



La protección del trabajador inmigrante en situación irregular dentro el ordenamiento jurídico venezolano

Yoselyn Bermúdez Abreu

Abogada. Magíster en Derecho Mercantil. Doctora en Derecho. Profesora Asociada de Derecho Internacional Privado adscrita al Departamento de Derecho Internacional y al Centro de Investigaciones de Derecho Privado de la Universidad del Zulia. Venezuela. E-mail: yoselynbermudez@hotmail.com

Orielle Hernández Jiménez

Abogada. Auxiliar de Investigación en el Centro de Investigaciones de Derecho Privado de la Universidad del Zulia. Venezuela. E-mail: orielleh@hotmail.com

Resumen

El trabajador inmigrante en situación irregular es el débil jurídico en la relación laboral, pues sus derechos humanos reconocidos por los Estados y organismos internacionales se infringen debido al grado de superioridad que tiene el patrono, lo cual le permite desconocer tales derechos. Al respecto, el presente artículo tiene como objetivos: Analizar la teoría del débil jurídico bajo el enfoque del Derecho Internacional del Trabajo y el Derecho Internacional Privado del Trabajo, así como establecer la normativa reguladora de la actividad laboral de los trabajadores inmigrantes en Venezuela, haciendo referencia tanto a las normas internacionales formuladas por la Organización de las Naciones Unidas y la Organización de los Estados Americanos, como a las normas internas creadas por el legislador venezolano. Se aplicó la metodología descriptiva y las técnicas de la hermenéutica jurídica y la observación documental en fuentes primarias y secundarias. Se concluye que, en el ordenamiento jurídico venezolano la protección de los trabajadores inmigrantes en situación irregular se fundamenta en los derechos y ga-

rantías constitucionales y en los tratados internacionales en materia de derechos humanos y de derechos laborales internacionalmente reconocidos.

Palabras clave: Trabajador inmigrante en situación irregular, débil jurídico, Derecho Internacional del Trabajo, Derecho Internacional Privado del Trabajo.

Protection of the illegal immigrant worker in Venezuelan legal ordinance

Abstract

The illegal immigrant worker is the legally weak party in labor relations, since his/her human rights as recognized by States and international organisms are infringed due to the degree of superiority the employer has, which allows him to not recognize such rights. The objectives of this article are: To analyze the theory of legal weakness from the perspective of International Labor Law and International Private Labor Law, as well as establish regulating standards for the labor activities of immigrant workers in Venezuela, referring to international rules formulated by the United Nations and the Organization of American States, as well as internal rules created by the Venezuelan legislator. Descriptive methodology, hermeneutic legal techniques and documentary observation of primary and secondary sources were applied. Conclusions were that in Venezuelan legal ordinance, the protection of illegal immigrant workers is based on all the constitutional rights and guarantees and on international treaties on human rights and internationally recognized labor rights.

Key words: Illegal immigrant worker, legal weakness, International Labor Law, International Private Labor Law.

Introducción

La protección del trabajador inmigrante en situación irregular como débil jurídico abarca la normativa creada en el ámbito de la comunidad jurídica internacional y en el Derecho interno de los Estados. La participación activa tanto de los organismos inter-

nacionales como de los Estados se basa en la formulación y aplicación de principios rectores que en materia de los derechos humanos buscan proteger y enaltecer la dignidad y bienestar de las personas. En tal sentido, el Estado venezolano ha suscrito normas supranacionales y ha consagrado

en su Derecho interno principios generales que responden a las aspiraciones de la comunidad jurídica internacional en lo atinente a la protección del trabajador inmigrante independientemente de la condición jurídica en que se encuentre, pues en todo caso, la finalidad es garantizar los intereses fundamentales de estas personas, sustentados en los principios de equidad y justicia.

La investigación es descriptiva y se aplica la técnica de la observación documental para analizar la teoría del débil jurídico desde la perspectiva del Derecho Internacional del Trabajo y el Derecho Internacional Privado del Trabajo, reseñar los preceptos normativos formulados por la Organización de las Naciones Unidas (ONU) y la Organización de los Estados Americanos (OEA), relativos a la protección de los derechos fundamentales de los trabajadores inmigrantes en situación irregular; y por último, analizar el tratamiento jurídico aplicable a los trabajadores inmigrantes en el ordenamiento jurídico venezolano.

1. La teoría del débil jurídico desde la perspectiva del Derecho Internacional del Trabajo

La teoría del débil jurídico se basa en un principio de subordinación entre las partes intervinientes en la relación laboral, por cuanto el patrono ejerce la autoridad al establecer las directrices que determinan el desempeño de las actividades que debe ejecutar el trabajador, quien se encuentra en situación de inferioridad y des-

ventaja respecto a las arbitrariedades que por su nivel pudiese exteriorizar el empleador.

De acuerdo con lo expuesto, entre un patrono y un trabajador existe una relación que los compromete a ambos mediante obligaciones de hacer o no hacer que nacen del contrato de trabajo.

Esta situación también se materializa en el plano internacional donde se amerita la protección del trabajador como débil jurídico cuando traspasa las fronteras de su nación y ejerce funciones laborales en situación de extranjero, pues actualmente existen preceptos normativos destinados a regular las relaciones jurídicas internacionales de corte laboral. En este caso, la autonomía de la voluntad de los coactores (específicamente la del trabajador) queda limitada, precisamente, por el rango de superioridad del patrono. Se trata entonces de preservar a nivel mundial la institución del trabajo como hecho social y como parte esencial del desarrollo económico y productivo de los Estados, además de constituir un derecho humano inalienable e inherente a cualquier persona por el solo hecho de formar parte de la sociedad.

