

República Bolivariana de Venezuela
Tribunal Supremo de Justicia
Escuela Nacional de la Magistratura

Magistra

REVISTA DE LA ESCUELA NACIONAL DE LA MAGISTRATURA
PUBLICACIÓN ANUAL

AÑO 8 • N° 1

ENERO - DICIEMBRE 2014

Indizada en REVENCYT, DIALNET, LATINDEX
y CLACALIA

Caracas

© ESCUELA NACIONAL DE LA MAGISTRATURA
Tribunal Supremo de Justicia

ISSN: 1856-8865
Depósito legal pp 200702DC2838

Dirección:
Avenida Francisco de Miranda entre calles La Joya y Élice,
Edificio Dirección Ejecutiva de la Magistratura, Torre Norte,
Planta Baja, Biblioteca, Chacao, Caracas, Venezuela, CP 1060.
Teléfono (Fax): 0212-2743052
revistamagistra@gmail.com
<http://enm.tsj.gob.ve>

Portada: Carlos Pérez Cárdenas

Esta revista fue impresa en papel alcalino.
*This publication was printed on acid-free paper
that meets the minimum requirements
of the American National Standard for Information
Sciences-Permanence for Paper for Printed
Library Materials, ANSI Z39.48-1984.*

Diagramación e impresión: Ediciones Astro Data, S.A.
Telf.: 0261-7511905 ~ Fax: 0261-7831345
E-mail: edicionesastrodata@gmail.com
Maracaibo, Venezuela

Consejo Directivo

Escuela Nacional de la Magistratura

Director General

Magistrado de la Sala Constitucional
Dr. Arcadio Delgado Rosales
Tribunal Supremo de Justicia

Directora General Adjunta

Dra. Nely Vásquez de Peña

Secretaria General (e)

Abg. Rosanna Gallo

Director General de Administración y Recursos Humanos

Lic. Miguel Ángel Lucas

Directora General de Carrera Judicial

Abg. Dilcey Cortez

Directora General Docente (E)

Lic. Gisely Estraño

Director General de la Oficina de Cooperación Técnica y Proyectos Especiales

Dr. Nelson Mata

Director General de Información y Documentación Judicial (E)

Lic. Orlando Sanz

Consejo Editorial de Magistra

Argentina

Julio César Llanan Nogueira
Coordinador del Programa Educación para la Paz
Universidad Nacional de Rosario

Chile

Alejandro Vera Quilodrán
Corte de Apelaciones de Temuco
Poder Judicial

Costa Rica

Álvaro Burgos
Tribunal de Juicio
Poder Judicial

Paraguay

Rodrigo Alejandro Escobar Espínola
Tribunal Contencioso Administrativo
Poder Judicial

Venezuela

Alba Carosio
Centro de Estudios de la Mujer
Universidad Central de Venezuela

Rodolfo Magallanes
Instituto de Estudios Políticos
Universidad Central de Venezuela

Vladimir Aguilar Castro
Centro de Estudios Políticos y Sociales
de América Latina
Universidad de Los Andes

Hugo Quintero
Facultad de Humanidades y Educación
Universidad del Zulia

Comité Editorial

Dhayana Carolina Fernández Matos
Directora de Recursos Documentales,
Investigación y Desarrollo
Escuela Nacional de la Magistratura

Domingo Medina Gutiérrez
Especialista de Área
Escuela Nacional de la Magistratura

La Revista *Magistra* es una publicación científica periódica y arbitrada de la Escuela Nacional de la Magistratura, cuyo objetivo es dar publicidad a artículos de carácter científico-jurídico desarrollados principalmente por investigadores e investigadoras del Poder Judicial venezolano, pero abierta a las colaboraciones de expertos y expertas nacionales e internacionales siempre que cumplan con los requisitos de rigurosidad y objetividad propios del quehacer científico-jurídico. La Revista *Magistra* verifica que se cumplan las *Normas para los colaboradores y las colaboradoras* que ha establecido y lleva a cabo las labores de edición propias de una publicación de este tipo, pero las opiniones y afirmaciones contenidas en los artículos son responsabilidad exclusiva de los autores y las autoras de los mismos.

Índice

	Pág.
Presentación:	9
Estudios	
Gisely Estraño Castillo	
La formación y capacitación de las juezas y los jueces en la República Bolivariana de Venezuela	
<i>Formation and Training Programs for Judges in Venezuela</i>	15
Álvaro Burgos	
La Regulación del Trabajo Infantil y Juvenil en Costa Rica	
<i>The Regulation of Child and Youth Labor in Costa Rica</i>	49
Luis Alberto Petit Guerra	
El Derecho a la vivienda digna en la perspectiva del juez ordinario: Análisis desde su dimensión constitucional y procesal	
<i>The Right to Dignified Housing from the Perspective of the Ordinary Judge: Analysis from its Constitutional and Procedural Dimensions</i>	85
Gonzalo Pérez Salazar	
Los límites de la interpretación constitucional por parte de la Sala Constitucional	
<i>The Limits of Constitutional Interpretation by the Constitutional Court</i>	101
Martha Coromoto Montilla García	
La no discriminación remunerativa (salarial) como garantía de igualdad y equidad en el derecho del trabajo	
<i>Non-Discriminatory Remuneration (Salary) as a Guarantee of Equality and Fairness in Labor Law</i>	121
Francisco Merlo, Mónica Traspuesto y Rosalux Galíndez	
La conciliación y mediación en el proceso laboral venezolano	
<i>Conciliation and Mediation in the Venezuelan Labor Process</i>	155
NORMAS PARA LOS COLABORADORES	
Y COLABORADORAS DE LA REVISTA MAGISTRA	187
INSTRUCCIONES DE ARBITRAJE	189

Presentación

Una vez más, la Escuela Nacional de la Magistratura se complace y se llena de orgullo al presentar a sus lectores y lectoras un volumen de la revista *Magistra*. Es nuestro octavo número consecutivo, desde que publicáramos el primero en el año 2007. Desde entonces hemos tratado de mantener un esfuerzo por presentar los resultados del esfuerzo académico de investigadores e investigadoras que confían en *Magistra* para hacer públicos sus hallazgos y reflexiones. Al igual que en el volumen del año anterior, también este año hemos optado por prescindir de la sección dedicada a un Tema Central, a pesar de que algunos artículos giran en torno a la misma temática. En ese sentido, en esta ocasión queremos ofrecer seis artículos que, como ya es tradición en la revista *Magistra*, reflejan la variedad y la vitalidad de las investigaciones y reflexiones en el ámbito socio-jurídico.

Como no podía ser de otra manera, la edición de este año la hemos querido encabezar con un amplio artículo de Gisely Estrano Castillo, quien se desempeña actualmente como Directora General Docente de nuestra institución. Allí, Estrano Castillo pasa revista a los programas de formación y capacitación para juezas y jueces en Venezuela, así como los planes de estudio impulsados por la Escuela Nacional de la Magistratura (ENM). La autora también describe la oferta de formación especializada ofrecido por las universidades a los operadores y operadoras de justicia, así como la creación del Instituto de Investigación y Postgrado, alternativa educativa de cuarto nivel que la ENM pone a disposición de funcionarios y funcionarias judiciales. Estrano Castillo también hace un repaso por las metodologías de investigación aplicadas a programas educativos, producción académica y ejes transversales del currículo, resaltando su importancia en la administración curricular de planes de formación y capacitación.

A este excelente artículo le sigue una colaboración de Álvaro Burgos, desde Costa Rica. Burgos nos ofrece un estudio sobre la regulación del trabajo infantil en ese país. Allí analiza

la situación del trabajo infantil y adolescente, así como los mecanismos de protección disponibles en Costa Rica, en términos de derechos humanos, para su prevención y atención.

Seguidamente, Luis Petit Guerra nos presenta un análisis de las dimensiones constitucional y procesal del derecho a la vivienda digna en la perspectiva del juez ordinario. Sostiene Petit que, a pesar de que es a los tribunales constitucionales a los que mayoritariamente se considera como los “verdaderos” agentes de cambios sociales, también existen razones de peso para extender esa consideración a los tribunales ordinarios, cuyos jueces son, en última instancia, el rostro de la justicia más cercano a la ciudadanía.

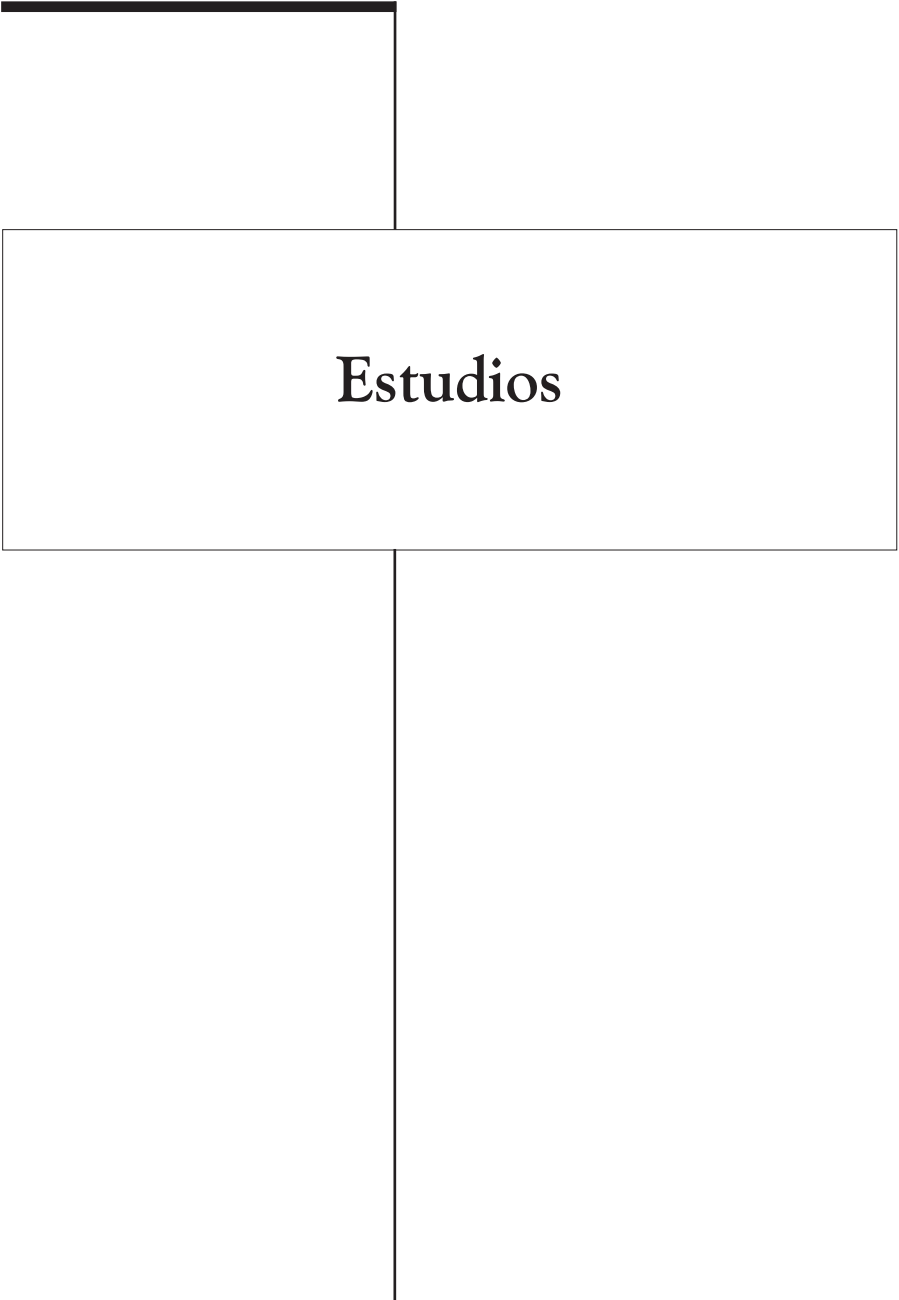
Al artículo de Petit Guerra le sigue un análisis de los límites de la interpretación constitucional por parte de la Sala Constitucional, a cargo de Gonzalo Pérez Salazar. El autor compara y contrasta los límites de la interpretación constitucional que la doctrina ha propuesto con aquellos sostenidos por la jurisprudencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela. Para lograrlo, Pérez Salazar primero describe algunas clasificaciones de los límites a la interpretación constitucional diseñadas por la doctrina foránea y luego entra al análisis de sentencias líderes en materia de interpretación constitucional dictadas por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia venezolano y las enmarcar dentro de las clasificaciones doctrinarias sobre el tema.

Martha Montilla presenta un artículo sobre la discriminación remunerativa en el mercado laboral. Sostiene la autora que discriminación salarial afecta los derechos a la igualdad y la equidad en el trabajo, por lo que en la relación de trabajo la discriminación salarial o remunerativa está determinada por el hecho de que exista un trabajo que sea ejecutado por varios trabajadores/as de iguales condiciones y de igual categoría, y que el mismo requiera de una serie de capacidades y habilidades comunes a todos ellos, pero que a su vez se haga distinción entre unos y otros, sugiriendo la inclinación del empleador/a de favorecer a unos trabajadores/as y a otros no; para que finalmente la distinción que se ha ejecutado no sea por aspectos de eficiencia en el trabajo ni cualidades del trabajador. Ante las realidades de salarios desiguales, es perentorio determinar las causas a las cuales puede sujetarse, pero si se comprueba que las mismas obedecen a criterios objetivos y no subjetivos del empleador/a no puede catalogarse arbitrariamente de discriminación salarial.

Cerramos nuestra edición de este año con un interesantísimo artículo a cargo de Francisco Merlo, Mónica Traspuesto y Rosalux Galíndez, quienes nos traen un estudio sobre la conciliación y mediación en el proceso laboral venezolano a la luz del Estado Social y Democrático de Derecho y de Justicia consagrado en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Los autores exponen las bases teóricas del nuevo paradigma en el proceso laboral venezolano, hacen análisis del Estado Social y Democrático de Derecho y de Justicia, y repasan los fundamentos del derecho de acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva. Finalmente, los autores analizan la conciliación y mediación como mecanismo alterno de resolución de conflicto en el proceso laboral venezolano y lo comparan con las regulaciones establecidas en esta materia tanto en la legislación venezolana anterior a la vigente, como con en la legislación de otros países.

Como en años anteriores, esperamos cumplir con las expectativas de nuestros exigentes lectores y lectoras, y que los artículos y temas tratados sean de su agrado y satisfacción. Esperando contribuir a la difusión de las ideas, hallazgos y reflexiones de investigadores e investigadoras, nos despedimos de nuestros lectores y lectoras enviándoles un caluroso saludo que se corresponde con el cariño y el gran recibimiento que siempre dispensan a la revista *Magistra*.

Dra. Nely Vásquez de Peña
Directora General Adjunta
Escuela Nacional de la Magistratura



Estudios

La formación y capacitación de las juezas y los jueces en la República Bolivariana de Venezuela

Formation and Training Programs for Judges in Venezuela

Gisely Estraño Castillo*

Recibido el 20/07/2014

Aceptado el 05/10/2014

*Licenciada en Educación, Mención Tecnología Educativa, con Maestría en Educación, mención Currículo. Se ha desempeñado como Directora de Formación Integral y actualmente como Directora General Docente de la Escuela Nacional de la Magistratura Venezuela
gestrano@yahoo.es

RESUMEN

Se contempla la descripción de los programas de formación y capacitación para juezas y jueces en Venezuela, así como los planes de estudio impulsados por la Escuela Nacional de la Magistratura (ENM), órgano académico del Tribunal Supremo de Justicia (TSJ). De igual forma, se describe el panorama de formación especializada ofrecido por las universidades a operadores(as) de justicia y la iniciativa de la ENM de crear el Instituto de Investigación y Postgrado, alternativa educativa de cuarto nivel para funcionarios(as) judiciales. También se hace referencia a las metodologías de investigación aplicadas a programas educativos, producción académica y ejes transversales del currículo, resaltando la importancia en la administración curricular de planes de formación y capacitación, enriquecedora de experiencias educativas impulsoras de competencias profesionales para la contribución efectiva de juezas y jueces y funcionariado en general al sistema judicial, concordantes con las aspiraciones ciudadanas y postulados constitucionales de acceso a la justicia.

Palabras clave: programas educativos, programas de formación, programas de capacitación.

ABSTRACT

The aim of this paper is to describe the formation and training programs for judges in Venezuela, as well as curricula driven by the Escuela Nacional de la Magistratura (ENM) (National School for Magistracy), academic institution of the Venezuelan Judiciary. It also shows the specialized formation and training programs offered by universities and colleges for judicial officers. The creation of ENM's Institute of Research and Graduate Studies, a fourth-level educational alternative for judicial officials, is described as well. Research methodologies applied to educational programs, academic production and transverse curricular axes are studied in this paper, highlighting the importance of formation and training programs in curricular administration, which enrich educational experiences that foster professional competencies, contributing effectively to judges and the general functioning of the judicial system, concordant with citizen aspirations and constitutional postulates about access to justice.

Keywords: educational programs, formation programs, training programs.

La formación de las juezas y los jueces en la República Bolivariana de Venezuela

El Estado venezolano, constituido como Democrático y Social de Derecho y de Justicia según el artículo 2 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (CRBV, 2000), está obligado a crear, conservar y comprometerse a materializar estos enunciados para satisfacer las necesidades de sus habitantes y lograr el bienestar general. Por ello, la justicia, la educación, la salud, la seguridad social, entre otras, deben propender a la protección de los derechos fundamentales y el desarrollo de la sociedad y los individuos, como función indelegable del Estado, expresado en la acción de los poderes públicos: Ejecutivo, Legislativo, Ciudadano, Electoral y Judicial.

A fin de sostener y consolidar la institucionalidad del Sistema Judicial en Venezuela, surge la Escuela Nacional de la Magistratura (ENM), órgano que se ocupa de la formación y capacitación de los abogados, abogadas en servicio y de los jueces, juezas en funciones, y demás auxiliares del Sistema Judicial, en concordancia con los fines del Estado que la Constitución establece.

A partir de la entrada en vigencia de la Constitución en el año 2000 y de las transformaciones sociales e institucionales progresivas y necesarias para su efectiva aplicación, en el ámbito de acceso a la justicia y administración judicial se requirió en el año 2004 de la definición del perfil del nuevo juez y jueza, y de la creación de la ENM, como ejecutora de los mecanismos que articulan la selección con la formación inicial obligatoria, contribuyéndose a la mejora y calidad del desempeño profesional de los jueces, juezas y demás funcionarios y funcionarias judiciales, y coadyuvar a la mejor prestación del servicio de administración de justicia en el país.

La ENM es un organismo dependiente del Tribunal Supremo de Justicia Venezolano, creada a través de la Resolución 00012 (Tribunal Supremo de Justicia, 18 de agosto de 2004), la cual persigue los siguientes objetivos:

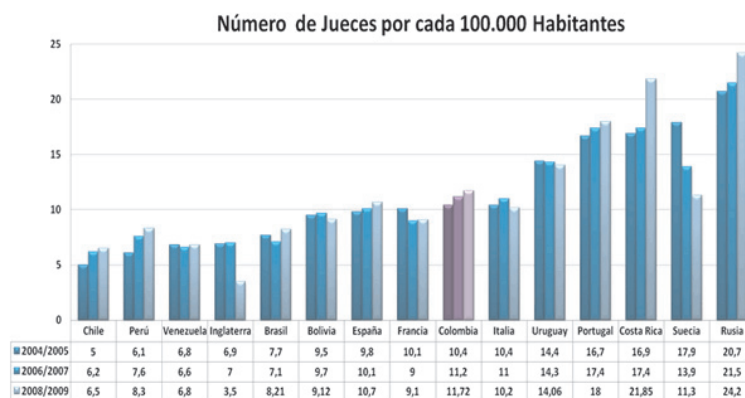
1. Promover una justicia de calidad y excelencia.
2. Sensibilizar al juez sobre su papel en la sociedad.
3. Concientizar acerca de la responsabilidad ética inherente a la función judicial.
4. Incorporar a los programas que se desarrollen, el conocimiento de las técnicas y herramientas que contribuyan a una administración y gestión judicial eficaz.

5. Promover la realización de actividades científicas y de investigación relacionada con las distintas áreas del Derecho y, en particular, con la actividad judicial.
6. Incentivar en los servidores judiciales de la importancia del manejo de datos estadísticos para el control y la transparencia en el desempeño de la función judicial.
7. Formar a los aspirantes a ingresar como jueces y juezas al Poder Judicial.
8. Garantizar el proceso de evaluación y concurso de los jueces y juezas no titulares, así como la promoción y ascenso de los jueces y juezas titulares, a través de programas de formación destinados a ese objetivo.
9. Diseñar y organizar cursos, talleres, seminarios y jornadas de capacitación, actualización y perfeccionamiento dirigidos a los jueces y juezas demás funcionarios y funcionarias del Poder Judicial.

Asimismo, dicha resolución establece que la misión de la Escuela Nacional de la Magistratura es garantizar la idoneidad y excelencia de los jueces y juezas, inspectores e inspectoras de tribunales, secretarías y secretarios, así como a los demás funcionarios de apoyo del Poder Judicial, junto a su *visión* de aspirar a ser una institución modelo, tanto a nivel de la comunidad nacional e internacional, de excelencia académica y ética en la formación y capacitación de los jueces y de los funcionarios y auxiliares de la administración de justicia, contribuyendo así a un Poder Judicial con sólidos principios morales e intelectuales. Por otro lado, la ENM aspira convertirse en la institución académica y jurídica estratégica del Poder Judicial venezolano.

Para el momento de escribir este artículo, en Venezuela se tiene un total de 1914 jueces y juezas en todo el territorio nacional, en las siguientes áreas o ámbitos: titulares, provisorios, temporales y accidentales. Según cifras proporcionadas por la Magistrada Luisa Estella Morales, Jueza Presidenta del Tribunal Supremo de Justicia (TSJ) de Venezuela, durante la sesión solemne de apertura del año judicial el día 5 de febrero de 2011, refiriéndose a la gestión del año 2010 del Alto Órgano Judicial (Morales, 2011), el número de jueces no es proporcional con el crecimiento poblacional. Tal y como lo señala la Presidenta del máximo tribunal venezolano, actualmente 1914 jueces y juezas deben atender las demandas del servicio de 28.833.845 habitantes en el país, lo que indica una cifra insuficiente de “aproximadamente 6 jueces para asistir potencialmente a cada 100.000 habitantes”.

Cifras comparativas de Venezuela con otros países, indican hasta el año 2009 una baja proporción de jueces y juezas por cada 100 mil habitantes, al igual que Chile, seguido por Perú y Brasil con un número de 8 jueces y juezas, mientras que Bolivia, Colombia y Costa Rica, observan cifras de 9, 11 y 21 jueces y juezas por cada 100 mil habitantes, respectivamente.



Fuente: Centro de Estudios de Justicia de las Américas, Reporte sobre la Justicia en las Américas 2004-2005, 2006-2007 y 2008-2009.
Comisión Europea para la Eficiencia de la Justicia, Sistemas Judiciales Europeos: Eficiencia y calidad de la justicia -Edición 2010.

Nota: Las cifras presentadas corresponden al último año reportado por los países para cada periodo referenciado.

Esto demuestra lo urgente de la selección y formación de juezas y jueces en Venezuela, para ocupar los cargos que resulten de la creación de nuevos tribunales.

A manera referencial, se introducen algunas consideraciones para aproximarnos a la comprensión del sistema judicial venezolano.

Consideraciones sobre el Estado Social de Derecho y de Justicia y la formación de las juezas y los jueces en Venezuela

- Estado Social y Democrático de Derecho y de Justicia:

El principio expresado en el Art. 2 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (2000), inicia legalmente una transformación de nuestro Estado venezolano, al deslindarse de los trazos de un Estado Liberal de Derecho, por el de un Estado Social y Democrático de Derecho y de Justicia, de allí que diversas instancias se suman a su interpretación.

Sobre el concepto de Estado Social de Derecho, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia venezolano en la sentencia 85, Expediente 01-1274 del 24 de enero de 2002, inspirada en el mencionado artículo 2 de la Constitución, señala al Estado Social de Derecho como buscador de armonía entre las clases. En esta sentencia se señala el propósito del Estado Social:

“...evitando que la clase dominante, por tener el poder económico, político o cultural, abuse y subyugue a otras clases o grupos sociales, impidiéndoles el desarrollo o sometiéndolas a la pobreza y a la ignorancia; a la categoría de explotados naturales y sin posibilidad de redimir su situación” (Tribunal Supremo de Justicia, 2002: 2).

El Estado social debe en consecuencia, tutelar a las personas o grupos en estado de debilidad o minusvalía jurídica, frente a otros. De esta forma:

“El Estado está obligado a proteger a los débiles, a tutelar sus intereses amparados por la Constitución, sobre todo a través de los Tribunales; frente a los fuertes, tiene el deber de vigilar que su libertad no sean una carga para todos” (Ibíd.).

La protección en el disfrute de los derechos fundamentales que conducen al bienestar social encuentra asidero en la materialización de éstos a través del Estado. Ocando y Pirela (2008), señalan al respecto que:

“...el Estado Social de Derecho y de Justicia, debe ser entendido como la regulación del Estado por el Derecho, quedando de esta forma subordinado al orden jurídico preestablecido; sino que se debe garantizar que esa normatividad jurídica cuide de realizar la justicia social, de hacer que los derechos sociales, económicos y culturales no sean meros enunciados sino una realidad concreta, de propender a una mejor distribución de la riqueza; de combatir la miseria y la falta de trabajo, vivienda, seguridad, salud, educación, entre otros servicios básicos esenciales para el grupo social” (Ocando y Pirela, 2008: 186).

El Estado Social de Derecho y de Justicia se operacionaliza de manera formal a través del Sistema de Justicia y el Poder Judicial:

El Sistema de Justicia

Conforme a lo previsto en el artículo 253 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (2000) y lo establecido en el artículo 2 de la Ley del Sistema de Justicia (2009), el Sistema de Justicia lo integran el Tribunal Supremo de Justicia y los demás tribunales que determine la Ley (organización judicial), el Ministerio Público, la Defensa Pública, los y las auxiliares y funcionarios y funcionarias de justicia, el Sistema Penitenciario, los Medios Alternativos de Justicia, los Órganos de Investigación Penal, los ciudadanos y ciudadanas que participan en la administración de justicia conforme a la ley y los Abogados y Abogadas autorizados(as) para el ejercicio.

Cada una de las ramas del poder público que conforman el Sistema de Justicia tienen sus funciones propias y los órganos y entes colaborarán entre sí en la realización de dar acceso a todas las personas del Sistema de Justicia, como ejercicio de los derechos humanos, así como a propender las condiciones jurídicas y administrativas de igualdad ante la ley, crear y fortalecer los medios de participación, impulsar el compromiso social por el carácter popular del Sistema de Justicia mismo. El Sistema de Justicia en Venezuela, es de orden público, lo cual garantiza a las personas las condiciones jurídicas y administrativas para la igualdad ante la ley y el acceso universal de todos y todos al Sistema de Justicia de manera real y efectiva.

El Poder Judicial

Los principios que rigen el Sistema de Justicia son: justicia gratuita, accesible, imparcial, idónea, transparente, autónoma, independiente, responsable, equitativa y expedita sin retrasos indebidos y sin formalismos y reposiciones inútiles. En cuanto al Poder Judicial, en Venezuela es uno de los cinco poderes del Estado. En ese sentido, es el encargado de administrar justicia emanada de los ciudadanos y ciudadanas y se imparte en nombre de la República por autoridad de la ley.

El Tribunal Supremo de Justicia, es el órgano rector del Poder Judicial. En consecuencia, es su máxima autoridad jurisdiccional, ejerciendo su dirección, gobierno y administración, con la finalidad de asegurar a los usuarios y usuarias la protección y tutela de sus derechos y garantías constitucionales.

La administración de justicia se ejerce a través de los órganos jurisdiccionales, en su clasificación de Tribunales o Circuitos Judiciales con Competencias Civiles y Mercantiles, Laborales, Penales, Agrarios, Marítimos, Contencioso-Administrativo, Contra la Violencia a la Mujer, Tribunales de Protección de Niñas, Niños y Adolescentes, también denominados LOPNNA y de Responsabilidad Penal de Adolescentes.

Los Jueces y Juezas, administradores(as) de justicia por excelencia, cumplen funciones indelegables.

- Rol del Juez y Jueza en el Estado Social de Derecho y de Justicia

El Diccionario de la Real Academia señala que Juez proviene del latín *Iudex*, “persona que tiene autoridad y potestad para juzgar y sentenciar”. El juez y jueza constituyen figuras de autoridad institucional, representantes imparciales de las instituciones que los juramentan y al servicio de las sociedades que les demanden. Cañas (2008) refiere al respecto, que en el área judicial se han operado cambios históricos en el mundo entero, que determinan la posición del juez y la jueza:

“La función de juzgamiento en la concepción tradicional se apoyaba en la ideología liberal del proceso [...], asentada en el ordenamiento jurídico y los principios reduccionistas de la ley; de manera que la sentencia era expresión de la ley, ‘a la que el juez no podía añadir nada’ [...]. ‘Hoy la tendencia del derecho procesal moderno, está en la dirección de dar por sentado, que la justicia la busca y la realiza es el juez, con su capacidad innovadora y creadora de interpretar la ley’” (Cañas, 2008:29-30).

Tanto desde las posiciones conservadoras como progresistas se ha caracterizado al juez y a la jueza como autoridad revestida del poder legal, institucional, moral y competente para el ejercicio de la tarea de juzgar.

¿Cuál es el rol del juez y jueza?: juzgar indudablemente. ¿Con qué criterios, con cuáles referenciales? ¿Apegados a qué elementos, técnicas, principios constitucionales y valores morales? En los tiempos actuales, donde la Justicia Social se impone, Carcova (2001: 112) se expresa al respecto:

“¿Qué hacen entonces los jueces cuando juzgan? Según parece: Conocen, interpretan, valoran, deslindan, estipulan. No de una manera monádica, aislados, solitarios y caprichosos. Sino como seres sociales, portadores de una cultura técnica, pero irreductiblemente permeables al conjunto de representaciones, estados de conciencia y visiones del mundo que comparten con sus congéneres y que coadyuvan, con su trabajo, a veces a conservar y otras veces a transformar”.

En la operacionalización de la justicia desde su concepción ideológica hasta su materialización a través de los distintos sistemas de control jurídico: leyes e instituciones, y de sistemas de control político: democráticos, participativos, entre otros, la figura del juez y jueza se constituye en un eslabón interpretativo y activo en su función pública de administrar justicia.

Para Arcila y Hoyos (2010: 43) “la interpretación del orden jurídico confiere un papel preponderante al juez en sus relaciones con el legislador y con la administración”.

Además de ser un representante de la administración de justicia que actúa por orden del Estado, interpretando los preceptos jurídicos y las leyes existentes, parafraseando a Cañas (2008: 29), los jueces y juezas, ponen en práctica su capacidad innovadora y creadora de interpretar la ley, observando la evolución de la sociedad y de sus problemas. Es así como en el Estado Social y Democrático de Derecho y de Justicia: “El nuevo juez tiene que comprender que su misión debe estar acorde con el nuevo marco Constitucional, que le da la delicada misión de juzgar” (Ibíd. 31).

El nuevo juez y jueza, garante del Estado Social y Democrático de Derecho y de Justicia propio del sistema constitucional venezolano, tiene ante sí un conjunto de responsabilidades que le exigen no sólo de preparación técnica jurídica especializada, sino de una cultura general obtenida por sus relaciones en y con el medio social donde vive, exigiéndole su profesión el estar informado, contextualizado y siendo reconocedor del sistema de administración de justicia, el sistema judicial y la problemática del Estado. Al respecto, Porras (2006: 238) señala:

“El juez es y así permanece, expresión de la sociedad de su tiempo, y por tanto es objeto de poderosas y determinantes influencias en el ambiente, en modo especial de aquél que lo rodea más directamente y del cual él proviene y es parte integrante; pero en general, de toda la sociedad en la cual vive”.

El juez y jueza en el Estado de Derecho y de Justicia, como miembros de un poder judicial independiente, debe a la vez liberarse de la influencia ideológica de los grupos con los cuales quizás les toca formarse, negándose por convicción a convertirse en brazo ejecutor de grupúsculos de poder que le exigen prebendas. Refiriéndose a ello, Porras (Ibíd: 239) destaca:

“De nada serviría la independencia del poder político, si el juez no lograra liberarse de la sujeción a la clase dirigente por la cual ha sido influenciado, en forma inconsciente, y por lo tanto, en forma más insidiosa, ligado a pertenecer a dicha clase, por la educación, por los valores con los cuales ha sido socializado desde la infancia, las escuelas que ha cursado, las relaciones familiares y profesionales, los periódicos que compra...”.

La dependencia ideológica, el apego a la norma jurídica, los fundamentalismos legales y jurisprudenciales, así como las relaciones de poder, estarán acechando la acción del juez y jueza, quien a través de su inteligencia, conciencia moral, sensibilidad social y firme convicción, buscará espantar estas fuerzas y neutralizarlas a la hora de juzgar. Alfonso y otros (2007: 195) señalan al respecto:

“el juez debe estar consciente y actuar con convicción, no por conveniencia, analizando el contexto jurídico-social, previendo el efecto inmediato a corto, mediano o largo plazo (sic) que puede tener para las partes concretas de la causa, y al tiempo el efecto hacia la sociedad”.

La función del juez y la jueza ha de ser ante todo el de ciudadano y de ciudadana que hacen vida en un contexto determinado, con un conjunto de valores y principios personales los cuales unidos a su

conocimiento jurídico y habilidad técnica para interpretar las normas, represente una realidad que no les es ajena, él y ella forman parte social, una realidad en la que el juez y jueza intervienen para aplicar la justicia.

Esta acción juzgadora se eleva al logro de las transformaciones que exige el Estado, la búsqueda de la equidad y justicia social.

“... no se quiere decir que el juez actuará de espaldas al Derecho, a las leyes, de manera arbitraria, sino que lo que se desea es que actúe de frente a su realidad, y dentro de ella sin duda está el Derecho” (Alfonso y otros, *Ibíd.*: 197).

La acción del Juez y Jueza de nuestros tiempos ha de contribuir a la transformación social que exige el Estado Social de Derecho y de Justicia, en la búsqueda de soluciones y respuestas a los problemas que encierra la aplicación del derecho.

Importancia de la Formación Inicial y Continua de Jueces y Juezas

La formación inicial de jueces y juezas resulta imprescindible para el ingreso a la carrera judicial, la cual complementaría los estudios de Derecho que ha recibido el abogado(a) en su paso por la universidad, tanto en sus cursos de pregrado como de postgrado, los cuales no son suficientes para introducirle en el complejo ejercicio judicial, en el cual no sólo debe motivar, argumentar, redactar y ejecutar sus sentencias, sino que adicional y de forma indelegable, debe gerenciar, administrar los recursos a su disposición, relacionarse efectivamente con su equipo de servidoras y servidores de apoyo, reconocer la institución judicial, el código de ética y sus mecanismos internos, la estructura procesal y responder a los formalismos institucionales propios de su gestión como juez y jueza.

Posterior a su ingreso, la formación continua permite actualizar a juezas y jueces en novedades legislativas producidas en tópicos jurídicos vinculados con el Derecho Nacional e Internacional, posiciones doctrinarias en el campo del Derecho y en el manejo de herramientas que permitan el mejor desenvolvimiento en su puesto de trabajo, vinculando a las tareas jurisdiccionales. De igual forma, propiciar actividades de ampliación cuyo objetivo es fortalecer conocimientos y destrezas para mejorar las actuaciones de los operadores y operadores de justicia y emprender trabajos más difíciles, aumentando el nivel de responsabilidades inherentes a sus cargos,. Finalmente, la formación continua y el perfeccionamiento de juezas y jueces en función de sus necesidades de formación y capacitación y del perfil del cargo, durante su carrera judicial.

La vocación de juez o jueza no es suficiente en este sentido, como tampoco lo es la asignación de cargos judiciales sin previa selección y formación. Se requiere de verdadera educación profesional para el ejercicio de la función judicial, que legitime la función y desarrolle no sólo el perfil de ingreso de jueces y juezas, sino que le fortalezca en las competencias que se requieren a lo largo de su carrera judicial.

La preocupación de las judicaturas o magistraturas en países del mundo entero en torno a la importancia que reviste la formación de jueces y juezas, ha llevado a delegar esta actividad en las distintas escuelas judiciales que les representan. En este sentido, Venezuela forma parte de la Red Iberoamericana de Escuelas Judiciales, la cual está integrada por países de la región, representados en sus distintas escuelas judiciales.

La importancia que reviste la formación de jueces y juezas ha sido preocupación de las judicaturas a nivel mundial y en Venezuela, a través de la Escuela Nacional de la Magistratura se materializa este cometido. Al respecto, Fernández y otros destacan:

“Las nuevas corrientes del pensamiento jurídico han comprendido que para que se dé una verdadera transformación del poder judicial y los/as ciudadanos puedan contar con una verdadera tutela judicial de sus derechos, es preciso ir más allá de avances tecnológicos y nuevas infraestructuras; es necesario concentrarse en la persona, en el ser humano como elemento impulsador de los cambios que la administración de justicia reclama, ocupando la formación de jueces y juezas, un lugar prioritario en las transformaciones que la sociedad demanda” (Fernández y otros, 2007:144).

La legitimación del Poder Judicial no sólo le viene por su carácter taxativo y de resonancia como poder público, tampoco por las características modernas de las edificaciones judiciales y los modelos organizacionales tecnológicos; esta legitimación se logra a través de la cara visible del sistema, que hace posible la atención al ciudadano y ciudadana, el justiciable que acude para obtener acceso a la justicia, cuya impresión la percibe de los Juezas y Jueces junto a su personal de apoyo judicial, los cuales hacen tangible la satisfacción de sus exigencias.

La definición del juez del sistema de justicia en Venezuela (según Resolución N° 2004 – 00012 del 18 de agosto de 2004) es considerado por la Escuela Nacional de la Magistratura en sus programas de formación, a continuación se describe:

Perfil del Juez y la Jueza

Conocimientos: (lo que debe saber y conocer: conceptos, modelos, teorías, principios, etcétera)

- Conocedor(a) de todas las instituciones procesales y principios jurídicos.
- Una persona de sólida formación intelectual, con especial sentido crítico.
- Capacitado(a) por el estudio de las ciencias de la psicología y afines para enfrentar el proceso oral inminente en todas las materias del ordenamiento jurídico venezolano.
- Que se nutra de las fuentes del conocimiento jurídico y que maneje las teorías para la resolución de conflictos.

Habilidades: (lo que debe saber, hacer y aplicar, relacionado con herramientas, métodos, procedimientos y técnicas).

- Ágil y tecnológicamente avanzado(a).
- Atento(a) y accesible a todas las personas.
- Comprensible en su hablar técnico jurídico.
- Conocedor(a) y ejecutor del uso técnico de la palabra hablada (Principio de Oralidad)
- Director(a) de un equipo hacia la consecución del sublime objetivo de la justicia.
- Con criterios y habilidades necesarias para evaluar la significación de la norma legal e impacto de sus decisiones, conforme a la realidad social.
- Creador(a) único de todo el trabajo judicial, es decir, sus sentencias, y en general todas sus determinaciones, donde exprese su pensamiento, sus reflexiones y su filosofía frente a la justicia.
- Que se manifieste como un ser pensante capaz de conocer los hechos y resolver la controversia con la mayor dedicación.
- Dispuesto(a) a garantizar los derechos humanos.
- Que se sirva de la Ley como instrumento de justicia.
- Garante en la tutela de intereses jurídicos fundamentales ante los graves ataques de que pueden ser objeto.

Actitudes: (sus valores y su ser, relacionado con posturas entre sí mismo(a) y la sociedad, comportamientos)

- Un ser con los más altos principios éticos y valores morales.
- Ajeno(a) a intereses políticos partidistas, no estar inscrito en partido político, no participar en actos de proselitismo político.

co, su opinión sobre éstos y sus representantes, debe ser secreta y manifestada únicamente por intermedio de su derecho al voto, como garantía de su imparcialidad.

- Ponderado(a) ante las desigualdades sociales.
- Responsable ante el ciudadano.
- Transparente en sus decisiones de justicia.
- Independiente, autónomo(a) y que sepa defender su autonomía y su independencia frente a interferencias de cualquier índole.
- Un servidor y servidora público(a).
- Que no pierda de vista que el proceso es obra humana que se nutre de lo social y de lo político.
- Firme en las convicciones morales y en la defensa de los intereses colectivos y particulares.
- Indolegable, con voluntad de servicio y conciencia del compromiso con el pueblo venezolano.
- Recto(a) en su proceder y en su conciencia, con decisión de impedir y combatir toda forma de corrupción.
- Receptivo(a) y amplio, no arbitrario, ni rígido, porque ello lo hace incapaz de abrirse a los procesos de cambio.
- Creador(a), siempre listo a dar respuestas justas a las realidades emergentes.
- Con coraje y temple necesarios para asumir la responsabilidad de sus decisiones, enfrentar la prepotencia del poder y de la arbitrariedad.
- Con sensibilidad social.
- Progresista en las interpretaciones humanitarias y reconocedoras de los valores superiores de la persona humana.

Descripción de los Programas de Formación y Capacitación para las Juezas y los Jueces en Venezuela

La Formación Integral es un esfuerzo permanente que procura el desarrollo armónico de todas las dimensiones del individuo, objetivo del sistema educativo venezolano y cuyo acompañamiento de formación para el desempeño laboral le corresponde a la Escuela Nacional de la Magistratura, a través de áreas de formación específicas

que incluyen a la *Formación Inicial*, la cual antecede a la obtención de competencias para un cargo en particular y/o se realiza al momento del ingreso a la función judicial, orientado al desarrollo de competencias fundamentales que deben acreditar a quienes se dedican a la judicatura.

La *Formación Continua* representada en actividades de capacitación para la actualización, la ampliación y el perfeccionamiento de las competencias que se requieren en el ejercicio judicial.

La *Formación Profesional de cuarto nivel* constituida por la oferta curricular de postgrado que próximamente ofrecerá el Instituto de Investigación y Postgrado, permitirá a profesionales judiciales fortalecer competencias de investigación y gestión otorgándosele un título con la acreditación de estudios de educación superior.

En la Escuela Nacional de la Magistratura los programas de formación *inicial, continua y profesional* constituyen planes sistemáticos de actividades de enseñanza y de aprendizaje los cuales responden a un diseño curricular, fundamentado en metas educativas que orientan la práctica pedagógica y administrativa, con la finalidad de fortalecer perfiles profesionales que favorezcan el ejercicio laboral, y ético-cívico, en concordancia con la función judicial hacia el colectivo social.

Así lo señala, el artículo 13 del Código de Ética del Juez venezolano y la Jueza venezolana (2010), con respecto a la formación profesional y actualización:

“La formación profesional y la actualización de los conocimientos, constituyen un derecho y un deber del juez y la jueza. La Escuela Nacional de la Magistratura dispondrá las medidas necesarias para asegurar la formación permanente de los jueces y juezas conforme lo prevé la Constitución de la República y la normativa legal correspondiente. ”

La formación integral del juez y la jueza no depende exclusivamente de un programa académico en particular, muchas de las competencias, vistas en términos de necesidades de formación, han sido atendidas por la educación universitaria y continúan desarrollándose por iniciativas propias de juezas y jueces y a través de la creación de espacios académicos que les permitan el cultivo de sus valores personales, institucionales, normativos, técnicos, procedimentales y gerenciales en mejoramiento permanente, con el auxilio de la formación continua; y novedosamente en Venezuela la intención de profesionalizarles en la obtención de títulos de cuarto nivel, a través del Instituto de Investigación y Postgrado.

La ENM, dentro de la formación inicial y continua, desarrolla programas permanentes que a continuación se describen:

Programas de Formación Inicial

- El Programa de Formación Inicial para aspirantes a juezas y jueces (PFI).

Es una experiencia curricular de formación, que ejecuta la Escuela Nacional de la Magistratura (ENM) del Tribunal Supremo de Justicia (TSJ), como requisito previo de ingreso a la carrera judicial.

La creación de la Escuela Nacional de la Magistratura (ENM) y el diseño del Programa de Formación Inicial para aspirantes a Jueces (PFI), reviste un cambio importante en el sistema judicial actual, pues éste estaba destinado a la asignación de un cargo de juez o jueza sin vinculación alguna con programas de formación inicial, el cual demostró ser deficiente, en razón de que la mayoría de los jueces y juezas no titulares, evidenciaron bajos niveles de preparación jurídica, además de desconocimiento técnico para desempeñar el cargo, al momento de su ingreso, en las funciones inherentes a la labor de juzgar y la gestión de administración de justicia (Tribunal Supremo de Justicia, 2004).

La ENM ha ejecutado el PFI desde el año 2006 ante la necesidad de complementar el nivel académico de los profesionales que aspiran a ingresar al Poder Judicial. Este programa se ha dispuesto para elevar el dominio de los conocimientos, habilidades y el fortalecimiento de actitudes indispensables para ser Juez y Jueza, en la construcción de un perfil profesional de ingreso que se consolide a lo largo de la carrera judicial, iniciando sus actividades académicas, a partir de un proceso de admisión y selección de carácter público, el cual tuvo difusión nacional en medios impresos y página web. Se realizó una convocatoria a todos los abogados y abogadas del país y 417 aspirantes fueron escogidos por sus resultados en el examen de admisión en el año 2006. De ellos egresaron en el año 2009 una primera cohorte de 377 aspirantes a jueces y juezas. Posteriormente, en el año 2008, se realiza un nuevo proceso de admisión y selección de aspirantes, con las mismas características del año 2006, para constituir la segunda cohorte del programa, con un número de 309 aspirantes. En 2010 egresaron 222 aspirantes.

Cabe destacar que en la segunda cohorte acceden a cursar estudios en el PFI, jueces, juezas y otros funcionarios y funcionarias judiciales pertenecientes a la Corte Marcial, órgano de la jurisdicción judicial militar, adscrito administrativamente al Ministerio del Poder Popular para la Defensa y funcionalmente adscrito al Tribunal Supremo de Justicia. Igualmente, se incorporan un contingente de aspirantes de la jurisdicción agraria, los cuales son postulados por la Comisión de Implantación de los Tribunales Agrarios a nivel nacional, quienes presentan mediante un proceso de selección una prueba de conocimientos y un posterior examen psicológico. Estos funcionarios

y funcionarias militares y abogados y abogados con especialidad agraria, una vez superadas las pruebas de ingreso, reciben igual formación, junto a los aspirantes que acceden al PFI mediante el proceso de admisión y selección en el año 2008.

Objetivos Generales del Programa de Formación Inicial (PFI)

1. Contribuir a la formación de jueces y juezas capaces de producir y desarrollar cambios en los procesos de administración de justicia, de acuerdo a las exigencias planteadas por nuestra sociedad, con la aplicación de herramientas jurídicas, de investigación y tecnológicas.
2. Propiciar una visión integradora del Rol del juez y jueza dentro del modelo organizacional judicial, que aspira el Sistema de Justicia.
3. Fomentar en los aspirantes a jueces y juezas, actitudes éticas, valores morales y sensibilidad, a través del ejercicio de criterios y habilidades necesarias para evaluar la significación de la norma legal y el impacto social de sus decisiones.

Costo del Programa

Los costos de este programa están cubiertos con el presupuesto asignado a la ENM y otorgado por el Ejecutivo Nacional a través del Ministerio de Finanzas. Los beneficios que se obtienen superan los costos, en virtud de que: las instalaciones son propias, en su mayoría los profesores y profesoras pertenecen al Poder Judicial y no devengan honorarios profesionales, los costos operativos en materiales, equipos, tecnología y servicios son costeados por el ente rector, el TSJ, siendo para el estudiante de carácter gratuito.

Cuerpo Docente

La plantilla docente está conformada por magistrados y magistradas, jueces y juezas titulares, profesores y profesoras de universidades y profesionales de reconocida trayectoria. La selección y contratación de este cuerpo docente inicia con una entrevista por parte de la coordinación del programa, el análisis de sus credenciales, en el que se valora la especialización de éstos(as) en la unidad curricular que deben administrar, posteriormente se somete a aprobación su incorporación al programa mediante punto de cuenta, ante el Comité Directivo de la ENM.

La clasificación existente entre los docentes de la ENM, es de: Docentes externos y docentes internos; son considerados docentes externos, aquellos profesores que no pertenecen al Poder Judicial, provenientes de instituciones universitarias de prestigio del sector privado u otros organismos del Estado. Los docentes externos reci-

ben una remuneración por el número de horas académicas impartidas, de acuerdo a una escala clasificatoria que establece la Dirección General de la ENM. Los docentes internos, forman parte del Tribunal Supremo de Justicia, adscritos a sus distintas dependencias: Circuitos Judiciales Penales, Corte Contencioso Administrativo, Civiles, Laborales, LOPNNA Penal o Protección, salas del Tribunal Supremo de Justicia, Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial, ENM, entre otras.

