabajadores, pues en virtud de ese diálogo, es posible la ejecución de un proceso que conlleve a un mejoramiento permanente de la capacidad intelectual y académica, que le permita a los actores construir un futuro social posible y sostenible a corto, mediano y largo plazo.

En virtud de ello, es factible la construcción de relaciones constructivas en lo social y en lo político, así como el mejoramiento permanente de la cultura del pueblo, en función del crecimiento cualitativo y cuantitativo de esas relaciones. En ese sentido, la renuncia de parte del actual gobierno a interactuar, dialogar y discutir con las organizaciones sindicales en insistir en prácticas unilaterales o a monólogos que envuelven a organizaciones hechas a su medida, representa una vía contraria, que pone en peligro la estabilidad social y política garantizada en el Estado de Derecho.

Respecto a lo señalado, tiene pertinencia el planteamiento que realizan Hernández y Richter:

Las debilidades del modelo político democrático venezolano coinciden con las debilidades de representatividad de sus organizaciones profesionales. En el momento histórico actual, en el cual se propone la creación de un nuevo sistema político (“la refundación de la República”) parece preocupante que tan importante proceso se realice sin el concurso de organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores³⁴.

Es indudable que el proceso de evolución y consolidación de los derechos laborales, su integración definitiva como derechos fundamentales y su constitucionalización, responden a un proceso evolutivo de desarrollo del

³⁴ HERNÁNDEZ, Oscar y RICHTER, Jacqueline. “Democracia y derecho del trabajo. Referencia al caso venezolano” *Revista Gaceta Laboral* vol. 16, n° 2. Universidad del Zulia. Maracaibo, pág. 191.

modelo democrático, por lo que su permanente y sistemática protección, defensa y ejecución efectiva en la práctica, constituye un factor de importancia determinante para asegurar no sólo su supervivencia, sino también fomentar su mejoramiento y perfeccionamiento continuo y sostenido en el marco de una realidad global cambiante y dinámica.

En ese sentido, se puede afirmar que la realidad que se hace presente en el contexto de la Venezuela actual, donde se evidencia una progresiva y sistemática contravención a los principios políticos, jurídicos y de convivencia social tiene como una de sus expresiones más significativas la problemática de la protección y cumplimiento efectivo de los derechos laborales, que atiende a un sistemático desconocimiento y manipulación de los mismos.

Se debe, sin embargo, destacar que este deterioro es producto de un proceso que se remonta a momentos históricos previos al actual gobierno, donde no se evidenciaban prácticas satisfactorias relacionadas con los derechos laborales y la participación de las organizaciones sindicales no desempeñaron de manera adecuada el rol que les asistía como un actor de peso ante la hegemonía del Estado.

Actualmente las acciones sistemáticas que se desarrollan por parte del Estado venezolano de desconocimiento y deficiente protección y cumplimiento de los derechos fundamentales del trabajo, viene a ser la expresión más extrema de prácticas ya desarrolladas en épocas anteriores, las cuales han alcanzado en el contexto actual, niveles críticos donde se expresan una tendencia hegemónica del Estado.

En ese sentido, la crisis del modelo democrático actual, viene a ser la expresión de un proceso sostenido, continuado y longitudinal que se ha terminado de consolidar en un régimen cuya orientación se dice socialista y

de respeto a los derechos fundamentales, pero que en la práctica ha venido tendiendo a su desconocimiento sostenido de los derechos fundamentales, entre ellos los que se encuentran relacionados con el trabajo.

Desde esta perspectiva, la preservación de los derechos fundamentales del trabajo constituye un planteamiento crucial, no sólo en lo que se refiere a ellos en cuanto tal, sino también por constituir factores determinantes en el mantenimiento del modelo democrático, no sólo como modelo político, sino también como forma de vida y relación en todos los ámbitos de la sociedad.

La importancia de la preservación de los derechos laborales como derechos fundamentales, a través de una práctica real y persistente de los mismos en las relaciones que se establecen entre empleadores y trabajadores, se ubica también en el plano económico y social, como otro de los sectores determinantes en la vida de todo país. A ese respecto, es pertinente señalar que el cumplimiento efectivo de los derechos laborales también genera consecuencias que se ubican también en el plano productivo y económico, aparte de su relevancia desde el punto de vista ético-político. A ese respecto, la OIT señala lo siguiente:

Una democracia más sólida y de derechos de libertad sindical y de asociación y de negociación colectiva más consolidados puede dar lugar a mayor estabilidad económica y social, lo cual fomenta a su vez la competitividad global y la obtención de mejores resultados³⁵

Con base a lo señalado anteriormente, la observancia y cumplimiento efectivo de los derechos fundamentales del trabajo relativos a la libertad sindical, de asociación y negociación colectiva, redundan en una mayor

³⁵ OIT. *La libertad de asociación y la libertad sindical en la práctica. Informe global con arreglo a al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo*. Ginebra. 2008, pág. 22.

estabilidad social y económica, que pueden traducirse en mejores tasas de crecimiento y disminución de posibles impactos adversos, en comparación con países de regímenes autoritarios³⁶.

En ese sentido, las prácticas dirigidas a disminuir o suprimir los derechos laborales fundamentales, tienen implicaciones negativas de carácter económico y en ese sentido, es de fundamental importancia que se haga posible la prevalencia de los mismos, conjuntamente con la existencia de un sistema democrático con prácticas de respeto y sólidas garantías jurídicas que le den seguridad al cumplimiento de la libertad sindical, de asociación y negociación colectiva, entre otros

Abundando en estas implicaciones de carácter económico con relación a la importancia de los derechos laborales referidos, es importante considerar lo que plantea Kucera en el documento del Instituto Internacional de Estudios Laborales sobre los efectos de los derechos laborales en la inversión extranjera directa (IED), referido por OIT, cuando señala que existe correlación entre los indicadores cualitativos de la democracia y estos derechos con respecto a los índices de riesgo crediticio por país, lo que permite comprobar que en la medida que sea más fuerte la democracia y más sólidos los derechos de libertad sindical y de asociación y de negociación colectiva, más bajo es el riesgo crediticio del país, lo cual puede permitiría suponer que mejorará también el desempeño económico y la competitividad comercial³⁷.

En lo que respecta a las implicaciones de carácter social relacionadas con el respeto y protección de los derechos laborales, tiene pertinencia el planteamiento que realiza Stiglitz en su artículo para *Review of Development*

³⁶ IBÍDEM.

³⁷ IBÍDEM.

Economics, referido por la OIT, al señalar el impacto positivo de estos derechos, al considerar que constituyendo la expresión de procesos abiertos, transparentes y participativos son ingredientes importantes en la transformación del desarrollo, tanto por lo que respecta a la sostenibilidad del desarrollo económico como al desarrollo social, y deberían considerarse como un fin en sí mismo y como un medio para lograr un crecimiento económico más rápido³⁸.

Igualmente, se señala que la libertad sindical y de asociación y la negociación colectiva, constituyen derechos que debidamente observados y cumplidos en la práctica contribuyen a la estabilidad política y social e igualmente, pueden coadyuvar a un incremento de las IED y también de las exportaciones. A ese respecto, la OIT destaca el estudio realizado por Kucera y Sarna sobre los efectos de los derechos de libertad sindical y de asociación y de negociación colectiva, así como de la democracia, en las exportaciones.

En dicha investigación se reporta la existencia de una estrecha relación entre el mayor grado de afianzamiento de los derechos de libertad sindical y de asociación y de negociación colectiva y el mayor volumen total de las exportaciones de productos manufacturados, así como entre la mayor solidez de la democracia y el volumen total más elevado de las exportaciones en general, de las exportaciones de productos manufacturados y de las exportaciones de productos manufacturados con alto coeficiente de mano de obra³⁹.

³⁸ IBÍDEM

³⁹ IBÍDEM., pág. 23.

Los señalamientos realizados permiten evidenciar que los derechos laborales como derechos inescindibles de los demás derechos fundamentales, tienen amplias implicaciones que se relacionan con la estabilidad económica, social y política de cada país, por lo que su observancia y debido cumplimiento en la práctica, aparte de responder a principios jurídicos y ético-sociales, constituyen un aporte positivo de significativa importancia en lo que se refiere al incremento cualitativo y cuantitativo de la situación social y económica de cada país.

En el caso concreto de Venezuela, es necesario destacar que la práctica sistemática de negación de los derechos laborales representa un retroceso en lo que respecta a la solidificación de un sistema democrático de relaciones laborales, a la construcción de una cultura de diálogo, paz y encuentro de los diferentes actores económicos, sociales, políticos y culturales; así como un atentado contra la consolidación de un sistema democrático que no sólo se exprese en lo político, sino también en lo social y en las relaciones que se establecen en el día entre diferentes personas, clases y sectores de la sociedad.

Estos hechos tienen implicaciones que de manera determinante inciden en el desarrollo de una estructura de carácter democrático, por lo que es de vital importancia asegurar su práctica de acuerdo a lo que se encuentra establecido en las normas y las leyes. Marín Boscán refiere lo siguiente al respecto:

Los derechos fundamentales en el trabajo en Venezuela cuentan con una garantía normativa, pero la realidad de los hechos define que hay que implementar mecanismos, orientados a que el cumplimiento de éstos sea eficiente y efectivo en pro de la paz y justicia social, en lo cual la institucionalidad democrática juega un papel decisivo⁴⁰.

⁴⁰ OIT. Op. Cit., 2008, pág. 386.

Se confirma en este planteamiento, que el reconocimiento de los derechos laborales se logra alcanzar en la medida que se desarrollen los procedimientos adecuados para su práctica. En ese sentido, las acciones contrarias, dirigidas a mediatizar su práctica y establecer cortapisas y limitaciones fuera de la legalidad, constituyen un ejercicio contrario que va a determinar el deterioro del proceso y sistema democrático nacional.

Con cuanto al tema económico y su relación con el ejercicio de los derechos fundamentales en Venezuela, es pertinente señalar lo que corresponde al índice de riesgo del país, que mide la incertidumbre política y económica y es tomado como referencia por los inversionistas extranjeros.

A ese respecto, en esta parte de la investigación se precisó que la existencia o no de una práctica sistemática y recurrente de los derechos laborales, se encuentra relacionada de manera proporcional con la situación de riesgo y en ese sentido, se podría afirmar que lo que actualmente muestra Venezuela, como uno de los países de América Latina (el segundo después de Argentina), sería la resultante de diferentes factores entre los que se encuentra la forma como se canalizan las garantías y el cumplimiento efectivo de los derechos laborales.

Esta situación también se relaciona con otro indicador económico, donde el país presenta también dificultades, como lo es el referente a los niveles de exportación. A ese respecto, es pertinente destacar lo que se refleja en la página del Instituto Nacional de Estadísticas (INE) con relación a la variación de los niveles de exportación no petrolera en términos absolutos y porcentuales entre los años 2011 y 2012. A ese respecto, se refleja que las exportaciones no petroleras efectuadas por Venezuela, entre Enero- Noviembre de 2012, fueron de 2.388 Millones de US\$, que al compararlas

con el mismo periodo para el 2011 reportan un descenso de 18,7%, equivalente a 550 Millones de US\$⁴¹.

Estas tendencias negativas en materia repercuten en la balanza comercial del país y se relaciona con problemas en producción nacional en los cuales la situación laboral tiene una alta repercusión, en atención al hecho de la relación deficitaria que se hace presente entre los derechos de los trabajadores (libertad sindical, contratación colectiva, entre otros) y el cumplimiento de los mismos por parte de los empleadores, tanto del sector público como del sector privado.

En ese sentido, la tendencia a una disminución de los derechos laborales y los derechos fundamentales en el marco de la realidad venezolana, acompañan a una disminución en la cantidad y la calidad de la democracia que, a su vez, se expresa en un deterioro significativo de la economía, no en los términos de crecimiento económico coyuntural, sino de desarrollo económico sostenido, desde el cual se garantice al país una verdadera soberanía en lo económico y en lo social.