El estudio de los trabajadores inmigrantes en situación irregular se vincula con la teoría del débil jurídico por cuanto éstos con deseos de progresar en un país extranjero normalmente desconocen los mecanismos de protección de Derecho Interno e Internacional en ese Estado foráneo y, como consecuencia, se propicia el abuso y la explotación laboral. Este hecho actualmente obedece al aumento de la movilidad internacional de mano de

obra bajo las condiciones contemporáneas de globalización, donde los trabajadores inmigrantes en situación irregular son particularmente vulnerables debido al temor de aprehensión y deportación que les impiden sindicarse y los exponen a condiciones de trabajo peligrosas debido a la falta de protección jurídica.

Las migraciones laborales representan verdaderos dilemas políticos para los Estados, los cuales, luego de crear barreras contra el ingreso ilegal de trabajadores inmigrantes, algunas veces toleran su presencia, especialmente de aquéllos que laboran en sectores de menor remuneración y poco atractivo para los trabajadores nativos, además de existir escaso o ningún control que garantice su seguridad, salud y buenas condiciones de trabajo. Esta situación algunas veces es aceptada por las naciones, debido a la disposición, habilidad y capacidad que poseen esas personas para la realización de determinadas labores. De igual modo, su empleo es estimulado por aquellos patronos que ven como favorable para sus propios intereses económicos, sus precarias condiciones jurídicas.

En resumen, los elementos que integran la teoría del débil jurídico en el ámbito laboral son: a. La existencia de una *relación de trabajo* entre dos partes; b. El *trabajador*, quien constituye el epicentro de esta teoría; y c. El *patrono*, quien ejerce el rol de autoridad en esa vinculación. Lo expuesto se subsume en el Derecho de las obligaciones, el cual instituye los principios rectores del Derecho del Trabajo, ciencia jurídica cuyas normas protegen y

salvaguardan los derechos del trabajador como débil jurídico en la relación laboral, para evitar atropellos y garantizar el pleno goce y ejercicio de sus derechos, y específicamente, debido a las condiciones particulares del trabajador en situación irregular, el patrono cree poseer la facultad de suprimir los derechos que en situaciones normales formarían parte de la relación laboral, limitando los derechos naturales del trabajador.

A raíz de la relevancia y connotación del trabajo dentro de la sociedad, y como parte integrante de las necesidades básicas de los individuos, es que surge a nivel internacional su regulación por el Derecho Internacional del Trabajo, el cual: "...está formado por el conjunto de acuerdos, convenciones internacionales y en general todas aquellas actividades que en el orden internacional están destinadas a mejorar las situaciones del trabajador en el mundo" (Rouvier, 1988: 282). Además, procura la estabilidad, calidad de vida e intereses de los trabajadores, el goce de sus derechos laborales y el respeto de los derechos humanos como pilar fundamental de la vida (Taran, 2007), mediante la formulación de dispositivos jurídicos y alianzas entre los Estados con el objeto de eliminar la desviación social de explotación del hombre por el hombre, garantizando el trato equitativo de esos trabajadores con relación al resto de los ciudadanos de un Estado, en función de asegurar el disfrute efectivo de los derechos humanos, lo que permitiría erradicar a nivel internacional la discriminación laboral.

En la protección de los derechos del trabajador como débil jurídico desempeñan un papel preponderante la Organización de las Naciones Unidas (ONU), la Organización de los Estados Americanos (OEA) y los Estados, los cuales se han abocado a una lucha constante por el resguardo de los derechos de los trabajadores en el ámbito universal, regional y nacional respectivamente.

Estos organismos han formulado instrumentos jurídicos de Derecho Internacional para coadyuvar con la defensa de los derechos de los trabajadores inmigrantes. Al respecto, en la esfera internacional se cuenta con la Declaración Universal de los Derechos Humanos; los Convenios: No. 19, sobre la Igualdad de Trato de los Trabajadores; No. 97, relativo a los Trabajadores Migrantes; No. 143, sobre las Disposiciones Complementarias del Convenio No. 97; Convenio No. 111, Relativo a la Discriminación en materia de Desempleo y Desocupación; No. 118, sobre la Igualdad de Trato; la Convención de las Naciones Unidas de 1990 sobre Trabajadores Migratorios, instrumento normativo que constituye la Carta Internacional de las Migraciones; y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En el caso del ordenamiento jurídico interno venezolano, la normativa está contenida en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el Código Civil, la Ley Orgánica del Trabajo, el Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo, la Ley de Derecho Internacional Privado y la Ley de Extranjería y Migración.

2. Regulación de la actividad laboral de los trabajadores inmigrantes en Venezuela

2.1. Normas de Derecho Internacional

Los derechos humanos comprenden las facultades o valores básicos que corresponden a toda persona por su naturaleza y condición humana, a los efectos de garantizar una vida digna y crear una relación integrada con la sociedad. Asimismo, se componen de prerrogativas caracterizadas por ser irrevocables, inalienables e irrenunciables, cuya protección recae en las autoridades estatales como premisa fundamental de la convivencia social.

En el caso de los derechos humanos de los trabajadores, el espíritu de los instrumentos internacionales está destinado a la protección de sus intereses particulares, y a la creación de principios que concentren la esencia del respeto a la dignidad y valor humano, impidiendo que las diferencias entre los individuos coarten el disfrute de tales facultades. Cuando se trata de los trabajadores inmigrantes indocumentados, el norte está enfocado en el bienestar de un conjunto de personas que merecen consideración a pesar de las condiciones de adversidad, por cuanto el objetivo de los países que se erigen como defensores de los derechos humanos debe ser buscar las formas de instaurar políticas que inserten a estos trabajadores en el regular aparato productor. El propósito no debe en ningún caso ser de forma, sino más bien de fondo, apreciando las causas socioeconómicas y tratando de brindar respuesta a su problemática

que en particular amenaza su calidad de vida.

2.1.1. Los aportes de la Organización de las Naciones Unidas

En materia laboral se han creado preceptos normativos destinados a garantizar el respeto y disfrute de los derechos humanos de la masa trabajadora. La Declaración Universal de los Derechos Humanos recoge en su articulado algunas prerrogativas que enaltecen la condición del trabajador, entre las que específicamente destaca el Artículo 7, al establecer que, todas las personas son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a la misma protección contra cualquier discriminación. Esta norma garantiza el respeto equitativo de los derechos del trabajador, sin privilegios ni discriminaciones basadas en alguna condición que pueda desvirtuar la esencia de la protección del hombre, que en todo caso se guía por la convivencia social y la solidaridad humana.

