

TESIS DE MAESTRÍA:

**LA HUELGA Y LOS SERVICIOS ESENCIALES EN COLOMBIA: ANÁLISIS A
PARTIR DE LA CONSTITUCION DE 1991 Y LA ORGANIZACIÓN
INTERNACIONAL DEL TRABAJO**

JENNY ESPERANZA TORRES MARTINEZ

UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA

MAESTRIA EN DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

BOGOTA

2014

TESIS DE MAESTRIA:

**LA HUELGA Y LOS SERVICIOS ESENCIALES EN COLOMBIA: ANÁLISIS A
PARTIR DE LA CONSTITUCION DE 1991 Y LA ORGANIZACIÓN
INTERNACIONAL DEL TRABAJO**

JENNY ESPERANZA TORRES MARTINEZ

**TESIS PARA OPTAR TITULO DE MAGISTER EN DERECHO DEL TRABAJO Y
DE LA SEGURIDAD SOCIAL**

DIRECTOR:

DR. ARISTIDES OBANDO CABEZAS

CODIRECTOR:

DR. HERNANDO TORRES CORREDOR

UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA

MAESTRÍA EN DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

BOGOTÁ

2014

PRESENTACIÓN

Señores miembros integrantes del Jurado: Dando cumplimiento a las normas del Reglamento de la Universidad Nacional de Colombia frente a la elaboración y la sustentación de la Tesis de grado para optar al título de Magister en Profundización en Derecho del Trabajo y De La Seguridad Social de la Facultad de Derecho, sección de Pos-grado, presento a Ustedes el trabajo de investigación denominado: “LA HUELGA Y LOS SERVICIOS ESENCIALES EN COLOMBIA: ANÁLISIS A PARTIR DE LA CONSTITUCION DE 1991 Y LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO”

En este trabajo ha estudiado la evolución histórica del derecho de huelga en Colombia, la limitación constitucional al derecho de huelga cuando se trate de la prestación de servicios esenciales, teniendo en cuenta los avances que ha tenido la Honorable Corte Constitucional, la necesidad de una legislación que haga del derecho de huelga y del derecho laboral colectivo instrumentos válidos y eficaces en la reclamación de mejoras laborales y la búsqueda de alternativas para que nuestro país se ponga acorde a los Principios sobre Derecho de Huelga de la Organización Internacional del Trabajo.

Señores miembros del jurado espero dar cumplimiento con este trabajo a cada uno de los requerimientos exigidos por este claustro académico y por tal razón, merezca su aprobación.

Atentamente,

JENNY ESPERANZA TORRES MARTINEZ
AUTORA.

Presidente del Jurado

Jurado

Jurado

Nota de aceptación

Bogotá D.C., 2014

NOTA DE CONFIDENCIALIDAD Y EXCLUSIÓN

El pensamiento que se expresa en la presente tesis de grado para optar por el título de magister, implica de manera exclusiva el pensamiento de la autora, no se haya en ella comprometida la ideología de la **UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA**, ni de su facultad de Derecho en su sección de Pos-grado. Se certifica por medio escrito que el presente trabajo de grado se encuentra protegido por los derechos de confidencialidad de la autora **JENNY ESPERANZA TORRES MARTINEZ**.

DEDICATORIA

A mis creencias religiosas por poner en mi habilidades y defectos para llegar a este mundo y darme enseñanzas sobre el valor de la perseverancia y el esfuerzo.

A mis padres ESPERANZA MARTINEZ FRANCO y JULIO TORRES CARDONA por regalarme esta oportunidad y darme todo el apoyo en cada uno de mis proyectos personales y profesionales. Infinitas gracias.

A mis hermanos LIDA CRISTINA, JULIO HERNAN Y LEIDY CAROLINA por el apoyo constante en mis proyectos y por no dejarme desfallecer en los momentos difíciles.

A mi abuelo NELSON TORRES VARÓN por enseñarme a leer cuando era una niña y cuidarme hoy que está en el cielo.

A HAROLD MOSQUERA RIVAS por adentrarme en el mundo del derecho laboral a favor de los trabajadores y regalarme el orgullo de ser su pupila.

A ARISTIDES OBANDO CABEZAS por su apoyo constante en la realización de este escrito y por encontrarme en mis divagaciones sobre el mundo del trabajo.

A mis grandes amigas MAGALY VIEDA OSORIO, CARMEN BALLESTEROS CADENA, CAROLINA GONZALEZ NARANJO, JOHANA BEDOYA ARTEAGA, IVONNE TORRES CANO y ANGELICA VIDAL ROSERO por ser colaboradoras en que este proyecto sea una realidad y ser las mejores amigas que una pueda esperar.

A CARLOS ALBERTO TEJADA CALVACHE por caminar junto a mí en la construcción de este trabajo y quererme tanto y tanto.

A los trabajadores y las trabajadoras que defienden unas condiciones dignas de trabajo y se baten en la precariedad de las nuevas formas de trabajo.

A la Universidad del Cauca, a la Universidad Nacional de Colombia y a cada uno y cada una de mis maestras y maestros por las enseñanzas dentro y fuera de las aulas, por las disertaciones sobre cómo construir un país mejor pero sobre todo por crear conciencia.

AGRADECIMIENTOS

A la educación pública por forjar personas que tenemos la firme convicción de cambiar el país, esos maestros y maestras que enseñan en la educación básica en las tierras montañosas de mi Tolima amado.

A la Universidad del Cauca, mi hogar, por mi formación académica en el pregrado.

A la Universidad Nacional de Colombia, claustro insigne de la educación colombiana por ayudar al crecimiento académico.

Al rector, IGNACIO MANTILLA PRADA.

Al director del Área Curricular de Derecho, CAMILO ALBERTO BORRERO GARCÍA.

Al Coordinador Académico de la Maestría en Derecho, en su profundización en Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, HERNANDO TORRES CORREDOR.

Al investigador, PABLO IGNACIO REYES BELTRÁN.

A mi director del trabajo final de la Maestría, ARISTIDES OBANDO CABEZAS

TABLA DE CONTENIDO

RESUMEN	11
ABSTRACT	12
RESUMO	13
PRESENTACIÓN	14
1. DERECHO DE HUELGA COMO FUNDAMENTAL. TRATAMIENTO EN COLOMBIA Y EN LA LEGISLACIÓN INTERNACIONAL	18
1.1. EL CONCEPTO DE DERECHOS FUNDAMENTALES	21
1.1.1 UNA MIRADA ALEXIANA AL DERECHO DE HUELGA	32
1.2. CONCEPTO DE DERECHO DE HUELGA	49
1.2.1. DEVENIR DEL DERECHO DE HUELGA	51
1.2.2. EL DERECHO DE HUELGA EN COLOMBIA	53
1.2.3. EL DERECHO DE HUELGA EN LA LEGISLACIÓN INTERNACIONAL	54
2. SERVICIOS ESENCIALES EN COLOMBIA Y EN LA LEGISLACIÓN INTERNACIONAL	57
2.1. CONCEPTO DE SERVICIO PÚBLICO	58
2.2. CONCEPTO DE SERVICIO PÚBLICO ESENCIAL	61
2.3. UN CATALOGO DE SERVICIOS PÚBLICOS ESENCIALES	64
2.4. CONCEPTO DE SERVICIO ESENCIAL	65
2.5. LOS SERVICIOS ESENCIALES	67

2.6 LINEA JURISPRUDENCIAL DE DERECHO DE HUELGA Y SERVICIOS ESENCIALES	69
3. ENCRUCIJADA DEL DERECHO DE HUELGA Y LOS SERVICIOS ESENCIALES, POSIBILIDADES DE SOLUCIÓN	77
3.1. GARANTIAS COMPENSATORIAS RECONOCIDAS POR LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO	78
3.2. EL SERVICIO MINIMO DE FUNCIONAMIENTO	83
3.3. DIALOGO SOCIAL- ACUERDO TRIPARTITO	86
3.4 PRESENTACIÓN DE CASO SOLUCIONADO POR DIALOGO TRIPARTITO. HUELGA DE ECOPETROL 2004	92
CONCLUSIONES	97
BIBLIOGRAFÍA	102

RESUMEN

El derecho de huelga es considerado como un derecho social fundamental que debe ser garantizado por los empleadores, el Estado y los distintos organismos internacionales como la Organización Internacional del Trabajo. Se encuentra que en Colombia el derecho de huelga tiene la restricción cuando se trate de los servicios públicos esenciales y por esta razón históricamente se ha anulado el ejercicio de este derecho. El Estado Colombiano no ha cumplido con las Recomendaciones del Comité de Libertad Sindical ni con los Principios establecidos sobre derecho de huelga, lo que hace que sea necesario que se definan los servicios esenciales por parte del Congreso de la República teniendo en cuenta lo desarrollado por la OIT en materia de derecho de huelga y el dialogo entre los Trabajadores, Empleadores y el Estado a fin de que todos los actores sociales queden conformes y se garantice este derecho fundamental.

ABSTRACT

The right to strike is considered as a fundamental social right that should be guaranteed by employers, the State and the various international organizations such as the International Labour Organization. It is that in Colombia the right to strike has the restriction in the case of essential public services and for this reason has been historically canceled the exercise of this right. The Colombian State has failed to comply with the recommendations of the Committee on freedom of Association nor with the principles established on the right to strike, which makes it necessary that defined essential services by the Congress of the Republic taking into account the developed by the ILO in the field of right to strike and the dialogue between Workers, Employers and the State so that all the stakeholders are compliant and to guarantee this fundamental right.