Otra figura resaltante dentro del cuerpo docente son los jueces y juezas tutores, responsables de acompañar, orientar y evaluar al aspirante y la aspirante dentro del Programa de Formación Inicial durante el transcurso de sus pasantías. Los requisitos para formar parte del cuerpo de jueces y juezas tutores es poseer la titularidad en el cargo y ejercer funciones docentes universitarias, así como observar una trayectoria destacada dentro de la institución judicial, preferiblemente jueces superiores.

El profesorado interno (perteneciente al poder judicial) realizan labores Ad honorem, mientras que la plantilla de docentes externa (no pertenecientes al poder judicial) perciben honorarios por hora académica.

Características significativas del docente de la ENM

Los(as) docentes internos(as) y externos(as), diseñan los programas de las asignaturas, siguiendo las líneas generales de la dirección general docente a través de la coordinación docente y académica, asimismo, guiados(as) por la dirección del programa, estructuran cada unidad curricular, seleccionando minuciosamente los contenidos a desarrollar así como las estrategias de enseñanza y evaluación que es compartida entre los grupos de estudiantes, así como la elaboración de los materiales de apoyo, puestos a disposición para la demostración, el estudio y la ejercitación.

La actuación de este cuerpo docente es evaluada por los(as) estudiantes egresados(as) de ambas cohortes y por la coordinación docente y académica, a través de cuestionarios elaborados por la Secretaría General de la Escuela, para retroalimentar a los(as) docentes, recomendando los correctivos correspondientes, en caso necesario a fin de optimar continuamente la calidad de la enseñanza en la ejecución de los programas. Esta evaluación garantiza su permanencia o no en el programa, a objeto de próximas contrataciones.

Estrategias Pedagógicas

Se han incorporado métodos de enseñanza y aprendizaje más allá de la simple aplicación de textos normativos, la estrategia pedagógica se fundamenta en: la estimulación de la reflexión e investigación metodológica y jurisprudencial; la interpretación humanitaria, la mediación y conciliación entre las partes de un conflicto; la pro-

fundización en el conocimiento, interpretación y aplicación de normas jurídicas y los principios políticos y sociales establecidos en la Constitución; el intercambio de posturas y toma de conciencia, favoreciendo el pensamiento crítico; la ejercitación y combinación teórico-práctica de asignaturas asentadas en la realidad judicial nacional e internacional, considerando criterios actualizados; la práctica jurídica simulada y real, en escenarios judiciales y la vinculación del aspirante con la comunidad a través de actividades de apoyo legal y mediación en conflictos comunitarios y entre particulares.

Se contempla la incorporación de estrategias que facilitan la integración de los aprendizajes, entre las que podemos mencionar: los debates, el análisis de sentencias, las simulaciones de actos orales y públicos, la investigación jurisprudencial, el método de resolución de casos., entre otras técnicas pedagógicas que fomentan la reflexión y búsqueda de soluciones a situaciones reales.

Duración y Frecuencia del Programa de Formación Inicial:

El programa tiene una duración de 360 horas académicas, administradas en un 1 año y medio. La frecuencia de clases presenciales es de 10 horas académicas semanales en jornadas de 5 horas académicas, dos días a la semana. También se ejecutó el programa bajo la modalidad de clases intensiva, en jornadas inter-semanales de hasta 10 horas académicas diarias los días viernes y sábados.

A continuación se enuncia el Plan de Estudio correspondiente al Programa de Formación Inicial (PFI).

Plan de Estudios

PROGRAMA DE FORMACIÓN INICIAL

COMPONENTE	UNIDADES CURRICULARES
BÁSICO Permite al aspirante conocer e interpretar información básica sobre el funcionamiento de los tribunales, la organización judicial venezolana y la comprensión del rol del juez en la sociedad, herramientas que complementarán su formación general.	Sistema de Justicia 24 horas
	Principios Contables 20 horas
	Derechos Humanos 24 horas
	Informática Judicial 20 horas
	Seminario de Conferencias y Mesas de trabajo 28 horas
	- La Formación del Estado Venezolano
	- Algunas reflexiones sobre la economía venezolana
	- La prensa venezolana del siglo XX
	- Historia de Venezuela
	- Venezuela en números

INTERMEDIO Afianza en el aspirante las técnicas, habilidades y actitudes necesarias para el cumplimiento de la función jurisdiccional.	Psicología Jurídica	20 horas
	Desarrollo Personal	
	y Neurolingüística	20 horas
	Garantías Constitucionales	20 horas
	Gerencia Judicial	16 horas
	Principios y Valores Jurídicos	12 horas
	Actividad Complementaria: Tribunal Móvil	16 horas
AVANZADO Fortalece habilidades inherentes a la gestión y decisión jurídica.	Pruebas	20 horas
	Mediación	12 horas
	Conducta Judicial	12 horas
	Inmediación	12 horas
	Aspectos Constitucionales	16 horas
	Derecho y Género	12 horas
	Actividad Complementaria: Tribunal Móvil	16 horas
PASANTÍAS Desarrolla competencias vinculadas a procesos jurisdiccionales en el ejercicio de la función judicial.	Prácticas Jurídicas	60 horas

Programas de Implantación de Nuevos Tribunales y Circuitos Judiciales

Es una experiencia de capacitación dirigida a jueces, juezas, y demás funcionarios y funcionarias que integran nuevos tribunales, como consecuencia de la creación o transición de tribunales unipersonales hacia circuitos judiciales.

Este programa se dicta con anterioridad a la mudanza e implantación de los nuevos tribunales o circuitos y la duración es de 40 horas académicas aproximadamente. Su diseño se adapta a las características de la jurisdicción y la materia de que se trate.

A manera referencial se adjunta el Plan de Estudios Generales:

<i>UNIDADES CURRICULARES</i>
Sistema de Justicia y Principios Institucionales Crecimiento Personal Atención al ciudadano y la ciudadana Trabajo en equipo Derechos Humanos Derecho y Género Procedimiento relacionado al área de competencia Administración de los fondos documentales Modelo Organizacional y Sistema de Gestión Juris 2000

Programas de Formación Inicial para Docentes

Son actividades de capacitación para la formación del profesorado. El Programa de Apoyo Docente (PAD) y el Taller de Herramientas Docentes se incluyen dentro de los Programas de Formación Inicial.

Programa de Apoyo a la Docencia (PAD)

Es una experiencia de capacitación para docentes internos(as) y externos(as), quienes han sido seleccionados(as) para colaborar en los distintos programas, los cuales tienen experiencia como profesores y profesoras universitarios(as) y se incorporarán a la plantilla profesoral. Este programa permite fortalecer las competencias pedagógicas del docente, a través de la incorporación y desarrollo de estrategias didácticas vinculadas con las funciones de formación docente dentro de los programas académicos de la ENM.

Programa de Apoyo a la Docencia (PAD)

Plan de Estudios

<i>UNIDADES CURRICULARES</i>
Unidad I: El rol del docente de la enm. introducción, consideraciones básicas y expectativas. Unidad II: Planificación, Ejecución y Evaluación de una actividad académica. Unidad III: Estrategias de Facilitación Grupal, Uso de los Recursos Instruccionales y Técnicas para Procesar Información. Unidad IV: Desarrollo de una Acción de Aprendizaje. Unidad V: Taller de Microenseñanza.

Taller de Herramientas Docentes

Es una capacitación básica en materia educativa, para profesionales del poder judicial que desean incorporarse al cuerpo docente, con poca o ninguna experiencia como profesoras o profesores universitarios (as), los cuales optan a ser seleccionados para integrar la plantilla profesoral.

Plan de Estudios

UNIDADES CURRICULARES

Consideraciones Generales

El proceso de enseñanza y aprendizaje competencias de un docente. Facilitador, resistencia al aprendizaje, acciones de aprendizaje. Terminología básica.

Planificación de Acciones de Aprendizaje

Recomendaciones para el inicio, desarrollo y cierre de una acción de aprendizaje. Recomendaciones para fomentar la participación del grupo y para realizar presentaciones orales.

Simulación de una clase. Ejecución. autoevaluación, coevaluación, evaluación.

Programas de Formación Continua

Curso de Capacitación para Alguaciles

Esta actividad de capacitación se dirige a los alguaciles de las distintas competencias existentes: penales, civiles, contenciosos, laborales, protección de niños, niñas y adolescentes, violencia contra la mujer, pertenecientes a los tribunales de municipio, primera instancia, superiores o cortes de apelación. Tiene una duración aproximada de 90 horas académicas.

Plan de Estudios

COMPONENTES	UNIDADES CURRICULARES
<i>Permitirá conocer e interpretar información básica sobre su función jurisdiccional, la organización judicial venezolana, la comprensión del rol del alguacil en la sociedad y herramientas que complementaran su formación general.</i>	• Sistema de justicia y principios institucionales. • Atención al ciudadano y ciudadana. • Cultura y valores jurídicos. • Incendios, contingencias y prevención sísmica. • Técnicas de primeros auxilios. • Defensa Personal. • Legislación en el área de su competencia. • Derechos Humanos. • Traslado y custodia de imputados. • Seguridad física en las instalaciones. • Trabajo en equipo. • Crecimiento Personal. • Funciones internas y externas del alguacil. • Lingüística Corporal. • Manejo de conflictos. • Redacción de informes.

Total 90 Horas Académicas

Talleres de Reformas Procesales y Divulgación de Nuevas Leyes

Actividades de capacitación que se dirigen a los funcionarios y funcionarias (incluye a juezas y jueces), en la discusión de reformas en las leyes y los procedimientos que ello ocasionase. También la capacitación que ocasiona la entrada en vigencia de nuevas leyes.

Durante el año 2009 y 2010 hubo una reforma importante de la Ley Orgánica para la protección de las niñas, niños y adolescentes. A continuación se muestra plan de estudios.

Talleres de Actualización sobre la Reforma Procesal de la LOPNNA

Plan de Estudios

UNIDADES CURRICULARES
1. Antecedentes, justificación y finalidad de la reforma procesal en la LOPNNA. 2. Principios de la Reforma Procesal en la LOPNNA. 3. Visión General del Procedimiento Ordinario en la Reforma Procesal en la LOPNNA. 4. Competencias de los Integrantes del Sistema de Justicia en los Tribunales de Protección. 5. La Admisión y Notificación en el Procedimiento Ordinario. 6. La Mediación en la Audiencia Preliminar.

7. La Sustanciación en la Audiencia Preliminar.
8. Las Medidas Preventivas y la Audiencia de Oposición.
9. Las Pruebas en la Reforma Procesal.
10. La Audiencia de Juicio.
11. Los Recursos en la Reforma Procesal en la LOPNNA
12. El Procedimiento de Jurisdicción Voluntaria
13. La Adopción.
14. La Restitución Internacional de Custodia.
15. Ejecución de Sentencias.
16. Amparo Constitucional.

Durante el año 2010 hubo la divulgación en todo el territorio nacional a todos y todas las juezas y jueces acerca de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, a través de una Jornada de Actualización.

Temario de la Jornada de Actualización

Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y el Estado Social de Derecho y de Justicia. Principios, Procedimientos Administrativo para la exigencia de los Servicios Públicos 2. Organización de las comunidades, consejos comunales y procedimiento de acceso a la justicia contencioso administrativa. 3. Caracterización de los Servicios públicos en Venezuela.

Programa de Capacitación para Archivistas

Esta actividad de capacitación se dirige a los archivistas judiciales de las distintas competencias existentes: penales, civiles, contenciosos, laborales, protección de niños, niñas y adolescentes, violencia contra la mujer, pertenecientes a los tribunales de municipio, primera instancia, superiores o cortes de apelación. Tiene una duración aproximada de 40 horas académicas.

Plan de Estudios

UNIDADES CURRICULARES

- Sistema de Justicia y Principios Institucionales.
- El Ciudadano y la Ciudadana como Centro de la Organización.
- Principios de Actuación del Archivista Judicial. Archivística General.
- Archivística Aplicada a los Archivos Judiciales.
- Conservación Preventiva de los Archivos Judiciales.

Talleres de Capacitación para la motivación e integración de las funcionarias, funcionarios, juezas y jueces

DESCRIPCIÓN	TALLERES
<i>El taller es una unidad curricular caracterizada por la realización de actividades de <u>alto contenido práctico</u>, que permitirán fortalecer habilidades de trabajo en equipo, atención al ciudadano y la ciudadana en el servicio público, herramientas ofimáticas, contribuyendo a su desarrollo personal y funciones administrativas</i>	• Trabajo en equipo • Crecimiento Personal • Herramientas Office: Excel, Word, Power Point • Motivación e integración • Ética y responsabilidad • Atención al ciudadano y la ciudadana en el servicio público • Conciencia de género

Cursos a Distancia (Aula virtual)

Constituye una experiencia educativa en la modalidad semi-presencial, apoyada en las nuevas tecnologías de la información y comunicación, a través del aula virtual de la ENM, para el desarrollo de las actividades de capacitación, formación y actualización, con miras a disminuir la brecha digital.

Los nuevos escenarios de la educación, con el crecimiento de las modalidades no presenciales y la incorporación creciente de herramientas de producción, transporte y comunicación de contenidos en la educación presencial, exigen al docente nuevas competencias y la adecuación a las exigencias de la educación del siglo XXI.

Esta demanda vuelve pertinente este curso de capacitación en tutoría virtual, con un fuerte fundamento teórico imprescindible para encarar el aprendizaje mediado por las tecnologías de información y comunicación y un importante peso del «saber hacer», que facilite el desarrollo de competencias en el participante de forma inmediata a su gestión judicial.

La oferta virtual de la Escuela Nacional de la Magistratura, es la siguiente:

- **“Curso Básico de Tutoría Virtual”** dirigido a los docentes de la ENM (Duración: 4 semanas).
- **“Restitución Internacional de Niños, Niñas y Adolescentes”** (Duración: 4 semanas).
- **“Aprendiendo en el Juicio Laboral”** (Duración: 4 semana).
- **“Estudios de Gestión en la Jurisdicción Contencioso Laboral”** (Duración: 16 semanas).

Formación Profesional con obtención de títulos de cuarto nivel

A través del Instituto de Investigación y Postgrado de la Escuela Nacional de la Magistratura, se aspira formar al juez, jueza, demás funcionarios y funcionarias judiciales que conforman el sistema de justicia venezolano, en el ámbito de estudios de investigación y postgrado en la ciencia del derecho, alineado con el órgano competente nacional en materia de educación universitaria: Ministerio del Poder Popular para la Educación Superior.

En concordancia con lo establecido en el artículo 4 del Reglamento Orgánico de la Escuela Nacional de la Magistratura (2005), donde se incluye como funciones medulares de esta última: planificar, coordinar y ejecutar la inducción, formación, profesionalización, actualización y capacitación permanente de los jueces o juezas, funcionarios o funcionarias, empleados o empleadas, trabajadores o trabajadoras del Poder Judicial, o aspirantes a ingresar a la magistratura o a la carrera judicial. A tal fin, es la ENM la encargada de promover la realización de estudios, investigaciones, publicaciones, seminarios, cursos, foros y cualquier otra actividad análoga para la consecución de los objetivos propuestos, así como lo estipulado en el artículo 59 ejusdem, donde se establece la facultad del Consejo Directivo por órgano de su Director o Directora, a realizar todo lo pertinente para que la Escuela Nacional de la Magistratura pueda otorgar reconocimiento de grado de cuarto nivel al señalar taxativamente:

“El Consejo Directivo, por órgano de su Director o Directora, gestionará lo conducente ante las autoridades competentes, para que la Escuela Nacional de la Magistratura pueda otorgar reconocimiento de grado de cuarto nivel, en las categorías de especialización, maestría o doctorado”.

Por consiguiente, se aspira la autorización y creación del Instituto de Investigación y Postgrado de la Escuela Nacional de la Magistratura del Tribunal Supremo de Justicia, en el primer semestre del año 2012, para desarrollar estudios de cuarto nivel que apunten a proporcionar conocimientos necesarios para la formación de expertos de elevada competencia profesional; profundizar en los procesos educativos de los jueces o juezas y demás funcionarios del sistema de justicia venezolano, así como servir como centro de análisis profundo y sistemático por medio de diagnósticos adecuados al contexto del poder judicial, generando discusiones nutritivas, fomentando el intercambio de ideas y observaciones con organismos nacionales e internacionales.

Los Cursos de Postgrado que se ofrecerán a través del Instituto de Investigación y Postgrado de la ENM, a los jueces y juezas a serán los siguientes:

- Especialización en Justicia y Equidad de Género.
- Especialización en Mediación Familiar.
- Especialización en Responsabilidad Penal de niños niñas y adolescentes.
- Maestría en Administración de Justicia.
- Maestría en Constitución y Acceso a la Justicia.

Panorama de Formación Especializada ofrecido por las universidades a las operadoras y operadores de justicia

En Venezuela los estudios de pregrado y postgrado en materia jurídica, principalmente están destinados a la profundización en el conocimiento y desarrollo de la actividad profesional del abogado y la abogada, sin incluir planes de estudios dedicados a la formación específica, para el ejercicio de la función judicial. Si bien es cierto, las escuelas de derecho universitarias, ofrecen en sus pensa de estudio la oportunidad al abogado y abogada egresado(a) de formarse como administradores de justicia, existen competencias particulares relacionadas al conocimiento e interpretación normativa, jurisprudencial y herramientas procedimentales y en materia administrativa, institucional, gerencial y profesional que la Escuela Nacional de la Magistratura aporta a través de sus distintos programas de formación.

Las universidades nacionales tanto públicas como privadas otorgan títulos de abogado y abogada a los profesionales del derecho, en planes de estudio de pregrado cuya duración promedio es de cinco años.

Por otra parte, la oferta de cursos de postgrado para los operadores y operadoras de justicia no se distingue de la oferta de cuarto nivel para abogados y abogadas que se desempeñen en otros contextos organizacionales privados o del estado, pudiendo incluirse en ellos profesionales judiciales, del libre ejercicio, litigantes en firmas consultoras, asesores o asesoras legales, etc. Cada universidad ofrece distintos postgrados en las ramas del derecho.

Algunas instituciones del Sistema de Justicia han suscrito convenios con universidades para la formación de jueces y juezas, sin embargo, no es una oferta permanente, sino acciones estratégicas de formación especializada de jueces y juezas, con la ocasión del pago de matrículas con descuento en los postgrados que se tienen en las universidades con las que se realiza el convenio, tal es el caso del

Doctorado en Constitución que realiza la Universidad Santa María con la Fiscalía General de la República, para formar exclusivamente a Fiscales en este doctorado, con el mismo pensum de estudios que imparte la universidad en su oferta académica.

Debido a la inexistencia de ofertas universitarias de postgrado en materias de gestión judicial, la Escuela Nacional de la Magistratura está obligada a fortalecer sus Programas de Formación Integral.

Metodologías de Investigación aplicadas a Programas Educativos

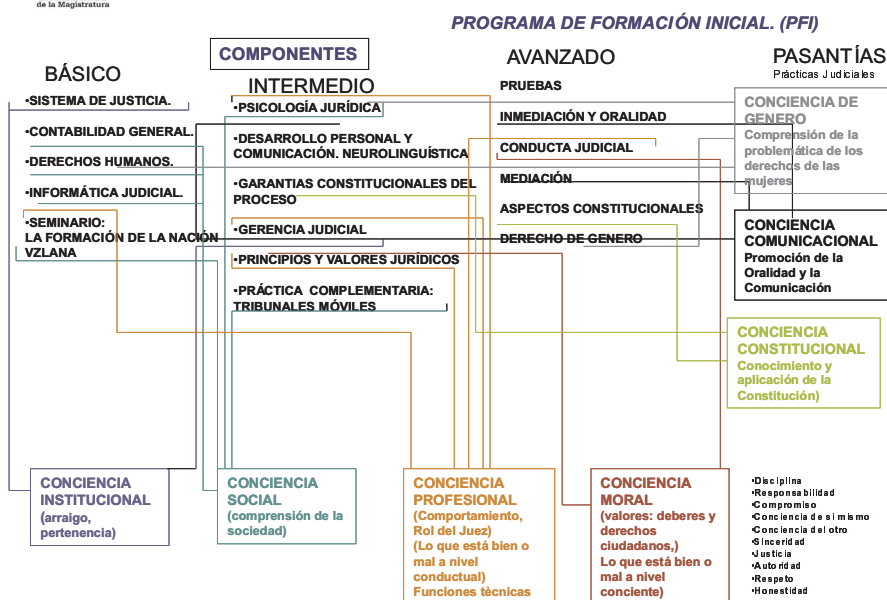
- Ejes Transversales

Para ejercer la función judicial se hace necesario, el conocimiento de las normas jurídicas y los objetos procesales, así como la destreza y habilidades propias de la acción jurisprudencial y la doctrina universal, que todo abogado obtiene, siendo optimistas, en sus estudios de pregrado.

Desde la Formación Inicial de juezas y jueces, se pretende, profundizar los conocimientos de base obtenidos en la universidad y hacer mayor énfasis en el fortalecimiento de la personalidad ética, los valores implícitos que exige la labor judicial, la actitud más que la vocación, sentando bases que les permitan asumir el reto de administrar justicia desde su comprensión y reconocimiento de la Institución judicial, que le vincule conscientemente, con la realidad de la que forma parte, en perspectiva sensible a la comunidad, lo cual se va fortaleciendo con acciones de Formación Continua y Profesional planificadas durante su carrera.

En la transversalidad curricular de los programas de formación que desarrolla la ENM, para juezas y jueces, se incorporaron elementos formativos en la programación y planificación de las experiencias educativas, a través de ejes que se hacen presentes, constituyendo un sistema de relaciones que impregnan y permean a lo largo y ancho del currículo, con la finalidad de asociar elementos que fortalecen el perfil profesional vinculado al contexto institucional y social.

A manera ilustrativa, en el Programa de Formación Inicial (PFI), los ejes transversales se integran entre sí y a su vez con las diferentes unidades curriculares del plan de estudios, vinculando a las distintas disciplinas en la dinámica didáctica de la acción curricular, así como también se evidencian en las distintas experiencias de aprendizaje que se activan dentro de la ejecución de este programa.



Perfil para la Formación Integral de las Juezas y los Jueces

DIMENSIÓN

Institucional

Social

Ético-Cívica

Comunicacional

Gerencial-Administrativa

Profesional

Constitucional en el marco de los DDHH y género

Perfil para la Formación Integral de las Juezas y los Jueces

Se perfilan siete dimensiones orientadas al fortalecimiento del perfil Integral de la jueza y del Juez, el desarrollo de la Conciencia Institucional; propiciando espacios académicos que inspiren sentimiento de arraigo y pertenencia a la institución judicial, en concordancia con el modelo organizacional. También se estimula la Con-

ciencia Social de juezas y jueces, a través de la contextualización y actividades que le acerquen a la comunidad, favoreciendo la comprensión de la realidad y su labor como servidores(as) públicos(as) en el servicio de justicia. Así mismo, la Conciencia Ético-Cívica es permeada, mediante la reflexión de los valores necesarios para cumplir su rol como juez y jueza, comprendiendo además de sus funciones técnicas, el compromiso ético, complementario a la conciencia moral, desde su comportamiento como ciudadano y ciudadana, sujeto de deberes y derechos que internaliza y vive, no en apariencia como se exige, sino por convicción personal.

Un Juez y Jueza ha de ser comunicador(a) por excelencia, entendido esto como mediadores(as), oradores(as), así como posibilitadores y posibilitadoras del diálogo y no del conflicto, de allí la importancia de considerar la elevación de su Conciencia Comunicacional.

Conocer los procedimientos administrativos básicos dentro de un tribunal y en la institución judicial en la importante labor como gerente, líder y supervisor(a) judicial ampliará mediante este programa su Conciencia Gerencial-Administrativa.

Profesionalmente, la formación integral fortalece la ejercitación de los procedimientos de su área de ejercicio, así como la reflexión y aplicación de principios jurídicos que favorezcan la transparencia, autonomía, independencia e imparcialidad.

La Conciencia Constitucional va más allá del conocimiento que profesionalmente se tenga sobre la Constitución, éste se orienta a la aplicación de los preceptos constitucionales en las decisiones, en defensa de los Derechos Humanos, estimulando la investigación jurisprudencial y doctrina constitucional, a todo ello, el Juez y Jueza venezolano(a) será adalid del Estado de Derecho y de Justicia, a través de la Equidad de Género, la cual reconoce que mujeres y hombres tienen necesidades e intereses diferentes y que en el ejercicio de los derechos sociales pueden requerirse tratamiento diferente.

- Producción Académica

Como producción académica, la Revista Magistra, es una publicación de la Escuela Nacional de la Magistratura, cuyo objetivo es dar publicidad a artículos de carácter científico-jurídico desarrollados principalmente por los miembros del Poder Judicial venezolano, pero abierta a las colaboraciones de expertos nacionales e internacionales siempre que cumplan con los requisitos de rigurosidad y objetividad propios del quehacer científico-jurídico. Los artículos científicos a ser considerados para su publicación por el Consejo Editorial, deben cumplir con las normas siguientes:

- Trabajos inéditos que no hayan sido propuestos simultáneamente a otras revistas
- Cumplir con normativas de diagramación, no excediendo los 1200 caracteres.
- Una vez constatado el cumplimiento de las normas, el Consejo Editorial procederá a someter las propuestas al menos a un/a arbitro/a, de manera anónima, entre especialistas o pares investigadores/as. Las sugerencias de éste/a, cuando las hubiere, serán dadas a conocer, con la confidencialidad del caso, a cada autor/a.

- Eventos Académicos

La Escuela Nacional de la Magistratura organiza, previa solicitud, actividades especiales, tales como Jornadas de Actualización, Conferencias, Congresos, Simposios entre otros, de corta duración, a los fines de propiciar el intercambio jurídico científico en las áreas de interés judicial, en el ámbito nacional e internacional. Igualmente colabora con el órgano rector en la ejecución de eventos planificados por éste: Tales como el Foro Anual de la Infancia y la Adolescencia, el Taller de Evaluación del Sistema de Justicia de Género.

La Administración Curricular de los Programas de Formación de Juezas, Jueces, Funcionarios y Funcionarias que integran el Sistema Judicial

El currículo para la formación de juezas y jueces es concebida como una experiencia educativa generadora de aprendizajes para la adquisición de saberes y competencias útiles en el ejercicio social y laboral. Esta experiencia, se planifica y gestiona académicamente a través de la integración de esfuerzos denominada: Administración Curricular. Según lo planteado por Becerra (2007), la Administración Curricular es:

“...una estrategia de implementación y conducción curricular académico-administrativa, que comprenden la ejecución de los planes y programas de acuerdo a lo planificado..., son objeto periódico de auditorías por organismos competentes para tal fin” (Becerra, 2007: 33).

Lo cual significa que la administración del currículo ejecuta la acción educativa, a partir del diseño académico que realizan las instituciones y ponen en práctica desde lo educativo y a su vez lleva implícita la gestión administrativa del currículo.

En este orden de ideas, Castillo (2003) concibe a la administración curricular como:

“...el proceso mediante el cual se ponen en marcha de forma coordinada los programas y proyectos, utilizando de manera eficaz y eficiente los recursos físicos, materiales y financieros” (Castillo, 2003).

La administración curricular es considerada como un cuerpo coherente entre lo estipulado en las metas y aspiraciones del currículo y la planificación estratégica, operativa del mismo, a través de sus planes de estudio y la experiencia de enseñanza y de aprendizaje, todo ello en una orquesta de elementos y recursos que hacen posible esta dinámica.

Todo ello indica, que la administración curricular es una integración entre el diseño y planificación del currículo, en la operacionalización de la experiencia curricular y el accionar de administradores, docentes y estudiantes en una estructura organizativa, espacios físicos, así como condiciones materiales, las cuales garanticen la consecución de las metas educativas previstas, lo más eficaz y eficientemente posible.

Las acciones institucionales puestas en marcha para la administración curricular de Programas de Formación, determinarán la eficacia y eficiencia de los mismos, debido a que, en el desarrollo de un programa están implicados una serie de elementos y condiciones que se desenvuelven, según Mateo (2000: 144) de acuerdo “a relaciones congruentes entre lo planificado y la realidad resultante”, lo cual permitirá obtener posteriormente información acerca de la utilidad de la experiencia curricular, a partir del análisis de la estructura del diseño curricular, infraestructura, el desempeño docente y la opinión de docentes y participantes, según los efectos del programa en su ejercicio profesional, entre otros. De todo ello, se fijarán las acciones a seguir para la mejora de un Programa de Formación en sus futuras aplicaciones.

La administración académica de los Programas de Formación para Juezas y Jueces ha de considerar la acción de profesionales en el ámbito de la educación y la pedagogía, los cuales acompañen a directivos, planificadores y docentes, éstos últimos formados en ciencias y procesos jurídicos; para enriquecer la experiencia curricular con formulaciones de las ciencias sociales de la educación: apoyar a docentes en la utilización de adecuadas estrategias de enseñanza y aprendizaje, así como adecuadas estrategias de evaluación, concertadas entre profesoras, profesoras y estudiantes.

Igualmente, estos especialistas de la educación colaborarán en la definición de técnicas hermenéuticas para la obtención de apren-

dizajes reflexivos y transformadores; también contribuirán en el seguimiento de la ejecución de las actividades formativas, en cuanto a: cumplimiento de las normas, medición de costos vs rendimiento académico, acompañamiento y seguimiento a docentes y estudiantes, observar y documentar la gestión con miras a evaluarla para la toma de decisiones.

Referencias bibliográficas

- ALFONSO, E.; BARRERA, M.; BARRIOS, A.; BARRIOS G.; CARDOSO, M.; DUQUE L. y POLANCO, J. (2007). "El Rol del Juez en la Sociedad". *Revista Magistra*. 1 (1): 191-198.
- ARCILA, B. y HOYOS, J. (2010). *El Rol del Juez en el Estado social de Derecho*. Medellín: Universidad de Medellín.
- BECERRA, A. (2007). *Thesaurus Curricular de la Educación Superior*. Caracas, Fondo Editorial de la UPEL. FEDUPEL.
- CAÑAS RIVERA, I. (2008). *El Juez ante el nuevo estado democrático y social de derecho y de justicia*. San Cristóbal: Lito Formas.
- CÁRCOVA, C. (2001). "¿Qué hacen los Jueces Cuando Juzgan?". En: *Libro homenaje a José Manuel Delgado Ocando*. Colección de Libros Homenaje No. 4. Volumen I. Tribunal Supremo de Justicia. Fernando Parra Aranguren Editor. Caracas.
- CASTILLO, A (2003). *Comunicación para el manejo de ecosistemas*. Tópicos en Educación Ambiental, 3 (9).
- FERNÁNDEZ, D.; JAIMES, D.; LUGO, R.; MEDINA, D. (2007). "Rendimiento académico de los aspirantes del Programa de Formación Inicial (PFI)." *Revista Magistra*. 1 (1). 143-163.
- MATEO (2000). *La evaluación educativa su práctica y otras metáforas*. Horsori. Editorial. Barcelona.
- MORALES LAMUÑO, Luisa Estella (2011). *Discurso de Apertura Judicial 2011*. [Documento en línea]. Disponible en <http://www.tsj.gov.ve/informacion/miscelaneas/discursoapertura2011.pdf>. [Consultado en Febrero 2011].
- OCANDO, H. y PIRELA, T. (2008). "El Estado Social de Derecho y de Justicia nuevo paradigma del Estado venezolano, Comentarios a la Sentencia N° 85, Expediente N° 01-1274 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 24/Enero/2002." *Revista Frónesis*. 15 (2): 179-188.
- PORRAS DE ROA, C. E. (2006). *Hacia la eficacia del Poder Judicial en Venezuela*. Mérida: Fondo Editorial Simón Rodríguez.

- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA DE LA LENGUA. *Diccionario de la Real Academia Española*. Vigésima segunda edición. [Documento en línea] Disponible en: http://buscon.rae.es/drae/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=programa. [Consultado en Febrero 2011].
- REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA (2000). *Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*. Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, 24 de Marzo de 2000, No. 5.453 (Extraordinario).
- _____ (2004). *Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia*. Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, 20 de Mayo de 2004, No. 37.942.
- _____ (2009). *Ley del Sistema de Justicia*. Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, 1ero. de Octubre de 2009, No. 39.276.
- TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA (2002). *Sentencia No. 85 de la Sala Constitucional*. 24 de Enero de 2002. [Transcripción en línea]. Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve>. [Consultada en Febrero de 2011].
- _____ (2004). *Resolución 00012 de la Normativa Legal de la Escuela Nacional de la Magistratura perteneciente al Tribunal Supremo de Justicia*. Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, 18 de agosto de 2004, No. 38.048.
- _____ (2005a). *Reglamento Orgánico de la Escuela Nacional de la Magistratura perteneciente al Tribunal Supremo de Justicia*. Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, 23 de mayo de 2005, No. 38.192.
- _____ (2005b). *Normas de evaluación y concurso de oposición para el ingreso y ascenso a la carrera judicial*. Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, 28 de Septiembre de 2005, No. 38.282.

La Regulación del Trabajo Infantil y Juvenil en Costa Rica

The Regulation of Child and Youth Labor in Costa Rica

Álvaro Burgos*

Recibido el 07/10/2014

Aprobado el 04/11/2014

* Doctor en Derecho Penal y Criminología de la
Universidad de Málaga y la Universidad Escuela Libre
de Derecho. Catedrático de Derecho Penal Especial y
Criminología de la Facultad de Derecho de la Universidad
de Costa Rica y Juez de Juicio del II Circuito Judicial
de San José, Costa Rica
Costa Rica
freudtico@yahoo.es

RESUMEN

El presente estudio analiza la situación del trabajo infantil y adolescente y los mecanismos de protección disponibles en Costa Rica, en términos de derechos humanos, para su prevención y atención.

Palabras clave: trabajo, niños, adolescentes.

ABSTRACT

This study analyses the situation of child labor and the protection mechanisms available in Costa Rica for its prevention and care in terms of human rights.

Key words: labor, children, adolescents.

Introducción

El trabajo infantil en donde existen condiciones de explotación refuerza los ciclos intergeneracionales de pobreza, socava las economías nacionales e impide el progreso hacia el logro de los Objetivos de Desarrollo del Milenio¹. No es sólo una causa, sino también una consecuencia de las desigualdades sociales reforzadas por la discriminación. Los niños pertenecientes a grupos minoritarios como los niños indígenas o a las castas más bajas, o en condición de discapacidad, suelen abandonar con mayor frecuencia la escuela para trabajar. Los niños migrantes también son vulnerables a la mano de obra oculta e ilícita.

UNICEF, en un trabajo consultado y articulado con instancias nacionales, apoya la implementación de Hojas de Ruta para lograr la eliminación de las peores formas de trabajo infantil para 2016², que exige una respuesta integrada al trabajo infantil. Asimismo, la agencia apoya a las comunidades para que dejen de aceptar culturalmente el trabajo infantil, mientras presta asistencia a las estrategias y programas que ofrecen fuentes alternativas de ingresos a las familias, el acceso a las guarderías, a una educación de calidad y a servicios de protección.

Es importante diferenciar entre el trabajo infantil, como lo indica la UNICEF, a veces necesario y parte de la cultura sin que implique riesgo ni agresión a la población infantil o adolescente, y la explotación laboral de esta población.

El trabajo infantil, como parte de la explotación laboral, es definido por el Programa Internacional para la Erradicación del Trabajo Infantil (IPEC) de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) como peligroso y perjudicial para el bienestar físico, mental y/o moral del niño, que les exige combinar el estudio con un trabajo pesado que les consume mucho tiempo, el cual puede estar relacionado con ayuda que prestan a sus padres en el hogar, la colaboración en un negocio familiar o las tareas que realizan fuera del horario escolar o durante las vacaciones para ganar dinero de bolsillo.

Este programa ha estimado que en el año 2004 había en el mundo 218 millones de niños y niñas sometidos al trabajo infantil, exclu-

1 Documento Final de 2010 de la cumbre de los ODM, pág. 13) http://www.un.org/en/mdg/summit2010/pdf/outcome_documentN1051260.pdf

2 Hoja de Ruta para lograr la eliminación de las peores formas de trabajo infantil para 2016. [Http://www.ilo.org/ipecinfo/product/download.do?type=document&id=13454](http://www.ilo.org/ipecinfo/product/download.do?type=document&id=13454)

yendo el trabajo doméstico, de los cuales 216 millones estaban contemplados en el rango de 5 a 17 años de edad y realizaban trabajos peligrosos.

Los niños y niñas representan alrededor de un 40% a un 50% de todas las víctimas del trabajo forzado, lo que es equivalente a 5.7 millones de niños y niñas atrapados en el trabajo en condiciones de servidumbre³.

Algunas causas que contribuyen a la existencia de trabajo infantil y sus peores formas se debe a factores sociales y económicos como la pobreza, falta de empleo y por ende bajos ingresos de las familias, falta de acceso a la educación de calidad e inclusiva, inexistencia de espacios alternativos y de tiempo libre en las comunidades, familias desarticuladas, entre otros. También los factores culturales vinculados a una percepción del valor formador del trabajo, y a la transmisión generacional de padres a hijos⁴. Sin embargo, la pobreza no basta para explicar el trabajo infantil. Es preciso adoptar una perspectiva de derechos humanos para entender mejor el problema, y centrarse en aspectos como la discriminación y la exclusión como factores que contribuyen al mismo.

Los grupos más vulnerables en relación con el trabajo infantil suelen ser los que sufren discriminación y exclusión: las niñas, las minorías étnicas, los pueblos indígenas, las personas de clase baja o casta inferior, los niños con discapacidad, las personas desplazadas y las que viven en zonas apartadas. Dabeida Agramonte, oficial de la OIT, imagina un mundo sin trabajo infantil como “un mundo justo y equitativo donde los más vulnerables están protegidos contra la explotación y desarrollándose en condiciones de bienestar y felicidad. Un mundo portador de un enfoque de Derechos, con los niños, niñas y adolescentes como prioridad, en el centro de la agenda de desarrollo”.⁵

La explotación laboral constituye hoy día un problema a nivel mundial, afectando a un grupo tan vulnerable como es el de los niños, niñas y adolescentes.

3 UNICEF, *Sarah Carrasco*. Agosto, 2009 Explotación Laboral Infantil recuperado de: http://www.unicef.org/republicadominicana/protection_10455.htm.

4 Ídem.

5 OIT, *La eliminación del trabajo infantil: un objetivo a nuestro alcance*. Ginebra, 2006. Pág. 26.

1. La Regulación del Trabajo Adolescente en el Código de la Niñez y la Adolescencia en Costa Rica

En Costa Rica, el Código de la Niñez y la Adolescencia establece un Régimen Especial de Protección al Trabajador Adolescente. El Estado costarricense reconoce el derecho al trabajo de las personas adolescentes mayores de 15 años, limitándolo a las restricciones de la ley y los convenios internacionales y a que la actividad no implique riesgo, ni peligro para el desarrollo del adolescente, su salud física, mental y emocional o cuando perturbe su asistencia regular a su centro educativo (Artículo 78). Asimismo, prohíbe que el patrono cese o discrimine a la adolescente embarazada o lactante (Artículo 93).

Establece una igualdad de derecho entre todas las personas adolescentes, las que gozan de la misma protección y garantía que las adultas. Así como de plena igualdad de oportunidades, remuneración y trato en materia de empleo y ocupación. Y a que no se establezca distinción alguna, ni exclusión ni preferencia entre trabajadores o grupos de ellos, basada en edad, raza, color, sexo, credo religioso o político, condición física, social o económica. En cuanto a los trabajadores aprendices, sólo está permitida la contratación de los mayores de 15 años (Artículo 79).

El código contiene un artículo sobre el trabajo familiar, definiéndolo como el realizado como aporte indispensable para el funcionamiento de la empresa familiar y estipulando que las personas adolescentes que laboran por cuenta propia, en el sector formal o el informal, a domicilio o en trabajo familiar, también están protegidas (Artículo 84).

En cuanto a la capacidad jurídica en materia laboral, reconoce a las personas adolescentes, (a partir de los quince años), plena capacidad laboral, individual y colectiva, tanto para celebrar actos y contratos relacionados con su actividad laboral y económica como para demandar (ante las autoridades administrativas y judiciales), el cumplimiento de las normas jurídicas referentes a su actividad (Artículo 86).

Regula la situación referente al trabajo como un derecho pero también la obligación de educarse. En busca de la práctica armónica de ese deber y de ese derecho, encarga al Ministerio de Educación Pública diseñar las modalidades y los horarios escolares que permitan la asistencia de esta población a los centros educativos y aclara que el trabajo del adolescente debe realizarse sin detrimento de la asistencia al centro educativo. Por lo cual deben velar las autoridades de los centros educativos, teniendo el deber de informar a la Dirección Nacional e Inspección General de Trabajo del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, cualquier situación irregular en las condiciones laborales de los educandos (Artículo 87), quedando obligados también los em-

pleadores a concederles las facilidades que compatibilicen su trabajo con la asistencia regular al centro educativo (Artículo 88), y a brindarles oportunidades de capacitación (Artículo 89).

Cuando se va a realizar un despido con responsabilidad patronal de una persona adolescente, el patrono debe notificar a la Dirección Nacional e Inspección General de Trabajo del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social dentro del plazo del preaviso. Lo anterior para que la persona afectada pueda recibir el asesoramiento necesario acerca de sus derechos indemnizatorios (Artículo 90). Cuando el despido es con justa causa la notificación se acompañará de las pruebas, y la oficina dicha deberá verificar la existencia de la causal que alegue el empleador y dar audiencia a la persona adolescente. Esta oficina puede desautorizar el despido, lo cual puede apelar el empleador, pero mientras el asunto se resuelve -ya en sede judicial- no se puede ejecutar el despido (Artículo 91).

El trabajo de personas menores de 15 años está prohibido. El Patronato Nacional de la Infancia debe actuar ante la denuncia del incumplimiento de este imperativo legal, adoptando las medidas para que la persona se reincorpore al sistema educativo. Cuando el Patronato determina que la persona menor de edad se encuentra trabajando por necesidades familiares de orden socioeconómico, debe gestionar ante las entidades competentes la asistencia necesaria al núcleo familiar (Artículo 92).

Aun permitiendo el trabajo de personas adolescentes, el Código prohíbe ciertas actividades, como son trabajos “en minas y canteras, lugares insalubres y peligrosos, expendios de bebidas alcohólicas, actividades en las que su propia seguridad o la de otras personas estén sujetas a la responsabilidad del menor de edad” y donde se requiera trabajar con “maquinaria peligrosa, sustancias contaminantes y ruidos excesivos, y todas las labores que se regulan según la Ley de prohibición del trabajo peligroso e insalubre para personas adolescentes trabajadoras”, Ley número 8922 (Artículo 94).

En cuanto al trabajo doméstico se refiere, éste lo define como “aquel que realizan las personas mayores de quince años y menores de dieciocho años, en forma habitual o temporal ya sea en residencias particulares o en casas de habitación, en labores de aseo, cocina, que no impliquen lucro o negocio para la persona empleadora o el patrono”. Estableciendo que la persona adolescente tiene los derechos que establece el Código de Trabajo más los dispuestos en el Código de la Niñez y la Adolescencia, prohíbe el trabajo doméstico del adolescente en tres condiciones: a) Que la persona adolescente duerma en su lugar de trabajo; b) Cuando consista en el cuidado de niños o niñas, personas adultas mayores o personas con discapacidad; c) Cuando implique labores de vigilancia (Artículo 94 bis).

Regula la jornada de trabajo en no más de seis horas diarias ni de treinta y seis horas semanales. Y prohíbe el trabajo nocturno, definiendo éste como “el desempeñado entre las 19:00 horas y las 7:00 horas del día siguiente, excepto la jornada mixta, que no podrá sobrepasar las 22:00 horas” (Artículo 95).

Aplica al trabajo de los adolescentes por cuenta propia, las disposiciones de los artículos 95 y 94 ya vistos, ordenando al Patronato Nacional de la Infancia velar que se cumpla dicha disposición y ordena a las municipalidades levantar un censo anual de los menores que trabajan por cuenta propia en su jurisdicción y remitirlo al Patronato (Artículo 96).

Los funcionarios de la Dirección Nacional de Inspección General de Trabajo deben visitar los centros de trabajo periódicamente, para determinar si emplean personas menores de edad y si cumplen las normas para protegerlas. Y si encuentran alguna irregularidad, el Ministerio de Trabajo debe “adoptar medidas de protección efectivas para tutelar los derechos laborales de estas personas”. Igualmente sucederá con el Patronato, a quien deberá informar para lo competente.

El código aclara que se entiende como centro de trabajo todo lugar de trabajo, inclusive la casa de habitación, cuando se empleen personas menores de edad en el trabajo doméstico. Y ordena que en especial se vigile: que la labor desempeñada no esté prohibida ni restringida para adolescentes; que el trabajo no perturbe la asistencia regular al centro de enseñanza; y que las condiciones laborales no perjudiquen ni arriesguen la salud física ni mental de la persona adolescente (Artículo 97). Para estos efectos el patrono que contrate personas adolescentes mayores de 15 años debe llevar un registro con los datos que indica el artículo 98 del Código:

- a. El nombre y los apellidos.
- b. La edad. El Registro Civil expedirá, libres de derechos fiscales, las certificaciones que le soliciten para este fin, cuando el menor no posea carné de identidad.
- c. El número de tarjeta de identificación.
- d. El nombre y los apellidos de la madre, el padre o representante legal.
- e. El domicilio.
- f. La ocupación que desempeña.
- g. El horario de trabajo, con especificación del número de horas de trabajo.
- h. La remuneración.

- i. La constancia de que ha completado la educación general básica, o bien del nivel que cursa y el nombre del centro educativo.
- j. Si la persona menor de edad desempeña el trabajo con motivo de la formación profesional o si existe un contrato de aprendizaje.
- k. El número de póliza de riesgos del trabajo.
- l. El número de asegurado.

Establece el derecho para las personas adolescentes que trabajan en relación de dependencia, al seguro social y al seguro por riesgos de trabajo (Artículo 99). Y en cuanto a los que ejercen trabajo independiente y por cuenta propia, establece el derecho al seguro por riesgos del trabajo a cargo, subsidiado por el Instituto Nacional de Seguros (Artículo 100). Este último fue reglamentado por Decreto Ejecutivo 28192 del 4 de octubre de 1999).

Establece sanciones por violación a sus disposiciones en su artículo 101.

En el 2000, mediante el Decreto N° 29220-MTSS del 30 de octubre, se Reglamenta la Contratación Laboral y las condiciones de salud ocupacional de las personas adolescentes; en 2001 se establece el Decreto Ejecutivo No. 36640 MTSS del 22 de junio de 2001, que establece el Reglamento a la Ley sobre Prohibición del trabajo Peligroso e Insalubre para Personas Adolescentes Trabajadoras y en 2011 se promulga la Ley 8922 que establece la Prohibición del Trabajo Peligroso e Insalubre para Personas Adolescentes Trabajadoras.

2. Políticas Públicas y Trabajo Infantil

A continuación se presentan dos instrumentos de política pública implementados entre los años 2005 al presente, con el fin de reducir y erradicar el trabajo infantil. En primer lugar se describe el Plan para la Prevención, Erradicación del Trabajo Infantil y para la Protección Especial de las Personas Adolescentes Trabajadoras, Costa Rica, 2005-2010 y posteriormente, la Hoja de Ruta para hacer de Costa Rica un país libre de trabajo infantil y sus peores formas (2011-2014), para el respectivo análisis.

- i. Plan para la prevención, erradicación del trabajo infantil y para la protección especial de las personas adolescentes trabajadoras (2005-2010).

Este plan surge como respuesta a mandatos internacionales y se enmarca esencialmente en la prioridad que el Comité Directivo Na-

cional para la Prevención, Erradicación Progresiva del Trabajo Infantil y Protección a la Persona Adolescente Trabajadora, le ha dado al cumplimiento de la normativa legal en materia de los derechos de la niñez y adolescencia con que cuenta el país.

Esta política esta estructura en los siguientes ejes:

- Eje I: Derecho al desarrollo integral y a la prevención del trabajo infantil y adolescente.
- Eje II: Derecho a la protección contra la explotación económica, rescate y restitución de los derechos de la niñez y adolescencia trabajadora.
- Eje III: Derecho a la equidad, a la igualdad, no discriminación y aplicación de los principios generales de los derechos humanos.
- Eje IV: Derecho a participar en la toma de decisiones, a emitir opiniones y a contar con información pertinente según la etapa del ciclo de vida en que se encuentran.
- Eje V: Derecho a la convivencia familiar, existencia de oportunidades y acceso a recursos que los padres y madres deben tener para asumir sus responsabilidades.
- Eje VI: Derecho a la salud integral y proyectos de vida saludables
- Eje VII: Derecho a la educación, al descanso, a la recreación, a los deportes y a las actividades artísticas.