Las implicaciones antes señaladas, destacan la importancia que tiene la existencia real y no puramente formal de un Estado de Derecho representado en el sistema democrático no sólo en cuanto a las normas constitucionales y legales, sino en la confirmación efectiva y real de los Derechos Fundamentales en los diferentes ámbitos de la sociedad, entre los cuales se destaca el laboral como uno de los más importantes.

⁴¹ INE. *Datos económicos. Comercio exterior*. [Documento en línea]. Disponible en: http://www.ine.gov.ve/index.php?option=com_content&view=category&id=48&Itemid=33.

CONCLUSIONES

Los aspectos abordados y desarrollados en esta investigación han permitido establecer una serie de conclusiones, que permiten dar un panorama de lo que representan los derechos laborales y su relación con los demás derechos fundamentales en el constitucionalismo venezolano.

A través de las informaciones recabadas en esta investigación y los análisis respectivos realizados a las mismas, se pudo determinar que los aspectos referenciales vinculados con los derechos fundamentales se encuentran en la Edad Antigua y en la Edad Media en manifestaciones e ideas que se no se ubican dentro de parámetros y consideraciones que no corresponden al contexto de las leyes, pues se encuentran planteados en términos teológicos, concretamente desde una concepción cristiana del hombre como hecho a imagen y semejanza de Dios.

En cuanto a sus orígenes de los derechos fundamentales se ubican en el marco de las leyes, de donde se destacan como primeros documentos generatrices, la Carta Magna de 1215, el *Habeas Corpus Act* de 1679 y el *Bill of Rights* de 1689, donde, si bien prevalecían limitaciones de orden social y político donde se enfatizaba el resarcimiento de privilegios y derechos de determinados grupos sociales, económicos o políticos, llegan a expresarse disposiciones que vienen a representar una muestra del reconocimiento de los derechos individuales.

Con relación a lo señalado, los aspectos desarrollados en la investigación han permitido determinar que las fuentes documentales utilizadas no representan propiamente antecedentes históricos de los derechos fundamentales, aun cuando si es pertinente reconocerles su condición de referentes históricos de importancia valiosa para la comprensión

de estos derechos en el marco de las sociedades y en la forma de relacionarse las personas.

Los análisis realizados a través de esta investigación, concretamente los aportes de Nogueira Alcalá, permitieron determinar que la consolidación de los derechos de las personas como derechos reconocidos explícitamente por parte del Estado, se logra hacer presente a partir de los movimientos revolucionarios llevados a cabo en Norteamérica para la independencia de las colonias inglesas y con la Revolución Francesa.

En los documentos emanados de ambos movimientos, surge una concepción del hombre frente al poder del Estado, donde se propugna un equilibrio en el cual el primero, hombre como ciudadano, asume tanto derechos como deberes ante el segundo, y éste, viene a representar una estructura debidamente organizada y equilibrada, a través de la cual se garantizan los derechos de esos ciudadanos y se establecen sus deberes basándose en las decisiones y la participación que ellos asuman ante ella.

Con base a lo desarrollado en los mencionados documentos, se puede hablar de un surgimiento de los derechos fundamentales, hecho que se hace presente en el marco de una relación equilibrada entre los ciudadanos y el Estado formalizada y sustentada en los textos constitucionales, por lo que se puede afirmar que la consolidación de los derechos fundamentales se encuentra en relación plenamente directa con la aparición de los textos constitucionales, cuyos ejemplos históricos primigenios se encuentran representados en la Constitución Americana de 1787 y las constituciones europeas.

A partir de lo emanado en estos documentos, surgen los derechos fundamentales de primera generación y su evolución deviene en los llamados

derechos de segunda y tercera generación, teniendo como denominador común el Constitucionalismo, que viene a representar el elemento teórico-doctrinal de base, cuya expresión más significativa está representada en el Constitucionalismo Social, cuya calificación sería la de una etapa de perfeccionamiento de las constituciones hacia el aseguramiento de los derechos económicos, sociales y culturales y en la cual se accede a una concepción del Estado de orientación liberal.

En su proceso de desarrollo y consolidación, los derechos fundamentales han contado con una serie de elementos filosóficos en virtud de los cuales se ha establecido su fundamentación y la naturaleza de los mismos. Dichos elementos filosóficos, más que de una abstracción acerca de lo que representan los derechos fundamentales, constituyen el resultado de las reflexiones analítico-críticas que surge de la praxis del ejercicio de estos derechos.

A ese respecto, la indagación realizada sobre la sustentación filosófica de los derechos fundamentales, permitió determinar cinco corrientes principales, que han aportado y continúan aportando elementos de importancia significativa para los procesos de elaboración de lo que representan en la actualidad los derechos fundamentales.

Las corrientes referidas son el Iusnaturalismo, el Iuspositivismo, la Teoría Crítica, las Teorías Vitalistas y Tridimensionales y la Teoría Jurídica General. Cada una de ellas se encuentra relacionada con un determinado contexto histórico y con una forma de práctica social que ha incidido de forma significativa en su orientación.

De la corriente iusnaturalista, se puede destacar su aporte para la elaboración de los textos constitucionales, por lo que representan un aporte

de carácter ético-filosófico y deontológico, desde el cual se han generado elementos de importancia significativa en las cartas y acuerdos relacionados con los derechos humanos y la construcción de lo que se ha denominado neoconstitucionalismo.

Con relación a la corriente iuspositivista, se encuentran como elementos que le dan sustentación filosófica a los derechos fundamentales, los relativos al criterio de verificabilidad como componente donde se le da mayor pertinencia a estos postulados; la fundamentación descriptiva del sistema jurídico y el desarraigo de los argumentos metafísicos y la incorporación de los criterios provenientes de la moral, en virtud de los cuales se le da mayor fortaleza a la defensa y protección a los derechos fundamentales, con base a fuentes que no sólo provienen de la ley, sino de otras fuentes que les permiten adecuarse a la dinámica y complejidad de la realidad.

En la Teoría Crítica se encuentran los argumentos que propugnan una visión de los derechos fundamentales como expresión de la dinámica histórico-social, desde la cual se plantea no solamente su conocimiento, sino también la proyección de las prácticas que realcen la dignidad humana y promuevan su concreción, teniendo al Derecho como parte esencial de esas prácticas.

Lo que implica la construcción de una cultura jurídica que reconozca las acciones dirigidas a alcanzar la concreción de los derechos fundamentales y propicie su desarrollo en forma organizada, de tal manera que logren garantizar en términos radicales, reales y efectivos las condiciones de humanidad concreta referidas en la convención político-jurídica y aquellas que se exigen desde la propia dinámica de los diferentes sectores de la sociedad. En el marco de esa cultura, los sujetos sociales

adquieren la condición de actores de juridicidad de los derechos fundamentales mediante las prácticas que conduzcan a su concreción en situaciones, logros, eventos y reconocimientos reales en el marco social.

En las teorías vitalistas tridimensionales se propugna la integración de los componentes sociales, normativos y morales, los cuales se encuentran presentes, tanto en la definición de los derechos fundamentales como en la conformación de los mecanismos dirigidos a garantizar su protección y defensa. Así mismo, en estas teorías se verifican los planteamientos expuestos acerca de como a través de la norma jurídica se encarnan las pretensiones morales relativas a los derechos y se establece la necesidad de protección y defensa, de tal manera que el cumplimiento de los mismos se exprese eficazmente.

La confirmación y reforzamiento de los basamentos antes señalados con relación a los derechos fundamentales, se encuentra representada en la Teoría Jurídica relacionada con ellos, la cual se caracteriza por ser una teoría de los derechos fundamentales de la Ley fundamental, una teoría jurídica y una teoría general. Esta triple caracterización de la Teoría Jurídica de los derechos fundamentales establece, en primer lugar, que los aportes de dicha teoría se orientan hacia una sistematización concentrada en la sustentación de aquellos derechos fundamentales que tienen validez jurídica en el marco del derecho positivo, es decir, que son reconocidos en él. Toda esta sistematización se apoya en los aportes generados por aquellas teorías histórico-jurídicas y las teorías que fundamentan a aquellos derechos fundamentales que no se encuentran presentes en la Ley Fundamental.

En segundo lugar, la Teoría Jurídica de los Derechos Fundamentales constituye un argumento determinante, a través del cual se le da fuerza obligatoria al derecho positivo, puesto que representa una teoría del derecho

positivo de un determinado orden jurídico, una teoría dogmática y, por lo tanto, jurídica, desde la cual se plantean los argumentos conceptuales que le dan validez al derecho y se explicitan los sistemas de categorías jurídicas relacionadas, así como la estructura del sistema jurídico que sirve de marco a la fundamentación de los derechos fundamentales; se determina en qué medida el derecho es eficaz, a través de la validez del derecho en la ley y su confirmación en la sentencia judicial; y se establecen los procesos interpretativos relacionados con la praxis de la jurisprudencia judicial.

En tercer lugar, la Teoría Jurídica de los Derechos Fundamentales plantea la conformación de una estructura que permita abordar con la mayor amplitud posible el conjunto de lo que se denominan los derechos fundamentales. Dicha estructura implica la integración de una diversidad de teorías donde se aborden los derechos fundamentales como sistema ordenado, donde se encuentren establecidos los enunciados universales relacionados con los derechos fundamentales; así como una idea desde donde se ordenen y categoricen la diversidad de los derechos y se contribuya a definirlos y distinguirlos con precisión.

Todo ello, orientado en función de la construcción de una teoría estructural, donde se incorporen las dimensiones analíticas, empíricas y normativas como ejes de integración y cohesión donde se determina la estructura conceptual de los derechos fundamentales, su incidencia en el sistema jurídico y su fundamentación desde una visión interactiva; contando para ello, con la jurisprudencia constitucional desde la cual se hagan las interpretaciones pertinentes en función de los hechos presentados y su adecuación a los derechos fundamentales y a su fundamentación racional.

Desde los planteamientos que surgen de esta teoría estructural de los derechos fundamentales, cuyo material clave se encuentra en las

jurisprudencias de carácter constitucional, es posible establecer que los aspectos desde los cuales se caracterizan y definen los derechos fundamentales, permiten determinar que su importancia viene dada por representar la esencia básica y determinante de la condición de la libertad y la autodeterminación de la persona y de su dignidad como bases de su estatus jurídico como hombre y como ciudadano.

En ese sentido, los aspectos abordados en esta investigación permitieron determinar que la aplicación de la jurisprudencia internacional expresa una práctica donde se enfatiza la importancia de armonizar las jurisdicciones nacionales particularmente las constitucionales con las jurisdicciones internacionales, a fin de lograr la protección efectiva de los derechos fundamentales, en función de lo que se encuentra establecido en el principio progresividad.

Igualmente, estas sentencias en el ámbito internacional comprende diversas decisiones que han contribuido a darle mayor sustentación a los derechos fundamentales y en especial a los derechos relacionados con el trabajador y el trabajo, y las mismas forman parte de la estructura del sistema jurídico internacional que tiene como propósito principal la protección de la persona y su reconocimiento como sujeto de derecho.

Desde esa perspectiva, las fundamentaciones expuestas vienen a ser la condición misma de la democracia como sistema político y factor de homogenización del sistema jurídico como una estructura unitaria, no contradictoria, aplicable a toda la diversidad de la realidad poblacional, grupal y territorial, contribuyendo con ello a fortalecer el papel del Estado como garante y protector de los derechos económicos, sociales y culturales y fuente de obligación al Estado a desarrollar una estructura legal eficiente, conjuntamente con un amplio marco de garantías constitucionales para la

definitiva consolidación del Estado Social de Derecho como Estado Constitucional.

Con relación a lo señalado, es importante destacar que en la investigación bibliográfica y documental realizada en este estudio, se pudo determinar que la protección de los derechos fundamentales parte de la premisa fundamental de que más allá de su reconocimiento formal y su interpretación a la luz de los principios de las diferentes doctrinas jurídicas, se debe garantizar su real y efectivo cumplimiento en una práctica permanente donde el Estado y sus instituciones se constituyan en los medios principales para dicha garantía.