RESUMO

O direito de greve é considerado como um direito social fundamental que deve ser garantido pelos empregadores, o estado e as diversas organizações internacionais como a organização internacional do trabalho. É que na Colômbia o direito de greve tem a restrição no caso de serviços públicos essenciais e por este motivo tem sido historicamente cancelado o exercício deste direito. O Estado colombiano não conseguiu cumprir com as recomendações da Comissão da liberdade de associação, nem com os princípios estabelecidos sobre o direito à greve, que torna necessário que definidos serviços essenciais pelo Congresso da República, tendo em conta os desenvolvidos pela OIT no domínio do direito de greve e o diálogo entre os trabalhadores, Empregadores e o estado para que todas as partes interessadas sejam compatíveis e para garantir este fundamental direito.

PRESENTACIÓN

El derecho de huelga, históricamente, ha significado el avance y la presión por unas condiciones de vida dignas de los trabajadores en los diferentes países del mundo. El auge del derecho del trabajo y de la seguridad social se dio en el siglo XX en términos de expedir codificaciones contando con una realidad social que pedía a gritos estas normatividades. Así en Colombia desde 1931 encontramos leyes sobre el derecho de huelga en cuanto al procedimiento de declaratoria, la promoción de los conflictos colectivos y las prohibiciones de realización de ciertas actividades.

Un avance de la época es un aumento en el número de sindicalizados en el país contando con el apoyo informal de la rama ejecutiva, posterior a ello en el gobierno de López Pumarejo se constitucionaliza el derecho de huelga pero desde ese mismo momento se plasma la limitación de los servicios públicos, lo cual para Tulio Enrique Tascón dice: “el derecho de huelga fue consagrado en Colombia por lo congresos de 1918 y 1921, sin necesidad de reforma constitucional. Si en 1936 se creyó necesario dictar el inciso 2 comentado fue, por haberse elevado a obligación social el trabajo, y constituir, por tanto, la huelga, o suspensión temporal de aquel, una excepción a lo dispuesto en el artículo 40 de la codificación, y sobre todo para establecer que en los servicios públicos no se reconoce ese derecho”¹ lo que podría considerarse una forma de cercenar el derecho de huelga, así como nos dice Marcel Silva Romero que nos dice: “No se puede decir que esta reforma va a ser de vanguardia, a crear nuevas instituciones o consagrar nuevos principios en materia de derecho laboral colectivo. Por el contrario, a ella sí se le puede atribuir el elevar a rango constitucional las limitaciones impuestas hasta ese momento al derecho de asociación y de huelga”².

¹ TASCÓN, Tulio Enrique. Derecho Constitucional Colombiano. Tercera Edición. Editorial La Gran Colombia. 1994. Pp. 113 y 114

² SILVA ROMERO, Marcel. Flujos y Reflujos, Reseña Histórica sobre el Derecho Laboral Colectivo Colombiano. Universidad Nacional de Colombia. 2000. P. 83

En 1945 se aumentan las actividades consideradas como servicios públicos esenciales, que es donde precisamente se está desarrollando el derecho como es el caso de las plazas de mercado y la administración pública.

En 1956 se expide un decreto en el cual se enumeran las actividades consideradas servicio público esencial, que no dista mucho del listado que tenemos actualmente (artículo 430 del Código Sustantivo del Trabajo).

Con la ley 50 de 1990, que materializa la apertura económica en nuestro país, se encuentra con la tercerización laboral que desdibuja las relaciones laborales y por ende el ejercicio de la libertad sindical.

Después de la Constitución de 1991 con sus contradicciones y todo lo que haya que decir, se genera en Colombia un avance con la existencia de la corte constitucional que ha tomado algunas recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo, es así como hoy la declaratoria de ilegalidad de la Huelga la hace la Sala Laboral del Tribunal Superior de Distrito Judicial, se ha facilitado la Negociación Colectiva en el Sector Público, y finalmente las actividades consideradas servicio público esencial que la Corte ha declarado inexequibles, por el desarrollo del concepto de servicio público materialmente esencial.

El derecho de huelga ha sido reconocido como parte integrante de la libertad sindical, que a su vez se define como derecho fundamental y por ello es protegido en los diferentes sistemas como el sistema internacional de la OIT, el sistema interamericano y el sistema legal interno. Los derechos que conforman la libertad sindical (Asociación, Negociación y Huelga) son de especial protección mediante Normas Internacionales del Trabajo, que se hacen exigibles tanto en el derecho interno como el derecho internacional.

Estos derechos fundamentales están contemplados no solo en la Carta de Constitución de la OIT, las normas de OIT y las recomendaciones del Comité de

Libertad Sindical, sino también en otros instrumentos internacionales como la Carta de Naciones Unidas (1945), la Declaración de Filadelfia (1944), la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (1966), la Declaración Americana (1948), el Pacto de San José o Convención Americana y el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre los Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (principal instrumento contentivo de normas internacionales del trabajo en el sistema interamericano), además, hay que precisar que los Tratados de Libre Comercio también contienen normas en materia laboral, que son imperativas para el desarrollo del tratado por los países firmantes.

La Organización Internacional del Trabajo ha producido diversos Convenios sobre Libertad Sindical, los cuales son:

- Convenio 11 de 1921, Derecho de Asociación en la Agricultura
- Convenio 87 de 1948, Libertad Sindical y Protección del Derecho de Asociación
- Convenio 98 de 1949, Derecho de Sindicación y Negociación Colectiva
- Convenio 151 de 1958, Protección al Derecho de Sindicación y los Procedimientos para determinar las Condiciones del Empleo en la Administración Pública
- Convenio 154 de 1981, Fomento de la Negociación Colectiva

Para el desarrollo de estos Convenios también ha sido necesario adoptar Recomendaciones como son: la 51 sobre Contratos Colectivos; la 92 sobre Conciliación y Arbitrajes Voluntarios; la 143 sobre Facilidades que deben Otorgarse a los Representantes de los Trabajadores en la Empresa; la 159 sobre Los Procedimientos para Determinar las Condiciones de Empleo en la administración pública y la 163 sobre Fomento de la Negociación Colectiva.

También es interesante observar que el derecho de huelga se reconoce en la Carta de la Organización de los Estados Americanos (apartado c), del artículo 45), la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (artículo 28), la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales (artículo 27), la Carta Social Europea de 1961 y la Carta Social Europea revisada de 1996 (párrafo 4 del artículo 6), el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales («Protocolo de San Salvador» de 1988) (párrafo 1, apartado b), del artículo 8) y la Carta Árabe de Derechos Humanos (párrafo 3 del artículo 35).

El problema jurídico que se visibiliza en el marco del derecho laboral y de la seguridad social en Colombia es que en el reconocimiento del derecho de huelga se presenta la limitación o prohibición en las empresas donde se presten servicios esenciales. Por esta razón, principalmente, no se ha desarrollado con todo furor este derecho fundamental.

De esta manera, la pregunta de investigación que surge de esta presentación es ¿Cuáles han sido las implicaciones los trabajadores de los servicios públicos esenciales en cuanto a su derecho de huelga después de la Expedición de la Constitución Política de 1991 que creó las condiciones para adaptar el Estado al Modelo Económico Neoclásico?

En el artículo 430 del Código Sustantivo del Trabajo se enumeran taxativamente cuáles son los servicios considerados públicos esenciales, haciendo difícil la garantía del derecho de huelga. Aunque en pronunciamientos de la Corte Constitucional se han declarado inexequibles varias de las prohibiciones.

Igualmente, algunos fallos de la Corte Constitucional se han basado en las Normas Internacionales del Trabajo en materia laboral expedidas por la Organización Internacional del Trabajo, las cuales hacen parte del bloque de constitucionalidad ya sea en sentido estricto y lato.

Colombia no ha tomado en cuenta todas las recomendaciones del Consejo de Administración de la Organización Internacional del Trabajo que tiene un concepto de cuáles son los servicios considerados esenciales, y las alternativas frente a los trabajadores de los servicios esenciales que no pueden declarar la huelga que son la prestación mínima del servicio y procedimientos de conciliación y arbitraje.

En algunos países del mundo como España se permite la huelga mientras haya una prestación mínima del servicio y de esta forma se han desarrollado huelgas generales.

En mi análisis que por supuesto no puede ser solo jurídico se hace necesario ahondar en las cuestiones filosóficas y sociológicas donde encuentro que en nuestra Constitución Política existen contradicciones sobre el modelo económico y los derechos reconocidos, pero también en la contemporaneidad con lo que conocemos como la apertura económica y por ende los procesos de privatización.

Es por ello que los dos paradigmas que se enfrentan en la discusión teórica del derecho de huelga y los servicios esenciales son: el estado de bienestar que tuvo su desarrollo en conjunto con el derecho del trabajo y el modelo de desarrollo neoclásico privilegiando el avance económico de las empresas.

Colombia debe incorporar en sus diferentes reglamentaciones las recomendaciones dadas por el Consejo de Administración de la Organización Internacional del Trabajo, especialmente, las que son entorno a la Libertad Sindical y el Derecho de Huelga.

Es así, que la propuesta de solución al problema jurídico planteado es que se desdibuje el concepto de servicio esencial y que acudamos a la figura de la prestación mínima del servicio para garantizar los derechos de los usuarios pero mejor aún para una garantía real al derecho de huelga.