Objetivos Generales del Plan⁶:

- a. Contribuir a crear las condiciones necesarias para permitir a las familias contar con oportunidades para prevenir, rescatar y liberar a sus hijos e hijas menores de 15 años del trabajo infantil y garantizar la protección especial de las personas adolescentes mayores de 15 años trabajadoras, de acuerdo a las leyes vigentes.

6 Comité Directivo Nacional (CDN) para la Prevención, Erradicación Progresiva del Trabajo Infantil y Protección a la Persona Adolescente Trabajadora. II Plan Nacional de Acción para la Prevención, erradicación del trabajo Infantil y para la Protección Especial de las Personas Adolescentes Trabajadoras, Costa Rica, 2005-2010. Disponible en http://white.oit.org.pe/ipec/documentos/plan_eti_costa_rica.pdf

- b. Desarrollar ofertas institucionales específicas de carácter integral, articuladas y complementarias, contando con sus respectivos recursos presupuestarios.
- c. Demostrar que mediante el conocimiento de la legislación, la corresponsabilidad y el apoyo integral a las familias, es posible prevenir y superar las actitudes permisivas en torno al trabajo infantil.
- d. Demostrar que sí es posible erradicar las peores formas de trabajo infantil mediante un trabajo coordinado y con la participación de todos los sectores, instituciones y organizaciones en el marco de un modelo de desarrollo humano integral, reflejado en los planes nacionales.
- e. Contar con un marco normativo y conceptual homogéneo que sirva de referencia y consulta para la elaboración de planes anuales operativos, formulación de políticas y diseño de programas en cumplimiento de las leyes en materia de trabajo infantil y adolescente.
- f. Orientar a las instituciones en cuanto a las responsabilidades que tienen que asumir para contribuir a prevenir y erradicar progresivamente el trabajo infantil y la protección especial de las personas adolescentes trabajadoras.
- g. Contribuir a crear la práctica institucional que garantice el trabajo intrainstitucional, intersectorial, interinstitucional e interdisciplinario, incluyendo la participación de las instituciones del sector público, del sector empresarial, los gremios, las organizaciones no gubernamentales y los gobiernos locales.
- h. Colaborar con las instancias vinculadas con el Plan en la identificación de programas, acciones, servicios y beneficios que tengan como eje central la atención integral de las familias con hijos e hijas menores de edad insertas en actividades laborales, de manera que se les apoye para enfrentar las situaciones estructurales que las obligan en muchas ocasiones a acudir al trabajo infantil, como parte de sus estrategias de supervivencia.
- i. Fomentar la creación de espacios y de oportunidades que permitan realizar consultas y la inclusión de las opiniones de la niñez y la adolescencia en la toma de decisiones en la materia que aborda este II Plan Nacional de Acción.

- j. Crear una cultura de respeto a los derechos de las personas adolescentes trabajadoras para que en todos los lugares de trabajo se cumplan con las normas establecidas y con sus derechos laborales, de forma que tanto los empleadores como los sectores gremiales, lo asuman como parte de su responsabilidad social y vean para que se les continúe brindando dignas oportunidades laborales.

La meta del Plan es la atención integral de al menos 4.000 familias que tienen hijas e hijos trabajadores, con edades inferiores a los 18 años de edad, para el rescate y restitución de los derechos de la totalidad de niños y niñas trabajadoras con edades inferiores a los 15 años y para garantizar la protección especial de las personas adolescentes trabajadoras, procurando además que éstas cuenten con opciones y alternativas de formación que les permitan una mejor inserción en el mundo laboral.

Asimismo, se propone trabajar con 25 comunidades rurales y 15 comunidades urbanas, que permitan desarrollar diferentes modalidades de atención considerando los diferentes frentes y enfoques previamente acordados tales como el género, el tipo de actividad económica, la etapa del ciclo de vida en que se encuentran, capacidades especiales y otras, así como diferentes tipologías de familias.

Como podemos observar aspira a contribuir con la erradicación del trabajo infantil y adolescentes, porque aunque los índices han disminuido, no se ha podido erradicar, lo cual se ve afectado por fallas de ejecución y articulación desde el Estado, y las desigualdades sociales y económicas.

Vemos que esta política no es una política de Estado ya que su alcance no es de largo plazo y además no se sustenta en valores sociales y políticos, más bien es una política de gobierno que tiene fecha de caducidad.

Según datos del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social (2014) señala que en Costa Rica se aplicó un módulo Trabajo Infantil y Trabajo Adolescente, Encuesta Nacional de Hogares (ENAHOG) del 2011 que arrojó los siguientes resultados:

- En contraste con lo anteriormente señalado en Costa Rica hay 47.400 niños, niñas y adolescentes de 5-17 años ocupados en actividades económicas dentro de la Frontera de Producción.
- El grupo de 15-17 años de edad concentra a la mayor parte de los ocupados: el 66,2% son hombres y el 33,8%, mujeres. De entre los niños y niñas ocupados, el 25,9% tienen 10-14 años, y el 8,2% pertenecen al grupo de 5-9 años de edad. En este

grupo de edad (5-9 años), el 10,4% de las niñas y el 7,2% de los niños están ocupados, es decir, es mayor el porcentaje de niñas que de niños que se incorporan al trabajo más tempranamente.

- Los datos anteriores indican que 16.160 niños y niñas trabajan por debajo de la edad mínima legal de admisión al empleo vigente en Costa Rica. Asimismo, hay 31.240 adolescentes de 15-17 años ocupados (dentro de la edad permitida para el trabajo en Costa Rica).
- Por sexo, es notoria la mayoría de niños y adolescentes hombres ocupados: en el grupo de 5-17 años, las mujeres representan solamente el 30%.

“La distribución geográfica de los niños, niñas y adolescentes ocupados presenta importantes diferencias en función del sexo. En general, en la región Central se concentra la mayoría de ellos (56,7%). Esta concentración es más marcada entre las niñas y adolescentes mujeres: mientras el 52,5% de los niños y adolescentes hombres ocupados residen en la región Central, en el caso de las mujeres este porcentaje asciende hasta el 66,5%. Consecuentemente, el porcentaje de niñas y adolescentes mujeres en las demás regiones es menor que el de niños y adolescentes hombres: destaca la región Brunca, donde se concentra el 15,1% de los niños y adolescentes hombres ocupados, y solamente al 7,1% del total de niñas y adolescentes mujeres ocupadas”. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social (2014)⁷.

- En estrecha relación con todo lo anterior se observa en primera instancia que el trabajo de la población de 5-17 asume rasgos mayoritariamente rurales. No obstante, hay una importante diferencia por sexo ya que en la zona rural se encuentra casi el 70% de los niños y adolescentes hombres que trabajan y solo el 41,5% de las niñas y adolescentes. Esto implica que el trabajo de los niños y adolescentes hombres es predominantemente rural, mientras que el de las niñas y adolescentes

7 Magnitud y características del trabajo infantil y adolescente en Costa Rica - Informe 2011Módulo de Trabajo Infantil y Trabajo Adolescente en Costa Rica. Disponible desde <http://www.mtss.go.cr/acerca-del-mtss/trabajo-infantil-y-adolescente/108.html>

mujeres es predominantemente urbano. El carácter mayoritariamente rural del trabajo de esta población se debe al mayor peso relativo de los niños y adolescentes hombres.

- Hay 660.601 niños, niñas y adolescentes de 5-17 años que realizan tareas domésticas en el propio hogar por al menos una hora durante el periodo de referencia. Esto representa el 64,6% de esta población. Se ignora la situación del 0,2% en lo referente a su participación en tareas domésticas.

“Asimismo, los niños y adolescentes hombres tienen una tasa de participación en tareas domésticas del 58,8%, y las niñas y adolescentes mujeres, del 70,9%. Para ambos sexos, la participación en tareas domésticas en el propio hogar aumenta con la edad, pero tal aumento es bastante más intenso en el caso de las mujeres. Es decir, la participación de las mujeres es mayor en todos los grupos de edad, y dicha diferencia aumenta conforme se avanza en edad. La cantidad de horas dedicadas a la realización de tareas domésticas en el propio hogar es una variable central en el análisis de esta actividad. Junto con otras variables, la jornada dedicada determina la frontera que convierte a esta actividad en un trabajo peligroso. En Costa Rica, el umbral definido es de 14 horas semanales (2 horas diarias); es decir, se consideran trabajo peligroso, por lo tanto, prohibido, las tareas domésticas realizadas en el propio hogar por niños, niñas y adolescentes durante 14 horas o más a la semana”⁸.

Esta política pública tiene origen en una necesidad normativa, racionalizada por una necesidad percibida más que una necesidad sentida.

Se sigue la tendencia a elaborar políticas públicas que no son concretas, que no son directas y precisas y en las cuales las soluciones prácticas están ausentes. Siempre son buenas iniciativas pero con sólo ver el diseño del programa se sabe que no puede dar los resultados que persigue porque no hay ningún objetivo específico que lograr.

Se plantean metas no realistas como pretender llegar al 100% de la población de niños, niñas y adolescentes trabajadores.

Otro punto que nos parece poco preciso es la delimitación temporal del plan, no se establece con claridad en cuánto tiempo esperan ver los resultados esperados. Por otra parte al revisar las pro-

8 Ídem.

puestas de seguimiento del plan, se evidencia que las formas de evaluación se muestran débiles.

Al parecer existe una desconexión entre las necesidades con lo que el Estado ofrece como solución a las problemática del trabajo infantil, que como hemos visto es complejo y requiere de mucho más que buenas intenciones. Requiere de propuestas prácticas en todos los ámbitos para atacar desde diferentes flancos. Se ha olvidado crear un vínculo entre los sectores públicos y la sociedad civil, generalmente se subestima el poder de la sociedad civil como parte de la solución.

Según los datos estadísticos anteriormente mencionados, existe un abandono importante del sector rural donde con mucha frecuencia el trabajo infantil se realiza en un entorno peligroso o insalubre cuyas deficiencias en cuanto al nivel de seguridad y salud podrían causar la muerte, una lesión o una enfermedad. Cabe señalar que algunas lesiones y la mala salud pueden ocasionar una discapacidad permanente y que los problemas de salud ocasionados por el trabajo en la infancia no suelen desencadenarse o manifestarse hasta que el niño es adulto.

Es importante tomar en cuenta a la hora de implementar un plan como el señalado, los valores de la sociedad, si como parte de la sociedad costarricense estamos pensando: ¡Qué bueno que trabaje! ¡Qué aprenda que dura es la vida, lo que cuesta ganarse un cinco! ¡Para que se haga hombre! ¡Qué buen hijo, le ayuda su mamá! ¡En cambio los míos son unos vagabundos, no hacen nada!. Así, difícilmente vamos a identificar el trabajo infantil y adolescente como un problema, al contrario se verá como algo positivo, como un valor.

Además, observamos que la pobreza no disminuye y es siempre un factor de riesgo para vulnerar los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Se requiere de un fortalecimiento de las redes interinstitucionales, pues la condición de pobreza se convierte en tierra fértil para que la niñez y la adolescencia busque alternativas para poder, conjuntamente con sus familias, asegurar condiciones para garantizar la satisfacción de sus necesidades básicas: la carencia de alimentos, vivienda, recursos para estudiar, entre otros.

Existe una carencia importante de objetivos específicos. Veamos los verbos utilizados en los objetivos generales del plan: contribuir, orientar, colaborar, demostrar, fomentar. En vez de éstos, este año el MEP tiene la estrategia de “salir a buscar a los niños casa por casa...”, eso sí es una acción directa.

Otra carencia importante, corresponde a la falta de mención de los recursos disponibles para lo realmente importante que es cómo lograr que las familias involucradas acepten no obligar a niñas, niños y jóvenes a trabajar.

Un aspecto positivo es que no aísla al niño de su entorno porque se reconoce que en el abordaje de esta problemática debe incluirse a los núcleos. Las estrategias o medidas en muchas ocasiones se quedan en el discurso pues los indicadores de pobreza revelan una situación que vulnera a los menores.

ii. Hoja de Ruta para hacer de Costa Rica un país libre de trabajo infantil y sus peores formas (2011-2014).

La más reciente de las estrategias intersectoriales y conjuntas para la atención y prevención del trabajo infantil, consiste en la "Hoja de Ruta para hacer de Costa Rica un país libre de Trabajo Infantil y sus Peores Formas". Dicho documento estratégico se fundamenta en los resultados de la XVI Reunión Regional Americana de la Organización Internacional del Trabajo, celebrada en Brasilia en el año 2006.

Como producto de ese encuentro, se definen dos metas en relación con la eliminación progresiva del trabajo infantil. A saber:

- Eliminar las peores formas de trabajo infantil para el año 2015.
- Eliminar el trabajo infantil en su totalidad para el año 2020.

Con el fin de impulsar el cumplimiento de estas metas en la región, el Programa Internacional para la Erradicación del Trabajo Infantil (IPEC), con aportes de los Ministerios de Trabajo de Centroamérica y República Dominicana, define la estrategia de Hojas de Ruta Nacionales.

Las Hojas establecen mecanismos de seguimiento y monitoreo de la situación nacional en relación con el trabajo infantil y adolescente, así como acciones estratégicas a ser consideradas en la toma de decisiones, la planificación institucional, vinculación entre instrumentos de política pública con la problemática, y coordinaciones intersectoriales para su operación.

El marco estratégico de trabajo que supone cada Hoja de Ruta, está estructurado alrededor de seis áreas de incidencia:

- Lucha contra la pobreza.
- Educación.
- Salud.
- Protección integral de derechos y marco normativo e institucional.
- Sensibilización y movilización social.
- Generación de conocimiento y seguimiento.

El principal objetivo de impacto de la estrategia es el siguiente:

La participación de niños, niñas y adolescentes de entre 5 y 17 años en actividades laborales que perjudican su desarrollo educativo, físico y mental está eliminada, al tiempo que se incrementan las garantías del disfrute de todos sus derechos, especialmente los de protección, salud y educación, tal como lo establecen la constitución y las leyes nacionales⁹.

A continuación también se presentan los principales indicadores y metas generales:

INDICADORES Y METAS GENERALES
Disminución del número y la tasa de incidencia de niños, niñas y adolescentes de entre 5 y 17 años en trabajo infantil: • Línea base 2002: 113.523; meta 2015: 27.811; meta 2020: 0. Tasa de incidencia del trabajo infantil: • Línea base 2002: 10,2%; meta 2015: 2,83%; meta 2020: 0%.
Peores formas de trabajo infantil: Sanción: • La legislación penal interna adecuada para la sanción de las violaciones asociadas a las formas incuestionablemente peores de trabajo infantil y el trabajo peligroso tipificado como delito. Protección: • Modelos de Atención Integral funcionando.
Educación: La tasa neta de matrícula en el Nivel Primario: • Línea base 2008: 100%; meta 2015: 100%; meta 2020: 100%. La tasa neta de matrícula en el Nivel Secundario: • Línea base 2008: 85%; meta 2015: 90%; meta 2020: 100%.

Fuente: IPEC. 2010. Hoja de Ruta para hacer de Costa Rica un país libre de trabajo infantil y sus peores formas. Documento estratégico.

En lo relativo a la primera dimensión de lucha contra la pobreza, la Hoja de Ruta establece que aquellos programas sociales complementarios a las políticas universales deben contribuir a la erradi-

9 IPEC. 2010. Hoja de Ruta para hacer de Costa Rica un país libre de trabajo infantil y sus peores formas. Documento estratégico. San José, Costa Rica.

cación del trabajo infantil. Más adelante se especificarán las instituciones y organizaciones cuyo trabajo aporta al seguimiento de estos indicadores.

En la dimensión de política de salud, la Hoja establece un enfoque de atención integral para las niñas y los niños en situación de trabajo. Los productos esperados son un modelo de gestión de la atención integral para niñez en riesgo de enfermedades derivadas del trabajo y un subsistema de vigilancia de morbi-mortalidad relacionada por la exposición a factores de riesgos ocupacionales.

En términos de política educativa, que es el tercero de los componentes, interesa observar el comportamiento, en término de cobertura y permanencia en el sistema educativo, de las personas entre 10 y 17 años de edad. Uno de los principales resultados esperados, es que existan los programas en educación no formal y formación profesional necesarios para garantizar la mejor inserción laboral de las personas entre 15 y 17 años de edad que trabajan o con interés de hacerlo. Los resultados también demandan vinculación activa del personal docente y administrativo de los centros educativos para efectos de la prevención.

En el componente del Marco Normativo e Institucional y la Protección Integral de Derechos, los resultados se describen a continuación, tal como aparecen en la Hoja de Ruta:

1. El marco jurídico de carácter procesal y penal aplicable a las peores formas de trabajo infantil está actualizado y es coherente con los tratados internacionales.
2. Los operadores responsables de garantizar la aplicación de la justicia penal en los casos de las peores formas de trabajo infantil cuentan con la capacidad técnica y los recursos necesarios para desempeñar con eficiencia sus respectivas atribuciones.
3. Las entidades que conforman el marco institucional responsable de la lucha contra el trabajo infantil y sus peores formas, así como de la protección integral de los derechos de niños, niñas y adolescentes, cuentan con la capacidad técnica y operativa para la aplicación de las normativas, implementación y seguimiento de las políticas acordadas.
4. La institución del Estado responsable de aplicar la normativa relativa a la protección de niños, niñas y adolescentes contra la explotación laboral y de aquellas orientadas a la protección de las personas menores de edad autorizadas a trabajar, cuenta con la capacidad técnica y los recursos necesarios para desempeñar con eficiencia sus atribuciones.

5. Las instituciones responsables de la protección integral de los derechos de niños, niñas y adolescentes cuentan con las competencias técnicas y capacidades institucionales requeridas para ejercer con eficiencia sus respectivos roles y cumplir con sus objetivos.

Aunque el marco jurídico del país está significativamente alineado con los instrumentos internacionales de prevención y atención del trabajo infantil, los resultados están orientados a producir cambios en términos de las capacidades administrativas y de gestión.

En lo que corresponde al componente de Sensibilización y Movilización Social, apunta a un gran resultado, que es incidir positivamente en el imaginario colectivo que considera aceptable el trabajo infantil. Más específicamente, lo que se persigue es hacer entender a la población en general de los efectos perversos del trabajo infantil y su impacto en la vulneración de derechos. Involucra como actores sociales clave para el cumplimiento, al movimiento sindical, las organizaciones de empleadores y empleadoras particulares, y las alianzas entre entidades gubernamentales y la sociedad civil organizada. Es por lo demás, el componente que promueve más claramente el trabajo conjunto y la concertación.

Finalmente, en lo relativo a la Generación de Conocimientos y Mecanismos de Seguimiento a Políticas, el objetivo estratégico apunta a un sistema nacional integrado de información en niñez y adolescencia, que permita llevar el pulso en temas clave para esta población, en particular el trabajo. Los resultados esperados son dos: una plataforma dinámica de datos para el seguimiento a indicadores de trabajo infantil (denominada SENTI INFO DATO Costa Rica), y un subsistema de datos que pueda dar seguimiento y evaluación a las políticas generales y acciones focalizadas en la materia (SENTI INFO POL Costa Rica).

Cumplimiento de la Hoja de Ruta para el año 2013

El Ministerio de Trabajo y Seguridad Social reportó en junio de 2013 los avances en los compromisos de la Hoja de Ruta. Se incluyen los periodos 2011 al 2013, y resume los aportes de las principales instancias involucradas en la movilización de los objetivos de la Hoja. Tales instancias son: IMAS, MEP, FONABE, INA, CCSS, Dirección General de Migración y Extranjería, PANI, Central de Trabajadores Renum Novarum, Central del Movimiento de Trabajadores Costarricenses, MCJ, y Unión de Cámaras de la Empresa Privada.

A continuación se resume el grado de cumplimiento por componente, para cada uno de los años reportados. En el caso del año 2013, lo que reporta el informe es la planificación estimada para ese período.

Dimensión	Grado de cumplimiento 2011	Grado de cumplimiento 2012
Lucha contra la pobreza	91,01%	96,59%
Educación	63,55%	56,06%
Salud	69,44%	99,59%
Marco normativo e institucional	145,03%	108,04%
Sensibilización y movilización social	43,07%	80,02%
Generación de conocimientos y mecanismos de seguimiento	0%	100%

Fuente: Elaboración propia.

La Oficina de Atención y Erradicación del Trabajo Infantil y Protección a la Persona Adolescente Trabajadora (OATIA) del MTSS, fue la encargada de liderar el proceso de informe. La Oficina solicitó el apoyo formal de las instancias con responsabilidades en la Hoja de Ruta. Posteriormente se celebraron talleres conjuntos de monitoreo y seguimiento para la sistematización de la data. Finalmente, se revisaron los logros por instancia en reuniones bilaterales.

El proceso fue favorable pues permitió generar los enlaces y establecer las responsabilidades de reporte en todas las instancias. Asimismo, permitió definir mecanismos para el registro y seguimiento de indicadores de interés en la temática.

En cuanto a los resultados, la mayoría muestra un desempeño sobresaliente en ambos períodos de reporte. Esto es positivo en tanto represente avance en acciones estipuladas en la Hoja de Ruta. Puede ser un motivo de preocupación el mecanismo de fijación de las metas, pues considerando que la mayoría de los indicadores muestra un desempeño cercano o superior al 100%, se podría interpretar metodológicamente una complacencia hacia el reporte positivo.

El desempeño más bajo se muestra en el componente de educación, lo cual se atribuye a la poca cobertura de los programas de educación técnica para personas entre los 15 y 17 años de edad, que pertenecen a hogares beneficiarios de programas de asistencia social del Estado. Este es un área de mejora urgente, pues como se ha discutido, es el componente de empleabilidad a largo plazo el que más se ve afectado en la dimensión del trabajo infantil.

3. Situación del Trabajo Infantil y Adolescente en Costa Rica de acuerdo a los informes del Estados de los Derechos de la Niñez y Adolescencia en Costa Rica

Costa Rica ratificó la Convención sobre los Derechos del Niño en 1989 y nueve años después aprobó el Código de la Niñez y la Adolescencia (1998), la Universidad de Costa Rica, firmó un convenio con la UNICEF en el año 2002 para fortalecer desde la Academia, las actividades en materia de niñez y adolescencia y surge, como un proyecto de Acción Social de la Escuela de Trabajo Social (ED-913), el Programa Interdisciplinario de Estudios y Acción Social de los Derechos de la Niñez y la Adolescencia conocido como PRIDENA.

Desde la Escuela de Estudios Generales y de Trabajo Social, se fortalece este programa con la consolidación de “El Estado de los Derechos de la Niñez y la Adolescencia (EDNA)”, el cual cuenta con la participación de un equipo de investigadores e investigadoras de distintas Unidades Académicas de la Universidad de Costa Rica, así como de otras instituciones, que permiten conformar una estructura organizativa interdisciplinaria que enriquece la visión del tema en estudio.

El EDNA es un informe sobre el nivel de cumplimiento de los derechos de las niñas, los niños, las y los adolescentes en Costa Rica. Recoge datos obtenidos por diversas organizaciones e instituciones y los analiza en el marco de lo que establece el Código de la Niñez y la Adolescencia y otros cuerpos normativos vinculados, con el fin de presentar un panorama general de los avances y/o retrocesos del país en materia de cumplimiento de los derechos de las personas menores de edad¹⁰.

Este Informe se viene desarrollando desde el año 2000 con el apoyo financiero y logístico de la Vicerrectoría de Acción Social (VAS) de la Universidad de Costa Rica (UCR) y del Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF).

Estos documentos son reveladores de los avances y/o rezagos de Costa Rica en el campo de los derechos de las personas menores de 18 años, se consideran necesarios para promover cambio para construir una sociedad más justa, equitativa y solidaria, en la que los potenciales de cada persona encuentren oportunidades de desarrollarse y ser valorados.

10 Pridena, http://www.pridena.ucr.ac.cr/index.php?option=com_content&view=category&layout=blog&id=5&Itemid=7

Las personas menores de edad constituyen un porcentaje significativo de nuestra población, se ha estimado en 1,4 millones menores de 18 años ¹¹ y las evidencias acumuladas señalan la urgencia de crear, conservar y restituir las condiciones necesarias para el cumplimiento de todos los derechos de los que son titulares. Los tiempos modernos, si bien ofrecen algunas mejoras en los campos específicos, también crean condiciones de alta vulnerabilidad para esta población.

Ante este hecho, en el siguiente cuadro se sintetiza el objetivo perseguido por cada *Estado de la niñez y la adolescencia* a lo largo de los años, de igual manera se sintetizan los ejes de comprensión de cada abordaje, en el mismo podemos visualizar tanto el viraje a nivel investigativo del mismo, como las modalidades metódicas y percepción de la realidad a nivel del informe nacional (ver Anexo I).

Concretamente estos informes abarcan la estructura de desarrollo en concordancia con la concientización histórica hacia los temas sociales, desafíos en los campos de la distribución de la riqueza, el acceso a los programas sociales, la inversión pública del Estado y la erradicación de las desigualdades e iniquidades culturales y sociales. Pero quizás el más claro mensaje que se han afanado en mostrar es que “no hay cumplimiento de derechos si no existe un acceso universal a los frutos del desarrollo económico y prácticas sociales de respeto y tolerancia” (subrayado no es del original). Es decir, crecimiento económico y desarrollo social; eficiencia económica y distribución de la riqueza; derechos sociales y derechos individuales, abordados desde una perspectiva integrada.

Principales temas de los EDNA	Tratados en los EDNAS indicados
Situación general de los derechos de la niñez y la adolescencia	I, II, IV ,V, VI
Situación demográfica	I, III, IV, V
El Sistema Nacional de Protección	I, III, IV, V, VI,VII
La reforma PANI	I, III, IV, V
Familia	I, II, III
Gobiernos Locales	III, IV
Ciudadanía y participación	I, V

11 Costa Rica Documento del programa del país 2013 – 2017 http://www.unicef.org/about/execboard/files/Costa_Rica-2013-2017-final_approved-Spanish-14_Sept2012.pdf

Principales temas de los EDNA	Tratados en los EDNAS indicados
Inversión social	III, IV
Programas Sociales	III, IV
Explotación sexual	II, VI
Trabajo infantil	II
Pobreza y equidad	III
Educación desde los adolescentes	V, VII
Educación (secundaria)	V, VI
Educación y trabajo	VI, VII
Sexualidad y migración	VI
Salud integral	VI, VII
Adolescencia	VI

Fuente: Pridena¹².

Desde el cuadro anterior visualizamos primeramente que muchos de los procesos que se tratan desde los Estados de la Nación son en relación a la población en general con particularidades “más reconocidas”, siendo la discapacidad tema que se trata en un informe exclusivamente.

Como se visualiza en el cuadro anterior y en relación con la explotación de la niñez y la adolescencia en términos laborales, se centra principalmente dentro de ese pequeño punto, sobre lo que es la explotación sexual.

Dentro de los informes del *Estado de la niñez y la adolescencia* no se aborda el tema de explotación laboral como aspecto apremiante para la vida social y como determinante para la reproducción de la misma, pese a la agudización de ciertas condiciones sociales, como lo es la pobreza, la brecha entre ricos y pobres, la flexibilización laboral, la especialización laboral, el individualismo a través de las relaciones sociales y de la tecnología, esencialmente.

El Plan Nacional no se ha ajustado de cara a los últimos acontecimientos en la materia y los compromisos asumidos por el país en el ámbito internacional. Asimismo, debe ser legitimado por el nuevo

12 Pridena, <http://www.pridena.ucr.ac.cr/index.php?option=comcontent&view=article&id=5%3Aestado-de-los-derechos-de-la-ninez-y-la-adolescencia-edna&catid=5%3Aestado-de-los-derechos-de-la-ninez-y-la-adolescencia&Itemid=7&showall=1>

Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia y divulgado al interior de las instituciones responsables de su ejecución.

Para garantizar la institucionalización del Plan Nacional y su sostenibilidad en el tiempo, cada institución deberá incluir en la programación, la planificación y el presupuesto, los recursos necesarios para cumplir con las responsabilidades y los compromisos asumidos.

El trabajo infantil es una realidad a la que hace frente cotidianamente un importante grupo de población infantil y adolescente costarricense, independiente de las restricciones que impone el sistema jurídico nacional.

4. Trabajo infantil y adolescente de la población en condición de discapacidad

Tal como mencionamos al inicio de este informe, algunas niñas y niños son particularmente vulnerables debido a su género, raza, origen étnico o estatus socioeconómico. Los niveles más altos de vulnerabilidad están a menudo relacionados con los niños con discapacidad o que se han quedado huérfanos, los indígenas, los que proceden de minorías étnicas y otros grupos marginados. Otros riesgos para los niños son vivir y trabajar en las calles, vivir en instituciones y centros de detención, y vivir en comunidades donde impera la desigualdad, el desempleo y la pobreza. Los desastres naturales, los conflictos armados y el desplazamiento pueden exponer a los niños a otros riesgos. Los niños refugiados, los niños internamente desplazados y los niños migrantes no acompañados son también las poblaciones que despiertan preocupación. La vulnerabilidad también está asociada con la edad, ya que los niños más pequeños corren un mayor riesgo de sufrir ciertos tipos de violencia y los riesgos difieren a medida que se hacen mayores¹³.

Todos los niños tienen derecho a recibir protección contra la violencia, la explotación y el abuso, sin embargo, prácticamente en todos los países se ha encontrado escasa información respecto a la magnitud y las condiciones de vida de la población con discapacidad. Algunos informes se orientan más a presentar medidas de implementación de políticas y pocos datos cuantitativos de los derechos de los niños, niñas y adolescentes en condición de discapacidad, otros tienen un claro enfoque biomédico por la abundancia de

13 UNICEF. Protección infantil contra la violencia, la explotación y el abuso. http://www.unicef.org/spanish/protection/57929_58537.html

datos biológicos y por el paradigma tradicional o médico que se maneja de la discapacidad.

La insuficiente información sobre la situación real de la población infantil y adolescente en condición de discapacidad hace casi imposible de establecer las medidas oportunas de protección¹⁴, considerando que la misma vulnerabilidad de la población infantil hace que una pequeña proporción de los actos de violencia, explotación y abuso se denuncien e investiguen, y un escaso número de quienes cometen estos actos rinden cuentas por ellos.

Muchos niños están expuestos a diversas formas de violencia, explotación y abuso, como lo es el trabajo infantil. La población en condición de discapacidad ha sido segregada socialmente en todos los niveles, actitud causada por el desconocimiento de su condición y la creación histórica de estereotipos que incrementan la exclusión social. Buena parte de ésta exclusión se ha basado en la visión de la poca utilidad y casi nulo aporte que esta población puede hacer a la productividad social y económica y sin embargo demandan de la sociedad una fuerte dependencia de inversión para su propia sobrevivencia.

Esto ha creado una doble o triple segregación que se ha traducido hasta nuestro días, en una violación constante a su dignidad, muchas de las veces no considerados sujetos de derechos, pero sí de explotación y aprovechamiento de su propia condición.

Las exploraciones en torno al tema de explotación laboral en la niñez y adolescencia con discapacidad a nivel nacional muestran escasez de fundamentación o de correlación entre lo que es la explotación laboral y la condición de discapacidad, siendo esta otra abordada desde diferentes posicionamientos.

Algunas investigaciones contienen una serie de fundamentos y abordajes del tema de discapacidad orientados a paradigmas y procesos históricos los cuales remiten a la discapacidad como un “defecto” o dificultad que no se puede superar y que por lo tanto no se posee la capacidad para desarrollarse en varios aspectos de la vida.

Ejemplo de lo anterior es lo expuesto por Pérez¹⁵, quien realiza un análisis de la adaptación del programa de atención integral de niñez y adolescencia trabajadora del Patronato Nacional de la Infancia en relación con el paradigma y la legislación nacional sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad. El autor muestra un recorrido meramente historiográfico y a la vez fracciona-

14 Diagnóstico sobre la situación de niñas, niños y adolescentes en 21 países de América Latina, Save the children, Suecia).

do de lo que es el contexto de la discapacidad en relación con la explotación laboral de la población infantojuvenil¹⁶, señala que a nivel social, económico y cultural, la población en condición de discapacidad, es históricamente excluida y reprimida del desarrollo pleno de su vida material, debido a que se considera no poseen la capacidad para desarrollar procesos de la misma, indicando que la discapacidad la posee el ser social, por encontrarse en un contexto que se transforma con el tiempo, pero que mantiene su superestructura, que se orienta a personas con capacidades específicas.

Ante esto, poseer otra condición más como lo es la explotación infantil y si a esto le ligamos dos categorías entrelazadas, también a nivel histórico y evolutivo de manera dialéctica a lo largo de la vida, la condición de pobreza y de género, es posible evidenciar como no sólo existen múltiples expresiones y manifestaciones, que condicionan y determinan el desarrollo de las personas con discapacidad.

Es entonces que se puede argumentar que en relación al panorama expuesto con anterioridad sobre las condiciones laborales de los y las menores de edad, se ve mediada por las condiciones materiales de vida y a la vez por relaciones de poder, que les son impuestos tanto social como autoritariamente, pero que también responden a una forma de subsistencia¹⁷, y si a esto le agregamos alguna condición de discapacidad, incluimos todo el proceso de violencia, manipulación, violación de derechos, percepción estereotipada y subestimada que sufren las personas con discapacidad.

En este tema, se está refiriendo a dos aspectos centrales que agudizan las condiciones de vida, y que lo más complejo es que a nivel social y nacional se tiene una percepción mistificada de estas condiciones, pues como se señala en el inicio la información en relación a lo que es la explotación laboral de la población infantojuvenil con discapacidad es escasa o nula¹⁸.

Las realidades de la discapacidad son alarmantes en todas las partes del mundo. La legislación, las políticas y las actitudes que no

15 Pérez, David (1999). Igualdad de oportunidades a los niños niñas y adolescentes en riesgo social con discapacidad: una adaptación del programa de atención integral del PANI, al paradigma y legislación en Costa Rica sobre igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad. Tesis para optar por el grado de Magister Scientiae del Programa de estudios interdisciplinarios sobre discapacidad. San José Costa Rica: Universidad de Costa Rica.

16 Ídem pág. 8.

17 Ídem pág. 44-69.

18 Ídem pág. 44-70.

reconocen la capacidad jurídica de los niños, niñas y adolescentes con discapacidad, son factores que agravan su discriminación y la exclusión de la sociedad, y aumentan su vulnerabilidad a la violencia, el abuso y la explotación¹⁹.

Es necesaria la incorporación de la atención en determinadas circunstancias en que los niños con discapacidad pueden experimentar un mayor riesgo considerando la mayor vulnerabilidad de esta población a ser víctimas de violencia y explotación, debido a la dificultad para defenderse o expresarse.

En el caso de la niñez y la adolescencia sin discapacidad, hemos visto que una de las más graves consecuencias que produce su explotación laboral, es el abandono escolar y por tanto la creación de un círculo vicioso de no capacitación para en su vida adulta no contar con los elementos mínimos necesarios, como es la formación escolar para acceder a una vida digna.

En la misma población pero en condición de discapacidad, la Organización de Naciones Unidas ha reconocido que una de las más graves consecuencias de la discapacidad es no tener acceso a una educación universal, de calidad y gratuita, por su condición de discapacidad, ya que desde el paradigma tradicional, se concibe esta población como incapaz de aprender, esto crea no sólo el mismo resultado de una vida adulta de escasez, sino además que durante la infancia la opción en muchos casos es el trabajo, “para lo único que pueden servir”, cuando su condición de discapacidad es evidente y no tan comprometida que les impide laborar.

Gran parte de la población en condición de discapacidad intelectual o psicosocial pasa su condición de forma desapercibida y esto crea una mayor vulnerabilidad, ya que son diferentes, pero no alcanzan el estándar esperado por la sociedad, lo que ocasiona que se les envíe a la vida laboral porque “no sirven para el estudio”. Bajo esta perspectiva²⁰, se aborda el entorno laboral de las personas con estas condiciones de discapacidad, indicando que son personas fracasadas en la escuela, que se van a encontrar con un entorno laboral anóma-

19 UNICEF. Protección infantil contra la violencia, la explotación y el abuso. http://www.unicef.org/spanish/protection/57929_58537.html

20 Pérez, David (1999). Igualdad de oportunidades a los niños niñas y adolescentes en riesgo social con discapacidad: una adaptación del programa de atención integral del PANI, al paradigma y legislación en Costa Rica sobre igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad. Tesis para optar por el grado de Magister Scientiae del Programa de estudios interdisciplinarios sobre discapacidad. San José Costa Rica: Universidad de Costa Rica.

lo, ya que por un lado llegan al trabajo por una condición de exclusión educativa, ya que no tenían suficiente capacidad intelectual para proseguir la escolaridad o no tenían oportunidad para desarrollarla o bien porque las necesidades económicas familiares exigen mayor aporte. A ello hay que agregar que el trabajo logrado no necesariamente es el adecuado a sus intereses y capacidades y es así que se ven obligados a aceptar cualquier trabajo, generalmente no especializado y mal remunerado.

La explotación laboral encubierta como la “terapia”

En Costa Rica no existen opciones de inclusión social para los adolescentes en condición de discapacidad, en especial para adolescentes con discapacidad intelectual, cuando egresan del sistema educativo especial.

En el año 1970, la comunidad de Alajuela, se dio a la tarea de buscar un lugar apropiado para ubicar y proporcionar una atención integral a las personas con discapacidad física y mental que en muchos casos deambulaban por las calles de esta ciudad. Para solventar esta situación se reunieron algunos clubes de servicio como Leones, Rotarios, Club 20-30, Gobernación Municipalidad y muchas personas de la comunidad interesadas en mejorar la calidad de vida de estas personas y así nacen en Costa Rica los Talleres Protegidos como entidades estatales o privadas bajo dependencia de asociaciones con personería jurídica y reconocidas como de bien público y sin fines de lucro, que tienen como finalidad la producción de bienes y/o servicios cuya planta está integrada por personas con discapacidad física y/o mental²¹.

La Asociación Taller Protegido de Alajuela es una organización de beneficio social (O.N.G.) fundada el 28 de junio de 1970 sin fines de lucro, autorizada y fiscalizada por el I.M.A.S., asesorada técnicamente por el Consejo Nacional de Rehabilitación y Educación Especial y declarada de Utilidad Pública por el Ex presidente Dr. Oscar Arias Sánchez, mediante decreto ejecutivo 18204 del 24 de marzo de 1988²².

El Consejo Superior de Educación en sesión 61- 2000 del 14 de diciembre y modificado en la sesión 37 - 2003 del 28 de agosto de 2003 aprueba la creación de los Centros de Atención Integral a Personas Adultas con Discapacidad (CAIPAD), con el propósito de ofrecer a las personas con discapacidad mayores de 18 años que requieren de apo-

21 Taller protegido un éxito educativo. <http://tallerprotegidoalajuela.blogspot.com/>

22 Ídem.

yos prolongados o permanentes, una alternativa de dedicación personal, social, ocupacional y/o productiva, que les permita potenciar su desarrollo integral, su autonomía personal y mejores condiciones de vida presente y futura para ellos y para sus familias²³.

El 30 de enero del 2001, se publicó en La Gaceta N° 21, la Directriz Presidencial N° 27 en la que se establece que el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social deberá entre otras funciones atribuidas, propiciar la legislación requerida para regular el funcionamiento de los talleres protegidos y de otras experiencias similares²⁴.

Sin embargo, la Defensoría de los Habitantes, 2012, citada en el IV Informe del Estado de los Derechos de la Niñez y la Adolescencia en Costa Rica, 2004, establece que si bien existen programas laborales destinados a las personas con discapacidad, estos son reducidos y en su mayoría se comportan como centros de formación laboral o de terapia ocupacional. Su nombre –Talleres Protegidos– (ahora conocidos como CAIPAD²⁵) ya de por sí sugiere una contratación laboral que se acompaña de salarios simbólicos y, en muchos de los casos, con ausencia de seguridad ocupacional²⁶.

Estos centros son en su mayoría lugares de explotación laboral de adolescentes y adultos, considerando que al tener una función educativa, los padres de familia deben cancelar una mensualidad para que el adolescente en condición de discapacidad realice un trabajo no remunerado para el mismo pero si para los administradores del Taller, ya que estos talleres abastecen de mano de obra “gratis” a varias empresas.

Otra forma de explotación laboral desde la más tierna infancia es tomar a los niños y niñas en condición de discapacidad visible, sea esta Síndrome de Down, discapacidad física o visual principalmente, para exponerlos en la mendicidad, teniendo que soportar las inclemencias del tiempo, pasar hambre, incomodidades, entre otros, lo que aumenta su condición de discapacidad al carecer en dicho ambiente de la estimulación mínima como niño para su desarrollo.

23 Ministerio de Educación Pública. Departamento de Educación Especial. Sección de Desarrollo Vocacional.

24 La Gaceta N° 21 – 30 de enero del 2001 DIRECTRIZ N° 27 del 30-01-2001.

25 Aclaración personal

26 UNICEF, UCR. 2004. IV Informe del Estado de los derechos de la niñez y la adolescencia en Costa Rica.

Conclusiones

A pesar de la evolución reciente de formalización, positivización, así como el articulado de instituciones nacionales para la promoción de los derechos de las personas menores de edad, esta población sigue siendo vulnerable a situaciones estructurales de desigualdad, explotación y exclusión. La explotación laboral es una de las manifestaciones más comunes de vulneración de derechos, y una de las más complejas, pues en ella confluyen variables tanto del nivel macro social, como del espacio familiar inmediato.

El primer aprendizaje que se desprende de este informe, es que tenemos que tomar en cuenta que pese al contexto y desarrollo de lo que son las implicaciones sociales, contextuales, históricas y contradictorias a nivel de la comprensión de la explotación infantojuvenil, se identifica que existen consecuencias a nivel particular, singular y universal, de esta condición de vida de los y las menores de edad. Es decir, es claro que interrumpir el mejor proceso de desarrollo de las niñas y los niños no viene sin consecuencias a largo plazo en términos de su desarrollo personal, su potencial personal, y su futuro laboral (y por ende el acceso a oportunidades para el ejercicio de todos sus derechos).

Se desprende de lo anterior, lo que es el acceso a la educación, como derecho fundamental de los y las menores de edad, posesión o no de poder adquisitivo, conforme a la especialización y esfuerzo laboral, enajenación social, emocional y contextual y flexibilización del espacio laboral, esencialmente.

Las posibilidades reales del ejercicio del derecho a la educación de las niñas y los niños es tanto responsabilidad del Estado como de las redes familiares. El hecho de que niños y niñas no puedan acceder a una oferta educativa inclusiva, de calidad, y no se les provea las herramientas para permanecer en las aulas, es un factor de riesgo contundente en términos de la explotación laboral y otras formas de violencia.

El trabajo infantil se constituye por lo tanto como una forma de enajenación temprana que altera los recorridos de las trayectorias educativas y de desarrollo, cuyo fin es coartar el pleno potencial de las personas, para circunscribirlas a espacios de ciudadanía reducidos y carentes de poder, a punta del beneficio económico inmediato. Es un mecanismo sumamente agresivo que impide el pleno disfrute de derechos, y que perpetúa las desigualdades que mantienen el motor económico en movimiento.

Lo anterior quiere decir que si bien existe en la letra toda la disposición para proteger a las personas menores de edad, es necesario ejecutar e implementar tales compromisos a través de estrategias que

tengan un claro y demostrado impacto. Aún tiene el país mucho camino que recorrer en términos de políticas públicas, planes y proyectos intersectoriales e interinstitucionales que no redunden en burocracia y pobres resultados. Es urgente para el bienestar de toda la población que las acciones sean más directas, contundentes, y que alcancen a las poblaciones más vulnerables.

El presente informe reconoce como la situación de más riesgo, en términos de la explotación laboral infantil y adolescente, la condición de discapacidad. No hay en los datos una mención tan siquiera sugerida a la temática, y más bien, el enfoque global de los datos invisibiliza sus condiciones de vida particulares. Los mecanismos de protección reales a esta población son de corto alcance, y refuerzan el imaginario de la discapacidad como una condición de dependencia, de incapacidad para ejercer la ciudadanía plena que tienen estas personas. La persona con discapacidad está, en muchos casos, destinada a operar a través de la voluntad del otro que le “cuida”, o “explota”; y ante tales circunstancias la capacidad de pronunciarse como sujetos puede ser sumamente limitada por la institucionalidad y el derecho de pocos.

Consideramos que desde el trabajo que se realiza en el EDNA, los informes quedan con una gran deuda para con la población infantil y adolescente de mayor vulnerabilidad, como lo son los grupos minoritarios como los indígenas, en condición de discapacidad, niños de la calle, en estado de abandono, indigentes, entre otros, ya que siempre es más fácil recopilar información desde lo general ya que las minorías demandan observar un nivel de altísima especificidad. Sin embargo, es premisa también del presente informe, que el desarrollo de un país se mide a partir de las condiciones de vida de las personas en mayor riesgo.

Lo anterior implica un trabajo interinstitucional e intersectorial fortalecido, enfocado en las personas y no en los indicadores o informes de resultados. Deben construirse estrategias que intervengan en las cotidianidades para transformarlas, acompañadas simultáneamente de políticas sociales robustas que impacten de manera definitiva la trayectoria de vida de las comunidades y grupos en condición de pobreza y exclusión. Dicho de otra manera, el país y toda la ciudadanía deben buscar las formas de redefinir su relación con la riqueza, y el rol de las personas en la construcción del capital social.

Referencias bibliográficas

- AGUILAR, M. et al. (2014). Memoria de Seminario de Graduación para optar por el grado de Licenciatura en Trabajo Social. *Fundamento político-ideológico de la política pública costarricense en materia de trabajo infantil y adolescente*. Disponible en: <http://www.ts.ucr.ac.cr/binarios/tfglic/tfg-l-2014-05.pdf>
- BORRAYO, Brenda J. (2012). *El Trabajo infantil, causas y acciones educativas para evitar que se perpetúe la pobreza*. Colección Pedagógica Formación Inicial de Docentes Centroamericanos de Educación Primaria o Básica, n. 58. Disponible en: http://issuu.com/ceccsica/docs/libro-ceec-finall-el_trabajo_infantil-19-07_3
- BRICEÑO, Leonardo y PINZÓN, Ángela M. (2004). Efectos del Trabajo Infantil en la Salud del Menor Trabajador. *Revista de Salud Pública*. 6 (3).p. 270-288, 2004. Disponible en: <http://www.scielosp.org/pdf/rsap/v6n3/a04v6n3.pdf>
- CERDAS y PADILLA (2008). Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Trabajo Social. *Respuesta del Patronato Nacional de la Infancia desde la doctrina de atención Integral, en torno a las necesidades sentidas de las personas menores de edad en situación de calle*. Universidad de Costa Rica.
- CURIEL, Verónica A. (2012). El trabajo infantil: un problema intolerable en expansión. *Revista Jurídica la de Universidad Autónoma Metropolitana*. Setiembre 1º, 2012. Consultado en Ebsco.
- DEVAL, Juan; BARRIGA, Frida; HINOJOSA, María Luisa et al. (2006). Experiencia y Comprensión. En *Revista Mexicana de Investigación Educativa*. Oct-dic 2006, Vol. 11 Issue 31, p. 1337-1362. 26p. Disponible en: <http://web.a.ebscohost.com/talamanca.uned.ac.cr/ehost/detail?vid=4&sid=8e4cf625-39a2-47f8-a203-0a4401eeceb%40sessionmgr4003&hid=4207&bdata=Jmxhbm9ZXMmc2l0ZT1laG9zdC1saXZl#db=ehh&AN=23772336>
- FRANKL, Viktor (2001). *Psicoterapia y Existencialismo*. Editorial Herder. Barcelona.
- FUNDACIÓN INTERVIDA (2008). *Vidas Explotadas. La Explotación Laboral Infantil*. Barcelona.
- PEC (2010). *Hoja de Ruta para hacer de Costa Rica un país libre de trabajo infantil y sus peores formas*. Documento estratégico. San José, Costa Rica.
- KANE, June (2004). *¿Ayudantes o esclavos? Comprender el trabajo doméstico y cómo intervenir*. Organización Internacional del Trabajo.

