

UNIVERSIDAD CATOLICA ANDRES BELLO
DIRECCION GENERAL DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO
AREA DE DERECHO
ESPECIALIDAD EN DERECHO DEL TRABAJO

**EL DESPIDO NULO POR RAZONES DISCRIMINATORIAS EN LAS
RELACIONES LABORALES EN VENEZUELA**

Trabajo Especial de Grado, presentado
como requisito parcial para optar al
Grado de Especialista en Derecho del
Trabajo.

Autora: Abg. Jeannette del Valle Fuentes Véliz
Asesor: Dr. Hermann de Jesús Vásquez Flores

Caracas, 09 de abril 2013

UNIVERSIDAD CATOLICA ANDRES BELLO
DIRECCION GENERAL DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO
AREA DE DERECHO
ESPECIALIDAD EN DERECHO DEL TRABAJO

APROBACIÓN DEL ASESOR

En mi carácter de Asesor del Trabajo Especial de Grado, presentado por la ciudadana **Abogada Jeannette del Valle Fuentes Véliz**, para optar al Grado de Especialista en Derecho del Trabajo, cuyo título es: **El Despido Nulo por Razones Discriminatorias en las Relaciones Laborales en Venezuela**; Considero que dicho Trabajo reúne los requisitos y méritos suficientes para ser sometido a la evaluación por parte del jurado examinador que se designe.

En la Ciudad de Caracas, a los tres (03) días del mes de abril de dos mil trece (2013).

Dr. HERMANN DE JESÚS VASQUEZ FLORES
C.I. 6.149.024

UNIVERSIDAD CATOLICA ANDRES BELLO
DIRECCION GENERAL DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO
AREA DE DERECHO
ESPECIALIDAD EN DERECHO DEL TRABAJO

APROBACIÓN DEL JURADO

En nuestro carácter de Jurado del Trabajo Especial de Grado, presentado por la ciudadana **Abogada Jeannette del Valle Fuentes Véliz**, para optar al Grado de Especialista en Derecho del Trabajo, cuyo título es: **El Despido Nulo por Razones Discriminatorias en las Relaciones Laborales en Venezuela**; Consideramos que dicho Trabajo reúne los requisitos y méritos suficientes para otorgar el Título de Especialista de Derecho del Trabajo.

En la Ciudad de Caracas, a los _____ (____) días del mes de _____ de dos mil trece (2013).

Miembros del Jurado

RECONOCIMIENTOS

En infinito agradecimiento por todo el apoyo y motivación recibido de mi madre y hermanos, así como de mis amigas y compañeras de trabajo, que han sido pieza angular en el proceso de investigación y finalización de este trabajo.

A los Tribunales del Trabajo de Puerto Varas en Chile.

Al Centro de Información Jurídica en Línea. Convenio Colegio de Abogados- Universidad de Costa Rica, por la disposición en la presentación de material de investigación.

La autora

INTRODUCCIÓN

La presente investigación nació de la inquietud de conocer los aspectos que enmarcan el despido nulo por razones discriminatorias en las relaciones laborales y cómo se encuentra regulado en nuestro país, para ello se partió del postulado constitucional previsto en el artículo 93, el cual dispone que “la Ley garantizará la estabilidad en el trabajo y dispondrá lo conducente para limitar toda forma de despido no justificado” agregando que “los despidos contrarios a la Constitución son nulos”.

Nos preguntamos entonces si la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, abre la puerta para incorporar una nueva clasificación de despido (el despido nulo), o es simplemente una consecuencia lógica por la ausencia de causa justificada prevista en la ley y que deviene en la falta de eficacia del acto de despido.

Bajo esta premisa, se pretende abordar cuáles son aquellas situaciones “contrarias a la constitución” que pueden generar la nulidad del despido, visto que en nuestra historia legislativa, doctrinaria y jurisprudencial, lo que

se ha planteado es el despido justificado e injustificado bajo la vigencia de la Ley Orgánica del Trabajo derogada, y que a partir de mayo de 2012, con la promulgación y entrada en vigencia de la Ley Orgánica del Trabajo, Las Trabajadoras y Los Trabajadores, dejó de denominarse 'injustificado' y pasó a llamarse 'no justificado' en su articulado referente a la terminación de la relación laboral, estabilidad e inamovilidad, pero manteniendo el contenido que lo define, es decir, que todo despido no justificado es aquel que se produce con ocasión a la ausencia de justa causa prevista en la ley y que no haya cumplido con los requerimientos procedimentales para su procedencia.

En este orden de ideas, se pretende señalar que aquellas “situaciones contraria a la constitución” que son capaces de producir la nulidad de un despido, son precisamente las causas de contenido discriminatorio, por cuanto éstas atentan contra los derechos humanos fundamentales de los trabajadores. Ahora bien, la interpretación que debería dársele a esta frase, es precisamente la necesidad de extinguir del mundo jurídico el acto resolutorio patronal mediante la declaratoria de su nulidad, de manera que se nos plantea la necesidad de promover, estimular y generar interrogantes que coadyuven en la regulación e institucionalización por parte del legislador o de los operadores de justicia, la tesis del despido nulo con ocasión a la violación al principio de no discriminación teniendo como fuente el atentado a los derechos humanos fundamentales; y para ello, se pretende mostrar no sólo

que la protección que merece la estabilidad en el trabajo va más allá de declarar el despido como no justificada del despido, sino también que el deber de resguardo de las garantías y derechos fundamentales se traduce en medidas eficaces y contundentes que sean capaces de restablecer la situación lesiva, y proteger con ello el hecho social trabajo, con todas las consecuencias que amerite.

En ese sentido, el presente trabajo se encuentra estructurado en cinco capítulos fundamentales, en los cuales se describe brevemente los temas centrales en torno al despido y su regulación en Venezuela, los derechos fundamentales de los trabajadores con especial referencia a las formas de discriminación que pueden presentarse en el decurso de la vida laboral, así como mostrar brevemente que el recurso por excelencia para tutelar los derechos involucrados, es el amparo constitucional, haciendo especial referencia a la situación probatoria por la que se deberá transitar para obtener del juez una decisión que restablezca la situación jurídica infringida. Igualmente, se describe cómo ha sido el tratamiento en nuestra jurisprudencia en torno al despido nulo y, para finalizar, se realizó una breve síntesis del desarrollo de la institución que nos ocupa en el derecho comparado y ante la Organización Internacional del Trabajo.

Es importante señalar que el desarrollo de esta investigación estuvo limitada dada la falta de suficientes reseñas bibliográficas, legales y jurisprudenciales sobre el tema en nuestro país, lo cual hizo menester recurrir al estudio del derecho comparado con algunas dificultades para obtener la información necesaria para elaborar este sencillo, pero valioso trabajo, el cual esperamos sirva para contribuir a su estudio y que ha sido poco abordado en nuestras universidades, vivenciado por muchos en la diaria relación laboral y carente de regulación expresa.

ÍNDICE GENERAL

	Pág.
APROBACIÓN DEL ASESOR.....	ii
APROBACIÓN DEL JURADO.....	iii
RECONOCIMIENTOS.	iv
LISTA DE SIGLAS.....	v
RESUMEN.....	vi
INTRODUCCIÓN.....	vii
CAPITULO I.....	1
NOCIONES GENERALES DEL DESPIDO	1
1.1. Antecedentes	8
1.2. Clasificación del Despido	13
1.2.1. Despido Justificado.	16
1.2.2. Despido No Justificado o ad nutum	17
1.2.3. Despido Indirecto.	19
1.2.4. Despido Masivo.	20
1.2.5. Despido Arbitrario o Abusivo.	22

1.2.6. Despido Discriminatorio.	26
1.2.7. Despido Nulo.	28
CAPITULO II.....	30
ASPECTOS BÁSICOS DE LOS DERECHOS HUMANOS FUNDAMENTALES Y EL PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN EN EL MARCO DE LA FINALIZACIÓN DE LA RELACIÓN DE TRABAJO POR DESPIDO	30
2.1. Derechos Humanos Fundamentales del Trabajador	30
2.1.1. Derechos Sociales como Derechos Humanos.....	
Clasificación.....	34
2.2. El Principio de No Discriminación	41
CAPITULO III.....	52
ELEMENTOS RELEVANTES DE LA NULIDAD DEL DESPIDO POR RAZONES DISCRIMINATORIAS.	52
3.1. Formas de Discriminación.	56
3.1.1. En materia antisindical.	56
3.1.2. Por presentación de queja contra el empleador.	58
3.1.3. Raza o Color.	58
3.1.4. Sexo o género.	59

3.1.5. Orientación Sexual e Identidad de Género	60
3.1.6. Estado civil	62
3.1.7. Responsabilidades familiares.	63
3.1.8. Maternidad.	63
3.1.9. La religión.	63
3.1.10. Las opiniones políticas.	64
3.1.11. La ascendencia nacional o el origen social.	65
3.1.12. La edad.	66
3.1.13. La apariencia física.	67
3.1.14. Influencia personales.	67
3.1.15. Ausencia temporal del trabajo por motivos de enfermedad.....	68
3.2. Carga de la Prueba ante situaciones discriminatorias.	71
3.3. Carga de la Prueba Dinámica.	78
CAPITULO IV.....	87
PRECEDENTES JURISPRUDENCIALES DEL DESPIDO NULO EN VENEZUELA.	87
4.1. Derecho a la estabilidad contractual.	87
4.2. Derecho constitucional a la tutela judicial efectiva.	88
4.3. Estabilidad, libertad sindical y negociación colectiva.....	90

4.4. Régimen de inamovilidad por fuero sindical	92
CAPITULO V.....	95
PROTECCIÓN Y TUTELA JUDICIAL EFECTIVA DE LOS TRABAJADORES FRENTE AL DESPIDO COMO CONSECUENCIA DE ACTIVIDADES DISCRIMINATORIAS DEL EMPLEADOR Y SU TRATAMIENTO EN EL DERECHO COMPARADO Y EN LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO.	95
5.1. El amparo constitucional.	95
5.2. Experiencia comparada con respecto al despido nulo.....	99
5.2.1. España.....	100
5.2.2. Argentina.....	104
5.2.3. Colombia.....	110
5.2.4. Uruguay	114
5.2.5. Chile	114
5.2.6. Perú	119
5.2.7. Costa Rica	122
5.3. Situación ante la Organización Internacional del Trabajo (OIT) ...	125
CONCLUSIONES.....	134
REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS.....	140

CAPITULO I: NOCIONES GENERALES DEL DESPIDO.

Antes de hablar del despido, merece hacer especial referencia al derecho constitucional de la estabilidad laboral o preservación del pleno empleo y que para mantenerla se han creado medidas y políticas que han procurado su desarrollo a lo largo de la historia.

El constituyente de 1947, por primera vez, incorpora la categoría de la estabilidad laboral a tal rango, a saber:

“La ley dispondrá lo necesario para la mayor eficacia, responsabilidad y estímulo del trabajo, regulándolo adecuadamente y estableciendo la protección que debería dispensarse a los trabajadores para garantizar su estabilidad en el trabajo y el mejoramiento de sus condiciones morales, materiales e intelectuales”.

Y, desde entonces, hasta la Constitución de 1961, subsiste la cuestión de determinar el alcance que la reglamentación legislativa debe otorgar al derecho del trabajador a la permanencia en el empleo.

El desarrollo legislativo del precepto constitucional de la estabilidad hasta la sanción de la Ley contra Despidos Injustificados del 8 de agosto de 1974 en la cual se desarrolló de forma alternativa la liberación obligacional para el

contrato individual de trabajo, y en este sentido, se estableció el pago de las prestaciones dobles de antigüedad y cesantía, más el doble del preaviso además de los salarios caídos dejados de percibir, situación ésta que posibilitó al patrono a dar por resuelto el contrato individual de trabajo, aun cuando no mediare justificación alguna respecto de las causales legítimas de despido, cuando la solución proyectada originalmente, era la necesaria reinstalación del trabajador a su puesto de trabajo, por constituir una violación al principio, de rango constitucional, de la libertad de trabajo y de la libertad de contratación.

Sin embargo, resulta relevante destacar que el constituyente no refirió a la estabilidad como “derecho” aunque, sin duda el texto constitucional resultó enfático: “La Ley adoptará medidas tendientes a garantizar la estabilidad en el trabajo” (Art. 88 de la Constitución Nacional de 1961).

Merece, entonces, especial atención, el hecho de la pérdida del empleo por voluntad unilateral del empleador por violación a principios y derechos fundamentales lo cual conllevaría a la nulidad del acto y al restablecimiento de la situación jurídica infringida.

Corresponde de este modo, definir lo que se entiende por despido, para luego vincularlo con el principio de no discriminación, los derechos humanos

fundamentales y los aspectos relevantes de la nulidad, pues es a partir de allí que tiene sentido la aplicación del término despido nulo, como forma de terminación de los contratos individuales de trabajo, que de acuerdo con la clasificación de la doctrina, constituye un aspecto novedoso en nuestro país, y en este sentido debemos comenzar por el significado etimológico de los mismos.

Así tenemos que se entiende al despido como “la ruptura o disolución del contrato o relación de trabajo realizada unilateralmente por el patrono o empresario”, además, “significa privar de ocupación, empleo, actividad o trabajo”. (Diccionario de Derecho Usual, 1976, p. 690).

El despido viene a ser la “acción y efecto de despedir o despedirse. Acción de privar a un empleado de su puesto de trabajo. Indemnización o finiquito que recibe el trabajador despedido”. (Diccionario de la Lengua Española, 1992, p. 514).

El diccionario Cabanellas (1976, p. 741), define el despido como “... una declaración de voluntad unilateral, por la cual el patrono expresa y concreta su propósito de extinguir el vínculo jurídico que lo une al trabajador a su servicio”.

El autor De la Cueva (1980, p. 251), entiende el despido como “al acto por el cual el patrón hace saber al trabajador que rescinde de la relación de trabajo y que, en consecuencia, debe retirarse del servicio”.

Señala Alfonzo-Guzmán (1996, p. 282), que el despido es “el acto jurídico mediante el cual el patrono pone fin, justificada o injustificadamente, al contrato de trabajo”.

Otro doctrinario sostiene que “la acción a virtud de la cual el empresario, fundado o no en causa justa, provoca la ruptura del vínculo laboral que le une con el trabajador, se denomina *despido*”, (Benítez, D. y Reymundo, L., 1945, p. 106) y surge cuando la orden del cese laboral emana del patrono o del representante del patrono, es dirigida y comunicada al trabajador.

El profesor Ortiz-Ortiz (2005, p. 359), señala la importancia de determinar los elementos circunstanciales del despido, es decir, aquellos datos que nos permiten identificar la categoría del despido, y propone diferenciar los mismos según la “causa” que se encuentra tasada por el legislador, los “motivos” son las circunstancias subjetivas del empleador que ‘impulsan’ o ‘animan’ la voluntad de despedir y los “medios” involucrados en la decisión de despedir para lograr extraer los elementos para la configuración del

despido, que constituyen las formas, maneras y modos en que el empleador se impone de los hechos imputados a un trabajador.

Sostiene Hernáinz (1977, p. 764), que “existen tres notas fundamentales y típicas del auténtico despido, y éstas son: 1) la rotura total del vínculo laboral; 2) Que ésta se deba a un acto exclusivamente unilateral de la empresa; y 3) Que este acto que rompe la relación hasta entonces sea distinto a aquel por el cual se hubiera convenido expresamente o aceptado tácitamente, que habría de poner fin a la misma”.

En este sentido, para que el despido tenga existencia en el mundo jurídico, debe tratarse de un acto de manifestación de voluntad esencialmente del empleador, según lo ha señalado el profesor Ortiz-Ortiz (2005, p. 356) mediante la cual “las características del despido permiten explicar su existencia en el mundo jurídico, pues, ‘esencialmente’ se trata siempre de un acto de manifestación de voluntad, pero para que pueda producir los efectos jurídicos que la ley le imputa al acto de despedir, debe realizarse de una manera unilateral, debe ser recibida por el trabajador (...)”.

Es importante destacar que el Convenio núm. 158, sobre la terminación de la relación de trabajo (1958), dispone en el artículo 3, según lo apuntado en el Informe de la Comisión de Expertos sobre la Protección contra el Despido

Injustificado en la 82ª Reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo (1985, p. 9), que “las expresiones «terminación» y «terminación de la relación de trabajo» se refieren a la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador, lo cual limita el campo de aplicación material del Convenio a esta única modalidad de terminación de la relación de trabajo, quedando excluidas las demás”.

En este sentido, afirma la Comisión de Expertos referida, que la expresión <terminación> “se refiere a la cesación de la relación de trabajo y no a interrupciones de otro tipo” y esta calificación resulta importante, pues en efecto, “si en lugar de tratarse de un despido, la terminación de la relación de trabajo, aunque verdaderamente por iniciativa del empleador, es erróneamente calificada por éste como dimisión, ruptura de contrato, jubilación, modificación del contrato, fuerza mayor o rescisión por orden judicial, no deberían, aparentemente, aplicarse las reglas de protección correspondientes a la terminación de la relación de trabajo” (1985, p. 9), lo cual saldría de la esfera de la protección contra el Despido Injustificado en los términos expuestos en el Convenio núm. 158 sobre la Terminación de la Relación de Trabajo.

Ahora bien, la Ley Orgánica del Trabajo del año 1997, define el despido en el artículo 99, y así la entiende como “la manifestación de voluntad del

patrono de poner fin a la relación de trabajo que lo vincula a uno o más trabajadores” y en el artículo 77, la Ley Orgánica del Trabajo, las Trabajadoras y los Trabajadores publicada recientemente en fecha 07 de mayo de 2012, dispone que es “la manifestación de voluntad unilateral del patrono o de la patrona de poner fin a la relación de trabajo que lo vincula a uno o más trabajadores o trabajadoras”, haciendo pocos cambios en el contexto de esta definición.

En definitiva, “el despido, tiene que contemplarse como un acto de fuerza, un fenómeno de violencia inserto en los itinerarios de la autoridad empresarial. En tanto que fenómeno de empresa, más allá de su forma jurídica y de su engarce en el mecanismo regulativo de las relaciones de trabajo entre el momento contractual y el organizativo, ante todo un acto de violencia del poder privado que se expresa como tal” y que al ser materializado “expulsa al trabajador aun espacio desertizado –el no trabajo- en donde se plantea la pesadilla del sin-trabajo, es decir, de la precariedad como regla de vida, con repercusiones en los vínculos afectivos, familiares y sociales” (Baylos, 2009, p. 44).

De manera que el despido tiene un impacto social, económico y político de suprema importancia, y por esa razón, requiere de su regulación y vigilancia para preservar la continuidad laboral y garantizar a las personas la paz

laboral para su desarrollo como persona en atención a sus derechos fundamentales.

1.1. Antecedentes del despido.

Resulta interesante revisar cómo ha evolucionado la institución del despido en nuestro país y su tratamiento actual, y vemos que desde la época de la Colonia, la Capitanía General de Venezuela seguía las disposiciones legales dictadas por la Metrópoli, por lo que en materia del despido tienen marcada influencia las antiguas leyes Españolas, entre las que se encuentran: El Fuero Viejo de Castilla; el Libro de las Costumbres de Tortosa: el cual puntualiza que el trabajador despedido tiene opción, o a estar en su puesto hasta el fin del contrato o a percibir la soldada del tiempo íntegro contratado, o a percibir la soldada del tiempo íntegro contratado, pudiendo el Tribunal apreciar si hay o no causa de despido; El Fuero Real y las Ordenanzas Reales de Castilla. (Hernainz, 1977, p. 764).

Desde la Constitución de la República Independiente de Venezuela, siguieron aplicándose estas disposiciones hasta la implementación de los primeros Códigos sobre Derecho Mercantil y Derecho Civil.

El autor Hernainz, ha analizado brevemente la evolución del derecho del trabajo en Venezuela, mencionando los instrumentos normativos más importantes, con relación al despido, enunciados en los siguientes:

1. El Código de Comercio de 1862, contenía disposiciones de Derecho Marítimo sobre la ruptura de los contratos entre propietarios de naves y subordinados. El Capitán podía ser despedido sin indemnización alguna (art. 7) y se establecía el despido justo e injusto del marinero (art. 12); existía prohibición de despido de un marinero en un país extranjero, pero no se establecía sanción por ello (art. 13).
2. En el Código de Comercio de 1873, se permitió el despido por parte del patrono antes de la expiración del contrato por ciertas causales que enumera el mismo artículo (art. 89); establecía la figura del preaviso e indemnización sustitutiva del preaviso (art. 90); existían derechos absolutos del propietario de la nave para despedir al capitán (art. 496); y derechos del capitán para despedir a los miembros de la tripulación (art. 497); se reguló el despido de los miembros de la tripulación (art. 535) y se señalaron las causas legítimas del despido (art. 536).
3. La indemnización por despido injusto encuentra sus antecedentes, dentro de la moderna legislación de trabajo, en la teoría del abuso de derecho, de la cual se derivó la Ley francesa del 27 de diciembre de 1890, cuyo art. 1º establecía que la terminación del contrato por

voluntad de uno solo de los contratantes puede dar lugar a daños y perjuicios.

4. El Código Civil de 1896, estableció que se podía cesar el servicio de un sirviente por voluntad de cualquiera de las partes (art. 3).
5. El Código de Comercio de 1904, mantuvo un contenido idéntico al Código de Comercio del año 1873.
6. El Código Civil de 1916, estableció la figura del arrendamiento de servicios, mediante el cual el arrendador o locador tiene el derecho a ponerle fin al contrato si el sirviente se inhabilita por cualquier causa por más de un mes (art. 1.683).
7. En la Ley de Talleres y Establecimientos Públicos en 1917 y con las Leyes de Minas de 1904, 1909 y 1915, no hubo mayores diferencias de los Códigos precedentes.

Seguidamente, la Ley del Trabajo de 1928, centró su desarrollo al trabajo subordinado pero “fue letra muerta desde su promulgación, pues no existían funcionarios públicos especialmente encargados de velar por su cumplimiento, ni fueron creados los órganos jurisdiccionales para impartir justicia” (Alfonzo-Guzmán, 1995, p. 41), sin embargo, destacó que “los daños y perjuicios que pueden otorgarse por la inobservancia de los plazos de despido no se confunden con los derivados de la terminación abusiva del contrato por voluntad de uno de los contratantes; a fin de comprobar la

existencia del abuso, el tribunal podrá realizar una investigación acerca de las circunstancias de la ruptura” (Cabanellas, 1976, p. 690).

La Ley del Trabajo de 1936, realizó una modificación a las figuras de despido y preaviso, en los contratos por tiempo indeterminado (art. 27); así como en los contratos por tiempo determinado (art. 28) y señaló que lo no previsto en dichas normas se regiría por el derecho común.

En la Ley contra los Despidos Injustificados de 1974, se desarrolló de forma alternativa la liberación obligacional para el patrono que insistiera en resolver unilateralmente sin justa causa el contrato de trabajo, la cual consistió en el pago de las prestaciones de antigüedad y cesantía en forma doble, más el doble del preaviso además de los salarios dejados de percibir.

La Ley Orgánica del Trabajo de 1991, establece la universalización de la estabilidad laboral, con derecho al reenganche por el despido injusto, para todos los trabajadores permanentes con más de tres meses de servicio, con excepción de trabajadores de dirección, temporeros, eventuales, domésticos y de patronos con menos de diez trabajadores. (Alfonzo-Guzmán, 1995, p. 43).

La reforma de la Ley Orgánica del Trabajo de 1997, mantuvo el régimen contenido en la Ley Orgánica del Trabajo del año 1991 y estableció el pago

de las indemnizaciones por despido injustificado y preaviso omitido, para los trabajadores amparados por el régimen de estabilidad relativa.

Con la entrada en vigencia de la Ley Orgánica del Trabajo, las Trabajadoras y los Trabajadores, publicada en mayo del año 2012, se estableció en los artículos 77, 85, 87, 94 y 418, la limitación de toda forma de despido no justificado, estableciendo que aquellos que sean contrarios a la Constitución y a la Ley son nulos, y se reconoce el derecho a la estabilidad laboral a partir del primer mes de prestación de servicios, a los trabajadores contratados mientras no haya vencido el término del contrato, a los trabajadores contratados para una obra determinada hasta la conclusión de la misma, excluyendo del régimen de estabilidad a los trabajadores de dirección.