Para definir la prestación mínima del servicio es necesaria la negociación entre el gobierno, los sindicatos y los empresarios, conocido como diálogo tripartito, de cuál va a ser el porcentaje de servicio que se va a prestar.

Después de que se negocie mediante el diálogo tripartito, debe el gobierno presentar al Congreso de la República un proyecto de ley que defina el porcentaje de prestación de servicio mínimo, ya que existe una reserva legal con respecto al tema de los servicios públicos esenciales dada por el Constituyente en la Constitución de 1991.

CAPÍTULO 1

DERECHO DE HUELGA COMO FUNDAMENTAL. TRATAMIENTO EN COLOMBIA Y EN LA LEGISLACIÓN INTERNACIONAL

Presentación

En este capítulo presento el concepto de derechos fundamentales en la teoría Neoconstitucional, siguiendo autores como Miguel Carbonell, Robert Alexy, Luigi Ferrajoli y Ricardo Guasttini; de igual manera, desarrollo el concepto de huelga en Colombia y en legislación internacional, para autores como De la Cueva y para Russomano, así como para la Corte Constitucional y la Organización Internacional del Trabajo.

Se avanza en el concepto de bloque de constitucionalidad en sentido estricto y lato, donde encuentro cuales convenios y recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo hacen parte de los mismos y la obligatoriedad de estas normas internacionales del trabajo en el derecho interno colombiano.

Además se realiza un análisis de la sentencia de constitucionalidad 122 de 2012 bajo los preceptos de Robert Alexy del test de ponderación, desarrollando los requisitos y si en realidad se aplican.

Se busca con este capítulo visibilizar la importancia del discurso de derechos para lograr una justicia social entre empleadores y trabajadores,³ como objetivo central del derecho del trabajo y de la seguridad social, y por supuesto esto también en el Derecho Colectivo del Trabajo como parte fundamental del Derecho Laboral en Colombia. En consecuencia, ¿el derecho de huelga puede considerarse como un derecho social fundamental?

³ REPÚBLICA DE COLOMBIA. Código Sustantivo del Trabajo, Artículo Primero. Consultado en http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/codigo/codigo_sustantivo_trabajo.html el 05 de Agosto de 2013.

1 EL CONCEPTO DE DERECHOS FUNDAMENTALES

En la conceptualización de los derechos fundamentales que se pretende abordar en el presente apartado tenemos los desarrollos realizados por la vertiente de los llamados Neoconstitucionalistas, en plural, porque no todos obedecen de la misma forma a una visión del derecho, es así como podemos encontrarnos con Robert Alexy, que es un antipositivista, que nos habla de la teoría de los principios pero de igual manera, debemos cruzarnos con Luigi Ferrajoli, un neopositivista, que con su teoría del garantismo en los derechos fundamentales, es de obligatoria referencia en este escrito.

Inicialmente, Robert Alexy nos habla de varias definiciones de derechos fundamentales.

Un concepto formal basado en “los derechos fundamentales son todos los derechos catalogados expresamente como tales por la propia Constitución”⁴

Personalmente considero que es un concepto muy pobre de derechos fundamentales, a pesar, de ser el de mayor aplicación en los diferentes sistemas jurídicos, ya que se limita a la practicidad y simplicidad, dejando de lado la entrada de otros derechos fundamentales en el sistema jurídico y el sustento filosófico y material de los mismos.

Otro concepto es el material basado en “solo los derechos humanos liberales del individuo”⁵, deduciéndose que solo están en esta categoría los derechos individuales dejando de lado los derechos sociales.

El último concepto presentado es el procedimental así:

⁴ALEXY, Robert. Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios. Traducción de Carlos Bernal Pulido. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2003. P 21

⁵SCHMITT, Carl. Citado por ALEXY, Robert en Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios. Traducción de Carlos Bernal Pulido. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2003. P 24

“La definición procedimental es formal en la medida en que no establece que cota es tan importante como para que la decisión sobre los derechos fundamentales no pueda dejarse en manos de la mayoría parlamentaria simple. Como consecuencia, esta definición abre para el poder constituyente un margen de acción. Este poder puede incluso considerar que ciertos derechos fundamentales que no son derechos humanos, también deben ser tipificados positivamente en la Constitución, en razón de su importancia. Sin embargo por otra parte, este concepto de importancia atribuye al concepto procedimental de derecho fundamental una índole material. A causa de la ya señalada vinculación de los derechos fundamentales con los derechos humanos, todo concepto de los derechos fundamentales debe determinarse recurriendo a una concepción de los derechos humanos. Esta circunstancia, la pretensión de corrección desde el punto de vista de los derechos humanos, obliga al poder constituyente y a los interpretes constitucionales a buscar la mejor concepción de los derechos humanos, a efecto de definir los derechos fundamentales”⁶

Esta definición es acorde en tanto ofrece la posibilidad de considerar nuevos derechos fundamentales no solo individuales sino también los derechos sociales y los derechos de protección. Los cuales se explicarán más adelante en el presente texto.

Luigi Ferrajoli considera los derechos fundamentales en los siguientes términos:

Todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a <<todos>> los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo por <<derecho subjetivo>> cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por <<status>> la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicios de éstas⁷.

De este concepto se desprende que al hablar de derechos fundamentales estamos frente a un derecho subjetivo, la universalidad del derecho, que pertenecen a una calidad (personas, ciudadanos o personas con la capacidad

⁶Ibíd. Pp. 30 y 31

⁷ FERRAJOLI, Luigi. Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales. Colección Estructuras y Procesos, Serie Derecho. Editorial Trotta. Madrid, 2005, P 19.

para obrar), que se desprende de una norma jurídica y finalmente, la positivización de esa norma jurídica.

Concorda Robert Alexy en términos de que “los derechos a algo o pretensiones son relaciones normativas entre tres elementos: el titular (a), el destinatario (b) y el objeto (G)”⁸

Igualmente reconoce que “entre los derechos y las normas existe una relación de implicación necesaria. Si bien es cierto que cuando una norma es válida no siempre existe un derecho que le sea correlativo – esto porque hay normas que estatuyen obligaciones meramente objetivas -, sin embargo si es cierto que siempre que existe un derecho debe existir una norma válida que lo garantiza”⁹

Es de resaltar que según Ferrajoli el constitucionalismo comporta un nuevo paradigma del derecho, pues, “el constitucionalismo, tal como resulta de la positivización de los derechos fundamentales como límites y vínculos sustanciales a la legislación positiva, corresponde a una segunda revolución en la naturaleza del derecho que se traduce en una alteración interna del paradigma positivista clásico”¹⁰. Así las cosas, nos encontramos con una nueva perspectiva de derechos, sin que ello signifique un cambio en la forma de ver el derecho, ya que aún sigue vigente el modelo positivista consagrando que los derechos fundamentales deben estar plasmados en la Constitución.

De igual manera, para Ferrajoli existen diferentes categorías de derechos fundamentales los cuales son: Derechos humanos como derechos de las personas y conciernen indistintamente a todos los seres humanos; los derechos públicos que son los derechos primarios reconocidos sólo a los ciudadanos; los derechos civiles que son los derechos secundarios adscritos a todas las personas

⁸ ALEXY, Robert. Op. Cit. P.19

⁹ Ibíd. Pp. 20 y 21

¹⁰ FERRAJOLI, Luigi, Op. Cit. P 53.

humanas capaces de obrar y los derechos políticos que son los derechos reservados únicamente a los ciudadanos con capacidad de obrar¹¹.

En este orden de ideas, se considera que existe una diferencia abismal entre derechos fundamentales y derechos patrimoniales, aun siendo considerados derechos subjetivos, ya que los primeros son universales e indisponibles y los segundos singulares y disponibles. También, los derechos fundamentales representan el conjunto de garantías aseguradas por el paradigma del Estado de Derecho; en esta misma vía, reconoce la naturaleza supranacional de gran parte de los derechos fundamentales y su incorporación en el bloque de constitucionalidad; finalmente, la relación entre derechos y garantías.¹²

En cuanto a la relación entre derechos y garantías nos dice Michelangelo Bovero siguiendo la teoría de Ferrajoli que, "(...) por lo cual <<concurriendo las normas que disponen los derechos, sería absurdo negar la existencia de éstos, en vez de, más correctamente, negar la existencia de sus garantías en ausencia de normas que las predispongan"¹³. Es decir, en caso de no existir garantía esto no implica que no exista el derecho fundamental, y que este debe garantizarse en un momento dado ya que es necesario apostar por la justiciabilidad de los derechos fundamentales, especialmente los derechos sociales, de los cuales hablaremos a continuación.

Rodolfo Arango Rivadeneira considera que los derechos sociales fundamentales son "derechos subjetivos con alto grado de importancia y carácter positivo general"¹⁴, los cuales son una especie de los derechos fundamentales y tienen una importancia exorbitante en nuestro sistema jurídico.

¹¹ Ibíd. Pp. 22 y 23

¹² Ibíd. Pp. 25 y 26

¹³ BOVERO, Michelangelo. Derechos Fundamentales y Democracia en Ferrajoli. Consultado en FERRAJOLI, Luigi. Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales. Colección Estructuras y Procesos. Serie Derecho. Editorial Trotta. Madrid, 2005. Pp. 227 y 228.