Disponible en: http://white.oit.org.pe/ipec/documentos/ayudantes_esclavos_2004.pdf

- LACAN, Jaques (2003). *Escritos 1. El Estadio del espejo como formador de la función del yo tal como se nos revela en la experiencia psicoanalítica*. Siglo XXI Editores, Argentina.
- MORALES, María Ester (2003). El trabajo infantil y sus repercusiones en el desarrollo integral de las personas menores de edad. *Revista Educare* N° IV, 2003, p. 31 a 45. Disponible en: www.revistas.una.ac.cr/index.php/EDUCARE/.../939
- OIT (2002). *El Trabajo Infantil Adolescente y Doméstico en Costa Rica*. Fundación PANIAMOR. ISBN: 92-2-313275-4. Disponible en: <http://www.publicaciones.ipec.oit.or.cr>
- OIT (2003). Programa Internacional para la Erradicación del Trabajo Infantil (IPEC-OIT) “*Trabajo Infantil y Adolescente Peligroso en Costa Rica*”. Proyecto: Actividades Preparatorias para la Eliminación Inmediata de las Peores formas de Trabajo Infantil en Costa Rica.
- OIT (2006). *La eliminación del trabajo infantil: un objetivo a nuestro alcance*. Informe del director general. Informe global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo.
- PEDRAZA, Aura Cecilia y RIBERO, Rocío (2006). El trabajo infantil y juvenil en Colombia y algunas de sus consecuencias claves. *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales y Juventud*. Vol. 4, N°1. ProQuest.
- SAUMA, Pablo (2007). *Trabajo infantil: causa y efecto de la perpetuación de la pobreza*. San José: Oficina Internacional del Trabajo. Disponible en: http://white.oit.org.pe/ipec/documentos/trab_inf_causa_efecto_pobreza.
- WACQUANT, Loïc (2013). *Los condenados de la Ciudad: gueto, periferias y estado*. Editores Siglo Veintiuno, Argentina.

Anexos
Objetivos de cada Estado de la Niñez y la Adolescencia
y sus ejes principales

Informes Año	Objetivos	Ejes de comprensión y desarrollo del proceso de exposición de los argumentos
2001	Desarrollar una visión lo más completa posible acerca del cumplimiento de los derechos, que contribuya también a orientar las políticas públicas de manera más adecuada y eficaz. Sensibilizar a la sociedad en materia de niñez y adolescencia, de modo que la cultura de respeto y de reconocimiento a esa población se vea fortalecida y profundizada en la conciencia de las personas y en las estructuras sociales y políticas del país.	Transformaciones que han tenido lugar en el marco jurídico costarricense en las últimas dos décadas, orientadas a hacer explícita la condición de ciudadanía plena de las personas menores de 18 años. Visión sintética de la evolución de los principales indicadores sociales asociados con derechos de la niñez y la adolescencia. Se abordan los aspectos de salud, educación, trabajo, explotación sexual y comercial, abuso y agresión, entre otros. Estudio de la respuesta que ha brindado el Estado mediante las instituciones públicas, con el fin de crear condiciones sociales e institucionales para cumplir con el mandato establecido por el Código de la Niñez y la Adolescencia y la legislación afín. Constitución y operación del Sistema Nacional de Protección, enfatizando en el rol conferido a los sistemas locales de protección, las juntas locales y los comités tutelares. Acciones, programas y proyectos de mayor incidencia nacional –impulsados por organismos gubernamentales, organizaciones no gubernamentales, iglesias, empresas privadas y medios de comunicación– que promueven el enfoque de derechos. Enfoque de derechos a partir del análisis de los espacios reales de participación que disponen la niñez y la adolescencia para transmitir sus puntos de vista o ejercitar sus derechos, en las instituciones públicas y en la familia.
2002	Analiza el nivel y calidad del cumplimiento de los derechos sociales e individuales de la niñez y la adolescencia por parte del Estado, las familias, la sociedad civil y las comunidades.	Se identificaron como problemas fundamentales para ser abordados: la situación de las poblaciones de 0 a 5 años; la relación entre el trabajo infanto-juvenil y el derecho a la educación y las condiciones de explotación sexual comercial en el país. Indicadores: - De cumplimiento de derechos - De desempeño - De seguimiento - Cualitativos

Informes Año	Objetivos	Ejes de comprensión y desarrollo del proceso de exposición de los argumentos
2003	Enfocado principalmente en los derechos sociales de la población menor de edad y su vinculación con la inversión pública como instrumento fundamental de la política social para el cumplimiento por parte del Estado de la garantía de esos derechos.	Marco teórico a partir de la concepción de los derechos de la niñez y adolescencia, de la exclusión social y de la inversión social; se analiza la inversión social en Costa Rica desde una perspectiva global y la estructura institucional relacionada con los servicios básicos a menores. Gestión de la política social y la inversión pública en la niñez y adolescencia; se describen y aplican los indicadores elaborados para evaluar la inversión pública en los sectores seleccionados. Pobreza, el impacto distributivo de la inversión social y los problemas de acceso de la población infantil; también presenta un índice de desarrollo y vulnerabilidad infantil Municipalidades: con el fin de conocer las capacidades y limitaciones de los gobiernos locales en la prestación de servicios básicos para la población meta.
2004	Identificar los avances en la implementación del Código de la Niñez y la Adolescencia (1998) y en el desarrollo de la cultura basada en el reconocimiento social de los derechos de este grupo social.	Ejes de análisis: pobreza, <u>trabajo infantil</u>, condición familiar, condiciones socioeconómicas e inversión social para la atención de la niñez y la adolescencia. Estos ejes temáticos permiten observar, desde los ámbitos del Estado, la familia y la comunidad, la situación particular de los derechos de las personas menores de 18 años de edad.
2005	General darle seguimiento a la ruta por la que avanza el país en materia de derechos de los niños, las niñas y adolescentes. Más que enumerar logros y rezagos, más que sumar o restar víctimas, se pretende ofrecer información confiable y pertinente, que facilite conocer la realidad que experimenta esta población en relación con sus derechos y analizar opciones para que tengan completa vigencia.	Interpretación, individual y colectiva, pública y privada, de la realidad. Generar el estímulo requerido para concretar las acciones necesarias para acortar la distancia entre la realidad y los enunciados.

Informes Año	Objetivos	Ejes de comprensión y desarrollo del proceso de exposición de los argumentos
2008	Realizar un balance sobre los avances, retrasos, debilidades y limitaciones en el cumplimiento pleno de los derechos de niños, niñas y adolescentes, en el entendido de que este debe ser visto como un aporte más en la construcción del conocimiento para promover la reflexión, el intercambio de ideas y la adopción de acciones concretas en pro del mejoramiento de las condiciones de vida y del ejercicio de los derechos de las personas menores de edad.	Abordaje sistemático. Intercambio de ideas y la adopción de acciones concretas en pro del mejoramiento de las condiciones de vida y del ejercicio de los derechos de niños, niñas y adolescentes.
2011	Proceso histórico de búsquedas, reflexiones y acciones multisectoriales orientadas a la transformación de concepciones, paradigmas, prácticas institucionales, sectoriales y acciones ciudadanas que contribuyan a que el desarrollo humano integral de las personas menores de edad, quienes viven en Costa Rica, sea cada día mejor.	Análisis de situación a profundidad acerca de los diferentes factores normativos, políticos, programáticos y socioculturales que inciden positiva o negativamente en el desarrollo integral de niños, niñas y adolescentes. Sistematización, evaluación, análisis y proposición en materia de marcos jurídicos, políticas públicas, planes, programas y desafíos orientados a contribuir con el desarrollo integral de la niñez y la adolescencia en el país.

Fuente: Elaboración propia con base en los siete Informes del Estado de la Niñez y la Adolescencia²⁷.

27 UNICEF y Universidad de Costa Rica, años 2001, 2002, 2003, 2004, 2005, 2008 y 2011.

El Derecho a la vivienda digna
en la perspectiva del juez ordinario:
Análisis desde su dimensión
constitucional y procesal

*The Right to Dignified Housing from
the Perspective of the Ordinary Judge:
Analysis from its Constitutional and
Procedural Dimensions*

Luis Alberto Petit Guerra *

Recibido: 11/11/14

Aprobado: 14/11/14

*(i) Juez titular de Municipio mediante concurso público de oposición, Caracas.

(ii) Magister en Derecho Constitucional, Universidad de Sevilla (US), España.

(iii) Doctorando en Derecho Constitucional, Universidad de Sevilla, España.
Venezuela.

luispetitguerra@hotmail.com

RESUMEN

Aunque en mayor medida se asocia a los tribunales constitucionales como “verdaderos” agentes de cambios sociales, en este trabajo encontramos elementos de peso para extender esa misma consideración frente a los tribunales ordinarios (esos jueces que son el rostro más cercano a la ciudadanía), aquellos que -como defiende Carlos María Cárcova- les corresponde lidiar con los “estándares normativos frente de la dimensión social de los problemas que atañe resolver”.

Palabras clave: tribunales constitucionales, tribunales ordinarios, dimensión social.

ABSTRACT

Although constitutional courts are usually considered the “real” agents of social change, this paper finds weighty elements to extend this consideration to ordinary courts (judges who are the faces closest to citizens), those who -as Carlos Maria Cárcova sustains - have to deal with “normative standards of the social dimension of problems that they have to resolve”.

Keywords: constitutional courts, ordinary courts, social dimension.

Aunque en mayor medida se asocia a los tribunales constitucionales como “verdaderos” agentes de cambios sociales (Sagües, 2012: 443), en este trabajo encontramos elementos de peso para extender esa misma consideración frente a los tribunales ordinarios (esos jueces que son el rostro *más cercano* a la ciudadanía), aquellos que -como defiende Carlos María Cárcova- les corresponde lidiar con los “*estándares normativos frente de la dimensión social de los problemas que atañe resolver*” (Cárcova, 1986: 184).

Entonces, sin invadir las competencias que son propias de la acción política, cuyos órganos serían en principio los auténticos legitimados en la promoción “directa” de esos cambios sociales; el poder judicial debe articularse en la ejecución de esas políticas en materia de vivienda en lo que corresponde. En efecto, el poder judicial que evoca el constituyente de 1999 pretende un juez activista¹ -en el sentido noble de la expresión- en la consecución de los fines del Estado en las materias encomendadas. Un juez moderno que aborde los problemas “legales” en sus dimensiones reales (sociales); a distinción de ese juez mecánico (casi matemático) propio del formalismo jurídico (Pérez Salazar, 2002: 107) que dejó el positivismo puro (esencia del Estado formal y liberal de Derecho), que se limitaba a aplicar el derecho a los hechos sin aplicar la Constitución y además descontextualizado de lo social. Siguiendo a Molina Galicia, es el juez quien adapta el derecho a la realidad (Molina Galicia, 2008: 332).

En nuestro caso, de la concepción normativa de la Constitución (art.7 CRBV) se derivan importantes consecuencias; verdadero cambio de paradigma tanto en el sistema de fuentes como en la actividad jurisdiccional. En presencia de un Estado social y Constitucional de Derecho responsable, dicho texto resulta aplicable *también* por el juez ordinario (y no solo por la jurisdicción constitucional), ya no solo en su parámetro respecto a la facultad de control difuso; sino más importante, en adecuar todo el ordenamiento legal conforme a la Constitución, que como bien ha expuesto la Sala Constitucional implica: “*Interpretar el ordenamiento jurídico conforme a la Constitución...*” (Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional: 19 de julio de 2001).

Por tanto, en muchos casos no será posible la simple “subsunción” de los hechos al derecho legislativo; obligándonos como operadores de justicia a reconocer ciertas áreas donde se requiere de nuestro activismo: aplicar la Constitución misma. Dicho activismo judi-

1 Sobre activismo judicial, véase: Duncan Kennedy. *Izquierda y derecho*. Ensayos de teoría jurídica crítica, colección derecho y política, Siglo XXI editores, Buenos Aires, Argentina, 2010, pp. 27-42.

cial lo explica bien Ferrajoli, según copiamos de Cárcova: “La sujeción del juez a la ley ya no es, como el viejo paradigma positivista, sujeción a la letra de la ley cualquiera fuera su significado, sino sujeción a la ley en cuanto válida, es decir, coherente con la Constitución” (Cárcova, 1996:139).

A pesar de que contamos con un Código de Procedimiento Civil anticuado (para más señas, preconstitucional con relación al texto constitucional vigente), es conveniente reconocer que no obstante es posible hallar en el mismo un sistema de garantías junto a otras emanadas de la propia Constitución (Rivera Morales, 2002:353).

Dada pues la dimensión que adquiere el ordenamiento jurídico como un todo, la Constitución se tiene, ya no solo en el vértice (en lo jerárquico) sino, como preferimos, elemento transversal a todo el sistema de fuentes. Esto requiere que hagamos ciertas precisiones sobre las relaciones de los contenidos constitucionales y legales que se predicán del derecho a la vivienda digna. En efecto, el marco jurídico que deriva de la regulación constitucional del derecho a la vivienda digna (art.82 CRBV), así como las diversas leyes relativas en esta materia, proveen de importantes insumos que debe manejar -y muy bien- cada juez ordinario (como agente de cambio social) al momento de resolver los diversos problemas que se suscitan en la práctica judicial. Porque el poder legislativo y el ejecutivo (habilitado) legislan en abstracto para seres imaginarios; en cambio, el poder judicial aplica la ley (y la interpreta junto a la Constitución) para seres reales de carne y hueso.

Esto obliga a reconocer ciertas áreas problemáticas, porque si bien no se pretende responder a todas las incógnitas -cosa imposible de alcanzar en este espacio, como tampoco el legislador lo puede hacer-, en cambio -parafraseando al maestro Delgado Ocampo- persigue reflexionar desde el punto de vista hermenéutico (Delgado Ocampo, 2002:419) sobre aquellos argumentos que procuran mejorar nuestro rol dentro del proceso judicial -allí donde otros autores han conseguido evolucionar el derecho procesal civil en sus respectivos países²-.

Precisado lo anterior, observamos cierta confusión en el foro acerca de los alcances de la constitucionalización del derecho a la vivienda en conjunto con el resto de regulaciones legales que le son aplicables; lo que obliga a explicar primeramente que por voluntad

2 Por ejemplo, en el caso brasileiro resalta el extraordinario trabajo de la profesora Jania Maria Lopes Saldanha. *Substancialização e Efetividade Do Direito Processual Civil a Sumariedade material Da Jurisdição. Proposta de Estabilização da Tutela Antecipada em Relação Projeto de Novo CPC*, Juria Editora, Curitiba, Brasil, 2011.

del constituyente de 1999, el *derecho a la vivienda digna* se presenta como un derecho social de vital importancia a los fines del Estado Social³; pero que en sí mismo no forma parte del catálogo de los derechos sociales fundamentales que precisan unas características especiales en razón de esa “fundamentabilidad” (entre otras, la indisponibilidad del legislador; la inderogabilidad de sus contenidos; etc.). Esta primera aproximación permite afirmar que dicho derecho no goza de las salvaguardias que si tienen otros derechos sociales calificados como fundamentales⁴ (tales como el derecho a la educación, a la salud o al trabajo), en el sentido que ningún ciudadano puede acudir a los tribunales de justicia a demandar a los órganos de representación política (gobierno y legislativo) para que les provea de una vivienda digna.

En efecto, una de las características que tiene todo derecho fundamental, es que pueda ser determinado su límite mínimo y desde allí, que pueda ser exigible por vía de demandas judiciales en contra del Estado. En este caso, el derecho social a la vivienda “digna”, se trata de un derecho carente de contenido concreto: ¿A qué tiene derecho cada ciudadano; a la *propiedad* de una casa, o de un apartamento; si fuere así, de cuántas habitaciones; o tiene derecho solo a ser *ocupante*; en fin, a qué tiene derecho? Por ende, se cae en la esfera discrecional de los agentes políticos.

En consecuencia, no obstante la importancia que se predica de este derecho social, queda a la libre *disponibilidad* del legislador democrático (desarrollar como mejor le parezca sus contenidos) y a la acción de gobierno definirlo dentro sus metas políticas posibles (San Juan, 2004:437). Por tanto, el hecho de reconocerse especial sensibilidad en el tema del derecho a la vivienda digna, no puede dar lugar a decir lo que el Constituyente no hizo; de modo que el derecho a la

3 En el mismo sentido se expresa Rossetti, en favor de darle mayor importancia al derecho a la vivienda, porque según su criterio, de nada valdría que un individuo diga tener otros derechos si no tiene “un techo” en donde disfrutarlos. Vid., Rossetti, Andrés (2010). “Algunos mitos, realidades y problemas en torno a los derechos sociales”, en: *Los derechos sociales en el siglo XXI. El desafío clave para el derecho y la justicia* (Obra Colectiva), Silvina Ribotta y Andrés Rossetti (Editores), Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Debates, Nro.13, Universidad Carlos III, Editorial Dyckinson, Madrid, 2010.

4 Entre otros trabajos: Arango, Rodolfo (2005). *El concepto de los derechos sociales fundamentales*, Universidad Nacional de Colombia, Editorial Legis, 1ª ed., Bogotá, 2005; García Schwarz, Rodrigo (2011). *Los derechos sociales como derechos humanos fundamentales. Su imprescindibilidad y sus garantías*, Serie El Derecho, Ed. Miguel Ángel Porrúa, México.

vivienda ha de tenerse como lo que es, un derecho social (constitucional) con un «contenido especial», pero incapaz de ser asumido como un derecho fundamental (ya que no tiene un contenido mínimamente exigible al Estado por ante los tribunales de la República).

Si por el contrario, fuere política de Estado que la vivienda tenga esa característica de preeminencia (como derecho fundamental), deberá gestionarse ese cambio por las vías formales constitucionales (y no mediante la ley); bien sea mediante propuesta de reforma constitucional; e incluso, mediante creación jurisprudencial de la justicia constitucional –si fuere el caso, tal como sucedió en el derecho alemán en la creación del derecho fundamental al «mínimo vital» partiendo de la interpretación de la cláusula Estado social (Petit Guerra, 2013: 195); aspecto este último que desborda la intención de este trabajo. De esta manera, debemos guardar cuidado con “convertir” (al derecho a la vivienda digna) rango de derecho prevalente sobre otros derechos que si tienen ese rango constitucional (como lo serían el derecho fundamental al debido proceso y el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva). Lo contrario sería “*desfundamentalizar*” otros derechos fundamentales y “*fundamentalizar*” derechos constitucionales que no tienen ese rango.

Entonces, se trataría de un derecho social importante, que entra en la discrecionalidad política. Ya que el sistema constitucional está razonado para que el poder legislativo diseñe el marco normativo y el gobierno ejecute las políticas en el marco de sus competencias constitucionales⁵ que crean convenientes en razón de su legitimidad. Bajo ese esquema, el poder legislativo delegó en el ejecutivo el desarrollo de esta sensible materia; dando lugar a la expedición por vía de Decretos-Leyes de varios documentos normativos (aprobados en distintas épocas y contextos). Dentro de esos nuevos textos normativos se consigue el primigenio Decreto-Ley de Arrendamientos Inmobiliarios (1999⁶) -actualmente derogado respecto al régimen competencial relativo al derecho a la vivienda-; y casi en paralelo, se aprueban el Decreto-Ley contra el Desalojo y la desocupación Arbitrarias de Viviendas (2011⁷) -cuyo objetivo principal era suspender todos los procesos judiciales en curso y la proscripción de *medidas de secuestro*⁸ sobre inmuebles) y el Decreto-Ley para la Regularización y Con-

5 Como la Ley Especial de Refugios Dignos, Decreto N° 8.001, 18 de enero de 2011.

6 Del 07 de diciembre de 1999, Gaceta Oficial Nro. 36.845.

7 Del 6 de mayo de 2011, Gaceta Oficial Nro.39.668.

8 Recordemos que hasta ese entonces a las *medidas de secuestro* previstas en el Código de Procedimiento Civil, ordinal 7º (motivado a la falta de pago de arriendos); se agregaron otras *medidas de secuestro* (por vencimiento del término de la

trol de los Arrendamientos de Vivienda (2011), que vienen a complementar este sistema especial de fuentes.

En paralelo a los procesos judiciales, este conjunto normativo crea un sistema administrativo -que entre otras cuestiones-, establece la obligación del Estado de garantizar la asignación de viviendas temporales a los eventuales “ejecutados” de aquellos procesos judiciales; trayendo como consecuencia una relación especial entre los jueces ordinarios y el ente político administrativo en la consecución de tan nobles fines. Los procesos judiciales se suspendieron (incluyendo aquellos que estaban por ejecutarse en sentencias) porque esa fue la intención legislativa, mientras se armonizaban las instituciones resultantes de este nuevo cuerpo normativo. Los jueces apoyamos esa política pública y los “justiciables” esperaron pacientes la reanudación de sus procesos y la ejecución de sus sentencias. Viene a demostrar, que el poder judicial se convierte directa o indirectamente, en ejecutor de tales políticas públicas (de allí la afirmación que los jueces son agentes de cambio social), y resulta más importante ese rol, cuando en el seno de sus controversias deban *ponderar* los intereses en conflicto, aplicando ya no solo la ley, sino también la propia Constitución junto a los diversos derechos fundamentales que se proyectan al interior de determinados litigios.

Ahora bien, este sistema de fuentes derivado de los mencionados Decretos-Leyes, como sabemos, no es completo ni perfecto. Contiene lagunas y presenta algunas inconsistencias sustantivas y procesales que deben ser resueltas (completadas) por el poder judicial, a quien corresponde la aplicación (real y no abstracta) de la ley. Estamos pues en presencia de lo que se denomina “derecho judicial” -término acuñado con solvencia por importantes teóricos⁹- derivado de «completar» -sin sustituir- a la ley; lo que nos lleva necesariamente a un *activismo*¹⁰ en sentido noble de la expresión que otros no comparten¹¹; en cuyo debate preferimos hablar de complementariedad entre ambas corrientes (Petit Guerra, 2013:531).

Como es sabido, muchos problemas prácticos tuvieron que ser resueltos por la judicatura. En una primera etapa, relacionados

prórroga legal) prevista por el legislador delegado (Ejecutivo Nacional) en la Ley de Arrendamientos Inmobiliarios de 2000 (art.39).

9 Entre otros: De La Vega Benayas, Carlos (1970). *Introducción al derecho judicial*, Monografías, Colección de Estudios Jurídicos, Editorial Montecorvo, Madrid; López Medina, Diego Eduardo (2008). *El derecho de los jueces*, Universidad de Los Andes, Ediciones Legis, 2ª Ed., 6ª Reimpresión, Bogotá.

10 A favor del activismo judicial se pronuncian -entre otros- Peyrano (Argentina); Picó I Junoy (España); Cabrera Romero (Venezuela).

con la suspensión de todos los procesos judiciales en el estado en que se encontraban (por mandato del Decreto-Ley sobre Desalojo y la Desocupación Arbitrarias de Viviendas) mientras se organizaba la estructura administrativa actualmente aplicable. Después de “superada” la etapa de suspensión, se generaron otras situaciones con ocasión a lo previsto por el nuevo texto legal que ordenaba su aplicación incluso en los procesos que estaban en curso (lo que constituye una excepción a la regla procesal¹²). Implicaba que todos los procesos ya iniciados (con vigencia de la ley anterior de Arrendamientos Inmobiliarios) continuaren por el nuevo procedimiento¹³ (por mandato del Decreto-Ley para la Regularización y Control de los Arrendamientos de Vivienda).

En la actualidad, seguimos en presencia de una situación especial, porque a pesar de haberse dictado con contextos distintos, hoy perviven estos dos mismos textos legales al estar estrictamente relacionados (el primero, que suspendía los procesos mientras se creaba el órgano que conocería el tema de vivienda; el segundo, cuando creaba dicho órgano y establece una serie de procesos administrativos con distintos objetos), por ende, podemos referirnos a dos etapas que hoy se juntan entre sí. A pesar que estos textos intentan armonizar el sistema arrendaticio, nuestra pesquisa detectó que ambos textos legales *no regulan todas las situaciones a las que estaría obligada resolver la jurisdicción ordinaria* (por ej., el último Decreto Ley nada dispone en materia de ejecución de sentencia); por tanto, tuvimos que apelar a la argumentación como desafío para encarar nuestra misión valiéndonos de las herramientas que nos provee el sistema¹⁴.

Por tanto, las consecuencias de la suspensión de todos los procesos en la primera etapa en que se encontraban no se hicieron esperar,

Se manifiestan contrarios al “activismo” (defendiendo un supuesto “garantismo”), la escuela de Montero Aroca (España) seguida en América por Alvarado Velloso (Argentina) y Guido Aguila Grados (Perú).

- 12 Conforme al artículo 9 del Código de Procedimiento Civil que establece que las leyes procesales entrarán en vigencia desde su publicación en Gaceta, pero que aquellos procesos ya iniciados mediante la ley (procesal) anterior culminarán con esta.
- 13 Artículo 151. Primera del Decreto-Ley para la Regularización y Control de los Arrendamientos de Vivienda: *“Los procedimientos administrativos o judiciales que estén en curso, continuarán su culminación definitiva por las disposiciones establecidas en la presente Ley”*.
- 14 Sirva la presente para resaltar el impulso de la Sala de Casación Civil (en cabeza de su Presidente, Dra. Iris Peña) en su iniciativa de estimular el estudio y debatir sobre el rol de la argumentación para todos los jueces de la jurisdicción, en conjunto con la respuesta del personal docente de la Escuela Nacional de la Magistratura.

surgiendo nuevas situaciones de distinta complejidad e índole. Entre las más destacadas -pero no las únicas- en el tema *sustantivo* con incidencia procesal (por ej., ¿qué pasaba con el pago de los alquileres que venían haciéndose ante el tribunal de consignaciones ahora eliminado por el legitimado político cuando creó otro ente -ahora administrativo- para tales fines que duró mucho tiempo sin estar activo?). A manera de ilustración, subrayamos, que esta situación llevó a poner de “moda” ante los tribunales, la alegación de figuras tales como el *hecho del Príncipe como causa extraña no imputable* (motivado a la imposibilidad del deudor arrendatario de cumplir su principal obligación por hecho que no le es imputable derivado de orden oficial) lo que ha rodeado de interés y constante debate -aún en pleno desarrollo-.

En cuanto a lo estrictamente *procesal*, surgieron otras situaciones; entre otras -por solo citar algunas-, ¿cuáles serían los efectos de los distintos autos de composición procesal que se habían celebrado antes de la entrada en vigencia de los nuevos textos legales y cuyos efectos debían cumplirse después?; ¿qué pasaba con los inquilinos que querían hacer entrega voluntaria “real” porque les urgía mudarse? Pero, adicionalmente, ya en presencia de la actual ley, si la nueva ley establecía agotar la vía administrativa “antes” de acudir a tribunales, ¿qué sentido tendría entonces suspender determinado proceso que ya se había iniciado?; ¿cuáles serían las competencias atributivas a la recién creada Superintendencia de Vivienda (Sunavi)?; pero especialmente, ¿cómo se haría para materializar la intención política de asignarle por medio de dicho órgano administrativo una “solución habitacional” al eventual ejecutado? Todo ello derivó en muchas ejecuciones “postergadas”; situación que pudiera afectar la credibilidad del sistema.

Movidos por esa necesidad y con motivo de que con la suspensión legal a la que hemos hecho referencia no afectare en forma indefinida los procesos, la propia Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, en ponencia conjunta del 1º de noviembre de 2011¹⁵ precisó los alcances de ambos textos legales vigentes, sosteniendo que fue la intención legislativa, la suspensión momentánea y no prolongada de los procesos judiciales. Y que aun cuando el proceso se hallare en estado de ejecución (es decir, próximo a que el arrendador recupere su inmueble para sí, para un familiar suyo o para venderlo), se debería agotar el procedimiento administrativo allí contemplado para que le sea asignado al demandado (eventual ejecutado) por el órgano administrativo,

15 Disponible: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scc/noviembre/RC.000502-11111-2011-11-146.HTML>

una solución habitacional y evitar así una “desocupación injusta” -dice textualmente el legislador habilitado-.

Por tanto, superada esa etapa y reanudados *todos* los procesos judiciales, el Estado en su conjunto (principalmente Poder Ejecutivo, Poder legislativo y Poder judicial) sigue obligado ante sus conciudadanos; por un lado, ante los arrendadores y dueños de inmuebles en hacer ejecutar lo fallado dentro de un debido proceso y en garantía de la tutela judicial efectiva; ante los arrendatarios, comodatarios y demás usuarios que deben hacer entrega de sus viviendas por vía judicial, en asignarles un refugio temporal (solución habitacional) dentro de su competencia administrativa. En consecuencia, cada uno de estos sectores debe exigir el cumplimiento de tales metas, pero sobre todo por la relación de derechos constitucionales en juego (de los accionantes por los derechos a la propiedad –incluso al derecho a la vivienda cuando corresponde-, al debido proceso y a la tutela judicial efectiva; de los sujetos a desalojo, del derecho a la vivienda digna, el debido proceso y a la tutela judicial efectiva); teniendo en cuenta lo que hemos explicado líneas anteriores: que el derecho a la vivienda queda a libre configuración de la acción política y sus órganos; y que por ende, el “ejecutado” **no puede exigir más de lo que el Estado puede ofrecer conforme a la Constitución.**

A pesar de todos los avances y esfuerzos de los órganos políticos involucrados (construcción de viviendas, asignación de refugios “dignos”, etc.), hoy día nos encontramos ante otras situaciones que escapan de aquellos y al contrario, han de ser resueltos en la práctica judicial. Entre todas, algunas situaciones tales como: (i) arrendadores que pretenden hacer justicia por mano propia violentando las cerraduras de los inmuebles alquilados por completo para “desalojar” a los inquilinos; práctica apreciada comúnmente frente al alquiler de cuartos de habitación, en donde el arrendador se limitaba a cambiar la cerradura principal del inmueble y así dejar fuera al inquilino -generalmente estudiantes-. En el mejor de los casos, (ii) arrendadores que pretendían a la fuerza entrar a los inmuebles alquilados con el objeto de cohabitar con los inquilinos dentro de los inmuebles aludiendo no tener sitio donde vivir (constituyendo un debate del *derecho a la vivienda de unos vs. derecho a la vivienda de otros*). Igualmente, (iii) el caso de cónyuges o concubinos que sin orden judicial, cambian las cerraduras del inmueble que sirve de hogar común para “desalojar” al otro. Pero también se consiguen, (iv) caso de arrendatarios de habitaciones que cambian cerraduras del inmueble principal para dejar fuera al propio arrendador ocupante con aquel; (v) así como herederos que cambian cerraduras del inmueble para sacar o impedir el acceso de determinados co-herederos o comuneros suyos; (vi) arrendatarios de locales comerciales que los “convierten” (real o ficticiamente) en viviendas para ser sujetos de protección legal; incluso, (vii) se consiguen casos en donde hasta existiendo senten-

cia definitiva en su contra por desalojo (en donde jamás alegaron la existencia de una vivienda en alquiler) y no obstante, en etapa de ejecución, se oponen a la entrega del inmueble alegando la existencia de supuestas viviendas; (viii) sin olvidarnos de la gravísima situación de fuerza en donde ciertos arrendatarios que, cumpliéndose el debido proceso y la tutela judicial efectiva, son desalojados a través de entregas materiales mediante tribunales; quienes luego, días después e incluso el mismo día de la ejecución, haciendo uso de la fuerza “popular”, rompen cerraduras y ocupan “nuevamente” el mismo inmueble ejecutado. A la inversa, se consiguen también otros excesos, (ix) arrendadores que obligan a los arrendatarios a celebrar contratos de arriendos como si fueren “oficinas comerciales” tratándose de verdaderas viviendas.

En fin, todos estos casos, sin dejar de mencionar los problemas derivados de las invasiones de inmuebles (que pretenden la protección legal como si se tratase de inquilinos); como los otros inconvenientes que se suscitan en la práctica de entregas materiales de inmuebles cuando los “ejecutados” utilizan los niños y adolescentes –en orden de su interés superior- para enervar la acción de la justicia ordinaria invocando la “violación” del derecho a la vivienda, obligan al juez ordinario a reflexionar sobre su rol, partiendo de la premisa siempre que el Estado haya proveído de los mecanismos judiciales y administrativos para que los ocupantes de viviendas, tengan asegurado un destino seguro (aunque sea temporal en forma de refugios). De no ser así, se corre el riesgo de que la ciudadanía desafíe el sistema judicial, y aplique -como se ha precisado en ciertos casos- su visión particular de justicia “privada”.

Así las cosas, no puede permitir el Poder judicial que se relajen las formas instituidas para la realización de la justicia (art.253 CRBV); correspondiendo a los jueces ordinarios la difícil tarea de responder esos postulados en cada caso concreto. A ello hay que sumarle la dirección que en el mismo sentido parece desprenderse del propio alto Tribunal Supremo de Justicia, primero en Sala de Casación Civil en aquel fallo citado en ponencia conjunta (que intentó poner orden ante una situación anómala derivada de la suspensión indefinida de los juicios); de otro lado, en Sala Plena (lo que redunda su importancia), para explicar los alcances de las diversas regulaciones que se concitan en esta materia, como ocurrió en el fallo del 20 de noviembre de 2013¹⁶, en donde viene a razonar el sentido que se

16 Disponible: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/tplen/enero/160781-8-30114-2014-2013-000086.html>

debe entender acerca de las competencias del nuevo ente administrativo SUNAVI. En ese esquema, distingue dos supuestos: (a) para que se sustancie y decida las razones que conlleve el desalojo del inmueble; en cuyo caso, se le otorga al ocupante un plazo de cumplimiento voluntario (como acto administrativo de efectos particulares); y que si no cumpliera, remitirá a la jurisdicción ordinaria para su ejecución forzosa¹⁷; también, (b) para que sustancie y decide que no hay razones administrativas que resulten del desalojo del inmueble; en cuyo caso, se habilita la vía judicial (para demandarse en forma autónoma).

Este último fallo (que explica la posibilidad que sea la propia Administración Pública, en su caso, que ordene el desalojo de viviendas pero cuya ejecución correspondería a los órganos judiciales; o que se habilite la vía judicial para demandar las acciones cuando sea procedentes) viene a confirmar lo que se viene diciendo: que el sistema judicial pretende el respeto de los derechos fundamentales de cada uno de los involucrados; de modo que, es necesario impulsar la materialización de sus propios fallos.

Ahora bien, la cosa no queda allí; desde que la propia Sala Constitucional en reciente caso (sentencia 1213/2014¹⁸), bajo la pretendida armonización del sistema regulatorio arrendaticio en materia de vivienda, vino -en nuestro criterio, acertado- a poner orden ante una situación por todos conocida respecto a la dilación indebida en que estaban incurriendo los órganos encargados de la asignación de refugios a los eventuales demandados (siendo que pasaban varios meses, muchos quizá, sin cumplir con su obligación legal de proveerles refugios dignos a los eventuales sujetos del desalojo compulsivo); trayendo como consecuencia la suspensión de “hecho” de los procesos y, con ello, la inejecución de los fallos obtenidos dentro de un debido proceso, cuya tutela judicial (respecto al derecho de ejecutar lo fallado) quedaba en suspenso.

En nuestro criterio, es con la Sala Constitucional donde se resuelve finalmente ese debate teórico que planteaba la discusión sobre si el derecho a la vivienda digna constituía en sentido propio, un

17 En la actualidad existen dos (2) casos con pronunciamiento de desalojo por parte de Sunavi, en las que se ordenó el desalojo en vía administrativa. Ambos han sido ejecutados por parte de los tribunales, garantizándoles el debido proceso así como el traslado a los refugios estatales.

18 Sentencia 1213/2014 del 03 de octubre. Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional. Disponible: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/octubre/169300-1213-31014-2014-13-0482.HTML>

verdadero derecho fundamental o no, decantándose -al igual que nosotros- por la tesis que lo niega. También resuelve esa discusión sobre si mediante acciones de amparo constitucional -como afirmamos- podría igualmente resolverse el tema de los derechos relacionados con la vivienda (cuando son producto de violaciones directa a derechos constitucionales del otro).

Entonces, teniendo claro que el derecho a la vivienda es *un derecho social más*, como agentes del cambio social materializamos los contenidos legales expedidos por los órganos de legitimación política, en la medida que le garantizamos a los interesados su defensa técnica y una eventual solución habitacional (así sea de carácter temporal); **en la medida que cada una de las partes siente -en equilibrio de intereses- que se les está respetando sus respectivos derechos humanos dentro de un debido proceso.** Debemos ser valientes en esta difícil misión, usar las amplísimas facultades probatorias (arts.401 y 514 CPC), abrir incidencias cuando sea necesario, resolver puntos más allá de lo “común”, incluso en etapa de ejecución (arts. 533 y 607 CPC).

Pero especialmente debemos aplicar la Constitución conforme a su valor normativo (art.7 CRBV), entendiendo que ni el legislador, ni el poder ejecutivo, ni el poder judicial pueden *desfundamentar* los derechos fundamentales que el propio Constituyente ha considerado en relación a la justicia (debido proceso y tutela judicial efectiva). Que si existe un debido proceso (previsto en las leyes especiales de arrendamiento) que hay que cumplir (art.49 CRBV), debe igualmente garantizarse la tutela de los derechos en juego y darle razón a quien la tiene conforme a las reglas procesales (art.26 CRBV), teniendo en cuenta que el proceso -y no otro mecanismo como la justicia a mano propia- es el único instrumento de realización de la justicia (art.257); elemento éste último (la justicia) que no por casualidad está recogido en nuestro texto constitucional como un **valor superior** (art. 2 CRBV).

En conclusión, conociendo las dificultades del sistema pero convencidos de las potencialidades que ostentamos como jueces ordinarios, apostamos por superar las diversas cuestiones que conlleva la práctica de sustanciar, decidir y hacer ejecutar lo fallado en materia de vivienda. Esta tarea nos convoca a todos los jueces en apoyo al resto de los entes involucrados en la ejecución de las políticas públicas. Que no es el poder Ejecutivo, ni menos el poder legislativo a quienes compete la solución del caso “puntual” (estos se manifiestan desde la abstracción del derecho y de la acción política generalizada); entonces, que corresponde a nosotros los jueces ordinarios la difícil tarea de resolver cada caso en particular (ponderando los derechos en conflicto). Porque sabemos que no todos los casos son iguales; que es muy posible que haya ciertos excesos y hasta posibles abusos entre ambos lados de los contratantes (premisas que debe-

mos atacar); pero que así como ese arrendatario tiene derecho a la vivienda digna, también lo tenga el arrendador o su familia de disponer para los suyos del mismo derecho a la vivienda de su inmueble en litigio. Esto es bien complejo, pero parece que estamos en presencia del **derecho de la vivienda de uno versus el derecho a la vivienda del otro**. De uno (arrendador) a recuperar su “vivienda” (*objeto concreto: bien determinado*), frente al derecho del otro (arrendatario) quien es su ocupante, quien también tiene derecho a una “vivienda” (*objeto abstracto: bien determinable*); pero no necesariamente significa que tenga derecho a esa específicamente, que es del otro.

Insistimos en garantizar el derecho a la defensa de los más débiles -o *desventajados* en el sentido que emplea Gargarella¹⁹-; pero esto no puede servir de justificación entonces, que si aquellos ya gozaron de defensa técnica a lo largo del proceso y habiendo hecho todo lo necesario para que el Estado les haya proveído de un refugio temporal dentro de su legitimidad política, luego se “revelen” frente al sistema y pretendan desconocer sus fallos. Así, evitaremos que el derecho a la vivienda se convierta en un abuso, en una excusa para burlarse de sistema. La credibilidad del sistema nos convoca a todos.

Referencias bibliográficas

- CÁRCOVA, Carlos María (1996). *Derecho, Política y Magistratura*, Editorial Biblos, 1ª ed., Buenos Aires, p. 139.
- DE LA VEGA BENAYAS, Carlos (1970). *Introducción al derecho judicial*, Monografías, Colección de Estudios Jurídicos, Editorial Montecorvo, Madrid.
- DELGADO OCANDO, José Manuel (2002). “Indeterminación hermenéutica e ideología de la interpretación”, en: *Nuevos Estudios de Derecho Procesal*, volumen I, Libro Homenaje a José Andrés Fuenmayor, Tribunal Supremo de Justicia, Colección Libros Homenaje, Nro.8, Caracas, p. 419 y ss.
- GARGARELLA, Roberto (1999). “Introducción”, en: *Derecho y grupos desaventajados*, Roberto Gargarella (Compilador), Biblioteca Yale de Estudios Jurídicos, Gedisa Editorial, Barcelona, p. 13.

19 GARGARELLA, Roberto (1999). “Introducción”, en: *Derecho y grupos desaventajados*, Roberto Gargarella (Compilador), Biblioteca Yale de Estudios Jurídicos, Gedisa Editorial, Barcelona, p.13.

- MOLINA GALICIA, René (2008). *Reflexiones sobre una visión constitucional del proceso, y su tendencia jurisprudencial. ¿Hacia un gobierno judicial?*, Ediciones Paredes, Serie Monografías, 2ª edición, Caracas, p.332.
- LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo (2008). *El derecho de los jueces*, Universidad de Los Andes, Ediciones Legis, 2ª Ed., 6ª Reimpresión, Bogotá.
- PÉREZ SALAZAR, Gonzalo (2002). "Formalismo vs. Proceso", en: *Nuevos Estudios de Derecho Procesal*, volumen II, Libro Homenaje a José Andrés Fuenmayor, Tribunal Supremo de Justicia, Colección Libros Homenaje, Nro.8, Caracas, pp. 107 y ss.
- PETIT GUERRA, Luis Alberto (2013). "Los derechos sociales mínimos y su posible constitucionalización", en: *IV Congreso Nacional de Derecho Procesal Constitucional. Los Retos del Derecho Procesal Constitucional a partir del análisis de las sentencias constitucionales*. Libro de ponencias, Colegio de Abogados de Arequipa, Asociación Peruana de Derecho Constitucional, Editorial Adrus, Perú, 2013, pp.195-209.
- PETIT GUERRA, Luis Alberto (2013). "Garantismo y activismo. ¿Contrarios o complementarios?", en: *Desafíos de la República en la Venezuela de hoy*, Homenaje al Dr. José Guillermo Andueza, tomo II, Jesús María Casal y María Gabriela Cuevas (Coordinadores), Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, pp.531 y ss.
- RIVERA MORALES, Rodrigo (2002). "Aspectos Constitucionales del proceso", en: *Nuevos Estudios de Derecho Procesal*, volumen II, Libro Homenaje a José Andrés Fuenmayor, Tribunal Supremo de Justicia, Colección Libros Homenaje, Nro.8, Caracas, p.353.
- ROSSETTI, Andrés (2010). "Algunos mitos, realidades y problemas en torno a los derechos sociales", en: *Los derechos sociales en el siglo XXI. El desafío clave para el derecho y la justicia* (Obra Colectiva), Silvina Ribotta y Andrés Rossetti (Editores), Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Debates, Nro.13, Universidad Carlos III, Editorial Dyckinson, Madrid.
- SAGÜES, Néstor Pedro (2012). "Los tribunales constitucionales como agentes de cambios sociales", en: *Direitos Fundamentais Da Pessoa Humana. Um Diálogo Latino-Americano*, Editora Alteridade, Curitiba, Brasil, pp.443-461.
- SAN JUAN ARMAS, Míriam (2004). "El poder judicial en la Constitución de la República Bolivariana de 1999", en: *El sistema político constitucional en la Constitución Bolivariana de Venezuela*, Luis

Salamanca y Roberto Viciano Pastor (Coordinadores), Fundación Centro de Estudios Políticos y Sociales (CEPS), Instituto de Estudios Políticos, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, UCV, Vadell hermanos editores, Caracas, p.437.

Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, sentencia 1309/2001, del 08 de julio (On line). Disponible: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/julio/1309-190701-01-1362.HTM>

Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, sentencia 1213/2014 del 03 de octubre (On line). Disponible: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/octubre/169300-1213-31014-2014-13-0482.HTML>

Tribunal Supremo de Justicia, Sala Plena (On line) Disponible: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/tplen/enero/160781-8-30114-2014-2013-000086.HTML>

Tribunal Supremo de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia 502/2011 del 1 de noviembre de 2011 (On line). Disponible: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scc/noviembre/RC.000502-11111-2011-11-146.HTML>

Los límites de la interpretación constitucional por parte de la Sala Constitucional

The Limits of the Constitutional Interpretation by Constitutional Room

Gonzalo Pérez Salazar*

Recibido: 12/11/14

Aprobado: 14/11/14

*Coordinador y profesor de la Especialización en Derecho
Procesal Constitucional en la Universidad Monteávila.
Director del Centro de Estudios de Derecho Procesal
Constitucional de la Universidad Monteávila. Profesor de la
Universidad Central de Venezuela y de la Escuela Nacional
de la Magistratura. Miembro del Instituto Iberoamericano
de Derecho Procesal Constitucional
Venezuela
gonpesaz2013@gmail.com

RESUMEN

El objetivo de este artículo es comparar y contrastar los límites de la interpretación constitucional que la doctrina ha propuesto con aquellos sostenidos por la jurisprudencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela. Para ello, el artículo ha sido dividido en dos partes. En la primera de ellas, se describen algunas clasificaciones de los límites a la interpretación constitucional que la doctrina foránea ha diseñado. Seguidamente, se entra al análisis de algunas sentencias líderes en materia de interpretación constitucional dictadas por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia venezolano, enmarcarlas dentro de las clasificaciones doctrinarias sobre el tema, para finalmente formular algunas críticas que sirvan de génesis a futuras disquisiciones.

Palabras clave: tribunal supremo de justicia, sala constitucional, jurisprudencia, interpretación constitucional.

ABSTRACT

The objective of this article is to compare and contrast the limits of constitutional interpretation that doctrine has proposed, with those sustained by jurisprudence from the Constitutional Court of the Venezuelan Supreme Court of Justice. To do so, the paper has been divided into two parts. First, some classifications of limits to the constitutional interpretation sustained by foreign doctrine are described. Next, some leading sentences from the Constitutional Court of the Venezuelan Supreme Court of Justice about constitutional interpretation are analyzed in the context of doctrinaire classifications on the topic. Finally, some critiques that serve to generate future debates are formulated.

Keywords: supreme court of justice, constitutional court, jurisprudence, constitutional interpretation.

1. Introducción

Con el presente trabajo me propongo contrastar los límites de la interpretación constitucional que ha propuesto la doctrina, con los impuestos por la jurisprudencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia venezolano.

Para lograr el objetivo trazado dividiré el trabajo en dos bloques. En el primero de ellos, pretendo describir algunas clasificaciones de los límites a la interpretación constitucional que la doctrina foránea ha diseñado. Seguidamente, entraré al análisis de algunas sentencias líderes en materia de interpretación constitucional dictadas por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia venezolano, enmarcarlas dentro de las clasificaciones doctrinarias sobre el tema, para finalmente formular algunas críticas que sirvan de génesis a futuras disquisiciones.

Debo reconocer que no hay consenso en la mayoría de los grandes temas que rodean a la interpretación constitucional, ya que depende de las escuelas en las que se hayan formado los tratadistas, de los sistemas de control constitucional (difuso, concentrado o mixto), del tipo de Constitución (escrita o no, flexible o rígida), de la existencia de órganos de control constitucional (tribunal, corte o sala constitucional, así como su integración o no al poder judicial), de la concepción del estado (estado de derecho, social de derecho o material de derecho), de la visión con la que aborde el tema (neoconstitucionalismo, constitucionalismo moderado, positivismo, postpositivismo, activismo, garantismo, etc.), lo que me ha obligado a trazar mis propios límites por razones de espacio y circunscribirme a un aspecto específico de este trascendental tema.

Igualmente, considero indispensable partir de la premisa de que la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999, incidió notablemente en el rol activista que han asumido los jueces como entes transformadores de la realidad social a través de la jurisprudencia, lo que es una consecuencia de la configuración del estado social de derecho y de justicia, la creación de la Sala Constitucional, el reconocimiento expreso del principio de supremacía constitucional, el carácter normativo de la Constitución, del sistema mixto de control constitucional y del carácter vinculante de las interpretaciones sobre normas y principios constitucionales por parte de la Sala Constitucional. A pesar de ese reconocimiento, el producto de la labor interpretativa del juez no puede ser arbitraria, ni contrariar la Constitución, sus principios o valores.

El profesor Atienza parte de una premisa que para mí tiene gran incidencia en el tema que nos ocupa. Así, sostiene que *“la interpretación constitucional marca los límites de posibilidad de todas las otras*

normas, establece para todos los niveles del orden jurídico la obligación de interpretar de acuerdo (o en conformidad) con la Constitución” (Atienza, 2010: 125). Partiendo de ello y a la luz del presente trabajo, hago las siguientes preguntas: si la interpretación constitucional es el límite de la interpretación de las otras normas, ¿pueden imponerse límites al límite? ¿Quién controla al controlador?

Esta discusión se ha acentuado desde mediados del siglo pasado, luego de la finalización de la segunda guerra mundial, cuando se abandonó la tesis del carácter meramente político de la Constitución y se comenzó a reconocer su carácter normativo, y con ello se dio paso de la tesis programática de los derechos, propia del estado de derecho liberal, a la garantía material de los derechos, propia del estado constitucional, social de derecho o material de derecho.

Otro factor que ha incidido notablemente en el tema de la interpretación constitucional ha sido la implementación de órganos especializados, como son los tribunales, cortes o salas constitucionales, los cuales han tenido un rol protagónico en la resolución de asuntos que antes eran considerados cuestiones políticas ajenas al control judicial, para dar el paso a un juez que no es simplemente la voz del legislador, sino que funge de agente transformador de la realidad por intermedio de la jurisprudencia (Hoyos, 1998: 37)¹.