Esta norma preceptúa el principio de igualdad como premisa fundamental en el respeto de los derechos humanos, la cual posee un carácter universal por ser incorporada en las constituciones de los Estados democráticos. Contiene en su esencia la erradicación de la discriminación a cualquier escala, en aras de asir una verdadera dignidad y valoración de la persona, sin discriminación por su condición de raza, cultura, credo, ni nacionalidad, lo cual implica que, cualquier Estado adherido a los ideales de este instrumento normativo multilateral debe garantizar y proteger los derechos de los trabajadores, indiferentemente si

son nacionales o extranjeros, ofreciendo igualdad de oportunidades para desarrollarse laboralmente y formar parte del progreso económico, productivo y social foráneo de determinado país.

Directamente vinculados con el principio de igualdad en materia de derechos humanos, el Artículo 23 de la norma *in comento*, prevé la existencia de algunos derechos especiales para la protección de los trabajadores, al establecer que, toda persona tiene los siguientes derechos: Al trabajo y a la libre elección del mismo, en condiciones equitativas y satisfactorias; a la protección contra el desempleo; a igual salario por igual trabajo, que le asegure, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana complementada, en caso necesario, por cualesquiera otros medios de protección social; y por último, a fundar sindicatos y pertenecer a estos para la defensa de sus intereses. Así se establecen de forma expresa los beneficios que debe gozar todo trabajador, como producto de su mano de obra y por la utilidad de las labores que desempeña. Además, constituye uno de los principios generales que en materia de derechos humanos tienen especial importancia en el entorno social.

El derecho de toda persona a recibir los beneficios salariales por el trabajo realizado se encuentra ubicado en el grupo de derechos que se aproximan a los civiles y políticos, ya sea porque tienen un impacto directo sobre derechos tales como el de propiedad o el derecho a la personalidad jurídica o por su carácter inmediato o urgente que se reitera implícita o ex-

plícitamente en muchos instrumentos (Corte Interamericana de los Derechos Humanos, 2003: 111).

En armonía con la Declaración Universal de los Derechos Humanos, otros tratados ratificados por la República Bolivariana de Venezuela evidencian la misma línea protectora de los derechos laborales de los trabajadores independientemente de que sean o no inmigrantes. El denominado Convenio No. 19, sobre la Igualdad de Trato¹ (accidentes de trabajo), determina que los gobiernos se obligan a otorgar a los nacionales de cualquier otro país que haya ratificado el Convenio, el mismo trato que a sus propios nacionales en materia de indemnización por accidentes de trabajo.

El Convenio No. 111, relativo a la Discriminación en materia de Empleo y Ocupación², preceptúa que los gobiernos se obligan a formular y a llevar a cabo una política nacional que promueva la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y ocupación, con el objeto de eliminar toda forma de discriminación al respecto.

Asimismo, el precitado Convenio tiene como propósito mantener equi-

paradas las oportunidades en cuanto al ejercicio del trabajo y los derechos que de él se derivan. De igual forma, es pertinente indicar lo que establece el Convenio No. 118, sobre la Igualdad de Trato³, el cual es una extensión del Convenio No. 111. Esta norma internacional regula la seguridad social como parte esencial de la actividad laboral, y preceptúa que los gobiernos pueden aceptar las obligaciones concernientes a una o varias ramas de la seguridad social, como maternidad, vejez, sobrevivencia y accidentes de trabajo, entre otras, para las cuales posea una legislación efectivamente aplicada a sus propios nacionales. Con la ratificación de este Convenio por un lado, y por otro, la formulación de normas constitucionales destinadas a amparar el respeto de los derechos humanos, Venezuela efectivamente regula en su ordenamiento jurídico la protección de los trabajadores inmigrantes.

El Convenio No. 97 sobre los Trabajadores Migrantes⁴, establece que los gobiernos están obligados a mantener un servicio gratuito apropiado, encargado de prestar ayuda a los trabajadores migrantes. El Convenio No.

- 1 Este Convenio fue ratificado el 20 de noviembre de 1944 por la República de Venezuela, quedando anotado en la Gaceta Oficial Extraordinaria No. 118 del 04 de enero de 1945.
- 2 Fue ratificado por Venezuela el 03 de junio de 1971, según Gaceta Oficial No. 27.609 del 3 de diciembre de 1964.
- 3 Ratificado por Venezuela el 10 de Agosto de 1982, según Gaceta Oficial Extraordinaria del 27 de agosto de 1981 bajo el No 2.847.
- 4 El Estado venezolano ratificó este Convenio el 09 de junio de 1983, según Gaceta Oficial No. 3.170 Extraordinaria del 11 de mayo de 1981.

143 versa sobre las Disposiciones Complementarias⁵ del Convenio No. 97, cuyo objetivo fundamental es el compromiso de los gobiernos a respetar los derechos fundamentales de los trabajadores migrantes, la formulación y aplicación de políticas nacionales destinadas a promover y garantizar la igualdad de oportunidades y de trato tanto para los trabajadores migrantes como a sus familias.

Es oportuno resaltar que, la República Bolivariana de Venezuela no se adhirió a la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en fecha 18 de Diciembre de 1990, la cual es una versión mejorada de los Convenios Nos. 97 y 143, debidamente ratificados por Venezuela y elaborados en el marco de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). Esta Convención fomenta la protección de los intereses de los trabajadores empleados fuera de sus propios países, teniendo como objetivo no sólo el bienestar y el respeto de los derechos humanos de los trabajadores como tal, sino también de sus familiares como parte de la tranquilidad personal que permite desarrollar las actividades laborales con eficiencia.