De manera pues, que para la entrada en vigencia de la LOTTT, en materia de despido, la ley ha incorporado a su texto que los despidos contrarios a la ley o a la Constitución son nulos, abriendo la puerta a un estudio más profundo del régimen de estabilidad que opera en Venezuela y de la institución, por demás innovadora, del despido nulo, el cual se procura abordar en la presente investigación, sin que ello implique que agotamos con ello toda la investigación que requiere tan importante tema.

En ese sentido, debemos hacer referencia a lo que ha señalado la doctrina con respecto a las clases de despido que pueden presentarse en las relaciones laborales, y así podemos describir en el siguiente subcapítulo, ciertas categorías o ubicación que dependerán del tipo de contrato, de trabajador, de consecuencias, entre otras.

1.2. Clasificación del Despido.

En la doctrina, el profesor Ortiz-Ortiz (2005, p. 365), realiza una breve sistematización de los modos en que puede presentarse el despido, y así lo clasifica en: 1.- En atención a las causas: 1.1.- Despido justificado o disciplinario, 1.2.- Despido injustificado, 1.3.- Despido no justificado o *ad nutum*; 2.- En atención a la manifestación de voluntad: 2.1.- Despido directo, 2.2.- Despido indirecto; 3.- En atención al número de afectados: 3.1.- Despido individual, 3.2.- Despido colectivo; 3.3.- Despido masivo.

En Argentina, el profesor Rodríguez (1999, p. 395) lo clasifica en dos aspectos fundamentales: a) conforme a la naturaleza jurídica de la causa que la determina, o b) de acuerdo a los efectos indemnizatorios que tienen.

Según la naturaleza jurídica de la causa en que se funda la extinción, Rodríguez (1999, p.395), las divide en tres causas fundamentales: a) extinción por voluntad de ambas partes, b) Extinción por voluntad de una de

las partes y, c) extinción fundada en causas no vinculadas a la voluntad de las partes, en nuestro tema nos interesa resaltar la extinción por voluntad de una de las partes, la cual se detalla en:

1. La extinción sin invocación de causa:
 - 1.1. Despido *ad nutum*:
2. Extinción fundada en el incumplimiento de la parte:
 - 2.1. Despido con justa causa, disciplinario o por incumplimiento del trabajador.
 - 2.2. Despido indirecto.

La segunda clasificación, referida a los efectos indemnizatorios, señala:

- a) Cuando no genera indemnización:
 1. Despido con justa causa o disciplinario
 2. Despido por jubilación ordinaria
 3. Despido durante los primeros treinta días del período de prueba
- b) Indemnización reducida:
 1. Despido por fuerza mayor o falta o disminución de trabajo
 2. Despido por quiebra o concurso
- c) Indemnización completa:
 1. Despido *ad nutum*
 2. Despido indirecto
 3. Despido por incapacidad absoluta
- d) Indemnizaciones agravadas

1. Despido por maternidad
2. Despido por matrimonio
3. Despido durante la licencia por enfermedad
4. Despido de representantes sindicales
5. Despido discriminatorio

En nuestro derecho interno, se clasifica según la tesis del profesor Ortiz-Ortiz, de acuerdo a los hechos, circunstancias o causas que lo motivan, así tal como se describe en el artículo 77 de la LOTT, pero ello no significa ésta sea la única clasificación posible por cuanto en el texto de la nueva ley podríamos circunscribirlos de acuerdo al concepto que se quiera resaltar; de manera que sobre la base de esta clasificación tenemos que el despido será:

- a) Justificado, cuando el trabajador o trabajadora ha incurrido en una causa prevista por esta Ley;
- b) No justificado, cuando se realiza sin que el trabajador o trabajadora haya incurrido en causa legal que lo justifique”.

Bajo la vigencia de la Ley Orgánica del Trabajo del año 1997, se clasificaba el despido en justificado e injustificado igualmente haciendo referencia a los hechos o circunstancias que lo motivan, en:

Art. 99. “Parágrafo Único: El despido será:

- a) Justificado, cuando el trabajador ha incurrido en una causa prevista por la Ley;

- b) Injustificado, cuando se realiza sin que el trabajador haya incurrido en causa que lo justifique”.

Ahora bien, interesa mencionar y explicar muy brevemente aquellos tipos de despido más relevantes desde el punto de vista doctrinario, entre los cuales se destacan: el despido justificado y no justificado o *ad nutum*, el despido indirecto, el despido masivo, el despido arbitrario o abusivo, el despido discriminatorio y el despido nulo.

1.2.1. Despido Justificado:

Para el profesor Alfonso-Guzmán (1996, p. 279), las causas justificadas de despido tienen las siguientes características: a) implican un incumplimiento grave de las obligaciones del contrato, de la ley, derivadas de la equidad o el uso; b) son de orden público, pues garantizan el derecho de retiro del trabajador; c) Son genéricas, pues no todas las causales de despido aparecen especificadas en la norma; y d) son actos voluntarios, generalmente instantáneos, que transgreden las obligaciones que forman parte del contenido del contrato de trabajo.

Y, en ese sentido, será justificado el despido cuando el trabajador ha incurrido en una de las causales previstas en el artículo 79 de la Ley Orgánica del Trabajo, las Trabajadoras y los Trabajadores, al cual remitimos para su profundización, y que resulta de contenido idéntico al ex artículo 102

de la Ley Orgánica del Trabajo derogada, incorporando en su texto el acoso laboral y el acoso sexual como causa justificada de despido. En estos casos, el patrono quedará eximido de pago de indemnización alguna de producirse la terminación de la relación laboral.

1.2.2. Despido No Justificado o *Ad Nutum*:

El profesor Ortiz-Ortiz (2005, p. 366) indica que se conoce con el nombre de despido *ad nutum* a “aquella situación en la cual el acto de despedir no está sustentado en ninguna causa”.

También, ha sido considerado como, aquel hecho del patrono, mediante el cual éste “dispone de una facultad subjetiva, que se puede considerar como virtualmente ilimitada, para resolver sin causa la relación laboral en cualquier momento” (Rodríguez, 1999, p. 405).

La nueva Ley Orgánica del Trabajo, las Trabajadoras y los Trabajadores, modifica la terminología de despido injustificado al despido no justificado; y establece en el artículo 85, que se garantizará la estabilidad en el trabajo y dispone lo conducente para limitar toda forma de despido no justificado, y en el artículo 77, se prevé la garantía de estabilidad en el trabajo y la limitación de toda forma de despido no justificado y es definido como aquel que se

realiza sin que el trabajador o trabajadora haya incurrido en causa legal que lo justifique.

La Ley Orgánica del Trabajo derogada, utilizó el término “despido injustificado” y se aplica “cuando la causa invocada por el empleador no puede ser imputado a la conducta del trabajador, o cuando siéndolo ésta, no está prevista en el elenco de causales establecidas en la ley” (Ortiz-Ortiz, 2005, p. 365), en este sentido se le diferencia del despido *ad nutum* o no justificado, según el autor señalado, pues en el despido injustificado existe una causa alegada que no está enmarcada en la ley, y el despido *ad nutum* es aquel “acto jurídico incausado”, es decir, no está fundamentado en ninguna causa.

De manera que bajo la vigencia de esta ley, los efectos patrimoniales del despido son diferentes dependiendo si estamos en presencia de un trabajador amparado por estabilidad o si estuviera excluido de ella. Así tenemos, que si goza de estabilidad, es acreedor de las indemnizaciones por despido injustificado e indemnización sustitutiva del preaviso omitido, según lo establecido en su artículo 125. Diferente sería el caso, si se encuentra excluido del régimen de estabilidad en el empleo, pues el trabajador sólo tendrá derecho al preaviso contenido en el artículo 104 ejusdem, y en caso de omitirse, se pagaría como indemnización, los salarios que se hubieren

causado durante el lapso del preaviso y este lapso se computaría a la antigüedad a todos los efectos legales.

En los contratos por tiempo determinado, cuando el trabajador era despedido injustificado, por indemnización, se cancelaban los salarios dejados de percibir durante el tiempo de duración del contrato, tal como se establecía en el artículo 110 de la derogada ley.

Este régimen cambió con la promulgación de la nueva Ley Orgánica del Trabajo, las Trabajadoras y los Trabajadores, por cuanto según lo previsto en los artículos 92 y 93, se elimina el preaviso de ley y, los efectos patrimoniales del despido, estarán referidos únicamente al pago de la indemnización equivalente al monto que le corresponde por las prestaciones sociales, cuando el trabajador manifieste su voluntad de no intentar el procedimiento por reenganche.

1.2.3. Despido Indirecto:

Para Alfonso-Guzmán (1996, p. 285), “debe considerarse despido indirecto todo cambio del trabajo o acto del patrono, justificado o no, capaz de ocasionar un perjuicio del trabajador, de índole material o moral, por la alteración unilateral de la relación obligatoria establecida”.

Así tenemos que “los supuestos constitutivos del despido indirecto descubren la voluntad velada del patrono de mantener vigente el contrato, pero en otras condiciones que el trabajador es libre de aceptar, o no” (Alfonzo-Guzmán. 1996, p. 284).

Estamos frente a un despido indirecto o por incumplimiento del empleador cuando el denunciante ha sido el trabajador, y “verificada la correspondiente denuncia del contrato, el trabajador quedará colocado como si hubiera sido objeto de un despido sin causa por parte del empleador”. (Rodríguez, 1999, p. 429).

Con la publicación de la Ley Orgánica del Trabajo, de los Trabajadores y Trabajadoras, el despido indirecto se regula en el artículo 80, literales a), b), c), d) y e) y sus excepciones, quedando en igual contenido a los supuestos previstos en los párrafos primero y segundo del artículo 103 de la Ley Orgánica del Trabajo derogada.

1.2.4. Despido Masivo:

Es aquél despido que se produce cuando en un lapso de tiempo corto y consecutivo, el empleador rescinde de los servicios de un número importante de los trabajadores de su empresa, siempre y cuando abarque el porcentaje

establecido, así se establece en la Ley Orgánica del Trabajo, de los Trabajadores y Trabajadoras de 2012, que:

Artículo 95. “El despido se considerará masivo cuando afecte a un número igual o mayor al diez por ciento de los trabajadores o trabajadoras de una entidad de trabajo que tenga más de cien trabajadores o trabajadoras, o al veinte por ciento de una entidad de trabajo que tenga más de cincuenta trabajadores o trabajadoras, o a diez trabajadores o trabajadoras de la que tenga menos de cincuenta dentro de un lapso de tres meses, o aún mayor si las circunstancias le dieran carácter crítico.

Cuando se realice un despido masivo, el Ministerio con competencia en trabajo y seguridad social podrá, por razones de interés social, suspenderlo mediante resolución especial”.

En los mismos términos, se encontraba establecido en el artículo 34 de la Ley Orgánica del Trabajo de 1997, a saber:

“El despido se considerará masivo cuando afecte a un número igual o mayor al diez por ciento (10%) de los trabajadores de una empresa que tenga más de cien (100) trabajadores, o al veinte por ciento (20%) de una empresa que tenga más de cincuenta (50) trabajadores, o a diez (10) trabajadores de la que tenga menos de cincuenta (50) dentro de un lapso de tres (3) meses, o aun mayor si las circunstancias le dieran carácter crítico.

(...) el Ministerio del ramo podrá, por razones de interés social, suspenderlo mediante resolución especial”.

En ambas legislaciones se mantienen las mismas previsiones sobre los límites numéricos para considerar masivo al despido y las facultades del Ministerio con competencia en el Trabajo para suspenderlo por razones de

interés social. Tal como hiciéramos referencia, en este caso podemos circunscribir este despido en la clasificación realizada por Ortiz-Ortiz, conforme al número de afectados, sin que ello implique pretender realizar una clasificación estricta en cada caso concreto, simplemente se intenta resalta lo que configura el tema central de esta investigación y que permita incorporar al debate, las nuevas tendencias del despido, especialmente, el despido nulo.

Ahora bien, seguidamente se explicarán muy brevemente los aspectos más importantes sobre el despido arbitrario u abusivo y discriminatorio, como antesala a la nulidad del despido el cual ocupará nuestra investigación de fondo.

1.2.5. Despido Arbitrario u Abusivo:

Puede considerarse, como despido arbitrario, aquel que puede ocasionar cierto grado de sufrimiento moral por haberse visto privado de su fuente de ingresos, pero con la particularidad esencial, que dicho despido es ejercido con abuso de derecho que le confiere la ley al empleador y, en consecuencia, este tipo de despidos producen en el fuero del trabajador daños morales susceptibles de indemnización, en atención a lo dispuesto en los artículos 1.185 y 1.196 del Código Civil de Venezuela.

Sostiene Pro Rísquez (2003, p. 407), que **“los despidos efectuados con abuso de derecho quedan sujetos a reparación”** y que los trabajadores afectados podrían intentar demandas por daños y perjuicios, tanto materiales como morales, con ocasión del hecho ilícito debido al abuso del patrono. Este criterio se encuentra desarrollado en sentencia emanada de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, No. 154 de fecha 25 de febrero de 2009, caso: Hanna Beyjoun Machta Vs Four Seasons Caracas, C.A, ponente: Magistrado Omar Mora Díaz, en la cual se señaló que en el ámbito laboral el incumplimiento de las obligaciones contractuales, eventualmente, podría ir acompañado de daños que repercuten en la esfera moral y emocional de una de las partes cuando es causado de manera ilícita, por lo que resulta procedente el resarcimiento de indemnización por daño moral por utilizar el contrato de trabajo de forma indebida. (negritas agregadas)

En este sentido, es importante destacar los que se plantea con respecto al término, y Cabanellas (1976, p. 25) define el término abusar, como “usar mal, excesiva, injusta, impropia o indebidamente de alguna cosa (Dic. Acad)”, deriva del latín *abusus*; *de ab*, en sentido de perversión, y *usus*, uso, y señala que “en Derecho, por *abuso* se entiende el mal uso o empleo arbitrario de la autoridad, la acción despótica de un poder, la consecuencia exagerada de un principio, el goce inmoderado de la propiedad o posesión; en definitiva, todo

acto que, saliendo fuera de los límites impuestos por la razón, la equidad, la justicia, ataque en forma directa o indirecta las leyes o el interés general”.

Así pues, para que se configure el despido arbitrario o abusivo, debe materializarse el despido en aplicación de lo que la doctrina entiende como *abuso de derecho*, y el maestro Cabanellas (1976, p. 28) lo define como el “ejercicio del mismo más en perjuicio ajeno que en beneficio propio. El empleo antisocial de alguna facultad jurídica. Acción u omisión jurídica, positivamente protegida, que lesiona un legítimo interés, desprovisto de correlativa o concreta defensa”. (cursivas agregadas)

Hay quienes sostienen que debe hablarse del *abuso en el ejercicio de los derechos*, “concebido cada derecho subjetivo como un conjunto de facultades, poderes y autorizaciones para obrar o abstenerse, y para pretender el amparo estatal, conjunto fundado en el Derecho positivo y protegido por éste, aflora la cuestión del mal uso o del ejercicio abusivo, en perjuicio de alguien, de tales facultades, poderes, autorizaciones y pretensiones” (Enciclopedia Jurídica Omeba, 1968, p. 125). En ese sentido, indica que resulta más apropiado el término en plural, toda vez que está referido con mayor propiedad a los derechos subjetivos y que el abuso, siempre se presenta en el ejercicio o al ponerse en movimiento un derecho subjetivo.

Así tenemos, en sentencia de fecha 26 de julio de 2001, la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, ponente Magistrado Juan Rafael Perdomo, No. 178, indicó que “(...) se infringe la finalidad social para la cual le fue conferido al patrono el derecho a despedir cuando es ejercido sin un motivo legítimo”, en tal sentido, aduce Mille (2002, p.50) que “si los derechos laborales son irrenunciables y uno de ellos, el primero y principal es el derecho al trabajo, éste no puede ser violado por el ejercicio abusivo del derecho a despedir que tiene el patrono, derecho éste que le fue conferido únicamente para protegerse y/o sancionar las faltas efectivamente cometidas por los trabajadores a su servicio”.

Aunque en algún momento pueda interpretarse que constituye un hecho ilícito despedir a un trabajador injustificadamente, pero en ese caso la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia No. 424, caso: Raquel Da Silva de Santiago Vs. CADAPE, en fecha 6 de mayo de 2010, ponente: Magistrada Carmen Elvigia Porras de Roa, se ha pronunciado al respecto, aduciendo lo siguiente:

“Advierte la Sala que el despido injustificado, es la potestad unilateral del patrono de poner fin a la relación de trabajo, la cual puede ser sometida al conocimiento del jurisdicente a través de la solicitud de calificación de despido a efectos del reenganche y el pago de salarios caídos.

Ahora bien, tal actuación en sí misma no constituye un hecho ilícito sino el ejercicio legítimo de una

facultad del patrono de poner fin a la relación de trabajo, por lo que resulta improcedente la cantidad demandada por la trabajadora por concepto de daños y perjuicios. Así se establece” (negritas agregadas).

Por lo que la procedencia del hecho ilícito en el exceso al *jus variandi*, que es la facultad de modificar algunas cláusulas del contrato de trabajo, y del derecho a despedir no constituye un hecho ilícito. Ahora bien, según Plá el *jus variandi* “es la potestad del empleador de variar, dentro de ciertos límites, las modalidades de prestación de las tareas del trabajador” (1979, p. 203), deberá ser analizada por el juez a los fines de verificar, en el caso concreto, si se está en presencia de un despido sin causa o de un despido en abuso de derecho, el cual tendrá como graves consecuencias mediante el pago por concepto de daños y perjuicios.

1.2.6. Despido Discriminatorio:

Por despido discriminatorio se entiende aquel que tiene su motivo en algunas de las causas de discriminación prohibidas por la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en numeral 1º del artículo 21, numeral 5º del artículo 89, artículo 95, y en definitiva por la lesión de derechos humanos fundamentales.

Para Orsini (2008, p. 121), “los despidos discriminatorios son aquellos actos rescisorios del empleador que, por estar fundados en “razones” a las que el

orden jurídico prohíbe reconocer viabilidad para diferenciar (v.gr. raza, orientación política, elección sexual, estado civil, pertenencia sindical, enfermedad, etc), resultan contrarios al derecho humano y constitucional a la igualdad de trato”.

Señala Meik (citado por Orsini, 2008, p.123), que “el despido discriminatorio o violatorio de derechos fundamentales es, entonces, doblemente ilícito, pues a la antijuridicidad insita en toda cesantía incausada, se agrega la violación de otros derechos fundamentales”, señala igualmente, que “todos los despidos que violan la igualdad de trato o fulminan otros derechos fundamentales de los trabajadores y que, en definitiva, se adoptan como inadmisibles represalias contra el trabajador frente al ejercicio de sus derechos” requieren, según el autor, agruparlo en la categoría de despidos injustificados agravados.

El tratadista Plá (1998), señala que en materia laboral, la jurisprudencia¹ es unánime en considerar que el “despido motivado o inspirado en razones discriminatorias, cualesquiera que ellas sean” constituye un despido abusivo. Y, que “los jueces ante la denuncia de que ha habido discriminación exigen la descripción de los motivos. Y si no los justifican, se inclinan por atribuirle carácter abusivo” (p. 421).

¹ En Uruguay.

1.2.7. Despido Nulo:

En nuestro país, así como en diversas legislaciones en América Latina y Europa, “reconocen determinados fueros de protección y dan el derecho al reintegro en caso de omisión de los requisitos formales o esenciales (por ejemplo: autorización judicial o administrativa previa, fundada en justa causa debidamente comprobada), implícitamente dan efectos de nulidad al despido, en especial disponen el cumplimiento forzoso de la orden judicial o administrativa de reintegro”. (Murgas, 2007, p. 385).

El profesor Carballo (2007, p. 411) señala que “(...) cualquier conducta patronal que tuviere por objeto o consecuencia la lesión de los derechos fundamentales del trabajador deberá reputarse nula, esto es, no producirá efecto alguno. En el caso particular del despido, la manifestación de voluntad extintiva del vínculo jurídico laboral de iniciativa patronal, en trasgresión de derechos fundamentales o inobservancia del régimen de las inamovilidades, será inválida y, por ende, a pesar de ella, el contrato o relación de trabajo será preservado”.

Ahora bien, no cumplir con los requisitos y formalidades para un despido en situación de fuero especial (por ejemplo, autorización judicial o administrativa previa); despedir, con o sin justa causa, periodos de prohibición del despido (incapacidad, vacaciones, servicio militar, representación deportiva u otras

causas de suspensión); o hacerlo por motivaciones discriminatorias o lesivas de derechos fundamentales, puede acarrear la sanción de nulidad en el despido dependiendo del caso que se trate, cuya procedencia tratará de abordarse en la presente investigación.

Podemos interpretar, en primer lugar, que el despido será nulo por estar relacionado a sus efectos y constatándose que es injustificado, no tendrá validez. En segundo lugar, podríamos decir que podríamos estar en presencia de una tercera clasificación del despido debido a que las causas que lo motivan son situaciones discriminatorias y por consiguiente, es nulo.

Es este segundo aspecto, la tesis que se promueve y se plantea como aspecto innovador para su aplicación a nuestro derecho interno, el cual se pretende sea aceptado tanto en su concepción originaria como en los elementos que la conforman dentro del campo de los derechos humanos universales, indivisibles e interdependientes y relacionados entre sí, que estando en un estado democrático, su desarrollo y respeto, especialmente a las libertades fundamentales, refuerzan su carácter previsto en los tratados y convenios internacionales.

CAPITULO II: ASPECTOS BÁSICOS DE LOS DERECHOS HUMANOS FUNDAMENTALES Y EL PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN EN EL MARCO DE LA FINALIZACIÓN DE LA RELACIÓN DE TRABAJO POR DESPIDO.

2.1. Derechos Humanos Fundamentales del Trabajador.

Los derechos de la persona, preexisten por el simple hecho de serlo, entendiendo a la “persona” como una sustancia individual de naturaleza racional, y al decir que (...) es una sustancia, se indica que se trata de un ser que (...), es en sí mismo y no en otro. Se le califica como individual para denotar que constituye una unidad, distinta de cualquier otra. Pero lo que la distingue o especifica de otras sustancias, como podía ser una roca o un animal, es su naturaleza racional, que hace que ella tenga una existencia completamente original en comparación con cualquier otra sustancia individual o sujeto” (Adame, 1996, p.17).

Sostiene Casal (2006, p. 12), que para poder comprender el concepto de derechos humanos es conveniente distinguirlo en un sentido amplio y en un sentido estricto. “En sentido amplio, los derechos humanos son derechos

inherentes a la persona que se derivan de la dignidad humana y resultan fundamentales en un determinado estadio de evolución de la humanidad, por lo que reclaman una protección jurídica. En cambio en su sentido más estricto, los derechos humanos son esos mismos derechos pero en la medida en que son reconocidos o protegidos en el ámbito internacional”.

En cuanto a la dignidad humana, en el preámbulo de la Declaración de los Derechos y Deberes del Hombre, aprobada por la Asamblea de Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, señala que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana, y en su artículo 1º, establece que todos los seres nacen libres e iguales en dignidad y derechos. Es por ello que “cuando se habla de la dignidad de la persona humana en relación de unas personas con otras no tiene ese significado de superioridad, sino un significado de igualdad”. (Adame, 1996, p. 18).

Así las cosas, esta dignidad la tienen todas las personas “por el mero hecho de tener la naturaleza humana, independientemente de cuál sea el grado de desarrollo o de perfección de cada persona en particular” (Adame, 1996, p. 18), por ello, se le reconoce protección y garantía contra las prácticas

discriminatorias que vulneren los principios universalmente aceptados en su condición de ser humano.

En ese sentido, el derecho a la no discriminación, al ser inherente a la persona humana, por ser propios de su ser e innatos en sí mismos, y “consustanciales con la naturaleza humana, (...) se adquieren por el hecho mismo del nacimiento y no pueden dejar de acompañar a la persona mientras viva”, en ese sentido, los derechos fundamentales “(...) están constituidos por: el derecho a la vida, a la integridad corporal, el de legítima defensa, el de asociación y reunión, etc”. (Diccionario de Derecho Usual, 1976, p. 661).