Pero además, la sociedad exige respuestas a los problemas generados por el desfase que produce el acelerado cambio por el uso de la tecnología, la existencia de pactos internacionales sobre protección de derechos humanos (existencia de nuevos derechos como el uso de internet o ambientales) y la integración (comunitario o no), de allí que ante la lentitud del parlamento sean los jueces los llamados a ser los primeros en transformar esa realidad. Claro está, que se invierte la ecuación tradicional de que el parlamento era el primer intérprete de la Constitución y se traslade a los tribunales constitucionales supone otra discusión, cuyo génesis es la legitimidad democrática de unos jueces que no son electos popularmente frente a unos funcionarios que si lo fueron.

Por si fuera poco, las Constituciones modernas están repletas de cláusulas abiertas, de textura abierta o conceptos jurídicos indeterminados.

1 Para Hoyos, “el juez constitucional no puede alterar la forma de gobierno ni la estructura económica prevista en la Constitución. Tampoco puede desconocer la norma contenida en un texto más o menos claro. Pero la interpretación constitucional sí permite actualizar el ordenamiento constitucional sin que sean necesarias reformas frecuentes al mismo” (Hoyos, 1998: 37).

nados, que amplían el margen de discrecionalidad del juez en su interpretación.

Todos esos supuestos nos llevan a un tema crucial para la democracia moderna, cual es el de imponer límites en la interpretación constitucional, para que no se produzca el fenómeno del gobierno de los jueces, como respuesta a un estado estático frente a la realidad que lo envuelve y sobrepasa.

2. Límites de la interpretación constitucional

En este capítulo abordaré algunos límites de la interpretación constitucional propuestos por la doctrina y trataré de resumirlos, para que pueda entenderse la postura que sobre el tema tiene la Sala Constitucional venezolana y las críticas que tengo sobre el rol de ese órgano especializado.

2.1. Límites internos y externos:

Siguiendo las enseñanzas del profesor Atienza, los límites de la interpretación constitucional son internos y externos.

a) Internos:

En el primero de los supuestos, *“se trata de ver si los tribunales constitucionales -y, en general, cualquier tribunal- pueden cumplir con la función que el propio sistema jurídico parece asignarles: dictar resoluciones correctas para los casos que se les presenten, realizar la justicia a través del derecho”* (Atienza, 2010: 126).

Actualmente existe unanimidad en la doctrina respecto del tema de la función jurisdiccional que ejercen los órganos de control constitucional, lo que se traduce en un límite a su actuación, ya que sus decisiones son expresadas en verdaderas sentencias, precedidas de un razonamiento que se refleja en su debida motivación. Lejos quedó la discusión del carácter meramente político de los tribunales, cortes o salas constitucionales, pues la doctrina ha aceptado que éstos, a pesar de que puedan estar o no insertos en el poder judicial, se expresan a través de sentencias, que son el resultado de un proceso previamente establecido, deben ser coherentes, consistentes, racionales y con una alta carga argumentativa que respete incluso los precedentes, por lo que si bien sus decisiones pueden incidir en la política, como en efecto sucede, son esencialmente sentencias.

La profesora Robles, introduce una visión interesante que parte de la necesidad de mantener el contenido semántico de la Constitución, para luego criticar las posiciones que la vacían de contenido, lo que califica como de evidente *“violencia interpretativa”*. Parar ello reconoce que los textos normativos pueden variar o ser modificados,

pero que deben respetarse los contenidos mínimos, que “*se determinan por el uso general y jurídico del lenguaje y por la aplicación de las técnicas de análisis del texto, a partir de los cuales se ejerce la libertad de asignación de significado*” (Robles, 2012: 72).

b) Externos:

Cuando se refiere a los límites externos, nos lleva a un tema de amplia discusión como es el del activismo judicial y la legitimidad del intérprete, producida principalmente por la separación entre legislación y jurisdicción (Atienza, 2010: 126).

Abordar el tema del activismo y el garantismo sería desviarme del propósito del presente trabajo; no obstante considero indispensable que se tenga claro que el juez constitucional y el juez ordinario tienen un rol primordial en la protección de los derechos fundamentales, en situar a la dignidad humana como centro de discusión, por lo que para hacerlo deben actuar como verdaderos agentes de transformación social a través de sus sentencias, las cuales se convierten en fuentes de derecho. Pero para que esto se produzca debe tenerse claro que ya el silogismo no puede ser la única vía por la que el juez llegue a solucionar un asunto concreto, pues cada vez más se presentan casos donde el juez debe utilizar métodos no tradicionales de interpretación y con ello acudir a la ponderación o incluso a elementos metajurídicos.

Ya el juez no es la boca que expresa la voluntad del legislador, ese aforismo que caracteriza el estado de derecho ha sido superado por el nuevo rol que debe tener el juez en el estado constitucional, toda vez que, las interpretaciones que éste haga deben partir siempre y conforme a la Constitución, la cual, a su vez, se traduce en su primer límite. Ahora bien, si la Constitución es el primer límite del intérprete, éste debe a lo menos contrastar el principio de separación de poderes frente al de impartir justicia, para justificar cualquier sentencia que invada de alguna manera, por eso que se ha denominado la jurisdicción normativa, la esfera de actuación del parlamento.

Este debate nos sitúa en otro más complejo, producto de que los tribunales, cortes o salas constitucionales interpretan sus propias competencias y las de los demás órganos del Estado, lo que en algunos autores se convierte en “*la clave de cierre del sistema*” (Robles, 2012: 256).

2.2. Autolimitación:

Quiero comenzar por una sabías palabras del profesor Carpizo, cuando afirma que:

“...más allá de los límites que el tribunal tiene como cualquier órgano de poder, resulta muy importante que sepa autolimitarse, es decir, el self-restraint; que el activismo judicial no sea des-

bordado, que aplique con prudencia las técnicas de la interpretación constitucional, que jamás pretenda usurpar función que la Constitución atribuye a otros órganos, que siempre tenga presente que está interpretando la Constitución, no creando una filosofía o moral constitucionales” (Carpizo, 2009: 57).

En este punto, considero indispensable tener en cuenta que la característica primordial del juez constitucional debe ser la prudencia, lo que nos sitúa en una esfera ética de la actuación, vinculada a sus enormes responsabilidades y los pocos controles a los que está sometido. Acerca de la prudencia con la que debe actuar el juez constitucional, considero que resulta indispensable sopesar que las posiciones que adopten en determinado fallo perduren el mayor tiempo posible y logren ser respetados como precedentes, sin que por ello suponga que no puedan ser abandonadas por otras que se adapten a la realidad social, cultural, económica o política que impere, claro está con la debida motivación que justifique ese *“overruling”*.

Considero además que el juez constitucional debe ser autónomo e independiente y para lograrlo debe ser estable y no provisional, pues con ello se evitan las presiones normales ante situaciones delicadas que estén siendo sometidas a su conocimiento.

Pero además, las sentencias del juez constitucional deben estar sujetas a una suerte de control posterior del ciudadano, quien en definitiva es el receptor de la misma, por lo que deben idearse mecanismos de apertura a discusiones sobre las bondades o retrocesos logrados con esa decisión y no crearse delitos o sanciones a aquellos que critican la jurisprudencia.

2.3. Límites vs poder ilimitado:

Para Balaguer:

...la Constitución no es un cuerpo dogmático cerrado que se impone como una verdad revelada y única sobre el conjunto de los operadores jurídicos, sino el resultado de un proceso de conciliación de intereses que se desarrolla y extiende para renovar, de manera constante esa conciliación y pacificación social... (Balaguer, 1997: 24).

Tras reconocerlo, alude a tres límites, a saber: el poder constituyente, la reforma de la Constitución y las mutaciones constitucionales.

a) Impuestos por el poder constituyente:

En cuanto al poder constituyente, sostiene que el límite de la actividad interpretativa es el propio pacto social y el proceso de formación de esa voluntad, *“porque al intérprete no le está permitido rebasar*

las posibilidades que le ofrece el texto, por encima del texto mismo. Si las rebasa, deja de realizar interpretación constitucional para entrar en el terreno de la ilegitimidad constitucional” (Ibíd: 25-26).

Si se hubiese impuesto esa tesis en el caso venezolano, la Constitución de 1999 no existiría, puesto que refundó las bases de un nuevo estado social de derecho y de justicia, partiendo del poder soberano del pueblo como constituyente originario.

b) Impuestos por el texto normativo:

El segundo límite está referido a la diferenciación entre poder constituyente y poder constituido, lo que hace suponer que los segundos estén sometidos a la Constitución, como consecuencia del principio de supremacía constitucional y en ejercicio de su carácter normativo, *“que obliga a asumir el texto constitucional como límite mismo de la actividad interpretativa” (Ibíd: 32).*

c) Impuestos al propio intérprete:

En lo atinente a la mutación constitucional, producto de aquellas interpretaciones que los órganos especializados utilizan, comienza por contrastar la rigidez constitucional con otros elementos como la complejidad del ordenamiento, la integración en el ámbito interno del derecho supranacional, la generalidad de los preceptos constitucionales y la actividad política, para referir que ésta se produce como una necesidad política, por los cambios en el funcionamiento o desuso de las competencias de los órganos constitucionales.

A diferencia de la reforma constitucional, en la mutación no se produce una modificación constitucional, sino que *“se enmarca en el propio continuum interpretativo al que se someten todas las normas”*, el cual, a veces puede ser el resultado de *“interpretación imperceptible (Ibíd: 34)²*. Refiere además que, *“la mutación expresa así, los cambios en los principios básicos de la sociedad y tiene por tanto, un sentido dinámico, con el que pretende significar que la realidad social es mutable, y que por tanto, las normas han de adaptarse al tiempo en que han de ser aplicadas”*, sosteniendo que los límites de la mutación están en no desnaturalizar los contenidos materiales de la Constitución, de *“modo que el pacto social pueda quedar desvirtuado, y no res-*

2 Continúa la señalada autora afirmando que, “cuando se trata de un texto, reinterpretado por una nueva realidad socio-política, que ha destacado otro sentido de la letra escrita, el problema se convierte en una cuestión de límites de la mutación, y revierte así a la cuestión general, de hasta donde puede forzarse un texto, sin incurrir en un exceso interpretativo. Esto es, a identificar los límites de la mutación constitucional con los límites de la actividad interpretativa en cuanto a la obligación de respetar el texto que es objeto de interpretación” (Ibíd).

ponda con una mínima aproximación a las expectativas sociales de las fuerzas políticas que las acordaron” (Ibíd).

En Venezuela, la Sala Constitucional ha utilizado la acción de interpretación constitucional como un mecanismo de mutación constitucional al dictar sentencias manipulativas que establecen el alcance y contenido de un texto que a su entender no es claro o debe adecuarse a las exigencias sociales, culturales, políticas, económicas, etc. (Carpizo, 2009: 60).

2.4. Expresos o implícitos

a) Expresos:

Para el profesor Carpizo, *“los límites expresos son aquellos principios que la propia Constitución señala, sin ambigüedad alguna, en forma explícita y directa, que son intocables, que no se pueden reformar ni alterar”* (Ibíd), a las que se les denomina cláusulas pétreas por ejemplo el artículo 139 de la Constitución Italiana que prohíbe modificar la forma republicana.

b) Implícitos:

De otro lado, *“los límites implícitos son aquellos a los cuales la Constitución no se refiere de maneras expresa, pero que pueden inferirse de su núcleo legitimador, básicamente de los principios y valores que la construyen y sostienen”* (Ibíd: 65-67). Por ejemplo, no se puede suplantarse la división de poderes por una concentración de poderes, pero si redistribuir sus funciones, es decir, *“el poder revisor no puede tocar el principio o valor fundamental, su forma sí”*. Esta limitación está íntimamente ligada al punto 2.5 del presente trabajo, referido a los valores constitucionales, pero además es utilizada para explicar aquellas esferas que no pueden ser tocadas en las reformas constitucionales.

2.5. De cómo los valores y los principios sirven de límites a la interpretación

Es común observar cómo al abordar el tema de los límites de la interpretación constitucional se reitera, casi sin mayor justificación, que estos están en la propia Constitución y que en caso de dudas en los valores y principios que la inspiran (Ríos, 2004: 177)³. Sin embar-

3 Para esta autora el límite del juez constitucional está “en el propio Texto normativo Fundamental, en los valores y en los principios, que pueden alcanzarse a través de la interpretación como mecanismo regulador de la labor jurisdiccional” (Ibíd).

go, al momento de trazar esa frontera axiológica es que se presentan los mayores contratiempos, lo que ha supuesto abandonar las tesis clásicas, de la interpretación gramatical o auténtica, para dar paso a otras que permitan romper ese desfase entre la norma y la realidad, por ello de que las disposiciones constitucionales tienen vocación de perdurar en el tiempo.

En un extraordinario trabajo, el profesor Díaz Revorio resalta el carácter ambivalente de los principios y valores en la interpretación constitucional, pues *“amplían las opciones interpretativas, y señalan el margen o límite de las mismas”*. Respecto de esos límites a la discrecionalidad del intérprete, el autor propone cuatro *“cautelas”* que, a su vez, constituirían una fuente de legitimidad de las decisiones (Díaz Revorio, 1997: 364-370):

- a. Nunca puede perderse la conexión con el texto constitucional, *“de forma que la decisión final mantenga una clara relación con los valores constitucionales, esto es, pueda reconocerse como fundamentada en una concepción o definición de los mismos”*.
- b. Como consecuencia de la anterior, *“el Tribunal no puede crear nuevos valores sustantivos no explícitamente mencionados en el texto constitucional”*.
- c. Cuando se trate de valorar la constitucionalidad de una decisión del legislador, ésta debe considerarse acorde con el texto fundamental siempre que esté entre las varias soluciones que el mismo permite (carácter político y naturaleza natural).
- d. La decisión debe ser motivada, ya que a través del proceso lógico-jurídico, razonado, es que deriva su legitimidad, lo que en propias palabras del autor la motivación *“permite el control de la decisión por el pueblo”*.

A pesar del enorme esfuerzo que hace el profesor Díaz Revorio de presentarnos unas *“cautelas”* a la hora de tener que interpretar valores o principios, se presentan problemas hasta ahora irresolubles, ya que no hay siquiera unanimidad en la definición, diferencia e interpretación de éstos. Sin embargo, debo remarcar ese notable aporte, con el cual comulgo en su mayoría.

Entre otros problemas derivados del carácter axiológico de las Constituciones modernas está en que algunos valores han sido positivizados, como por ejemplo sucede con los artículos 1 y 2 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela⁴ y otros son inmanentes a las raíces histórico-culturales del pueblo venezolano. No obstante la positivización de los valores en la Carta Magna, existe una jerarquización no explicada entre ellos, por ejemplo, el ar-

título 1 alude a los valores y el artículo 2 a los valores superiores, con lo cual pareciera que existen unos que están por encima de otros.

El profesor Guastini, al exponer los argumentos que explican la tesis de la especificidad de la interpretación constitucional, resalta que si bien *“los textos constitucionales son diferentes de cualquier otro texto jurídico por su contenido normativo, ya que no se limitan a formular reglas, sino que establecen principios y/o proclaman valores”* (Guastini, 2010: 55-56), estos valores y principios pueden estar expresados indistintamente en leyes ordinarias o en el Texto Fundamental. En tal sentido, de una lectura de las leyes que han sido dictadas estos últimos años en Venezuela, se evidencian artículos que se encargan de enunciar los valores o principios que se pretenden proteger en ellos, por ejemplo, los principios enunciados en el artículo 2 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

Otro límite en la interpretación de los valores está dado por el valor normativo del preámbulo de la Constitución, sobre lo cual el profesor Guastini nos enseña, que existen de posturas distintas. La primera de ellas está referida a un problema dogmático más que interpretativo del preámbulo, por tener un carácter axiológico y no jurídico. La segunda apunta más al valor normativo de todo el texto constitucional, en que lógicamente se encuentra el preámbulo. Concluye el autor que ese remarcado carácter axiológico conduce a un problema más dogmático que interpretativo (Ibíd: 95-96)⁵.

Acerca de la discrecionalidad que genera en el intérprete la valorización de la Constitución, el profesor Ferrajoli señala que esos valores funcionan como *“esfera de lo decidible”*, es decir, limitan la discrecionalidad de los poderes y su interpretación debe ser coherente con la Constitución (Ferrajoli, 2009: 66).

4 Los citados artículos de la Constitución de 1999, prevén: Artículo 1. “La República Bolivariana de Venezuela es irrevocablemente libre e independiente y fundamenta su patrimonio moral y sus **valores** de libertad, igualdad, justicia y paz internacional en la doctrina de Simón Bolívar, el Libertador.

Son derechos irrenunciables de la Nación la independencia, la libertad, la soberanía, la inmunidad, la integridad territorial y la autodeterminación nacional.

Artículo 2. Venezuela se constituye en un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia, que propugna como **valores superiores** de su ordenamiento jurídico y de su actuación, la vida, la libertad, la justicia, la igualdad, la solidaridad, la democracia, la responsabilidad social y en general, la preeminencia de los derechos humanos, la ética y el pluralismo político”. (Resaltado mío)

5 Puede ampliarse el carácter axiológico del preámbulo de la Constitución, en la sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, N° 85 del 24 de enero de 2002, caso: *Asodeprivilara*.

2.6. De cómo no debe ser interpretada la Constitución:

Para los profesores Norteamericanos Tribe y Dorf, graduados en la prestigiosa Harvard Law School, existen tres “formas” de cómo no debe ser interpretada la Constitución.

a) Originalista:

La primera de ellas está referida al cuestionamiento de la interpretación originalista como única “forma” de hacerlo, por cuanto se requiere *“mucho más que descubrir pasivamente un significado fijo dado tres generaciones atrás”*, lo que conduciría a perder *“todo tipo de legitimidad si sólo fuera un espejo para las ideas e ideales de los intérpretes”*, a los que se refiere como *“primeros autores”* (Tribe y Dorf, 2010: 51).

A través de este supuesto, destacan los efectos negativos de interpretar la Constitución partiendo únicamente de lo que quisieron decir sus autores originales, pues los cambios que la sociedad ha dado son tan vertiginosos que no podrían adaptarse a las modernas concepciones del derecho mismo y a las necesidades reales de sus recipiendarios. Un ejemplo claro sería interpretar el derecho al voto utilizando el texto original y los diarios de debate de la constituyente, sin tener en cuenta que el mismo actualmente es universal.

b) Desintegrada:

La segunda forma es la interpretación *“des-integrada”* que se presenta cuando *“queremos darle una aproximación a la Constitución de forma tal que ignore el hecho saltante de que las partes están relacionadas y forman un todo –que es la Constitución– y no solamente un grupo desconectado de cláusulas separadas y provisiones con historias separadas que deben ser interpretadas”* (Ibíd: 59)⁶.

Este tipo de forma está íntimamente ligada a la necesidad de interpretar la Constitución *in totum*, esto es, como un todo, con lo cual la interpretación debe tomar en cuenta la totalidad del texto y no hacerlo de forma aislada o desconectada.

c) Hiper-integración:

La tercera forma alude a la interpretación de *“híper-integración”*, que se presenta cuando *“se ignore el hecho no menos importante de que*

6 Estos autores citan como ejemplo de esta falacia interpretativa la posición del Juez Burger, al sostener que cuando la Quinta Enmienda la Constitución Norteamericana, referida a que *“ninguna persona (...) será privada de su vida, libertad o propiedad sin el due process of law”*, permitía que si se seguía ese debido proceso una persona podía ser privado de su vida, justificando así la pena de muerte.

este todo contiene distintas partes, las mismas que fueron, en algunos casos, agregadas en distintas épocas históricas; partes que fueron favorecidas y opuestas por grupos muy dispares; partes que reflejan premisas muy definidas y con frecuencia radicalmente incompatibles” (Ibíd: 59)⁷.

Con esta forma, los autores proponen que la interpretación no debe limitarse al texto original, sino que debe hacerse tomando en cuenta las enmiendas e interpretaciones que han realizado a lo largo de la vigencia de la misma, claro está, esa postura es lógica si se tiene en cuenta que fue dictada en 1787 y que la última de sus 27 enmiendas fue dictada en 1992.

3. La Sala Constitucional como máximo y último intérprete de la Constitución

3.1. Jurisprudencia emblemática de la Sala Constitucional en materia de interpretación constitucional:

a. Debo comenzar por citar la sentencia de la Sala Constitucional N° 833 del 25 de mayo 2001, caso: *Instituto Autónomo Policía de Chacao*, que resolvió la acción de amparo constitucional ejercida contra la sentencia dictada el 8 de junio de 2000, por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, bajo un errado argumento de imposibilidad del juez ordinario de desaplicar normas fundadas en principios constitucionales o interpretaciones efectuadas por éstos, que a la letra expresa:

“Fuera de la Sala Constitucional, debido a las facultades que le otorga el artículo 335 de la Constitución vigente, con su carácter de máximo y última intérprete de la Constitución y unificador de su interpretación y aplicación, no pueden los jueces desaplicar o inaplicar normas, fundándose en principios constitucionales o interpretaciones

7 Los autores citan como ejemplo de esta falacia interpretativa, el problema que tendría la Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica para revertir las decisiones de 1989 y 1990 sobre la quema de banderas y una posible enmienda que permita a los gobiernos federales y estatales imponer sanciones criminales a quienes lo hagan, surgiendo así una enmienda sumada a la primera enmienda de la Constitución, lo que resume que “la necesidad de consistencia doctrinal no le da poder a la Corte Suprema de ignorar el texto o el propósito innegable de una enmienda debidamente promulgada. Aun así la tarea es difícil, la Corte Suprema tendría que, por un lado, establecer delimitaciones entre la expresión protegida y, por el otro, la profanación de la bandera desprotegida” (Ibíd).

motu proprio que de ellas hagan, ya que el artículo 334 comentado no expresa que según los principios constitucionales, se adelante tal control difuso. Esta es función de los jueces que ejercen el control concentrado, con una modalidad para el derecho venezolano, cual es que sólo la interpretación constitucional que jurisdiccionalmente haga esta Sala, es vinculante para cualquier juez, así esté autorizado para realizar control concentrado” (Resaltado mío).

b. En este orden de ideas, resulta pertinente traer a colación la sentencia de la Sala Constitucional N° 1.309 del 19 de julio de 2001, caso: *Hermann Escarrá*, con ponencia del maestro José Manuel Delgado Ocando, en la cual, resolvió la “Acción de Interpretación Constitucional, respecto al alcance, interpretación uniforme y aplicación de las normas contenidas en los artículos 57 y 58 de la Carta Magna, referidos a los derechos a la libre expresión, a la información, de réplica y de rectificación”, haciendo referencia la Constitución y la teoría de interpretación jurídica, en los términos siguientes:

*“La interpretación constitucional hace girar el proceso hermenéutico alrededor de las normas y principios básicos que la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela ha previsto. Ello significa que la protección de la Constitución y la jurisdicción constitucional que la garantiza exigen que la interpretación de todo el ordenamiento jurídico ha de hacerse conforme a la Constitución (ver- fassungskonforme Auslegung von Gesetze). Pero esta conformidad requiere el cumplimiento de varias condiciones, unas formales, como la técnica fundamental (división del poder, reserva legal, no retroactividad de las leyes, generalidad y permanencia de las normas, soberanía del orden jurídico, etc.) [Ripert. *Les Forces créatrices du droit*, Paris, LGDJ, 1955, pp. 307 y ss.]; y otras axiológicas (Estado social de derecho y de justicia, pluralismo político y preeminencia de los derechos fundamentales, soberanía y autodeterminación nacional), pues el carácter dominante de la Constitución en el proceso interpretativo no puede servir de pretexto para vulnerar los principios axiológicos en que descansa el Estado constitucional venezolano. Interpretar el ordenamiento jurídico conforme a la Constitución significa, por tanto, salvaguardar a la Constitución misma de toda desviación de principios y de todo apartamiento del proyecto político que ella encarna por voluntad del pueblo.*

Esto quiere decir, por tanto, que no puede ponerse un sistema de principios, supuestamente absoluto y suprahistórico, por encima de la Constitución, ni que la interpretación de ésta llegue a contrariar la teoría política propia que la sustenta. Desde este punto de vista habrá que negar cualquier teoría que postule derechos o fines absolutos y, aunque no se excluyen las antinomias intraconstitucionales entre normas y entre éstas y los principios jurídicos (verfassungswidrige Ver- fassungsnormen) [normas constitucionales inconstitucionales] la interpretación o

integración debe hacerse *ohne Naturrecht* (sin derecho natural), según la tradición de cultura viva cuyos sentido y alcance dependan del análisis concreto e histórico de los valores compartidos por el pueblo venezolano. Parte de la protección y garantía de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela radica, pues, en una perspectiva política *in fieri*, reacia a la vinculación ideológica con teorías que puedan limitar, so pretexto de valideces universales, la soberanía y la autodeterminación nacional, como lo exige el artículo 1° *eiusdem*" (negritas propias).

c.- En la sentencia N° 2152 del 14 de noviembre de 2007, caso: *Antonio Ledezma*, la Sala Constitucional declaró sin lugar el recurso de nulidad intentado contra el artículo 192 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, que regula "la transmisión gratuita de mensajes o alocuciones oficiales", partiendo del siguiente análisis axiológico de la interpretación constitucional:

"Así, la Constitución como expresión de la intención fundacional y configuradora de un sistema entero que delimita y configura las bases jurídico-socio-políticas de los Estados, adquiere valor normativo y se constituye en lex superior, lo cual imposibilita la distinción entre artículos de aplicación directa y otros meramente programáticos, pues todos los preceptos constituyen normas jurídicas directamente operativas, que obligan a las leyes que se dictan a la luz de sus principios a respetar su contenido esencial.

Con ello, la eficacia organizatoria inmediata de la Constitución, sobre la cual se configuró tradicionalmente el valor normativo de la Constitución, da paso a una supremacía sustentada en el hecho de que la interpretación normativa debe realizarse a la luz de los principios y reglas constitucionales, lo cual ha dado lugar al denominado proceso de constitucionalización de las leyes donde la tarea interpretativa debe guardar concordancia con la Constitución.

(...omissis...)

De tal manera, que el intérprete debe armonizar la expresión jurídica legal o sub legal con el Texto Fundamental. Este planteamiento no es sólo una máxima aceptada por la mayoría de la doctrina constitucional, sino que se encuentra recogida en los artículos 7, 25, 131, 137 y 335, del Texto Fundamental, en donde se desarrolla el carácter normativo de la Constitución, a tenor del cual, sus disposiciones se incluyen en el ordenamiento jurídico como preceptos de directa aplicación que vinculan tanto a los ciudadanos como especialmente al Estado, en el desarrollo de los principios rectores que le sirven de base al sistema jurídico-político.

(...omissis...)

Así, de acuerdo al principio de supremacía constitucional que como vemos, se encuentra vigente en nuestro ordenamiento jurídico, toda manifestación de autoridad del Poder Público debe seguir los imperativos o coordenadas trazadas en la norma normarum, como un efecto del principio de interpretación conforme a la Constitución y de la funcionalización del Estado a los valores que lo inspiran” (Resaltado mío).

3.2. Críticas a la posición de la Sala Constitucional:

Como quiera que toda investigación debe contener un aporte, logrado a través de la demostración de su objeto, pretendo en este capítulo aterrizar aquellas disquisiciones doctrinarias, planteadas en las líneas iniciales sobre los límites de la interpretación constitucional, en la realidad venezolana, tal cual la presenta su Sala Constitucional, en algunas sentencias que considero claves para su comprensión.

En primer lugar, debo criticar la sentencia de la Sala Constitucional N° 833 del 25 de mayo 2001, caso: *Instituto Autónomo Policía de Chacao*, por ser limitativa, contradictoria e incluso contraria a la propia Constitución.

En ese orden de ideas, considero que la aludida sentencia es limitativa e inconstitucional –y con ello rememoro aquel extraordinario libro titulado *¿Normas constitucionales inconstitucionales?* de Otto Bachof– pues el artículo 334 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela es claro al establecer un mandato al juez ordinario de asegurar su integridad, mediante el ejercicio del control difuso de la constitucionalidad, lo que supone aplicar preferentemente la Carta Magna en caso de incompatibilidad con la ley. Ahora bien, ¿cómo puede cumplir ese mandato el juez ordinario si no puede interpretar principios constitucionales?, es que acaso ¿existe alguna norma que expresamente se lo impida?. Para mí las dos respuestas son obvias, pues se extraen de la simple lectura de la Constitución, es un mandato claro, que en mi criterio no genera duda, por lo que no existe restricción alguna para que el juez cumpla con su obligación de interpretar la Constitución, y en esta operación por supuesto están las normas, reglas, valores y principios en ella contenidos. Por ejemplo, si utilizamos esa tesis, cómo resolvería el juez tributario la incompatibilidad de una norma que cree un tributo reservado al Poder Nacional, si no puede interpretar el principio de reserva legal y de legalidad tributaria.

Es limitativa, ya que impone una restricción de los sujetos que pueden interpretar la Constitución, abrogándose la propia Sala Constitucional un monopolio que no detenta. Si bien es cierto que es innegable el efecto vinculante de las sentencias dictadas por la Sala Constitucional en materia de interpretación de principio y valores constitucionales, ello no excluye que otros sujetos puedan interpretarla, por lo que este órgano especializado no es el único custodio de la Constitución.

Pero además, la sentencia anterior es contradictoria, pues confunde la labor interpretativa de todos los jueces con los controles de constitucionalidad. En efecto, si tenemos en cuenta que el sistema de control constitucional venezolano es mixto, es decir, coexisten el control concentrado en cabeza de un órgano especializado (aunque no es el único) y el control difuso en cabeza de todos los jueces de la República incluyendo a ese órgano especializado en materia de justicia constitucional, podemos llegar a la conclusión de que sería materialmente imposible que los jueces puedan ejercer esa obligación de salvaguardar la integridad constitucional si se les impide ejercer interpretaciones propias, ello atentaría contra uno de los valores superiores del estado, a saber, dictar un fallo justo y atentaría de forma directa con el principio de supremacía constitucional, sobre el cual se ha gestado toda esta nueva tendencia de que la labor interpretativa debe partir de la norma fundamental.

Las otras dos decisiones -una más elaborada que otra por razones de autoría- reconocen varios elementos que son destacados por novedosas tendencias doctrinarias expresadas en el neoconstitucionalismo, destacando así: i) la supremacía constitucional, ii) el carácter normativo de la Constitución y de allí la inexistencia de normas programáticas; iii) el carácter axiológico, donde algunos valores están positivizados y otros no; iv) constitucionalización del ordenamiento jurídico; v) la interpretación de todo el ordenamiento debe hacerse conforme y desde la Constitución; vi) reconocer en la interpretación valores históricos del pueblo venezolano; vii) reconocer aspectos materiales y axiológicos (formales) de la interpretación; viii) salvaguardar a la Constitución de las desviaciones de principios y de toda separación de la voluntad del proyecto político escogido por el pueblo.

Como critica a la jurisprudencia de la Sala Constitucional sostengo que es en el autocontrol, autolimitación o *self restraint*, donde se puede encontrar un límite ético o deontológico a la interpretación constitucional. En efecto, esa autolimitación estaría precedida de una escogencia de magistrados que cumplan con todos los requisitos constitucionalmente exigidos para serlo, dotados de estabilidad, pero además, que sean constitucionalmente sensibles y por sobre todas las cosas sean prudentes, es decir, que entiendan que por sus amplias responsabilidades pueden darle un giro a la política en un momento determinado, con resultados muy positivos o muy negativos para incluso aquellos que no los comparten y, por sobre todas las cosas no impongan lo que históricamente se conoce como “*el gobierno de los jueces*”.

Considero además, que el carácter axiológico de la interpretación constitucional (ante la existencia de disposiciones de textura abierta), no puede conducir a una patente de corso al intérprete para elegir un significado cualquiera de una disposición constitucional, por el contrario, no puede en ningún momento vaciarla de contenido, ni mucho menos

interpretarla aisladamente del resto de la Constitución o de otras disposiciones legales, de allí que deba hacerse *in totum*.

En mi criterio, existe una crisis del parlamento, expresada en la tardanza de dar respuestas a las exigencias de la sociedad (en el caso venezolano, la legislación del ejecutivo vía ley habilitante), producto quizás de la propia dinámica parlamentaria o falta de consensos necesarios, lo que ha contribuido a que el juez adquiriera un rol activo en la creación de derecho a través de sus decisiones, las cuales, en la mayoría de las veces son generadores de cambios que luego son positivizados en leyes o incluidos en el catálogo de sentencias vinculantes de la Sala Constitucional. No obstante, ese rol activista del juez, no puede convertirse en una discrecionalidad absoluta. Para evitar esa discrecionalidad, el juez debe argumentar su decisión, debe superar un test mínimo de constitucionalidad, debe solucionar ese caso concreto, por lo que debe ser ponderado, coherente y prudente en su decisión.

Pienso que no debe limitarse la interpretación a los métodos tradicionales, sino incluir a la ponderación como fórmula de resolución de casos difíciles, trágicos o complicados que son sometidos a su conocimiento y en los cuales está presente una colisión de principios que no puede convertirse en una excusa para no decidir, pues insisto, un valor superior del Estado es la justicia y sólo se logra impariéndola. Esto no quiere decir que deba dejarse a un lado los elementos gramatical, histórico, lógico o evolutivo, sino que, para lograr concretizar ese valor justicia, debe acudirse a cualquier método –aunque sea metajurídico– y reconocer que la sociedad exige respuestas concretas y los cambios no pueden sobrepasar a quienes en sus manos tienen esa responsabilidad, en este caso el juez ordinario o el juez constitucional como intérpretes de la Constitución.

Finalmente, considero que un límite a la interpretación constitucional debe ser el necesario respeto a los pactos internacionales sobre derechos humanos, ello a pesar de que recientemente se haya denunciado la Convención Americana suscrita en San José de Costa Rica, pues la tendencia es trasladar las interpretaciones realizadas por los órganos competentes al orden interno, por intermedio del control de convencionalidad.

4. Conclusiones

Luego del desarrollo del trabajo, extraigo las siguientes conclusiones:

No existe una clasificación única en materia de límites a la interpretación constitucional, como no existe consenso en la mayoría de sus temas trascendentales.

Es una frase común sin mayor explicación la de justificar los límites de la interpretación constitucional en la propia constitución y en caso de dudas en los valores y principios que la aspiran.

Actualmente puede decirse que la Constitución configura un sistema axiológico que incorpora una filosofía social, política y jurídica, que sirve como génesis de la concepción del Estado, por lo que la interpretación no debe estar ajena a esa alta carga valorativa.

La Sala Constitucional se ha equivocado al imposibilitar que el juez ordinario pueda asegurar la integridad constitucional mediante la interpretación de principios constitucionales, pues olvida que es una obligación directa, que deriva con claridad del artículo 334 del texto fundamental.

El juez ordinario y constitucional detentan un rol protagónico en la transformación de la realidad social, a través de sus decisiones, las cuales deben partir de una interpretación conforme a la Constitución. Lo anterior no quiere decir que el juez es absolutamente discrecional o va a invadir esferas de otros poderes públicos, los límites a ello están en el deber de motivar la decisión, ser coherente, prudente y sensible constitucionalmente, para no vaciar de contenido la norma o cambiarle el sentido a una norma que debe interpretarse en el contexto y con la totalidad del ordenamiento jurídico del cual forma parte.

Referencias bibliográficas

- ATIENZA, Manuel (2010). *Interpretación Constitucional*. Universidad Libre. Colombia.
- BALAGUER CALLEJÓN, María Luisa (1997). *Interpretación de la Constitución y Ordenamiento Jurídico*. Tecnos. Madrid, España.
- CARPIZO, Jorge (2009). *El Tribunal Constitucional y sus Límites*. Editora y Librería Jurídica Grijley. Perú.
- DÍAZ REVORIO, Francisco Javier (1997). *Valores Superiores e Interpretación Constitucional*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid.
- FERRAGOLI, Luigi (2009). *Garantismo*. 2da. Edición. Trotta.
- GUASTINI, Ricardo (2010). *Teoría e Ideología de la Interpretación Constitucional*. Minima Trotta, 2da Edición. Madrid.
- HOYOS, Arturo (1998). *La Interpretación Constitucional*. Temis. Bogotá, Colombia.
- PÉREZ SALAZAR, Gonzalo (2014). *La acción de interpretación y sus efectos manipulativos. Reflexiones en torno al Derecho Procesal Constitucional. Dialéctica y Diálogo jurisprudencial: presente y futuro*.

- Centro Colombiano de Derecho Procesal Constitucional. Editorial Escripto SAS. Bogotá.
- RÍOS, Desirée J. (2004). *La Acción de Interpretación Constitucional*. Revista del Tribunal Supremo de Justicia N° 13. Caracas, Venezuela.
- ROBLES CORREAL, Gloria Alcira (2012). *El Control Constitucional y sus Límites*. Ibañez, Colombia.
- TRIBE, Laurence H. y DORF, Michael (2010). *Interpretando la Constitución*. Palestra Editores. Perú.

La no discriminación remunerativa
(salarial) como garantía de igualdad
y equidad en el derecho del trabajo
*Non-Discriminatory Remuneration
(Salary) as a Guarantee of Equality
and Fairness in Labor Law*

Martha Coromoto Montilla García*

Recibido: 16/02/2014

Aprobado: 28/05/2014

*Abogado y Magísters Scientiarum en Derecho Laboral y Administración
del Trabajo, egresada de la Universidad del Zulia.

Docente en la Universidad Rafael Bellosó Chacín, Maracaibo Estado Zulia
Venezuela

marthamontilla@cantv.net - mcmontilla@urbe.edu.ve

RESUMEN

La incorporación en el ordenamiento jurídico positivo venezolano de la prohibición de toda conducta o acto que genere discriminación que tenga por razón de ser el sexo, la raza, los credos, las opiniones político-filosóficas o condición social, obliga a introducir tales situaciones a la defensa y garantía de los derechos del trabajador, prohibición que igualmente está consagrada en convenios internacionales asumidos y ratificados por la legislación venezolana. La discriminación en las relaciones de trabajo colisiona con los valores de la igualdad y la equidad, llegando a perjudicar el clima ético. La discriminación salarial en la relación de trabajo está determinada por el hecho que exista un trabajo que sea ejecutado por varios trabajadores/as de iguales condiciones y de igual categoría, y que el mismo requiera de una serie de capacidades y habilidades comunes a todos ellos, pero que a su vez se haga distinción entre unos y otros, sugiriendo la inclinación del empleador/a de favorecer a unos trabajadores/as y a otros no; para que finalmente la distinción que se ha ejecutado no sea por aspectos de eficiencia en el trabajo ni cualidades del trabajador. El empleador al momento de favorecer a unos trabajadores/as sobre otros, lo hace tomando en consideración motivos ajenos a talentos y productividad en el empleo. Para ello, toma en cuenta aspectos discriminatorios no considerados dentro del talento que posea el trabajador/a. Ante las realidades de salarios desiguales, es perentorio determinar las causas a las cuales puede sujetarse, pero si comprueba que las mismas obedecen a criterios objetivos y no subjetivos del empleador/a no puede catalogarse arbitrariamente de discriminación salarial.

Palabras clave: Discriminación, Igualdad, Equidad, Remuneración, Salarios desiguales.

ABSTRACT

The incorporation in the Venezuelan positive legal ordinance of prohibiting all conduct or act that generates discrimination for reasons of sex, race, creed, political-philosophical opinion or social condition, creates an obligation to introduce such situations in the defense and guarantee of workers' rights, a prohibition that is also consecrated in international treaties assumed and ratified by Venezuelan legislation. Discrimination in labor relations collides with the values of equality and fairness, damaging the ethical climate. Wage discrimination in the work relationship is determined by the fact that a job exists that is executed by several workers of equal conditions and category, and that the same requires a series

of capacities and abilities common to all of them, but at the same time, distinction is made between one or another, suggesting the employer's inclination to favor some workers over others; so that finally, the distinction that has been executed is not due to aspects of work efficiency nor qualities of the worker. When favoring some workers over others, the employer considers reasons other than the worker's talents and productivity on the job. To do this, the employer takes into account discriminatory aspects not related to the talents a worker has. In the light of wage inequality, it is imperative to determine the causes to which it can be subject; however, if it is proven that these inequalities obey objective and not subjective criteria of the employer, they cannot be catalogued arbitrarily as wage discrimination.

Key words: discrimination, equality, fairness, remuneration, unequal wages.

1. Cuestiones Generales

El derecho del trabajo cobija un principio universal como lo es "a trabajo igual, salario igual", constituyéndose éste como garantía de igualdad y no discriminación por concepto alguno, es decir, ni por género, raza, credo, ideología, condición social, entre otros. Tal principio ha adquirido constitucionalmente un carácter de derecho humano fundamental, protegido e inherente a la relación laboral, evidenciando que la discriminación salarial atenta contra la igualdad y la equidad, implicando ello, que cuando se presenten realidades de trabajo iguales y se dé un trato jurídico diferente habrá de proclamarse el referido principio.

Las perspectivas de salarios distintos, son factibles que surjan cuando la diferenciación sea razonada en función de la calidad y cantidad del trabajo, y esta debe ser objetiva y rigurosamente probada por el empleador/a, estableciendo para ello, criterios que deben ser utilizados conjuntamente para que permitan la transparencia en la determinación de las ponderaciones retributivas, a los fines de excluir cualquier sospecha de factores que tengan influencia determinante en la desigualdad remunerativa.

Toda remuneración no sólo debe tenerse como la contraprestación del trabajo efectuado, sino que el mismo, ha de ser adecuada al esfuerzo que implica la tarea cumplida por el trabajador/a, así como a su preparación, experiencia y conocimientos y al tiempo durante el cual vincule su potencia de trabajo a los fines que interesen al patrono/a. Ello implica que el empleador/a no puede fijar de manera arbitraria los salarios de sus empleados/as, preferir o discriminar a algu-

nos de ellos, en tanto que todos deben hallarse en igualdad de condiciones, y esa igualdad debe comprender el valor del trabajo, que es un elemento importante para captar la razonabilidad o no de una diferencia remunerativa.

La valoración del trabajo ha de garantizarse y exigirse, de modo tal, que evidencie que se han aplicado criterios de evaluación neutros, que garanticen la igualdad de condiciones de todos los trabajadores/as, salvo que, por circunstancias excepcionales y por razón de la específica naturaleza del trabajo, se requieran criterios diversos para la referida evaluación; todo ello porque la prohibición de discriminación en materia remunerativa también se ignora cuando se produce una hipervaloración de trabajos en los que sólo han sido tomados en consideración algunos rasgos inherentes a trabajadores/as en detrimento de otros, sólo a efectos salariales.

El esfuerzo físico que realice el trabajador/a en la ejecución de su actividad, constituyen rasgos de la actividad humana que pueden proyectarse sobre una determinada labor, y pueden ser tomados en consideración en ciertas oportunidades, pero no son garantía de neutralidad, por el diverso impacto que puede producir en los individuos de uno u otro sexo, requiriendo para ello, que los órganos judiciales estimen las alegaciones y pruebas, que en este sentido, alegue la parte que pretenda defender su virtualidad para justificar una diferencia salarial.

En virtud de lo expuesto, sólo sería posible la admisión de criterios de tal naturaleza si se acreditase de forma indubitada que el esfuerzo físico, constituye un elemento determinante absoluto de la aptitud para el desarrollo del trabajo, o bien que se trate de un elemento esencial en ésta, siendo preciso, aún en estos casos, que se combine con otros rasgos tipificadores neutros.

Establecer una diferenciada retribución salarial por categorías, sean estas profesionales, por género, sexo, o ideología, entre otras, de las que se deriven una discriminación, dará procedencia a la equiparación salarial entre unos y otros trabajadores/as. En tanto que, las diferencias deben ser funcionales entre los puestos de trabajo, no existiendo impedimento físico alguno para que las labores correspondientes a las categorías expuestas sean realizadas por trabajadores/as aptos. Las remuneraciones correspondientes a las categorías ha de estar compuesta por el salario base y el complemento de calidad y cantidad en el trabajo, y el devengo voluntario extraconvenio, que permita un ajuste posterior del concreto puesto de trabajo que se desempeñe.

El principio de “igual remuneración” establece la no discriminación en materia salarial, e impone la igualdad de trato para todos los trabajadores/as siempre y cuando se den las mismas circunstan-

cias. Este dechado procede de la interpretación de la Organización Internacional del Trabajo, de los tratados internacionales, tales como el Pacto de San José de Costa Rica y de textos Constitucionales de países latinoamericanos, entre los que destaca Venezuela, Chile, Colombia, Ecuador, Argentina, y el resto de los países de la región.

En este entorno, el tema de la discriminación desde la normativa del derecho del trabajo, destaca la prohibición de cualquier manifestación que connote diferenciación y asume un rol preponderante por sus profundas implicancias tanto para el desarrollo de las personas trabajadoras, como para las condiciones de equidad a partir de las cuales deben construirse las relaciones laborales.

La Organización Internacional del Trabajo (2003: 62) estableció que el término discriminación comprende 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. La discriminación en el empleo y la ocupación tiene muchas formas, y ocurre en todo tipo de contexto laboral. Implica un trato diferente a causa de ciertas características y genera un deterioro en la igualdad de oportunidades y trato, en tanto que puede producir y fortalecer las desigualdades. Limita la libertad de las personas de desarrollar capacidades, de escoger y realizar sus aspiraciones profesionales y personales sin importar las calificaciones. Profesionalidad y competencia no pueden ser desarrolladas, no hay gratificación por el trabajo y se genera un sentido de humillación frustración e impotencia.

Asimismo estableció, que la eliminación de la discriminación en el trabajo es fundamental para la justicia social, que se encuentra al centro del mandato de la Organización Internacional del Trabajo, y que es esencial en el concepto de trabajo decente para todas las mujeres y hombres, el cual se basa en la noción de igualdad de oportunidades para todos los que trabajan o buscan empleo y subsistencia, bien sean obreros, empleadores o trabajadores independientes, en la economía formal o en la informal. La eliminación de la discriminación es parte indispensable de cualquier estrategia viable de reducción de la pobreza y del desarrollo económico sostenible.

En tal sentido, Frascarolo (2008:4) establece que la discriminación es una disfunción social. Es uno de los fenómenos más lamentables y vergonzosos que afecta a la sociedad. La discriminación es un prejuicio, y como todo prejuicio significa elaborar un juicio previo de valor sobre algo o alguien basados en datos inadecuados.

La discriminación salarial, comporta el desconocimiento de la equidad e igualdad del trabajo, enmarcándose así con las formas de discriminación más incididas, como la racial, la religiosa o la más

tradicional y conocida, la discriminación por razones de género, temas estos sobre los cuales existen abundantes disertaciones. Sin embargo, al mismo tiempo es de reconocerse que las formas más antiguas de discriminación planteaban desafíos adicionales por diversas razones estructurales, las que presentaban manifestaciones de discriminación más insidiosas y, por lo tanto, más difíciles de detectar y atacar.

Este tipo de discriminación puede dar origen a un significativo problema social, motivado al enfoque económico del comportamiento humano en el cual influiría la preparación técnica – profesional, que a su vez puede conducir a la segregación física e intelectual de trabajadores/as. En tanto que, la discriminación salarial hace referencia al pago de diferentes salarios a los trabajadores/as con el mismo nivel de aptitudes, que experimentan las mismas condiciones de trabajo pero difieren en características intrínsecas y no relacionadas directamente con el rendimiento en el trabajo; el expresarse en términos de segregación podría referir a la separación en el empleo de individuos con productividad comparable y categorías o clasificación de cargos.

Ante ello, Gary (1971:137) arguyó, que buena parte de las diferencias salariales se observa en grupos raciales y étnicos, y entre hombres y mujeres, las cuales son atribuibles a las diferentes aptitudes que aportan al mercado laboral, y que el Estado está obligado a proteger los derechos sociales del trabajador/a, a los fines de garantizar el equilibrio del desarrollo económico.

No ha de olvidarse, que los cambios administrativos de los representantes del Estado pueden estar ejerciendo discriminación remunerativa, cuando éste presente la diferencia por ideología política. Situación está, que ante la mirada sigilosa de los representantes de trabajadores/as acentúan el deterioro de las relaciones de trabajo. La discriminación por ideología política en la relación laboral, ha de precisarse como el menoscabo a la libertad de pensamiento que el Estado garantiza a todos los individuos por el hecho de ser ciudadanos.

Consecuente con lo expuesto anteriormente, los trabajadores/as que ejercen su relación laboral en la administración pública, aun cuando el texto constitucional les prohíbe la censura para dar cuenta de los asuntos bajo sus responsabilidades, no es menos cierto que un gran porcentaje de cargos de altos funcionarios están llamados a tener identificación ideológica con el representante del Estado, lo cual puede traer aparejado cierto grado de discriminación por ideología política.