¹⁴ ARANGO, Rodolfo. El concepto de derechos sociales fundamentales. Editorial Legis. Bogotá, 2012. P 1

Siguiendo a Rodolfo Arango, por derecho subjetivo en sentido estricto, se entiende “el poder legal reconocido a un sujeto por medio de una norma legal, para la persecución de intereses propios mediante la exigencia a otro de hacer, permitir u omitir algo”. Lo cual nos muestra tres características que son: una norma jurídica, una obligación jurídica y una posición jurídica. En este mismo sentido Ferrajoli considera que, “Los derechos subjetivos son expectativas a las que corresponden, como garantías, una obligación o prohibición”¹⁵.

De lo anterior se deduce que los conceptos tanto de derecho fundamental, como de derecho social fundamental y derecho subjetivo son muy similares y por ende, puede decirse que todos los derechos fundamentales son subjetivos y a su vez los derechos sociales son fundamentales.

El concepto que tiene Robert Alexy sobre Derechos Fundamentales es abstracto y breve, en tanto, nos dice que “Los derechos fundamentales son posiciones tan importantes que su otorgamiento o no otorgamiento no puede quedar en manos de la simple mayoría parlamentaria”¹⁶. Lo cual refuerza la teoría de que los derechos fundamentales son tan importantes que el legislador no puede decir cuales son o no son, sino que dicha potestad pertenece al constituyente primario.

En cuanto a los derechos sociales, Christian Courtis considera que, “la primera manifestación del derecho social, como tal, está relacionada con los derechos vinculados con la situación del trabajo asalariado”¹⁷, pues, los derechos llamados “Sociales” se constituyen en una esfera de derechos ligados a la situación laboral y de la seguridad social, que se ven reflejados por el ejemplo en el derecho a la salud, donde las cotizaciones y la permanencia en el sistema de salud están atados a la situación en empleo, ya sea dependiente o independiente.

¹⁵ FERRAJOLI, Luigi. Op. Cit. P 175

¹⁶ ALEXY, Robert. Teoría de los Derechos Fundamentales. Traducción de Ernesto Garzón Valdés. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 1997. P 406.

¹⁷ COURTIS, Christian. Los Derechos Sociales en Perspectiva: La Cara Jurídica de la Política Social. Consultado en CARBONELL, Miguel. Teoría del Neoconstitucionalismo. Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM. Editorial Trotta. Madrid, 2007. P 187

Siguiendo el tema de los derechos sociales es importante resaltar que según Courtis:

“Es difícil pensar en la asignación de los derechos sociales desde un punto de vista exclusivamente individual – a diferencia de los derechos patrimoniales tradicionales, que estaban pensados desde la perspectiva del individuo propietario-. La satisfacción de derechos sociales, exige necesariamente una planificación de carácter colectivo, una planificación a escala”¹⁸

En consecuencia, se propone que exista un presupuesto para cumplir con los postulados de los derechos sociales fundamentales, y de igual manera generar una política social que se plasme en reconocimiento real de derechos. En este sentido, Rodolfo Arango en concordancia con Ernst Wolfgang Bockenforde, considera que los derechos sociales fundamentales tienen la forma de mandatos constitucionales,

“Los mandatos constitucionales son obligaciones jurídicas objetivas en cabeza de los órganos legislativos o administrativos para la realización de la meta o el programa formulado en el <<mandato>>, a través de medidas apropiadas cuya orientación, medida y modalidades obedecen, en principio, a la apreciación política de los órganos en acción y, con ello, al proceso político”¹⁹

Por su parte, sobre los derechos sociales considera Ferrajoli que hay que distinguir entre las posibilidades de realización técnica y de realización política en los siguientes términos:

“En el plano técnico nada autoriza a decir que los derechos sociales no sean garantizables del mismo modo que los demás derechos porque los actos requeridos para su satisfacción serían inevitablemente discrecionales, no formalizables y no susceptibles de controles y coerciones jurisdiccionales”²⁰;

Con respecto a la garantía de los derechos sociales, es decir, su exigibilidad tenemos que:

“La noción de garantía se refiere, justamente, a aquellos métodos, mecanismos o dispositivos, que sirven para asegurar la efectividad de un derecho. Se trata de

¹⁸ COURTIS, Christian. Op. Cit. P 189

¹⁹ ARANGO, Rodolfo. Op. Cit. Pp. 43 y 44

²⁰ FERRAJOLI, Luigi. Op. Cit. P 51

*instrumentos para que ese derecho declarado en el papel se convierta en un derecho operable, ejecutable, exigible*²¹.

De igual manera, resalta el autor que “los obstáculos son de naturaleza política, y que el desafío lanzado a las fuerzas democráticas es, precisamente por eso, político, y consiste, hoy más que nunca, en la lucha por los derechos y sus garantías”²².

Así mismo, Mario Jori nos dice con respecto a las garantías en los derechos sociales lo siguiente:

“La noción de garantías de los derechos sirve, de hecho, para ordenar la confusión que rodea a los llamados <<derechos sociales>>, como el derecho a la salud o al trabajo. Aquí, el problema consiste no sólo en la falta de una especificación legislativa suficiente o en la falta norma que instituya el tribunal competente, considerado correctamente en la teoría de Ferrajoli como presencia de una laguna jurídica, sino en la falta de estructuras materiales y organizativas que puedan implementar el derecho”²³

Finalmente, en términos de Ferrajoli “el desafío que se plantea la democracia es el generado, por un lado, por el viejo absolutismo de la soberanía externa de los estados y, por el otro, por el neoabsolutismo de los grandes poderes económicos y financieros transnacionales, y por la crisis de las propias constituciones estatales como <<estructuras constitutivas de soberanía>>”²⁴.

Con respecto a las perspectivas que tiene el reconocimiento de derechos fundamentales, se deben basar en la construcción de un Estado Social de Derecho que supere las vertientes privatistas y adecúe las garantías primarias como obligaciones con el fin de ayudar a eficacia de los derechos sociales.

²¹ COURTIS, Christian. Op. Cit. P 196

²² FERRAJOLI, Luigi. Op. Cit. P 51

²³ JORI, Mario. Ferrajoli sobre los derechos. Consultado en FERRAJOLI, Luigi. Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales. Colección Estructuras y Procesos. Serie Derecho. Editorial Trotta. Madrid, 2005. P 109

²⁴ FERRAJOLI, Luigi. Op. Cit. P 373

En relación con el derecho de huelga se considera que “existe la noción de auto-tutela de derechos, la garantía del derecho llevada a cabo por su propio titular”²⁵.

De la misma manera, considera Courtis que:

“Ante los incumplimientos, ante la falta de efectividad de las políticas sociales, la reacción por parte de la organización es la de organizarse y ejercitar formas de auto-tutela, que en la medida en que los incumplimientos son más graves, afectan más a derechos o intereses de terceros. Pero estas acciones constituyen una de las pocas herramientas de los colectivos excluidos para participar en política. En este sentido, algunos de los estándares internacionales de protección de derechos humanos también son útiles, por lo menos en un sentido defensivo, para vedar o limitar el uso de la fuerza penal del Estado”²⁶.

Una de las garantías vinculadas a la constitucionalización de los derechos sociales, siguiendo a Courtis tiene que ver con su reglamentación en el tema de lo que se conoce como reserva legal, donde es necesaria la intervención ciudadana para plasmar en una ley el desarrollo de un derecho fundamental²⁷.

En relación con la supranacionalidad de las normas sobre derechos fundamentales, en Colombia se ha desarrollado por parte de la Corte Constitucional el concepto de “Bloque de Constitucionalidad” a partir del artículo 93 Constitucional. De esta manera estos cuerpos normativos de carácter internacional se integran a la Constitución y la validez de las leyes dependen de estos.

Sobre el origen de dicha expresión tenemos que:

“Este (el bloque de legalidad) permitía designar, por encima de todas las leyes, a todas las reglas que se imponen a la administración en virtud del principio de legalidad y que no eran, a decir verdad, de la misma naturaleza de aquellas, ya que un cierto número tenían un origen jurisprudencial (especialmente los principios generales del derecho). A partir de esta noción de “bloque de legalidad” ha nacido y se ha desarrollado la de bloque de constitucionalidad, sin duda porque parece

²⁵ COURTIS, Christian. Op. Cit. P 198

²⁶Ibid. P 199

²⁷Ibid. P 200

adecuada para designar al conjunto de los principios y reglas de valor constitucional²⁸.

De esta manera mediante la sentencia de constitucionalidad 225 de 1995, se desarrolló el concepto de Bloque de Constitucionalidad de manera expresa²⁹; también, se desarrolla el concepto de Bloque de Constitucionalidad en Stricto Sensu y en Lato Sensu, de acuerdo, a las normas contenidas en el inciso primero del artículo 93 para la primera categoría y para la segunda, las normas contenidas en el inciso segundo de mencionado artículo³⁰.

Para el Derecho del Trabajo es de importancia analizar la sentencia de constitucionalidad 401 de 2005, donde se demanda la inconstitucionalidad de la palabra “los convenios” del artículo 19 del Código Sustantivo del Trabajo, que tiene que ver directamente con nuestra materia de estudio.

Entonces tenemos en esta sentencia que la Corte muestra el desarrollo jurisprudencial del bloque de constitucionalidad, de manera que, en el caso de cada convenio internacional será necesario el análisis por parte de esta corporación para definir si este pertenece al bloque de constitucionalidad en sentido estricto, o al bloque en sentido lato o al bloque de legalidad³¹

También presenta que todos los convenios internacionales del trabajo hacen parte de la legislación interna, pero no necesariamente hacen parte del bloque de constitucionalidad. Es así como pueden ser aplicados como normas supletorias en el ordenamiento jurídico interno.