Es necesario entender por qué Venezuela no ratificó la Convención In-

ternacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, siendo un proyecto actualizado de los Convenios Nos. 97 y 143, que ofrece aspectos que estos Convenios no abordan, además de brindar oportunidades más notables según la evolución de los tiempos.

Al respecto, se puede establecer como hipótesis que permita dar respuesta a la interrogante planteada, la falta de impulso legislativo por parte del ente encargado de promover en Venezuela la aplicación de instrumentos internacionales, vale decir, probablemente la Asamblea Nacional no implanta proyectos de evaluación legislativa. Esto quizás obedezca al hecho de considerar erróneamente que, con los Convenios Nos. 97 y 143 se cubren los aspectos relativos a esta materia, aunque la Convención Internacional sobre la Protección de los Trabajadores Inmigrantes y sus Familias sea mucho más amplia y protectorista en este sentido.

2.1.2. Los aportes de la OEA

Otro de los dispositivos jurídicos de carácter internacional que desarrolla normas destinadas a la protección de los derechos de los trabajadores, es la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁶, la cual preceptúa en su Artículo 24 el principio de igualdad, al estipular que todas las perso-

5 El Estado venezolano lo ratificó el 17 de agosto de 1983, de acuerdo a la Gaceta Oficial Extraordinaria No. 32.773 del 22 de agosto de 1983.

6 Gaceta Oficial No. 2.146. Caracas, 28 de enero de 1978.

nas son iguales, y en consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a la misma protección jurídica.

Esta norma refuerza el contenido del Artículo 7 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de la ONU, es decir, consagra el respeto a todos los seres humanos por igual, en razón de que la ley no hace distinción de ninguna naturaleza entre las personas y por lo tanto, el trato debe ser equitativo sólo por su condición de hombre.

Al respecto la Corte Interamericana de los Derechos Humanos (2003: 78), expresa que:

Los derechos humanos no dependen de la nacionalidad de la persona, del territorio donde se encuentra o de su estatus jurídico... sostener lo contrario sería tanto como negar la dignidad humana... Los tratados de Derechos Humanos se inspiran en una noción de garantía colectiva, de manera que no establecen obligaciones *vis a vis* entre los Estados, sino que determinan la obligación de los Estados de respetar y garantizar los derechos contenidos en tales instrumentos a todos los seres humanos.

2.2 Normas de Derecho Interno

2.2.1 La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela

En el Estado venezolano las normas jurídicas protegen y garantizan el respeto a los derechos de los trabajadores. En tal sentido, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (CRBV) señala en su Artículo 2 que, el Estado se constituye en un sistema democrático y social de derecho y de justicia, que propug-

na como valores superiores de su ordenamiento jurídico y de su actuación, la vida, la libertad, la justicia, la igualdad, la solidaridad, la democracia, la ética, la responsabilidad social y en general, la preeminencia de los derechos humanos.

A los efectos de enmarcar el tratamiento jurídico que deben recibir los trabajadores, la Carta Magna señala como valores fundamentales el respeto y preeminencia de los derechos humanos y la igualdad entre las personas, condiciones que permiten desde un punto de vista genérico establecer un cimiento para amparar los derechos de los trabajadores inmigrantes en situación irregular, por cuanto, aun cuando no exista una ley especial que regule esta materia, se puede apelar a la premisa plasmada en la Constitución para hacer valer el derecho del trabajo de los ciudadanos inmigrantes como un derecho humano fundamental.

En este sentido, el Artículo 3 *ejusdem* preceptúa que el Estado tiene como fines esenciales la defensa y el desarrollo de la persona y el respeto a su dignidad, situación en la que se enmarca el trabajo, pues la dignidad es un valor que le corresponde a toda persona y en este sentido el Estado venezolano debe garantizar la protección de los principios y valores fundamentales de las personas, especialmente los derechos laborales de los inmigrantes en situación irregular.

Asimismo, el Artículo 19 la Carta Magna determina que el Estado garantizará a toda persona, conforme al principio de progresividad y sin discriminación alguna, el goce y ejercicio

irrenunciable, indivisible e interdependiente de los derechos humanos, lo que responde a un tratamiento digno a los trabajadores inmigrantes, pues en materia laboral no debe hacerse distinción entre nacionales y extranjeros, ya que el respeto a sus derechos y garantías son obligatorios para los órganos del poder público, de conformidad con los tratados sobre derechos humanos suscritos y ratificados por la República.

Además, en el Artículo 22 de la CRBV, se prescribe que la enunciación de los derechos y garantías contenidos en esta Constitución y en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona, no figuren expresamente en ellos, pues la falta de regulación de estos derechos no menoscaba el ejercicio de los mismos. En tal sentido, aun cuando algunos derechos humanos no estén regulados expresamente no dejan de tener efectos y, por lo tanto, se trata de englobar en una norma rectora diversas situaciones que por analogía se podrían aplicar a cada caso en particular.

Según el Artículo 87 de la CRBV, toda persona tiene derecho al trabajo y el deber de trabajar, en este sentido, el Estado garantizará el pleno ejercicio de esta prerrogativa, mediante la adopción de medidas necesarias para la obtención de una ocupación productiva que les proporcione a las personas una existencia digna y decorosa. Este Artículo preceptúa la igualdad entre las personas cuando hace referencia a que independientemente de

la nacionalidad, se tiene la facultad a ejercer un trabajo digno, y para ello el Estado debe garantizar las herramientas necesarias que permitan el verdadero disfrute de este derecho.

Por último, el Artículo 89, Numeral 5 de la CRBV, determina que el trabajo es un hecho social y gozará de la protección del Estado, asimismo, se prohíbe todo tipo de discriminación por razones de política, edad, raza, sexo o credo o por cualquier otra condición. Esta norma constitucional, establece que el Estado le debe protección al trabajo y por ende a los operadores del mismo, prohibiendo en todo caso, la discriminación basada en cualquier condición, la cual puede ocasionarse por la nacionalidad, y en consecuencia, la condición de extranjero no es una limitante para el Estado venezolano al momento de brindar amparo jurídico a los trabajadores cuya condición es la de inmigrante.