Si se analiza la estructura salarial de Venezuela se observa que existe una enorme injusticia entre los diferentes tipos de empleados

públicos y en las distintas categorías de cargos de los servidores del Estado, en tanto que, pareciera indicar que existen empleados de primera y empleados de tercera categoría, cuando se dictan leyes que regulen los emolumentos de trabajadores/as con calificación de jerarquía. El profesar la igualdad de oportunidades y la justicia social como principios de vital referencia laboral, es orientar en la sociedad los postulados de solidaridad cuando se remunera de forma adecuada y efectiva al capital máspreciado, el recurso humano.

2. Principio de “a trabajo igual, salario igual”

El principio de igualdad salarial para trabajos en igualdad de condiciones y circunstancias reviste gran importancia para el Derecho del Trabajo, pero de poca observancia, en tanto que la fijación de los salarios parte de un mínimo de ingreso, estableciendo la diferenciación en cuanto a la jornada efectuada, cargo, responsabilidad, capacitación profesional y eficiencia, sin el menoscabo de otros elementos diferenciadores.

El expresado principio de “a trabajo igual, salario igual”, fue diseñado para alcanzar la equidad salarial, que se refiere a una remuneración justa, pero son términos que se emplean de forma indistinta, por cuanto buscan corregir la minusvaloración de los empleos desempeñados por mujeres y hombres. Es un principio fundamental para erradicar la discriminación y promover la igualdad, y a su vez, está establecido en las líneas iniciales de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo, en la que se reconoce que es un elemento clave de la justicia social (Oelz y otros, 2013: 2-34- 35).

La importancia del puesto o cargo de trabajo evidencia la proporcionalidad de la remuneración, que no siempre corresponde a éste por diversas razones, tales como: favoritismo, presión sindical para proteger a ciertos trabajadores, falta de un conocimiento exacto de los puestos de trabajo, la fijación por cálculo de lo que debe pagarse en un cargo nuevo, escases de un tipo determinado/a de trabajador/a, la fuga imperceptible de un puesto de trabajo, acumulación de cargas por una supervisión exigente. Estas causas y otras más, inciden en la elevación o disminución indebida de salarios que tienden a romper y desequilibrar la estructura en detrimento de la eficiencia de los servicios de trabajo creando injusticias que puede poner en peligro la paz de la patronal.

La correcta jerarquización y remuneración del trabajador/a son objetivos inmediatos, esenciales e imprescindibles para valorar la igualdad salarial de acuerdo a la igualdad del trabajo, donde lo que se paga debe guardar la debida relación y proporción con lo desem-

peñado. La remuneración ha de establecerse bajo bases técnicas y no por apreciaciones subjetivas.

El Dr. Hernández (1999: 182), en atención al Principio de “a trabajo igual, salario igual”, señala que el mismo no plantea una igualdad absoluta para aplicarlo uniformemente a situaciones laborales iguales o aparentemente iguales, por el contrario el efecto de igualdad está condicionado a las particularidades que rodean el hecho a regular, permitiendo la matización salarial siempre y cuando estas diferencias de salario sean generales para todos los trabajadores que se encuentren en condiciones análogas, y que el referido principio tiene consecuencias prácticas.

En tal sentido, argumenta el referido autor, que el respeto al principio en cuestión debe inspirar la elaboración de escalas remunerativas, y que su inobservancia puede dar lugar a que un trabajador que reciba un salario inferior al de otro que realice su mismo trabajo, pueda reclamar, incluso judicialmente su nivelación, en este caso, correspondería al trabajador demostrar la igualdad de trabajo y la diferencia del salario. Mientras que, si el patrono alega que la diferencia está fundamentada en alguna circunstancia que la ley le permita como válidas para ello, tendrá a su cargo las pruebas de las mismas.

La garantía de la igualdad remunerativa está referida a que la misma debe guardar relación con el valor relativo de los puestos y/o cargos de trabajo; y al mismo tiempo éstas deben ser análogas a las establecidas por otros patronales que determinen igual estructura de cargos, aun cuando, para la legislación laboral resulta lícito que el empleador/a cumpliendo con los mínimos legales establecidos por el Estado, establezca y pague salarios diferentes a los trabajadores/as que ocupan idénticas categorías de cargos. Todo esto conlleva a la equidad remunerativa, que tiene como objeto eliminar toda forma de discriminación en la fijación de salarios y condiciones de retribución.

Tal equidad remunerativa ha de ser precisada como cuando se comparan trabajos idénticos; aquellos trabajos de valor comparable o igual cuando no son idénticos; diferencias salariales entre puestos de trabajo en donde predominen más hombres que mujeres o viceversa; donde se tomen en cuenta categorías estructurales de origen racial o étnico, la discapacidad, entre otros; e implementación de estrategias.

El término igualdad viene a consagrar en el derecho del trabajo el ideal de justicia, que comprende la eliminación de toda práctica o tratamientos discriminatorios. En un sentido prosaico, *discriminar* significa separar o distinguir unas cosas de otras, no obstante a ello, desde el punto de vista técnico-jurídico, la discriminación supone un trato de inferioridad dado a una persona o grupo de personas por motivos raciales, religiosos, políticos, de sexo, de filiación o ideológicos, entre otros. En otras palabras, para la ciencia jurídica, la discrimi-

minación implica establecer diferenciaciones sobre la base de pautas o criterios no aceptables o tolerables, abarcando aquellas situaciones en las que una persona o grupo es tratado desfavorablemente a partir de motivos no lícitos (Muño, 1995: 43).

Desde la visión del Estado de derecho, el principio de “a trabajo igual, salario igual”, representa uno de sus valores fundamentales, y en consecuencia la no discriminación significa la prohibición de tratamiento desigual injustificado y por lo tanto ilícito. Esto supone que la igualdad de trato no necesariamente implica tratamiento igualitario para todos los trabajadores/as con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica. En tal sentido, la discriminación se traduce en trato desigual, y trazar el límite entre la desigualdad y la discriminación corresponde indagar respecto de las causas o motivos que conlleven al tratamiento desigual.

La desigualdad remunerativa está desprovista de una justificación objetiva y razonable, y de existir tal justificación, la misma debe apreciarse en relación con la finalidad y efectos de la medida considerada, debiendo darse una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida (Palomeque, 1983:25).

La importancia del principio de la igualdad salarial, va más allá desde la perspectiva del análisis económico, o desde el intercambio del esfuerzo humano dirigido a obtener una compensación, en tanto que puede ser considerado como fuente de producción, o como un valor de la vida humana. En tanto que, la remuneración es un elemento que permite atraer trabajadores/as y mientras más elevados sean estos, habrá identificación del trabajador/a con el empleador/a, permitiéndole a éste regular el comportamiento de aquel. Sin embargo, para el trabajador, el salario será el instrumento que le permita adquirir bienes y servicios, así como el otorgamiento de un status en la esfera social, mientras que para la sociedad en general, se considera como el medio pacífico de distribución de la riqueza y en consecuencia, un mecanismo que determina la estructura y la movilidad social (Goldman, 1987: 511).

La determinación de la fijación salarial entre trabajadores/as va a depender necesariamente de la aptitud que posean o que exhiban referidos a su diversidad de talentos, virtudes y cualificaciones. Esta determinación puede surgir de la comparación con la remuneración recibida por aquellos que realizan las mismas o similares tareas; por la comparación con la remuneración de aquellos que trabajan a su alrededor; y por una revisión del nivel anterior de compensación personal recibida y la clase de cambios producidos en esa compensación. El aplicar con corrección el principio de igualdad a la materia

salarial, determinará en gran medida la capacidad del empleador de ser equitativo.

3. Normativas Jurídicas que refieren a la igualdad del salario para igual trabajo

El principio de igualdad salarial marca su presencia a partir de la norma de primer nivel jerárquico, es decir, se consagra en el artículo 91 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela:

“Todo trabajador o trabajadora tiene derecho a un salario suficiente que le permita vivir con dignidad y cubrir para sí y su familia las necesidades básicas materiales, sociales e intelectuales. **Se garantizará el pago de igual salario por igual trabajo** y se fijará la participación que debe corresponder a los trabajadores y trabajadoras en el beneficio de la empresa. El salario es inembargable y se pagará periódica y oportunamente en moneda de curso legal, salvo la excepción de la obligación alimentaria, de conformidad con la ley. El Estado garantizará a los trabajadores y trabajadoras del sector público y del sector privado un salario mínimo vital que será ajustado cada año, tomando como una de las referencias el costo de la canasta básica. La Ley establecerá la forma y el procedimiento” (Resaltado propio).

Ante ello, el Estado está obligado a garantizar esa igualdad y equidad, tanto en hombres como mujeres, en pleno ejercicio del derecho al trabajo, obligando a patronos/as a la aplicación de criterios válidos que hagan prevalecer tal igualdad y equidad, no sólo en la remuneración, sino también en la selección, capacitación, ascenso, estabilidad laboral, formación profesional.

Por su parte, el Derecho del Trabajo asume una concepción proteccionista que a principios del siglo XIX tuvo gran relevancia por ser fuente inspiradora el Catolicismo Social, en donde igualmente la Organización Internacional del Trabajo ha contribuido a través de sus convenios y recomendaciones, permitiendo el desarrollo de la corriente tutelar. Para ello, es oportuno destacar que el Derecho del Trabajo es “el conjunto de normas jurídicas que se aplican al hecho social trabajo, tanto por lo que toca a las relaciones entre las partes que concurren a él y con la colectividad en general, como al mejoramiento de los trabajadores en su condición de tales” (Caldera, 1984:77).

La legislación laboral Venezolana determina en el artículo 18 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras (de acá en adelante determinada con las siglas LOTTT), los principios rectores que la inspiran en atención a la aplicación de las normas jurídicas, siendo que el numeral 7 del señalado artículo, prohíbe todo

tipo de discriminación por razones de edad, raza, sexo, condición social, credo o aquellas que menoscaben el derecho a la igualdad ante la ley y por cualquier otra condición; recogiendo en el mismo lo indicado como tales a los contenidos, de manera implícita o explícita, en declaraciones constitucionales o en los Convenios y Recomendaciones adoptados en el seno de la Organización Internacional del Trabajo, así como en la jurisprudencia y doctrina nacionales; y, los principios universalmente admitidos por el derecho del trabajo.

Además, el Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo (2006), enuncia en su artículo 9, que han de estar presente para evitar la no discriminación arbitraria en el empleo por razones de género o preferencia sexual, condición social, raza, religión ideología política, actividad sindical o cualquiera otra fundada en criterios de relevancia incompatibles con el ordenamiento jurídico. En tal sentido, dicho principio ha de considerarse como una norma de orden público y de aplicación imperativa, obligatoria e inmediata que busca el respeto a los derechos humanos de la persona trabajadora.

Según Díaz (2014: 151-153), la discriminación arbitraria es un corolario del principio de igualdad jurídica, que en principio surgió como garantía de los individuos en relación al Estado y no frente a otros particulares. En tanto que, la discriminación tiene una dimensión expresiva y simbólica que normalmente proyecta un mensaje de dominación y abuso, más allá del daño efectivo que causen a la víctima, o de la intensión que haya tenido el agente discriminador al realizarlo; y que a su vez, al prohibir la discriminación se previenen los efectos sociales indeseables, tales como la exclusión social, económica, política e incluso la laboral y la de talento humano.

Ahora bien, el referido 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 al someterse a exámenes de embarazo.

La discriminación arbitraria es determinada en el artículo 21 de la LOTTT, aplicando sancionatoriamente multas que pueden oscilar entre treinta y trescientas sesenta unidades tributarias, dependiendo del tipo de infracción en la que incurra el patrono/a conforme a lo ordenado en los artículos 528 y 533 de la ley in comento, aunado al hecho que toda actuación que conlleve a tal discriminación será irrita. Igualmente, la discriminación arbitraria está contemplada en el artículo 12 del Reglamento de la Ley Orgánica de Trabajo (2006), identificándole cómo aquella discriminación por razón de género, al acoso u hostigamiento sexual.

Pero al mismo tiempo corresponde advertir que el referido artículo 21 de la Ley bajo análisis, encamina aquellas conductas de for-

ma excepcional, que no se consideran violatorias al referido principio de no discriminación, que contemple disposiciones especiales que se dicten con la finalidad de proteger la maternidad, paternidad, la familia, los niños/as, adolescentes, adultos mayores, personas con discapacidad, ni sujeto alguno que presente antecedentes penales. Así mismo, el artículo 14 del referido Reglamento, establece que no se considerará violatorio del principio de no discriminación arbitraria, el reconocimiento a los trabajadores/as de preferencias o privilegios fundamentados en criterios de relevancia cónsonos con el ordenamiento jurídico y de carácter general en el ámbito de la empresa, tales como cargas familiares, antigüedad al servicio del patrono o patrona, capacitación profesional, productividad, asiduidad, economía de materias primas, afiliación sindical y otros de naturaleza análoga.

En tanto que, el artículo 109 de la LOTTT, refiere al hecho que debe tenerse presente la capacidad del trabajador en relación a la clase de trabajo que ejecuta, estipulado de manera siguiente:

“A trabajo igual, desempeñado en puesto de trabajo, jornada y condiciones de eficiencia también iguales, debe corresponder salario igual. A estos fines se tendrá presente la capacidad del trabajador o trabajadora con relación a la clase de trabajo que ejecuta”.

El señalado artículo, abre las puertas para permitir excepciones al principio de igualdad laboral, que brinda la posibilidad que varios trabajadores de una misma empresa y para un mismo tipo de trabajo puedan percibir diferentes salarios por encontrarse dentro de circunstancias y condiciones que justifiquen esa diferencia, tales como antigüedad, asiduidad y responsabilidades familiares, dentro de las cuales podría encuadrarse la calificación y categoría del trabajador/a.

Consecuente con lo determinado en el artículo 23 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas en la propia Constitución y en las leyes de la República, y tendrán aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público. Siendo que, los derechos laborales asumen el carácter de humano fundamental, ha de indicarse los Convenios que Venezuela ha suscrito y ratificado con la Organización Internacional del Trabajo, en pro de los derechos de los trabajadores.

El Convenio N° 110 adoptado por la Organización Internacional del Trabajo en fecha 6 de Junio de 1951; y ratificado por Venezuela en fecha 10/08/1982, refiere a la Igualdad de Remuneración, e indica en su artículo 1 que a los efectos de dicho Convenio, el término re-

muneración comprende el salario o sueldo ordinario, básico o mínimo, y cualquier otro emolumento en dinero o en especie pagados por el empleador, directa o indirectamente, al trabajador, en concepto del empleo de este último; y que, la expresión igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor designa las tasas de remuneración fijadas sin discriminación en cuanto al sexo.

En cuanto a la prohibición de cualquier forma de discriminación laboral, está suscrito y ratificado el Convenio N° 111 de fecha 03/06/1971; el cual estableció que el término “discriminación”, comprende 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. También comprende 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.

Entre los principios específicos del Derecho del Trabajo se consagra así mismo, el principio de trato igualitario que no es otra cosa que prohibir al empleador hacer discriminaciones en perjuicio del trabajador. Este principio consiste en que el empleador tiene que dispensar a todos los trabajadores igual trato en identidad de situaciones, que no sólo está referido al trato económico sino de toda índole, ampliando así su sentido. Es así como, Caamaño (2000: 2) sostiene que el principio de igualdad de trato prohíbe al empleador el trato desfavorable arbitrario o sin causa justificada, de un trabajador/a o de un grupo de trabajadores/as frente a otros trabajadores/as que se encuentran en situación comparable.

De La Cueva (1975; p. 67) señala, que la referida igualdad se establece en base de tres requisitos para que la nivelación salarial resulte procedente, pues es necesario que sean iguales: a) el trabajo desempeñado; b) la jornada de trabajo y c) las condiciones de eficacia con que se desarrolla el mismo.

El primer instrumento internacional que recibió el principio de igualdad aplicado a la materia salarial, fue el Tratado de Versalles del 29 de junio de 1919, el cual reconoció en el artículo 427 del documento “El principio del salario igual, sin distinción de sexo, por un trabajo de igual valor”. Tal enunciado asume sus antecedentes inmediatos, a la proclama elaborada en la Conferencia Sindicalista Internacional de Berna (febrero de 1919), en la que se fijaron los principales objetivos de los trabajadores en materia de reglamentación internacional del trabajo. El tercer punto de esta declaración postulaba que “El trabajo de la mujer debe ser libre y basado sobre el principio “a igual trabajo, igual salario”.

Dicho artículo recogió la propuesta original del representante inglés, Mr. Barnes, quien así introdujo el concepto del “valor” del trabajo como condición necesaria para postular la igualación del salario de los trabajadores (BIT, Boletín Oficial, vol. I, 1920: 653). El concepto del “valor” del trabajo trata del reconocimiento del principio de igualdad de remuneración para todo trabajo que posea igual valor y no solamente para todo trabajo igual.

Otro aporte de carácter internacional, fue el adoptado en la resolución de fecha 10 de marzo de 1948, por el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas en la cual se declaraba aprobar el principio de la igualdad de remuneración, por un trabajo de igual calidad, entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina. Posteriormente, en fecha 10 de diciembre de 1948, la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, reconoció en el artículo 23, inciso 2, el derecho a un salario igual por un trabajo igual, sin ninguna discriminación; pero en este caso se le otorgó un alcance más genérico, evitando la vinculación con el tema con la igualdad de trato entre el hombre y la mujer.

En 1966 la Organización de las Naciones Unidas, retoma nuevamente el tema, cuando en el pacto sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, determina en su artículo 7, literales “a” e “i”, sentó el principio de una remuneración igual por un trabajo de igual valor, sin distinción alguna. La Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación respecto de las mujeres (ONU, 18/12/1979) proclamó la igualdad de salario entre hombres y mujeres, por trabajo de igual valor, así como la igualdad de tratamiento en lo que concierne a la evaluación de la calidad del trabajo. Similares términos se incluyeron en el artículo 5, literal “e” de la Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial (1965), y posteriormente, la Declaración de Derechos Humanos de los individuos que no son nacionales del país en que viven, de 1985 (artículo 8.1, literal a) (Chalaga y García, 1995:194).

Es oportuno señalar el Tratado de Roma de 1957, que incluye en su artículo 119 la consagración de la igualdad de remuneración entre trabajadores masculinos y femeninos por un mismo trabajo. La circunstancia de no haber referido al “valor” del trabajo, implicó de hecho un obstáculo para que los Estados integrantes de la Comunidad Europea, avanzaran en la armonización de sus legislaciones en referencia al principio de igualdad aplicado al salario (Berenstein, 1987: 652).

Otros instrumentos internacionales que recogen el principio de igual salario para igual trabajo, es la Carta Social Europea (artículo 4, párrafo 3), que previó el compromiso de las partes contratantes de reconocer el derecho de los trabajadores masculinos y femeninos a una remuneración igual por un trabajo de igual valor, que asumió la

idea adoptada por el Consejo de las Comunidades en 1975 por la Directiva Nº 117, que tradujo lo planteado por el Tratado de Roma “como igual salario para un trabajo del mismo valor”. El Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, también consagró el principio de igual salario para trabajo de igual valor (artículo 7, literal a).

Ante la presencia de todas estas normas, que amparan el principio laboral que se enuncia como “a trabajo igual, salario igual” o “igual salario por trabajo de igual valor”, no consagra una equiparación salarial absoluta para quienes desempeñan el mismo trabajo, sino que admite la posibilidad o licitud jurídica de que se introduzcan distinciones en la retribución, a partir del valor concreto que posea el trabajo desarrollado por cada persona.

4. Criterio legal que autoriza la diferenciación remunerativa fundamentada en la “igualdad de trabajo” o “el valor del trabajo”

De la ramificación normativa referida a la aplicación del principio de igualdad a la materia salarial analizada, se infiere el apotegma que postula la exigencia de “igual salario por trabajo de igual valor”, tal como lo refirió Palomeque (1983:26), acorde con lo señalado en la fórmula constitucional contenida en el artículo 91 de la Carta Magna, y concordante con el artículo 109 de la LOTTT, que reconoce la igualdad del trabajo, cuando medien las condiciones igualitarias del cargo para los trabajadores/as admitiendo a su vez, que entre estos se haga el distingo en atención a sus talentos o virtudes.

De tal manera, si los talentos y virtudes que posee un trabajador/a, se manifiestan externamente, dotando o aportando a su desempeño laboral de un mayor valor en relación al de otros compañeros que se encuentran en su misma categoría, se puede argüir que se está frente a un criterio legal y legítimo que permita determinar un salario diferencial, que retribuya en sus justos términos el esfuerzo desplegado por ese trabajador/a.

Aun cuando, la legislación laboral se ha esforzado por equiparar las remuneraciones o salarios al desempeño del trabajo, la misma no es absoluta ni autoritaria, resultando discrepante con el propio estudio del Derecho del Trabajo, que nació signado por la misión de elevar la noción de igualdad a su más concertada y justa expresión.

El criterio legal que consiente realizar la comparación interpersonal, para el trabajador/a resulta uno de los indicadores que le permite determinar si está siendo retribuido por su empleador/a con justicia igualitaria y equitativa. De este modo, el empleador/a no so-

lamente está facultado a diferenciar los salarios de los trabajadores/as que se desempeñan en la misma categoría, sino que es imperioso que así lo haga si pretende manejar la estructura salarial de su empresa con un elemental razonamiento de justicia.

En tal sentido, el criterio doctrinario sostenido por Devali (1948: 67) señala, que sólo es posible hablar de igualdad cuando estamos ante iguales, puesto que “no existe mayor desigualdad que la igualdad entre desiguales”. Según éste autor, del referido principio se deducen dos corolarios: “1) Para realizar el principio de la igualdad en el campo de la legislación laboral, es necesario no distinguir entre las situaciones que desde el punto de vista económico son idénticas o análogas; 2) Y, por el contrario, es necesario distinguir entre las situaciones que, bajo tal aspecto, se presentan o se comportan de distinta manera”.

Más adelante, el maestro argentino se pronuncia específicamente sobre el principio de igualdad aplicado a la materia salarial, estableciendo que: “Si es conforme a justicia fijar un sueldo mínimo idéntico para trabajadores que realizan idéntica actividad, con igual capacidad y rendimiento idéntico, esto no importa necesariamente la prohibición para el patrón de abonar una retribución suplementaria a un trabajador y no a otro” (Devali, *Ibíd.*).

Corresponde recordar que también en los casos de trabajos estandarizados, las prestaciones de dos trabajadores no son nunca absolutamente idénticas, como nunca son idénticas las manifestaciones de la personalidad humana. La extensión del principio aludido, al campo de las relaciones individuales, importaría pues desconocer el aspecto personal de todo trabajo, disminuir el deseo del trabajador de perfeccionar su propia capacidad y rendimiento, a efecto de ser el mejor entre sus iguales; y por fin, desconocer la potestad del dador de trabajo, de hacer las oportunas diferenciaciones entre los trabajadores, en consideración de sus méritos personales, cuya contemplación necesariamente escapa a cualquier reglamentación de orden general.

Por su parte, Krotoschín (1968: 513) reconoce que “...el empleador puede tratar con desigualdad a los desiguales, pero no discriminar arbitrariamente entre los iguales”. Posteriormente, éste autor en obra titulada “La remuneración del Trabajador” (1984: 119) señala que, “la aplicación del principio (igual salario para trabajo de igual valor) se caracteriza no porque tiende a una nivelación absoluta, sino porque excluye el trato desigual arbitrario”.

En tanto que, Vázquez (1996: 440) comparte el criterio de Krotoschín, afirmando que “...resulta discriminatoria toda diferencia por razones de sexo, religión, raza o cualquier otro criterio, que no responda a causas objetivas fundadas en “principios de bien común”, pero una igualdad que excluya toda posibilidad de diferenciación,

“...nos introduciría a un crudo igualitarismo que no responde a nuestros principios, ni a una sana convivencia”.

Otros criterios doctrinales, expuesto por Cabanellas (1964: 336) puntualiza que “de lo que se trata al formular el principio, es de evitar la desigualdad de tratamiento de quienes, a todos los efectos legales son iguales; es para fijar una fórmula de equidad inspirada en razones de justicia...”. Mientras que Martínez (1987: 685) sostiene que cuando las normas internacionales amparan el principio de la igualdad de salario para trabajo de igual valor, lo que pretenden es excluir la discriminación. “El sentido final que se persigue es que el importe remuneratorio no se vea afectado por una calidad genérica de quien lo cumple, sexo, raza, edad, estado civil, religión, etc., sino por las diferencias objetivas de la tarea y aún las aptitudes o condiciones personales de quien la cumple”.

Sin embargo, De La Cueva (1975: 302) reconoce que, “...la iniciativa individual no puede dejar de considerarse y sería contrario a la equidad y, sobre todo, contrario al concepto de justicia, que a diferentes esfuerzos correspondiera idéntica retribución, pues es manifiesto que en esas condiciones, lo único que se lograría es la destrucción de la iniciativa individual y, consiguientemente, que cada trabajador redujera su actividad a la rendida por el menos apto o menos inteligente”.

El criterio recogido en la doctrina española, indicada por Alonso (1987: 641) señala que “El ordenamiento jurídico no ha consagrado una igualdad en sentido absoluto, sino que ha dejado libertad de decisión a las partes del contrato de trabajo”. Asimismo establece, que las desigualdades salariales pueden obedecer, o bien a causas objetivas y legítimas (por ejemplo, dedicación al trabajo, especial aptitud, desfavorables circunstancias familiares y otras análogas), o al mero capricho injustificado, “...o que tenga tras de sí la intención torticera de molestar o dañar al afectado”. Las primeras son “...estrictamente legítimas y no se prestan a ninguna objeción”, pero en cambio las segundas se sitúan “...en el ámbito del abuso de derecho, porque si bien el empleador tiene el poder para determinar las condiciones de trabajo, para ordenar el funcionamiento de la empresa de la que es titular, su desviación implica un abuso en virtud del cual se coloca al trabajador en una situación vejatoria”.

La posición asumida por Plá Rodríguez (1956: 121) respecto al principio de la igualdad del salario, radica en que la misma busca evitar las diferencias injustificadas en el salario de diversos trabajadores/as que, aunque realizan la misma tarea, pertenecen a distinto sexo o poseen distinta nacionalidad. En tanto considera, que ni el sexo ni la nacionalidad son motivos justificados para establecer diferencias de salarios.

El autor distingue dos fórmulas distintas de este principio: la primera, que busca suprimir las diferencias injustificadas por razón de sexo o nacionalidad, para obtener una equiparación absoluta en el salario de todas las personas que realicen la misma tarea, de tal modo que la elevación del salario de un obrero/a provoca la inmediata elevación de todos los otros que realicen tarea idéntica; y la segunda fórmula, plantea que no pueden reputarse ilícitas ni reprobables las múltiples diferencias salariales que suelen establecerse por razón de la antigüedad, la confianza, la pericia, la fidelidad a la empresa, la eficiencia, elementos todos estos muy difíciles de documentar, medir y probar objetivamente.

5. Discernimiento Jurisprudencial Venezolano

La jurisprudencia venezolana, respecto al tópico que constituye el objeto de estudio de esta disertación, ha sido clara y precisa en cuanto a la no discriminación salarial por distinción de género, permitiendo distinguir entre los pronunciamientos en los que se postula que está totalmente vedada al empleador/a la posibilidad de establecer distingos salariales entre trabajadores/as que se desempeñan en la misma categoría laboral; y, la que admite la licitud de los distingos salariales entre trabajadores/as de la misma categoría laboral, cuando esté presente la capacidad del trabajador con relación a la clase de trabajo que ejecuta, entre otras condiciones y aptitudes.

Sin embargo, el Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional, con Ponencia del Magistrado Antonio J. García García, en Sentencia de fecha 17/05/2001, Expediente N° 01-0314, Caso: Acción de Amparo Constitucional DEFENSORÍA DEL PUEBLO contra la COMPAÑÍA ANÓNIMA DE ADMINISTRACIÓN Y FOMENTO ELÉCTRICO (CADAFE), y las empresas filiales ELEORIENTE, ELECENTRO, ELEOCCIDENTE, CADELA y DESURCA, realizó señalamientos en función de que las pretensiones contractuales o de contratos individuales no puede hacerse extensiva trabajadores/as que se encuentren en el país en iguales condiciones. Los representantes de la Defensoría del Pueblo fundamentaron la solicitud de amparo constitucional, en las siguientes consideraciones:

En el caso referido, la Defensoría del Pueblo señaló que la accionada COMPAÑÍA ANÓNIMA DE ADMINISTRACIÓN Y FOMENTO ELÉCTRICO (CADAFE) y sus empresas filiales, con la intención de evitar la discusión de la Convención Colectiva de Trabajo, iniciaron la promoción de un Contrato Individual de Trabajo a ser aplicado a los profesionales universitarios empleados en dichas empresas y cuya firma era de carácter obligatorio, dado que constituía un requisito necesario para que éstos pudieran ser transferidos al nuevo régimen de prestaciones sociales. En este sentido, agregó la Defenso-

ría del Pueblo que, el mencionado Contrato Individual de Trabajo **“estableció una ilegal discriminación salarial entre Profesionales Universitarios que realizan una misma labor en iguales condiciones de trabajo y eficiencia, extendiendo además esta situación a los técnicos”** (Resaltado propio).

Expresaron que las referidas empresas, al ofrecer aumentos salariales a los profesionales que firmaren el Contrato Individual de Trabajo, desconocieron el derecho contractual a las evaluaciones que, por extensión, tienen los no firmantes del mismo, de acuerdo con lo previsto en la cláusula 12 de la Convención Colectiva de los Trabajadores correspondiente al período 1994-1997, en el Manual de Condiciones de Trabajo para los Profesionales Universitarios de CADAPE y en la cláusula 17 del Contrato Colectivo suscrito en el año 1981, situación ésta que, consideran, generó la exclusión de los trabajadores no firmantes de las evaluaciones y, en otros, un ensañamiento al evaluar al personal no firmante, teniendo como resultado que dichos trabajadores obtuviesen un puntaje menor en dichas evaluaciones en comparación con todos los trabajadores firmantes del Contrato Individual. Asimismo, agregaron que se negaba a los profesionales el mejoramiento profesional y cualquier posibilidad de ejercer suplencias y/o promociones a cargos superiores, lo cual también se establece en el referido Manual de Condiciones de Trabajo.

Señalaron, que en fecha 17/08/1999, el Ministerio del Trabajo emitió un Dictamen identificado con el N° 19, que pone de manifiesto algunas irregularidades que presenta el referido Contrato Individual de Trabajo y reivindica el derecho de los trabajadores profesionales de CADAPE, respecto a la igualdad de salario por igualdad de trabajo, cargos, jornadas y condiciones de eficiencia, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 91 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, artículo 135 de la Ley Orgánica del Trabajo y artículo 115 del Reglamento de la mencionada Ley Orgánica.

La Defensoría del Pueblo, dentro sus argumentos señaló que en reuniones conciliatorias efectuadas, los representantes patronales accionados, reconocieron que existía desigualdad salarial y que la diferencia salarial de los trabajadores de la empresa se debía a que unos estaban amparados bajo el régimen laboral anterior y otros bajo el nuevo régimen laboral, la empresa expresó no conocer de ningún caso en particular en el que se estuvieran violando derechos sociales y laborales que emanen de la Convención Colectiva.

Finalmente, fundamentaron su acción en los artículos constitucionales con los cuales denunciaban la violación de los derechos y garantías vulnerados, para ejercer la respectiva acción de amparo, entre los que se indicó el artículo 91 de la Carta Magna, arguyendo que *“la conducta asumida y perpetrada por la Compañía Anónima de Ad-*

*ministración y Fomento Eléctrico, así como las medidas empleadas para consolidar la migración del personal profesional de (CADAFE) y sus Empresas Filiales al nuevo régimen de prestaciones sociales, mediante la firma de contratos individuales de trabajo con la finalidad de eludir la aplicación de las normas y eliminar una serie de beneficios y ventajas consagrados en la Convención Colectiva, **que consecuentemente genera la discriminación en cuanto al salario y a las condiciones laborales de aquellos profesionales que se han negado a suscribir dichos contratos individuales de trabajo** (...) lesionan los intereses colectivos de un numeroso grupo de ciudadanos, trabajadores, profesionales universitarios, consagrados en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y en los tratados y acuerdos internacionales sobre Derechos Humanos suscritos y ratificados por la República...” (Subrayado propio).*

La Sala Constitucional, en la parte motiva de la sentencia estableció que los intereses defendidos eran de naturaleza colectiva, y que es precisamente ese el interés al que hace referencia el artículo 26 del texto Constitucional. Sin embargo, apreció que la acción de amparo interpuesta tenía por objeto obtener el restablecimiento de la situación jurídica infringida por los presuntos agravantes, mediante el pago de salarios iguales por iguales trabajos, el pago de las prestaciones sociales, intereses moratorios y legales, así como con la celebración de una Convención Colectiva de Trabajo y el cumplimiento de la Convención Colectiva vigente.

No obstante a ello, estimó que la “representación procesal aducida por la Defensoría del Pueblo, no resultaba admisible, debido a que en dicho caso no se infiere, que tal institución estuviere actuando en razón de derechos e intereses colectivos de una profesión o gremio profesional que, al tener características y aspiraciones comunes, persiguen los intereses de grupo en forma unificada; por el contrario, observa que la misma, actúa en representación de un notorio interés plural, o de una suma de intereses legítimos individuales de sujetos que se encuentran en una misma situación, cuyo ejercicio no presupone compartirlos con los demás, ni responde a un objeto jurídico que exige del obligado una prestación general, dado que se denuncia la violación de los derechos de carácter laboral consagrados en los artículos 21, numerales 1 y 2, 88, 89, numeral 5, 91, 92, 94 y 96 de la Constitución, que específicamente agravia a un grupo de trabajadores profesionales universitarios perfectamente cuantificable e identificable individualmente, cuyos derechos e intereses devienen de sus respectivos contratos individuales de trabajo, así como de la contratación colectiva suscrita por sus sindicatos y las referidas compañías de servicio eléctrico” (Subrayado propio).

Aunado a lo anterior expresado, la Sala Constitucional trajo a colación el criterio sostenido en la sentencia que fuere dictada por la misma en fecha 30 de junio de 2000, en la cual señaló que “Las acciones por intereses difusos y colectivos, debido a su característica que

entre los accionantes y los accionados no existe ningún vínculo jurídico previo que se pretende hacer valer, no permiten ventilar mediante ellos pretensiones tendientes a que una relación contractual (como un contrato colectivo o un derecho contractual a una jubilación, por ejemplo) se haga extensible a los obreros o empleados que se encuentren en el país en igual situación” (Subrayado del fallo).

Arguyó que, las acciones por intereses difusos o colectivos, persiguen fines de defensa de la sociedad en general o de sus grupos tomados en cuenta como tales y no pensando en las individualidades que los conforman; y que con las demandas se exigen conductas a personas determinadas que de resultar perdidas, deben cumplirlas en beneficio de la colectividad general o de estos estamentos grupales. Sentó que, a un demandado particular no puede exigírsele que haga extensivo un contrato en el cual él es parte, en beneficio de quienes no han contratado con él, o de quienes no han hecho valer sus derechos subjetivos, porque iría en contra del principio de relatividad de los contratos; y que el cumplimiento extensivo contractual, escapa de la esfera e los intereses difusos y colectivos, a menos que se trate de servicios públicos que se adelantan contractualmente con los usuarios, por lo masivo de la prestación del servicio necesario, y el mismo puede lesionar a la población en general o a un sector de ella, si el servicio atenta contra la calidad de la vida.

Ante lo señalado, la Sala determinó que, la acción intentada, no perseguía satisfacer necesidades sociales o colectivas, antepuestas a las individuales de cada uno de los trabajadores/as aludidos en la causa, motivo por el cual no era procedente admitirlos como titulares de una acción basada en intereses colectivos, toda vez que el presunto agravio que se adujo se generó en virtud de la relación laboral que individualmente, cada uno de los afectados mantenía con las empresas accionadas, por lo que concluyó, que eran los trabajadores/as quienes, conjunta o individualmente estaban legitimados para ejercer las acciones correspondientes en defensa de sus derechos e intereses. En consecuencia, no aceptó la competencia que le fuere declinada, al considerar que se trató de una acción tendiente a la protección de derechos e intereses derivados de la negociación colectiva y, por tanto, contractuales y determinados.

En tal sentido, ha de señalarse que el principio de “igual salario por igual trabajo” sólo es aplicable respecto de dos o más trabajadores/as que al mismo tiempo prestan sus servicios en la misma empresa y con la misma categoría laboral; y desde esta óptica se consagra como un principio tutelar del trabajador/a conjuntamente con el de igualdad, no discriminación y buena fe en la aplicación de los contratos, respetando los mínimos que introduzca variantes salariales, incluso entre trabajadores/as que se desempeñen al mismo tiempo en la misma categoría laboral. Pero esas variantes deben tener funda-

mento en pautas objetivas y no a patrones subjetivos o de sensibilidad del empleador/a.

6. Aplicación de la igualdad salarial a funcionarios públicos de igual cargo

En el desarrollo de esta disertación se ha venido arguyendo que los trabajadores que desempeñen igual cargo deberán percibir igual salario, sin distingo de condiciones de sexo, raza, credo e ideología, en tanto que busca la equidad a través de la garantía de los derechos laborales. No obstante a ello, nuestra legislación ha sido permisiva, no siendo consideradas arbitrarias las diferencias objetivas en las remuneraciones que se funden, entre otras razones, en las capacidades, calificaciones, idoneidad, responsabilidad o productividad.

El reconocimiento de la igualdad y la equidad salarial como fundamento de la justicia social y económica del derecho del trabajo, en el marco de la administración pública, está destinada a mejorar el conocimiento y la comprensión del equilibrio salarial sin distingo alguno, asumiéndolo como un tema de envergadura dentro de las discusiones de negociaciones colectivas tendientes a mejorar la capacidad de los sindicatos del sector público, para que la presión que se ejerza sobre los entes gubernamentales en su estructura vertical y horizontal, para que adopte un enfoque proactivo que alcance a conseguir la equidad salarial que luche contra la pobreza y defienda el rol de los servicios públicos.

La equidad salarial está ligada a los servicios públicos de calidad y también a la forma de valorar al género. Si se valoran los servicios públicos también se valorará la aportación de hombres y mujeres en la prestación de esos servicios y esa valoración conlleva a un reconocimiento de salario igual, para un trabajo igual o de igual valor (Christine, 2004: 175).

En tanto que, los convenios públicos y privados suscritos por el trabajador/a deben ser debidamente observados y acatados por el empleador/a, y en los mismos deben tenerse presente la protección constitucional y laboral que diferencia entre trabajadores públicos (funcionarios) o privados, que hace consideraciones expresas respecto al derecho a la carrera administrativa que comprende, a los trabajadores de la administración pública nacional, estatales y municipales. La diferenciación en base a la antigüedad, eficiencia o títulos habitantes también ocurre fuera del ámbito estrictamente privado del trabajo, sin que por ello corresponda calificar de ilícita o discriminatoria toda diferencia que por aquellas causas se refleje en la retribución mensual.

Las retribuciones remunerativas en la administración pública se fijan en función de escalas salariales y las compensaciones que consi-

guen incentivar el aporte de las personas al logro de los objetivos y al alcance de la rentabilidad deseada por la patronal, claro está, tomando en cuenta las clasificaciones de cargos, evaluaciones de desempeño, capacidad de liderazgo y toma de decisiones, es decir, criterios específicos que ayudan a generar un plan de remuneración adecuado para cada tipo de puesto de trabajo.

La clasificación que se aplica en el sector público, los datos que se presentan permite diferenciar la estabilidad de la contratación para la población ocupada en el sector público en general, tratando de igualar el porcentaje de hombres y de mujeres que cuenta o no con nombramiento. Las opciones que estaría ofreciendo el empleo público para los y las jóvenes, que serían de menor estabilidad y de menores ingresos, entre otros aspectos.

El Estado en los últimos años, ha estado sometido a serias transformaciones legales, cambiando enfoques sociales y económicos, que busca que el Estado brinde lo más satisfactorio a la sociedad, a través de las habilidades, destrezas y conocimientos de sus funcionarios, que no cuentan con la garantía de la igualdad y equidad remunerativa adecuada, en tanto que muchos casos priva sobre este el argumento de la ideología política.

La falta del equitativo tabulador salarial con descripción de cargos que se complementa a nivel de la estructura política del Estado, admite el desconocimiento del comportamiento en cuanto a la fijación y pago de salarios en organizaciones gubernamentales, que debido a la descentralización política administrativa, quedaron desguarnecidos de enfoques y metodologías apropiadas para enfrentar los retos políticos, económicos, social y cultural que les conllevase al desarrollo institucional, capacitando y proporcionando bienestar al recurso humano. No resulta extraño, que un funcionario público no conozca o comprenda las atribuciones, actividades, funciones, responsabilidades y obligaciones específicas que corresponden al desempeño del cargo, para que sean cumplidas en una jornada ordinaria de trabajo.

Los métodos y procedimientos aplicados por la administración pública a sus funcionarios aún son anacrónicos y desmotivadores, en donde el ambiente organizacional interno deja colar la no identificación con el puesto de trabajo. Los funcionarios públicos, ya no se ven representados por grupos sindicales que convienen y suscriben contratos colectivos que no son o pueden ser cumplidos por parte del ente patronal, siendo dentro de dichas contrataciones la cláusula de mayor complejidad, y la más costosa, el aumento de salarios.

La clasificación, valoración y remuneración de los cargos de la administración pública, exceptúa y distingue entre categoría de funcionarios dependiendo del nivel de responsabilidad que le corresponda asumir, tal como lo prevé el artículo 1 de la Ley del Estatuto

de la Función Pública, publicada en Gaceta Oficial N° 37.522 de fecha 06/09/2002. En tal sentido, el propio Estado reguló los emolumentos salariales que habrán de percibir, aparentando un sistema de recompensas equitativo deseado por el funcionario para que se sienta atraído por el trabajo y que esté motivado para realizarlo bien.

El desempeño de la función pública de manera óptima le permite al trabajador/a y desarrollar sus destrezas y habilidades para el alcance de los objetivos de la administración pública, y en tal sentido ésta debe satisfacer las necesidades y aspiraciones de sus empleados/as. A los funcionarios públicos se les otorga compensaciones o retribuciones, que en su mayoría las perciben de manera directa o constante, a través de salarios base, ajustados a la normativa legal, y a los incentivos variables, representados a través de bonificaciones, bonos, comisiones, entre otros.

Pero a su vez, también perciben otras compensaciones o retribuciones de forma indirecta, las cuales vienen a mejorar su calidad de vida y bienestar social a través de la protección pública de la seguridad social, la protección privada como lo son las clínicas u operativos médicos asistenciales, la retribución por tiempo no trabajado representado por vacaciones adicionales, formación profesional, u otros tipos de prestaciones como lo serían las guarderías, apoyo para la adquisición de viviendas, o préstamos que sean destinados a mejorar la calidad de vida de los trabajadores/as y su entorno familiar.

Estos funcionarios se rigen por una escala general de sueldos, divididos en grados, con montos mínimos, intermedios y máximos. Cada cargo deberá ser asignado al grado correspondiente, según el sistema de clasificación, y remunerado con una de las tarifas previstas en la escala. Es de acotar que el monto mínimo, en los últimos años ha sido fijado por decreto Presidencial, en donde se igualó y ajustó el salario para todo tipo de trabajador, eliminando distingos entre obreros, rurales o urbanos, así como el ajuste de sistemas pensionales. En cuanto a los montos máximos los mismos están regulados en la Ley de Emolumentos y Jubilación de altos funcionarios/as del Poder Público, publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.592, de fecha 12/01/2011, que excluye este límite máximo el bono vacacional y el pago de la bonificación de fin de año.

Corresponde precisar que se entiende por emolumentos conforme a lo establecido en el artículo 4 de la Ley in comento:

“Se consideran emolumentos: la remuneración, asignación, cualquiera sea su denominación o método de cálculo, tenga o no carácter salarial, siempre que pueda evaluarse en efectivo y que corresponda a los altos funcionarios, altas funcionarias, personal de alto nivel y de dirección del Poder Público y de elección popular, con ocasión a la prestación de su servicio. A tal efecto, los emolu-

mentos comprenden, entre otros: los salarios y sueldos; dietas; primas; sobresueldos; gratificaciones; bonos; bono vacacional; bonificación de fin de año y asignaciones monetarias o en especies de cualquier naturaleza”.

Sin embargo, una revisión a las asignaciones presupuestarias y lo percibido por estos funcionarios/as, deja al descubierto, que ante la mirada sigilosa del Estado, tales niveles máximos no se respetan, trayendo esto como consecuencia la desigualdad remunerativa entre estos altos funcionarios que pueden variar de un Municipio a otro dentro de un mismo Estado o entre varios Estados, Legisladores, Contralores, entre otros que desempeñen iguales cargos, aun cuando no cuenten con casi ningún nivel de preparación académica, tomando en consideración que la mayoría son de elección popular, y no se les exige preparación o formación técnica o profesional.

El clientelismo político asumido por los órganos de la administración pública hace palpable conductas discriminativas al momento de otorgar compensaciones salariales diferenciales entre funcionarios de igual cargo, sin que medie causas objetivas evaluación del desempeño, desarrollo, capacitación, ascensos, traslados, transferencias, licencias, permisos, viáticos, registros de personal, régimen disciplinario y egresos, así como cualesquiera otras directrices y procedimientos inherentes al sistema.

Pareciera que las convenciones colectivas de la administración pública, sigue siendo el instrumento más idóneo para que los funcionarios públicos defiendan sus intereses remunerativos de forma poderosa cuando la escala salarial no garantice “la igualdad salarial para igual cargo”, que es determinado conforme a grados y pasos, siempre que no se desnaturalice la institución de la contratación colectiva, de tanta trascendencia en razón de sus efectos en el progreso social, en la justicia y en la paz laboral.

7. Nuevas tendencias y alternativas remunerativas que simulan la aplicación del principio de igualdad salarial

La crisis social que atravesó Venezuela a partir de 1980, causada por diversos factores, tales como el estancamiento del crecimiento económico, la acelerada y progresiva inflación originaron un cuantioso endeudamiento externo y déficit fiscal, obligó a que se dieran procesos de descentralización a los cuales se debería ajustar todas las estructuras del Estado, incursionando así en la era de la globalización y avances tecnológicos, generando transformaciones en las relaciones de trabajo que dieron origen a la llamada flexibilización laboral, exigiendo mecanismos jurídicos, reformas y estrategias destinadas a quitar rigidez a la legislación del trabajo, a fin de permitir que

el factor trabajo se adapte a las necesidades y conveniencias del sistema productivo.

La aplicación de técnicas modernas de organización productiva y la introducción de nuevas tecnologías, aunado al crecimiento demográfico, abrió el camino para las nuevas tendencias de contrataciones de trabajo donde se eliminan rigideces, permitiendo que los salarios se ajustaran a la productividad, mediante instrumentos de negociaciones colectivas o acuerdos individuales unilaterales de trabajo.

Tradicionalmente la equidad salarial ha surgido de un mínimo ingreso, que comprende un ajuste planteado por los actores sociales, siendo que la flexibilización permite ajustar el salario a la libre oferta y demanda, dejando a un lado la política de bonos de productividad que tienen que ver con el desempeño del trabajador ya ejecutado dentro del proceso de trabajo.

Ante toda esta situación, el empleador/a manifiesta cierta resistencia a explicar la forma como compensan al trabajador/a; es decir, de la manera como determina los sueldos, los incentivos, en caso de que existan, y las prestaciones que otorga al personal. Todo trabajador/a espera un reintegro por los servicios prestados, ya sea en dinero o especie para satisfacer sus necesidades. Estas remuneraciones son calculadas tomando en cuenta una serie de parámetros legales con el fin de que el trabajador/a sea más productivo y esté motivado económicamente para desempeñar de forma eficaz y armoniosa su labor. Los sueldos y salarios resultan de gran importancia para todos y cada uno de los trabajadores/as dentro de cualquier organización, debido a que es una labor de préstamo para recibir algo a cambio, y con la que a su vez se benefician sus familias.

No se puede afirmar que la globalización y la flexibilidad de las relaciones de trabajo, sean los detonantes de la desigualdad salarial. La abundancia de trabajo no cualificado disminuye las desigualdades, en tanto que, la especialización intensiva en la mano de obra reduce la demanda no cualificada y, por tanto, aumenta la desigualdad salarial.

Las nuevas formas de contratación de trabajo dieron paso a las nuevas tendencias salariales y alternativas laborales, conllevando a la variación de la prestación del mismo. Tales situaciones, están influenciadas por algunas perspectivas incididas por sindicatos de trabajadores, que actualmente han perdido legitimidad y no es garantista de la protección de derechos y beneficios al trabajador/a que asegure la igualdad en las relaciones y el fortalecimiento de la estabilidad; la politización de temas y propuestas laborales; las negociaciones del libre comercio que admite maneras diferentes de contratación y asociación; la reingeniería y la automatización de empresas que permiten su fortalecimiento; y finalmente las competencias laborales que en gran parte depende de las capacidades e idoneidades

que tengan los trabajadores/as y que son tomados muy en cuenta por los empleadores/as.