²⁸ FAVOREU, Louis. El Bloque de Constitucionalidad. Publicado en la Revista del Centro de Estudios Constitucionales, número 5, enero-abril de 1990. Madrid, 1990. Pp 46 y 47

²⁹ REPÚBLICA DE COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia de Constitucionalidad 225 de 1995. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero. Consultada en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/c-225-95.htm> el 08 de Junio de 2013

³⁰ REPÚBLICA DE COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia de Constitucionalidad 191 de 1998. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz. Consultado en http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/cc_sc_nf/1998/c-191_1998.html el 15 de Junio de 2013

³¹ MOLINA MONSALVE, Carlos Ernesto. La Jerarquía y Efectividad de las normas internacionales del trabajo en el Derecho Colombiano. En Globalización Laboral y de la Seguridad Social. José Roberto Herrera Vergara, editor. Universidad del Rosario, Bogotá, 2007. P 52

Además, expresa la importancia del bloque de constitucionalidad en el derecho del trabajo en tanto los derechos sociales son derechos humanos que merecen de igual protección constitucional

Finalmente, en esta sentencia declara la constitucionalidad condicionada de la expresión “los convenios” del artículo 19 del Código Sustantivo del Trabajo en tanto no haya convenio aplicable directamente como fuente principal o prevalente en el caso controvertido y el convenio a aplicar supletoriamente haya sido ratificado por el gobierno colombiano³²

Entonces, tenemos que los convenios de la OIT hacen parte de la legislación interna, de acuerdo, al artículo 53 constitucional. Adicionalmente, algunos convenios hacen parte del bloque de constitucionalidad ya sea en estricto o lato sentido, según estudio que realice la Corte Constitucional.

En lo que nos compete que es el derecho de huelga, tenemos que este se conforma como un indisociable a los convenios 87 y 98 de la OIT, y que a su vez hace parte del bloque de constitucionalidad en sentido estricto³³ como ya lo ha dicho la Corte Constitucional en reiteradas oportunidades.

Para nuestro caso en particular es necesario verificar el poder normativo de la Organización Internacional del Trabajo, entonces, recordemos que la organización se pronuncia mediante convenios y recomendaciones, que tienen poder vinculante

³²REPÚBLICA DE COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia de Constitucionalidad 401 de 2005. Consultado en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/c-401-05.htm> el 10 de Mayo de 2014

³³Ver Sentencia de Constitucionalidad 1491 de 2000, Magistrado Ponente: Fabio Morón Díaz. Consultado en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/c-1491-00.htm>; Sentencia de Constitucionalidad 385 de 2000, Magistrado Ponente: Antonio Barrera Carbonell. Consultado en <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=33215>; Sentencia de Constitucionalidad 797 de 2000, Magistrado Ponente: Antonio Barrera Carbonell. Consultado en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/c-797-00.htm>; Sentencia de Constitucionalidad 567 de 2000, Magistrado Ponente: Alfredo Beltrán Sierra. Consultado en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/c-567-00.htm>; Sentencia de Tutela 441 de 1992, Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero. Consultado en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/t-441-92.htm>; y Sentencia de Unificación 342 de 1995, Magistrado Ponente: Antonio Barrera Carbonell. Consultado en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/SU342-95.htm>.

en el caso de Colombia y que son conocidas como Normas Internacionales del Trabajo³⁴. Aunque no solo tienen poder normativo la Organización Internacional del Trabajo sino el pronunciamiento de otros órganos como la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el ámbito regional

También cabe precisar que existen dos tesis con respecto a la incorporación de las normas internacionales del trabajo, las teorías son la dualista que grosso modo considera que los tratados ratificados necesitan de un acto de incorporación para hacer parte del derecho interno, lo cual muestra una separación tajante entre el derecho interno y el derecho internacional. Al contrario, la tesis monista, que es la acogida en Colombia³⁵, considera que existe un solo ser entre el derecho internacional y el derecho interno integrando un solo cuerpo normativo, dando lugar a que no sea necesario instrumento de incorporación para los tratados ratificados.

³⁴ Ver sentencias de Tutela y de Constitucionalidad sobre el particular. Sentencia de Constitucionalidad 562 de 1992. Magistrado Ponente: Jaime Sanín Greiffenstein. Consultado en http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/c-562_1992.htm; Sentencia de Constitucionalidad 221 de 1992. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero. Consultado en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/c-221-92.htm>; Sentencia de Tutela 418 de 1992. Magistrado Ponente: Simón Rodríguez Rodríguez. Consultado en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/t-418-92.htm>; Sentencia de Constitucionalidad 013 de 1993. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz. Consultado en <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=9675>; Sentencia de Unificación 039 de 1997. Magistrado Ponente: Antonio Barrera Carbonell. Consultado en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/su039-97.htm>; Sentencia de Tutela 568 de 1999. Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz. Consultado en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/t-568-99.htm>; Sentencia de Constitucionalidad 401 de 2005. Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa. Consultado en http://www.ens.org.co/apc-aa-files/45bdec76fa6b8848acf029430d10bb5a/DOCUMENTOS_54.pdf

³⁵ REPÚBLICA DE COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia de Constitucionalidad 400 de 1998. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero. Consultado en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/C-400-98.htm> el 01 de Julio de 2013

Para concluir este apartado, el derecho de huelga es un derecho social fundamental reconocido por la Constitución y por diferentes instrumentos internacionales, que a su vez son de obligatorio cumplimiento en Colombia.

1.1 UNA MIRADA ALEXYANA AL DERECHO DE HUELGA. Análisis de la Sentencia de Constitucionalidad 122 de 2012³⁶

En este apartado se analiza la sentencia de constitucionalidad 122 de 2012, donde se ha demandado por acción de inconstitucionalidad el artículo 1 literal D del decreto 753 de 1956 que sustituyó el artículo 430 del Código Sustantivo del Trabajo, que trata sobre:

**“DECRETO NUMERO 0753 DE 1956
(ABRIL 5)**

Por el cual se sustituye el artículo 430 del Código Sustantivo de Trabajo

El Presidente de la República de Colombia en uso de sus facultades legales, y en especial de las que le confiere el artículo 121 de la Constitución Nacional, y

CONSIDERANDO

Que por Decreto número 3516 de 9 de noviembre de 1949 se declaró turbado el orden público y en estado de sitio todo el territorio de la República.

DECRETA:

Artículo primero. *El artículo 430 del Código Sustantivo del Trabajo quedará así:*

Artículo 430. *Prohibición de Huelga en los servicios públicos*

De conformidad con la Constitución Nacional, está prohibida la huelga en los servicios públicos.

Para este efecto se considera como servicio público toda actividad organizada que tienda a satisfacer necesidades de interés general en forma regular y continua de

³⁶REPÚBLICA DE COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia de Constitucionalidad 122 de 2012. Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Consultado en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/c-122-12.htm> el 04 de Marzo de 2013

acuerdo con un régimen jurídico especial, bien que se realice por el Estado, directa o indirectamente, o por personas privadas.

Constituyen, por tanto, servicio público entre otras, las siguientes actividades:

(...)

d) las de establecimientos de asistencia social, de caridad y de beneficencia;

(...)³⁷

Se parte del supuesto de que el Derecho de Huelga esta constitucionalizado en el artículo 56, y se considera prohibidos en los servicios públicos esenciales definidos por el legislador. Como se ha dicho hasta el momento el legislador no ha dicho cuáles son los servicios públicos esenciales.

Igualmente en la sentencia se dice que la Huelga se relaciona con los principios constitucionales de solidaridad, dignidad y participación contenidos en el artículo 1 constitucional y la consecución de un orden social justo contenido en el artículo 2 constitucional y se conforma la huelga como fundamental para un Estado democrático, participativo y pluralista³⁸.

En la sentencia C 122 de 2012 también se expresa que dice la Organización Internacional del Trabajo sobre derecho de huelga:

i) es un derecho fundamental de los trabajadores y de sus organizaciones únicamente en la medida en que constituya un medio de defensa de sus intereses económicos³⁹; ii) constituye uno de los instrumentos esenciales para promover y

³⁷REPÚBLICA DE COLOMBIA. Decreto 753 de 1956. Consultado en http://normativa.colpensiones.gov.co/colpens/docs/decreto_0753_1956.htm el 04 de Mayo de 2014.

³⁸ Ver Sentencia de Constitucionalidad 075 de 1997, Magistrado Ponente: Hernando Herrera Vergara, consultada en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/c-075-97.htm> el 04 de Mayo de 2014 y Sentencia de Constitucionalidad 858 de 2008. Magistrado Ponente: Nilson Pinilla Pinilla, consultada en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/c-858-08.htm> el 04 de Mayo de 2014

³⁹La libertad sindical. Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT. Oficina Internacional del Trabajo. Quinta edición (revisada). 2006.párrafo 520.

defender sus intereses profesionales⁴⁰; iii) es corolario indisociable del derecho de sindicación protegido por el Convenio número 87⁴¹; iv) no busca sólo la obtención de mejores condiciones de trabajo o las reivindicaciones colectivas de orden profesional, sino también la búsqueda de soluciones a las cuestiones de política económica y social⁴²; y v) puede ser objeto de restricciones o incluso de prohibición y garantías compensatorias⁴³.