Cabe mencionar que, en la Constitución y demás leyes de la República se consagra el respeto a los derechos humanos, incluso en materia laboral, de acuerdo con las directrices generales que sobre la materia ha establecido la OEA y la ONU. Al respecto, la opinión emitida por la Corte Interamericana de los Derechos Humanos (2003: 84) expresa que:

El derecho a la no discriminación no puede estar subordinado al cumplimiento de políticas migratorias [estatales]... La privación de uno o más derechos laborales, con fundamento a la condición indocumentada de un trabajador inmigrante, es absolutamente incompatible con los deberes de los Estados Americanos de ga-

rantizar la no discriminación y la protección tanto igualitaria como efectiva de la ley.

Es importante indicar que no toda diferencia en el disfrute de los derechos laborales estaría vulnerando *sine qua non* el derecho de igualdad y por ende los derechos humanos, por cuanto el Estado es soberano y tiene la potestad suficiente como para incluir restricciones que mejoren el desarrollo de la relaciones laborales, sin que ello implique sesgar el aprovechamiento de los mismos. En todo caso, la igualdad existe entre los iguales, y nada obsta para que un Estado exija el cumplimiento de requisitos particulares, necesarios para desempeñar una determinada actividad a un inmigrante con ánimos de trabajar en las inmediaciones de su territorio, situación que tal vez no se le exigiría a un nativo, sin que ello involucre desmejorar el salario respecto de las funciones desempeñadas tanto por un nacional como por un extranjero.

Al respecto la Corte Interamericana de los Derechos Humanos (2003:79), opina que:

Ningún derecho humano es absoluto, y, por ende, su goce está supeditado a varias restricciones. El legislador puede establecer excepciones lógicas derivadas de la natural diferencia entre nacionales y extranjeros, pero no se pueden establecer distinciones que impliquen un vacío en el principio de igualdad... entre los extranjeros residentes y nacionales no pueden existir diferencias en cuanto al salario, ventajas o condiciones de trabajo.

2.2.2 El Código Civil

El Derecho interno venezolano regula el respeto a los derechos funda-

mentales del trabajador, como elemento esencial para el crecimiento social, básicamente porque el legislador considera que es una necesidad insoslayable garantizar a la persona común el goce y disfrute sus derechos laborales que simplemente componen el empuje de la estructura social. Al respecto, dispone el Código Civil venezolano en su Artículo 6, que no pueden renunciarse ni relajarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia están interesados el orden público o las buenas costumbres.

Esta norma señala la imposibilidad de aplicar en materia de derechos revestidos con carácter de orden público la autonomía de la voluntad de las partes, situación que se enmarca en el ámbito del Derecho del Trabajo, por ser una materia vetada a la auto composición justamente por su ingerencia e impacto social. Esto permite afirmar un planteamiento que es por demás sobrentendido, y es el que se refiere al impedimento que tienen los patronos venezolanos de moldear una relación laboral a su conveniencia por el simple hecho de tener bajo su subordinación a un trabajador inmigrante en situación irregular, e incluso al tratarse de un trabajador extranjero en condiciones de regularidad, ya que la ley en este sentido es clara cuando refiere que los derechos laborales son irrenunciables independientemente de las condiciones que se presenten.

Asimismo, el Artículo 8 de la citada norma indica que la autoridad de la Ley, se extiende a todas las personas nacionales o extranjeras que se encuentren en la República. Básica-

mente es una extensión del principio de igualdad, en vista de que no hace distinciones en cuanto a la aplicabilidad de la ley atendiendo a condiciones de extranjería, y determina su amplitud a cualquier persona que se encuentre en el territorio del Estado venezolano, sin diferenciar entre los que están en situación irregular o no, por lo menos en lo que al hecho social del trabajo se refiere.

De igual forma, el Primer Aparte del Artículo 26 del Código Civil establece que las personas extranjeras gozan de los mismos derechos civiles que los venezolanos, con las excepciones establecidas o que se establezcan. En razón de que la norma *in comento* no hace referencia de modo expreso al Derecho del Trabajo, y considerando que el trabajo es una institución de carácter social, en consecuencia, por analogía los trabajadores nacionales y extranjeros tienen iguales derechos laborales, y en lo que respecta a los derechos civiles, tienen la facultad de dirigir peticiones ante los tribunales, y es lógico que un trabajador extranjero en situación irregular pueda perfectamente dirigirse a instancias gubernamentales para denunciar los hechos de que está siendo víctima.

2.2.3 La Ley Orgánica del Trabajo

La Ley Orgánica del Trabajo (LOT) regula el tratamiento del trabajador extranjero al preceptuar que el Estado venezolano está en el deber jurídico de amparar todo tipo de situación que amenace o vulnere sus derechos independientemente de su condición. En tal sentido, determina en su Artículo 2, que el Estado protegerá y enaltecerá el trabajo, amparará la dignidad de la

persona humana del trabajador y dictará normas para el mejor cumplimiento de su función como factor de desarrollo, bajo la inspiración de la justicia social y de la equidad.

Esta norma señala que es una obligación del Estado propugnar y actuar activamente en la defensa integral de los trabajadores, sin más miramientos que la justicia social y la equidad, garantizando el respeto de sus derechos humanos y la aplicación de normas que viabilicen el impulso productivo no sólo del Estado sino del trabajador mismo desde su esfera particular. De allí la necesidad de que Venezuela ratifique la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, básicamente a los efectos de formular normas que dignifiquen al trabajador como parte esencial de una sociedad en desarrollo.

Asimismo, el Primer Aparte del Artículo 10 ejusdem, establece que las disposiciones de esta Ley son de orden público y de aplicación territorial, rigen a venezolanos y extranjeros con ocasión del trabajo prestado o convenido en el país y en ningún caso serán renunciables ni relajables por convenios particulares, salvo aquéllos que por su propio contexto revelen el propósito del legislador de no darles carácter imperativo.