Hay que destacar el derecho a la intimidad, reputación e imagen, los cuales también son inherentes a la persona humana, en los términos contenidos en el artículo 60 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el cual establece que “toda persona tiene derecho a la protección de su honor, vida privada, intimidad, propia imagen, confidencialidad y reputación. La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y ciudadanas y el pleno ejercicio de sus derechos”.

Así tenemos, “hablar de intimidad es hablar de sentimientos, de creencias (políticas, religiosas), pensamientos o de una información, o la relativa a la

vida sexual, cuya difusión puede producir ciertas reservas al individuo. Se trata en definitiva de aquellos datos que bajo ninguna circunstancia proporcionaría un individuo de manera libre y consciente”¹.

En cuanto a la Privacidad, se puede decir que “es un término más amplio: se refiere a aquella parte del individuo que va más allá de lo íntimo, esto es, información que tomada por sí misma puede no ser relevante, pero que analizada en un momento o contexto concretos puede llevarnos a la construcción de un perfil muy fiable del individuo que permita su caracterización e identificación”².

Tenemos que “la imagen es aquella cualidad inserta en el individuo, que se encuentra altamente vinculada con su apariencia física, la cual consiste en cómo se ve la persona y cómo la perciben otros individuos, formando parte relevante de la socio-percepción, resultando uno de los componentes de la comunicación no verbal”³.

¹ Ávila, F., Castaldo, K., Urdaneta, A. (2007/2008). Los derechos a la intimidad y a la privacidad en Venezuela y en el derecho comparado. **Telemática de Filosofía del Derecho** [Revista en línea], 11 (314). Consultado el 15 de marzo de 2013 en: www.rtfed.es/numero11/18-11.pdf

² Ibid., pág. 314.

³ Colmenares, A. (2011). Los derechos laborales inespecíficos. Enfoque en el derecho venezolano. **Latinoamericana de Derecho Social** [Revista en Línea], 13 (82). Consultado el 03 de febrero de 2013 en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoSocial/13/art/art7.pdf>

En este sentido, la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1964 (Pacto de San José), en su artículo 11 el derecho que tiene toda persona a su dignidad, honra, vida privada entre otras, que deben ser salvaguardados durante la ejecución del contrato de trabajo, y que se expone de seguidas.

2.1.1. Los Derechos Sociales como Derechos Humanos. Clasificación.

Los derechos laborales vienen a ser agregados en el campo de la vinculación contractual del trabajo, manteniéndose vigentes los derechos relativos a la persona humana, garantizados y desarrollados bajo el marco del bloque de la constitucionalidad.

De acuerdo con lo que sostiene Pedrajas (1992, p. 15), “el vínculo contractual laboral, añadirá al trabajador el disfrute de nuevos derechos, amparados constitucionalmente, cuya significación y ejercicio sólo se actualiza en conexión con las relaciones individuales y colectivas de trabajo (...)” y que se mantienen incólumes aquéllos que ya ostentaba en su condición de ser persona.

Así tenemos que los derechos esenciales del hombre trabajador, son reconocidos en el ámbito internacional a partir del año 1919, que dentro de los fines de “la Organización Internacional del Trabajo (OIT), constituida en el marco del Tratado de Versalles, ha marcado los destinos de las normas internacionales del trabajo” como estructura medular de la doctrina iuslaboralista.

Ahora bien, uno de los primeros instrumentos relativos a los derechos humanos fundamentales, en materia del trabajo, lo encontramos en la propia Constitución de la OIT, al señalar en el mismo preámbulo el “reconocimiento del principio de salario igual por un trabajo de igual valor y del principio de libertad sindical” y a través de distintos Convenios y Recomendaciones destinados a eliminar y proteger a la clase trabajadora de cualquier forma de discriminación en el ámbito de las relaciones laborales.

En particular, entre los Convenios y Recomendaciones de mayor significación en materia de discriminación en el empleo y la ocupación, se encuentran los siguientes: el Convenio núm. 19, sobre igualdad de trato a los trabajadores extranjeros y nacionales en materia de reparación de accidente de trabajo; el Convenio núm. 100 y Recomendación 90, sobre la igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la obra de mano femenina por trabajos de igual valor; el Convenio núm. 111, sobre discriminación en

materia de empleo y ocupación; el Convenio núm. 156 y Recomendación núm. 165, sobre igualdad de oportunidades y trato entre trabajadores con responsabilidades familiares.

En Venezuela, los tratados o acuerdos internacionales constituyen una de las principales fuentes de los derechos humanos, según lo establecido en el artículo 23 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, a saber:

“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 favorable a las establecidas por esta Constitución y la ley de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público”.

Por consiguiente, son de aplicación inmediata en el territorio nacional, aquellos tratados, pactos y convenciones suscritos y ratificados por Venezuela, relativos a los derechos humanos, así como aquellos principios inmersos en la Constitución, así no aparezcan en su texto, cuyo contenido verse sobre derechos humanos, son de obligatorio cumplimiento en el sentido de que estos principios no necesitan ser repetidos en ella para darle existencia y aplicación.

Igualmente, en atención a los derechos humanos fundamentales en el trabajo, la Declaración de Filadelfia adoptada en 1944, la cual pasó a formar parte integrante como anexo de la Constitución de la OIT, actualizó los fines y objetivos de la OIT, entre los cuales señaló como puntos importantes el hecho de que “el trabajo no es una mercancía” y que “todos los seres humanos, sin distinción de raza, credo o sexo, tienen derecho a perseguir su bienestar material y su desarrollo espiritual en condiciones de libertad y dignidad, de seguridad económica y en igualdad de oportunidades”.

En ese sentido, señala Alonso (2003, p. 122), que los derechos humanos fundamentales en el trabajo pueden clasificarse de la siguiente forma:

“Sección I:

- El trabajo no es una mercancía (a)
- La libertad de expresión y de asociación es esencial para el progreso constante. (b)

Sección II:

- Todos los seres humanos, sin distinción de raza, credo o sexo, tienen derecho a perseguir su bienestar material y su desarrollo espiritual en condiciones de libertad y dignidad, de seguridad económica y en igualdad de oportunidades. (a)

Sección III:

- Lograr el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva (e)
- Proteger a la infancia y a la maternidad (h)
- Garantizar iguales oportunidades educativas y profesionales”.

En este orden de ideas, “la doctrina del derecho internacional del trabajo ha empleado la expresión derechos humanos fundamentales y la propia OIT así lo ha reiterado, para aludir al conjunto de derechos y garantías relativas específicamente a:

- a) La libertad de trabajo (abolición del trabajo forzoso)
- b) La libertad sindical y negociación colectiva;
- c) La igualdad de trato y oportunidades (no discriminación);
- d) Y más recientemente, a la edad mínima de admisión en el empleo (reconvertida actualmente bajo el enunciado: abolición o erradicación del trabajo infantil)”. (Alonso, 2003, p. 126).

Es importante destacar la clasificación sobre los derechos constitucionales de contenido o significación estrictamente laboral, realizada por Pedraja (1992), en el ordenamiento jurídico español, detallados en:

a) Derechos fundamentales y libertades públicas:

Están referidos a aquellos derechos “cuya aplicabilidad inmediata, garantizados por el proceso especial preferente y sumario que se conoce como de amparo ordinario (...) y cuyo desarrollo ha de efectuarse a través de una ley orgánica” (Pedraja, 1992, p. 16), a saber:

- a. Libertad sindical
- b. Derecho de huelga
- c. Derecho a un trabajo remunerado de los condenados a penas de prisión.

b) Derechos y deberes de los ciudadanos:

Estos son aquellos derechos “cuya aplicabilidad inmediata está condicionada a la autosuficiencia de sus propios enunciados, que no gozan de las garantías de los recursos de amparo ordinario o constitucional – aunque sí han de ser protegidos por los jueces y tribunales en procesos ordinarios – y cuyo eventual desarrollo no está condicionado a la forma de ley orgánica” (Pedraja, 1992, p. 16), son:

- a. El derecho y deber de trabajar.
- b. La libre elección de profesión y oficio.
- c. La promoción a través del trabajo.
- d. La negociación colectiva.

c) Principios rectores de la política social y económica:

Son “aquellos principios con valor programático, que sólo podrán ser alegados de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen, pero cuyo reconocimiento (...) respeto (...) y (...) protección informará la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos” (Pedraja, 1992, p. 17), así se describen en:

- a. Salud y Seguridad Social.
- b. Política de Empleo.
- c. Seguridad e Higiene en el Trabajo.
- d. Descanso de los Trabajadores.

En este orden de ideas, el citado autor Pedraja (1992, p. 20) expone que “no existe un catálogo único de derechos fundamentales (personales o laborales) que haya merecido históricamente el mismo nivel de protección”, pues tanto los derechos humanos como los derechos laborales parten de principios semejantes, destinados a proteger al trabajador como sujeto subordinado y dependiente de su patrono, y que se logra cuando se equilibran las dos partes contratantes manifiestamente desiguales.

Por esa razón, se ha consolidado no sólo el desarrollo de los derechos humanos sino que ello ha abarcado al conjunto de derechos del ser humano en su condición de trabajador que, dada su aceptación universal, han pasado a formar parte de una categoría muy específica de derechos humanos.

De este modo, existen derechos humanos de contenido laboral, tales como “el derecho al trabajo, la limitación de la jornada laboral, el derecho a igual remuneración por igual trabajo, el derecho a la huelga, el derecho a asociarse y constituir sindicatos, el derecho a condiciones de trabajo adecuadas en cuanto a seguridad, salubridad e higiene, etc” (Faúndez, 1988, p. 110).

Ahora bien, en cuanto a la interpretación que debe darse a estos derechos, debe tenerse en cuenta que rigen aquellos principios de interdependencia,

indivisibilidad y progresividad, contenidos en el artículo 22 de la CRBV, que obligan a: “i) un ejercicio simultáneo y complementario de todos los derechos en el sentido de que el ejercicio de unos no puede excluir el de otros, de modo que *“el goce y disfrute pleno de unos derechos depende de su ejercicio conjunto y en igualdad de condiciones con los demás derechos”*, *“so pena de desnaturalizarlos en su esencia y reducirlos en los efectos de su protección, si fueren considerados de manera diferenciada entre unos y otros;* y ii) la voluntad del Estado de reconocimiento y garantía de una pluralidad cada vez mayor de derechos”⁴.

En consecuencia, aún cuando pueden existir distintos grupos de derechos, estos pueden tener diferencias en razón de su naturaleza y características, sin embargo, todos los derechos humanos tienen la misma jerarquía e importancia para la realización de la dignidad humana y así deben ser aplicados en las relaciones laborales, muy particularmente, para eliminar y erradicar cualquier forma de discriminación que pudiese presentarse en el vínculo contractual laboral, especialmente, al momento de su finalización por voluntad del empleador.

⁴ Sentencia No. 190, emanada de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en fecha 28 de febrero de 2008, en interpretación de los artículos 21, cardinal 7 y 77 en conjunción con los artículos 19, 20 y 22 todos de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, ponencia: Magistrado Pedro Rafael Rondón Haaz.

2.2. El principio de no discriminación.

Por discriminación del latín *discriminatio*, se entiende “la acción y efecto de discriminar”. Y por discriminar, del latín *discriminare*, es la acción de “separar, distinguir, diferenciar una cosa de otra. Dar trato de inferioridad a una persona o colectividad por motivos raciales, religiosos, políticos, etc”, y por discriminatorio, “que discrimina”. (Diccionario de la Lengua Española, 1992, p. 536).

También se ha definido la discriminación, como “absuelto anglicismo por diferencia, diferenciación o desigualdad”. (Diccionario de Derecho Usual, 1976, p. 719).

El maestro Plá (1998, p. 415), se inclina a admitir el principio de no discriminación, pero no el de igualdad. Afirma que el principio de no discriminación “lleva a excluir todas aquellas diferenciaciones que colocan a un trabajador en una situación inferior o más desfavorable que el conjunto. Y sin una razón válida ni legítima”. Sin embargo, el principio de igualdad “encierra la idea de la equiparación, que es una fuente de conflictos y problemas; desnaturaliza el carácter mínimo de las normas laborales y lleva a impedir el otorgamiento de las mejoras y beneficios que podrían existir”.

Ha manifestado Toselli (2008, p. 79), que “la discriminación se presenta tanto como un trato desigual arbitrario o injustificado, como cuando se vulnera algunos de los derechos humanos, reconocidos a las personas como fundamentales, para asegurar su calidad de seres humanos”.

En atención a la protección contra la discriminación y preservación del empleo, ha señalado la Conferencia Internacional del Trabajo mediante la Declaración de Ginebra de 1988, en su artículo 2, que los miembros deben respetar y promover, los principios fundamentales en el trabajo, entre los cuales se encuentra eliminar todo tipo de discriminación en materia de empleo y ocupación, en ese sentido establece:

“2. Declara que todos los miembros, aun cuando no hayan sido ratificado los convenios aludidos tienen un compromiso que se deriva de su mera pertenencia a la organización de respetar, promover y de hacer realidad, de buena fe y de conformidad con la Constitución los principios relativos a los derechos fundamentales que son objeto de esos convenios, es decir:

- a) La Libertad de Asociación y la Libertad Sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva;
- b) La eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio;
- c) La abolición efectiva del trabajo infantil; y
- d) **La eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación**”. (negrillas agregadas)

Así mismo, en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, se dispone en su artículo 2, la prohibición de discriminación mediante la

consagración del deber de igualdad sin distinción de raza, sexo, idioma, color, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.

En el mismo orden, se establece en la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1964 (Pacto de San José), en el artículo 1, que “los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

Así también, en el preámbulo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, se indica que todos los seres tienen ciertos derechos iguales e inalienables, así como en su artículo 2, se dispone que “cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

Igualmente, se consagra en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1969, en su artículo 2, que “los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

En cuanto al principio de igualdad, se prevé en el artículo 21 del Convenio sobre Discriminación y Preservación del Empleo, que “todas las personas son iguales ante la ley, y en consecuencia:

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

2º. La ley garantizará las condiciones jurídicas y administrativas para que la igualdad ante la ley sea real y efectiva. (...) protegerá a aquellas personas que por alguna de las condiciones antes especificadas, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan”.

El Convenio núm. 111 sobre la discriminación (empleo y ocupación) de 1958⁵, establece en el artículo primero, lo siguiente:

⁵ Publicado en Gaceta Oficial No. 27.609 de fecha 03-12-1964.

“Artículo 1.

1. A los efectos de este Convenio, el término “discriminación” comprende:

a) Cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación;

b) Cualquier otra distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación que podrá ser especificada por el Miembro interesado previa consulta con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores, cuando dichas organizaciones existan, y con otros organismos apropiados;

2. Las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en las calificaciones exigidas para un empleo determinado no serán consideradas como discriminación.

3. A los efectos de este Convenio, los términos “empleo” y “ocupación” incluyen tanto el acceso a los medios de formación profesional y la admisión en el empleo y en las diversas ocupaciones como también las condiciones de trabajo”.

El artículo 21 de la CRBV, establece que “todas las personas son iguales

ante la ley, en consecuencia:

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

En cuanto a la interpretación a este artículo 21, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, dictó sentencia con ponencia del Magistrado Pedro Rondón Haaz, en fecha 28 de febrero de 2008, No. 190, en solicitud de interpretación constitucional realizada por la Asociación Civil Unión Afirmativa de Venezuela de los artículos 21, cardinal 1 y 77, en conjunción con los artículos 19, 20 y 22, todos de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, mediante la cual se estableció:

“(…) el artículo 21 de la Constitución de 1999 es claramente enunciativo respecto de la prohibición de cualquier factor irrazonablemente discriminante entre los individuos. Ello se demuestra de su Exposición de Motivos, cuando señala (Título III, Capítulo I) que:

Se reconocen los derechos al libre desenvolvimiento de la personalidad y a la igualdad. (...) se refuerza y amplía la protección constitucional al prohibir no sólo las discriminaciones fundadas en la raza, el sexo o la condición social, sino además aquellas que, en general, tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio en condiciones de igualdad, de los derechos y libertades de toda persona”.

En este mismo sentido, la Ley Orgánica del Trabajo, las Trabajadoras y los Trabajadores de 2012, establece la prohibición de discriminación, en los siguientes términos:

Artículo 18. “(…)

7. Se 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”.

Artículo 21. “Son contrarias a los principios de esta Ley las prácticas de discriminación. Se prohíbe toda distinción, exclusión, preferencia o restricción en el acceso y en las condiciones de trabajo, basadas en razones de raza, sexo, edad, estado civil, sindicalización, religión, opiniones políticas, nacionalidad, orientación sexual, personas con discapacidad u origen social, que menoscabe el derecho al trabajo por resultar contrarias a los postulados constitucionales. (...) Ninguna persona podrá ser objeto de discriminación en su derecho al trabajo por tener antecedentes penales”.

Estas normas incluyen la violación al derecho a la igualdad ante la ley como una modalidad de discriminación e incluyen derechos inherentes al ser humano, ampliando en ese sentido, las razones o distinciones que puedan dar lugar a un trato discriminatorio tanto al inicio, en el transcurso, como para el término de la relación laboral.

En el mismo orden de ideas, se dispone en literal e) del artículo 8 del Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo de 2006, lo siguiente:

“e) Principio de 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. Este principio comprenderá las discriminaciones que pudieren suscitarse con antelación al nacimiento de la relación de trabajo, tales como, entre otros supuestos, imponer como condición de admisión a la empresa el abstenerse del ejercicio de actividades sindicales o el someterse a exámenes de embarazo”.

Ahora bien, con respecto a la discriminación por violación al derecho a la igualdad ante la ley, el profesor español Palomeque (2006, p. 15), ha señalado que “el derecho de igualdad en el ámbito de las relaciones de trabajo se dispone de un doble juego institucional: 1) El derecho de los sujetos laborales a obtener separadamente un trato igual de los poderes públicos, que se concreta en una manifestación plural: a) la igualdad ante la ley, que limita la actuación normativa del Estado y también de la autonomía colectiva, y b) la igualdad en la aplicación de la ley, que limita la actuación jurisdiccional y administrativa del propio Estado; y, 2) el derecho de los trabajadores a no ser discriminados por su empresario, y esta igualdad se materializa a través de normas que establezcan ante supuestos de hecho iguales consecuencias jurídicas iguales”.

En la sentencia N° 244, dictada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en fecha 20 de febrero de 2001, se estableció que:

“ (...) la violación al derecho a la no discriminación se configura cuando se trata de forma desigual a los iguales. En este caso concreto, tal violación se configuraría si la accionante hubiera probado que a otras empresas, que están en su misma situación y que cumplan con todos los requisitos para solicitar el permiso para la importación de sustancias agotadoras de la capa de ozono, se les haya otorgado tal permiso a diferencia de ella”. (negritas agregadas)

En sentencia en el caso *Yatama versus Nicaragua*, de fecha 23 de junio de 2005, dictada por la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos, se ha confirmado el gran avance jurisprudencial alcanzado por su Opinión Consultiva N° 18, que ha reafirmado el carácter de *jus cogens* del principio de la igualdad y no discriminación (párr. 184), y ha establecido que:

“Por consiguiente, los Estados tienen la obligación de no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias, eliminar las regulaciones de carácter discriminatorio, combatir las prácticas de este carácter y establecer normas y otras medidas que reconozcan y aseguren la efectiva igualdad ante la ley de todas las personas. **Es discriminatoria una distinción que carezca de justificación objetiva y razonable.**

El artículo 24 de la Convención Americana prohíbe la discriminación de derecho o de hecho, no sólo en cuanto a los derechos consagrados en dicho tratado, sino en lo que respecta a todas las leyes que apruebe el Estado y a su aplicación. Es decir, no se limita a reiterar lo dispuesto en el artículo 1.1 de la misma, respecto de la obligación de los Estados de respetar y garantizar, sin discriminación, los derechos reconocidos en dicho tratado, sino consagra un derecho que también acarrea obligaciones al Estado de respetar y garantizar el principio de igualdad y no discriminación en la salvaguardia de otros derechos y en toda la legislación interna que apruebe”⁶. (negritas agregadas)

⁶ Tojo, L. (2009). Herramientas para la protección de los derechos humanos. **Sumarios de Jurisprudencia/Igualdad y No Discriminación** [Revista en línea] (104). Consultado el 24 de marzo de 2013 en: www.corteidh.or.cr/tablas/27373.pdf

De manera que los principios de igualdad y no discriminación al ser inescindibles podrían verse afectados cuando la terminación de la relación laboral tiene lugar con ocasión a la lesión de derechos humanos fundamentales y también cuando se trata de forma desigual a aquellos que son iguales a la luz del artículo 21 constitucional, en este sentido cualquier situación arbitraria que pudiese anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos de los trabajadores, especialmente los señalados en este capítulo, deberán ser tutelados por los órganos de justicia del Estado, en el entendido que es una obligación legal y constitucional su protección mediante la adopción de medidas firmes y eficaces capaces de restablecer la situación jurídica infringida.

CAPITULO III: ELEMENTOS RELEVANTES DE LA NULIDAD DEL DESPIDO POR RAZONES DISCRIMINATORIAS.

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, establece que aquellos despidos contrarios a ésta son nulos, al expresar en el artículo 93, que “la ley garantizará la estabilidad en el trabajo y dispondrá lo conducente para limitar toda forma de despido no justificado. **Los despidos contrarios a la Constitución son nulos**”.

En ese orden de ideas, la Ley Orgánica del Trabajo, las Trabajadoras y los Trabajadores, establece que aquellos despidos que sean contrarios a la Constitución y a la ley son nulos. En el capítulo relacionado a la terminación de la relación de trabajo, cuando se hace referencia a las clases de despido, dispone en el artículo 77 que “la Ley establece la garantía de estabilidad en el trabajo y la limitación de toda forma de despido no justificado. Los despidos contrarios a esta Ley son nulos”, es decir, no ubica el despido nulo como una clasificación sino como una consecuencia a todo tipo de despido contrario a la ley y a la constitución.

Seguidamente, en el artículo 85 ejusdem, referido al capítulo sobre la estabilidad en el trabajo, se contempla que “la estabilidad es el derecho que tienen los trabajadores y las trabajadoras a permanecer en sus puestos de trabajo. Esa ley garantiza la estabilidad en el trabajo y dispone lo conducente para limitar toda forma de despido no justificado, conforme consagra la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Los despidos contrarios a la Constitución y a esta Ley son nulos”.

Igualmente, dispone el artículo 94, en cuanto al régimen de inamovilidad que “el despido, traslado o desmejora de un trabajador o trabajadora protegido de inamovilidad son contrarios a lo previsto en la Constitución y en esta Ley”, y el artículo 418, que hace referencia los trabajadores amparados por fuero sindical o inamovilidad laboral, establece que “ (...) el despido, traslado o desmejora de un trabajador o trabajadora amparada por fuero sindical o inamovilidad laboral, se considerará nulo y no genera efecto alguno, si no se han cumplido los trámites establecidos en esta Ley, independientemente de las razones esgrimidas para justificar el despido, traslado o desmejora”.

En el mismo sentido, prevé el Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo, en el artículo 9, literal “a”, que **“toda medida o acto del patrono o patrona contrario a la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela es nulo y no genera efecto alguno”**, en el ejercicio al principio protectorio o de

tutela de los trabajadores y trabajadoras, por virtud del cual deberán ser respetados los derechos que se encuentran irrevocable y definitivamente incorporados al patrimonio del trabajador o trabajadora.

Ahora bien, en atención a los postulados constitucional, legal y reglamentario, si un despido deviene en su nulidad, se debe analizar cuáles son los supuestos de procedencia o las causas que le conllevaron a ello. Entre estas causas, se agregan otras que no han sido expresamente previstas por el legislador, las cuales están constituidas por la forma de discriminación que pudiese adoptar en el vínculo laboral, muy especialmente, como causa de su finalización, la cual deberá ser alegada y demostrada en juicio bajo las reglas de la carga de la prueba que se expondrá de seguidas.

Tal como se expuso anteriormente, el profesor Ortiz-Ortiz (2005, p. 359), expresó en cuanto a los elementos circunstanciales del despido, que los medios del despido están constituidos por las formas, maneras o modos en que el empleador se impone de los hechos imputados a un trabajador, señalando que “estos medios pueden ser ‘lícitos’ o ‘ilícitos’ según se utilicen, y que de acuerdo a ellos, el medio se convierte en el elemento nulificador del acto de despedir”, el cual constituye un elemento importante para poder sancionar el despido en su nulidad.