En ese sentido, la tesis garantista representa la perspectiva desde la cual se establecen los argumentos relacionados con la protección efectiva de los derechos fundamentales y en la cual se establece que la vigencia del Estado de Derecho se encuentra determinado por un proceso permanente y progresivo de reconocimiento e interpretación de los derechos fundamentales, que se expresa efectivamente a través de su debida y continua protección.

Con relación a lo anterior, la protección de los derechos fundamentales se encuentra representada en el Estado de Derecho, como garante efectivo de estos derechos, a través de una práctica donde se evidencie que la libertad llega a su máxima expresión y la arbitrariedad e impunidad de los gobernantes sea reducida a su mínima expresión, aspectos fundamentales desde los cuales se propugna la renovación de la democracia como sistema político donde se hace efectiva la protección de los derechos políticos, civiles y sociales de la persona en tanto individuo, colectivo y comunidad.

Igualmente, implica el fortalecimiento de la sociedad civil y la democracia participativa, donde se propugna una visión de fortalecimiento, desarrollo y crecimiento del Estado, como entidad que tiene la responsabilidad de garantizar el respeto y protección de los derechos fundamentales de las personas como individuos y como colectivo, en un marco que trasciende el plano nacional y se ubica dentro del plano internacional.

Esto confirma la existencia de un sistema de protección que se hace presente en el marco de cada país y en el contexto de la realidad mundial, de tal manera que la protección de los derechos fundamentales va más allá de la pertenencia a una determinada nacionalidad y se coloca en el marco de una comunidad y sociedad civil e internacional, respecto a la cual los estados deben constituirse en garantes de su cumplimiento y protección, fortaleciendo con ello su sistema democrático, como sistema que incluye, tanto lo formal-procedimental como lo sustancial.

En el marco de ese sistema de protección, también se pudieron determinar las delimitaciones, limitaciones y restricciones de estos derechos, como aspectos que reafirman su vigencia y pertinencia, en virtud de su inserción en un sistema jurídico que les obliga a estar sometidos a las exigencias y restricciones de la convivencia de los derechos entre sí y a las necesidades de la totalidad en la cual se mueven.

Las delimitaciones responden al conjunto de facultades, garantías y posibilidades de actuación, desde el cual se determina el ámbito de realidad protegido por el derecho. En el caso concreto de los derechos fundamentales, implica el establecimiento de los límites al contenido presente internamente en ellos, en atención a su propia naturaleza mediante la

especificación del contenido de la protección y a partir de una interpretación del texto constitucional en forma unitaria y sistemática.

Las limitaciones relativas a los derechos fundamentales, se encuentran referidas a la existencia de un condicionamiento explícito o implícito proveniente de la existencia de un sistema jurídico que debe funcionar de manera integrada y armónica y que se impone desde el mismo texto constitucional, por la reducción de su alcance o en función de la relación, interrelación y coordinación que debe existir entre esos y otros derechos que tienen reconocimiento y protección en la Constitución.

Respecto a las restricciones de los derechos fundamentales, la investigación y los análisis realizados permitieron determinar que éstas se encuentran expresadas en prácticas concretas que se hacen patentes en imposiciones establecidas por la ley, bien sea con base a lo plasmado en el texto constitucional o de acuerdo a las interpretaciones que se hagan de dicho texto, por lo que se puede afirmar que tanto las limitaciones como las restricciones deben estar en función de lo que se encuentra propuesto en la Constitución, donde deben estar directa o indirectamente establecidos los requisitos y condiciones que permiten la intervención del poder público para su ejecución.

Cabe señalar que a través de lo recogido en esta investigación, se pudo determinar que las condiciones para la limitación o restricción de los derechos fundamentales, se ubican en parámetros de carácter formal y de carácter material, donde las primeras se relacionan con los requisitos que legitiman la intervención del Estado a través de los mecanismos formales de ley y las segundas se refieren a los requisitos de alcance general que se encuentran fuera de las condiciones formales. Tanto las condiciones formales como las materiales vienen a confirmar la esencia del contenido de

estos derechos y su pertenencia a un sistema de valores y garantías que se encuentran ubicados en los ámbitos nacional e internacional.

Con relación a los argumentos que justifican y sustentan al trabajo como un Derecho Fundamental, lo desarrollado y analizado en esta investigación, permitió precisar que la doctrina desde la cual se hace esta argumentación, señala el criterio de clasificación de los derechos fundamentales con base al objeto y finalidad, destacándose la libertad y derecho al trabajo como derechos derivados de este criterio.

Esta doctrina confluye con lo que se encuentra establecido en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, donde se afirma que los derechos fundamentales representan un sistema de valores y a la Constitución como un instrumento que deviene en una fuente de valores que deben estar presentes en todo el sistema jurídico venezolano.

Este planteamiento es reforzado con el argumento esgrimido por Boscán desde el cual se categoriza al trabajo como una actividad inherente a la condición vital de la persona, en el sentido de que a través del mismo, es posible proporcionarse los elementos materiales para su sustento básico y de su grupo familiar; e igualmente, desarrollar su naturaleza social y manifestarse sus competencias intelectuales y físico-orgánicas, coadyuvando con ello no sólo a su progreso como individuo, sino también como colectivo comunitario local, regional y nacional.

Igualmente, los aspectos investigados y analizados permitieron determinar que la consagración del trabajo como un derecho fundamental, se sustenta en el régimen jurídico internacional en materia laboral, a través de una estructura normativa desde la cual se le da reconocimiento al trabajo como derecho fundamental para ser aplicadas por los Estados de acuerdo

con los parámetros establecidos dentro de la disciplina del Derecho Internacional Público, a partir del cual la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela establece las indicaciones propuestas por este régimen, entre ellas la relativa a la obligación que adquiere el Estado como garante del cumplimiento de las normas referidas al trabajo.

Con base a los aspectos señalados que permitieron establecer la categorización del trabajo como derecho fundamental, se pudo abordar y analizar lo relativo a los principios que coadyuvan a la consolidación de los Derechos Fundamentales en materia laboral. Dichos principios cumplen las funciones primordiales de todos ellos: informadora, normativa e interpretativa, favoreciendo la conformación de una sistematización de la funcionalidad que requiere el Derecho Laboral para poder garantizar una verdadera comprensión de su doctrina.

A través de las consultas bibliográfico-documentales realizadas en esta investigación, se pudo determinar que la aplicación de los principios laborales se encuentra dirigida a alcanzar la igualdad de las partes en una relación que se plantea en términos de desigualdad y donde el trabajador viene a representar el débil jurídico.

Respecto a lo señalado, los principios analizados en esta investigación, los principios que coadyuvan a la consolidación de los Derechos Fundamentales en materia laboral, se encuentran representados en el principio protector expresado en el artículo 89, numeral 3 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de irrenunciabilidad representado en el artículo 89, numeral 2; de primacía de la realidad de los hechos planteado en el artículo 89, numeral 1 de la carta magna; de continuidad laboral desarrollado en el artículo 93 de la Constitución; de

razonabilidad, de buena fe; de no discriminación arbitraria en el trabajo y de gratuidad, presente en el artículo 21, numerales 1 y 2.

Estos principios tienen como un eje nuclear el relativo a la persona del trabajador, donde se asume que el mismo, como persona, es sujeto de derechos fundamentales que deben ser respetados tanto en el marco de su vida personal como en lo que se refiere a su desenvolvimiento en el ámbito de las relaciones laborales, señalándose que como integrante de una comunidad política y como persona es titular de derechos fundamentales, que deben ser objeto de protección y tutela, en la comunidad política y en la relación laboral, reconociéndose con ello su condición de ciudadano y de persona.

Su definitiva consolidación se hace presente en el reconocimiento de los derechos del trabajador como persona, no sólo en la relación que establece frente a los órganos del poder estatal (eficacia vertical), sino también en la que lleva cabo en el marco de las relaciones en el ámbito laboral (eficacia horizontal), lo que viene a representar un ascenso de los derechos subjetivos del trabajador al marco de la Constitución, reconociendo desde su doctrina a los llamados derechos inespecíficos, generando un efecto horizontal en las relaciones entre particulares, que son las que se llegan a producir entre empleador y trabajador, garantizando con ello la protección del trabajador como ser humano titular de esos derechos en la relación que establece en el marco de la empresa o unidad productiva.

Igualmente, el reconocimiento de la persona del trabajador viene a ser considerada una de las últimas fases en el proceso de constitucionalización del Derecho del Trabajo contribuyendo fuertemente a la construcción de lo que se ha denominado la ciudadanía laboral y donde se encuentran reconocidos derechos como la prohibición de discriminación, la libertad

ideológica y religiosa, el derecho a la intimidad (protección a la intimidad y acceso al empleo, intimidación informática del trabajador y tratamiento automatizado de sus datos personales, protección de la intimidad y agresiones de naturaleza sexual y protección de la intimidad y poderes de control del empleador) y las libertades de expresión e información.

En relación a los derechos fundamentales en el trabajo en cuanto tal, es pertinente destacar que éstos surgen como expresión de una realidad histórica y social, donde se verifica un permanente quebrantamiento de los derechos laborales, concretamente en lo que se refiere a la libertad de asociación y libertad sindical, del reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva, las formas de trabajo forzoso y obligatorio, el trabajo infantil y la discriminación en materia de empleo.

Vienen a ser la expresión del sistema jurídico internacional en materia laboral, pues nacieron formalmente con la constitución de la OIT y sus valores esenciales fueron reafirmados por la comunidad internacional, concretamente la Cumbre Mundial sobre Desarrollo Social celebrada en Copenhague en 1995 y la Declaración de la OIT de 1998.

En el caso concreto de Venezuela, la investigación realizada para este estudio permitió determinar que el surgimiento del Derecho al Trabajo en el país presenta características propias que vienen dadas no sólo por los cambios en materia legal que históricamente se han producido, sino también por la propia evolución del desarrollo económico nacional, que devino en el nacimiento y consolidación de un movimiento obrero desde el cual se promovió de manera firme, el reconocimiento y ejecución de estos derechos en la práctica, conjuntamente con la formación de regímenes jurídicos de mayor apertura para la incorporación de las normas, prácticas y

procedimientos dirigidos a coadyuvar en la evolución sostenida de los derechos laborales en Venezuela.

En la evolución en la cual se deviene en el surgimiento del Derecho al Trabajo, es importante destacar la construcción de una estructura legal sustentadora de los derechos laborales, la cual se produce a partir de cambios políticos, sociales y económicos precisamente en 1936 cuando ha finalizado la dictadura de Gómez y se da paso a un régimen político de mayor apertura y tolerancia representada en la figura de Eleazar López Contreras.

A partir de esos hechos se lleva a cabo un desarrollo, con muchos obstáculos, dificultades y vicisitudes, a través del cual se van constituyendo los elementos que llevan a la definición y reafirmación de los derechos laborales en el país. En ese proceso se aprecian una diversidad de hechos y acciones llevados a cabo por el conjunto de la sociedad venezolana representada en los trabajadores, empleados y estudiantes, que tienen su expresión en primer lugar en la Ley del Trabajo de 1936, donde se le da estatus legal y social no solo a las organizaciones sindicales de la industria petrolera, sino a casi todos los sectores laborales del país y se afirman en forma sólida y profunda los derechos laborales en Venezuela.

Un segundo momento que expresa la evolución de los derechos laborales en Venezuela, se encuentra representado en la Ley Orgánica del Trabajo de 1990 que deroga la anterior ley de 1936. En esta nueva ley se destaca como aspecto significativo la consolidación de la relación de trabajo como un componente del sistema legal, así como la provisión de los mecanismos que facilitan la participación de los trabajadores en los beneficios de la empresa.