Esta norma se asemeja al Artículo 6 del Código Civil con la adición de ciertos elementos que le otorgan un carácter particular aplicable a la relación laboral, lo que demuestra que en el ordenamiento jurídico venezolano está cada vez más presente el principio de

igualdad, el cual es contrario a las discriminaciones basadas en la nacionalidad de las personas. En este caso, los trabajadores inmigrantes en situación irregular gozan de los mismos beneficios laborales, pues la situación de irregularidad no puede privar sobre el respeto de sus derechos y dignidad humana. De igual forma, el Artículo 10 de la LOT se vincula con el Primer Aparte del Artículo 26 del instrumento normativo objeto de estudio, cuando prohíbe toda discriminación en las condiciones de trabajo basada en edad, sexo, raza, estado civil, credo religioso, filiación política o condición social, que al interpretarse extensivamente incluye la nacionalidad.

2.2.4 La Ley de Extranjería y Migración

La nueva Ley de Extranjería y Migración del año 2004 tiene como objeto regular todo lo relativo a la admisión, ingreso, permanencia, registro, control e información, salida y reingreso de los extranjeros en el territorio de la República, así como sus derechos y obligaciones. De igual modo, regula algunos supuestos relativos a trabajadores inmigrantes en situación irregular, en sus Artículos 16, 17, 24, 36, 38, 49, 53 y 54.

En tal sentido, la Ley *in comento* determina que todas las personas que en virtud de un contrato de trabajo ingresen a Venezuela, obtendrán la autorización laboral; además, el empleador de una persona extranjera deberá exigirle la presentación de los documentos de identificación y notificar por escrito al Registro Nacional de Extranjeros y Extranjeras los términos y condiciones de la relación laboral, así como la terminación de la misma, den-

tro de un lapso de 30 días siguientes al acto respectivo.

En el caso de incumplimiento de este deber, se impondrán sanciones pecuniarias a los empleadores, al mismo tiempo que, serán castigados con pena de prisión quienes empleen a extranjeros cuya estadía en Venezuela sea irregular, con el objeto de explotarlos como mano de obra en condiciones que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos laborales que tuviesen reconocidos por disposiciones legales, convenios colectivos o contrato individual. Con igual pena será castigado el que simulando contrato o colocación, o valiéndose de engaño semejante, determine o favoreciere la emigración de alguna persona a otro país. En el caso de que estos hechos se les atribuyan a personas jurídicas, se impondrá la pena señalada, a los administradores o encargados del servicio que hayan sido responsables de los mismos y a quienes conociéndolos y pudiendo remediarlo, no hubieren adoptado medidas para ello.

Conjuntamente con las sanciones impuestas al empleador, estarán sujetos a la medida de deportación, tanto los extranjeros que hayan ingresado al territorio venezolano para desempeñar actividades sometidas a la autorización laboral y no cumplan con este requisito, como aquellos que hayan ejecutado trabajos diferentes para los cuales fueron contratados y en una jurisdicción diferente a la autorizada. Sin embargo, estos trabajadores extranjeros sujetos a la medida de deportación tendrán derecho a percibir los salarios, prestaciones sociales y todos los beneficios establecidos en las leyes

nacionales que regulan las relaciones de trabajo, contrataciones colectivas y demás leyes sociales aplicables con ocasión de la relación laboral.

2.2.5 El Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo

Los planteamientos anteriores se refuerzan con el Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo cuando establece en su Artículo 6 que las normas de la Organización Internacional del Trabajo contenidas en su Constitución y Convenios, así como las previstas en Tratados y demás instrumentos normativos internacionales sobre relaciones de trabajo y seguridad social, ratificados por la República Bolivariana de Venezuela, privarán sobre cualquier otra de rango legal, en cuanto fueren más favorables al trabajador o trabajadora. El tratamiento de los trabajadores es fuente de impacto social que debe ser manejado con la importancia que merece en el ámbito nacional y que debe regirse por la primacía de las leyes de rango internacional cuando éstas sean más favorables al trabajador, lo que evidencia la necesidad de beneficiarlo precisamente por su condición de débil jurídico.

El Artículo 9 del Reglamento consagra la igualdad y la no discriminación arbitraria en el empleo, por razones de género o preferencia sexual, condición social, raza, religión, ideología política, actividad sindical, o cualquiera otra. Esta norma reitera el principio de igualdad regulado en diferentes instrumentos jurídicos internos, como la Carta Magna venezolana, en la cual se refleja el trata-

miento de igualdad entre los iguales, sin más restricciones que las que imponga la ley, atendiendo a aspectos que normalmente nacen de la propia sociedad para la cual han sido creadas las normas en función de la satisfacción de las necesidades y la convivencia armoniosa.

3. El principio *ius cogens* internacional

El *ius cogens* es una expresión clara del Derecho Natural, que recoge valores superiores y que normalmente culminan en manifestaciones del Derecho positivo. La necesidad de salvaguardar los derechos de la persona humana es, probablemente, el más típico de estos valores, por largo tiempo consagrados en la doctrina y reflejados en un amplio sistema del Derecho Internacional contemporáneo.

En la actualidad resulta inadmisibles que un trabajador en situación irregular se vea afectado por no poder reclamar los derechos laborales que le corresponden ante los órganos administrativos y judiciales de un Estado. Es un principio de *ius cogens* internacional la remuneración (y demás beneficios socioeconómicos) que debe recibir un trabajador por el servicio prestado. Tal retribución resulta inalienable e inderogable, y le pertenece al trabajador por su condición de persona independientemente de su situación en determinado país.

Ante tal situación, se debe apelar al *ius cogens* internacional, que según la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados en su Artículo 13, está unido a la idea de la existencia de

principios fundamentales aceptados por la comunidad internacional de Estados en su conjunto y necesarios para su propia supervivencia, cuya violación implica la nulidad de los actos jurídicos internacionales que los conculcan. Las normas de *ius cogens*, no admiten acuerdo en contrario, son obligaciones *erga omnes* que tienen un alcance universal.