Entre las modernas alternativas resaltan el trabajo en casa, en cuyo espacio, las familias arman su unidad de producción y trabajan desde su hogar desarrollando su propio negocio; el teletrabajo mediante el uso de la tecnología de la información y la comunicación, descartando que las distancias sea un factor limitante para rendir un trabajo; la formalización de microempresas, que pueden ser con interés social o colectivo bajo el nuevo paradigma constitucional; contratos de trabajo por tiempo, por actividad o por la necesidad de la empresa en atención a procesos complementarios que requiera de personal calificado. Tales alternativas no garantizan la estabilidad laboral, y menos aún la igualdad salarial; en tanto que no puede afirmarse que el desempeño de los mismos sea igualitario por cuanto no es perceptible una estructura salarial.

Sin embargo, la tendencia laboral en el entorno de la patronal, indica que estas van a tener diversas alternativas que permitan la prestación del servicio sea o no complementario, y que el Estado está abriendo el camino para que los contratos de trabajos sean contratos de asociación laboral, en donde los salarios se acerquen más a la igualdad sin discriminación alguna.

Tales formas y alternativas de trabajo dieron paso a la tercerización, la intermediación laboral y la temporalidad, siendo que esta se genera a través de la intermediación de mano de obra, mediante la cual una empresa contrata a un contingente de personas para hacer un trabajo determinado, bajo la dirección del cliente. Mientras que, la tercerización es cuando se contrata una obra, o un servicio con un resultado esperado, sin tener esa relación la fuerza laboral que la patronal le quiere reflejar al contratante.

Ahora bien, a la par de las alternativas de trabajo ha de considerarse la forma de pago, en la cual en los últimos años se dejó colar el pago por paquete compensatorio, modalidad ésta que tuvo su inclusión en Venezuela a raíz de la apertura petrolera dada a mediados de los años 1990, y que la doctrina la ha denominado contrato paquete. Actualmente, tiende a predominar el enfoque de la remuneración por competencias, que gira en torno a las personas y sus características individuales, y no al cargo. Esto se vislumbra y se pone de manifiesto a través de la remuneración variable, las cuales van a reseñar una competencia individual sobre las demostradas y desarrolladas.

Ante esta modalidad remunerativa de paquetes salariales o compensatorios la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia en Sentencia N° 1488 de fecha 09/12/2010, en el caso Grapho Formas ratificó su doctrina sobre el salario de base de cálculo de las utilidades, así como su doctrina sobre la posibilidad de establecer un

paquete de compensación para un trabajador/a, arguyendo que la doctrina ha denominado como:

“contrato paquete”, que es aquel mediante el cual el patrono y el trabajador convienen en que, en una cantidad fija a cancelar mensualmente, queden comprendidos además del salario básico que le corresponda al trabajador como consecuencia de la relación de trabajo, el pago prorrateado de los distintos conceptos que se generen por la labor prestada (Subrayado de la Sala).

Generalmente, el pago de estos contratos paquetes se simulan bajo la figura de honorarios profesionales, tendientes a no garantizar las obligaciones de carácter social y económicas establecidas en la LOTTT y el Reglamento de Ley Orgánica del Trabajo, calculadas todas ellas en función de un salario base mensual que acumula dentro de un pago único los conceptos prestacionales determinados como preaviso, utilidades, bono vacacional, entre otros; exceptuando lo causado por concepto de prestación de antigüedad.

Este contrato paquete tiende a dar paso a las desigualdades salariales entre trabajadores que desempeñen igual cargo, por cuando, no es considerada en función de la categorización del cargo, sino en función del resultado, en donde los beneficios paquetarios no inciden económicamente siendo uno de los componentes más importante de la desigualdad del ingreso.

La desigualdad que arroja la figura de los contratos paquetes es fruto de las decisiones individuales de contratación laboral que tienden a incentivar o al desestímulo de la inversión en el capital humano, que puede abrir nuevamente la brecha que distingue entre hombres y mujeres aptas y capacitadas para el desempeño de determinados puestos de trabajo, en la búsqueda de alternativas remunerativas diferentes a las del salario fijo, accediendo a la mayor competitividad y flexibilidad de los costos laborales. Estos paquetes remunerativos comprenden además del ingreso fijo, pagos por productividad y beneficios que no necesariamente son económicos sino que también pueden ser beneficios sociales, pero que no garantizan la seguridad social.

Desde hace algunos años atrás y a raíz de la globalización y flexibilización de las relaciones de trabajo, las remuneraciones han perdido la preeminencia de satisfacer necesidades, sino que se ha traducido en la necesidad de ganar más dinero que no se corresponde en cantidad con calidad, se puede argüir que es producto de la pérdida del valor adquisitivo resultante de la situación inflacionaria que arropa al Estado.

Por su parte los ajustes salariales, que tienden a fijar de cierta forma la igualdad salarial de manera no discriminativa, no es garantía de satisfacción en el cargo que se desempeña, por cuanto el traba-

jador/a percibe que dicho aumento no cubre la pérdida del valor real de su ingreso desconociendo el esfuerzo que el empleador hace para realizar tal medida, es por ello que emigra a la preferencia de contratos por paquetes o bajo la figura de honorarios profesionales, en el cual cree que puede adquirir muchos más beneficios no dando valor al adiestramiento que pueda recibir y que a su vez tiende a enmarcarse en las diferencias objetivas permitidas legalmente para determinar el real salario en las remuneraciones implantadas en razón de las capacidades, calificaciones, idoneidad, responsabilidad o productividad; así como no dan valor a los beneficios, reconocimientos, a la comunicación.

Este nuevo paradigma de paquetes remunerativos, no sólo atenta contra el principio de la igualdad salarial a trabajo en igual condiciones, sino que al mismo tiempo le va restando importancia a las contrataciones o acuerdos colectivos, debilitando la esencia de figura sindical que persigue la defensa de todos los derechos laborales, destacando la garantía al derecho de salud y seguridad en el trabajo, educación formativa, transporte, equipos, servicios, y otros de igual relevancia. Es así, como a través de las negociaciones colectivas se les garantiza a todos los trabajadores/as los mismos beneficios para evitar discriminación o desigualdades, el cual fue traducido casi literalmente a los contratos individuales y, el hoy denominado contrato por paquete remunerativo.

8. A modo de conclusión

Concretar el ideal del principio “a trabajo igual, salario igual”, es asumir la no discriminación remunerativa como garantía de igualdad y equidad en el Derecho del Trabajo, constituyéndose este como una de las metas fundamentales que aspira alcanzar las ciencias jurídicas, pues esto no es más que la demanda de igualdad en la distribución de las ventajas y cargas que la sociedad atribuye a cada uno de los elementos que la componen (Estado – empleador – trabajador). El verdadero y correcto sentido del principio de igualdad, no excluye, sino que impone, la necesidad de establecer distingos entre aquellos que no se encuentran en idéntica situación. Para alcanzar la equidad, tales diferencias deberán poseer un sentido inversamente proporcional al de las fuerzas que en la realidad condicionan la desigualdad de las posiciones que cada uno ocupa.

Reconocer la existencia de un tratamiento jurídico diferencial no necesariamente es contrario a derecho, sino que solamente lo será cuando el mismo esté sustentado en motivaciones discriminatorias; esto es, cuando las distinciones reposan en consideraciones jurídicamente inaceptables y por lo tanto ilícitas. El amparo contra la discriminación, necesariamente supone que las motivaciones o fundamentos de un tratamiento desigual, sean contrarias a derecho.

Asumir la importancia que actualmente posee el trabajo del hombre, hace que la determinación del salario se erija como una de las pautas fundamentales para valorar los criterios de igualdad y equidad imperantes en la sociedad. La fijación de la retribución va más allá de su dimensión económica, en tanto que representa una medida del valor que la sociedad manifiesta a través del Estado, le atribuye al desempeño laboral de cada individuo, apareciendo como un elemento apto para asignar posiciones sociales e incluso como un parámetro para medir la dignidad personal. Por ello, la perspectiva comparativa, interpersonal e intertemporal, que obligatoriamente se adjudica el salario, está íntimamente relacionada con el sentido de la igualdad y equidad, que es capaz de generar la conciencia social, y plasmar el ordenamiento jurídico.

Comprender la trascendente dimensión que asume el salario en nuestra vida cotidiana, ha quedado reflejada en multiplicidades de normas de primer nivel jerárquico, tanto nacionales como internacionales, que proclaman a la máxima “igual salario para trabajo de igual valor”, como un postulado emergente de la actual conciencia jurídica universal, como inherente a la persona humana.

En nuestro ordenamiento jurídico, el principio de igualdad se erige como uno de los derechos sociales fundamentales a tutelar, porque así lo consagra de la disposición contenida en el artículo 91 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, y de todas las convenciones y declaraciones internacionales a las que se ha adherido nuestro país. Este principio de igualdad de salario por igual trabajo, se proyecta sobre la materia salarial, proscribiendo toda diferenciación retributiva que tome como punto de partida una pauta de carácter discriminatorio. En este sentido, la jurisprudencia expuesta por el Tribunal Supremo de Justicia, ha ratificado la posición que reiteradamente ha mantenido respecto, a que el principio de igualdad no proscribire un tratamiento desigual para quienes son sustancialmente diferentes.

Ante todo lo expuesto, se pueden extraer y resumir algunas ideas esenciales, como lo es el hecho que el ordenamiento jurídico venezolano, exhibe al principio de igualdad como uno de sus principales objetos de tutela, principio este que también es aplicable a la materia salarial; esto implica que nuestro ordenamiento considera ilícitas las distinciones salariales que tengan una motivación discriminatoria. Sin embargo, no resulta ilícito que el mayor valor que exhiba el desempeño laboral de un trabajador, lo haga merecedor a un salario superior al que percibe otro trabajador que se desempeña al mismo tiempo en su misma categoría laboral. Esta distinción salarial no solamente es lícita, sino que además se presenta como un imperativo elemental de justicia; admitiendo causas objetivas de evaluación del desempeño, desarrollo, capacitación, entre otros.

Es de establecer, que la potestad del empleador/a de determinar salarios diferenciales para trabajadores/as que ocupan la misma categoría, es un corolario que se desprende de la correcta hermenéutica del principio de igualdad, sin que resulte necesario acudir a la noción de autonomía de la voluntad, de restringida aplicación para el Derecho del Trabajo, para explicar el fundamento de dicha facultad. En materia de determinación del salario queda excluida absolutamente la licitud de una actuación arbitraria o meramente caprichosa del empleador/a, quien en consecuencia, solamente podrá fijar salarios diferenciales cuando existan pautas objetivas, tales como por ejemplo, la cualificación, antigüedad, experiencia y disposición hacia el trabajo, productividad, que permitan concluir que el trabajador beneficiado por la mayor retribución, aporta un trabajo de mayor valor que el desarrollado por aquél con quien se compara.

Las pautas de objetividad exigible a la actuación del empleador/a, se reduce a una mínima expresión cuando la situación no está referida a trabajadores/as que comparten al mismo tiempo, la misma categoría. En los casos en que se trata de la sustitución de un trabajador/a por otro, nada impide que un empleador/a, inspirado en circunstancias absolutamente subjetivas, como la afinidad o el afecto, fije un elevado salario al único trabajador/a que se desempeñaba en la categoría y luego otro sensiblemente inferior a otro que lo sustituye.

Por otra parte, no puede considerarse que otorgar una mayor remuneración por encima del mínimo salarial, en base a circunstancias objetivas como la antigüedad en el cargo, la eficacia de los servicios y otras parecidas, suponga un trato discriminatorio prohibido.

Partir del paradigma de la flexibilidad laboral producto de la globalización e intercambio económico, y los grandes avances tecnológicos, es asumirlo como sinónimo de aumento de la desigualdad salarial donde la educación ni la estructura institucional del mercado de trabajo parecen haber contribuido a la disminución de las diferencias entre los salarios de los trabajadores cualificados y no cualificados. Con base en ello, los movimientos sindicales para lograr su funcionabilidad deben trabajar por la sinergia y armónica convivencia de trabajadores/as y empleadores/as para que redunde la mejor redistribución salarial que elimine la discriminación salarial y alcance el ideal de igualdad y equidad remunerativa.

Referencias bibliográficas

- ALONSO OLEA, Manuel (1987). "Igualdad y desigualdad en las remuneraciones. Consideraciones sobre la libertad contractual en torno a la fijación de los salarios, al hilo de una sentencia constitucional", en *El Salario, Estudios en Homenaje al Américo Plá Rodríguez*, T. I, Amalio Fernández, Mdeo.
- BERENSTEIN, Alexandre (1987). "A igual trabajo, igual salario", en *El Salario, Estudios en Homenaje al Prof. Américo Plá Rodríguez*, T. I, Amalio Fernández, Mdeo.
- CAAMAÑO ROJO, Eduardo (2000). El principio de igualdad de trato en el derecho del trabajo. *Revista de Derecho*, Universidad Católica de Valparaíso, volumen XXI.
- CABANELLA, Guillermo (1964). *Contrato de trabajo, Parte General*, vol. II, Omeba, Bs. As.
- CALDERA, Rafael (1984). *Derecho del Trabajo*. Editorial El Ateneo Buenos Aires. Segunda Edición 8va Reimpresión.
- CHALANGA, Ricardo y GARCÍA, Ana (1995). "Las normas internacionales sobre Derechos Humanos como fuente del Derecho del Trabajo", en *Treinta y seis Estudios sobre las Fuentes del Derecho del Trabajo*, AA.VV., FCU, Mdeo.
- CARBALLO MENA, César; VILLASMIL PRIETO, Humberto (1999). *Ley Orgánica del Trabajo y su Reglamento*. Universidad Católica Andrés Bello, Caracas.
- CHRISTINE, Roos (2004). "La ISP y la Equidad Salarial", En: *Mujer Andina, Vida y Salario*, ILDISFES/ UASB/CEPSI/ISP, Quito, Julio.
- CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA, Gaceta Oficial, N° 36.860, del 30/12/1999.
- DE LA CUEVA, Mario (1975). *Derecho mexicano del trabajo*, T. I, 5ª ed., Porrúa, México, 1960.
- DEVEALL, Mario L. (1948). *Lineamientos de Derecho del Trabajo*, TEA, Bs. As.
- DÍAZ DE VALDÉS, José Manuel (2014). La prohibición de una discriminación arbitraria entre privados. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*. XLII Valparaíso, Chile, 1er Semestre. pp. 149-186.
- FRASCAROLO, Carlos A. (2008). "Discriminación en materia laboral", *Revista de la Facultad de Ciencias Sociales-UNLZ*- Año IV Número 40, pp03-08.

- GARY S., Becker (1971). *The Economics of Discrimination*. University of Chicago Press 1957. Segunda Edición.
- GOLDMAN, Alvin (1987). "Una perspectiva comparativa sobre la determinación de la remuneración del trabajador", en *El Salario, Estudios en Homenaje al Profesor Américo Plá Rodríguez*, T. I, Amalio Fernández, Mdeo.
- HERNÁNDEZ ÁLVAREZ, Oscar (1999). *Comentarios a la Ley Orgánica del Trabajo* 2da Edición. Tipografía y Litografía Horizontes C.A. Barquisimeto Estado Lara.
- KROTOSCHIN, Ernesto (1968). *Instituciones de Derecho del Trabajo*, 2ª ed., Depalma.
- KROTOSCHIN, Ernesto (1984). *La remuneración del trabajador*, Depalma.
- Ley de Emolumentos y Jubilación de altos funcionarios publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.592, de fecha 12/01/2011.
- Ley del Estatuto de la Función Pública Gaceta Oficial No. 37.522 de fecha 06 de septiembre de 2002.
- Ley Orgánica del Trabajo, Los Trabajadores y Las Trabajadoras: República Bolivariana de Venezuela, Gaceta Oficial N° 6,076, Extraordinario del 07-05-2012.
- MARTINEZ VIVIT, Julio J. (1987). "La remuneración de la trabajadora. El principio de igual remuneración por un trabajo de igual valor", en AA.VV., *El Salario, Estudios en Homenaje al Prof. Américo Plá Rodríguez*, T. I, Amalio Fernández, Mdeo.
- MUIÑO FULCO, Ramón (1995). "El principio de igualdad y las fuentes del Derecho del Trabajo", en *Treinta y seis estudios sobre las fuentes del Derecho del Trabajo*, FCU.
- MUIÑO FULCO, Ramón (1981). "Principio de equiparación salarial", *Revista de Derecho Laboral*, T. XXIV, N° 121-124, enero-diciembre.
- OELZ, Martin; OLNEY, Shauna; TOMEI, Manuela (2013). *Guía introductoria Igualdad Salarial*. Organización Internacional del Trabajo. Copyright © Organización Internacional del Trabajo 2013 Primera edición.
- OIT (2003). *La hora de la igualdad en el trabajo. Informe global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo. Informe del Director General (Informe I, Parte B) a la 91ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo* (2003). Ginebra.

- PALOMEQUE LÓPEZ, Carlos (1983). *Despidos discriminatorios y libertad sindical*, Civitas, Madrid.
- PLÁ RODRÍGUEZ, Américo (1956). *El Salario en el Uruguay*, T. II, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Mdeo.
- Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo, publicada en la Gaceta Oficial N° 38.426 de fecha 28/04/2006.
- REYES PONCE, Agustín (2004). *Administración de Personal. Sueldos y Salarios*. Editorial Limusa S.A.
- ROSS, Alf (1977). *Sobre el Derecho y la Justicia*, 4ª edición, Eudeba, Bs. As.
- TOMEI, Manuela (2003). "Análisis de los conceptos de discriminación y de igualdad en el trabajo", en *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 122, núm. 4.
- VÁZQUEZ VIAIARD, Antonio (1996). *Derecho del Trabajo y la Seguridad Social*, T. I, 7ª edición, Astrea, Bs. As.
- VÁZQUEZ VIAIARD, Antonio (1965). "Igual remuneración por igual tarea", en *Revista Argentina Derecho del Trabajo*.

La conciliación y mediación en el proceso laboral venezolano

Conciliation and Mediation in the Venezuelan Labor Process

Francisco Merlo *
Mónica Traspuesto **
Rosalux Galíndez ***

Recibido el 20/10/2014

Aceptado el 31/10/2014

* Abogado por la Universidad Santa María (Caracas), con Especialización en Derecho Procesal Civil. Juez Quinto de Primera Instancia de Sustanciación, Mediación y Ejecución del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Estado Lara.
fjmerlov@gmail.com

** Abogada por la Universidad Fermín Toro (Barquisimeto), con postgrados en Derecho Laboral y Derecho Administrativo. Jueza Cuarta de Primera Instancia de Sustanciación, Mediación y Ejecución del Trabajo de la Circunscripción judicial del Estado Lara.
monican79@hotmail.com

*** Abogada por la Universidad Fermín Toro (Barquisimeto), con Especialización de Derecho Laboral y Maestría en Ciencias Jurídicas. Jueza Temporal del Juzgado Sexto de Primera Instancia de Sustanciación, Mediación y Ejecución del Trabajo del Estado Lara. 04 de junio de 2010 hasta abril 2014. Rosaluxg@hotmail.com
Venezuela

RESUMEN

El presente trabajo desarrolla la conciliación y la mediación como mecanismos alternos de resolución de conflictos en el proceso laboral venezolano en el marco del Estado Social de Derecho y de Justicia consagrado en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, con fundamento en lo establecido en las Leyes Adjetiva y Sustantiva Laboral. El estudio se inicia con exposición de sus bases teóricas; el nuevo paradigma en el proceso laboral venezolano, análisis del Estado Social de Derecho y de Justicia, el derecho de acceso a la justicia, la tutela judicial efectiva, los derechos fundamentales. Seguidamente los medios alternos de resolución de conflictos en el proceso laboral venezolano, el conflicto laboral; las tendencias del derecho comparado en la regulación de la conciliación y mediación judicial antes de 2003, y la conciliación y mediación como mecanismo alternativo de resolución de conflicto y el proceso laboral venezolano. Por último, se presentan las conclusiones y recomendaciones.

Palabras clave: mediación, conciliación, proceso laboral.

ABSTRACT

This study develops conciliation and mediation as alternative mechanisms for conflict resolution in the Venezuelan labor process in the framework of the Rule of Law and Justice enshrined in the Constitution of the Bolivarian Republic of Venezuela, the basis for what is established in the Adjective and Substantive Labor Laws. The study begins with a statement of its theoretical foundation: the new paradigm in the Venezuelan labor process, analysis of the Rule of Law and Justice, the right of access to justice, effective judicial protection and fundamental rights. Then, alternate means for conflict resolution in the Venezuelan labor process, labor disputes, trends in comparative law regulating judicial mediation and conciliation before 2003, and conciliation and mediation as an alternative dispute resolution mechanism and the Venezuelan labor process are examined. Finally, conclusions and recommendations are presented.

Key words: mediation, conciliation, labor process.

Introducción

Según Carcova (2001: 7), los jueces en ese constante proceso de creación de situaciones de derecho a partir de la aplicación de normas, no solo crean derecho o aplican el irrestricto contenido de la norma. La labor de impartir justicia es supremamente compleja y profunda, precedida de procesos de creación, valoración, interpretación, estudio, reflexión, idealización (de una justicia perfecta), etcétera. Actividad que no puede estar dissociada de la realidad quedándose en un método irreflexivo de aplicación estricta de la ley, mucho menos cuando la naturaleza y fin de la Ley trasciende a la regularización de la conducta del hombre y de la sociedad para alcanzar y garantizar la paz social.

Atendiendo a esta perspectiva, el Poder Judicial se ha ido modernizando y deslastrado, en buena parte de más jurisdicciones, de formalismos extremos que impedían poder identificar la verdad material para sobreponerla a la verdad procesal, y así garantizar la justicia.

El papel pasivo tradicionalmente asignado al juez ha sido sustituido por uno más activo, creativo y reflexivo, mas identificado al voluntarismo estructurado, que al juzgar se atiende a realidades y no al simple positivismo, pero con observancia de reglas de juzgamiento, porque éste actuar no puede ser libertino o caprichoso.

Tal y como afirma HART(1963 [Citado por Carcova, 2001: 11 y ss.]), hoy día lo propio no es estudiar la palabra “derecho”, sino entender y reflexionar el sistema jurídico contemporáneo, sobre la base de entender las prácticas sociales que lo sustentan, porque precisamente, los jueces cuando juzgan interpretan, valoran, deslindan, estipulan, reflexionan, aprecian intuitivamente y determinan las conductas probas o no de quienes participan en el debate (proceso judicial) para crear o restituir situaciones de derecho, pero no de manera caprichosa sino como seres sociales e integrantes de la sociedad y corresponsables de la garantía de paz social que ofrece el Estado.

De allí que se asevera que ya la labor de impartir justicia lleva consigo una indefectible esencia filosófica, ese proceso de toma de decisiones por parte de los jueces y juezas requiere la valoración de juicios sobre cuestiones morales desarrolladas en normas ya tipificadas las cuales aceptan ciertas conductas o imponen sanciones a las que se apartan de ello pero que también deben ser acordes con las realidades sociales que impregnan ese proceso.

Tal y como afirma el Magistrado Perdomo, cuando a través del actuar de los jueces y juezas, se renueva la hermenéutica constitucional como proceso continuo y holista entre Derecho, política y moral, con alta sensibilidad hacia la discriminación, el marginamiento y la exclusión, se contribuye a erradicar la desigualdad entre quienes in-

tegran esta gran sociedad, brindando igualdad de condiciones a todos los ciudadanos mediante la aplicación consiente de las normas adaptadas a la sociedad, sus necesidades y realidades, para que así, todos tengan en igual medida, oportunidad de avanzar y desarrollarse como persona (Perdomo, s/f).

Así las cosas, las dos orientaciones fundamentales del derecho de acceso a la justicia -formal y material- son necesariamente complementarias. Estos obstáculos se pueden presentar en mayor o menor grado dependiendo de las características del ciudadano al cual se le deba brindar el apoyo o la protección requerida. Todos estos elementos en conjunto evidentemente son fundamentales para lograr erradicar tanto los obstáculos que se presentan a los justiciables para el acceso a la justicia como la pobreza mediante la disminución de la desigualdad entre los ciudadanos de esta sociedad.

De acuerdo con el Artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela¹, toda persona tiene derecho de acudir a los órganos jurisdiccionales a los fines de hacer valer sus derechos e intereses, incluso los colectivos o difusos, a la tutela efectiva de los mismos y a obtener con prontitud la decisión correspondiente; asimismo el Artículo 257 del mismo texto, establece que el proceso constituye un instrumento fundamental para la realización de la justicia.

En este sentido, cualquier persona tiene derecho de acudir ante los órganos jurisdiccionales con el objeto de someter a la consideración de éstos su pretensión o pretensiones, mediante el ejercicio del derecho de acción, correspondiendo al operador de justicia decidir la cuestión en los términos establecidos en la constitución y las leyes.

Generalmente, se suele ver el proceso judicial como una dinámica de controversia, de juzgamiento y de decisión, en la que un sujeto investido de autoridad (Juez) dirime el conflicto entre adversarios (demandante y demandado).

Sin embargo, el Artículo 253 de la Constitución incluye en el sistema de justicia a los medios alternativos de solución de controversias; y el Artículo 258 eiusdem impone la promoción legal del “arbitraje, la conciliación, la mediación y cualesquiera otros” instrumentos de manejo de conflictos.

En Derecho Procesal Laboral, en ejecución directa de estas normas de máximo rango, el Artículo 6 de la Ley Orgánica Procesal del

1 Publicada en la Gaceta Oficial de la República N° 5.453, Extraordinario, de fecha 24 de marzo de 2000.

Trabajo (LOPT)² ordena que exista “a lo largo del proceso, la posibilidad de promover la utilización de medios alternativos de solución de conflictos, tales como la conciliación, mediación y arbitraje”.

Como sostiene Cuenca, adicionalmente “otras leyes venezolanas receptan dichos medios para resolver las controversias, observándose la incorporación de los mismos en casi toda la legislación promulgada con posterioridad a la Constitución mencionada [1999], entre ellas [...] la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia (2005), Ley Orgánica del Poder Público Municipal (2005). También con anterioridad, la legislación receptó estos medios como por ejemplo Ley Orgánica de Justicia de Paz (1994), Ley de Arbitraje Comercial (1998), Ley Orgánica de Protección de Niños y Adolescentes (1998), el Código Civil (1982), entre otras, aunque no con el impacto que ha logrado la mediación laboral, en cuyo ámbito destaca que más del 80% de las causas ingresadas a los tribunales laborales venezolanos, son resueltas a través de la mediación intrajudicial” (Cuenca, 2007: 32).

Con fundamento en lo anterior, en este artículo pretendemos alcanzar los siguientes objetivos:

1. Analizar el marco del Estado Social de Derecho y de Justicia y la conciliación y mediación, como mecanismos alternos para la resolución de conflictos en el proceso laboral venezolano.
2. Describir la conciliación y la mediación, como mecanismos de solución de las controversias en los procesos laborales.
3. Determinar la oportunidad para aplicar la conciliación y mediación como medios alternos de solución de conflictos en el proceso laboral venezolano.
4. Describir el avance en la jurisdicción laboral con la aplicación directa de los medios alternos de resolución de conflictos, específicamente la conciliación y la mediación.

Estado Social de Derecho y de Justicia

Desde la entrada en vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999), nos hemos adentrado en un fenómeno jurídico conocido como constitucionalización del proceso y de sus garantías, siendo uno de los principios fundamentales de ésta el

2 Publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 37.504, de 13 de agosto de 2002.

consagrado en el artículo 2, que proclama que la República Bolivariana de Venezuela se constituye en un *Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia*. Con ello nuestra constitución se ha incorporado a la corriente del *Constitucionalismo Social*, que define al Estado como aquel que proporciona bienestar al ciudadano, buscando y logrando satisfacer necesidades básicas del colectivo, tales como: salud, educación, vivienda, pensiones, trabajo, *justicia*, entre otros derechos fundamentales del hombre.

Esta corriente descansa en la premisa de la fuerza vinculante que existe entre la realidad social, el derecho y la justicia, e impone la observación sociológica de los hechos para inferir la veracidad de la realidad misma, en el sentido trascendente que los mismos tienen en la sociedad y sus exigencias, a cuyo servicio debe estar el derecho y la justicia, en aras de tutelar los derechos humanos.

Sobre el contenido del Estado Social, se ha pronunciado el máximo Tribunal, mediante Sentencia No. 85 de la Sala Constitucional de fecha 24 de enero de 2002. Efectuando una interpretación constitucional de los efectos del Estado Social de Derecho, sobre el imperio de la autonomía de la voluntad de los particulares y el deber del Estado de proteger los intereses de los llamados débiles jurídicos, mediante el establecimiento y reconocimiento de las limitaciones a la voluntad contractual, lo que ciertamente, permitirá al poder judicial cumplir con su función de tutelar al débil como valor jurídico, pues no puede existir una protección constitucional a expensas de los derechos fundamentales de otros.

En este orden de ideas, es indispensable que el Estado cumpla con su obligación de proporcionar seguridad y certidumbre jurídicas a los gobernados, a través de las instituciones judiciales verdaderamente imparciales, independientes y modernas, donde se imparta justicia sin importar la situación económica, social, o cultural del justiciable. Ello es condición para garantizar estabilidad y permanencia de la democracia, las libertades económicas y el respeto a los derechos humanos.

Entonces, el *Estado Social*, en la actualidad forma las bases político-ideológicas del sistema de economía social de mercado. En términos más recientes, incorpora a su propia denominación el concepto de Estado de derecho, dando lugar a la expresión Estado de derecho social (*sozialer Rechtsstaat*) y también, además, al concepto de Estado democrático, dando lugar a la expresión Estado social y democrático de derecho. Así las cosas, es importante destacar que el Estado Social busca la integración social en la medida que pretende conciliar los intereses antagónicos de los diversos sectores de la sociedad, vale decir, tutelar diferencias acortando las desigualdades culturales, económicas, sociales, etc. y de esta manera garantizar que el

ciudadano pueda optar por actuar individualmente o incorporarse a organizaciones intermedias de la sociedad y el Estado estará siempre dispuesto a reconocerlas y promoverlas.

Sobre este particular, Combellas (1979: 795) expresa lo siguiente “El Estado Social de Derecho es de la integración social, dado que pretende conciliar los intereses cancelando los antagonismos clasistas del sistema industrial”. Por su parte, García Pelayo citado por Muñiz (1980) sostiene que es la capacidad del Estado Social “para producir la integración de la sociedad nacional, o sea, el proceso constante y renovado de conversión de una pluralidad en una unidad, sin perjuicio de la capacidad de autodeterminación de las partes”.

En fin, siguiendo a Colmenarez (2012) la cláusula del Estado Social de Derecho exige del Estado un esfuerzo sostenido y denodado para promover y realizar el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones de diversa índole que faciliten a todos y cada uno de los miembros de la comunidad política la mayor realización material y espiritual, con pleno ejercicio de los derechos y garantías fundamentales. En este mismo orden de ideas, la antes referida sentencia emanada de la Sala Constitucional del TSJ, en la sentencia créditos indexados sostiene que en el Estado Social de Derecho es importante concebir la ley sobre la base de “principios tendentes en lo posible a alcanzar el bien común, y no como una normativa que se aplica por igual a realidades desiguales, ya que el no hacerlo conduce a la injusticia.

En el Estado Social de Derecho planteado y desarrollado en la Carta Magna, no solo se contempla elementos normativos o afirmativos de la democracia participativa y protagónica con amplio espectro y matiz social, sino que en su mismo postulado “Estado Social y de Justicia” delimita su objetivo principal, que no es otro que brindar, a través de políticas y sistemas normativos adecuados, una justicia que hasta ahora había sido esquiva para la sociedad.

Se plantea una nueva manera de interpretar y reinterpretar las disposiciones que conforman el orden jurídico, para hacerlo compatible con las exigencias de justicia social e igualdad material, porque el Derecho objetivo es un conjunto normativo, pero no desprovisto de una sustancia social (tengamos presente siempre que el derecho vino a reglar la conducta del hombre en la sociedad y por tanto no es estático sino que se amolda a las realidades sociales existentes) esto es, se considera que el Derecho, en especial los derechos fundamentales no sólo implican una vigencia formal, sino también las condiciones materiales para permitir un ejercicio y goce efectivo de los derechos contenidos en el marco jurídico, político y social existente en la nación.

Una de las necesidades esenciales de todo Estado, en especial de un *Estado Social y Democrático de Derecho y de Justicia* es contar con la debida administración de justicia, pues a través de ella se protegen

y hacen efectivos los derechos, las libertades y las garantías de la población; *la garantía del acceso a la justicia* es un postulado esencial para la tutela efectiva de los derechos constitucionales. La administración de justicia es una función estatal de suma importancia y es establecida en constitucionalmente como una garantía individual el acceso a la misma, tal como se refleja en su artículo 26, el cual forma parte del Título III (De los Deberes, Derechos Humanos y Garantías), que además de garantizar el libre acceso a la Justicia establece que ésta será “gratuita, accesible, imparcial, idónea, transparente, autónoma, independiente, responsable, equitativa y expedita, sin dilaciones indebidas, sin formalismos o reposiciones inútiles”.

Derecho de acceso a la justicia

El acceso a la justicia tiene dos connotaciones, la formal y material, necesariamente complementarias, pues carece de acceso real a la justicia el ciudadano que por su escasa instrucción, o por la ausencia de medios económicos, no puede hacer uso de los mecanismos que proporciona el Estado para la resolución de conflictos. También este derecho a una tutela judicial se limita por la escasez o inadecuada situación de las sedes judiciales, la carencia de suficientes recursos materiales y humanos para una efectiva prestación de la tutela judicial que en definitiva no es más que la falta de asignación de un presupuesto adecuado a las necesidades reales del sistema de justicia.

Admitiendo que tales aspectos materiales son de vital importancia, no obstante, resulta oportuno resaltar, los obstáculos que existen en el acceso formal a la justicia. Así pues, consideramos que los principales obstáculos, en este momento histórico, para el acceso de las personas a la justicia, se ubican dentro del aspecto u orientación formal a pesar del pleno vigor de la Constitución de la República y los principios consagrados en ella para la humanización de los procesos judiciales, pero que, sin embargo, aún persisten en el ordenamiento jurídico de los procesos judiciales venezolanos, muy alejados de la simplificación, uniformidad y eficacia de los trámites, de un procedimiento breve, oral y público, donde no se sacrifique la justicia por la omisión de formalidades no esenciales y se garanticen tramites expeditos, sin dilaciones para obtener una respuesta oportuna.

En el marco de la nueva Constitución que consagra el Estado Social y Democrático de Derecho y de Justicia, la responsabilidad de los ciudadanos y la intervención del Estado en la solución de los conflictos adquiere una dimensión diferente, en la que los ciudadanos deben reconocer el alcance de las soluciones pacíficas, como integrantes de la sociedad, y el Estado, por su parte, debe crear las condiciones del dialogo racional respetando las autonomías individuales en la mayor medida posible (Escarrá, 2000).

La justicia debe ser interpretada a la luz de la nueva Constitución y en esta interpretación hay trascendencia de una legalidad formal a una justicia material que implica accesibilidad para el ciudadano, transparencia, idoneidad, autonomía, independencia, responsabilidad, equidad y rapidez (Ibíd).

Si bien es cierto que se ha avanzado significativamente en materia laboral, de familia y agraria, no es menos cierto que con el resto de la jurisdicción civil se mantiene una deuda social y legislativa, pues aún subsisten procedimientos judiciales muy alejados del mandato constitucional de establecer la oralidad en los procesos, con sus secuelas de inmediatez y concentración, diseño que plantea procesos orales con actos escritos de introducción: demanda y contestación, y con un adecuado registro de las actuaciones, lo que ayudará a prestar efectivamente la tutela judicial que requieren las personas.

Tutela judicial efectiva

En sentencia de fecha 10 de mayo de 2001, N° 708, expediente N° 00-1683 referida a la tutela judicial efectiva la Sala Constitucional del TSJ expresó:

“En un Estado social de derecho y de justicia (art. 2 de la vigente constitución) donde se garantiza una justicia expedita si dilaciones indebidas y sin formalismo o reposiciones inútiles (art. 26 eiusdem), la interpretación de las instituciones procesales debe ser amplia, tratando que si bien el proceso sea una garantía para que las partes puedan ejercer su derecho de defensa, no por ello se convierta en una traba que impida lograr las garantías que el art. 26 constitucional instaure”.

De acuerdo con lo establecido en el artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (CRBV) (1999), toda persona tiene derecho de acudir a los órganos jurisdiccionales a los fines de hacer valer sus derechos e intereses, incluso los colectivos o difusos, a la tutela efectiva de los mismos y a obtener con prontitud la decisión correspondiente; asimismo el artículo 257 del mismo texto constitucional, establece que el proceso constituye un instrumento fundamental para la realización de la justicia. Así, se tiene que el fin último de todo proceso debe ser la realización de la justicia, la cual no solo se consigue con la obtención de la sentencia definitiva, sino que también depende de la tutela efectiva de los derechos de las partes durante el curso del proceso, todo lo cual supone la aplicación de la máxima “la justicia tardía no es justicia”.

En este orden de ideas, el derecho a la tutela judicial efectiva está dirigido a garantizar un proceso judicial eficaz que permita a los particulares reestablecer una situación jurídica vulnerada y está conformada

por el derecho de acceso al órgano jurisdiccional; el debido proceso, el derecho a la defensa, el derecho a la gratuidad de la justicia; el derecho a obtener con prontitud la decisión correspondiente; el derecho a la tutela cautelar y a la garantía de la ejecución de la sentencia³.

Derechos Fundamentales

Sostiene Nogueira (2003), que el constitucionalismo contemporáneo acentúa la voluntad política constituyente que establece preceptos que no sólo aseguran y garantizan la protección de los derechos fundamentales, sino también preceptos que obligan a los órganos del Estado y los poderes públicos a promover los derechos fundamentales, lo cual también se traduce en la obligación de brindar tutela judicial efectiva y garantizar la igualdad entre los ciudadanos con consideración de las diferencias que existan entre ellos, bien de índole cultural, social, étnica, religioso, etc.

La protección y promoción de los derechos fundamentales que constituye un deber de todos los órganos del Estado, lleva consigo el deber de desarrollar las acciones que remuevan los obstáculos que impiden el desarrollo de los derechos, por todos los medios que están a su alcance dentro de su ámbito competencial, por lo que el deber de sometimiento de todos los poderes a la Constitución y, por tanto, a los derechos fundamentales o esenciales, se deduce no sólo la obligación del Estado y sus órganos de no lesionar la esfera individual o institucional de los derechos fundamentales, sino también la obligación positiva de contribuir a la efectividad de tales derechos, y de los valores que representan, aun cuando una pretensión subjetiva por parte de alguna persona. Ello obliga especialmente al legislador, quien recibe de los derechos fundamentales “los impulsos y líneas directivas, obligación que adquiere especial relevancia allí donde un derecho o valor fundamental quedaría vacío de no establecerse los supuestos para su defensa” (Ibíd).

Así, se puede palpar como a través del uso de los medios alternos de resolución de conflictos, específicamente del deber de promover el uso de la conciliación y la mediación en todas las fases e instancias del proceso laboral, el Estado promueve la protección de derechos fundamentales a los justiciables, los hace co-participes y corresponsables de la administración de justicia.

3 Javier Perozo y Jessica Montaner. Frónesis v.14 n.3 Caracas dic. 2007. Tutela Judicial Efectiva en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Nuevo paradigma del proceso laboral venezolano

La Ley adjetiva laboral, la Ley Orgánica Procesal del Trabajo (LOPT) crea la Jurisdicción del Trabajo, con carácter autónoma, imparcial y especializada (Artículo 1) y determina los Tribunales del Trabajo, en diversos niveles, es decir, los que conocen en primera instancia; Tribunales Superiores que conocen en segunda instancia y el Tribunal Supremo de Justicia, en Sala de Casación Social (Artículo 14).

Estos órganos jurisdiccionales están organizados en *circuitos, coordinaciones y extensiones judiciales*⁴. La *primera instancia* está integrada por los Tribunales de Sustanciación, Mediación y Ejecución y por los Tribunales de Juicio del Trabajo. La *segunda instancia* está integrada por los Tribunales Superiores del Trabajo (Artículo 14 LOPT).

A los Juzgados de Primera Instancia de Sustanciación Mediación y Ejecución, les corresponde conocer de la primera fase del procedimiento, es decir, recibir la demanda (Artículo 123); aplicar el despacho saneador (Artículo 124); admitir y notificar (artículos 126 y 127). Luego, celebrar la audiencia preliminar (artículos 128 y 129) en la que se reciben las pruebas (Artículo 74) y el Juez debe promover la solución del conflicto mediante la mediación y la conciliación (Artículo 133). De no llegarse a un acuerdo, deberá declarar concluida la audiencia preliminar, agregar las pruebas (Artículo 74), recibir la contestación de la demanda (Artículo 135) y remitir el expediente al Tribunal de Juicio (Artículo 136).

A los Juzgados de Primera Instancia de Juicio del Trabajo corresponde conocer en primera instancia de la segunda fase del procedimiento o de juzgamiento (Artículo 17 LOPT), que consiste en admitir las pruebas promovidas (Artículo 75); desarrollar la audiencia de juicio (Artículo 150), en la cual se realiza el debate entre las partes (Artículo 151), se evacúan las pruebas (artículos 152 a 156) y se dicta la sentencia que dirime la controversia (Artículos 158).

Los Juzgados Superiores del Trabajo conocen del procedimiento en segunda instancia, es decir, de los recursos interpuestos por las decisiones que dicten los jueces de la primera instancia (Artículo 19).

En este contexto es necesario destacar que la Ley Orgánica Procesal del Trabajo prevé expresamente que “el Juez de Sustanciación, Mediación y Ejecución deberá, personalmente, mediar y conciliar las posiciones de las partes, tratando con la mayor diligencia que éstas

4 Cada una de estas modalidades se determinan en las resoluciones de creación de los tribunales laborales en cada estado de la federación venezolana.

pongan fin a la controversia, a través de los medios de autocomposición procesal” (Artículo 133), regulación que no existe para la fase de juicio, ni para la segunda instancia.

Ahora bien, la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, creadora y promotora del Anteproyecto de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, ha privilegiado la aplicación de la conciliación y mediación de los jueces laborales de sustanciación, sin que ello excluya a los jueces de juicio, a los jueces superiores y a la propia Sala, como lo expresó en la sentencia N° 18, de fecha 22 de febrero de 2005:

“Tal y como se desprende del contenido de la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, la audiencia preliminar constituye uno de los momentos fundamentales y estelares del proceso, ya que la misma está fundamentalmente dedicada a una concreción de los términos en que se ha planteado la litis, y sobre todo, porque está orientada a impulsar los medios de autocomposición procesal.

Ahora, si bien en esta fase preliminar, la Ley dispone que el Juez de Sustanciación, Mediación y Ejecución ejercerá funciones de conciliación y mediación para incitar a las partes en conflicto a lograr una solución mediante acuerdo, no obstante de ello, hay que precisar, que estando orientada la Ley hacia el estímulo de los medios de autocomposición procesal, debe entenderse entonces que en cualquier grado y estado de la causa se pudiera dar lugar a ello.

Es decir, ya sea que la causa esté ante el Juez de Juicio, el Superior o en la Sala de Casación Social, de acuerdo con tal orientación, tales Juzgadores pueden (aunque si bien no de igual manera) propiciar un acuerdo entre los sujetos en controversia, claro está sin manifestarse sobre el fondo de la misma, toda vez que la diferencia estriba en que el Juez de Sustanciación, Mediación y Ejecución, no cumple funciones para resolver el conflicto intersubjetivo de intereses planteado, caso contrario de los otros Juzgadores, quienes si tienen tales funciones.”

En este contexto, resulta claro que la Ley no restringe la aplicación de estos mecanismos o medios alternos, sólo al Juez que desarrolla la audiencia preliminar, ni siquiera los restringe a la primera instancia del proceso, pues el Artículo 6 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, establece en forma amplia y no restrictiva o privativa, que el Juez Laboral es el rector del proceso y debe impulsarlo personalmente, a petición de parte o de oficio, hasta su conclusión, ordenándole que tome en cuenta a lo largo del proceso, la posibilidad de promover la utilización de medios alternativos de solución de conflictos, tales como la conciliación, mediación y arbitraje.

Se debe resaltar el hecho de que el nuevo proceso laboral y los medios alternos de resolución de conflictos que tienen aplicación y vigencia en el mismo, irrumpe en la realidad jurídica venezolana en el en el marco del Estado Social de Derecho y de Justicia, consagrado en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Medios alternos de resolución de conflictos en el proceso laboral venezolano

Generalmente se suele ver el proceso judicial, como una dinámica de controversia, de juzgamiento y de decisión, en la que un sujeto investido de autoridad (Juez) dirime el conflicto entre adversarios (demandante y demandado). Pero precisamente orientados en la no conflictividad y la búsqueda de la paz social, el legislador paulatinamente ha incluido dentro del sistema de justicia, herramientas que mermen la conflictividad social y procuren la resolución de las diferencias que surjan dentro de la simbiosis e interactividad de cada uno de los individuos que conforman la sociedad. El Artículo 253 de la Constitución incluye en el sistema de justicia a los medios alternativos de solución de controversias; y el Artículo 258 eiusdem impone la promoción legal del “arbitraje, la conciliación, la mediación y cualesquiera otros” instrumentos de manejo de conflictos dentro de la prosecución de los procesos judiciales.

En materia laboral, en ejecución directa de estas normas, el Artículo 6 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo ordena que exista “a lo largo del proceso, la posibilidad de promover la utilización de medios alternativos de solución de conflictos, tales como la conciliación, mediación y arbitraje”, previsión legal de ámbito general, que incluye a todas las fases del procedimiento en primera instancia y en apelación.

Partiendo de la consagración del derecho al acceso a la justicia como un derecho humano, resulta conveniente destacar la importante vinculación entre el derecho de acceso a la justicia y los medios alternativos de solución de conflictos. Precisamente, dentro de la reforma institucional señalada por la Constitución Nacional de 1999, es donde se insertan los medios alternativos de solución de conflictos, como parte de esta reforma judicial, con la cual debe promoverse una sociedad con igualdad de oportunidades de acceso a la justicia y un Poder Judicial que verdaderamente garantice el Estado de Derecho en la siguiente asociación de palabras: Administración de Justicia, Seguridad Jurídica y Paz Social.

Para el logro de este objetivo el Estado Social de Derecho y de Justicia se propone el fortalecimiento de la justicia de paz y otros medios alternativos de solución de conflictos que coadyuven en mejorar el reducido acceso a la justicia debido a la condición de ine-

quidad en el acceso a la misma, derivada de la pobreza; no se tratan estos mecanismos de una estrategia destinada exclusivamente a aliviar la morosidad judicial y ayudar a descongestionar los tribunales, siendo lo correcto abordar el tratamiento de los Medios Alternativos de Solución de Controversias desde la perspectiva del Acceso a la Justicia enmarcados dentro del concepto del Estado Social de Derecho y de Justicia.

El Conflicto Laboral en la Legislación Venezolana

La materia de los conflictos laborales y los comunes -civiles y mercantiles- además de ser diversa, está revestida de atributos jurídicos particulares (Arráiz, 2008: 270 y ss). En la controversia común, los derechos de las partes tienen carácter patrimonial y disponible; en los enfrentamientos laborales están de por medio derechos sociales irrenunciables, que derivan de leyes de orden público, naturaleza especial que no se puede soslayar en la solución de los mismos⁵.

Para definir las disputas laborales, debe tomarse en consideración la regulación o el sistema normativo de cada país, en un contexto temporal determinado. El Artículo 37 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras⁶, establece:

5 Pasco Cosmópolis, Mario (1997) caracteriza a los conflictos laborales así: Según el interés: “Mientras el objeto litigioso común es generalmente económico, en la controversia laboral está presente un valor superior: el trabajo como actividad humana y personal” (p. 14). Despersonalización de las partes: “En la controversia laboral las partes tienen roles arquetípicos y representan, genéricamente, al capital y al trabajo. En cada litigio entre un trabajador y un patrono está reproducida la contradicción fundamental entre los factores de producción; no se trata, simplemente, de las personas naturales o jurídicas que contienen, sino de la permanente oposición de intereses que separa socialmente a las clases” (p. 16). Trascendencia: “En el proceso laboral [...] el trabajador es miembro de un grupo homogéneo, compacto. Detrás del pleito hay a la expectativa muchos casos similares, prestos a demandar aquello que el pionero encaró con éxito. El resultado trasciende instantáneamente a la masa, actúa como precedente para la solución” (p. 17). Desigualdad de las partes: “Las partes de la relación laboral son jurídicamente desiguales: al empleador le son conferidas facultades normativa, directiva y sancionadora cuyo correlato en el trabajador es el deber de cumplimiento, obediencia y disciplina” (p. 18).