Entrando en materia es necesario definir el concepto de ponderación siguiendo a Bernal Pulido quien a su vez cita a Robert Alexy así:

“La ponderación es la forma en que se aplican los principios jurídicos, es decir, las normas que tienen la estructura de mandatos de optimización. Estas normas no determinan exactamente lo que debe hacerse, sino que ordenan “que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes”⁴⁴

Aun así, en el desarrollo de la temática sobre los mandatos de optimización, nos dice Habermas que:

“Si los principios sientan un valor que debe ser realizado de forma óptima, y si el grado de cumplimiento de este mandato de optimización no puede obtenerse de la norma misma, la aplicación de tales principios en el marco de lo fácticamente posible hace indispensable la práctica de una ponderación orientada a fines”⁴⁵

Dice Bernal Pulido que “Para establecer esa “mayor medida posible” en que debe realizarse un principio, es necesario confrontarlo con los principios opuestos o con los principios que respaldan a las reglas opuestas.

⁴⁰Ibíd. Párrafo 522.

⁴¹Ibíd. Párrafo 523.

⁴²Ibíd. Párrafo 526.

⁴³Ibíd. Párrafos 570 a 627

⁴⁴BERNAL PULIDO, Carlos. Estructura y Límites de la Ponderación. DOXA No. 26 Cuadernos de Filosofía del Derecho. Universidad de Alicante. 2003. P 6.

⁴⁵HABERMAS, Jürgen. Facticidad y Validez. Sobre el Derecho y el Estado Democrático en Derecho en términos de teoría del discurso. Editorial Trotta. Madrid. 1998. P 327.

Esto se lleva a cabo en una colisión entre principios. Existe una colisión entre principios, cuando en un caso concreto son relevantes dos o más disposiciones jurídicas, que fundamentan prima facie dos normas incompatibles entre sí, y que pueden ser propuestas como soluciones para el caso”⁴⁶

Sobre las normas susceptibles de ser ponderadas tenemos:

“El punto de partida de Bockenforde es la diferencia entre los derechos fundamentales como clásicos derechos de defensa del ciudadano frente al Estado y los derechos fundamentales en cuanto normas de principio. Los derechos fundamentales en cuanto normas de principio o, como Bockenforde precisa, apoyándose en la terminología del Tribunal Constitucional Federal, como «normas objetivas de principio», «corresponderían exactamente» a lo que en la teoría de los principios se designa como «mandatos de optimización»: «Las normas de principio son mandatos de optimización, que pueden ser cumplidos en diferente medida, y en los cuales la medida de cumplimiento ordenada depende no sólo de las posibilidades fácticas, sino también de las jurídicas. Estas normas tienen una tendencia normativa hacia la optimización, sin que por ello estén sujetas a un contenido determinado; ellas son —necesariamente— susceptibles de ser ponderadas”⁴⁷.

Nos dice igualmente Bernal Pulido que

“La ponderación es la forma de resolver esta incompatibilidad entre normas prima facie. Para tal fin, la ponderación no garantiza una articulación sistemática material de todos los principios jurídicos, que, habida cuenta de su jerarquía, resuelva de antemano todas las posibles colisiones entre ellos. Por el contrario, al igual que el silogismo, la ponderación es sólo una estructura, que está compuesta por tres elementos, mediante los cuales se puede fundamentar una relación de precedencia condicionada entre los principios en colisión, para así establecer cuál de ellos debe determinar la solución del caso concreto”⁴⁸.

Demostrando con eso que no es la aplicación de una fórmula matemática que en todos los casos resuelve conforme a una regla, es cambiante y depende de cada caso en particular.

⁴⁶BERNAL PULIDO, Carlos. Op. Cit. P 6.

⁴⁷ALEXI, Robert. Epilogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales. Revista Española de Derecho Constitucional No. 66, Madrid. 2002. P 15

⁴⁸BERNAL PULIDO, Carlos. Op. Cit. P 8

En la estructura de la ponderación tenemos que según Alexy se debe cumplir con la ley de ponderación, la fórmula del peso y las cargas de argumentación, que se explicaran a continuación.

Siguiendo a Bernal Pulido nos dice sobre la ley de ponderación

“1. La ley de la ponderación

Según la ley de la ponderación, “Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro”. Si se sigue esta ley, la ponderación se puede dividir en tres pasos que el propio Alexy identifica claramente: “En el primer paso es preciso definir el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios. Luego, en un segundo paso, se define la importancia de la satisfacción del principio que juega en sentido contrario. Finalmente, en un tercer paso, debe definirse si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la afectación o la no satisfacción del otro”. Es pertinente observar que el primero y el segundo paso de la ponderación son análogos. En ambos casos, la operación consiste en establecer un grado de afectación o no satisfacción –del primer principio– y de importancia en la satisfacción –del segundo principio–. En adelante nos referiremos a ambos fenómenos como la determinación del grado de afectación de los principios en el caso concreto. Alexy sostiene que el grado de afectación de los principios puede determinarse mediante el uso de una escala tríadica o de tres intensidades. En esta escala, el grado de afectación de un principio en un caso concreto puede ser “leve”, “medio” o “intenso”⁴⁹

En la aplicación concreta en la sentencia se desarrollará la ley de ponderación con las figuras de la Adecuación, la Necesidad y la Proporcionalidad en sentido estricto

Sobre la fórmula del peso tenemos:

“2. La fórmula del peso

Esta fórmula tiene la siguiente estructura :

$$IPiC \cdot GPiA \cdot SPiC$$

$$GPi,jC =$$

$$WPjC \cdot GPjA \cdot SPjC$$

Esta fórmula expresa que el peso del principio Pi en relación con el principio Pj, en las circunstancias del caso concreto, resulta del cuociente entre el producto de la afectación del principio Pi en concreto, su peso abstracto y la seguridad de las premisas empíricas relativas a su afectación, por una parte, y el producto de la afectación del principio Pj en concreto, su peso abstracto y la seguridad de las

⁴⁹Ibíd. P 9

premisas empíricas relativas a su afectación, por otra. Alexy mantiene que a las variables referidas a la afectación de los principios y al peso abstracto, se les puede atribuir un valor numérico, de acuerdo con los tres grados de la escala triádica, de la siguiente manera: leve 2^0 , o sea 1; medio 2^1 , o sea 2; e intenso 2^2 , es decir 4. En cambio, a las variables relativas a la seguridad de las premisas fácticas se les puede atribuir un valor de seguro 2^0 , o sea, 1; plausible 2^{-1} , o sea $\frac{1}{2}$; y no evidentemente falso 2^{-2} , es decir, $\frac{1}{4}$.⁵⁰

Sobre las cargas de argumentación nos encontramos que

“3. Las cargas de argumentación

El tercer elemento de la estructura de la ponderación son las cargas de la argumentación. Las cargas de la argumentación operan cuando existe un empate entre los valores que resultan de la aplicación de la fórmula del peso, es decir, cuando los pesos de los principios son idénticos ($GP_{i,j}C = GP_{j,i}C$). En este aspecto, sin embargo, Robert Alexy parece defender dos posiciones, una en el capítulo final de la Teoría de los derechos fundamentales, y otra en el epílogo a dicha teoría, escrito quince años después, que podrían resultar incompatibles entre sí en algunos casos. En la Teoría de los derechos fundamentales, Alexy defiende la existencia de una carga argumentativa a favor de la libertad jurídica y la igualdad jurídica, que coincidiría con la máxima “in dubio pro libertate”. De acuerdo con esta carga de argumentación, ningún principio opuesto a la libertad jurídica o a la igualdad jurídica podría prevalecer sobre ellas, a menos que se adujesen a su favor “razones más fuertes”. Esto podría interpretarse en el sentido de que, en caso de empate, es decir, cuando los principios opuestos a la libertad jurídica o a la igualdad jurídica no tuviesen un peso mayor sino igual, la precedencia debería concederse a estas últimas. Dicho de otra manera, el empate jugaría a favor de la libertad y de la igualdad jurídica. Como consecuencia, si una medida afectara a la libertad o a la igualdad jurídica y los principios que la respaldan no tuviesen un mayor peso que éstas, entonces, la medida resultaría ser desproporcionada y, si se tratase de una ley, ésta debería ser declarada inconstitucional. No obstante, en el epílogo a la Teoría de los derechos fundamentales, Alexy se inclina a favor de una carga de argumentación diferente. En los casos de empate, sostiene, la decisión que se enjuicia aparece como “no desproporcionada” y, por tanto, debe ser declarada constitucional. Esto quiere decir, que los empates jugarían a favor del acto que se enjuicia, acto que en el control de constitucionalidad de las leyes es precisamente la ley. En otros términos, de acuerdo con el Alexy del epílogo, los empates no jugarían a favor de la libertad y la igualdad jurídica, sino a favor del legislador y del principio democrático en que se funda la competencia del Parlamento. De este modo, cuando existiera un empate, la ley debería declararse constitucional, por haberse producido dentro del margen de acción que la Constitución depara al legislador. Desde luego, la contradicción entre estas dos