Igualmente, se debe resaltar que en la Ley Orgánica del Trabajo de 1990 se llegan a representar los caracteres propios y distintivos del derecho laboral venezolano representados en aspectos como el proteccionismo, y la garantía de los derechos individuales del trabajador, autocomposición de los conflictos y participación colectiva. No obstante, se expresan en esta ley aspectos restrictivos en cuanto a los derechos colectivos de negociación colectiva autónoma de que parcialmente e igualmente, prevalece la superposición del Estado a la voluntad y libertad de contratación de los individuos.

Un tercer aspecto localizado con respecto a la evolución de los derechos laborales en Venezuela, se encuentra presente en el Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo, donde se destacan la formulación de las normas y recursos de protección contra la discriminación en el trabajo; definición de la Libertad Sindical y sus contenidos esenciales; reconocimiento de las coaliciones o grupos de trabajadores como sujetos colectivos titulares de la libertad sindical; regulación de los acuerdos colectivos de condiciones de trabajo; consagración de la autonomía del sujeto presentante de un pliego de peticiones acerca de su calificación como conciliatorio o conflictivo; creación de un ente dirigido a propiciar la autocomposición de los conflictos colectivos de trabajo; definición de la huelga, su titularidad y contenidos esenciales e institucionalización del referéndum sindical con el propósito de constatar representatividad de las organizaciones sindicales de trabajadores en caso de negociación de convenciones colectivas de trabajo o de conflictos colectivos de trabajo.

Los tópicos señalados permiten insistir en que los cambios que se han producido para el surgimiento de los derechos laborales en Venezuela responden a una dinámica de carácter social e histórico-político, la cual se encuentra en permanente movimiento y evolución y donde las leyes,

reformas y reglamentos vienen a constituir la expresión más cercana posible de ese movimiento, teniendo a la Constitución como eje doctrinario fundamental y como la resultante de un proceso histórico, social y político con características propias.

En ese contexto los aspectos investigados han permitido determinar que la constitucionalización de los Derechos Laborales en Venezuela representa un capítulo especial en la evolución histórica de estos derechos en el país y donde se muestra la configuración de su carácter inescindible, en el sentido de su garantía, protección y defensa tanto en los ámbitos de la vida ciudadana como de la vida laboral.

La indagación realizada permitió determinar que en la constitucionalización de los derechos laborales en Venezuela se presentan cuatro rasgos característicos, donde se puede comprender la realidad del proceso evolutivo de los derechos fundamentales en el trabajo y para conocer lo que ha sido el arraigo del Constitucionalismo como base de sustentación ético-jurídica de los derechos laborales en el país en la actualidad.

Los rasgos característicos que definen e identifican la constitucionalización de los derechos laborales en Venezuela, fueron especificados en esta investigación como: Constitucionalización tardía, *per saltum*, selectiva o discriminada y abierta. El estudio revela que el rasgo característico de una constitucionalización tardía viene dado por el hecho de un desarrollo económico igualmente tardío, que incidió en el surgimiento tardío de los movimientos de organizaciones laborales y sindicales dirigidas a promover estos derechos.

En cuanto a la constitucionalización *per saltum*, se expresa en la situación peculiar de un previo reconocimiento legislativo de los derechos laborales y un posterior reconocimiento constitucional de los mismos, lo que implica una fundamentación inicial de carácter meramente legal y no basada en argumentos doctrinarios de carácter constitucional, que le restan fortaleza y presencia a estos derechos en un primer momento, producto esta situación de un nacimiento tardío y endeble de los movimientos laborales, conjuntamente con la presencia de un régimen político de alto contenido autoritario y represivo, así como de una estructura constitucional donde no tenían cabida las relaciones de producción propias del capitalismo y mucho menos los derechos laborales.

Respecto al tercer rasgo en el proceso evolutivo de la constitucionalización de los derechos del trabajo en Venezuela, constitucionalización selectiva o discriminada, se pudo determinar que dicho rasgo responde a una persistencia errónea a la separación de los derechos laborales respecto a los derechos de la persona humana en cuanto tal, situación que dificulta que la constitucionalización alcance solo lo relativo a la condición del trabajador como separado de su condición de ciudadano.

Dicha separación constituye la expresión más acabada de la persistente distinción entre derecho público y privado, que llegó a colocar a los derechos de los trabajadores dentro de los límites del derecho privado, así como la tensión permanente de las luchas de la clase trabajadora por sus derechos de frente, por un lado a los propietarios nacionales y transnacionales de los medios de producción; y por el otro, a la represión y mediatización de parte del Estado y sus diferentes órganos.

En ese sentido, los rasgos característicos relacionados con la constitucionalización *per saltum* y la constitucionalización selectiva o

discriminada responden a los aspectos que más han estado presente en el proceso de constitucionalización de los derechos laborales en Venezuela, por lo que se hace necesario promover un proceso de desmontaje ideológico que se acompañe por la generación de cambios en profundidad en el ámbito de la empresa, las unidades productivas o los ambientes de trabajo, como espacios que representan una parte del entramado social e igualmente de los actores presentes en las relaciones laborales (trabajadores y empleadores) como sujetos de derechos que deben ser respetados.

A ese respecto, el cuarto rasgo característico de la constitucionalización de los derechos laborales en Venezuela, viene a ser un proceso en desarrollo, que ya se encuentra claramente esbozado en la Constitución de 1961, concretamente en su artículo 15 y que se expresa de manera más consistente en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, donde se confirma el carácter inescindible de los derechos laborales con los derechos fundamentales.

Es de destacar que el artículo 95 de la Constitución consagra este carácter, concretamente con relación a la Libertad Sindical, pues en él se pauta la existencia de un ambiente de libertad y de democracia en el cual las organizaciones sindicales puedan tener plenamente garantizada su existencia, sin estar sujetas a intervención, suspensión o disolución administrativa. Ello en conjunto con la protección de trabajadores que formen parte de ellas contra todo acto de discriminación o de injerencia contrario al ejercicio de este derecho y de sus promotores/as o miembros de sus directivas respecto a la inamovilidad laboral durante el tiempo del ejercicio de sus funciones.

Otra manifestación del carácter de constitucionalización abierta de los derechos del trabajo y su condición de inescindible de los derechos

fundamentales, es el derecho a la negociación colectiva considerado como un contenido del derecho de libertad sindical y, por lo tanto, disfruta de su misma protección.

Partiendo de allí, se puede afirmar que la forma como se encuentra configurado el modelo de las relaciones laborales en Venezuela, evidencia su alineación con la doctrina constitucional e internacional de los derechos laborales, aspecto que facilita el establecimiento de las interpretaciones, juicios y valoraciones pertinentes, con base a la compatibilidad o no de lo que se lleva a la práctica con lo que se encuentra señalado en este modelo y determinar si esa práctica contribuye o no a socavar las bases democráticas que le dan sustentación a este modelo de relaciones laborales venezolano.

Como rasgo evolutivo de la constitucionalización de los derechos laborales, la constitucionalización abierta, que se encuentra claramente expresada en la Constitución de la República Bolivariana, contribuye a reforzar y fundamentar este modelo, aspecto que se encuentra claramente expresado en el texto constitucional en la consagración de derechos de la persona del trabajador como la no discriminación claramente señalado en el artículo 89, numeral 5; la libertad de expresión expresado en el artículo 57 y la protección a la intimidad, establecido en el artículo 60, conjuntamente con la protección al honor, vida privada, propia imagen, confidencialidad y reputación.

Igualmente, en cuanto a derechos propiamente laborales como los relativos a la jornada de trabajo establecido en el artículo 90 y el salario mínimo establecido en el artículo 91, atribuidos al trabajador como contratante débil, lo que permite confirmar la existencia de una estructura de derechos relacionados con el trabajador como tal y como persona miembro de una sociedad democrática.

Todo lo dicho, permite afirmar que la constitucionalización abierta representa un rasgo característico que evidencia el nivel más alto de la evolución de la constitucionalización de los derechos relacionados con el trabajo y ello se expresa en la consagración en la Constitución de estos derechos, en el plano de los derechos propiamente laborales relacionados con el trabajador como parte de la relación contractual; en el plano de los derechos fundamentales específicos, concretamente los referidos a Libertad Sindical, la Negociación Colectiva y el Derecho a Huelga, inherentes al trabajador como parte de una organización que lo representa y en el plano de los derechos fundamentales inespecíficos, representados en el derecho a la no discriminación, intimidad y libertad de expresión, referidos a los derechos del trabajador como ciudadano y, por lo tanto, un trato digno, ajustado a tal condición en la empresa.

La constitucionalización de los derechos laborales en Venezuela, corresponde también con la evolución y vigencia de las normas internacionales, las cuales le dan basamento legal-doctrinario y pertinencia a los Derechos Laborales. Dichas normas constituyen reglas y criterios propios del sistema jurídico internacional, por medio de los cuales se logra constituir un sistema global de instrumentos vinculados con el trabajo y la política social, que se encuentra reforzado por un sistema de control en virtud del cual se pueden abordar los diferentes problemas que se hacen presentes en cada país.

Estas normas internacionales, materializadas en documentos como la Carta de Naciones Unidas de 1945; la Declaración de Filadelfia en 1944; La Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948; El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966; la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948; el Protocolo de Buenos Aires de 1967 y el Protocolo de San Salvador y los

convenios de la OIT, entre otros, vienen a ser, por un lado, la consecuencia de la internacionalización del trabajo como resultado de la expansión de la economía y, por el otro, el resultado de las luchas discusiones de las organizaciones laborales por consagrar los derechos laborales y su fundamentación doctrinaria.

Las normas internacionales representan elementos de fundamentación doctrinaria y legal que le dan carácter de inescindible a los derechos laborales con relación a los derechos fundamentales en cuanto a que vincula el ejercicio de los derechos sindicales con los principios fundamentales presentes en la Declaración Universal de Derechos Humanos; basamento de los derechos conferidos a las organizaciones de trabajadores en el respeto de las libertades civiles; libertad e independencia del movimiento sindical en función del respeto de los derechos humanos fundamentales.

La condición de basamento legal y doctrinario que llegan a alcanzar las normas internacionales, se hace efectiva en función de que muchas de ellas son de aplicación inmediata (*self executing*) y que otras sólo requieren de una ley ratificatoria para su ejecución en el marco del derecho interno, incorporándose de esta manera los planteamiento monistas desde los cuales se propugna una relación unitaria entre las normas internacionales y el derecho interno, lo que viene a constituir las obligaciones de cada Estado a cumplir y/o adoptar las medidas necesarias para hacer efectivas las disposiciones expresadas en ellas.

Estas obligaciones establecen la no existencia de contradicción entre las normas internacionales y la legislación de cada nación, partiendo de los principios de modernidad y de prelación de la fuente de origen internacional, en los cuales se establece la preeminencia de la norma más moderna, derogando a la anterior en todo lo que le resulte incompatible y la

prerrogativa del derecho internacional sobre el derecho interno, de tal manera que evite, de acuerdo al artículo 27 del Convenio de Viena, el invocar las disposiciones de un derecho interno como una forma de descargo o alegado del incumplimiento de un tratado.

Igualmente, las obligaciones que adquieren los estados en atención a la relación unitaria que se establece entre el derecho interno y el derecho internacional, se expresan en la circunstancia de que las disposiciones relativas a las normas internacionales deben hacerse efectivas, tanto las que por su propia estructura interna son de ejecución inmediata como las que requieren los ajustes pertinentes en la legislación interna.

Esta fundamentación doctrinaria y legal sustentada en las tesis monistas, se evidencis en el marco de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, concretamente en las disposiciones generales donde se establece que la Constitución y los tratados internacionales suscritos y ratificados por Venezuela vienen a representar los fundamentos y fuentes relacionadas con la protección y garantía de los derechos humanos, conjuntamente con las leyes que los desarrollen.

Igualmente, en estas disposiciones se establece, con el objeto de reforzar la protección de los derechos humanos, que los tratados, pactos y convenciones internacionales en esta materia, suscritos y ratificados por Venezuela, prevalecen en el orden interno en la medida en que contengan normas sobre el goce y ejercicio de los derechos humanos más favorables a las contenidas en la Constitución.