En ese sentido, entendiendo que la violación al principio de no discriminación constituye un medio ilícito para dar por terminada la relación laboral, se procederá a explicar muy brevemente aquellos motivos que no constituirán causa justificada para la terminación de la relación de trabajo y que no pueden ser vulnerados por el patrono pues merecen especial protección, ello aplicación de los Convenios Internacionales núm. 111 sobre Discriminación en el Empleo y Ocupación, y que de acuerdo con el artículo 5 del Convenio núm. 158 de la OIT, sobre la Terminación de la Relación de Trabajo, postula:

Artículo 5.

- “a) la afiliación a un sindicato o la participación en actividades sindicales fuera de las horas de trabajo o, con el consentimiento del empleador, durante las horas de trabajo;
- b) ser candidato a representante de los trabajadores o actuar o haber actuado en esa calidad;
- c) presentar una queja o participar en un procedimiento entablado contra un empleador por supuestas violaciones de leyes o reglamentos, o recurrir ante las autoridades administrativas competentes;
- d) la raza, el color, el sexo, el estado civil, las responsabilidades familiares, el embarazo, la religión, las opiniones políticas, la ascendencia nacional o el origen social;
- e) la ausencia del trabajo durante la licencia de maternidad”.

En el Informe de la Comisión de Expertos sobre la Protección contra el Despido Injustificado de la OIT, se analizaron los artículos 5 y 6 del Convenio núm. 158 mencionado, el cual establece un número mínimo de los motivos que no constituyen causa justificada para la terminación de la relación de trabajo, que a la luz del Convenio núm. 111, serán catalogadas como discriminatorias, las cuales serán brevemente explicadas a la luz del mismo haciendo algunas referencias, en algunos casos, a nuestra legislación interna y a aspectos doctrinarios relevantes para su comprensión.

3.1. Formas de discriminación.

3.1.1. En materia sindical.

La Comisión señala que puede presentarse por afiliación a un sindicato o participación en actividades sindicales fuera de las horas de trabajo o, con el consentimiento del empleador durante las horas de trabajo, el cual se describe principalmente en el artículo 1 del Convenio sobre el Derecho de Sindicación y de Negociación Colectiva, 1949 (núm. 98), además es un elemento esencial del derecho de sindicación porque tales actos pueden dar lugar en la práctica a la negación de las garantías previstas en el Convenio núm. 87, sobre la Libertad Sindical y la Protección del Derecho de Sindicación de 1948.

En la legislación de varios países se establece expresamente que la terminación de la relación de trabajo por participación en una huelga es ilícita o nula de pleno derecho.

Establece el artículo 418 de la LOTTT, que “(...) el despido, traslado o desmejora de un trabajador amparado o trabajadora amparada por fuero sindical o inamovilidad laboral, se considerará nulo y no genera efecto alguno, si no se han cumplido los trámites establecidos en esta Ley, independientemente de las razones esgrimidas (...)”.

Así tenemos, entre los trabajadores amparados por fuero, los delegados de prevención en los términos previstos en el artículo 55 del Reglamento Parcial de la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo, los cuales no pueden ser despedidos sin justa causa, y se prevé la nulidad del despido, en los siguientes términos:

“Artículo 55. (...)

Se considera nulo el despido, traslado o desmejora de las condiciones de trabajo de los Delegados y Delegadas de Prevención sin justa causa debidamente calificada por el Inspector o la Inspectora del Trabajo. En estos casos, podrán solicitar su reenganche o restitución de la situación jurídica infringida, así como el pago de los salarios caídos, ante la Inspectoría del Trabajo, de conformidad con lo establecido en la Ley Orgánica del Trabajo y su Reglamento”

De manera que ambas normas plantean la nulidad de los delegados sindicales o de prevención, cuando sean objeto de traslado, desmejora o despido, el cual se considerará nulo.

3.1.2. Presentación de queja contra el empleador:

La Comisión destacó “que la protección eficaz del principio de igualdad exige que existan garantías que protejan contra toda medida de represalia contra la persona que presenta una demanda ante las autoridades competentes o que inicia una acción judicial en defensa de sus derechos, o que hubiera participado en la misma” (p. 54), sobre todo cuando estas medidas de represalias revisten en su forma más brutal, que es la terminación del vínculo laboral.

3.1.3. Raza o color:

De acuerdo al Informe de la Comisión “el concepto de raza no corresponde en realidad a una acepción científica precisa, pues su elemento esencial es la idea que los interesados tienen de sus diferencias y las actitudes que de ello se deriva en sus relaciones mutuas y, en especial, en el plano del empleo” (p. 55).

En el su artículo 1 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, se define: que “la expresión

“discriminación racial” denotara toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje, u origen nacional o étnico, que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública”.

3.1.4. Sexo o género:

Según la Comisión “son las que se establecen explícita o implícitamente en perjuicio de los hombres o las mujeres. En la práctica, las mujeres corren mayores riesgos de que su relación de trabajo se dé por terminada por motivos basados en el sexo” (p. 56).

El Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo, establece en el artículo 12, la discriminación por género, en los siguientes términos:

Artículo 12. Discriminación por razón de género: “Se considerará como expresión de discriminación arbitraria por razón de género, al acoso u hostigamiento sexual. Incurrirá en acoso u hostigamiento sexual quien solicitare favores o respuestas sexuales para sí o para un tercero, o procurare cualquier tipo de acercamiento sexual no deseado, prevaliéndose de una situación de superioridad y con la amenaza expresa o tácita de afectar el empleo o condiciones de trabajo de la víctima”.

Para Carmona y Veliz, citado por Cabrera, R. y Terife, J. (2007) “esta discriminación nace al hacer diferencias por motivos de género. En los últimos años se ha observado una creciente incorporación de la mujer en la sociedad y ello se debe a sus deseos de participar en condiciones de igualdad en los centros de decisión en el mercado de trabajo, en la educación y en la vida política, pero aún se puede ver grandes muestras de discriminación solo por su sexo, como por ejemplo en los menores salarios que reciben o en la menor tasa de ocupación laboral que poseen” (p. 31).

3.1.5. Orientación Sexual e Identidad de Género:

Como "**orientación sexual**" se hace referencia a "(...) la heterosexualidad, homosexualidad y bisexualidad, la cual “designa la capacidad individual de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un género diferente, del mismo género o de más de un género, así como de mantener relaciones íntimas y sexuales con ellas”¹. Y como '**identidad de género**' nos referimos no sólo al conjunto de conductas, valores y estereotipos masculinos y femeninos, –sino a aquellos conceptos que en la teoría política y sociológica contemporánea está comenzando a hablar de

¹ .Agencia de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (FRA). (2009). Homofobia y discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género en los Estados miembros de la Unión Europea, *Agencia de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (FRA)* [Revista en línea], (7). Consultado el 08 de marzo de 2013 en: http://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/1224-Summary-homophobia-discrimination2009_ES.pdf

‘géneros’, es decir, se pluraliza el concepto para incluir otros: el travestismo, la transexualidad, etc”²,

En Resoluciones 2435 (XXXVIII-0/08)³, 2600 (XL-0-10)⁴ y 2504 (XXXIX-0-09)⁵ realizadas por la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos, sobre Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género, en atención a los principios de universalidad, indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos, al principio de no discriminación, al libre goce de los derechos humanos y sobre la base de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, se insta a los Estados a asegurar una protección adecuada de estos derechos a través de la condena de violencia o violación que surja contra las personas LGTB a causa de su orientación sexual e identidad de género, así como adoptar medidas para prevenir, sancionar y erradicar la discriminación por estos motivos.

² Universidad Andina Simón Bolívar. (2004). Documentos internacionales y andinos sobre género y derechos humanos. *Aportes Andinos* [Revista en línea] (1). Consultado el 05 de febrero de 2013 en: www.uasb.edu.ec/padh/revista12/documentos/orientacion%20sexual.htm

³ Organization of American States (2008). Derechos humanos orientación sexual e identidad de género [Base de datos en línea]. Consultada el 15 de febrero de 2013 en: www.oas.org/dil/esp/AG-RES_2435_XXXVIII-O-08.pdf

⁴ Organization of American States (2010). Derechos humanos orientación sexual e identidad de género [Base de datos en línea]. Consultada el 15 de febrero de 2013 en: www.oas.org/dil/esp/AG-RES_2600_XL-O-10_esp.pdf

⁵ Organization of American States (2009). Derechos humanos orientación sexual e identidad de género [Base de datos en línea]. Consultada el 15 de febrero de 2013 en: www.oas.org/dil/esp/AG-RES_2504_XXXIX-O-09.pdf

Vemos que en ausencia de leyes que prohíban la discriminación por orientación sexual e identidad de género, “los empleadores pueden **despedir** o negarse a contratar o promover a personas simplemente porque se crea que son homosexuales o trans. Es posible que se denieguen a las personas lesbianas, gays, bisexuales y trans las prestaciones que les corresponden a los empleados heterosexuales —desde la licencia parental o familiar hasta la participación en los planes de pensiones y de seguro médico. En *X c. Colombia* y *Young c. Australia*, el Comité de Derechos Humanos determinó que la no concesión de prestaciones del régimen de pensiones a una pareja de hecho homosexual, cuando esas prestaciones sí se concedían a las parejas heterosexuales *more uxorio*, era una violación de los derechos garantizados por el Pacto”⁶.

3.1.5. Estado Civil:

Señala la Comisión que “el estado civil invocado como motivo de terminación afecta a la mujer con mayor frecuencia que al hombre” (p. 56)

3.1.6. Responsabilidades Familiares:

⁶ Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos. (2013). *Leyes y prácticas discriminatorias y actos de violencia cometidos contra personas por su orientación sexual e identidad de género* [Base de datos en línea]. Consultada el 15 de febrero de 2013 en: www.ohchr.org/Documents/Issues/Discrimination/A.HRC.19.41_Spanish.pdf

Se indica en el informe preparado por la Comisión que haciéndose referencia al Convenio num. 156, que “podrá considerarse que la expresión <responsabilidades familiares> alude a responsabilidades de los trabajadores y trabajadoras <hacia los hijos a su cargo> y <a los miembros de su familia directa que de manera evidente necesiten su cuidado o sostén>” (p. 56)

3.1.7. Maternidad:

Indica la Comisión que la protección contra la terminación de la relación de trabajo por motivo de embarazo o ausencia del trabajo durante la licencia de maternidad constituye uno de los elementos de una política de igualdad en el empleo y la ocupación. “La finalidad de esta garantía es impedir que se ejerza algún tipo de discriminación contra las mujeres durante el embarazo y la maternidad, y evitar que las trabajadoras sufran las consecuencias de carácter material y moral que la pérdida de su empleo podría suponer, tanto para ellas mismas como para sus hijos”. Así tenemos que, en los Convenios 3 y 103, “se prohíbe dar por terminada la relación de trabajo de una mujer que esté ausente durante su licencia de maternidad y, si se reúnen las condiciones, durante un período anterior o posterior a esta licencia” (p. 60).

3.1.8. Religión:

Este término “abarca la protección del derecho a la libertad de conciencia en sus relaciones con el empleo, pero en las relaciones entre comunidades de

religiones diferentes pueden plantear problemas análogos a los que existen entre comunidades raciales o étnicas” (p. 55)

Para Cabrera, R. y Terife, J. (2007) “es aquella que se produce debido a la poca tolerancia de las personas con respecto a las creencias y religiones ajenas, lo que motiva un aislamiento hacia los grupos de creencias distintas a las que ellos poseen” (p. 32)

Señala Cabrera, R. y Terife, J. (2007) citando a la OIT (p. 33), que “la discriminación religiosa puede aludir a la conducta ofensiva de compañeros y directivos hacia miembros de minorías religiosas, la falta de respeto por las costumbres religiosas y la ignorancia de éstas, la obligación de trabajar días festivos o feriados religiosos, la falta de neutralidad en las prácticas de contratación y promoción profesional, la denegación de permisos para actividades empresariales, y la falta de respeto por las normas sobre vestimenta”.

3.1.9. Opiniones políticas:

Plantea la Comisión que “la protección que depara el Convenio implica que se las reconozca con respecto a actividades que expresen o manifiesten una oposición no violenta a los principios políticos, puesto que no tendría sentido proteger opiniones que no se dieran a conocer o no se manifestaran” (p. 55).

Hay discriminación política en el ámbito laboral, “cuando el Estado no garantiza que habrá libertad para escoger el empleo y que cada trabajador tendrá todas las posibilidades de adquirir la formación necesaria para ocupar el empleo que le convenga y utilizar en este empleo esta formación y las facultades que posea, sin que se tenga en cuenta su opinión política. La discriminación política descrita es aplicable también a las personas que se desempeñan en una función pública de conformidad con la ley” (p. 37).

3.1.10. Ascendencia nacional o el origen social:

La Comisión señala que por ascendencia nacional se entienden “las distinciones que se establecen entre los ciudadanos de un país en función de su lugar de nacimiento, ascendencia u origen extranjero” (p. 55).

En cuanto al origen social, “se la aborda principalmente desde el ángulo de la estratificación social” (p. 55).

Para Cabrera, R. y Terife, J. (2007) citando a Carmona y Veliz (2005), “la discriminación social, es aquella a la que se ven afectados los grupos de mas bajo nivel socioeconómico con respecto a los que están en una mejor posición en esta escala. Es común que el factor social sea determinante en el momento de buscar trabajo, y es probable que personas de un estrato más

alto ocupen cargos por sobre otros candidatos más capacitados, pero de un nivel socioeconómico más bajo” (p. 31).

En ese sentido, nuestra legislación desarrolla el tema de la discriminación por razones de nacionalidad, estableciendo en el Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo, lo siguiente:

Artículo 13. **Discriminación por razones de nacionalidad.** “El principio de no discriminación arbitraria en el ámbito de las relaciones laborales, regirá plenamente en el supuesto del trabajador extranjero o trabajadora extranjera que hubieren transgredido el régimen jurídico sobre inmigración, o en caso de inobservancia de las restricciones a la libertad patronal de contratación previstas en los artículos 20 y 27 de la Ley Orgánica del Trabajo.

3.1.11. Edad:

Según Cabrera, R. y Terife, J. (2007, p. 33), “la discriminación puede ser manifiesta, como la imposición de límites de edad para la contratación, o bien adquirir formas más sutiles, como la que consiste en alegar carencia de potencial profesional o un exceso de experiencia, para rechazar candidatos. La discriminación por motivos de edad no se limita a los trabajadores que se acercan a su jubilación”.

La Comisión expone que “la evaluación del trabajo de una persona que ha cumplido determinada edad debe basarse en las capacidades que demuestra poseer esa persona, y no en su edad” (p. 63).

3.1.12. Apariencia Física:

Según Cabrera, R. y Terife, J. (2007) citando a Carmona y Veliz, “la discriminación por apariencia física se da cuando una persona es tratada de un modo diferente al resto de las personas por motivo de que su apariencia no encaja en los cánones normales, de este modo en el mundo laboral la discriminación por apariencia física se refiere a que la gente con mejor apariencia física que el resto, tiene mayores oportunidades de surgir que el común de la gente y que por el contrario, los menos agraciados físicamente les cuesta más encontrar trabajo y cuando lo tienen les cuesta más llegar a posiciones más altas, independientemente de si son los más capaces para desempeñar las tareas que les exige su trabajo” (p. 39).

3.1.13. Influencias personales:

El Cabrera, R. y Terife, J. (2007) citando a Sabino, señala que “un sistema directo de contar con postulantes, recomendados por los propios colaboradores, ya que ellos suelen recomendar buenos candidatos, por amistad y/o referencias, suponiéndose que es una fuente que se ahorra dinero, ya que se deja de gastar dinero en avisos y/o publicaciones. Esto

hace que a veces se seleccionen dichos candidatos en lugar de seleccionar a otros no referidos, convirtiéndose de alguna manera en discriminación” (p. 41).

Sin embargo, para el tema que nos concierne que es el despido, podríamos estar en presencia de la terminación de la relación laboral por recomendaciones basadas en opiniones subjetivas y de índole personal, tendentes a desprestigiar al trabajador en el entorno laboral y conllevar a una terminación injustificada y discriminatoria del contrato de trabajo.

3.1.14. Ausencia temporal del trabajo por motivos de enfermedad o lesión:

El artículo 6 del Convenio dispone que la ausencia temporal del trabajo por motivo de enfermedad o lesión no deberá constituir una causa justificada de terminación de la relación de trabajo. Ahora bien, señala la Comisión que “la ruptura del contrato que se produce como consecuencia de una interrupción del trabajo prolongada por motivo de enfermedad o lesión, si dicha ruptura está contemplada en la legislación nacional, debe considerarse como una terminación que da normalmente derecho al cobro de las indemnizaciones de fin de servicio y otras prestaciones previstas” (p. 68), considerando que las víctimas de accidente de trabajo y enfermedades profesionales debería dársele mayor protección.

Así mismo, es de destacar lo apuntado por la Comisión en cuanto “a las personas infectadas por el virus de la inmunodeficiencia humana (VIH) o a las que sufren de la inmunodeficiencia adquirida (SIDA), en la declaración formulada a la reunión consultiva sobre el SIDA mantenida en 1988 entre la OMS y la OIT se preconiza que los trabajadores infectados por el VIH que estén sanos deberán ser tratados igual que cualquier otro trabajador, y que los trabajadores que estén enfermos e infectados por el VIH (tales como los trabajadores con SIDA) deberán ser tratados como cualquier otro trabajador enfermo. Según se indica en la declaración, la infección por el VIH no es motivo de terminación; quienes tengan enfermedades relacionadas con el VIH deben poder seguir trabajando mientras estén médicamente en condiciones de desempeñar un trabajo apropiado” (p. 68).

Así tenemos que en dictamen N° 71 de la Consultoría Jurídica del Ministerio del Trabajo, se señaló con respecto a la discriminación fundada en el VIH/SIDA, lo siguiente:

“La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, al igual que la legislación laboral, reconocen y garantizan a todos los trabajadores el derecho a la igualdad y no discriminación. La discriminación por razones fundadas en el VIH/SIDA están prohibidas por el ordenamiento jurídico vigente y, en consecuencia, **cualquier acto o medida del patrono que tenga por intención, objeto o resultado anular o menoscabar el goce y ejercicio en condiciones de igualdad de los derechos y**

libertades de los trabajadores es inconstitucional, nulo, no genera efecto jurídico alguno y es procedente contra ella la Acción de Amparo Constitucional, a los fines de restablecer la situación jurídica infringida”.

Adicionalmente a lo expresado, agrega la Comisión que “en las disposiciones constitucionales o legislativas en materia de igualdad de muchos países se mencionan diferentes motivos que no constituyen causa justificada para la terminación, distintos de los que se indican en el Convenio núm. 158 y en la Recomendación núm. 166, o varios criterios de distinción prohibidos, distintos de los que se indican en el Convenio núm. 111” (p. 65).

Entre estos motivos se encuentran: el servicio militar obligatorio, la discapacidad o invalidez, el acoso sexual, el cumplimiento de obligaciones cívicas de conformidad con la legislación y la práctica nacionales entre los que se encuentra, el deber de participar en elecciones o ser miembro de jurados, tendencia sexual, la existencia de un expediente judicial, el nivel de instrucción, y la asistencia a una escuela profesional en calidad de cursillista y aquellas que en el marco del derecho del trabajo y en la evolución de las formas de ocupación y empleo, se estarían agregando aquellas que se encuentren relacionadas a los principios fundamentales del ser humano, en cuanto a la dinámica de las relaciones laborales, las formas de discriminación brevemente delineadas, los cuales no se agotan en esta clasificación.

3.2. Carga de la Prueba ante situaciones discriminatorias:

Nuestro ordenamiento jurídico venezolano, en relación a la discriminación, prevé que aquella persona víctima de discriminación deberá demostrar en juicio lo concerniente a los elementos que configuran la violación denunciada, en este sentido, establece el artículo 15 del Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo, que:

Parágrafo único: El o la accionante deberá aportar al proceso elementos de juicio que permitan deducir la discriminación alegada, correspondiendo a la parte demandada la justificación objetiva y razonable de las medidas adoptadas y su proporcionalidad”. (negrillas agregadas)

Así las cosas, en sentencia No. 1797, de fecha 3 de agosto de 2000, dictada por la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, en acción de amparo constitucional ejercida conjuntamente con recurso contencioso-administrativo de anulación, interpuesta por la sociedad mercantil GEO-INDUSTRIAL LA ROCA, C.A, contra la Resolución número 88 de fecha 01-09-1999, emanada del MINISTERIO DEL AMBIENTE Y DE LOS RECURSOS NATURALES, se señaló lo siguiente:

“Por ello, **resulta necesario que la parte afectada en su derecho a la igualdad demuestre la veracidad de sus planteamientos**, toda vez que sólo puede advertirse un trato discriminatorio en aquellos casos en los cuales se demuestre que ante circunstancias similares, en igualdad de condiciones, se manifieste un tratamiento desigual”. (negrillas agregadas)

En sentencia N° 244, dictada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en fecha 20 de febrero de 2001, citada anteriormente, se estableció:

En efecto, la jurisprudencia ha precisado que la violación al derecho a la no discriminación se configura cuando se trata de forma desigual a los iguales. En este caso concreto, **tal violación se configuraría si la accionante hubiera probado que a otras empresas, que están en su misma situación** y que cumplan con todos los requisitos para solicitar el permiso para la importación de sustancias agotadoras de la capa de ozono, **se les haya otorgado tal permiso a diferencia de ella (...)** (negritas agregadas)

En el Informe de la Comisión de Expertos relativo al Convenio (núm. 158) y a la Recomendación (núm. 166) sobre la terminación de la relación de trabajo, 1982, (p. 3), se dispone que el trabajador no tiene que asumir por sí solo la carga de la prueba de que su terminación fue injustificada.

En ese sentido, cuando éste considere injustificada la terminación de su relación de trabajo tendrá derecho a recurrir contra la misma ante un organismo neutral facultado para pronunciarse sobre la justificación de la terminación. A fin de que el trabajador no tenga que asumir por sí solo la carga de la prueba de que su terminación fue injustificada, el Convenio ha introducido una nueva la terminación; o los organismos de recurso competentes estarán facultados para decidir acerca de las causas invocadas

para justificar la terminación habida cuenta de las pruebas aportadas por las partes y de conformidad con los procedimientos establecidos por la legislación y la práctica nacionales” (p. 68), disposición sobre la carga de la prueba que no figuraba en la Recomendación núm. 119, a saber, que el procedimiento de recurso deberá prever una u otra de las posibilidades siguientes, o ambas: incumbirá al empleador la carga de la prueba de la existencia de una causa justificada para el despido.

Expone Olea, M. y Casas, B. (2000, p. 457), en cuanto a la prueba de la discriminación, lo siguiente:

“La prueba de la discriminación o violación del derecho fundamental- puesto que la carta de despido, si existe, disimulará o falseará la causa – incumbe a quien la alega, salvo su inversión en vista no de la mera alegación o afirmación de que se ha sido discriminado, sino de un panorama discriminatorio, o de la prueba de hechos de los que se desprenda sospecha vehemente o, al menos, indicio racional de violación presente el cual el empresario ha de probar la legitimidad de la causa”.

Ahora bien, **en atención a las excepciones que puede oponer el agraviante, empleador, el que practica o se beneficia de las acciones discriminatorias o de impacto discriminatorio en el ámbito de la igualdad de oportunidades de empleo o durante la vida de la relación de trabajo**, y para el tema que nos ocupa, **en el marco de su finalización**, se ha asentado en sentencia N^o 1024, dictada por la Sala Político Administrativa

del Tribunal Supremo de Justicia, en fecha 03 de mayo de 2000, con ponencia de la Magistrado José Rafael Tinoco, caso: acción de nulidad ejercida conjuntamente con acción de amparo constitucional por el abogado Francisco Javier Hurtado León, contra las resoluciones de fechas 31 de mayo de 1994, 3 de febrero de 1998 y 1º de junio de 1999, dictadas por el Consejo de la Facultad de Ciencias Económicas y Sociales de la Universidad de Carabobo, en fecha 03 de mayo de 2000, en cuanto a la carga de la prueba, lo siguiente:

“(...) una diferenciación de trato, basado en criterios razonables y objetivos no constituye discriminación, pero la misma debe ser lícita, objetiva y proporcional”.