⁵⁰Ibíd. Pp. 12 y 13

posturas acerca de la carga de argumentación, únicamente se presentaría cuando existiera una colisión entre la libertad jurídica o la igualdad jurídica, de un lado, y otro principio diferente a ellas, del otro. En este caso, podrían aventurarse dos interpretaciones sobre la posición de Alexy, dado que este autor se pronuncia explícitamente acerca de esta posible con traducción. Por una parte, que Alexy cambió de postura y que, quince años después, ha revaluado su inclinación liberal y ahora privilegia al principio democrático. O, por el contrario, que Alexy persiste en conceder la carga de argumentación a favor de la libertad jurídica y la igualdad jurídica, y entonces, que en principio los empates juegan a favor de lo determinado por el Legislador, a menos que se trate de intervenciones en la libertad jurídica o la igualdad jurídica. En este caso excepcional, los empates favorecerían a estos principios”⁵¹

Entrando en materia en la revisión de la sentencia 122 de 2012, nos dice:

“En Colombia, la huelga no es un derecho absoluto, sino relativo, pues puede ser restringido por el interés general, los derechos de los demás y cuando de su ejercicio se derive alteración del orden público. Este derecho debe ejercerse en el marco jurídico invocado por el Preámbulo, atendiendo a la prevalencia del interés general, y al entendimiento de que todo derecho tiene deberes correlativos, siendo un instituto definido por preceptos constitucionales y legales”⁵²

“Sin embargo, las restricciones que el legislador imponga al ejercicio del derecho de huelga no pueden ser arbitrarias, ni desconocer su magnitud jurídica pues lo harían completamente inoperante”⁵³

Tenemos aquí un enfrentamiento entre el derecho de huelga como derecho de los trabajadores y el interés general como derecho de los demás. Allí entra en colisión un derecho social fundamental y un derecho fundamental de cada uno de los ciudadanos a la salud en los establecimientos de asistencia social, caridad y beneficencia.

⁵¹Ibíd. Pp. 13 a 17

⁵²REPÚBLICA DE COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia de Constitucionalidad 122 de 2012. Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Consultado en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/c-122-12.htm> el 04 de Marzo de 2013

⁵³REPÚBLICA DE COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia de Constitucionalidad 122 de 2012. Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Consultado en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/c-122-12.htm> el 04 de Marzo de 2013

Es así como la Corte Constitucional ha establecido dos condiciones para que se pueda restringir el derecho de huelga: *"En primer término es necesario que ésta sea materialmente un servicio público esencial. Y, en segundo término, desde el punto de vista formal, es necesario que el Legislador haya expresamente definido la actividad como servicio público esencial y restringido el derecho de huelga en ella"*.⁵⁴

Las restricciones que se impongan al ejercicio del derecho de huelga deben ser necesarias, indispensables, razonables y proporcionadas a la finalidad que se pretende alcanzar, con el fin de no hacerlo nugatorio o impracticable, pues si ello no es así, se atentaría contra la libertad sindical⁵⁵.

Aplicando la ley de ponderación mencionada anteriormente se define de la siguiente manera:

a) Idoneidad y necesidad

Los subprincipios de idoneidad y de necesidad expresan la pretensión, contenida en el concepto de principio, de alcanzar la mayor realización posible de acuerdo con las posibilidades fácticas. La idea tiene muy poco que ver con un «punto máximo»⁵⁶.

⁵⁴Ver Sentencia de Constitucionalidad 473 de 1994, Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero. Consultado en <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/1994/C-473-94.htm>; Sentencia de Constitucionalidad 663 del 2000, Magistrado Ponente: Antonio Barrera Carbonell. Consultado en <http://www.acolgen.org.co/mod/docs/docs/C-663-00.pdf>; En el mismo sentido, Sentencia de Constitucionalidad 466 de 2008. Magistrado Ponente: Jaime Araujo Rentería. Consultado en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/c-466-08.htm>

⁵⁵REPÚBLICA DE COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia de Constitucionalidad C-1369 de 2000, Magistrado Ponente: Antonio Barrera Carbonell. Consultado <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/C-1369-00.htm> en el 04 de Mayo de 2014 y Sentencia de Constitucionalidad 858 de 2008. Magistrado Ponente: Nilson Pinilla Pinilla. Consultado <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/c-858-08.htm> en el 04 de Mayo de 2014

⁵⁶ALEX Y, Robert. Op. Cit. P 15

En este caso hay dos principios o derechos en juego como lo enunciamos expresando una idea de optimización, los dos principios son igualmente relevantes en nuestro ordenamiento jurídico.

En tanto a la idoneidad de prohibición de la huelga en el servicio de asistencia social, caridad y beneficencia, hay que aclarar que los servicios de salud por el principio de Universalidad consagrado en la Ley 100 de 1993 deben ser prestados por la Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud y estos establecimientos en la actualidad están de desuso.

Algo similar puede afirmarse válidamente sobre el subprincipio de necesidad. Este subprincipio exige que de dos medios igualmente idóneos sea escogido el más benigno con el derecho fundamental afectado⁵⁷. Entonces específicamente sobre la sentencia 122 de 2012 se dice que la protección que da la Corte Constitucional se refiere al derecho a la salud que tienen los sujetos de especial protección constitucional, así

La Corte Constitucional ha expresado que constituyen sujetos de especial protección: *“aquellas personas que debido a su condición física, psicológica o social particular merecen una acción positiva estatal para efectos de lograr una igualdad real y efectiva”*⁵⁸.

En este sentido, se han considerado grupos de especial protección: *“los niños, los adolescentes, los ancianos, los disminuidos físicos, síquicos y sensoriales, las mujeres cabeza de familia, las personas desplazadas por la violencia y aquellas que se encuentran en extrema pobreza”*⁵⁹.

⁵⁷ Siguiendo a ALEXY, Robert. Ibíd. P 16

⁵⁸ REPÚBLICA DE COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia de Tutela 167 de 2011, Magistrado Ponente: Juan Carlos Henao Pérez. Consultado en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/T-167-11.htm> el 04 de Mayo de 2014

⁵⁹ REPÚBLICA DE COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia de Tutela 167 de 2011, Magistrado Ponente: Juan Carlos Henao Pérez. Consultado en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/T-167-11.htm> el 04 de Mayo de 2014. Sobre el particular ver, entre otras Sentencia de Tutela 719 de 2003. Sentencia de Tutela 789 de 2003.

Considero que el juicio de necesidad que realiza la Corte Constitucional en esta sentencia es desproporcionado, ya que todos podemos acceder a los servicios de salud de las Empresas Prestadoras de Servicios de Salud por el principio de universalidad ya enunciado y porque la única forma para que funcionen los establecimientos de asistencia social, de caridad y de beneficencia es que se conformen como Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud, por lo cual se considera que los ciudadanos pueden acudir a diferentes clínicas u hospitales, donde deben ser atendidos en el servicio de urgencias.

Igualmente, es sabido que en estos establecimientos no sólo se prestan servicios de salud, también de alimentación y vivienda para la población vulnerable, pero estos servicios a su vez son prestados por intermedio de otras instituciones como el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. Lo cual hace que no haya necesidad e idoneidad en la prohibición al derecho de huelga.

Además, es interesante conocer el juicio de esencialidad del servicio desarrollado por la Corte Constitucional en la sentencia 122 de 2012, de esta manera:

- (i) El carácter esencial de un servicio público se predica, cuando las actividades que lo conforman contribuyen de modo directo y concreto a la protección de bienes o a la satisfacción de intereses o a la realización de valores, ligados con el respeto, vigencia, ejercicio y efectividad de los derechos y libertades fundamentales.⁶⁰
- (ii) La esencialidad del servicio no debe considerarse exclusivamente por el servicio mismo, esto es, por su naturaleza intrínseca, ni por la importancia de la actividad industrial, comercial o prestacional en la

Sentencia de Tutela 456 de 2004. Sentencia de Tutela 700 de 2006. Sentencia de Tutela 1088 de 2007. Sentencia de Tutela 953 de 2008. Sentencia de Tutela 707 de 2009 y Sentencia de Tutela 708 de 2009.

⁶⁰REPÚBLICA DE COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia de Constitucionalidad 450 de 1995, Magistrado Ponente: Antonio Barrera Carbonell. Consultado en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/c-450-95.htm> el 04 de Mayo de 2014 y Sentencia de Constitucionalidad 075 de 1997, Magistrado Ponente:Hernando Herrera Vergara. Consultado en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/c-075-97.htm> el 04 de Mayo de 2014

economía global del país y consecuentemente en relación con la magnitud del perjuicio que para ésta representa su interrupción por la huelga.⁶¹

(iii) El concepto de servicios públicos esenciales necesariamente comporta una ponderación de valores e intereses que se suscita entre los trabajadores que invocan su derecho a la huelga y los sacrificios válidos que se pueden imponer a los usuarios de los servicios⁶².

(iv) El concepto de servicio público ha sido objeto de un permanente desarrollo ligado a la constante evolución de la situación política, económica y social del mismo Estado⁶³.

Por lo anterior, la determinación de si un servicio público es esencial debe tener en cuenta los siguientes factores: si contribuye de modo directo y concreto al respeto, vigencia, ejercicio y efectividad de los derechos y libertades fundamentales; si su interrupción puede ocasionar grave perjuicio a una parte de la población; si prevalecen los derechos garantizados mediante la prestación del servicio sobre el ejercicio del derecho de huelga en el caso concreto; y la situación política económica y social del Estado⁶⁴.

Aplicando el criterio dado por la OIT la esencialidad de un servicio depende de que la interrupción pueda poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de las personas, como se verá desarrollado más adelante en el texto.