En lo que respecta a los derechos laborales en Venezuela, los planteamientos anteriores representan elementos de base desde los cuales se visualiza la fundamentación doctrinaria y constitucional que tienen ellos

en el marco de la carta magna nacional. Esto se verifica en el Capítulo V de la Constitución donde se establece la relación inescindible y progresiva que existe entre los derechos sociales, donde se encuentran los relativos al trabajo, con los derechos fundamentales.

Igualmente, el reconocimiento explícito a los derechos individuales al trabajo, a la estabilidad y a las vacaciones, así como los derechos colectivos de sindicalización, contratación colectiva y derecho a la huelga por parte de los trabajadores y de las trabajadoras, viene a reflejar la indudable vinculación e integración que se encuentra presente entre la normativa internacional en materia de derechos fundamentales del trabajo y la legislación interna.

Esta fundamentación doctrinaria y constitucional tiene otro de sus sustentos en lo que se sostiene y plantea en el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano, desde donde se propugna una visión de carácter social, de apertura y ascendente de la constitucionalización de los derechos, cuyo punto de partida se encuentra localizado en los movimientos sociales y laborales.

El carácter abierto y revolucionario de esta propuesta doctrinal presente en la Constitución se encuentra confirmado en el hecho de los derechos laborales como derechos que son inescindibles de los derechos fundamentales protegidos en ella, que no se propugnan sólo desde criterios de corte economicista y estrictamente laboral, sino que trascienden a planos sociales y humanos que promueven un manejo amplio en la redacción de los argumentos relacionados con ellos, donde más allá de la condición del trabajador en cuanto tal, se incorpora su condición de ciudadano y ser humano.

Ello plantea una visión compleja de los derechos laborales como derechos fundamentales en los que se asume al trabajador en su condición tanto de sujeto individual como de sujeto colectivo, activo y dinámico, que interactúa y participa permanente con la realidad de su entorno para generar los cambios que vayan en beneficio del mejoramiento sostenido de la sociedad venezolana.

Igualmente, aun cuando se puede afirmar que la propuesta doctrinaria del Nuevo Constitucionalismo representa lo que se podría llamar un modelo en construcción, es indudable que desde la misma se hacen aportes que se encuentran expuestos y plasmados en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, concretamente en lo que se refiere a proponer la prerrogativa del texto constitucional como determinante en el ordenamiento jurídico, aun cuando su planteamiento de fondo trasciende lo meramente jurídico; constitucionalización de los derechos fundamentales con un sentido ascendente que en el caso de los derechos laborales se expresa en las acciones realizadas por las organizaciones de los trabajadores nacional e internacionalmente lo que implica una orientación a la complejidad relacionado con lo humano y lo social.

Igualmente, esta nueva idea doctrinaria propugna una normativa con sentido de eficacia dirigida a que se garantice la protección de los derechos fundamentales en el trabajo y a asegurar su cumplimiento en la práctica, por lo que se le da una importancia determinante al Poder Judicial como ente responsable en la ejecución efectiva de estos derechos con base a lo que se encuentra establecido en la normatividad constitucional.

Este fundamento legal y doctrinario se hace presente en la normativa legal vigente representada en la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras vigente desde abril de 2012 bajo Decreto N° 8.938 con

Fuerza y Rango de Ley. En esta ley se confirma la constitucionalización de los derechos laborales y su relación inescindible con los demás derechos fundamentales, al establecer su reconocimiento como hecho social y el deber y responsabilidad del Estado por su protección, estableciéndose con ello la amplitud y complejidad de estos derechos por colocar la condición del trabajador más allá de sus relaciones dentro de la empresa y ubicarlo en su condición ciudadana, reafirmando y reforzando con ello la relación no escindible con los demás derechos fundamentales.

Esta fundamentación se confirma en las convenciones colectivas del país, en cuanto que las mismas constituyen la expresión documentada de procesos de participación, discusión y lucha de las organizaciones de los trabajadores por alcanzar la garantía del cumplimiento, protección y defensa de sus derechos en el marco de un constitucionalismo en profundidad donde su validez y pertinencia tienen un carácter efectivo que se expresa en la reafirmación de la condición del trabajador en cuanto tal, así como persona y como ciudadano en todos los ámbitos de la realidad social.

Igualmente, la jurisprudencia en la materia laboral viene a representar otra de las formas de expresarse la fundamentación doctrinaria y legal de los derechos laborales su relación inescindible con los demás derechos fundamentales e igualmente, constituyen aportes realizados a través de decisiones que marcan precedentes importantes en los que se le da mayor sustentación a los derechos laborales como derechos fundamentales.

A ese respecto, es pertinente destacar que la investigación realizada permitió precisar una serie de decisiones en la materia que indicarían la confirmación de derechos fundamentales en el trabajo como la Libertad Sindical y la No Discriminación, que aun cuando se ubican en el ámbito laboral se hacen extensivos al contexto de la sociedad, configurando la

condición de ciudadano que caracteriza al trabajador tanto en sus relaciones con el Estado (eficacia vertical) como con los particulares, concretamente con el patrono o representante patronal (eficacia horizontal).

Con relación a la interrogante donde se indaga en qué medida son debidamente respetados los Derechos Laborales y como se relacionan con la situación de otros Derechos Fundamentales en Venezuela, la investigación realizada permitió determinar que en el contexto de la realidad nacional, se hacen presentes prácticas que vulneran estos derechos, conjuntamente con otros derechos fundamentales, partiendo del carácter inescindible de estos.

Cabe resaltar como uno de los hechos significativos destacados en este estudio, es el referente a la observancia y cumplimiento efectivo del derecho a la no discriminación de la persona del trabajador. A ese respecto es importante destacar que en la realidad presentada actualmente en el país, las políticas de discriminación en el trabajo, se han constituido en una práctica recurrente, que, en algunos casos, se produce de manera abierta y directa en otras de forma soterrada.

Es importante destacar que la no discriminación en el trabajo representa un componente esencial de la justicia social y, tal como lo señala la OIT, es esencial en el concepto mismo de trabajo decente, sin distinción para las mujeres y hombres y parte fundamental de toda estrategia dirigida a viabilizar la reducción de la pobreza y del desarrollo económico sostenible⁴².

En ese sentido, su no observación o violación recurrente, bien sea de manera abierta o encubierta, representa una forma de atentar contra la noción de justicia social y de favorecer la consolidación de un desarrollo sostenible, es decir de un desarrollo no limitado al incremento coyuntural de

⁴² OIT. Op. Cit., 1998.

los ingresos económicos de las clases sociales menos favorecidos, sino también dirigido a elevar la calidad de vida en los términos de seguridad laboral, beneficios sociales y desarrollo integral del trabajador como personas y como ciudadano.

En el capítulo desarrollado acerca de los atentados que se han realizado en Venezuela contra la no discriminación laboral, se pudieron determinar situaciones como las reveladas en el Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos del año 2005, donde se resalta la utilización del despido laboral y la obstrucción a beneficios sociales, como mecanismos para “castigar” a los trabajadores que incurren en el “delito” de disentir contra la administración pública.

Igualmente, se destacó en el estudio que la conculcación de la discriminación política ha sido respaldada y practicada abiertamente en la industria del petróleo, considerada como la fuente de empleo más importante en el país, así como el pilar de la economía nacional. Esta discriminación se cruza con el desconocimiento que se lleva a cabo con relación a la libertad ideológica e intimidad, dos derechos fundamentales relacionados con la persona del trabajador.

A través de la investigación realizada, se pudo determinar que la aplicación de medidas coercitivas como las referidas “listas negras” (Tascón y Maisanta) en el marco del capítulo 5 de esta investigación muestran también, por una lado, una contravención a lo que representa el derecho de libertad ideológica y/o de pensamiento que en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela se encuentra presente en su artículo 57⁴³ y que viene a representar la facultad que tiene toda persona a expresar sus opiniones y pensamientos de manera abierta, sin cortapisas en un clima de

⁴³ OP. CIT.

tolerancia, respeto a la disidencia y a la diferencia en los planos de la política, de la religión o de la ideología en general, siempre y cuando no atenten contra la sociedad y el Estado.

Por otro lado, el establecimiento de medidas coercitivas como es el caso de las “listas negras” constituye también un atentado contra la intimidad del empleado, con relación a aspectos que tiene que ver con su vida personal y social y donde el empleador, representado en este caso en los entes del Estado, se constituye en un factor interviniente que atenta contra la autonomía y esfera personal del trabajador.

Esta vulneración del derecho a la intimidad a través de las listas de seguimiento y control utilizadas por el Estado venezolano implica una práctica desacato a la protección que ante la ley tiene derecho toda persona ante todo tipo de acción o injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia.

Representa igualmente, una contravención a un derecho fundamental claramente establecido en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, específicamente en el artículo 60, donde se estatuye el derecho a la protección de su honor, vida privada, intimidad, propia imagen, confidencialidad y reputación, así como la obligación del Estado de establecer la normativa legal dirigida a limitar el uso de los sistemas informáticos con miras a garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos⁴⁴.

En ese marco constitucional, los derechos relativos al trabajador, no se asumen y conceptualizan solo en relación con su condición de trabajador, sino también en lo que se refiere a su dignidad personal, donde la no

⁴⁴ OP. CIT.

discriminación y la libertad ideológica se encuentran abarcados y comprendidos en el concepto de dignidad de la persona y, por lo tanto, en su condición de derechos fundamentales del trabajador como ciudadano, extensivos al ámbito del trabajo.

Otro aspecto significativo determinado con relación a la observancia de los derechos laborales en Venezuela, es el referente a la libertad sindical. Al llevar a cabo la consulta de los documentos sobre este derecho, se llegó a determinar que en el marco de la realidad venezolana persisten ejecutorias orientadas a la conculcación de este derecho, a través de acciones concretas de criminalización ante los reclamos de los derechos de los trabajadores por parte de las representaciones sindicales y negligencia ante la violencia sindical; así como la intervención en la autonomía sindical para la elección de sus representantes, utilizando para ello mecanismos jurídicos que contravienen de manera flagrante la dispuesto en la normativa internacional en la materia, concretamente el Convenio 87, que en su artículo 3, establece claramente la libertad que tienen los trabajadores de elegir a sus representantes.

En esta investigación igualmente, se pudo precisar que la limitación impuesta desde la ley a las organizaciones sindicales, con relación a la elección de sus representantes con la intervención del CNE, organismo público que representa el Poder Electoral, presenta dos intenciones, que se expresan, en primer lugar, en la limitación y conculcación de la autonomía y libertad sindical, patentizada en el derecho que tienen los sindicatos y federaciones a elegir de forma libre a sus directivas; en segundo lugar, en la inconveniente intromisión del Estado en la vida laboral y sindical, con miras a su disminución o eliminación, contraviniendo los principios propios del Estado de Derecho y de un sistema democrático de relaciones laborales.

Aun cuando la razón que desde el Estado se esgrime para justificar la intromisión del Poder Electoral en la autonomía de las organizaciones sindicales para la elección de sus representantes, es la inclusión de esta disposición en el texto constitucional (artículo 293), la práctica de la injerencia del Poder Electoral en las decisiones relacionadas con la elección y designación de las representaciones sindicales no deja de ser contraria y violatoria a lo que se encuentra dispuesto en la doctrina internacional en esta materia, reconocida y suscrita por el Estado venezolano (Convenio 87, Libertad Sindical) y confirmada como doctrina constitucional en el artículo 95, donde se señala que los trabajadores, sin distinción alguna y sin necesidad de autorización previa, pueden constituir libremente las organizaciones sindicales que estimen convenientes para la mejor defensa de sus derechos e intereses.