Aduce la sentencia comentada que la existencia de condiciones discriminatorias estarán prohibidas cuando su existencia y fines carezcan de fundamento constitucional alguno en interpretación al artículo 89, ordinal 5º constitucional, debido a que pueden presentarse en el caso concreto alguna una de las excepciones a este principio o el tratamiento discriminatorio sea desvirtuado “por quien acciona, practica o se beneficio de la condición discriminatoria prohibida alegada (...) y, en todo caso, debe probar que la acción o práctica atacada es demostrablemente necesaria para alcanzar un objetivo el cual como asunto de derecho califica como un objetivo importante,

necesario e indispensable del negocio a los fines de los objetivos y finalidades del mismo”.

Señala que la discriminación debe ser razonada y deberá justificarse, pues constituye una excepción al principio de no discriminación y de igualdad, y así expone:

“Asimismo la discriminación debe ser razonada y ésta debe justificarse. En definitiva, la discriminación exige de una fundamentación porque constituye una excepción a un principio y quien alega tal situación tiene la carga de la prueba. Ahora bien, en el caso *subjudice* la agravante no cumplió con el mencionado deber, consecuentemente, el principio de la no discriminación, mantiene su plena vigencia y eficacia y así se declara”. (negrillas agregadas)

En este sentido, agrega la sentencia comentada que “corresponderá a quien acciona, practica o se beneficia de la misma, la probanza plena de: **a)** su justificación como condición para el trabajo al cual se aplica (...); **b)** la necesidad fundamental de la organización o empresa cuya realización se hace necesaria la exigencia de la probada justificación de la condición discriminatoria requerida; **c)** el carácter predictor que tal condición posee para alcanzar ambas necesidades (...); **d)** la imposibilidad de alcanzar los objetivos señalados sin el establecimiento de la condición discriminatoria y la inexistencia de otro medio, vía o condición mediante el cual sería

sustancialmente efectivo alcanzar tales objetivos, sin incurrir en la situación discriminatoria prohibida”.

Por consiguiente, la carga de la prueba dependerá de los argumentos y excepciones de las partes en su posición dentro del proceso, el cual será estudiado por el Juez en aplicación de los principios procesales vigentes.

Analizadas las causas y formas de discriminación que pueden presentarse en las relaciones laborales, una vez que la parte objeto de violación a sus derechos laborales, principalmente al principio de no discriminación, ha demostrado en el juicio que ha sido víctima de tales acciones por su patrono y que ha sido despedida o despedido en atención a ello, la consecuencia procesal debería ser la nulidad del despido.

Ahora bien, es importante comprender el alcance y efectos de la nulidad en líneas generales, así por nulidad, se entiende “f. cualidad de nulo. // 2. P. us. Vicio que disminuye o anula la estimación o validez de una cosa, además tenemos el término nulo, del latin *nullus*, adj. Falto de valor y fuerza para obligar o tener efecto, por ser contrario a las leyes, o por carecer de las solemnidades que se requieren en la sustancia o en el modo”. (Diccionario de la Lengua Española, 1992, p. 1029).

La doctrina ha señalado que la nulidad es una “sanción de reacción” y no simplemente ausencia de sanción sustancial del acto afectado, y “... sigue siendo una sanción dirigida a asegurar la observancia de una regla legal que protege unos intereses concretos, bien sean legales o particulares. En ese contradictorio, (...) el derecho debe establecer si los contratos y actos jurídicos “valen o no valen”. Es decir, si tienen validez para producir eficacia jurídica (...)” (Carrasquero, 2008, 72).

La pregunta es ¿tendrá validez el despido que tiene como base la violación de derechos humanos fundamentales, y que atentan contra el principio de no discriminación y la igualdad en el empleo y la ocupación, y que violan los Tratados, Convenios y Recomendaciones Internacionales que los protegen? Ante ello, se considera que no puede tener validez ni producir la eficacia jurídica esperada, en este caso, debe ser solicitada por la parte interesada, demostrar en juicio los elementos probatorios que conllevan a comprobar que fue objeto de la discriminación alegada y en consecuencia, debe ser declarada por el Juez.

Habiéndose señalado entonces, que el despido es un acto jurídico unilateral patronal, esta nulidad requerirá del pronunciamiento judicial que le atribuya tales efectos, toda vez que “(...) los efectos de la declaración jurisdiccional de la nulidad de los actos -jurídicos-, presupone, en primer lugar, la

desaparición del contrato o algunas cláusulas del mismo, en cuyo caso, los efectos alcanzan al contrato en su conjunto y, en segundo lugar, el efecto retroactivo de la declaración contenida en la sentencia, en el entendido que el acto o contrato se considera como si no se hubiera realizado nunca, de donde deriva que las partes contratantes regresan a la posición anterior al contrato” (Carrasquero, 2008, p. 72).

3.3.- Carga Dinámica de la Prueba:

En el año 1992, en la ciudad de Junín, Provincia de Buenos Aires, se llevaron a cabo las “V Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Procesal e Informático”, y en una de sus conclusiones, se señaló lo siguiente entre otros puntos que las vigentes reglas referidas a la distribución de la carga de la prueba, no obstan a la iniciativa probatoria del Tribunal, pues si bien es cierto deben ser preservadas y utilizadas para la resolución de la controversia, su aplicación debe ser apreciada en una prudente flexibilización para mejor adaptarlas a las circunstancias del caso, argumentándose que la doctrina de las cargas probatorias dinámicas puede y debe ser utilizada por los jueces en situaciones específicas en las que no funciona adecuadamente las previsiones legales que, como norma, distribuyen y reparten en cabeza de cada parte, sus medios probatorios.

En los días 19 al 22 de mayo de 1993, se celebra en la ciudad de Termas de Río Hondo (Provincia de Santiago del Estero) el XVII Congreso Nacional de Derecho Procesal, del cual surge la siguiente declaración: “(...) Constituye doctrina bien ya recibida la de las cargas probatorias dinámicas. La misma importa un apartamiento excepcional de las normas legales sobre la distribución de la carga de la prueba (...) Entre las referidas nuevas reglas destaca aquella consistente en hacer recaer el *onus probandi* sobre la parte que está en mejores condiciones profesionales, técnicas o fácticas para producir la prueba respectiva. (...)”

En ese sentido, resulta novedosa esta teoría al surgir como consecuencia de un complejo caso de responsabilidad médica por mala praxis en Argentina, como también, de las construcciones teóricas en torno a este tema consolidadas por el profesor argentino JORGE PEYRANO, quien en su obra “Cargas Probatorias Dinámicas”, comparte con otros autores, elaborando toda una sistematización al respecto.

Esta tesis sustenta que “más allá del carácter de accionante o demandado, en determinados supuestos la carga de la prueba recae sobre ambas partes, y muy especialmente sobre aquella que se encuentre en mejores condiciones de producirla o traerla al proceso, y se abastece de variadas reglas entre las cuales se encuentra el “Test de su Justificación en la dificultad probatoria de

una de las partes para producir la prueba que haga a su interés, y en la facilidad probatoria de la otra parte para allegar la misma al proceso”⁷, agregando a su aplicación la lógica jurídica, la sana crítica y las reglas derivadas de las máximas de experiencia.

Ahora bien, en Argentina aplicando la referida teoría, en un caso de despido discriminatorio por opinión gremial, la Sala X, S.D. 17.579 del 28/06/2010 Expte. N° 30.632 “González Gerardo Esteban c/Casino Buenos Aires SA Compañía de Inversiones en Entretenimiento SA UTE s/juicio sumarísimo”. (St.-C.), declaró:

“La teoría conocida como carga “dinámica” de la prueba (por oposición a la carga “estática” que contempla el art. 377 del CPCCN) resulta operativa, a modo excepcional, en los pleitos laborales **cuando median conflictos individuales por discriminación arbitraria originados en ciertas causales** (enfermedades “sensibles”, opiniones políticas o sindicales, raza, religión, sexo, etc.) en tanto se trata -en general- de supuestos en los que es difícil o prácticamente imposible para el trabajador afectado el aporte de elementos probatorios relativos a la ocurrencia del acto ilícito. **Corresponde entonces atribuir la carga de la prueba a la parte que se encuentra en mejores condiciones para hacerlo ya sea por motivos técnicos, fácticos o profesionales.** El carácter de “dinámica” está dado porque permite determinar, en cada específico caso, que la imposición probatoria se dirija hacia una u otra de las partes para establecer a cuál de ellas le incumbía

⁷ LEXWEB. (2012). Cargas probatorias dinámicas en el proyecto CPC. [Base de datos en línea]. Consultada el 04 de febrero de 2013 en: www.lexweb.cl/media/users/10/518500/files/49917/Cargas_probatorias_dinamicas_en_el_PdCPC.pdf

probar, por lo cual también se la denomina como carga probatoria de “solidaridad”.⁸

Sin embargo, en Venezuela, el avance jurisprudencial no es tan extenso en cuanto a la carga dinámica de la prueba ya que no tiene consagración legal, no obstante, algunos tribunales han ido incorporando esta teoría a sus decisiones y otros no la han estimado seriamente, así vemos:

1. En sentencia número 35/2007 de fecha 4 de julio de 2007, emanada del Juzgado Superior Séptimo de lo Contencioso Tributario del Área Metropolitana de Caracas, en la cual señaló que “el principio de la facilidad de la prueba, en cuya virtud corresponde probar a quien se le haga más fácil y cómoda la aportación de medios al proceso según las reglas de la experiencia” y, “la Administración Tributaria, (...) es la parte que más facilidad tiene para disponer de los medios probatorios conducentes para demostrar el hecho controvertido”.

2. La Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo, en Expediente Número AP42-N-2004-000176, José Olegario Hernández Gámez contra el Municipio Turén del Estado Portuguesa, dictó sentencia en la cual señaló: “(...) 4) La doctrina de las cargas probatorias dinámicas consiste en

⁸ Asociación Argentina de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (2010). Boletín mensual de jurisprudencia [Base de datos en línea]. Consultada el 04 de febrero de 2013 en: <http://asociacion.org.ar/boletines/periodicos/Bol302.doc>

imponer el peso de la prueba en cabeza de aquella parte que por su situación se halla en mejores condiciones de acercar prueba a la causa, sin importar si es actor o demandado. 5) La superioridad técnica, la situación de prevalencia o la mejor aptitud probatoria de una de las partes o la índole o complejidad del hecho a acreditar en la litis, generan el traslado de la carga probatoria hacia quién se halla en mejores condiciones de probar”.

3. La Sala de Sesiones de la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo, en sentencia de fecha 6 de diciembre de 2006, en caso: Juan Bautista Colmenarez contra el Instituto Autónomo Dirección de Aeropuertos del Estado Lara, indicó: “(...) lo que en materia funcional y por virtud de ventilarse cuestiones atinentes al ‘hecho social trabajo’, la carga de la prueba sufre un desplazamiento por virtud de la teoría de las cargas dinámicas de la prueba o simplemente, por cuanto es a la administración a quien le corresponde probar la licitud de los procedimientos ablatorios, que son la mayoría en este tipo de juicios, y sin pruebas, debe sucumbir la administración que dejare de asistir a la audiencia preliminar, siendo irrelevante el momento procesal elegido para dictar el fallo”.

4. En fecha 26 de mayo de 2009, el Tribunal de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Agrario y Tránsito de esa misma Circunscripción Judicial, caso: Autocamiones del Llano, C.A, General Motors Venezuela, C.A y General Motors Acceptance Corporation de Venezuela, C.A, señaló:

“(...) cobra importancia el principio del equilibrio procesal de las partes (artículo 15 del Código Adjetivo Procesal) que involucra el deber de probar a quien mejor puede hacerlo, 'favor probationis' o Teoría de las Cargas Probatorias Dinámicas, que hace recaer la carga de la prueba en quien se halla en mejor condición de aportarla, a los fines de obtener la verdad objetiva.

En este sentido se comprende, que existe una complejísima variedad de factores que intervienen en determinadas relaciones para desaplicar al caso concreto una norma como la de la carga de la prueba, por ello el constituyente atribuyó el control difuso (artículo 334 constitucional) en cada uno de los Jueces, para que, ante cada situación conjugue con los elementos de ésta principios constitucionales y obtenga la solución justa en un Estado Social de Derecho y Justicia”.

5. La Sala de Casación Social en sentencia de fecha 17 de julio de 2007, caso María del Carmen Viana contra la Sociedad Mercantil West Indian Mercantile Co. Of Venezuela S.A. (Wimco) y Compañía Anónima Laboratorios Asociados (Cala), estableció:

“En este sentido, debe advertirse que la legislación adjetiva especial del trabajo, tomando en cuenta precisamente, la “máxima de experiencia” señalada por la formalizante, en cuanto a que **muchos de los hechos controvertidos en un litigio sobre una relación de trabajo resultan de difícil comprobación para el**

trabajador, por ser el patrono el que dispone de los medios de prueba idóneos, ha consagrado una reglamentación especial sobre la distribución de la carga de la prueba, **que coloca sobre el patrono el deber de suministrar las probanzas conducentes** para demostrar ciertos hechos que, en principio, deberían haber sido probados por el trabajador. En el caso de autos, el *ad quem* determinó la carga probatoria que incumbía a cada una de las partes, (...) conforme a la reiterada doctrina jurisprudencial de la Sala, por lo que no se constata infracción alguna en el establecimiento de la carga probatoria de las partes”. (negritas agregadas)

Apartándose la Sala del principio de facilidad probatoria o carga dinámica de la prueba para resolver el punto denunciado en este caso, aún cuando la doctrina moderna postula que el fin de las reglas probatorias tienden a evaluar las pruebas a la luz de la sana crítica y las máximas de experiencias, más aún en el ámbito de la discriminación en el trabajo pues generalmente de existir razones para un despido arbitrario o discriminatorio, se presume que existe una razón de fondo que trasciende la ausencia de causa legal para su procedencia.

En las XVII Jornadas Rioplatenses de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social CÓRDOBA, 13 y 14 de mayo de 2011, en trabajo publicado por David Duarte, se señaló lo siguiente: “Por su lado la Suprema Corte de Buenos Aires en el caso “Villalba” dijo que los despidos discriminatorios se vinculan con la "teoría del impacto o efecto adverso", es decir, casos en los que se

quiere ocultar la verdadera intención para convalidar la medida, y de esa manera restarle ilegitimidad al acto”⁹.

En este mismo trabajo se señaló que en una sentencia ejemplar con voto del Dr. Zas, CNAT, Sala V, in re "Parra Vera, Máxima c/San Timoteo S.A.", sent. def. nº 68.536 del 14/06/2006, también ver criterio en Autos: "Godoy, Claudio Alejandro C/ Grupo Bnl Banca Nazionale del Lavoro y Otros S/ Despido" (Juzgado Nº 9). Sentencia Definitiva Nº 69225. del 21-02-2007, se reprodujo la opinión de la CEACyR de la OIT (sobre el Convenio 111) en el sentido que:

...la obligación que tenía el empleador de aportar la prueba del carácter no sindical del motivo subyacente a la intención de despedir a un trabajador o que estaba en el origen del despido [en casos de discriminación por motivo antisindical] constituía un medio complementario para asegurar una verdadera protección del derecho sindical...De todas estas consideraciones se desprende que **existen circunstancias en las cuales la carga de la prueba del motivo discriminatorio no debe corresponder a la víctima que alega una discriminación, y en todo caso la duda debe beneficiar a ésta...** (O.I.T., Estudio general de 1988 sobre Igualdad en el empleo y la ocupación)”¹⁰. (negrillas agregadas)

En todo caso, la interpretación que se puede hacer a esta sentencia, es que el empleador siempre estará en mejor posición de demostrar o probar en juicio, los hechos que se le atribuyan pero en materia de discriminación y sobre la base de la teoría de las cargas de la prueba dinámica o del principio

⁹ Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires. (2012). Sumarios de fallos de la provincia de Buenos Aires. [Base de datos en línea]. Consultada el 15 de febrero de 2013 en: www.scba.gggov.ar

¹⁰ Ibidem.

de facilidad de la prueba, éste se encontrará obligado a demostrar que la causa del despido no tiene un contenido discriminatorio, pues habrá una presunción a favor del trabajador de los hechos que alega, apartándose con ello de las reglas sobre la distribución de la carga de la prueba, que la parte que alega está obligada a demostrar los hechos en los cuales basa su pretensión.

De manera que, si los Tribunales Venezolanos unificasen criterio en cuanto a la aplicación de esta moderna teoría probatoria, específicamente en el tema que nos ocupa, y se le otorgase regulación expresa bien en la legislación y en la jurisprudencia, a los despidos que tengan como móvil situaciones discriminatorias, se trascendería la tesis del despido no justificado y llegaríamos a la aplicación determinante de la nulidad de la actuación patronal que le dio origen, teniendo como consecuencia dentro del debate judicial que la teoría de la carga probatoria dinámica o del principio de facilidad probatoria complementa la actividad judicial en el alcance de la justicia material garante del hecho social trabajo.

CAPITULO IV: PRECEDENTES JURISPRUDENCIALES DEL DESPIDO NULO EN VENEZUELA.

En Venezuela se han tratado algunos casos relacionados con la nulidad del despido, los cuales versan sobre lesiones o violaciones:

- 4.1. Derecho a la estabilidad contractual.
- 4.2. Derecho constitucional a la tutela judicial efectiva.
- 4.3. Estabilidad, libertad sindical y negociación colectiva.
- 4.4. Régimen de inamovilidad por fuero sindical.

4.1. Derecho a la estabilidad contractual.

Uno de los antecedentes jurisprudenciales sobre la nulidad del despido, se encuentra en la sentencia de fecha 30 de abril de 1999, dictada por el Juzgado Superior Sexto del Trabajo del Área Metropolitana de Caracas, caso: L.C. Campos de Morffe contra C.A de Administración y Fomento Eléctrico (CADAFE), Juez: Dr. Alfonso Sotillo, la cual declaró improcedente solicitar por vía ordinaria laboral la nulidad del despido, en los siguientes términos:

“(...) nuestra representada, tenía más de 20 años de servicios en CADAFE y había sido despedida sin causa justificada, conforme a lo previsto en la cláusula 49 y anexo f de la Convención Colectiva de Trabajo Nacional 194-1997, (...) por lo cual gozaba de la estabilidad laboral prevista en la Cláusula 51 de la Convención Colectiva (...) Hasta la fecha la Comisión Tripartita Permanente de CADAFE no se ha pronunciado sobre la solicitud sometida a su conocimiento y decisión por parte de nuestra representada (...) proceden a demandar (...) para que convenga en declarar la nulidad del despido de nuestra representada... restituyéndola a sus labores habituales de trabajo, con la consiguiente cancelación de sus salarios dejados de percibir hasta la fecha o a ello sea condenado por este Tribunal (...) no cabe la menor duda al que decide, que el trámite procesal que acogió la parte actora a fin de que este Juzgado por vía ordinaria laboral declare **la nulidad del despido** a que fue objeto su mandante, **es una acción no contemplada en nuestra normativa laboral, en razón que el despido no es susceptible de nulidad, sino de calificación como fue planteada acertadamente por al parte demandada en su contestación, (...)**”.

En ese sentido, para la fecha se asentó que en Venezuela, el despido es susceptible de calificación pero no de nulidad debido a que es una acción que no se encuentra contemplada en la normativa laboral.

4.2. Derecho constitucional a la tutela judicial efectiva.

En el mismo sentido, en sentencia N° 462, dictada por la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, en fecha 25 de mayo de 2004, con ponencia de la Magistrado Alfonso Valbuena Cordero, caso: **CRUZ MARTÍNEZ**, contra la empresa **BAR RESTAURANT EL FUNCHAL, C.A**, en

fecha 25 de mayo de 2004, en la cual se señaló con respecto al despido nulo:

“Aprecia la Sala, que efectivamente tal y como lo alega el recurrente, la sentencia recurrida en base a jurisprudencia y doctrina extranjera declaró nula la persistencia del despido realizada por la empresa demandada, ordenando así la reincorporación inmediata del trabajador a su puesto de trabajo y el pago de los salarios caídos dejados de percibir, en fundamento a que el **despido del cual fue objeto el trabajador fue nulo**, todo lo cual, según el Superior del Trabajo, es contrario a la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

(...)

Por consiguiente, mal puede pretender el sentenciador de alzada **anular la persistencia en el despido** en base a una supuesta “situación de causa y efecto” por el despido “nulo” del ciudadano Cruz Martínez como consecuencia directa del ejercicio de la reclamación administrativa y judicial que hiciera el mismo en contra del patrono que, a su vez, generó la persistencia del despido, pues **ello iría en contra de la potestad legal que tiene el empleador de persistir en cualquier momento**, en su propósito de despedir al trabajador, (...). (negrillas agregadas)

En análisis a esta sentencia, vemos que argumenta el accionante que fue conminado a abandonar el puesto de trabajo, intentando el patrono amedrentarlo con vías de hecho por haber efectuado sus reclamaciones ante la Inspectoría del Trabajo en Caracas y luego por ante los Tribunales, solicitando la calificación de su despido, al respecto, la defensa de la empresa demandada fue aceptar el despido como injustificado, persistió en el despido y procedió a consignar lo correspondiente a las indemnizaciones contenidas en el artículo 125 de la Ley Orgánica del Trabajo y otros conceptos.

Según la sentencia del Juzgado Superior recurrida, declaró nula la persistencia del despido y, por tanto, nulo el despido del trabajador, como consecuencia directa de haber ejercido una acción judicial, el cual constituye una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva.

Sin embargo, de acuerdo a la investigación realizada, consideramos que la tesis del despido nulo debe ser aplicada cuando la violación, sea de tal grado, que atente contra los derechos humanos fundamentales del trabajador.

En el caso planteado, el derecho a la tutela judicial efectiva ha sido no sólo garantizado sino ejercido libremente por el accionante. La persistencia del despido constituye, por tanto, una institución creada por el ordenamiento para garantizar el *ius variandi* en el marco de la terminación de la relación laboral por despido injustificado para trabajadores amparados por el régimen de estabilidad relativa, mediante el cual el pago de las indemnizaciones de ley, más los conceptos por prestaciones sociales y otros conceptos laborales, que ponen fin al procedimiento de reenganche y pago de salarios caídos.

4.3. Estabilidad, libertad sindical y negociación colectiva.

En sentencia N° 1.119, dictada por la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, en fecha 22 de septiembre de 2004, con ponencia del

Magistrado Omar Alfredo Mora Díaz, caso: Cándido Gabriel Álvarez Navarro contra SNACKS AMERICA LATINA VENEZUELA, SRL, en fecha 22 de septiembre de 2004, el Juzgado Superior Primero del Trabajo, con sede en Los Teques, fundamentado en el artículo 93 de la Carta Magna, declaró nulo el despido del trabajador, sin embargo, la Sala de Casación Social declaró la nulidad del *a quem*, al señalar:

"(...) En efecto, el sentenciador de Alzada declaró nula la renuncia formalizada por considerar que estaba viciada en su consentimiento sobre la base de un estado de necesidad del trabajador y un **abuso de derecho del empleador**, concluyendo posteriormente que el mecanismo bajo el cual se extinguió la relación de trabajo estaba igualmente afectado de nulidad, ello, fundado en el hecho de que el empleador no actuó ajustado al procedimiento previsto en el Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo, (...).

Asimismo, observa la Sala como el Juez Superior Primero del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Estado Miranda, (...) ha venido sosteniendo recurrentemente una tesis llamada nulidad del despido que no es acorde con el espíritu y la letra de nuestra Carta Magna ni con la legislación laboral (...)
(...)

Finalmente, nuestra Carta Magna **igualmente propugna la nulidad de cualquier despido contrario a los postulados esenciales que ella misma desarrolla, esencialmente, en materia de discriminación por razones de política, edad, raza, sexo, credo o cualquier otra condición que afecte la dignidad humana**". (negrillas agregadas)

En esta sentencia, se aduce que el Juez de la recurrida estableció la nulidad de la extinción de la relación de trabajo, y que admitir la cancelación de los

pagos previstos en el artículo 125 de la Ley Orgánica del Trabajo, como indemnización suficiente para evitar los efectos de la inamovilidad decretada por el Ejecutivo Nacional, viola el derecho constitucional a la estabilidad.