Las características de las normas *ius cogens* son las siguientes (Ollarves Irázabal, 2005: 116):

Constituyen categorías jurídicas. Las normas del *ius cogens* son una categoría jurídica que ha sido estudiada progresivamente por los juristas y aplicada en la práctica internacional para establecer barreras objetivas inspiradas en los ideales humanos para proteger al débil jurídico.

Recogen principios fundamentales que pertenecen a la comunidad internacional, similares al orden público en el Derecho interno. Algunos principios generales del Derecho Internacional han contribuido formalmente en el fundamento del *ius cogens*, ya que establecen un criterio básico reconocido por la comunidad internacional que conduce a fijar estándares para su regulación en el Derecho imperativo o jerárquicamente superior vigente.

Son normas imperativas, necesarias y obligatorias de Derecho Internacional general. Según la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados en su Artículo 53, una norma imperativa de Derecho Internacional general, es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite

acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de Derecho Internacional general que tenga el mismo carácter. Prevalecen sobre las voluntades de los Estados y son jerárquicamente superiores, ya que su importancia surge de las necesidades de la comunidad internacional.

Nacen del consenso general de los Estados. Los Estados y los organismos internacionales son los sujetos encargados de la creación de normas jurídicas positivas (*ius cogens*) que regulan su cooperación y coexistencia, mediante el consenso, cualquiera sea su técnica legislativa para crear, modificar y desarrollar las normas de Derecho Internacional general.

4. El acceso a la justicia en el ordenamiento jurídico venezolano

4.1. La determinación del Derecho aplicable

Los elementos extranjerizantes que internacionalizan la relación laboral son: La nacionalidad del trabajador, la nacionalidad del empleador, el lugar sede de la empresa, el lugar de la prestación del servicio y el foro de celebración del contrato. En el caso del trabajador inmigrante en situación irregular, la modalidad esencial del conflicto se presenta bajo dos hipótesis: a. Cuando el trabajador es extranjero y es contratado por un empleador nacional, para prestar servicios en el territorio nacional, b. Cuando el trabajador es extranjero y es contratado por un patrono extranjero, para trabajar en el territorio nacional.

En cuanto a la determinación del Derecho aplicable en las dos hipótesis indicadas, es pertinente señalar lo dispuesto en el Artículo 198 del Código Bustamante⁷, al preceptuar la territorialidad de la relación laboral cuando se trata de la protección social del trabajador. Este principio ha guiado el enfoque de las relaciones laborales internacionales por parte de los Estados que lo han ratificado, entre los que se encuentra Venezuela, bajo la perspectiva del logro de un fin social basado en la constante preocupación de dar al trabajador asistencia jurídica y protección económica.

En este caso, el carácter de orden público de la norma laboral de algún modo controla el dominio y poder de contratación del patrono, manifestado normalmente en un contrato de adhesión, pues rige el poderío estatal al imponer en su territorio normas imperativas que tienen como objetivo un nivel mínimo de protección, cuyo alcance se fundamenta en la territorialidad de la ley laboral, a menos que las partes hayan convenido la aplicación de la norma más favorable.

Este es el criterio del legislador venezolano al disponer en el Artículo 10 de la LOT que las disposiciones de esta Ley son de orden público y de aplicación territorial, rigen a venezolanos y extranjeros con ocasión del trabajo prestado o convenido en el país y en ningún caso serán renuncia-

bles ni relajables por convenios particulares, salvo aquellos que por su propio contexto revelen el propósito del legislador de no darles carácter imperativo. Al respecto los tribunales venezolanos consideran que el principio de territorialidad es una cuestión de orden público vinculado a la acción del *ius imperium* del Estado, y al ejercicio de su soberanía en un espacio físico, dentro del cual, le interesa en cualquier caso, garantizar a los habitantes de su territorio, unas condiciones mínimas de trabajo, sean venezolanos o extranjeros (Juzgado Primero Superior del Trabajo del Circuito Judicial del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, 2007).

4.2. Soluciones en materia de jurisdicción

La Ley de Derecho Internacional Privado regula la jurisdicción venezolana mediante normas expresas y especiales, precisa los supuestos de hecho que el legislador patrio considera vinculados a la vida social del país, e indica las condiciones sobre las cuales se ejercitarán los órganos jurisdiccionales venezolanos. Asimismo, aun cuando la Ley *in comento* no define las materias sobre las cuales se presenta la jurisdicción exclusiva, un acercamiento a la misma lo otorga el Artículo 47 al preceptuar que la jurisdicción que corresponde a los tribunales venezolanos, no podrá ser derogada con-

7 Ratificado por Venezuela según Gaceta Oficial No. 17.698, del 09 de abril de 1932.

vencionalmente en favor de tribunales extranjeros o de árbitros que resuelvan en el extranjero, en aquellos casos en que el asunto se refiera a materias respecto de las cuales no cabe transacción o que afecten los principios esenciales del orden público venezolano.

Esta disposición se vincula con el carácter de orden público de las normas laborales, que viene asignado expresamente por el Artículo 10 de la Ley Orgánica del Trabajo, pues casi la totalidad de estas normas favorecen a los trabajadores y en consecuencia tienen el carácter de orden público, por lo tanto no pueden ser ni infringidas ni renunciadas por parte de los trabajadores, de allí su inderogabilidad. Esto se justifica por la situación de inferioridad económica del trabajador y por razones de justicia social. Sin embargo, aun cuando la territorialidad sea la regla general no excluye la posibilidad de darse casos excepcionales donde se admita la aplicación de la norma extranjera cuando ésta sea más favorable.

Conclusiones

Una situación de hecho que es producto del nuevo mundo y de la globalización, es el trabajador inmigrante en situación irregular, quien realiza su actividad en un Estado foráneo, y por lo tanto no se encuentra amparado por el ordenamiento jurídico que originariamente le es propio, lo que ha motivado a los países del mundo a acoplar sus ordenamientos jurídicos atendiendo a la supremacía de los derechos humanos, para brindarles protección jurídica, en razón de una reali-

dad social insoslayable y de tratamiento especial inmediato.