En ese sentido, el derecho de libertad sindical en Venezuela tiene un lugar que lo configura constitucionalmente, lo que le da una categoría de derecho fundamental con las consecuencias jurídicas y garantías propias, que conlleva tal categorización. Por ello, la función atribuida al Poder Electoral en el artículo 293, numeral 6 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, constituye una contradicción y una contravención a un derecho fundamental afianzado constitucionalmente, por lo que su utilización como basamento para justificar la intervención en las elecciones sindicales representa un exabrupto que deben ser remediado por las instancias correspondientes.

Otro de los hechos que se pudo determinar en esta investigación fue el referente a la observancia y cumplimiento efectivo del derecho a la negociación colectiva. En este sentido, se ha podido encontrar que desde las instancias legislativas del Estado, se han desarrollado prácticas que tratan de negar o disminuir el papel que le corresponde a las organizaciones sindicales

como actores principales en el diálogo que debe haber con las representaciones de empleadores.

A ese respecto, es importante destacar que la bibliografía y fuentes documentales consultadas, permitieron conocer que en la Reforma del Reglamento a la Ley Orgánica en el año 2006, se había realizado el planteamiento de ejecutorias dirigidas a reducir a las organizaciones sindicales al desarrollo de prácticas meramente administrativas, coartando con ello el derecho de estas organizaciones a actuar como portavoces de los trabajadores en las negociaciones colectivas.

En el contexto de una realidad de más reciente data, en el estudio se pudo determinar la ejecución de acciones y omisiones de parte del Estado, donde se expresa la contravención de este derecho. En primer lugar, se reporta en este estudio la negativa de parte de entes de los distintos niveles de la administración pública (nacional, estatal y municipal) y en un número importante de empresas del Estado a llevar a cabo la discusión de convenciones colectivas.

La negativa de parte de los diferentes entes del sector público a discutir las convenciones colectivas, se puede calificar como la expresión de una práctica sistemática de abandono del diálogo social de parte de estas instancias y tal calificación se reafirma, por una parte, en el antecedente ya referido de la Reforma del Reglamento a la Ley Orgánica en el año 2006, donde se promovía la reducción de las organizaciones sindicales a labores de carácter puramente administrativo.

Por otra parte, la afirmación de una práctica sistemática de vulneración al derecho de la negociación colectiva por parte de los organismos del Estado, se evidencia en un segundo aspecto, que tiene que ver con la

práctica reiterada del Ejecutivo Nacional de imponer de manera unilateral de aumentos salariales. Si bien esta es una práctica que en el pasado era llevado a cabo anualmente, la misma se hace crítica si va simultáneamente ejecutada con una negativa de parte de los organismos públicos y algunas empresas del Estado, a ejecutar las discusiones que deben efectuarse para la implementación del derecho a la negociación colectiva.

Un tercer aspecto que evidencia la negación y vulneración de este derecho y confirma una práctica sistemática del Estado hacia ese propósito y que se pudo determinar en este estudio, fue el correspondiente a la figura del paralelismo sindical, que aparte de constituir una forma de evadir la negociación colectiva con las organizaciones ya constituidas, representa una forma de discriminación sindical, donde el Estado promueve la formación de organizaciones que ubica en sitio preferencial para las discusiones contractuales, en detrimento de otras organizaciones que no comparten la propuesta ideológica del actual gobierno, aun cuando pueden tener un carácter de mayor representatividad.

A ello, se le agrega la violación de los contratos colectivos formalizados en diferentes ámbitos laborales de la administración pública, como otra de las prácticas donde se evidencia la negativa del Estado a reconocer en forma real y efectiva el derecho de los trabajadores a la negociación colectiva.

La situación de la observancia de los derechos fundamentales del trabajo en Venezuela tiene implicaciones diversas, que revelan su complejidad y el hecho de que su naturaleza y esencia no se encuentra reducida al plano estrictamente laboral, sino que también comprende aspectos económicos, políticos y sociales de importancia significativa para el desarrollo integral del país.

Los resultados de la indagación bibliográfica realizada reflejan que una de los hechos que se encuentran implicados en la observancia o no de los derechos se relacionan con que en la medida de que sus logros se hagan factibles, se hará posible la consolidación de una estructura de relaciones laborales a través de la cual se logren desarrollar cambios que favorezcan una cultura democrática donde prevalezca el diálogo honesto y constructivo de los actores sociales.

En ese sentido, los autores consultados nos permiten afirmar que las carencias presentadas en la consolidación de estos derechos contribuyen a un retroceso en la consolidación de un ambiente de respeto y diálogo, desde el cual se contribuya a hacer real y tangible una cultura democrática, que favorezca el desarrollo de las potencialidades de sus habitantes.

Igualmente, se puede afirmar, que la no discriminación, la libertad ideológica, sindical, de asociación y el derecho a la negociación colectiva, más que derechos limitados al ámbito laboral, son derechos fundamentales necesarios y determinantes para la construcción de la democracia no sólo como sistema político, sino también como forma de relacionarse los diferentes actores de la sociedad venezolana.

La importancia del mantenimiento del respeto y protección efectiva de estos derechos tiene igualmente implicaciones de carácter económico, que se expresan en indicadores económicos como el índice de riesgo y los niveles de exportación, aspecto este último que repercute de manera determinante en la balanza comercial del país y viene a ser un efecto de los problemas recurrentes en materia de producción nacional en los cuales la situación laboral es un componente fundamental.

BIBLIOGRAFÍA

- AGUILERA, R. Y LÓPEZ, R. *Los derechos fundamentales en la teoría garantista de Luigi Ferrajoli*. [Documento en línea]. Disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/>. Págs. 49-82.
- ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 607 págs.
- ÁLVAREZ, Julio César. *Restricciones de los derechos fundamentales*. 1ª Edición. Vadell Hermanos Editores. 2010. 211 págs.
- ÁLVAREZ DE LA ROSA, Manuel. *Prólogo a Fundamentos de derecho sindical venezolano*. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas. 2007. Págs. 11-14.
- ARANGO, Rodolfo. *Constitucionalismo Social Latinoamericano*. [Documento en línea]. Disponible en: <http://www.bibliojuridica.org/libros/6/2894/6.pdf>. [Consulta: 17-09-2012]. 1-23 págs.
- ARCOS, Federico. *¿Guerras en defensa de los derechos humanos? Problemas de legitimidad en las intervenciones humanitarias*. Editorial Dykinson. Madrid. Cuadernos Bartolomé de Las Casas 22. 2002.
- ARELLANO, Fernando. *Globalización, Seattle y estrategias ciudadanas*. 1ª Edición. LOM Ediciones. 2000. 143 págs.
- ARRIAS SALAS, Alberto. *Contratación colectiva*. 1ª Edición. Caracas. Cella Editora. 1987.
- AYALA CORAO, Carlos. *Recepción de la jurisprudencia internacional sobre derechos humanos por la jurisprudencia constitucional*. [Documento en línea]. Disponible en: <http://www2.scjn.gob.mx/red2/investigacionesjurisprudenciales/seminarios/2o-seminario-jurisprudencia/modulo-vii/02cm-ayala-carao-recepcion-de-la-jurisprudencia-internacional.pdf>. [Consulta: 17-02-2012]. 1-56 págs.
- BARRANCO, María. “Notas sobre la libertad republicana y los derechos fundamentales como límites al poder” en *Derechos y libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas* N° 9. Madrid. 2000. Págs. 65-92
- BARRANCO, María. *La teoría jurídica de los derechos fundamentales*. Editorial Dykinson. Madrid. 2006. 440 págs.

- BARRETO, Morella. *Un siglo de prensa laboral Venezolana. Hemerografía obrero-artesanal, 1846-1937*. 1ª Edición. Monte Ávila Editores. 1986. 341 págs.
- BEJARANO, Silvia. *Principios del Derecho Laboral*. [Documento en línea]. Disponible en: aslegalcr.com/blog/wp-content/.../principios-del-derecho-laboral.doc. Págs. 1-12. [Consulta: 30-001-2012].
- BENADAVA CATTAN, Santiago et als. *Nuevos enfoques del Derecho Internacional*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile. 1992 127 pág.
- BENSUSÁN, Graciela. *La efectividad de la legislación laboral en América Latina*. [Documento en línea]. Disponible en: <http://www.ilo.org/public/spanish/bureau/inst/download/dp18107.pdf>. Págs. 1-51.
- BERNARDONI, María. “El Proyecto de Reforma de la Ley Orgánica del Trabajo. Consideraciones generales sobre la LOT a 20 años de su promulgación. El contexto social, económico y político de la reforma” en *Gaceta Laboral Vol.17, Nº 1*. [Revista en línea]. Disponible en: http://www.scielo.org.ve/scielo.php?pid=S1315-85972011000100005&script=sci_arttext. [Consulta: 04-05-2012]. 2011. 97-123 págs.
- BEUCHOT, Mauricio. *Filosofía y derechos humanos*. Editorial Siglo XXI. México. 2004. 172 págs.
- BONET, Jordi. “Las relaciones laborales como objeto de reglamentación jurídica internacional” en Bonet, Jordi y Olesti, Andreu (Dir.). *Nociones básicas sobre el régimen jurídico internacional del trabajo*. Huygens Editorial. Barcelona, España. 2010. 386 págs.
- BONILLA, José. *El movimiento sindical frente a la situación socio-laboral: desafíos y propuestas*. Instituto Latinoamericano de Investigaciones Sociales (ILDIS). Caracas, 2011. Págs. 1-22.
- BOSCÁN, Francisco. “Visión de los derechos fundamentales en el trabajo en Venezuela”. En: Asociación Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. *Principios y derechos fundamentales del trabajo en Iberoamérica. Teoría y Práctica*. 2005. Págs. 1-21.
- BRAIN, Daniel Horacio. “Los principios fundamentales del derecho del trabajo ante los desafíos de la economía globalizada” en *Revista del Equipo Federal de Trabajo*. [Revista en línea]. Disponible en:

- BRENES, Raymundo. *Introducción a los derechos humanos*. San José de Costa Rica: Ediciones de la Universidad Nacional de Educación a Distancia de Costa Rica. 1993. 269 págs.
- CARBALLO MENA, César. Régimen Jurídico de las Negociaciones y Conflictos Colectivos Laborales en la Constitución Republicana. En: Casal, J.; Arismendi, A. y Carrillo (Coord.). *Tendencias actuales del Derecho Constitucional. Tomo II*. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas. 2007. 565-592 págs.
- CARRETERO SÁNCHEZ, Santiago. *Sociología y Prensa Judicial*. 1ª Edición. Editorial Dykinson. Madrid. 2004. 174 págs.
- CASAL, Jesús María. *Los derechos humanos y su protección (Estudio sobre derechos humanos y derechos fundamentales)*. 2ª Edición. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas. 2008. 314 págs.
- CHACÓN Hanson, Alma. "Limitaciones y restricciones de los derechos fundamentales" en Casal, J.; Arismendi, A. y Carrillo (Coord.). *Tendencias actuales del Derecho Constitucional. Tomo II*. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas. 2007. 65-86 págs.
- CHALBAUD, Reinaldo. "Derechos humanos y su protección constitucional" en *Revista de Derecho N° 59*. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello (UCAB). Facultad de Derecho. Dirección de Publicaciones. Escuela de Derecho. Centro de Investigaciones Jurídicas. 2004. Págs. 11-35.
- CIDH. *Democracia y derechos humanos*. OEA. 2009, 304 págs.
- CINEP/PPP. *Informe especial. Minería, conflictos sociales y violación de derechos humanos en Colombia*. [Documento en línea]. Disponible en: <http://puj-portal.javeriana.edu.co/portal/pls/portal/docs/1/3842076.PDF>. Pág. 1-23
- CLEMENTE, J. *El cuaderno humanitario*. 1ª Edición. Editorial Fundamentos. Caracas. 2001. 273 págs.
- CONDE MARÍN, Emilia. *La buena fe en el contrato de trabajo: Un estudio de la buena fe como elemento de integración del contrato de trabajo*. 1ª Edición. Editorial La Ley. Madrid. 2007. 446 págs.
- CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA, Gaceta Oficial N° 5.453 del 24 de marzo de 2000.

CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS. [Documento en línea]. Disponible en: <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-32.html>. [Consulta: 20-04-2012]

CONVENCIÓN DE LA HAYA DE 1907. Disponible en: http://www.aloj.us.es/eulalia/derecho%20internacional/materiales%20dpto/1907apc.htm#_ftnref1. [Consulta: 21-06-2011].

CONVENCIÓN DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. [Documento en línea]. Disponible en: <http://www2.ohchr.org/spanish/law/crc.htm>. [Consulta: 03-02-2012]

CONVENCIÓN INTERNACIONAL PARA LA ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN RACIAL. [Documento en línea]. Disponible en: <http://www2.ohchr.org/spanish/law/cerd.htm>. [Consulta: 03-02-2012].

CORREA, Carlos; GUANIPA, Moraima; CISNEROS, Yubi y CAÑIZALES Andrés. *Libertad de expresión. Una discusión sobre sus principios, límites e implicaciones*. 1ª Edición. Ediciones de la Universidad Católica Andrés Bello y Editorial CEC. Caracas. 2005. 62 págs.

CORREA HENAO, Magdalena. *La limitación de los derechos constitucionales*. Editorial de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2003.

CRUZ VILLALÓN, Pedro. "Formación y evolución de los derechos fundamentales" en *Revista Española de Derecho Constitucional*. Año 9, Nº 25. 1989, pp. 35-63.

DECLARACIÓN AMERICANA DE LOS DERECHOS DEL HOMBRE. [Documento en línea]. Disponible en: <http://helvia.uco.es/xmlui/bitstream/handle/10396/2108/1408272x.pdf?sequence=1>. [Consulta: 17-04-2012].

DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS. [Documento en línea]. Disponible en: [http://www.observatoriopoliticasocial.org/index.php?option=com_content&view=category&id=40#Declaracion Universal](http://www.observatoriopoliticasocial.org/index.php?option=com_content&view=category&id=40#Declaracion%20Universal)

DORADO, Javier. *Iusnaturalismo y positivismo jurídico. Una revisión de los argumentos en defensa del iuspositivismo*. Editorial Dykinson. Cuadernos "Bartolomé de las Casas" n. 33, Madrid. 2004. 132 págs.

- DURÁN, W. “La protección de los derechos fundamentales en la doctrina jurisprudencial”. *Ius et praxis vol. 8 n° 2*. [Revista en línea]. Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122002000200006#10. Págs. 177-194. [Consulta: 03-02-2012].
- ESPÍN, Eduardo. Derecho Constitucional. Derechos Fundamentales. En PRIETO SANCHÍS, Luis (coordinador). *Introducción al Derecho*. 1ª Edición. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Castilla-La Mancha. 1996. Págs.31-46.
- FERNÁNDEZ, Eusebio. *Teoría de la justicia y los derechos humanos*. Editorial Debate. Madrid. 1991. 120 págs.
- FERRAJOLI, Luigi. “Derechos fundamentales” en De Cabo, Antonio y Pisarello, Gerardo (Eds). *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Editorial Trotta. Madrid. 2001. Págs. 19-56.
- FERREIRÓS, Estela. *Principio de Primacía de la Realidad*. [Documento en línea]. Disponible en: http://www.laboral.org.ar/Doctrina/Principio_De_Primacia_De_La_Re/principio_de_primacia_de_la_re.html. [Consulta: 03-02-2012].
- FLORES, M. *Diccionario básico de derechos humanos. Cultura de los derechos en la era de la globalización*. Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO). México. 2009. 358 págs.
- GALIANA, Ángeles. *La legislación en el estado de derecho*. Editorial Dykinson. Madrid. 2003. 136 págs.
- HERNÁNDEZ, Oscar y RICHTER, Jacqueline. “Democracia y derecho del trabajo. Referencia al caso venezolano” *Revista Gaceta Laboral vol. 16, n° 2*. Universidad del Zulia. Maracaibo. 2010. Págs. 175-191.
- HERNÁNDEZ, Rubén. *Prerrogativa y garantía*. 1ª Edición. Ediciones de la Universidad Estatal de Educación a Distancia (EUNED) de Costa Rica. San José de Costa Rica. 1995. 218 págs.
- HERRERA, Joaquín. *Los derechos humanos como productos culturales: Crítica al humanismo abstracto*. Madrid: Los Libros de la Catarata. 2005.
- HERRERA, Joaquín. *El proceso cultural. Materiales para la creatividad humana*. 1ª Edición. Editorial Aconcagua. Sevilla. 2006. 373 págs.
- HERRERA, Joaquín. *La verdad de una teoría crítica. Seis decisiones iniciales y seis paradojas*. Universidad Pablo de Olavide. Sevilla. 2007.

- HERRERA, Joaquín. *Cultura y derechos humanos en ROSILLO MARTÍNEZ, Alejandro (Org.). Teoría crítica de los derechos humanos en el siglo XXI.* Porto Alegre: EDIPURCS. 2008.
- HIKAL, Wael. *Criminología, derechos humanos y garantías individuales: la necesidad de reorganizar y sistematizar el conocimiento criminológico: Criminología de los derechos humanos.* 1ª Edición. Editorial Porrúa. México. 2010. 246 págs.
- HUMAN RIGH WATCH. *Una década de Chávez. Intolerancia política y oportunidades perdidas para el progreso de los derechos humanos en Venezuela.* Nueva York. 267 págs.
- IGLESIAS, Mercedes. *Estructura orgánica y derechos fundamentales en la Constitución Española de 1978.* 1ª Edición. Ediciones de la Universidad de Salamanca. Salamanca. 2010. 330 págs.
- INE. *Datos económicos. Comercio exterior.* [Documento en línea]. Disponible en: http://www.ine.gov.ve/index.php?option=com_content&view=category&id=48&Itemid=33.
- INDEPENDENCIA 2000. *Los obreros reclaman mejoras en el campo de Mene Grande.* [Documento en línea]. Disponible en: <http://www.bicentenario.gob.ve/independencia200/edicion/1925.pdf>. [Consulta: 07-07-2012].
- LA JORNADA. “Crítica la situación laboral en México; las violaciones a la LFT, una constante”. [Documento en línea]. Disponible en: <http://www.jornada.unam.mx/2008/02/11/index.php?section=sociedad&article=042n1soc>.
- LEY ORGÁNICA DEL TRABAJO. *Gaceta Oficial N° 5.152 Extraordinario* de fecha 19 de junio de 1997.
- LEY ORGÁNICA PROCESAL DEL TRABAJO. *Gaceta Oficial N° 37.504* de fecha 13 de agosto de 2002.
- LIMA, José. *Derecho Colectivo del Trabajo.* 1ª Edición. Ediciones Jurídicas Cuyo. Mendoza, Argentina. 1989. 135 págs.
- LÓPEZ, Diego. *Derechos, trabajo y empleo.* 1ª Edición LOM Ediciones. Santiago de Chile. 2004. 222 págs.
- LÓPEZ PATRÓN, Juanita. “Los derechos laborales en el Sistema Interamericano de Protección de derechos humanos: La protección de los derechos económicos, sociales y culturales” en *International Law. Edición Especial.* Bogotá. 2008, pp. 183-216.

- MARCANO SALAZAR, Luis. *Fundamentos de Derecho Internacional Público*. Editorial CEC. Libros de El Nacional. Caracas. 2005. 143 págs.
- MARÍN BOSCAN, Francisco. “Consideraciones sobre los derechos fundamentales en el trabajo y su implicación en Venezuela” en *Revista Gaceta Laboral Vol. 14 N° 3*. [Revista en línea]. Disponible en: <http://revistas.luz.edu.ve/index.php/gl/article/viewFile/1218/1185>. 2008 [Consulta: 17-04-2012]. Págs. 370-391.
- MARÍN BOSCAN, Francisco. *Derechos fundamentales y derecho del trabajo*. Universidad del Zulia. Maracaibo. 2005. pp. 1-12
- MARÍN, María Luisa. Constitucionalismo, justicia constitucional y crisis del positivismo jurídico en Ramos, José y Rodilla, M. (Eds.). *El positivismo jurídico a examen*. Ediciones de la Universidad de Salamanca. Salamanca. 2006. 379-410 págs.
- MARÍN QUIJADA, Enrique. “Violaciones a la libertad sindical en Venezuela”. *Debate en la Conferencia Internacional del Trabajo*. [Documento en línea]. Disponible en: http://gumilla.org/biblioteca/bases/biblo/texto/SIC2010729_396-401.pdf. [Consulta: 05-01-2013]-. Págs. 396-401.
- MARTÍNEZ, José; ARUFE, Alberto y CARRIL, Xosé. *Derecho del Trabajo*. 2ª Edición. Editorial Netbiblo. 2006. 620 págs.
- MAUROIS, André. *Historia de Inglaterra*. 1ª Edición. Editorial Ariel. Barcelona. 2007. 604 págs.
- MARSHALL, Thomas y BOTTOMORE, Tom. *Ciudadanía y clase social*. 1ª Edición. Editorial Alianza. Madrid. 1998.
- MATA, Celestino. *Historia sindical de Venezuela, 1813-1985*. 1ª Edición. Editorial Urbina & Fuentes. 1985. 332 págs.
- MATTEUCCI, Nicola. “Contractualismo” en *Diccionario de política*. Madrid: Siglo XXI. 1981.
- MEZA, Marlon y NAVARRO, Sara. *Aplicación del Principio Protector en el proceso laboral a propósito de la promulgación de la Ley Orgánica del Trabajo*. [Documento en línea]. Disponible en: <http://www.aje.com.ve/Principio%20Protector%20en%20el%20Proceso%20Laboral%20-%20MMezaSNavarro.pdf>. 2004. Págs. 1-27. [Consulta: 21-12-2011].

- MOLINA, Carlos. *Las normas internacionales del trabajo y su efectividad en el derecho Colombiano*. 1ª Edición. Editorial Temis. Bogotá. 2005. 356 págs.
- MÖLLER, Don Max. *Neoconstitucionalismo y la teoría del derecho*. [Tesis en línea]. Castilla, España: Universidad de Burgos. Disponible: <http://dspace.ubu.es:8080/trabajosacademicos/bitstream/10259.1/66/1/M%C3%B6ller.pdf>. 2007. [Consulta: 31-05-2011].
- MONTORO BALLESTEROS, Alberto. Conflicto social, derecho y proceso. En: *Derecho y Proceso. Estudios Jurídicos en honor al Prof. A. Martínez Bernal*. Secretaría de Publicaciones de la Universidad de Murcia. Murcia. 1980.
- MONTT BALMACEDA, Manuel. *Principios de Derecho Internacional del Trabajo la OIT*. 1ª Edición. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile. 1998. 339 págs.
- NEVES MUJICA, Javier. *Introducción al Derecho Laboral*. 2ª Edición. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica de Perú. Lima. 2007. 153 págs.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. *Teoría y dogmática de los Derechos Fundamentales*. 1ª Edición. Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). México. 2003. 418 págs.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. "Aspectos de una teoría de los Derechos Fundamentales" en *Ius et Praxis Vol. 11 N° 2*. [Revista en línea]. Disponible: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122005000200002&lng=es&nrm=iso&tlng=es. 2005, págs. 15-64. [Consulta: 31-05-2011].
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. "Los derechos económicos, sociales y culturales como derechos fundamentales efectivos en el constitucionalismo democrático latinoamericano" en *Estudios constitucionales, año 7, n° 2*. [Revista en línea]. Disponible en: <http://www.scielo.cl/pdf/estconst/v7n2/art07.pdf>, págs. 143-205. [Consulta: 31-05-2011].
- NOVELLI, Mariano. "La teoría trialista frente a la teoría pura" en *Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social N° 28*. [Revista en línea]. Disponible en: <http://www.centrodefilosofia.org.ar/revistacentro28.htm.2004>, págs. 15-22. [Consulta: 01-06-2011].