La Sala de Casación Social de nuestro Máximo Tribunal, no ha acogido la tesis del despido nulo por no estar acorde con el espíritu y la letra de nuestra Carta Magna ni con la legislación laboral, sin embargo, en la sentencia mencionada, se hace referencia a que la Constitución de 1999, propugna la nulidad de cualquier despido contrario a los postulados esenciales, en materia de discriminación, de manera que, la posición asumida por la Sala, es tímida en reconocer que el artículo 93 Constitucional, dispone expresamente, la tesis del despido nulo, pues si han sido desarrolladas en la LOTTT, en el Reglamento de la LOT año 2006, así como en diferentes instrumentos normativos tal como se ha señalado en esta investigación.

4.4. Régimen de inamovilidad por fuero sindical.

En sentencia N° 1.520, dictada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en fecha 08 de agosto de 2006, con ponencia del Magistrado Jesús Eduardo Cabrera Romero, caso: **AUGUSTO ANTONIO ROJAS ÁLVAREZ**, consignó ante la Sala, escrito contentivo de la solicitud de revisión de la sentencia No. 01685, dictada en fecha 12 de abril de 2005 por la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, la cual

declaró que el Poder Judicial no tiene jurisdicción para conocer y decidir la solicitud interpuesta de calificación de despido, reenganche y pago de salarios caídos, en fecha 08 de agosto de 2006, con un voto salvado de la Magistrada Carmen Zuleta de Merchán, a saber:

“Siendo así, de conformidad con el criterio citado anteriormente, observa esta Sala, que la decisión judicial sometida a su consideración no contradice sentencia alguna proferida por esta Sala, ni quebranta preceptos o principios contenidos en nuestra Carta Magna, (...); por lo que se considera que la revisión pedida no contribuiría a la uniformidad de la interpretación de las normas y principios constitucionales, más bien, de los alegatos de la solicitante lo que se evidencia es una disconformidad con la decisión impugnada, al ser ésta contraria a sus intereses.

En atención a lo expuesto, considera esta Sala que, la revisión solicitada en nada contribuye a la uniformidad de la interpretación de normas y principios constitucionales, y así se decide, por lo que se declara no ha lugar en derecho”.

Resulta interesante el voto salvado de la Magistrada Carmen Zuleta de Merchán, en los siguientes aspectos:

“...Por tanto, visto el fundamento del fallo cuya revisión se solicitó, la mayoría sentenciadora debió atender para revisar la sentencia que declarar la falta de jurisdicción del Poder Judicial frente a la Administración afecta el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 26 de la Carta Magna. Y en efecto, en el modelo de Estado Social de Derecho de Justicia que adopta la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela., (...) **corresponde al juez laboral calificar como nulo el despido conforme lo preceptúa el artículo 93 constitucional** que dice a la letra en su parte *in fine*: “Los despidos contrarios a esta

Constitución son nulos”. Y es contrario a la Constitución por imperativo del artículo 95 constitucional, que el empleador infrinja el procedimiento administrativo de desafuero sindical previsto en los artículos 453 de la ley Orgánica del Trabajo”. (negrillas agregadas)

Lo importante a destacar, según la Magistrada disidente, que frente a violaciones de los derechos laborales fundamentales, como es la violación al fuero sindical de un trabajador amparado de inamovilidad por su condición de directivo sindical, debe el juez laboral calificar como nulo el despido, de acuerdo al postulado del artículo 93 constitucional, toda vez que resulta contrario con el artículo 95 constitucional e infringe el artículo 453 de la Ley Orgánica del Trabajo, al haberse violentado el procedimiento administrativo de desafuero sindical.

CAPÍTULO V. PROTECCIÓN Y TUTELA JUDICIAL EFECTIVA DE LOS TRABAJADORES FRENTE AL DESPIDO COMO CONSECUENCIA DE ACTIVIDADES DISCRIMINATORIAS DEL EMPLEADOR Y SU TRATAMIENTO EN EL DERECHO COMPARADO Y EN LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT).

5.1. Amparo Constitucional.

El derecho a la tutela judicial efectiva y el acceso a la justicia de los particulares para hacer valer sus derechos subjetivos e intereses difusos y colectivos, se encuentra desarrollado en el artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en los siguientes términos:

“Toda persona tiene derecho de acceso a los órganos de administración de justicia para 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 (...).”

En cuanto a la tutela judicial efectiva, la Sala Constitucional de nuestro máximo Tribunal de la República, ha expresado que el ejercicio del poder debe ser ejercido de manera idónea, en los siguientes términos:

“El derecho a la tutela judicial efectiva, de amplísimo contenido [. . .]. La conjugación de artículos como 2, 26 ó 257 de la Constitución de 1999 obliga al juez a interpretar las instituciones procesales al servicio de un proceso cuya meta es la resolución del conflicto de fondo, de manera imparcial, idónea, transparente, independiente, expedita y sin formalismos inútiles.” (Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia N° 708 de fecha 10 de mayo de 2001, caso: Juan Adolfo Guevara y otros). (Subrayado agregados).

La tutela judicial efectiva, de acuerdo al artículo 26 constitucional antes transcrito, viene a significar el derecho que tienen los particulares de acceder a la justicia para que su causa sea oída, equitativa y públicamente, dentro de un plazo razonable y por un tribunal independiente e imparcial.

Este reconocimiento también se encuentra recogido en el artículo 7 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, mediante el cual se establece que “todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta declaración y contra toda provación a tal discriminación”.

Ahora bien, es garantía del acceso a la justicia y al debido proceso, el trámite de procedimientos para satisfacer la justicia material, en el ámbito de los despidos discriminatorios, refiere Murgas (2007, p. 381), que existen dos maneras en las cuales las normas materiales protegen frente al despido

discriminatorio, indicando en primer lugar, que “es la de exigir formalidades especiales (frecuentemente una autorización judicial o administrativa previa), lo cual implica suponer que ciertas categorías de trabajadores son más vulnerables frente a prácticas discriminatorias y, por ello, su despido se somete a restricciones especiales, que en el fondo expresan una suerte de presunción inicial de despido discriminatorio”, en segundo lugar, menciona el autor que viene a ser “(...) que, en caso de impugnación o discusión judicial del despido se pueda examinar el motivo del mismo, de modo que no sea suficiente que pueda demostrarse la existencia misma de la causa justa de despido, sino que si en el proceso queda demostrado que el motivo del despido refleja una actitud discriminatoria, el despido resultaría nulo”. (p. 381)

En aplicación al artículo 27 de la CRBV el cual dispone que “toda persona tiene derecho a ser amparada por los tribunales en el goce y ejercicio de los derechos y garantías constitucionales, aún de aquellos inherentes a la persona que no figuren expresamente en esta Constitución o en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos”, el trabajador afectado podrá acceder al órgano jurisdiccional para que se le reestablezca en su puesto de trabajo mediante la acción de amparo constitucional.

En similar planteamiento se establece en el artículo 15 del Reglamento de Ley Orgánica del Trabajo, lo siguiente:

“El trabajador o trabajadora víctima de discriminación en el empleo podrá extinguir la relación de trabajo invocando una causa justificada de retiro o, si lo estimare conveniente, ejercer la acción de amparo constitucional para obtener la restitución de la situación jurídica infringida.

El ejercicio de la acción de amparo constitucional se encuentra también recogido en la Ley Orgánica del Trabajo, las Trabajadoras y los Trabajadores en el artículo 8, a saber:

“Los derechos y garantías consagrados en materia laboral podrán ser objeto de la acción de amparo constitucional interpuesta ante los jueces y juezas con competencia laboral, de conformidad con la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, la ley que rige la materia de amparo sobre derechos y garantías constitucionales y la ley que rige la materia procesal del trabajo”.

Así tenemos que los derechos tutelados por el amparo, de acuerdo a sentencia dictada en Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, No. 1822, de fecha 4 de julio de 2003, con ponencia del Magistrado Antonio García García, son “1) Los derechos y garantías constitucionales, que no son otros que los establecidos explícita o implícitamente en la Carta Fundamental; 2) Los derechos fundamentales o inherentes a la persona humana en general, así ellos no aparezcan en la Constitución, por lo que los determina el juez constitucional; o que se encuentran señalados en instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos, no reproducidos

expresamente en la Constitución, que hayan sido suscritos o ratificados por Venezuela (artículos 21 y 22 de la vigente Constitución)”.

Con el recurso de amparo constitucional, se persigue, entonces, la protección de derechos fundamentales, que de acuerdo a la intención del constituyente de 1999, se encuentra orientado a lograr el restablecimiento de derechos de rango constitucional en la forma más expedita posible, tal como se expuso en sentencia N° 1459, dictada por la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, en fecha 12 de julio de 2001, mencionada anteriormente.

Ahora bien, este recurso extraordinario, constituye el medio idóneo, para reestablecer la situación jurídica lesiva de los derechos de los trabajadores que se vean afectados por el despido en violación de derechos humanos fundamentales laborales, y en especial, en violación al principio de no discriminación en el empleo, sin embargo, se considera que no es el único, pues a través de demandas autónomas y solicitudes de calificación de despido ante el Juez Laboral, se pueden incoar procedimientos que tengan por objetivo lograr la nulidad del despido y, con base en ello, se dé la apertura para desarrollar en nuestro país, la tesis del despido nulo, tendente a garantizar y proteger los derechos constitucionales vulnerados.

5.2. Experiencia Comparada con respecto al Despido Nulo.

5.2.1. España.

En el Estatuto de los Trabajadores (ET) y en la Ley de Procedimiento Laboral (LPL), el Juez declarará nulo el despido cuando sea discriminatorio o viole los derechos fundamentales del trabajador.

El artículo 55.5 y 6, del Estatuto de los Trabajadores, establece:

“(...) 5. Será nulo el despido que tenga por móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la Ley, o bien se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador.

Será también nulo el despido en los siguientes supuestos:

- a. El de los trabajadores durante el período de suspensión del contrato de trabajo por maternidad, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural, enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia natural, adopción o acogimiento o paternidad (...)
- b. El de las trabajadoras embarazadas, (...); y el de las trabajadoras víctimas de violencia de género por el ejercicio de los derechos de reducción o reordenación de su tiempo de trabajo, de movilidad geográfica, de cambio de centro de trabajo o de suspensión de la relación laboral, (...).
- c. El de los trabajadores después de haberse reintegrado al trabajo al finalizar los períodos de suspensión del contrato por maternidad, adopción o acogimiento o paternidad, (...).

(...)

6. El despido nulo tendrá el efecto de la readmisión inmediata del trabajador, con abono de los salarios dejados de percibir”. (negrillas agregadas)

El artículo 108 de la Ley de Procedimiento Laboral, dispone: “(...)

2. Será nulo el despido que tenga como móvil alguna de las causas de discriminación prevista en la Constitución y en la Ley, o se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador.

Será también nulo el despido en los supuestos señalados en el artículo 55.5 del (ET):

3. Si se acreditara que el móvil del despido obedeciera a alguna de las causas del número anterior, el Juez se pronunciará sobre ella, con independencia de cuál haya sido la forma del mismo. (negrillas agregadas)

En interpretación a estas normas, ha señalado la doctrina española que “la nulidad ha de ser pedida por el demandante; no puede ser declarada de oficio por el Juez; pero si éste da probado <que el móvil del despido> ha sido discriminatorio, lo declarará así, <con independencia de cuál haya sido la forma del mismo> (art. 108.3 LPL). Se quiere decir que si el despido es discriminatorio, el Juez ni debe ni puede analizar ninguna otra circunstancia que al mismo refiera, que podría difuminar su nulidad”. (Olea, M. y Casas, B., 2000, p. 474).

Sostiene Murgas (2007, p. 383), que “en el derecho europeo, particular elaboración han tenido, por ejemplo, los despidos en que el motivo del despido (más allá de la invocación formal de una causa específica) sea la

condición del embarazo o el hecho del matrimonio, supuestos representativos de discriminación contra la mujer”.

Baylos (2009, p. 122) describe al Despido Nulo por discriminatorios o contrarios al ejercicio de un derecho fundamental, como “aquel que tiene como móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas por el artículo 14 CE y desarrolladas por los artículos 17 ET Y 12 LOLS, (...). No es necesario, para su apreciación, la existencia de una voluntad empresarial directamente encaminada a la lesión del derecho fundamental o a causar discriminación; basta con su producción como resultado o hecho objetivo”.

Señala que “la característica central de la figura –del despido nulo- es la imposibilidad, cualquiera que sea el origen de la nulidad del despido¹, de sustituir esta obligación de readmisión por un equivalente monetario, y que la readmisión del trabajador ha de realizarse en las mismas condiciones en las que se desarrollaba su actividad cuando fue despedido. Como afirma la jurisprudencia del TS, <la sentencia que declare el despido nulo debe ejecutarse en sus propios términos, cualquiera que sea el motivo de la nulidad>”

¹ i) Como consecuencia de discriminación y vulneradores de derechos fundamentales, ii) como fruto del incumplimiento de requisitos formales; iii) derivadas de derechos de conciliación de la vida laboral y la personal y; iv) por fraude a la ley.

En definitiva, si la sentencia declara la existencia de la vulneración del derecho fundamental de que se trate,, o de la actuación discriminatoria, <previa declaración de nulidad radical de la conducta del empleador [...] ordenará el cese inmediato del comportamiento [...] y la reposición de la situación al momento anterior a producirse el mismo>. El precepto añade que en esta sentencia el juez debe ordenar también <la reparación de las consecuencias derivadas del acto, incluida la indemnización que procediera>. Es decir, en este caso la norma busca junto con la reconstitución de la situación que el acto discriminatorio o vulnerador de derechos fundamentales ha impedido, el resarcimiento de los daños derivados del mismo sin que los salarios de tramitación previstos legalmente cumplan la función indemnizatoria a la que nos estamos refiriendo” (Baylos, 2009, 173).

“En cualquier caso parece claro y así es expresamente admitido por la jurisprudencia que no <es admisible afirmar que la única consecuencia legal del despido discriminatorio haya de ser la readmisión y abono de salarios de tramitación, pues pueden existir daños morales o incluso materiales, cuya reparación ha de ser compatible con la obligación legal de readmisión y abono de salarios de trámite” (Baylos, 2009, 173).

5.2.2. En Argentina.

La Ley Antidiscriminación Argentina No. 23.592, da apertura a reconocer el despido nulo para aquellas actuaciones patronales de contenido discriminatorio, en los siguientes términos:

“Quien arbitrariamente impida, obstruya, restrinja o de algún modo menoscabe el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución nacional, será obligado, a pedido del damnificado, a dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y a reparar el daño moral y material ocasionados.

A los efectos del presente artículo se considerarán particularmente los actos u omisiones discriminatorios determinados por motivos tales como raza, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, posición económica, condición social o caracteres físicos”.

Sostiene Toselli (2008, p. 79) que, para que ocurra discriminación, “debe existir una violación arbitraria o injustificada del principio de igualdad ante la ley, conforme a las circunstancias”.

Igualmente, afirma Murgas (2007, p. 383), que “el despido nulo tiene que ver con el despido de dirigentes sindicales que gozan de tutela gremial. Según (...) se está abriendo en la doctrina y la jurisprudencia la posibilidad de plantear también la nulidad del despido en los casos de despido discriminatorio”.

En el marco de la Ley 23592 (Ley Antidiscriminación Argentina), las actitudes posibles de la víctima frente al acto discriminatorio, pueden resumirse en:

“a) En virtud de la coexistencia con el régimen previsto de la L.C.T., ponerse en situación de despido indirecto y solicitar las indemnizaciones contractuales (tarifa) del art. 245 LCT. Según las modalidades del caso, considerando el ilícito adicional de la discriminación, podrá reclamar asimismo los daños materiales y morales no cubiertos por las indemnizaciones forfatorias;

b) O, según el art. 1° de la ley 23.592, preservar el vínculo aunque requiriendo ante el juez competente el cese de la conducta discriminatoria del principal y la reparación de los daños sufridos.

c) Si la discriminación fuere el hecho mismo del despido, el trabajador podrá:
c.1) admitirlo (pues es un acto de nulidad relativa), reclamando las indemnizaciones tarifadas de la LCT percibiendo las indemnizaciones tarifadas del régimen especial o c.2) Impugnarlo, con base en el art. 1° de la ley 23.592, solicitando que el acto fuere dejado sin efecto, ordenándose su reincorporación. En ambos casos, mantendrá su derecho a la reparación de los daños sufridos.

Hay que tener en cuenta que, para algún fallo aislado, el art. 1º de la Ley “Alfonsín” N° 23592, excede el marco de la relación de trabajo, ofrece una acción autónoma y no es un suplemento de otras indemnizaciones (CNAT, S.VIIIª, 17-12-04, Sent. 32292, in re “Caballero”; ver nota 8)².

En Jurisprudencia de la República Argentina, se dictó SENTENCIA DEFINITIVA N° 43785, CAUSA N° 49.512/09 - SALA VII - JUZGADO N° 6, en la Ciudad de Buenos Aires, a los 13 días del mes de septiembre de 2011, caso: “L., D. A. y otros c/ El Rápido Argentino S.A. s/ Sumarísimo, en la cual se estableció:

“(…) Nuestro Máximo Tribunal ha dicho que “la ley 23.592 ha tendido a conjurar un particular modo de menoscabo reconocido en la Constitución Nacional: el acto discriminatorio. (...) el acto discriminatorio ofende nada menos que el fundamento definitivo de los derechos humanos: la dignidad de la persona, al renegar de uno de los caracteres ínsitos de ésta: la igualdad en dignidad de todos y cada uno de los seres humanos, (...)”

Que este orden de ideas conduce, (...) “la proscripción de la discriminación no admite salvedades o ámbitos de tolerancia, que funcionaría como “santuarios de infracciones”: se reprueba en todos los casos” (...)

Así, apuntó, en el supuesto de un despido

² Andino, C. (2010). Despido y discriminación. Extensión y contenido del resarcimiento. Casos jurisprudenciales. *Erga Omnes Derecho & Actualidad* [Revista en línea]. Consultado el 06 de febrero de 2013 en: www.ergaomnes.com.ar

discriminatorio (art. 5.1 de la Directiva), una de las modalidades para restablecer la situación de igualdad se presentaba cuando la persona discriminada “recupera su puesto de trabajo” (Asunto C-271/91, M. H. Marshall C. Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority, sentencia del 2-8-1993), (...).”

Igualmente, la Sala VIII, en Sentencia Definitiva 37.247 del 14/06/2010 Expediente. N° 7678/2009 “Acosta Nydia Mabel c/Galeno Argentina SA s/acción de amparo”. (V.-C.). En cuanto al despido. Acto discriminatorio.

Discriminación por razones gremiales, estableció:

“La tutela contra actos de discriminación gremial no alcanza únicamente a los trabajadores tutelados por la ley 23.551 como representantes orgánicos de asociaciones con personería gremial. El art. 1 de la ley 23.592 **sanciona con la invalidez** a los actos de segregación cuya causa fin concierne a discriminaciones negativas basadas en motivos gremiales. Es errado sostener que un trabajador o trabajadora carezca de protección contra discriminaciones sindicales por haber participado en la creación de una asociación sindical que a la fecha del despido no había alcanzado inscripción registral. (...) (art. 14 bis CN y Convenio 87 OIT de rango constitucional)”.

La Sala X, Sentencia Definitiva (S.D) 17.579 del 28/06/2010 Expte. N° 30.632/08 “González Gerardo Esteban c/Casino de Buenos Aires SA Compañía de Inversiones en Entretenimiento SA UTE s/juicio sumarísimo”. (St.-C.), adujo en cuanto al Despido discriminatorio en razón de la opinión gremial, lo siguiente:

“La ley 23.592 dio un paso fundamental contra la discriminación al facultar a los jueces a pulverizar el acto discriminatorio y reparar las consecuencias derivadas del episodio lesivo. El art. 1, al enumerar de modo solo enunciativo las causales de discriminación, incluye expresamente a la “...opinión (...) gremial”, lo cual abarca los actos reprochables acontecidos antes, durante e incluso a la finalización de la vinculación laboral. Esta ley es plenamente aplicable a las relaciones laborales individuales. Ello es así porque a todos los habitantes de la Nación les está garantizada la igualdad real o de oportunidades y de trato que prevé nuestra Ley Fundamental a partir de la entrada en vigor de la modificación constitucional del año 1994 (art. 75, inc. 23, CN)”.

La Sala X, S.D. 17.579 del 28/06/2010 Expte. N° 30.632/08 “González Gerardo Esteban c/Casino Buenos Aires SA Compañía de Inversiones en Entretenimiento SA UTE s/juicio sumarísimo”. (St.-C.), asentó en relación al Despido discriminatorio en razón de la opinión gremial. Arts. 14 y 16 de la Constitución Nacional, que:

“Ante el enfrentamiento de normas que consagran dos derechos constitucionales: a) la prohibición de discriminar del art. 16; b) la libertad de contratación que postula el art. 14, debe efectuarse una integración de ambas disposiciones para lograr una compatibilidad entre ellas, y ello sobre la base de las circunstancias de cada caso particular. Así, **al resolverse la nulidad de una cesantía discriminatoria, el demandado deberá reincorporar al trabajador en el empleo dentro del plazo de diez días. Pero deberá tener presente que, en el supuesto de incumplir esa condena en el lapso establecido, quedará sustituida de pleno derecho por un agravamiento indemnizatorio que, en atención a la índole y gravedad del acto**

discriminatorio, es prudencial fijarlo en un monto equivalente a un año de remuneraciones (es decir, trece salarios en total al incluir el SAC). A ello se deberán adicionar la indemnizaciones legales derivadas de un cese contractual inmotivado (es decir, las de los arts. 231, 233 y 245 LCT)". (negrillas agregadas)

La Sala X, S.D. 17.579 del 28/06/2010 Expte. N° 30.632/08 "González Gerardo Esteban c/Casino Buenos Aires SA Compañía de Inversiones en Entretenimiento SA UTE s/juicio sumarísimo". (St. C.), en cuanto al Despido discriminatorio en razón de la opinión gremial. Compatibilidad entre la nulidad del acto extintivo y el sistema de estabilidad relativa, se dijo:

"Si bien en las relaciones individuales de trabajo impera una estabilidad relativa y un resarcimiento tarifado emergente del despido ilegítimo o "sin causa" (arts. 242 y 245 LCT), ante el caso de un despido discriminatorio no se considera que el empleador se haya mantenido dentro del sistema de estabilidad relativa imperante en nuestro régimen legal. Por el contrario, la situación se ve alterada ante el acaecimiento de un acto discriminatorio vedado por la normativa de mayor jerarquía de nuestro ordenamiento jurídico (...), con más la reinstalación en el empleo y el pago de los salarios caídos devengados desde el acto nulo hasta la reincorporación, y ello precisamente porque la decisión empresaria se halla viciada de nulidad. Corresponde concluir entonces que el despido es nulo y su nulidad hace menester volver al estado anterior al pretendido acto rescisorio (arts. 1044 y 1083 C.Civil)".

La Sala X, S.D. 17.579 del 28/06/2010 Expte. N° 30.632/08 "González Gerardo Esteban c/Casino Buenos Aires SA Compañía de Inversiones en

Entretenimiento SA UTE s/juicio sumarísimo”. (St.-C.). Con respecto al Despido discriminatorio en razón de la opinión gremial. Procedencia del daño moral, se expuso:

“Teniendo en cuenta lo establecido en el art. 1° de la ley antidiscriminatoria cabe asignar al trabajador discriminado una indemnización en concepto de daño moral, en razón del acto discriminatorio e ilícito en los términos del art. 1109 del Código Civil, lo cual determina la responsabilidad extracontractual del empleador en el sentido de reparar el perjuicio”.

De manera que en el marco de la Ley Antidiscriminación Argentina No. 23.592, las conductas, actos u omisiones que menoscaben derechos humanos fundamentales de acuerdo a las causales establecidas en su artículo 1º, dan lugar en primer lugar a: declarar el Acto Nulo, y sus consecuencias son la reinstalación del trabajador en su puesto de trabajo, al pago de los salarios caídos devengados desde el acto nulo y al pago de una indemnización por daño moral.