En este sentido, los derechos humanos mediante sus diferentes instrumentos normativos se han desarrollado progresivamente, por cuanto la sociedad entiende que dentro de las formas mínimas de convivencia se encuentra el respeto a la dignidad humana a través de la observancia de sus principios garantes. Así, en materia laboral se recogen un conjunto de derechos que se enmarcan en el Derecho Internacional del Trabajo, como un sistema normativo social y fundamental, materializado no sólo en la normativa interna de los Estados, sino también a nivel internacional mediante la actuación de la Organización de las Naciones Unidas y la Organización de los Estados Americanos.

Asimismo, el Estado venezolano ratificó los instrumentos normativos internacionales creados por la ONU y la OEA sobre la materia *in comento*, y aún cuando no existe una norma interna especial que regule el tratamiento de los trabajadores inmigrantes en el territorio Venezolano, su amparo se fundamenta en el respeto de los derechos y garantías constitucionales, así como, los tratados suscritos ante la comunidad jurídica internacional, en materia de los derechos humanos y los derechos laborales internacionalmente reconocidos. Además, aun cuando su situación en el Estado venezolano sea irregular, sus derechos laborales están amparados por el principio *ius cogens* internacional.

En todo caso, el trabajador en situación irregular o no, en cualquier

ordenamiento jurídico debe ser tratado con base al respeto de la persona como parte de una sociedad que reclama el cumplimiento de los derechos inherentes al hombre, por cuanto el tópico objeto de estudio encabeza las fibras más humanas del Derecho, por ser una materia que requiere un manejo especial y continuas revisiones para adaptar las condiciones que envuelven al trabajo y a las personas en mejores y mayores prerrogativas.

Referencias Bibliográficas

- ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. "Constitución de la República Bolivariana de Venezuela". Gaceta Oficial No. 36.860. Caracas, 30 de diciembre de 1999.
- ASAMBLEA NACIONAL DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA. "Ley de Extranjería y Migración". Gaceta Oficial No. 37.944. Caracas, 24 de mayo de 2004.
- CONGRESO NACIONAL DE LA REPÚBLICA DE VENEZUELA. "Ley Orgánica del Trabajo". *Gaceta Oficial* N° 5.152 Extraordinario. Caracas, 19 de junio de 1997.
- CONGRESO NACIONAL DE LA REPÚBLICA DE VENEZUELA. "Ley Aprobatoria del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales". Gaceta Oficial No. 2.146. Caracas, 28 de enero de 1978.
- CONGRESO NACIONAL DE LA REPÚBLICA DE VENEZUELA. "Ley de Derecho Internacional Privado". Gaceta Oficial No. 36.511. Caracas, 6 de agosto de 1998.
- CORTE INTERAMERICANA DE LOS DERECHOS HUMANOS (2003). **Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados**. Opinión Consultiva OC-18/03, de diciembre de 2003, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos.
- JUZGADO PRIMERO SUPERIOR DEL TRABAJO DEL CIRCUITO JUDICIAL DEL TRABAJO DE LA CIRCUNSCRIPCIÓN JUDICIAL DEL ÁREA METROPOLITANA DE CARACAS (2007). Asunto Principal No. AP21-L-2005-002670, Asunto No. AP21-R-2007-000019, de fecha 30 de marzo del año 2007. En formato electrónico: <http://falcon.tsj.gov.ve/decisiones/2007/marzo/2038-30-AP21-R-2007-000019-.html>. Fecha Consulta: 26.02.09.
- OLLARVES IRÁZABAL, Jesús (2005). **El Ius Cogens en el Derecho Internacional Contemporáneo**. Caracas. Universidad Central de Venezuela. Instituto de Derecho Público.
- ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS (1948). "Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre". Washington. AG/RES. 1591 (XXVIII-O/98).
- ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS (1969). "Convención Americana sobre Derechos Humanos". Gaceta Oficial No. 31.256. Caracas, 14 de junio de 1977.
- ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS (1948). "Declaración Universal de los Derechos Humanos". Adoptada y proclamada por la Resolución de la Asamblea General 217 A (iii) del 10 de diciembre de 1948. Washington.
- ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS (1990). "Convención

Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares". Washington.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS (1980). "Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados". En: **United Nations Treaty Series**. Viena. Volumen 1155.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (1925). "Convenio No. 19 sobre la Igualdad de Trato de los Trabajadores". Ginebra. Oficina Internacional del Trabajo.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (1949). "Convenio No. 97. Sobre los Trabajadores Migrantes". Ginebra. Oficina Internacional del Trabajo.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (1975). "Convenio No. 143. Sobre los Trabajadores Migrantes (Disposiciones Complementarias)". Ginebra. Oficina Internacional del Trabajo.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (1958). "Convenio No. 111. Relativo a la Discriminación en materia de Empleo y Ocupación". Ginebra. Oficina Internacional del Trabajo.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (1962). "Convenio 118 sobre la Igualdad de Trato (Seguridad Social)". Ginebra. Oficina Internacional del Trabajo.

PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA. "Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo". Gaceta Oficial No. 38.426. Caracas, 28 de abril de 2006.

ROUVIER, Juan María (1988). **Derecho Internacional Privado**. Parte Especial. Maracaibo. Editorial de la Universidad del Zulia.

SÁNCHEZ BUSTAMANTE Y SIRVÉN, Antonio (1928). "Código Bustamante (Tratado de Derecho Internacional Privado)". Gaceta Oficial No. 17.698. Caracas, 09 de abril de 1932.

TARAN, Patrick A. (2007). "Globalización y Migraciones: Desafíos para el Desarrollo y la Cohesión Social". En: **Revista Democracia y Derechos Humanos**. Volumen 5. No. 17. Disponible en: http://www.revistafuturos.info/raw_text/raw_futuro17/global_migracion.pdf. Fecha de Consulta: 15.02.2009.