- OIT. *Convenio N° 111*. [Documento en línea]. Disponible en: <http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/convds.pl?C111>. [Consulta: 03-02-2012].
- OIT. *Discriminación en el trabajo*. [Documento en línea]. Disponible en: <http://www.ilo.org/global/topics/equality-and-discrimination/workplace-discrimination/lang-es/index.htm>. [Consulta: 03-02-2012].
- OIT. *Convenio sobre agencias de empleos, 1997*. [Documento en línea]. Disponible en: <http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/convds.pl?C181>. [Consulta: 20-04-2012]
- OIT. *Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo*. [Documento en línea]. Disponible en: <http://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc86/com-dtxt.htm>. 1998. [Consulta: 21-04-2012].
- OIT. *La libertad de asociación y la libertad sindical en la práctica. Informe global con arreglo a al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo*. Ginebra. 2008. 113 págs.
- OIT. *Un futuro sin trabajo infantil: Informe global con arreglo al seguimiento de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo*. 1ª Edición. Ginebra. 2002. 159 págs.
- ONU. *Cumbre Mundial de Desarrollo Social 1995*. [Documento en línea]. Disponible en: http://celade.eclac.org/redatam/PAISES/PAN/sid/Que_es_el_SID/copenhaque%20y%20ginebra%20texto.pdf. 1995. [Consulta: 28-04-2012]
- PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS. [Documento en línea]. Disponible en: <http://www2.ohchr.org/spanish/law/ccpr.htm>. [Consulta: 17-04-2012].
- PALOMO VÉLEZ, Rodrigo. “Capítulo I. El derecho del trabajo y su significado” en *Apuntes de derecho del trabajo UTALCA*. [Documento en línea]. Disponible en: <http://derecho.utralca.cl/respaldo/pgs/alumnos/laboral/1.pdf>., Págs. 1-19. [Consulta: 28-01-2012].
- PAPACCINI, Ángel. *Filosofía y derechos humanos*. Universidad del Valle. Cali, Colombia. 2003.
- PECES-BARBA, Gregorio. *Derechos fundamentales*. 1ª Edición. Editorial Guadiana de Publicaciones. Madrid. 1973. 365 págs.

- PECES-BARBA, Gregorio. *Introducción a la filosofía del derecho*. 3ª Edición. Editorial Debate. Madrid. 1984. 370 págs.
- PECES-BARBA, Gregorio. *Derechos sociales y positivismo jurídico (Escritos de Filosofía Jurídica y Política)*. 3ª Edición. Editorial Dykinson. Serie Cuadernos Bartolomé de Las Casas, 11. Madrid. 1999. 162 págs.
- PERELLÓ GÓMEZ, Nancy. "Libertad sindical, negociación colectiva y diálogo social" en *Gaceta Laboral Vol. 11 N° 3* [Revista en línea]. Disponible en: http://www.scielo.org.ve/scielo.php?pid=S1315-85972005000300004&script=sci_arttext. 358-377 págs. [Consulta: 11-09-2012].
- PÉREZ-LUÑO, A.E. *Los derechos fundamentales*. Editorial Tecnos. Madrid. 2004.
- PODETTI, Humberto. *Los principios del Derecho del Trabajo*. [Documento en línea]. Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/139/11.pdf>. Págs. 139-153.
- PROTOCOLO DE SAN SALVADOR. [Documento en línea]. Disponible en: <http://www.derhumanos.com.ar/legislacion/protocolo%20san%20salvador%20conv%20ameri.htm>. [Consulta: 02-02-2012].
- PROVEA. *Situación de los derechos humanos en Venezuela*. [Documento en línea]. Disponible en: <http://www.derechos.org.ve/informes-anales/informe-anual-2011/>. 2011. [Consulta: 11-11-2012]
- REBOLLO, Lucio. *El derecho fundamental a la intimidad*. 2ª Edición actualizada. Editorial Dykinson. Madrid. 2005. 468 págs.
- REGLAMENTO DE LA LEY ORGÁNICA DEL TRABAJO. *Gaceta Oficial N° 38.426* de fecha 28 de abril de 2006.
- ROBLEDO, Alejandro. "Metodología jurídica trialista y hermenéutica en la construcción del Derecho" en *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, N° 11. [Revista en línea]. Disponible en: <http://www.filosofiyderecho.com/rtfd/numero11/15-11.pdf>. 2008. Págs. 269-279 [Consulta: 01-06-2011].
- RODRÍGUEZ PIÑERO, M. "Poder de Dirección y Derecho Contractual" en Escudero, R. (Coord.). *El Poder de dirección del empresario: Nuevas perspectivas*. Editorial Las Rozas. 1ª Edición. Madrid. 2005. 339 págs.

- ROMERO MONTES, Francisco. “El Principio de veracidad o principio de la realidad” en *Principios del Derecho del Trabajo en el Derecho Peruano*. Editado por Sociedad Peruana del Derecho del Trabajo y Seguridad Social. 2004
- SÁNCHEZ CARAZO, Carmen. “La intimidad: un derecho fundamental de todos” en *Portal Mayores Informes Portal Mayores, n° 5* [Documento en línea]. Disponible en: <http://www.imsersomayores.csic.es/documentos/documentos/sanchezintimidad-01.pdf>. [Consulta: 20-04-2012]
- SASTRE IBARRECHE, Rafael. “Derechos fundamentales inespecíficos y relación de trabajo: Caracterización de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la materia” en De Elena y Peña, Joaquín (Ed.). *Desigualdad y relaciones de trabajo*. 1ª Edición. Ediciones de la Universidad de Salamanca. Salamanca. 2004. Págs. 243-264.
- SCHIELLE MANZOR, Carolina. *La jurisprudencia como fuente de derecho: El papel de la jurisprudencia*. [Documento en línea]. Disponible en: <http://www.ubo.cl/icsyc/wp-content/uploads/2011/09/13-Schiele.pdf>. 181-200 págs.
- SCHNEIDER, Hans-Peter. *Peculiaridad y función de los derechos fundamentales en el Estado Constitucional Democrático*. [Documento en línea]. Disponible en: dialnet.unirioja.es. [Consulta: 16-01-2012].
- SILVA, María T. “El Derecho a la Libertad y el efecto suspensivo de apelación interpuesto por el Ministerio Público en contra de la orden de excarcelación del imputado” en *IX Jornadas de Derecho Procesal Penal*. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas. 416 págs.
- SILVA ORMEÑO, Miguel Ángel. “El Principio de la Primacía de la Realidad” en 7. [Revista en línea]. Disponible en: <http://www.derechocambiosocial.com/revista014/CARATULA.htm>. 2008. [Consulta: 01-02-2012].
- SOLOZÁBAL, Juan José. “Algunas cuestiones básicas de la teoría de los derechos fundamentales” en *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época) Nº 71*. Enero-Marzo, 1991. Págs. 87-110.
- SUMATE. *El respeto a los derechos fundamentales y otras libertades fundamentales ¿Existe discriminación política en Venezuela?* [Documento en línea]. Disponible en: http://www.sumate.org/democracia-retroceso/cap5_es_2.htm. [Consulta: 11-04-2012].

- TOLÉ MARTÍNEZ, Julián “La teoría de la doble dimensión de los derechos fundamentales en Colombia. El estado de cosas inconstitucionales, un ejemplo de su aplicación” en *Cuestiones Constitucionales*. [Revista en línea]. Disponible en: <http://www.ejournal.unam.mx/cuc/cconst15/CUC1510.pdf>. 2006. Págs. 253-316.
- TOLEDO FILHO, Manoel. *La libertad sindical y el derecho brasileño: breve panorama*. [Documento en línea]. Disponible en: http://www.fder.edu.uy/espaciodeltrabajo/boletines/boletin_1/derecho_brasileno.pdf., Págs. 1-5. [Consulta: 21-06-2012].
- TORTORA ARAVENA, Hugo. “Las limitaciones a los derechos fundamentales” en *Estudios constitucionales*. Año 8. N° 2. [Revista en línea]. Disponible en: <http://www.scielo.cl/pdf/estconst/v8n2/art07.pdf>. 2010. Págs. 167-200. [Consulta: 14-01-2012].
- TSJ. Sentencia N° 2002-2086, Expediente N° 02-27150 de fecha 31/07/2002. [Documento en línea]. Disponible: http://www.tsj.gov.ve/tsj_regiones/decisiones/2002/julio/025-31-02-27150-2002-2086.html. [Consulta: 30-09-2012].
- TSJ. *Expediente N° 09-2504* de fecha 15 de julio de 2009. [Documento en línea]. Disponible en: <http://merida.tsj.gov.ve/decisiones/2009/julio/2111-15-09-2504.html>. [Consulta: 29-09-2012].
- UGARTE CATALDO, José. *El Nuevo Derecho del Trabajo*. 1ª Edición. Editorial Universitaria. Santiago de Chile. 2004. 182 págs.
- UGARTE CATALDO, José. “La constitucionalización del derecho del trabajo: La tutela de derechos fundamentales” en *Revista Latinoamericana de Derecho Social N° 7* [Revista en línea]. Disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/revlads/cont/7/art/art11.pdf>. Julio-Diciembre de 2008. págs. 249-273. [Consulta: 28-01-2012].
- UPRIMNY, Rodrigo. *Módulo Derechos humanos y Derecho Internacional Humanitario*. Consejo Superior de la Judicatura, Escuela Rodrigo Lara Bonilla. Bogotá. 2004.
- URQUIJO, José. “La función gerencial de Relaciones Industriales y de Recursos Humanos (Departamentalización)” en *Revista sobre Relaciones Industriales y Laborales N° 40*. Caracas. Universidad Católica Andrés Bello. Enero-diciembre 2004. págs. 11-118.

- URQUIJO, José. *Teoría de las relaciones industriales. De cara al siglo XXI*. 4ª Edición. Universidad Católica Andrés Bello. 440 págs.
- URQUIJO, José. *El movimiento obrero de Venezuela*. Organización Internacional del Trabajo, Universidad Católica Andrés Bello, Instituto de Altos Estudios Sindicales. 1ª Edición. 1ª Reimpresión. Caracas. 2004. 264 págs.
- VALDÉS DAL-RE, Fernando. “Poderes del empresario y derechos de la persona del trabajador”, en Aparicio, Joaquín y Baylos Antonio (Dir.). *Autoridad y Democracia en la Empresa*, Madrid, 1992.
- VALDÉS DAL-RÉ, Fernando. “La vinculabilidad jurídica de los derechos fundamentales de la persona del trabajador: una aproximación de derecho comparado” en *Derecho Privado y Constitución N° 17*. 2003. Págs. 499-525.
- VALDÉS DAL RÉ, Fernando “Persona del trabajador, Constitución, Principio de Igualdad” en *Revista de Trabajo, Año IX, N° 13*. Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo. Lima. 2005. págs. 9-22.
- VALADÉS, Diego. La no aplicación de las normas y el Estado de derecho en CARBONELL, M.; OROZCO, W. y VÁSQUEZ (Coords.). *Estado de derecho. Conceptos, fundamentos y democratización en América Latina*. Siglo XXI Editores. México. 2002.
- VICIANO, Roberto y MARTÍNEZ, Rubén. *¿Se puede hablar de un Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano como corriente doctrinal sistematizada?* [Documento en línea]. Disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/wccl/ponencias/13/245.pdf>. [Consulta: 12-06-2012]. págs. 1-23.
- VILLASMIL PRIETO, Humberto. *Estudios de derecho del trabajo*. 3ª edición. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas. 2006. 678 págs.
- VILLASMIL PRIETO, Humberto. *Fundamentos de derecho sindical venezolano*. 3ª Edición. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas. 2007, 205 págs.
- VILLASMIL PRIETO, Humberto. *La incidencia de la Organización Internacional del Trabajo en el momento fundacional del derecho del trabajo latinoamericano: Unas notas introductorias*. OIT. Documento de Trabajo N° 33. 2011. 19 pág.