6 Publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 6.076, Extraordinario, de 7 de mayo de 2012.

Objeto de la Ley

Artículo 1º. Esta Ley, tiene por objeto proteger al trabajo como hecho social y garantizar los derechos de los trabajadores y de las trabajadoras, creadores de la riqueza socialmente producida y sujetos protagónicos de los procesos de educación y trabajo para alcanzar los fines del Estado democrático y social de derecho y de justicia, de conformidad con la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y el pensamiento del padre de la patria Simón Bolívar.

Regula las situaciones y relaciones jurídicas derivadas del proceso de producción de bienes y servicios, protegiendo el interés supremo del trabajo como proceso liberador, indispensable para materializar los derechos de la persona humana, de las familias y del conjunto de la sociedad, mediante la justa distribución de la riqueza, para la satisfacción de las necesidades materiales, intelectuales y espirituales del pueblo.

En éste sentido, Venezuela siguiendo las ideas del Dr. Rafael Caldera, incluyó desde 1990 en el ámbito del Derecho del Trabajo a quienes prestan servicios en forma autónoma e independiente (Artículo 36 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras - LOTTT), lo cual amplía los límites de ésta disciplina jurídica y aparta de la senda acogida por la mayoría de las legislaciones que protegen sólo a quien presta servicios bajo contrato de trabajo en una empresa, establecimiento explotación o faena, donde hayan trabajadores y empleadores (Artículo 45 eiusdem), que se refiere a la entidad de trabajo⁷.

Por lo tanto, la definición de conflicto formulada en el contexto de éste trabajo, debe adaptarse a la regulación del trabajo en Venezuela, para delimitar las esferas de las disputas laborales: El conflicto laboral es la divergencia que se presenta en las situaciones y relaciones que genera el trabajo como hecho jurídico y social, en la cual las partes (individuales o colectivas) asumen diferentes conductas y actitudes, con la finalidad de satisfacer sus necesidades o proteger sus intereses, que se conducen o resuelven a través de mecanismos formales e informales, basados en la comunicación.

7 El Artículo 87 de la Constitución Venezolana de 1999 también incluye la actividad no dependiente en el Derecho del Trabajo.

Derechos e intereses laborales

En el Derecho del Trabajo se acogen dos distinciones sobre los conflictos laborales: por una parte el binomio individuales y colectivos, y por el otro lado los conflictos jurídicos y los de intereses.

Los *conflictos individuales y colectivos* guardan conexión directa con los intereses de los sujetos en conflicto. Para Castillejo (2003: 41) la disputa colectiva “ocurre cuando los intereses afectados pertenecen a toda la categoría profesional y no a los trabajadores individualmente considerados”, y agrega, “que cualquier solución con la que finalice el conflicto afectará a toda la categoría profesional y no sólo a los trabajadores que participaron directamente en él”.

Por el contrario, el conflicto individual “ocurre entre un trabajador y su empleador”; y aunque “varios trabajadores efectúen idéntico reclamo no lo transforma en colectivo, por cuanto el interés continúa siendo individual” y se estará en presencia de una contienda pluriindividual (Ibíd: 41-42).

Los conflictos individuales y colectivos pueden ser de intereses o de derechos. Bronstein (1995: 108) define a los *conflictos de derecho o jurídicos* como aquellos “que surgen con motivo de la interpretación de una regla jurídica preexistente, proveniente de una Ley, un convenio colectivo, un laudo o un contrato individual de trabajo”; y considera que los *conflictos de intereses o económicos* “se suscitan en torno a la creación de una regla jurídica nueva o la modificación de una existente”.

Según Ojeda (2007: 80), “la distinción se utiliza para asignar un distinto régimen jurídico a cada uno de ellos, bien sea en cuanto al procedimiento a seguir para su solución, bien en cuanto a los órganos a los que se asignan las funciones dirimentes”.

Agrega Bronstein (1995: 109-110) que “algunos autores consideran que la clasificación de los conflictos en de derecho y de intereses está hoy superada, debiendo más bien distinguirse entre los conflictos juzgables y los negociables”.

Pasco (1997) enumera las diferencias entre los conflictos de derecho y de intereses: *Por su origen*, las disputas jurídicas surgen del incumplimiento de un derecho preexistente; y las económicas, de la necesidad de modificar el régimen actual mediante el establecimiento de normas convencionales.

Por su ámbito personal, las controversias de derechos se dan en todos los ámbitos -individual, plural o colectivo-; las de intereses sólo en el ámbito colectivo.

Por su método procesal, la solución de los antagonismos jurídicos responde al proceso deductivo, utilizando la Ley como premisa ma-

yor y el caso concreto como premisa menor, para hallar una solución (conclusión); en cambio, en el campo de los intereses se aplica la inducción, desde el hecho particular se establece la norma general.

Por el marco referencial del fallo, la controversia jurídica se enmarca dentro del principio de la congruencia (límite de lo alegado y probado) y en la controversia de intereses no existen restricciones (ausencia de rigor formal que amplía los límites).

Por la naturaleza de la solución, la divergencia jurídica concluye con una sentencia o fallo jurisdiccional; la de intereses constituye derechos a través de nueva normativa.

Por su finalidad, el enfrentamiento jurídico tiene por objeto establecer el equilibrio, declarar el Derecho; el de intereses, crear un nuevo Derecho.

Por el alcance de la resolución, el fallo judicial tiene efectos únicamente para quienes intervinieron en el litigio, pero la resolución colectiva se expande con imperio general a la totalidad del colectivo, en forma similar a la Ley (Pasco, 1997: 28-29).

Se debe insistir que, a pesar de los esfuerzos de los autores, las anteriores distinciones no son suficientes para arropar toda la gama de posibilidades que por mandato del Artículo 1 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, arrojan las situaciones y relaciones jurídicas que genera el trabajo como hecho social.

Mecanismos de solución de conflictos laborales

Pasco (Ibíd) sostiene, que en materia de solución de conflictos jurídicos y de intereses se pueden distinguir los *procesos jurisdiccionales*, que versan sobre controversias jurídicas o de aplicación del Derecho preexistente; y *procesos jurisgénicos*, que dan nacimiento a nuevas normas jurídicas, que solucionan los conflictos de revisión, económicos o de intereses.

¿Qué conflictos deben resolver los jueces del trabajo? En Venezuela, la evolución de las competencias para el conocimiento de los conflictos laborales se inició con la Ley del Trabajo de 1936 (LT)⁸; luego, la Ley Orgánica de Tribunales y de Procedimiento del Trabajo (LOTPT)⁹; la Ley Orgánica del Trabajo (LOT); la Ley Orgánica Proce-

8 Cuya última reforma se publicó en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 3.219, Extraordinario, de fecha 12 de julio de 1983.

9 Publicada en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 26.226, del 19 de noviembre de 1959.

sal del Trabajo (LOPT) y por último, la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras (LOTTT).

El Artículo 241 de la Ley del Trabajo (derogada) establecía que los asuntos contenciosos del trabajo que no correspondieran a la conciliación ni al arbitraje; y en todo caso, las cuestiones de carácter contencioso que suscitara la aplicación de disposiciones legales y estipulaciones de los contratos de trabajo, los sustanciarían y decidirían los tribunales del trabajo, disposición que ratificó el Artículo 1 de la Ley Orgánica de Tribunales y de Procedimiento del Trabajo.

En primer lugar, se debe destacar que la competencia laboral estaba -y lo está actualmente- circunscrita a la solución de conflictos, de tal manera, que los tribunales laborales no tienen competencia en jurisdicción voluntaria o graciosa. En segundo lugar, la conciliación y el arbitraje a que se refieren las normas, estaban -y aún lo están- diseñados para la solución de conflictos colectivos de intereses, quedando los asuntos jurídicos -por aplicación de disposiciones legales o convencionales- en sede jurisdiccional.

Posteriormente, el Artículo 5 de la Ley Orgánica del Trabajo de 1990, establecía 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 sobre derechos individuales o colectivos* que surjan entre ellos, mediante una administración de justicia rápida, sencilla y gratuita” (cursiva agregada). Como se puede apreciar, la norma mezcla las distintas clases de conflictos, creando nuevas categorías, como conflictos colectivos de derechos y de intereses; y conflictos individuales de derecho y de intereses¹⁰.

En este contexto, corresponde a los Jueces del Trabajo la solución de los *conflictos laborales sobre derechos*, sean estos individuales o colectivos. Igualmente establece la norma citada que “los conflictos colectivos sobre intereses y los que se planteen para exigir el fiel cumplimiento de los compromisos contraídos se tramitarán de acuerdo con lo pautado en el Título VII de esta Ley” (Artículo 5

10 Afirma Pasco (1997: 24) que “la controversia individual económica [de intereses] sólo tiene existencia virtual, más no reconocimiento jurídico. No existe derecho individual para promover una controversia que conduzca a la revisión de la Ley, a la creación de la norma. Por tal razón, la tipología queda reducida a tres tipos de controversias: individuales, colectivas de derecho y colectivas de intereses. O si se quiere, desde la otra perspectiva, controversias jurídicas individuales y colectivas, y controversias económicas, que sólo pueden ser colectivas”.

LOT), por vía de la conciliación y el arbitraje ante la autoridad administrativa del trabajo (artículos 469 al 493 LOT).

Vigente la Ley Orgánica Procesal del Trabajo (2003), el Artículo 29 establece que los Tribunales del Trabajo son competentes para sustanciar y decidir los asuntos contenciosos del trabajo, que no correspondan a la conciliación ni al arbitraje; las solicitudes de calificación de despido o de reenganche, formuladas con base en la estabilidad laboral consagrada en la Constitución y en la legislación laboral; las solicitudes de amparo por violación o amenaza de violación de los derechos y garantías constitucionales establecidos en la Constitución, relaciones laborales como hecho social, de las estipulaciones del contrato de trabajo; de la seguridad social; y los asuntos contenciosos del trabajo relacionados con los intereses colectivos o difusos.

La norma adjetiva amplía la enumeración de competencias de los tribunales laborales, no obstante cambia el enfoque sobre la naturaleza del procedimiento, desplazando la visión adversarial, con la implementación de una fase de conciliación y mediación (artículos 15, 17 y 133 LOPT)¹¹.

La Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, en el ámbito procesal judicial, modificó la forma de notificación de los empleadores y el procedimiento de protección de la estabilidad.

Por último, se debe aclarar que existen conflictos individuales cuyo conocimiento no corresponden al Juez del Trabajo, como en aquellas situaciones en que se pretende el despido traslado o desmejora de trabajadores aforados (Arráiz, 2014b); el reenganche y reposición de éstos cuando el empleador no cumplió los trámites previos que la Ley establece; y el reclamo (Arráiz, 2014a).

Tendencias del derecho comparado en la regulación de la conciliación y mediación judicial antes de 2003

Inicialmente, en el marco del derecho comparado, resulta pertinente hacer algunas consideraciones sobre la regulación de la conciliación y mediación, tanto en Europa, como en América Latina.

11 La distinción entre conciliación y mediación en el Derecho del Trabajo Venezolano está contenida en el Artículo 166 del Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo de 2006: En la conciliación “un tercero interviene en la negociación para coadyuvar a las partes a alcanzar un acuerdo”; en la mediación “el tercero interviene en la negociación y somete a consideración de las partes, fórmulas específicas de arreglo”.

Tomando como referencia la obra de Castillejo (2003) y Pereira (1996), se exponen en forma esquemática las normas que regían en Alemania, Italia y Vaticano, para el momento de entrar en vigencia la Ley Orgánica Procesal del Trabajo:

PAÍS	REGULACIÓN
ALEMANIA	El Código Procesal Civil, establece que antes de presentarse la demanda deberá intentarse la conciliación, salvo excepciones, de lo cual se desprende que el procedimiento conciliatorio no contempla el procedimiento del pleito, es preprocesal. Su finalidad es obtener un advenimiento o arreglo, para lo cual el Tribunal examinará el asunto, conjuntamente con las partes, apreciando libremente todas las circunstancias del mismo. Si las partes no llegaren a un acuerdo, a petición de cualquiera de ellas, se pasara de inmediato a discutir el negocio en el procedimiento contencioso; si esto no fuere posible se señalará seguidamente un nuevo término para el mismo. En la fase contenciosa valdrá como demanda la solicitud de conciliación, pero las variaciones y adiciones que el peticionante hubiere hecho en los debates de la conciliación se tendrán en cuenta en el nuevo procedimiento. El diseño anterior fue modificado por la Ley del 12 de septiembre de 1950 al suprimirse la conciliación previa. No obstante, se mantiene la posibilidad de instar el arreglo de la Litis en un momento posterior a su instauración.
ITALIA	El Código de Procedimiento Civil de 1940, previene en la regulación del proceso de conocimiento (Libro II), que <i>“si la naturaleza de la causa lo consiente, el juez instructor, en la primera audiencia, debe tratar de conciliar a las partes, disponiendo si es necesario su comparecencia personal. El intento de conciliación puede ser renovado en cualquier momento de la instrucción”</i> . Añade el precepto que <i>“cuando las partes logran conciliarse, se extiende acta de la convención concluida. Dicha acta constituye Título ejecutivo”</i> . Es claro que la fase inicial del precepto alude a procesos en que las partes debaten sobre derechos disponibles.
VATICANO	El Código de 1946, contempla una tentativa voluntaria de conciliación para componer controversias no sometidas a juicio pendiente que se inicia por requerimiento escrito de alguno de los interesados, dirigido al juez. La conciliación puede tener lugar solo cuando las partes tengan capacidad de disposición de los bienes sobre que recae la controversia y no se trate de materias sobre las que esté prohibida la transacción, si se logra el advenimiento se levanta un acta que firmada por los intervinientes tiene valor de transacción y fuerza ejecutiva. Obviamente, resulta éste un Código de limitada aplicación, sin embargo, goza de gran prestigio por su acabado tecnicismo.

Afirma Álvarez (citada por Castillejo, 2003, pp. 83 y 84), que en América Latina, los programas y las iniciativas respecto de la institucionalización de los métodos de resolución alternativa de conflictos han sido apoyados por los Tribunales Superiores y los gobiernos de cada uno de los países; recibiendo también apoyo de instituciones internacionales tales como el Banco Interamericano de Desarrollo, el Banco Mundial y la Agencia para el Desarrollo Internacional.

En el año 2003, cuando entró en vigencia la Ley Orgánica Procesal del Trabajo en Venezuela, el panorama en Argentina, Colombia, Brasil, Bolivia, Perú y Uruguay, era el siguiente:

PAÍS	REGULACIÓN
ARGENTINA	El Código Procesal Civil y Comercial de la Nación de 1967, no reguló un procedimiento conciliatorio, sino que dispuso simplemente que <i>“los acuerdos conciliatorios celebrados por las partes ante el juez y homologados por éste, tendrán autoridad de cosa juzgada. Se procederá para su cumplimiento en la forma establecida para el trámite de ejecución de sentencia”</i> (artículo 309). El movimiento de resolución alternativa de conflictos recibió un fuerte apoyo y estímulo a partir de 1991, por medio de la Fundación Libra, que fue creada ese año con la finalidad de modernizar y mejorar la justicia. El decreto 1480/92 declaró de interés nacional el desarrollo de la mediación y se dispuso la creación de un cuerpo de mediadores y la implantación de un plan nacional de mediación, dentro del cual funciona un Centro de mediación. El Poder Ejecutivo, mediante decreto 820/92, declaró la necesidad de la reforma del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y mediante el decreto 958/91, se propició la creación de una ley de arbitraje. Posteriormente se sancionaron dos leyes nacionales: la Ley 24.573 de mediación y la Ley Nacional de Conciliación Obligatoria y Laboral 24.635; también se crearon los tribunales de consumo mediante decreto 558/96.
COLOMBIA	El Código de Procedimiento Civil de 1970, previene para el proceso verbal exhortación del Juez a las partes para que procuren un arreglo pacífico de sus diferencias y podrá proponer las fórmulas de advenimientos que éste estime equitativas. Si las partes llegan a un acuerdo, se levantará el acta respectiva con autoridad de cosa juzgada. Dicha exhortación y proposición se verifica en la audiencia que fija el Juez luego de vencido el traslado que recae en la demanda, la que tiene por objeto, además, si fracasa la conciliación, oír la defensa del demandado, agregar los documentos que acompañen las partes y cumplir otros fines de instrucción. La ley 383, sancionada el 7 de octubre de 1997, estableció como una de sus metas el desarrollo de los métodos alternativos de resolución de conflictos. Funcionan 140 centros de conciliación y arbitraje establecidos en todo el país, 60 anexados a escuelas de derecho, 50 dentro de las cámaras de comercio y 30 pertenecientes a organizaciones no gubernamentales. Los centros de resolución de conflictos fueron establecidos por la ley 23 sancionada en 1991 y se encuentran previstos en la nueva constitución de Colombia.
BRASIL	El Código Procesal Civil de 1973, contempla la institución para la composición de litigios que versen sobre derechos patrimoniales de derecho privado, caso en el que el juez, de oficio, ordenará la comparecencia de las partes al comienzo de la audiencia de instrucción y juzgamiento. En las causas relativas a la familia, hay también lugar a la conciliación, en los casos y para los fines en que la ley admita la transacción. Sin perjuicio de lo expuesto y antes de iniciar la instrucción, el Juez intentará conciliar a las partes. El acta respectiva, debidamente firmada por las partes será homologada por el juez y tendrá el valor de sentencia (art. 447, 448 y 449).
BOLIVIA	El Código de Procedimiento Civil de 1976, hace procedente la conciliación en los procesos civiles siempre que no fuere parte el Estado, las Municipalidades, los establecimientos de beneficencia, las entidades de orden público ni los incapaces de contratar, pudiendo realizarse como diligencia previa o durante el proceso, a instancia del juez.

PAÍS	REGULACIÓN
PERÚ	El Código de Código de Procedimiento Civil de 1993, contempla en su título XI, en los artículos 323 al 329, la conciliación como forma especial de conclusión del proceso, en cualquier estado de este, siempre que no se haya dictado sentencia en segunda instancia. Desde 1997 tiene vigencia la Ley de Conciliación y Arbitraje 1770. La conciliación tiene carácter voluntario por medio del Centro Institucional de Conciliación, que funciona bajo la supervisión del Ministerio de Justicia. La Suprema Corte de Justicia Nacional se encuentra autorizada para crear centros de conciliación en toda la república. La mediación también es regulada y las partes pueden requerirla separada o integradamente con la conciliación. Se han creado centros para proveer a la conciliación y al arbitraje para el ámbito comercial en las cámaras de comercio de La Paz, santa Cruz y Cochabamba.
URUGUAY	El Código General Procesal al igual que Código Modelo para <i>Iberoamérica</i> , consagran con gran amplitud el principio de inmediación, en esa estructura hoy consolidada como la más adecuada, que es el proceso por audiencias. Los referidos códigos regulan un sistema procesal en el que, luego de la demanda y contestación escritas, las partes y el juez se reúnen en audiencia, en la cual, frente a frente, los litigantes y sus abogados, con la presencia e intervención activa del juez como director, se trata de llegar prioritariamente a una conciliación total o parcial y, en su defecto, se realiza el debate y se fijan los puntos en disputa de manera clara y concreta. Se hacen efectivos los principios procesales fundamentales y, especialmente, se garantiza la inmediación. Se trata de un proceso que realiza efectivamente y en su conjunto, sus tres principales sujetos (las partes y el juez), juntos con los auxiliares y sujetos complementarios, obteniendo así un efectivo acercamiento a la realidad concreta que forma el objeto sustantivo del proceso, concentrándose sus actuaciones. La sede del tribunal deja de ser el lugar en donde se presentan y se intercambian escritos para formar el expediente y se transforma en el lugar donde se <i>hace</i> el proceso con la presencia de sus protagonistas esenciales.

Puede afirmarse con Sappia (2002) que “aparece como intolerable al espíritu republicano de la región, que el Estado permanezca impasible frente a hechos que alteran el normal decurso de los estados de paz social, a veces con episodios violentos que ponen en riesgo la seguridad de las personas”. Por estas razones, la Conferencia Interamericana de Ministros de Trabajo se ha fijado como uno de sus objetivos la modernización de la Justicia Laboral y de los mecanismos de actuación administrativa de cara a las situaciones de conflicto que es menester solucionar.

Como se puede apreciar, la novedad de la regulación de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo que entró en vigencia en 2003, es que contiene una etapa procesal de conciliación y mediación obligatoria, a cargo del Juez especializado, que se denomina audiencia preliminar; así como la posibilidad, de aplicar en las restantes fases de la primera instancia (juicio o ejecución); o en apelación, e incluso ante la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, los medios alternativos de solución de disputas (Artículo 6).

La conciliación y mediación como mecanismo alterno de resolución de conflicto y el proceso laboral venezolano

En muchas partes del mundo se confunde la mediación con la conciliación. Ambas se fundamentan en el diálogo y la negociación entre las partes, facilitada por un tercero imparcial; en algunos países asocian la conciliación con la figura del Juez y la mediación con la figura de un tercero fuera del ámbito judicial; otros sostienen que la conciliación es el resultado de la negociación y la mediación.

Como se observa, la conciliación y la mediación resultan instituciones que en el campo de la resolución del conflicto tienen una relevancia y protagonismo esencial, en conflictos extrajudiciales o extrajudiciales, pues ambas son herramientas altamente útiles para prevenir un litigio, como para resolver el ya instaurado.

La conciliación y la mediación son distintas. Para establecer sus diferencias, se deben enmarcar en el ordenamiento jurídico venezolano.

La conciliación es la acción y efecto de conciliar; “componer y ajustar los ánimos de los que estaban opuestos entre sí”. Técnica-mente se sostiene que la conciliación es un procedimiento no adversarial que consiste en proponer a las partes en conflicto una solución, sin imponerla, y que ellas podrán aceptarla o no; significa una colaboración con las partes de modo que éstas puedan arribar a una justa composición de derechos e intereses (Mora, 2013: 535).

También se afirma, que la conciliación es la acción de un tercero cuya función es avenir a las partes, sin sujetarse a ninguna forma y conservando las partes el poder de decisión sobre la solución de conflictos.

Como actividad, puede catalogarse de comparecencia obligatoria o facultativa de las partes ante una autoridad designada por el Estado, o ante un órgano constituido según las reglas dictadas por aquel, para que en su presencia traten de solucionar el conflicto que las separa. *La conciliación como presupuesto procesal*, es anterior al proceso y es requisito previo a éste.

En la mediación, también participa un tercero que asiste a las partes del conflicto, que presta algún servicio a estas; apaciguamiento una controversia, conflicto o lucha; facilita la celebración de un contrato u opina acerca de alguno de sus aspectos (Ibíd: 254).

El Artículo 166 del Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo, define a la conciliación, como un modo de autocomposición “donde un tercero interviene en la negociación para coadyuvar a las partes a alcanzar un acuerdo”; y a la mediación, como una forma de autocomposición, “donde el tercero interviene en la negociación y somete a consideración de las partes, fórmulas específicas de arreglo”.

Tales definiciones están integradas en la normativa aplicable a los conflictos colectivos, pero en nuestra opinión, también son aplicables en el ámbito individual de trabajo; y dentro de la esfera judicial.

Como se puede apreciar, la diferencia entre conciliación y mediación en el ordenamiento jurídico venezolano se caracteriza por la intensidad de la intervención del tercero: en la conciliación sólo coadyuva a las partes a celebrar el acuerdo; en la mediación, tiene esta función, pero también está facultado para presentar fórmulas de acuerdo, es decir, plantear soluciones a las partes en conflicto.

Desde la perspectiva de la jurisdicción laboral, precisamente, el operador de justicia laboral viene a ser uno de los garantes de ese Estado Social de Derecho y de Justicia, en virtud de que la Constitución en su artículo 89 consagra el trabajo como un hecho social y goza de la protección del Estado, lo que se debe tener presente en todo momento del ejercicio del rol jurisdiccional. El texto constitucional establece otras disposiciones en este orden de protección al trabajo como hecho social, a saber, artículos 87, 88, 89, 90, 91, 92, 93, 94, 95, 96 y 97, los cuales marcan el norte de toda la actuación del Estado a través de todos y cada uno de sus órganos, no escapando el poder judicial a dicho mandato, sino que más bien es uno de los principales actores y garantes de tal hecho y derecho social.

Tal y como lo señala la Sala Constitucional *“el Estado Social debe tutelar a personas o grupos que en relación con otros se encuentran en estado de debilidad o minusvalía jurídica, a pesar del principio del Estado de Derecho Liberal de la igualdad ante la ley, el cual en la práctica no resuelve nada, ya que situaciones desiguales no pueden tratarse con soluciones iguales”*¹².

Refiriéndonos a la materia laboral, obviamente los trabajadores constituyen un grupo o clase social que se encuentran en desventaja o minusvalía frente a la clase empresarial o explotadora; de allí que el derecho laboral se encuentra impregnada de ciertos principios rectores para amparar y proteger el trabajo como hecho social y proteger más allá del propio individuo trabajador a la familia.

No se trata de discriminar negativa o positivamente, sino que, como lo señala la Sala:

“el Estado Social de Derecho persigue la armonía entre las clases, evitando que la clase dominante, por tener el poder económico, político o cultural, abuse y subyugue a otras clases o grupos sociales, impidiendo-

12 Sentencia N° 85 de la Sala Constitucional del TSJ del 24 de enero de 2002.

les el desarrollo y sometiéndolas a la pobreza y a la ignorancia; a la categoría de explotados naturales y sin posibilidad de redimir su situación” (Sentencia 85).

En este sentido, además de los conceptos doctrinales citados por la sala en el fallo, y en abono de ellos, consideramos pertinente traer a colación lo expresado por Cañas en su obra “El Juez” (2000):

“Hoy el Estado es una organización racional, no del Derecho solamente, sino también de la vida social, por eso, no se puede dejar de observar la conexión existente entre la realidad social, su permanente proceso de transformación, y el Derecho y la justicia.”

Ciertamente el trabajo también es un hecho jurídico; así dentro de la teoría del hecho jurídico, el trabajo es un hecho humano, voluntario (acto) y lícito. Pero también, como lo define la constitución, es un hecho social, y el es factor determinante para el desarrollo integral del país, para la consecución de los fines del Estado, la satisfacción de las necesidades materiales, morales, intelectuales del pueblo y la justa distribución de la riqueza (Artículo 17 LOTTT y 2 CRBV). Precisamente, el Trabajo en la Constitución de 1999 se regula como un Derecho Social, junto a las familias, la educación, la seguridad social, la salud pública y la asistencia social.

Entonces, cualquier situación de divergencia generada por el trabajo debe analizarse desde el principio protectorio, por tal razón, los jueces en el desempeño de sus funciones, están obligados “a no perder de vista la irrenunciabilidad de derechos y beneficios acordados por las leyes sociales a favor de los trabajadores, así como el carácter tutelar de las mismas” (Artículo 5 LOPT), lo cual es plenamente aplicable al rol de conciliador y mediador del Juez y Jueza Laboral.

Haciendo referencia a la vinculación entre el *acceso a la justicia y los medios alternos de resolución de conflictos en el marco del estado social*, se tiene que en el proceso laboral la conciliación y la mediación; lo cual no solo tiene rango legal, sustantivo y procesal, sino también constitucional (artículos 253 y 258 de la CRBV); los cuales tienen mayor vigencia y relevancia ante la circunstancias de que en los procesos judiciales, muchas veces es el abogado el que adopta una actitud dilatoria en el proceso mediante la interposición de recursos e incidentes innecesarios, con petición de pruebas inocuas, con peticiones sin fundamentos, no en procura de que haya una eficaz justicia sino, por el contrario, para confundir al juez, entorpecer el trámite del proceso y causar demora en la decisión y la ejecución (Consejo superior de la Judicatura de Colombia, s/f: 26).

Es una realidad patente que los “*sistemas judiciales atraviesan una profunda crisis. Así lo han evidenciado las encuestas realizadas en varios*

países latinoamericanos durante la última década” (Álvarez, 2003: 15). Tal situación ha llevado a los Estados a poner a disposición de las personas medios alternativos para la resolución de sus conflictos, ello no con el ánimo de sustituir el sistema de justicia ordinario sino de que sirva de complemento, incluso mediante un funcionamiento integrado, para la realización de la justicia.

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999), estableció la promoción de los medios alternativos de resolución de conflictos:

“Artículo 258.- La ley organizará la justicia de paz en las comunidades. Los jueces o juezas de paz serán elegidos o elegidas por votación universal, directa y secreta, conforme a la ley. La ley promoverá el arbitraje, la conciliación, la mediación y cualesquiera otros medios alternativos para la solución de conflictos”.

En materia laboral, La Ley Orgánica Procesal del Trabajo (2002) establece expresamente los medios alternativos para la resolución de conflictos, tales como la mediación, la conciliación y el arbitraje. A saber:

“Artículo 6.- El juez es el rector del proceso y debe impulsarlo personalmente, a petición de parte o de oficio, hasta su conclusión. A este efecto, será tomada en cuenta, también a lo largo del proceso, la posibilidad de promover la utilización de medios alternativos de solución de conflictos, tales como la conciliación, mediación y arbitraje. Los jueces que han de pronunciar la sentencia deben presenciar el debate y la evacuación de las pruebas de las cuales obtienen su convencimiento”.

Asimismo, la referida ley adjetiva, el artículo 133 de la Ley Orgánica del Trabajo y en cuanto a la Audiencia Preliminar determina lo siguiente:

“Artículo 133.- En la audiencia preliminar el Juez de Sustanciación, Mediación y Ejecución deberá, personalmente, mediar y conciliar las posiciones de las partes, tratando con la mayor diligencia de que éstas pongan fin a la controversia, a través de los medios de autocomposición procesal. Si esta mediación es positiva, el Juez dará por concluido el proceso mediante sentencia en forma oral, que dictará de inmediato, homologando el acuerdo de las partes, la cual reducirá en acta y tendrá efecto de cosa juzgada”.

Como se puede apreciar de la administración de los dispositivos adjetivos laborales ut supra, el Juez Laboral tiene la obligación, en la fase inicial del proceso de impulsar el proceso y debe personalmente tratar de mediar y conciliar las posiciones de las, procurando

con la mayor diligencia que éstas pongan fin a la controversia a través de los mecanismos de autocomposición procesal.

Es necesario destacar que para la audiencia preliminar, la Ley Orgánica Procesal del Trabajo prevé expresamente que “el Juez de Sustanciación, Mediación y Ejecución deberá, personalmente, mediar y conciliar las posiciones de las partes, tratando con la mayor diligencia que éstas pongan fin a la controversia, a través de los medios de autocomposición procesal” (Artículo 133 LOPT), regulación que no existe en forma similar para la fase de juicio, ni para la segunda instancia

Al Tribunal de Juicio, corresponde conocer en primera instancia de la segunda fase del procedimiento, esto es, admitir las pruebas promovidas y desarrollar la audiencia de juicio, en la cual se realiza el debate entre las partes, se evacúan las pruebas y se dicta la sentencia que dirime la controversia (artículos 150 a 159). La Ley no contempla cómo deben aplicarse los medios alternos de resolución de conflictos en esta fase del procedimiento, no obstante, los medios alternos para la solución de conflictos tienen carácter constitucional, como antes se indicó.

Además, las Ley Orgánica Procesal del Trabajo (LOPT) no restringe la aplicación de estos mecanismos o medios alternos, sólo al Juez que conoce de la fase inicial en primera instancia, ni siquiera los restringe a la primera instancia del proceso, pues el artículo 6 *eiusdem*, establece en forma amplia y no restrictiva o privativa, que el Juez Laboral es el rector del proceso y debe impulsarlo personalmente, a petición de parte o de oficio, hasta su conclusión. Señalándose expresamente que, a este efecto, será tomada en cuenta, también a lo largo del proceso, la posibilidad de promover la utilización de medios alternativos de solución de conflictos, tales como la conciliación, mediación y arbitraje.

Conclusiones

Primera: La conciliación y la mediación, como mecanismos alternos para la resolución de conflictos en el proceso laboral venezolano, constituyen instrumentos o herramientas que se corresponden con el marco del Estado Social de Derecho y de Justicia que propugna nuestra Carta Magna; contribuyendo a la realización de la justicia en forma expedita.

Segunda: Los mecanismos de solución de las controversias laborales son tan variados, como aquellos que se aplican para el resto de los conflictos, con reglas especiales adaptadas a la materia del trabajo.

Tercera: La Constitución de la República y la Ley Orgánica Procesal del Trabajo ordenan aplicar los medios alternos de solución de conflictos en forma general y por lo tanto, en todas las fases y grados del juicio también se pueden implementar, especialmente la conciliación y la mediación.

Cuarta: A falta de regulación expresa, el Juez del Trabajo puede establecer las reglas para implementar la conciliación y mediación, empleando por analogía lo dispuesto para la audiencia preliminar, a tenor de lo previsto en el Artículo 11 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo.

Quinta: En aplicación del Artículo 6 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, el Juez del Trabajo no puede perder de vista la naturaleza tutelar de las disposiciones laborales y tomar las medidas necesarias para equilibrar el poder negocial de las partes.

Sexta: Es un hecho público el avance de la jurisdicción laboral y con ello la garantía de justicia que ha brindado a todo el conglomerado que conforma la masa trabajadora, en especial, por la aplicación directa de los medios alternos de resolución de conflictos que se traduce en alcances concretos: realce de principios como economía y celeridad procesal, efectos que beneficia a todas las partes involucradas e incluso al mismo estado.

Séptima: Cobra fuerza el principio de corresponsabilidad social, porque se desarrolla el deber de todo individuo, al igual que el del estado, en ser partícipes y garantes de la correcta aplicación de las normas para alcanzar el fin último que no es otro que el de justicia e incluso su participación se extiende no solo en cuanto al cumplimiento de deberes y goce de derechos sino al de la administración de justicia la cual tiene su etapa estelar cuando cada una de las partes, a través de los acuerdos que alcancen, se dictan su propia sentencia.

Recomendaciones

Primera: La experiencia procesal en materia laboral, con relación a los principios de oralidad, celeridad que rigen el proceso, entre otros, y muy especialmente respecto de la aplicación, vigencia y relevancia de los medios alternativos de resolución de conflictos, se lleve a la práctica en la jurisdicción civil ordenaria, y por qué no, considerar en adaptar la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, con los matices, cambios o adecuaciones pertinentes, al ordenamiento jurídico procesal civil ordinario.

Segunda: Promocionar la implementación de procesos de conciliación y mediación en todas las fases y grados del juicio laboral. A tales fines, en el auto que fija el día y hora para celebrar la audiencia, se debe advertir a las partes, que en el contexto del Artículo 6 de la

Ley Orgánica Procesal del Trabajo, se promoverá la utilización de la conciliación en forma oral, privada y presidida por el Juez; y que al acto deberán comparecer el trabajador y el empleador, personalmente o por algún representante de éste que tenga conocimiento de los hechos controvertidos en el asunto.

Tercera: Para elaborar las estadísticas sobre conciliación en los Juzgados de Primera Instancia de Juicio y Juzgados Superiores del Trabajo, se debería excluir a aquellos asuntos cuya materia no es estrictamente laboral, como las intimaciones de honorarios profesionales; aquellas en que no se permite la aplicación de medios alternativos de resolución de conflictos, como el amparo constitucional; o no resultan plenamente compatibles, como las medidas cautelares.

También se deben excluir las decisiones tomadas en aplicación de normas de orden público, como en los casos de reposición, el planteamiento de conflictos de competencia y la impugnación de poder. Igualmente, deben excluirse los asuntos en los cuales, una o ambas partes no asistieron a la audiencia de juicio, porque imposibilitaron al Juez la aplicación de los mecanismos de la justicia alternativa.

Referencias bibliográficas

- ÁLVAREZ, Gladys (2003). *La Mediación y el Acceso a la Justicia*. Ediciones Rubinzal-Culzoni.
- ARRAIZ, José (2008). "Conciliación y Mediación en fase de juicio". *Revista Derecho del Trabajo* N° 6-2008. Pp 269-316.
- ARRÁIZ, José (2014a). "Procedimiento de reclamo previsto en el Artículo 513 de la nueva Ley Laboral Venezolana". *Revista Derecho del Trabajo* N° 16-2013, Fundación Universitas. Barquisimeto. Pp. 263-311.
- ARRÁIZ, José (2014b). "Procedimiento de desafuero previsto en la Ley Laboral Venezolana". *Revista Derecho del Trabajo* N° 17-2014, Fundación Universitas. Barquisimeto. Pp. 137-187.
- CASTILLEJO, Olga (2003). *Resolución de conflictos laborales por métodos alternativos*. Editorial Astrea. Buenos Aires.
- CAÑAS RIVERA, Italo (2000). *El juez: ante el nuevo Estado Social de Derecho y de Justicia*. Caracas. Ubicación: Biblioteca Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela.
- COMBELLAS, R. (1979). *El concepto de Estado Social de Derecho y la Constitución Venezolana de 1961. Estudios sobre la Constitución. Libro homenaje a Rafael Caldera*. Tomo II. Caracas: UCV.

- CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA- COLOMBIA (s/f). *Co-lección Reformas de la Rama Judicial-Descongestión de la Jurisdicción Civil*.
- CUENCA DE RAMÍREZ, Nelly (2007). "El potencial de la negociación, mediación y diplomacia ciudadana para crear condiciones favorables de convivencia pacífica". En *Medios avanzados de resolución de conflictos y diplomacia ciudadana*. Tipografía y Litografía Horizonte, C.A. Barquisimeto, Venezuela. Pp. 21-71.
- ESCARRÁ MALAVÉ, Carlos Miguel (2000). *Coloquio: Democracia, Administración de Justicia y Resolución de Conflictos*. T.S.J., Caracas, Venezuela.
- MORA, Omar (2013). *Derecho Procesal del Trabajo*.
- MUÑIZ, J. (1980). *La declaración del Estado Social en la Constitución Española en 1978. Libro Homenaje a García Pelayo*. Tomo I. Caracas: UCV.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2003). *Teoría y Dogmática de los Derechos Fundamentales*. Universidad Nacional Autónoma de México.
- OJEDA AVILÉS, Antonio (2007). *Métodos y prácticas en la solución de conflictos laborales: Un estudio internacional*. Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, disponible en <http://www.ilo.org/publns>.
- PASCO COSMÓPOLIS, Mario (1997). *Fundamentos de Derecho del Trabajo*. AELE, Lima.
- PERDOMO, Juan Rafael (s/f). *Acceso a la justicia*. Documento electrónico, disponible en el sitio web http://www.tsj.gov.ve/informacion/miscelaneas/acceso_justicia.htm
- PEREIRA, Hugo (1996). El Juez Conciliador, en *Revista de Derecho Procesal de la Universidad Católica de Valparaíso* N° 17. Universidad de Chile.
- PEROZO, Javier y MONTANER, Jessica (2007). "Tutela Judicial Efectiva en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela". *Revista Frónesis* v.14 n.3.
- SAPPIA, Jorge (2002). *Justicia Laboral y medios alternativos de solución de conflictos colectivos e individuales del trabajo*. Oficina Internacional del Trabajo. N° 149. Lima.

Legislación

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Publicada en la Gaceta Oficial de la República N° 5.453, Extraordinario, de fecha 24 de marzo de 2000.

Ley Orgánica Procesal del trabajo (LOPT). Publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 37.504, de 13 de agosto de 2002.

Ley del Trabajo de 1936. Cuya última reforma se publicó en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 3.219, Extraordinario, de fecha 12 de julio de 1983.

Ley Orgánica de Tribunales y Procedimientos Laborales. Publicada en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 26.226, del 19 de noviembre de 1959.

Ley Orgánica del Trabajo. Publicada en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 5.152, extraordinaria

Ley Orgánica del trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras. Publicada en la Gaceta Oficial N° 6.076 el 8 de mayo de 2012.

Jurisprudencia

Sentencia N° 708, de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. 10 de mayo de 2001.

Sentencia N° 85 de la sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. 24 de enero de 2002.

Sentencia N° 18, de la Sala de casación Social del Tribunal Supremo de Justicia. 22 de febrero de 2005.

Normas para colaboradores y colaboradoras de la *Revista MAGISTRA*

Los artículos científicos a ser considerados para su publicación por el Comité Editorial de la revista *MAGISTRA* deben cumplir con las siguientes recomendaciones:

- La revista *MAGISTRA* sólo considerará para su publicación trabajos inéditos y originales, que no hayan sido propuestos simultáneamente a otras revistas.
- La revista *MAGISTRA* autoriza la reproducción del material de la revista, siempre que se cite su fuente.
- Las propuestas deben incluir el título del artículo, nombre del autor, sinopsis curricular, dirección electrónica y afiliación institucional.
- Debe incluirse un resumen (en español e inglés) del artículo, tres palabras clave utilizadas (en español e inglés) y el nombre del proyecto de investigación del cual es resultado, cuando fuera pertinente. En ningún caso los resúmenes pueden exceder los 1.200 caracteres.
- Los artículos propuestos tendrán una extensión entre 20 y 40 páginas escritas a espacio y medio en letra 12 puntos, Arial o Verdana, y en papel tamaño carta, incluyendo las notas, cuadros y referencias bibliográficas.
- Las propuestas deben ser enviadas en por correo electrónico, disquete y/o disco compacto o copia impresa indicando el programa utilizado; o también como documento al correo electrónico de la Dirección de Recursos Documentales, Investigación y Desarrollo de la Escuela Nacional de la Magistratura (e-mail: revistamagistra@gmail.com), o a la siguiente dirección física: Avenida Francisco de Miranda, Edificio Dirección Ejecutiva de la Magistratura, Torre Norte, Planta Baja, Biblioteca, Chacao, Caracas, Venezuela, CP 1060.
- Cuando se requiera el apoyo de gráficos, cuadros o mapas, se debe enviar una versión en blanco y negro a la medida de la mancha de la revista como parte del original, indicando el lugar y la página donde serán colocados, o si éstos van a ser incluidos como anexo o apéndice del artículo.
- La bibliografía deberá seguir el modelo APA (American Psychological Association) de la siguiente forma:

Libros:

FLORES CAZORLA, M. (1987). *Delincuencia juvenil y familia en la doctrina criminológica*. Valencia, Universidad de Carabobo, Consejo de Desarrollo Científico y Humanístico.

Revistas o publicaciones periódicas:

PALAZZI, P. A. (1999). "El Hábeas Data en el Derecho Argentino". *Revista Internacional de Derecho e Informática*. N° 01: páginas 16-53.

Artículo en libro compilado:

IRAZU SILVA, J.L. (2000). "Las sanciones penales en la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente". En MORAIS DE GUERRERO, M.G. (Coord.). *Introducción a la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente*. pp. 232-240. Caracas, Universidad Católica Andrés Bello.

Páginas Web:

Tribunal Supremo de Justicia, fecha: 8 de noviembre de 2003. [Online] Página: <http://www.tsj.gov.ve>

Ponencia presentada en evento:

ORTIZ, R. (1997, octubre). *Una experiencia de formación de postgrado en Derecho*. Ponencia presentada en el Seminario Iberoamericano sobre Formación Avanzada en Derecho. Salamanca, Universidad de Salamanca.

Citas o referencias bibliográficas:

Se realizarán con el sistema autor-fecha, incluyéndolas en el texto, indicando el apellido del autor, el año de la publicación y la página (ejemplo: Cedeño, 2004: 12). En caso que se haga referencia a dos autores, deben escribirse los apellidos de ambos (ejemplo: González y Morales, 1997: 26). Si son más de dos autores, deberá escribirse "y otros" (ejemplo: Núñez y otros, 1978: 127).

Notas al pie:

Las notas deben colocarse numeradas a pie de página y separadas de las referencias bibliográficas.

- Una vez constatado el cumplimiento de las normas, el Comité Editorial procederá a someter las propuestas al menos a un/a árbitro/a, de manera anónima, entre especialistas o pares investigadores/as. Las sugerencias de éste/a, cuando las hubiere, serán dadas a conocer, con la confidencialidad del caso, a cada autor/a.
- La revista *MAGISTRA* aceptará artículos para someterlo a arbitraje durante todo el año.
- Los/as autores/as recibirán un ejemplar de la revista *MAGISTRA* en la cual ha sido publicado su artículo.

Instrucciones de Arbitraje

Todos los trabajos enviados a la revista *Magistra* para su publicación serán sometidos a arbitraje por profesionales, investigadores e investigadoras, expertos y expertas calificados/as en las áreas de especialización de los trabajos considerados.

Las colaboraciones especialmente solicitadas por la **Escuela Nacional de la Magistratura** a docentes, investigadores e investigadoras, expertos y expertas de reconocido prestigio nacional e internacional, sobre tópicos y materias especializadas de gran interés por su aporte al avance del conocimiento científico jurídico podrán exceptuarse de este requisito.

El sistema de arbitraje garantizará la objetividad, idoneidad e imparcialidad de los veredictos emitidos sobre la calidad de los trabajos y artículos presentados al Comité Editorial de la revista *Magistra*. Por ello, se procurará especialmente que las personas seleccionadas para arbitrar cuenten con credenciales reconocidas.

El sistema de arbitraje adoptado por la revista *Magistra* es el conocido como sistema de «doble ciego», el cual asegura la confidencialidad del proceso y mantiene en reserva las identidades de los árbitros y las árbitras, así como de los autores y las autoras.

Los trabajos presentados por funcionarios y funcionarias de la Escuela Nacional de la Magistratura deberán ser arbitrados igualmente y se procurará que el arbitraje de estos trabajos sea realizado por árbitros o árbitras externos/as a la Escuela Nacional de la Magistratura.

El veredicto de los árbitros y las árbitras concluirá en una recomendación acerca de la conveniencia de la publicación del artículo o trabajo presentado para su consideración al Consejo Editorial de la revista *Magistra*. Para ello se tomarán en cuenta las siguientes calificaciones:

- PUBLICABLE SIN MODIFICACIONES. En este caso el documento no requiere de modificaciones relevantes, por lo cual el Comité Editorial de la revista *Magistra* lo incluirá en su próximo número a publicar.

- PUBLICABLE CON MODIFICACIONES MENORES. En este caso el artículo o trabajo presentado requiere de pocos ajustes de tipo formal, esencialmente pequeñas y pocas correcciones de edición, lo cual no implica la modificación sustancial de la forma en que el traba-

jo ha sido presentado y que en ningún caso se refieren al fondo o contenido del artículo o investigación presentada.

En caso de que un artículo sea evaluado como publicable con modificaciones menores, el Comité Editorial de la revista *Magistra* se reservará la atribución de realizar dichas modificaciones, con el propósito de incluir este artículo en su próximo número a publicar.

- PUBLICABLE CON MODIFICACIONES MAYORES. Con esta calificación los árbitros o árbitras estarán recomendando la realización de sustanciales o numerosos ajustes al documento original, lo que implica la modificación de manera notable de la forma en que el trabajo o artículo ha sido presentado y que incluso refieren al fondo de la materia tratada por el autor o la autora.

En caso de que un artículo sea evaluado como publicable con modificaciones mayores, el Comité Editorial de la revista *Magistra* enviará el artículo en cuestión, a fin de que sean consideradas las observaciones de los árbitros o las árbitras por el autor o la autora; luego de corregidas éstas, y una vez que haya sido enviada la versión definitiva del artículo, ésta será nuevamente revisada por los árbitros o las árbitras, de manera de que éstos/as verifiquen si el autor o la autora realizó las modificaciones sugeridas. Una vez que los árbitros o las árbitras den su aprobación de lo anterior, dicho documento será publicado en el próximo número de la Revista.

- NO PUBLICABLE. Esta calificación sugiere la inconveniencia de publicar un artículo, el cual posee, en general, serias deficiencias globales que lo convierten -en las condiciones como ha sido presentado- en desestimable como contribución original y valiosa en el área del conocimiento científico jurídico.

Los criterios generales de evaluación que deberán ser considerados por los árbitros y las árbitras a la hora de emitir su calificación sobre los trabajos sometidos a su evaluación, serán como mínimos los siguientes:

- Importancia del tema;
- Originalidad del planteamiento;
- Actualidad de la bibliografía;
- Calidad de la redacción;
- Modo de presentación, en términos que favorezca la comprensión y facilite la exposición del tema tratado.

Los árbitros y las árbitras consultados/as deberán en todo momento justificar y razonar sus opiniones o calificaciones, especialmente cuando sus veredictos recomiendan la no publicación o publicación con modificaciones de los trabajos sometidos a su evaluación.

El Consejo Editorial de la revista *Magistra* ordenará lo conducente para el adecuado cumplimiento de lo anterior.

MAGISTRA Año 8 Nº 1
Se terminó de imprimir en el mes de noviembre de 2014,
en los talleres gráficos de Ediciones Astro Data, S.A.,
Maracaibo-Venezuela