5.2.3. Colombia:

Se ha previsto que cuando se está en presencia de un despido sin justa causa, el empleador debe cancelarle al trabajador las indemnizaciones establecidas en el artículo 60 del Código Sustantivo del Trabajo; según la doctrina y la jurisprudencia debe cubrir el lucro cesante y el daño emergente

derivados del despido sin justa causa, estas indemnizaciones están enfocadas en la fijación de una cuantía que depende del salario y de la duración del vínculo laboral.

Bajo el régimen de despido sin justa causa regulado en Colombia, se diferencia del despido ilegal, pues éste es aquel que está prohibido expresamente por la ley, o que se realiza sin el cumplimiento de unos determinados requisitos legales. Mientras que el despido sin causa es la facultad legal que tiene el empleador de terminar de manera unilateral la relación laboral sin que medie una causa justa, pero ello no significa que se permita el despido lesivo de derechos fundamentales.

El artículo 25 del decreto 2351 de 1965 establece una protección especial, proscribiendo el despido sin justa causa demostrada, como garantía para el trabajador involucrado en un conflicto colectivo con su patrono; y la violación de esta norma a través de un despido, significa un acto ilegal e ilícito, el cual no debe producir efecto en perjuicio del trabajador, según lo señalado en sentencia número T-326-02 MP, emanada la Sala Séptima de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, en Bogotá D.C.

En ese orden de ideas, en Sentencia No. T-998/10, por acción de tutela por violación al derecho fundamental de libertad sindical, presentada por el señor

Francisco Javier Hurtado Castro contra Aerovías de Integración Regional S.A. “AIRES S.A.” emanada de la Sala Séptima de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, en Bogotá D.C., de fecha seis (6) de diciembre de dos mil diez (2010), se estableció:

“(…) lo que revela a la Sala de manera indiciaria que el móvil que animó al empleador a concluir el vínculo laboral que sostenía con el actor, fue el de sancionar su afiliación sindical (…)

En este particular contexto la actuación desarrollada por el empleador constituye una grave afrenta en contra de los derechos fundamentales al trabajo y a la asociación sindical del accionante pues el ejercicio de una legítima facultad ofrecida por el ordenamiento jurídico al empleador, ha concluido en una clara obstrucción de una libertad esencial al ser humano que bajo ninguna razón encuentra justificación desde la perspectiva del juez de tutela.

(…)

Esta posición de la Corte ha sido reiterada en sentencia T-920 de 2002, (…) acerca de la protección a los derechos fundamentales al trabajo, la igualdad y amparo contra la discriminación”³.

En definitiva, en el caso comentado se ordenó a la empresa demandada reintegrar de forma inmediata al accionante sin solución de continuidad, y se exhortó a la compañía a no incurrir en conductas discriminatorias en contra de los trabajadores que ejerzan cargos sindicales.

³ Corte Constitucional de Colombia (2012). Relatoría. [Base de datos en línea]. Consultada el 15 de febrero de 2013 en: www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/t-998-10.htm

Así mismo, en Sentencia T-120/11, por acción de Tutela instaurada por Stefany Barón Rodríguez contra la sociedad Línea Humana de Servicios Ltda. y Laboratorios Incobra S.A, Bogotá D.C., en fecha veintiocho (28) de febrero de dos mil once (2011), se estableció:

“En el caso particular del periodo de gestación, desde el punto de vista biológico, sólo es posible atribuirlo a la mujer. Por ello, existe una protección constitucional reforzada para el disfrute pleno de la maternidad, sin olvidar que el hombre y la mujer están en igualdad de condiciones y pueden gozar de las mismas oportunidades. Así, cualquier discriminación causada por el estado de embarazo, es una violación al derecho a la igualdad por razón del género. El mismo artículo 53 de la Constitución ordena que en el Estatuto del Trabajo se dé protección especial a la mujer y a la maternidad”⁴.

En cuanto a la carga de la prueba, ha dicho el Tribunal Constitucional:

“Debido a la dificultad probatoria que conlleva este tipo de casos y teniendo en cuenta elementos como la debilidad de la parte presuntamente discriminada, el carácter fundamental del principio que se busca proteger y el gran desvalor que implican este tipo de comportamientos, en estos casos la Corte ha considerado equitativo que se invierta la carga de la prueba, de manera que sea la parte acusada de realizar un comportamiento discriminatorio la que tenga el deber de demostrar que su actuar no tuvo como fundamento el género de la persona afectada o que, si éste influyó, fue un criterio utilizado de forma legítima – *bona fide criteria*-, de acuerdo a los parámetros establecidos en el ordenamiento constitucional”⁵.

⁴ Corte Constitucional de Colombia (2012). Relatoría. [Base de datos en línea]. Consultada el 15 de febrero de 2013 en: www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/t-120-11.htm

⁵ Corte Constitucional de Colombia (2012). Relatoría. [Base de datos en línea]. Consultada el 15 de febrero de 2013 en: www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2010/T-247-10.htm

En atención a lo expuesto, resulta determinante en la legislación colombiana, proteger los derechos fundamentales inherentes a los trabajadores, y los despidos se declararán ilegales en caso de ser contrarios al amparo de la ley, restituyéndoles en sus puestos de trabajos y declarando las indemnizaciones en caso de ser procedentes, por lo que la figura del despido nulo se encuentra contemplada mediante el régimen de la estabilidad absoluta y el restablecimiento de la situación jurídica infringida, y en caso de presentarse situaciones discriminatorias, le corresponderá la carga de la prueba al demandado, de que el hecho del despido no tuvo su causa en lesión de los derechos fundamentales involucrados.

5.2.4. Uruguay:

Afirma el autor Murgas (2007, p. 383), que de acuerdo a la doctrina, “el único caso de despido nulo es el de un activista sindical, cuando obedece, citando a Juan Raso, a cualquier discriminación dirigida a menoscabar la libertad sindical. En este caso el empleador debe acreditar en el proceso que promueva el trabajador, una causa razonable, que tenga relación con la capacidad o la conducta del trabajador o que se fundamente en las necesidades de la empresa o establecimiento u otra que resulte suficiente”.

5.2.5. Chile:

La Ley No. 20.087, fue publicada en enero de 2006, y entró en vigencia desde el 01-03-2008, mediante la cual se regula un nuevo procedimiento laboral, en el cual se reconoce de forma expresa la procedencia de indemnizaciones complementarias por término del contrato laboral en tutela de derechos fundamentales de los trabajadores; este procedimiento se aplicará cuando los derechos humanos que expresamente se mencionan, sean lesionados por el empleador.

Las garantías constitucionales protegidas, de acuerdo al artículo 485, son: el derecho a la vida, vida privada y honra, inviolabilidad de las comunicaciones privadas, libertad de conciencia y culto, libertad de trabajo, libertad de opinión e integridad física y psíquica, siempre que la vulneración sea consecuencia directa de actos ocurridos en la relación laboral, así como el conocimiento de actos discriminatorios durante el término del contrato y en su ejecución.

Igualmente la Ley No. 20.087, tutela los derechos de los trabajadores contra “las vulneraciones a la Libertad Sindical: establecidas en los artículos 292, 294 y 389 del Código del Trabajo. Infracciones por prácticas desleales o antisindicales, esto es, aquellas conductas de terceros, del empleador o de los trabajadores o de las organizaciones sindicales, que tengan por objeto atentar o entorpecer la negociación colectiva o su procedimiento, así como

impedir u obstaculizar el ejercicio de la libertad sindical o la autonomía de funcionamiento de aquellas organizaciones”⁶.

En esta Ley se consagran dos situaciones:

1) El despido atentatorio de derechos fundamentales: Los efectos de este despido son: “i) el juez decretará el pago de la indemnización del inciso cuarto del art. 162 del preaviso, ii) El juez decretará el pago de la indemnización del art. 163 de años de servicio; iii) el juez decretará el pago de los recargos del art. 168 y: iv) el juez fijará una indemnización adicional no inferior a seis meses ni superior a once meses de la última remuneración mensual”⁷, esta última indemnización es por el daño material y moral causado al trabajador, aunque otra parte de la doctrina chilena, ejemplo de Ugarte, que “es una indemnización sancionatoria y que, por ende, quedaría pendiente la indemnización del daño moral producido”⁸.

2) El despido discriminatorio grave: El despido será declarado discriminatorio cuando se infrinja el inciso cuarto del artículo 2º del Código del Trabajo, el cual podrá ser calificado grave, por decisión fundada, a saber:

⁶ DELOITTE. (2009). Reforma Procesal Laboral. [Libro en línea]. Consultado el 15 de marzo de 2013 en: http://oportunidades.deloitte.cl/marketing/RRHH/Reforma_Procesal_Laboral.pdf .

⁷ Ibidem. Pág. 150.

⁸ Ibidem. Pág. 151.

“Son actos de discriminación las distinciones, exclusiones o preferencias que tengan por objeto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación basadas en: Raza, Color, Sexo, Edad, Estado Civil, Sindicación, Religión, Opinión Política, Nacionalidad, Ascendencia Nacional u Origen Social. Con excepción de: Distinciones, exclusiones o preferencias contenidas en las ofertas de trabajo”.⁹

“Además, el despido discriminatorio deberá ser grave, o sea el juez deberá sopesar los elementos fácticos de la discriminación, valorando el peso y entidad del daño provocado, como puede ser el caso del despido de un trabajador enfermo de VIH cuya fuente de ingreso es vital para la continuación de su tratamiento” (Gamonal, 2007, p. 152).

En este sentido, en caso de que el Juez acoja que el despido es abusivo tras la violación de derechos fundamentales, “ordenará el pago de las indemnizaciones legales (del preaviso y por años de servicio), con el correspondiente recargo de conformidad a las reglas generales y, adicionalmente, ordenará el pago de una indemnización que no podrá ser inferior a seis meses ni superior a once meses de la última remuneración mensual” (Gamonal, 2007, p. 152).

⁹ Ibidem. Pág. 28

Ahora bien, cuando “el juez declare que el despido es discriminatorio y además de ello sea calificado como grave, mediante resolución fundada, el trabajador podrá optar entre la reincorporación o las indemnizaciones ya mencionadas” (Gamonal, 2007, p. 152).

Es por ello que, el despido discriminatorio grave es un despido nulo y el trabajador tendrá las siguientes opciones: i) reincorporarse a la empresa y, ii) preferir el pago de las indemnizaciones del despido atentatorio contra los derechos fundamentales.

En el caso de un trabajador que demanda la tutela de derechos fundamentales, basado en discriminación de su despido por motivos de sindicación, se estableció en sentencia emanada de la Corte Suprema, en fecha 14 enero 2010, N° ingreso 7023-2010, lo siguiente:

*“Así, concluye la Corte Suprema que **“la interpretación que postula el recurrente contraría el concepto contenido en el inciso tercero del artículo 485, antes transcrito, en que se enuncian las hipótesis en las cuales el empleador puede incurrir en vulneración de los derechos fundamentales de sus trabajadores, precisando que ello ocurre cuando, en el ejercicio de sus facultades, en forma injustificada, arbitraria o desproporcionada, o sin respetar su contenido esencial, limita el pleno ejercicio de los derechos y garantías a que se refieren sus incisos primero y segundo, lo que incluye tanto las garantías constitucionales enumeradas en el inciso primero, como los actos discriminatorios a que se refiere el***

inciso segundo, puntualizados en el artículo 2º del Código del Trabajo.” (Las negritas son nuestras). Por último, agrega que el artículo 489, que regula los casos de despidos efectuados con vulneración de los derechos fundamentales, alude a aquéllos *a que se refieren los incisos primero y segundo del artículo 485*”.

De manera que, en el sistema legal chileno, en caso que ocurra el despido discriminatorio grave, el trabajador podrá optar entre la reincorporación o las indemnizaciones ya mencionadas.

5.2.6. En Perú.

Según Murgas (2007), en la Ley de Productividad y Competitividad Laboral se diferencian cuatro clases de despido: justificado, indirecto, injustificado y nulo. El despido nulo estaría fundado en “motivaciones antisindicales; por la presentación de quejas en contra del empleador; por discriminación por razón de sexo, raza, opinión o idioma; por la maternidad de la trabajadora; y por ser del VIH (...), con afectación de derechos fundamentales -por ejemplo: debido proceso, intimidad)-”. (p. 384).

El régimen legal peruano es “uno dual de protección contra el despido en el cual coexisten dos niveles de protección, diferenciados en función de la intensidad de tutela que les reconoce el ordenamiento jurídico. El primero, corresponde al despido calificado como “arbitrario” al cual se otorga una

tutela “resarcitoria” que se traduce en el derecho del trabajador a ser indemnizado, sin que proceda su reposición o readmisión. El segundo, se otorga al trabajador cuyo despido sea calificado como nulo, y se traduce en una tutela “restitutoria” que comporta el derecho del trabajador a la reposición de su trabajo”. (Ricaldi. 2006, p. 2)

De manera que, el despido nulo es diferente al despido arbitrario, siendo protegido ampliamente mediante la figura de la reposición o readmisión del trabajador en la empresa, por ello el poder judicial cumple un importante papel, toda vez que éste en la “interpretación de la normativa podría concluir que en algunos casos la legislación es violatoria del principio constitucional”. (Ricaldi. 2006, p. 3)

Balta citado por Ricardi (2006), señala que la nulidad del despido no es otra que el despido discriminatorio, ya que este tiene precisamente por característica esencial el que el empleador utilice como cierta razón expresamente prohibida por la legislación, la raza, el sexo, la religión, etc, para despedir a un trabajador.

En Perú, tiene sus base ne o nativa, en el decreto legislativo 728, Ley de Fomento de Empleo, publicada el 12 de Noviembre de 1991, que en su artículo 62 disponía: “Es nulo el despido que tenga por motivo: c) El

embarazo; si el despido se produce dentro de los 90 días anteriores o posteriores al parto.

El artículo 25 dispone: La Ley de Fomento del Empleo fue separada en dos textos normativos, uno la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, por decreto legislativo N° 855.

En 1.977 se dictó el decreto supremo N° 003-97-TR que aprueba la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, la cual “dispone los motivos específicos de configuración del despido nulo en su artículo 29 3n número 5, que incluye, grosso modo, las causales de despido por afiliación sindical, tener la calidad de representante de los trabajadores, por discriminación de sexo, raza, religión, opción política, etc, despido de la trabajadora por estado de embarazo, agregándose posteriormente, dos nuevas causales: por ser portador de sida (según ley N° 26626) y por discapacidad (Ley N° 27050).

En sentencia de fecha 22 de diciembre de 2009, emanada del Tribunal Constitucional, en Lima, expediente No. 03736-2010-PA/TC, se estableció:

“La Corte Suprema considera que el despido declarado nulo implica la lesión de derechos constitucionales que deben resarcirse, pues el fallecimiento del actor y la declaración positiva de una reclamación judicial no priva a sus deudos de los derechos respectivos.

Al estar comprobada la imposibilidad material de la reposición como medida reparadora del despido nulo,

esta debe ser sustituida por el pago de una indemnización acorde al despido arbitrario. "El no reconocer la procedencia de esta indemnización implica la dación de un fallo incompleto", subraya Mendoza".¹⁰

5.2.7. Costa Rica:

En este país se ha establecido un sistema de libre despido, en conformidad con el artículo 63 de la CP, mediante el cual existe la posibilidad de finalizar la relación de trabajo con el solo pago de una indemnización, sin necesidad de invocar justa causa.

“En el ordenamiento jurídico costarricense, se dan supuestos de despidos que se enmarcan dentro de un sistema de estabilidad donde las reglas del sistema de libre despido no juegan. Nos referimos a los casos concretos donde se han creado fueros especiales de protección a ciertos trabajadores considerados vulnerables”¹¹, lo cual ha llevado a la creación de fueros especiales y de normativa que limita el *jus variandi* del empleador, así lo ha establecido la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, en Resolución No. 231-1998, del 16 de septiembre de 1998, con ocasión a un caso de despido de una trabajadora embarazada, a saber:

¹⁰ HTribunal Constitucional (2011). Jurisprudencia. [Base de datos en línea]. Consultado el 26 de marzo de 2013 en: www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/03736-2010-AA.pdf

¹¹ Centro de Información Jurídica en Línea. (2010). Informe de Investigación del Centro de Información Jurídica en Línea. Convenio Colegio de Abogados-Universidad de Costa Rica. Pág. 12. Consultado en: <http://cijulenlinea.ucr.ac.cr/condicion.htm>

“Es de interés señalar que según se desprende de los hechos y fundamento de derecho de la demanda, la reinstalación a que aspiraba la actora es la que permite el artículo 94 bis del Código del Trabajo para toda trabajadora embarazada, que se halle en la hipótesis contemplada por el artículo 94 ibídem, y constituye la excepción al sistema de despido libre que contiene nuestro ordenamiento (...)”¹²

El despido de la mujer embarazada o en período de lactancia es contrario a lo dispuesto en el artículo 33 de la Constitución Política y a la Ley n° 8107 de 18 de julio de 2001, porque en él subyace una discriminación por género, prohibida por esa normativa, que adicionó el Título XI del Código de Trabajo (artículos 618 y 624), y tiene sustento en el artículo 51 constitucional, y en el artículo XII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, que dice “*Toda mujer en estado de gravidez o en época de lactancia, así como todo niño, tienen derecho a protección cuidado y ayuda especiales*”.

Ahora bien, la aparición de las ideas sobre el despido nulo en Costa Rica se plantea abiertamente a partir de una sentencia dictada por la Sala Constitucional en fecha 21 de mayo de 1993, que con ocasión a la violación a derechos fundamentales generadoras de consecuencias derivadas de las

¹² Centro de Información Jurídica en Línea. (2010). Informe de Investigación del Centro de Información Jurídica en Línea. Convenio Colegio de Abogados-Universidad de Costa Rica. Pág. 13. Consultado en: <http://cijulenlinea.ucr.ac.cr/condicion.htm>

ideas propias del movimiento europeo sobre la 'Constitucionalización del Derecho Laboral'.

En ese sentido, la doctrina del país abrió las puertas al debate sobre la denominada "nulidad radical de los despidos" de origen español, el cual "aparece como mecanismo de protección ante la cesación laboral de un trabajador con violación a sus derechos o libertades fundamentales (...)">¹³.

Entre las leyes con contenido protectorio a los fueros especiales, se encuentran: La Ley de Promoción de la Igualdad Real de la Mujer No. 7142 y sus reformas, para los Trabajadores Sindicales la Ley No. 7360, la Ley contra el Hostigamiento Sexual en el Empleo y la Docencia No. 7476, el Código de la Niñez y Adolescencia No. 7739.

"Así, las ideas novedosas del despido nulo y la reinstalación ingresaron en el acervo conceptual de los costarricenses por influencia directa de la doctrina, la legislación y la jurisprudencia española, aunque, en lo fundamental, estas ideas ya circulaban en el pensamiento *ius laboralista* universal"¹⁴.

¹³ Centro de Información Jurídica en Línea. (2010). Informe de Investigación del Centro de Información Jurídica en Línea. Convenio Colegio de Abogados-Universidad de Costa Rica. Pág. 14. Consultado en: <http://cijulenlinea.ucr.ac.cr/condicion.htm>

¹⁴ Centro de Información Jurídica en Línea. (2010). Informe de Investigación del Centro de Información Jurídica en Línea. Convenio Colegio de Abogados-Universidad de Costa Rica. Pág. 15. Consultado en: <http://cijulenlinea.ucr.ac.cr/condicion.htm>

5.3. Organización Internacional del Trabajo (OIT).

Son hitos del desarrollo histórico de las normas relativas a la protección contra la terminación de la relación de trabajo, según lo señalado en el Informe de la Comisión de Expertos sobre la Protección contra el Despido Injustificado de la Conferencia Internacional del Trabajo (1985, p.14), “la extensión del plazo de preaviso; el pago de una indemnización por fin de servicios; las iniciativas encaminadas a limitar el poder discrecional del empleador de poner término a la relación de trabajo por un motivo cualquiera o sin motivo, iniciativas que se fundamentaron en los conceptos de abuso de derecho por parte del empleador y de terminación abusiva de la relación de trabajo; y en una época más reciente, (...) la adopción de disposiciones por las que se exige que la rescisión del contrato de trabajo por iniciativa del empleador obedezca a causas justificadas”.

Estas situaciones dieron origen a la creación de normas internacionales sobre la terminación de la relación de trabajo, lo cual invitó a la Conferencia Internacional del Trabajo a preparar un informe sobre la legislación y las prácticas nacionales en la materia, adoptando en 1963 la Recomendación sobre la Terminación de la Relación de Trabajo (núm. 119) primer instrumento internacional dedicado específicamente a este tema.

Indica el mencionado Informe, que la Recomendación núm. 119, “constituyó, en el plano internacional, el punto culminante de la evolución del concepto según el cual el trabajador debería estar protegido contra la terminación arbitraria e injustificada de la relación de trabajo” (1985, p. 14).

En 1974, la Comisión de Aplicación de Convenios y Recomendaciones establecida por la Conferencia Internacional del Trabajo, reconoció el importante papel que la Recomendación núm. 119 había desempeñado desde su adopción en 1963, en la promoción de la protección contra la terminación injustificada de la relación de trabajo, por lo que las deliberaciones que tuvieron lugar durante la Conferencia concluyeron con la adopción del Convenio sobre la Terminación de la Relación de Trabajo, 1982 (núm. 158), ratificado por Venezuela el 6 de mayo de 1985, y la Recomendación sobre la Terminación de la Relación de Trabajo, 1982 (núm. 166), los cuales vienen a reemplazar la Recomendación sobre la terminación de la relación de trabajo, 1963 (núm. 119).

El dispositivo de este Convenio núm. 158 de la OIT, contiene normas de aplicación general, contenidas en disposiciones relativas al principio fundamental de la justificación, los procedimientos previos a la terminación o en ocasión de ésta, el procedimiento de recurso contra la terminación, el

plazo de preaviso y la protección de los ingresos del trabajador en caso de terminación.

Ahora bien, según lo señalado en el Informe Comisión de Expertos sobre la Protección contra el Despido Injustificado, 82ª Reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo (1985, p. 10), “ciertos cambios efectuados por el empleador, en particular en cuanto a las condiciones de trabajo, que no obedezcan a verdaderas necesidades de funcionamiento, pueden tener como consecuencia que el trabajador se vea presionado a renunciar o en situación de ser sancionado por desacato a las órdenes recibidas. En consecuencia, es necesario que se pueda comprobar si no se está en presencia de una terminación encubierta o de una verdadera terminación de la relación de trabajo provocada por el empleador en el sentido del Convenio, ya que, de otro modo, el trabajador afectado **de facto** o **de jure** queda excluido indebidamente de su protección”.

Así pues, el Convenio núm. 158, establece que todos **los despidos deben ser causados**, y su solución radica en la readmisión de los trabajadores injustamente despedidos, tal como se expone en los artículos 4 y 10, cuando señalan:

Artículo 4. “No se pondrá término a la relación de trabajo de un trabajador a menos que exista para ello una **causa justificada** (...)”. (negritas agregadas)

Artículo 10. “Si los organismos mencionados en el artículo 8 del presente Convenio llegan a la conclusión de que la terminación de la relación de trabajo es injustificada y si en virtud de la legislación y la práctica nacionales no estuvieran facultados o no consideraran posible, dadas las circunstancias, **anular la terminación** y eventualmente **ordenar o proponer la readmisión del trabajador**, tendrán la facultad de ordenar el pago de una indemnización adecuada u otra reparación que se considere apropiada”. (negritas agregadas)

Es por ello, que no constituyen causa justificada de extinción del vínculo laboral, la actividad sindical, dirigirse ante las autoridades para plantear, participar o recurrir una queja contra el empleador, la raza, el color, el sexo, el estado civil, las responsabilidades familiares, la religión, las opiniones políticas, la ascendencia nacional o el origen social; la licencia de maternidad; la ausencia temporal por motivo de enfermedad o lesiones corporales, y que de acuerdo a los artículos 5 y 6 del Convenio núm. 158, de producirse alguna de estas formas, el trabajador podrá considerarlas como discriminatorias a la luz del Convenio núm. 111, y acudir a los órganos jurisdiccionales para el amparo de sus derechos.

Ahora bien, para aquellos Estados en los cuales el Convenio núm. 158, se halle en vigor, se encuentran obligados “(...) a formular y llevar a cabo una política nacional que promueva, por métodos adecuados a las condiciones y

prácticas nacionales, la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y ocupación” (artículo 2). Estas políticas deben enfocarse a proteger a los trabajadores contra las prácticas discriminatorias y que atenten contra el principio de la igualdad ante la ley, y su aplicación en el ordenamiento jurídico interno debe ser viable y ejecutable.

Así lo ha manifestado la Comisión de Expertos sobre Igualdad en el Empleo y Ocupación prevista en el Convenio núm. 111, en 83ª Reunión (1996, p. 180), en su Informe presentado en la Conferencia Internacional del Trabajo, al “afirmar el principio de igualdad ante la ley puede ser un elemento de dicha política, pero no basta para constituir en sí una política según el sentido que da a esta palabra el artículo 2 del Convenio. La mera incorporación del Convenio en el orden jurídico interno por el hecho de su ratificación puede no bastar para garantizar su aplicación en el derecho y en la práctica. De igual modo la ausencia de leyes o medidas administrativas que establezcan en forma expresa desigualdades, que se puede considerar como manifestaciones de voluntad de no practicar discriminaciones, no bastaría para satisfacer las obligaciones del Convenio, cuyo objetivo es eliminar toda discriminación”.

En otro orden de ideas, además del Convenio núm. 158 y núm. 111, existen otros instrumentos de la OIT, entre ellos la Recomendación núm. 166, que

comprende un cierto número de disposiciones que completan las contenidas en el Convenio núm. 158, en lo referido a los motivos no justificados del despido, y en protección de los derechos humanos y de protección del empleo, toda vez que añade a la edad y a la ausencia del trabajo debido al servicio militar obligatorio o al cumplimiento de otras obligaciones cívicas.

Así mismo, hay que mencionar otros instrumentos de la OIT, que se enfocan en este sentido, así tenemos, el Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, 1949 (núm. 98); el Convenio sobre los representantes de los trabajadores (núm. 135) y la Recomendación (núm. 143), 1971; el Convenio (núm. 156) y la Recomendación (núm. 165) sobre los trabajadores con responsabilidades familiares, 1981; el Convenio sobre la protección de la maternidad, 1919 (núm. 3); el Convenio sobre la protección de la maternidad (revisado), 1952 (núm. 103), y la Recomendación sobre la protección de la maternidad, 1952 (núm. 95).

Ahora bien, las políticas nacionales deben estar dirigidas en esta dirección, pues las formas de discriminación en el devenir del vínculo laboral proceden de comportamientos o actitudes o de manifestación de prejuicios que menoscaban la integridad personal del trabajador y que violan lo establecido en los Convenios Internacionales antes mencionados.

Al respecto, ha señalado Orsini (2008, p. 148), que “la interpretación de que deben anularse los despidos discriminatorios y violatorios de derechos fundamentales del trabajador (en especial, de la libertad sindical), no resultando convalidables mediante el mero pago de una indemnización, y ha sido respaldada por los organismos de control de la OIT”, interpretando que este organismo internacional es enfático en postular la nulidad del despido injustificado agravado.

En este mismo orden de ideas, hace referencia Orsini (2008, p.148) en lo cuanto a lo planteado por la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT, que “no sólo ha sostenido reiteradamente que en los casos de despidos discriminatorios antisindicales debe garantizarse la reincorporación del trabajador despedido, sino que, incluso, ha expresado que –en caso de que el trabajador no optase por ser readmitido- deben repararse integralmente los daños derivados del acto discriminatorio, no resultando suficientes las indemnizaciones tarifadas previstas en la legislación laboral ordinaria”.

Así mismo, ha señalado la Comisión de Expertos sobre la Protección contra el Despido Injustificado (1985, p. 150), que se ha tomado nota sobre el incremento notable en los últimos años, de “la protección contra la terminación fundada en algunos motivos específicos, como por ejemplo, la

protección contra las represalias o la protección contra motivos de naturaleza discriminatoria”, en las que se incluye el embarazo o el descanso de maternidad, y que según la Comisión son importantes, pero que deben ser consideradas complementarias al principio general según el cual toda terminación de la relación de trabajo debe fundarse en una causa justificada en los términos previstos en los artículos 4, 5 y 6 del Convenio núm. 158.

En atención a lo señalado por la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), la protección al derecho que tienen las personas a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que le ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales, se garantiza a través del empleo de políticas nacionales, de hecho y de derecho, que garanticen el ejercicio del derecho a la igualdad, en atención a la tutela judicial efectiva de los mismos, interpretación que se desprende de los artículos 8 y 10 de la Declaración, a saber:

Artículo 8: “Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley”.

El artículo 10. “Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones (...)”.

Es por ello, que la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT, añade que la medida más apropiada, para restablecer la situación jurídica cuando el motivo real del fin de la relación de trabajo, son sus actividades sindicales o afiliación, o frente al despido discriminatorio, es el reintegro del trabajador; señala Orsini (2008, p. 148) que “(...) en el marco del Derecho Internacional del Trabajo, los despidos discriminatorios y violatorios de derechos fundamentales del trabajador deben ser anulados, garantizando la reincorporación del trabajador y la reparación integral de los daños”, y ese reintegro sólo se puede lograr mediante una normativa capaz de ampararle en sus derechos.

Expone además, el citado autor, que la Comisión de Expertos ha establecido en cuanto a la reparación de los despidos discriminatorios o violatorios de derechos fundamentales, que su finalidad “(...) debería ser la reparación total, tanto en el plano económico como en el profesional, del perjuicio sufrido por un trabajador a causa de un acto de discriminación antisindical, ya que se trata de un caso de violación de un derecho fundamental. La mejor solución es generalmente el reintegro del trabajador en sus funciones con una indemnización retroactiva y el mantenimiento de sus derechos adquiridos” (Orsini, 2008, p. 148).

CONCLUSIONES

Finalmente, en el estudio del despido nulo por razones discriminatorias en las relaciones laborales en Venezuela, se logró identificar que el concepto de despido nulo no está definido explícitamente en nuestra legislación venezolana.

Después de realizada esta investigación, se pudo observar que la legislación que ha sido pionera en la incorporación de la tesis del despido nulo por razones discriminatorias ha sido la española, fuente de inspiración para algunos países de América Latina, donde unos han ido incorporando paulatinamente a la jurisprudencia estos criterios y otros a su cuerpo normativo incluyéndola en sus postulados constitucionales, pues estos países han comprendieron que la ausencia su regulación deja a los trabajadores sin protección y en desamparo de los supremos intereses jurídicos involucrados.

La legislación venezolana no ha dedicado interés suficiente a este tema, aún cuando en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y en la Ley Orgánica del Trabajo, Las Trabajadoras y Los Trabajadores, se

contempla que aquellos despidos que le sean contrarios se considerarán nulos.

En ese sentido, la Institución de Despido Nulo es relativamente nueva en su tratamiento, y debería ser integrada al ordenamiento jurídico venezolano sobre la base de la violación del principio de no discriminación, en tanto que constituye un interés superior no sólo la preservación del empleo sino que al encontrarse lesionados derechos humanos fundamentales, el daño ocasionado en el fuero interno del trabajador deberá ser resarcido mediante la imposición de sanciones superiores a las tasadas en la ley. Sobre todo si comprendemos el alcance del postulado constitucional que hace referencia al hecho de que los “despidos contrarios a la Constitución son nulos”.

De manera que los principios de igualdad y no discriminación al ser inescindibles podrían verse afectados cuando la terminación de la relación laboral tenga lugar con ocasión a la lesión de derechos humanos fundamentales y también cuando se trate de forma desigual a aquellos que son iguales a la luz del artículo 21 constitucional, pues cualquier situación arbitraria que pudiese anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos fundamentales de los trabajadores, especialmente aquellos señalados en los Tratados y Convenios Internacionales suscritos y ratificados por la República, deberán ser tutelados por los Órganos de

Administración Justicia del Estado, en el entendido que es una obligación legal y constitucional su protección mediante la adopción de medidas firmes y eficaces capaces de restablecer la situación jurídica infringida.

Se puede afirmar, entonces que es necesario que se haga una revisión al tema del despido nulo por razones discriminatorias en Venezuela, ya que carecemos de regulación expresa que ampare a los trabajadores que sean susceptibles de acciones discriminatorias por parte del empleador, estudiando además el principio de facilidad probatoria o de la carga dinámica de la prueba, para la resolución de procesos de esta naturaleza, por cuanto siempre será el empleador quien tendrá una mejor posición de demostrar o probar en juicio, los hechos que se le atribuyan pero que en materia discriminatoria debe encontrarse obligado a demostrar que la causa del despido no tiene su causa en situaciones de carácter discriminatorio, pues existirá la presunción a favor del trabajador de los hechos que alega, apartándose con ello de las reglas rígidas sobre la distribución de la carga de la prueba, que postula que la parte que alega se encuentra obligada a demostrar los hechos en los cuales basa su pretensión.

De manera que, si los tribunales venezolanos unificasen criterio en cuanto a la aplicación de la teoría moderna de la carga dinámica de la prueba, específicamente a la institución del despido nulo por razones

discriminatorias, y se le otorgase regulación expresa tanto en la legislación como en la jurisprudencia, se trascendería la tesis del despido no justificado y llegaríamos a la aplicación de la nulidad de los despidos, pero no como una consecuencia, sino como una institución en la cual se puedan subsumir las situaciones de hechos lesivo a los derechos humanos fundamentales, cuyas consecuencias sean no sólo la reincorporación y el pago de salarios dejados de percibir, sino también la aplicación de sanciones de carácter pecuniario e indemnizatorio los cuales procuren restablecer el daño causado, sin que pueda ser sujeto de una contraprestación por equivalente para poder separar al trabajador de su empleo, pues el derecho a la estabilidad será doblemente protegido, en primer lugar, por lo que constituye este derecho fundamental y, en segundo lugar, porque los derechos debatidos son aquellos inherentes y fundamentales a la persona humana.

Así mismo, la investigación arrojó como resultado que los trabajadores que han sido objeto de despido por razones discriminatorias han encontrado amparo a través de la acción de amparo constitucional, sin embargo lo que se propone es que aquellos casos en donde se encuentren ventilados violaciones de derechos humanos fundamentales, puedan ser decididos pero sobre la base de la declaración no sólo “el despido no justificado” sino que se pueda aplicar esta nueva categoría de despido, como es “el despido nulo” por haberse demostrado que las causas reales del mismo fueron motivadas a

aspectos discriminatorios y, en esos casos, se aspira que la ley lo contemple expresamente.

Este planteamiento vendría a causar innovación en nuestro derecho del trabajo, pues de incorporarse un tercer literal en el artículo referente a las clases de despido, el cual exprese que el despido se clasifica en: a) justificado, b) injustificado y “c) nulo por razones discriminatorias”, y que sea desarrollado en la misma ley o en su reglamento los mecanismos para su tutela, procedimientos y consecuencias, estaríamos a la vanguardia en la construcción de esta institución por cuanto tendríamos como reto la investigación profunda para determinar cuáles son aquellos derechos humanos fundamentales que vulnerados pueden ser considerados como discriminatorios así como la aplicación de las reglas de distribución de la carga de la prueba, que de manera novedosa se propone incorporar la teoría moderna de la carga dinámica de la prueba, para darle a la institución del despido nulo un tratamiento acorde con la importancia de los derechos involucrados.

Aplicando la tesis estaríamos a la vanguardia, pues le ofrece a las instituciones ya creadas más estabilidad y una novedad cargada de toques de modernidad y de actualidad, los cuales conducen indefectiblemente al mejoramiento en la aplicación de las normas, principios y procedimientos,

pues la tendencia de la academia siempre será la contribución, construcción y crecimiento de los lineamientos jurídicos en el cual los derechos fundamentales sean tutelados y protegidos, y con ello ofrecer una opción a los operadores de justicia la necesidad de proceder a la incorporar dichos postulados a la doctrina patria.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

- Adame, J. (1996). **Naturaleza, persona y derechos humanos**. [Libro en línea]. Consultado el 5 de mayo de 2012 en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/170/6.pdf>.
- Alfonso, I. (1999). **Técnicas de investigación bibliográfica** (8^{va} ed.). Caracas: Contexto.
- Alfonzo-Guzmán, R. (1996). **Nueva didáctica del derecho del trabajo** (9^{na} ed.) Caracas: Editorial Melvin C.A.
- Alfonzo-Guzmán, R. (1995). **Nueva didáctica del derecho del trabajo** (8^{va} ed.) Caracas: Editorial Melvin C.A.
- Alonso, M. Actualidad Internacional de los Derechos Humanos Fundamentales en el Trabajo (2003). **Estudios sobre Derecho del Trabajo. Libro Homenaje a José Román Duque Sánchez**. (vol. 1). Caracas: Tribunal Supremo de Justicia.
- Alonso, M. (1973). **Curso de derecho del trabajo**. Barcelona: Editorial Ariel.
- Balestrini, M. (2002). **Cómo se elabora el proyecto de investigación** (6^{ta} ed.). Caracas: BL Consultores Asociados.
- Barreiro, D. y Curutchet, E. Discriminación y “Control de Constitucionalidad Estricto” (El caso del trabajo doméstico remunerado). (2008). **Derecho del Trabajo y Derechos Humanos**. Buenos Aires: Euros Editores, S.R.L.
- Baylos, A. y Pérez, R. (2009). **El despido o la violencia del poder privado**. Barcelona: Editorial Trotta, S.A.
- Cabanellas, G. (1945). **Los fundamentos del nuevo derecho**. Buenos Aires: Editorial Americalu.
- Cabanellas, G. (1976). **Diccionario de Derecho Usual**. (9^{na} ed. vol. 1). Buenos Aires: Heliasta, S.R.L.
- Cabrera, J. (2006). Sentencia dictada en fecha 08 de agosto de 2006. **Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia**. N° 1520. Caracas: T.S.J.

- Cabrera, R. y Terife, J. (2007). ***Discriminación en los procesos de selección de personal de nivel ejecutivo (Estudio de Percepción)***. [Tesis en línea]. Consultado el 25 de abril de 2012 en: <http://biblioteca2.ucab.edu.ve/anexos/biblioteca/marc/texto/AAR1441.pdf>
- Carballo, C. El Despido Nulo por Discriminación. (2007). ***Revista de Derecho del Trabajo***. (No. 3). Barquisimeto: Fundación Universitas.
- Carrasquero, F. (2008). ***Los efectos de la nulidad en los contratos de trabajo***. (2ed). Caracas: Tribunal Supremo de Justicia.
- Casal, J. (2006). ***Los derechos humanos y su protección***. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello.
- Crespo, J. (2006). Sentencia dictada en fecha 6 de diciembre de 2006. ***Sala de Sesiones de la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo***. Caracas: TSJ.
- Código Civil de Venezuela, ***Gaceta Oficial de la República de Venezuela***, 2.990 (Extraordinaria), 26 de Julio de 1982.
- Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, ***Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela***, 5.453 (Extraordinaria), 24 de Marzo de 2000.
- Convenio sobre la Igualdad de Trato (Accidentes de Trabajo), No. 19, 1925, ***Gaceta Oficial de la República de Venezuela***, 118 (Extraordinaria), 04 de enero de 1945.
- Convenio sobre Discriminación (empleo y ocupación), No. 111, 1958, ***Gaceta Oficial de la República de Venezuela***, 27.609 (Extraordinaria), 03 de diciembre de 1964.
- Convenio sobre Igualdad de Remuneración, No. 100, 1951, ***Gaceta Oficial de la República de Venezuela***, 2.850 (Extraordinaria), 27 de agosto de 1981.
- Convenio sobre los Trabajadores con Responsabilidades Familiares, No. 159, 1981, ***Gaceta Oficial de la República de Venezuela***, 3.309 (Extraordinaria), 03 de enero de 1984.

- Convenio sobre la Terminación de la Relación de Trabajo, No. 158, 1988, **Gaceta Oficial de la República de Venezuela**, 33.170 (Extraordinaria), 22 de febrero de 1985.
- Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales, No. 169, 1989, **Gaceta Oficial de la República de Venezuela**, 37.305 (Extraordinaria), 17 de octubre de 2001.
- De la Cueva, M (1967). **Derecho Mexicano del Trabajo**. (10ma ed. vol. 1). México: Editorial Porrúa, S.A.
- Delgado, A. (2009). Sentencia dictada en fecha 26 de mayo de 2009. **Tribunal de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Agrario y Tránsito de esa misma Circunscripción Judicial**. Caracas: TSJ.
- Enciclopedia Jurídica Omeba**. (1968). (Tomo 1). Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, S.R.L.
- Faúndez, H. El Estudio de los Derechos Humanos: Sus Conceptos, Carácter Disciplinario, y Autonomía Jurídica (1988). **Revista de la Facultad de Derecho**. (No. 39-40). Caracas: Universidad Católica Andrés Bello.
- Gamonal, S. (2007). **El daño moral en el contrato de trabajo**. (2da ed). Santiago de Chile: LexisNexis.
- García, A. (2003). Sentencia dictada en fecha 4 de julio de 2003. **Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia**. N° 1822. Caracas: T.S.J.
- Hernández, R., Fernández, C. y Baptista, P. (2003). **Metodología de la investigación** (3^{da} ed.). México: McGraw-Hill.
- Hernández, M. El Despido en España desde los Códigos de Comercio a la Ley de Relaciones Laborales (1977). **Estudios sobre Derecho Laboral. Homenaje a Rafael Caldera**. (vol. 1). Caracas: Editorial Sucre.
- Mille, G. (2002). **Comentarios sobre la Jurisprudencia Laboral y sobre El Proyecto de Reforma Procesal Laboral**. Caracas: Paredes Editores, S.R.L.

- Mora, O. (2004). Sentencia dictada en fecha 22 de septiembre de 2004. **Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia**. N° 1119. Caracas: T.S.J.
- Mora, O. (2009). Sentencia dictada en fecha 25 de febrero de 2009. **Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia**. N° 154. Caracas: T.S.J.
- Murgas, T. La Tutela Judicial contra los Despidos Nulos por Discrimianción. Experiencia Comparada (2007). **Revista de Derecho del Trabajo**. (No. 3). Barquisimeto: Fundación Universitas.
- Ley Orgánica del Trabajo, **Gaceta Oficial de la República de Venezuela**, 5.152, 19 de Junio de 1997.
- Ley Orgánica del Trabajo, las Trabajadoras y los Trabajadores, **Gaceta Oficial de la Republica Bolivariana de Venezuela**, 39.908 (Extraordinaria), 7 de mayo de 2012.
- Oficina Internacional del Trabajo. (1985). **Protección contra el despido injustificado**. [Documento en línea]. Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones. Estudio General de las Memorias Relativas al Convenio (num. 158) y a la Recomendación (num. 166) sobre la Terminación de la Relación de Trabajo. Consultado el 9 de junio de 2012 en: [http://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09663/09663\(1995-4B\).pdf](http://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09663/09663(1995-4B).pdf)
- Olea M. y Casas, B. (2000). **Derecho del Trabajo**. (18ed). Madrid: Civitas Ediciones, S.L.
- Orsini, J. Hacia un Nuevo Paradigma en Materia de Protección de la Estabilidad y del Derecho del Trabajo: La Nulidad de los Despidos Injustificados Agravados como Clave para la Democratización de las Relaciones Laborales (2008). **Derecho del Trabajo y Derechos Humanos**. Buenos Aires: Euros Editores, S.R.L.
- Ortiz-Ortiz, R. El Despido Nulo en la Constitución Venezolana (2005). **Revista de Derecho**. (No. 16). Caracas: Tribunal Supremo de Justicia.
- Palomeque, M. El Derecho a la Igualdad y No Discriminación en el Ordenamiento Laboral Español (2006). **Revista de Derecho del Trabajo**. (No. 2). Barquisimeto: Fundación Universitas.

- Parra, F. Antecedentes del Derecho del Trabajo Venezolano (1977). ***Estudios sobre Derecho Laboral. Homenaje a Rafael Caldera.*** (vol. 1). Caracas: Editorial Sucre.
- Perdomo, J. (2001). Sentencia dictada en fecha 26 de julio de 2001. ***Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia.*** N° 178. Caracas: T.S.J.
- Perdomo, R. (1988). ***Metodología pragmática de la investigación. Con aplicaciones en las ciencias jurídicas.*** Mérida: Consejo de publicaciones de la Universidad de los Andes.
- Pedrajas, Abdón. (1992). ***Despido y derechos fundamentales.*** Madrid: Editorial Trotta, S.A.
- Perera, N. (1991). ***Las causas del despido en la nueva Ley Orgánica del Trabajo.*** Caracas: Paredes Editores, S.R.L.
- Petzold-Pernía, H. La Igualdad como Fundamento de los Derechos de la Persona Humana. (1993). ***Revista de la Facultad de Derecho.*** (No. 47). Caracas: Universidad Católica Andrés Bello.
- Plá, A. (1979). ***Estudios sobre derecho individual de trabajo-Homenaje al profesor Mario L. Deveali.*** Buenos Aires: Editorial Heliasta.
- Plá, A. (1998). ***Principios de derecho del trabajo.*** Buenos Aires: Ediciones Depalma.
- Porras, C. (2010). Sentencia dictada en fecha en fecha 6 de mayo de 2010. ***Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia.*** N° 424. Caracas: T.S.J.
- Porras, C. (2007). Sentencia dictada en fecha 17 de julio de 2007. ***Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia.*** Caracas: TSJ.
- Pro Rízquez, J. La Estabilidad Laboral en Venezuela: comentarios al despido de los Trabajadores de PDVSA con Motivo del Paro Nacional del 2 de diciembre de 2002 (2003). ***Estudios sobre Derecho del Trabajo. Libro Homenaje a José Román Duque Sánchez.*** (vol. 2). Caracas: Tribunal Supremo de Justicia.

- Ramos, E. (2007). Sentencia dictada en el año 2007. **Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo**. Caracas: TSJ.
- Real Academia Española. (1992). **Diccionario de la lengua española** (21^{da} ed.). Madrid: Espasa Calpe, S.A.
- Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo, **Gaceta Oficial de la República de Venezuela**, 38.426 (Ordinaria), 28 de Abril de 2006.
- Reglamento de la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo, **Gaceta oficial de la República de Venezuela**, 38.596 (Ordinaria), 03 de Enero de 2007.
- Ricaldi, P. (2006). La comunicación del embarazo en el despido nulo y el derecho a la intimidad. **Justicia y Derecho**. [Revista en línea]. 5. Consultado el día 18 de febrero de 2013 en: www.justiciayderecho.org
- Rodríguez, J. (1999). **Curso de derecho del trabajo y de la seguridad social**. Buenos Aires: Editorial Astrea.
- Rondón, P. (2001). Sentencia dictada en fecha 20 de febrero de 2001. **Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia**. Nº 244. Caracas: T.S.J.
- Rondón, P. (2008). Sentencia dictada en fecha 28 de febrero de 2008. **Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia**. Nº 190. Caracas: T.S.J.
- Sotillo, A. (1999). Sentencia dictada en fecha 30 de abril de 1999. **Juzgado Superior Sexto del Trabajo del Área Metropolitana de Caracas**. Caracas.
- Tinoco, J. (2000). Sentencia dictada en fecha en fecha 03 de mayo de 2000. **Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia**. Nº 1024. Caracas: T.S.J.
- Toselli, C. La Estabilidad en la Hora Actual. Un Análisis Necesario (2008). **Derecho del Trabajo y Derechos Humanos**. Buenos Aires: Euros Editores, S.R.L.

- Universidad Católica Andrés Bello. (1997). **Manual para la elaboración del trabajo especial de grado en el área de derecho**. Caracas: Dirección General de Estudios de Postgrado.
- Valbuena, A. (2004). Sentencia dictada en fecha 25 de mayo de 2004. **Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia**. N° 462. Caracas: T.S.J.
- Zerpa, L. (2000). Sentencia dictada en fecha 3 de agosto de 2000. **Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia**. N° 1797. Caracas: T.S.J.
- Zerpa, L. (2001). Sentencia dictada en fecha 12 de julio de 2001. **Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia**. N° 1459. Caracas: T.S.J.