⁶¹REPÚBLICA DE COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia de Constitucionalidad 450 de 1995, Magistrado Ponente: Antonio Barrera Carbonell. Consultado en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/c-450-95.htm> el 04 de Mayo de 2014 y Sentencia de Constitucionalidad 075 de 1997, Magistrado Ponente:Hernando Herrera Vergara. Consultado en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/c-075-97.htm> el 04 de Mayo de 2014

⁶²REPÚBLICA DE COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia de Constitucionalidad 450 de 1995, Magistrado Ponente: Antonio Barrera Carbonell. Consultado en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/c-450-95.htm> el 04 de Mayo de 2014 y Sentencia de Constitucionalidad 075 de 1997, Magistrado Ponente:Hernando Herrera Vergara. Consultado en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/c-075-97.htm> el 04 de Mayo de 2014

⁶³REPÚBLICA DE COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia de Constitucionalidad 075 de 1997, Magistrado Ponente:Hernando Herrera Vergara. Consultado en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/c-075-97.htm> el 04 de Mayo de 2014

⁶⁴REPÚBLICA DE COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia de Constitucionalidad 122 de 2012. Magistrado Ponente: Consultado en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/c-122-12.htm> el 04 de Mayo de 2014

De igual manera la Corte Constitucional ha considerado en su ejercicio de ponderación de derecho que:

“En este sentido, la prevalencia que constitucionalmente se señala en favor de los derechos fundamentales de los usuarios de los servicios públicos esenciales no reporta ninguna violación al derecho de huelga, como tampoco a los de asociación sindical ni al trabajo, toda vez que esa fue la valoración que el Constituyente de 1991 decidió otorgarles en esta particular situación.”⁶⁵.

En el juicio de ponderación realizado por la Corte pues considera que en el peso de los derechos fundamentales de los usuarios de los servicios públicos esenciales y en el caso específico de la sentencia 122 de 2012, de los servicios de asistencia social, caridad y beneficencia es mayor que el del derecho de huelga, y pues hace el juicio de ponderación en los siguientes términos:

“Adicionalmente, en esta ponderación debe tenerse en cuenta que las entidades de asistencia social, beneficencia y caridad no realizan ninguna de las actividades que la Organización Internacional del Trabajo considera como no constitutivas de servicios esenciales⁶⁶, mientras que algunas de sus actividades se pueden incluir dentro del listado de las que se consideran como esenciales, tal como sucede con la salud y el suministro de alimentos a los alumnos en edad escolar”⁶⁷.

Entonces siguiendo a Alexy se considera sobre el tema de la necesidad que:

A causa de la existencia de un medio más benigno e igualmente idóneo, puede mejorarse una posición sin que esto represente costes para la otra. Al igual que ocurre con el subprincipio de idoneidad, mediante este subprincipio se lleva a cabo una selección de medios. Al Legislador no le está categóricamente prescrito adoptar el medio más benigno. Únicamente se afirma que si el Legislador quiere perseguir su fin sólo puede adoptar el medio más benigno, o un medio igualmente benigno o un medio un poco más benigno. No se trata de una optimización hacia

⁶⁵REPÚBLICA DE COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia de Constitucionalidad 075 de 1997. Magistrado Ponente: Hernando Herrera Vergara. Consultado en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/c-075-97.htm> el 04 de Mayo de 2014 y Sentencia de Constitucionalidad 858 de 2008. Magistrado Ponente: Nilson Pinilla Pinilla. Consultado en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/c-858-08.htm> el 04 de Mayo de 2014

⁶⁶La libertad sindical. Op. Cit. Párrafo 587

⁶⁷ Ibíd. Párrafo 585.

un determinado punto máximo, sino simplemente de la prohibición de sacrificios innecesarios para los derechos fundamentales⁶⁸.

Se habla igualmente que pueden haber mas de dos principios en colisión, lo cual en mi concepto no sucede en la sentencia analizada.

b) El subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto

Nos dice Alexy en cuanto a los mandatos de optimización que:

Los principios no sólo exigen la mayor realización posible en relación con las posibilidades fácticas, sino también la mayor realización posible en relación con las posibilidades jurídicas. Estas últimas se determinan fundamentalmente por los principios que juegan en sentido contrario. El subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto, como tercer subprincipio del principio de proporcionalidad, expresa lo que significa la optimización en relación con los principios que juegan en sentido contrario⁶⁹.

De la misma manera nos dice Alexy que la ponderación se divide en tres pasos de la siguiente manera:

En el primer paso es preciso definir el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios. Luego, en un segundo paso, se define la importancia de la satisfacción del principio que juega en sentido contrario. Finalmente, en un tercer paso, debe definirse si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la afectación o la no satisfacción del otro⁷⁰.

Por lo cual, se debe decir que a mayor afectación de uno de los principios debe realizarse la satisfacción de otro, entonces la duda que surge sobre la sentencia es hasta qué punto el derecho de huelga debe verse afectado para la satisfacción de los intereses de los usuarios de los servicios de asistencia social, caridad y beneficencia, si tienen otros medios de atención para sus problemas sociales específicamente en el tema de derecho a la salud.

⁶⁸ ALEXY, Robert. Op. Cit. P 28

⁶⁹ Ibid. P 31

⁷⁰ Ibid. P 32

Es de tener en cuenta que el método de la ponderación no es una operación aritmética que siempre va a dar un resultado único y predecible, siempre debe aplicarse de forma racional, más no da un mismo resultado.

Allí es donde Alexy nos habla de las escalas de intensidades, es decir, las razones que dan lugar a un peso y contrapeso contra el derecho fundamental, de esta manera:

De ello se desprende que el peso de las razones que justifican la intervención es alto. Dichas razones pesan intensamente. Fijados así la intensidad de la intervención como leve y el grado de importancia de la razón que justifica la intervención como grave, es fácil derivar el resultado. La razón para la intervención, que tiene un peso intenso, justifica la intervención leve⁷¹.

Todos los rangos conforman un modelo triádico o de tres rangos, en términos de Alexy. Los tres rangos pueden designarse con las expresiones «leve», «medio» y «grave», de esta manera:

Para simplificar la exposición, estos tres rangos serán caracterizados con las letras «l», «m» y «g». «l» no sólo representa la expresión «leve» del lenguaje coloquial, sino también expresiones tales como «reducido» o «débil», y «g», junto a «grave», también representa términos como «elevado» o «fuerte». Según la ley de ponderación, el grado de la no satisfacción o de la afectación de un principio y la importancia de la satisfacción del otro son objeto de valoración como l, m, o g. En lugar de «grado de la no satisfacción o de la afectación» puede también hablarse de «intensidad de la intervención». Si se utiliza «Pi» como variable para el principio cuya vulneración se examina, entonces la intensidad de la intervención en Pi puede denotarse como «IPi». Las intervenciones en los principios siempre son concretas. Por esta razón, la intensidad de la intervención es una magnitud concreta. Como tal, se distingue del peso abstracto de Pi. Por razones de claridad, es importante especificar si se está hablando de una magnitud abstracta o concreta. Si se trata de IPi, esto no resulta necesario, porque las intensidades de las intervenciones son necesariamente concretas. Sin embargo, no resulta perjudicial hacer explícito el carácter concreto de IPi, agregando la especificación «C». «C» expresa las circunstancias del caso, relevantes para la decisión. «C» juega un papel central en la ley de colisión. A fin de hacer explícita esta relación, debe utilizarse «IPiC» para denotar la intensidad de la intervención (I) en Pi en el caso (C), que debe ser decidido.

⁷¹Ibíd. P 33

La segunda magnitud de la ley de ponderación es la importancia de la satisfacción del otro principio. A diferencia de lo que ocurre con la intensidad de la intervención, este grado de importancia no tiene por qué ser comprendido necesariamente en exclusiva como una magnitud concreta. Es posible construir un concepto de importancia que esté integrado por una magnitud concreta y una abstracta. De este modo, por ejemplo, la vida humana tiene en abstracto un peso superior a la libertad general de hacer y de no hacer lo que se quiera. Entonces, la importancia que tenga la protección de la vida en una situación determinada puede determinarse a la vez, según el peso abstracto de la vida y según su riesgo en el caso concreto. Que un concepto integrado de importancia como éste sea inteligible no es, sin duda, una razón en contra de que sus elementos puedan ser diferenciados, y ello por razones analíticas. A esto se agrega que cuando los pesos abstractos son diversos juegan en la ponderación un papel influyente para la decisión. Si dichos pesos son iguales, lo cual ocurre muy frecuentemente en las colisiones entre derechos fundamentales, la decisión sólo depende de los pesos concretos. De este modo, es imprescindible elaborar un concepto de importancia concreta. Este concepto se obtiene si se establece que «W» representa la importancia, «Pj» el principio y «C» el hecho de que se trata de la importancia en el caso concreto que debe ser decidido. Entonces, la importancia concreta de «Pj» puede ser denotada como «WPjC»⁷².

Aplicado al caso concreto de la sentencia que está siendo analizada tenemos que se enfrentan dos derechos fundamentales como son el derecho de huelga y el derecho a la salud de los usuarios de los servicios de asistencia social, caridad y beneficencia. Tenemos que para la Corte Constitucional el peso de los derechos de los usuarios es mayor que el peso del derecho de huelga en el caso concreto que tiene la sentencia.

En el análisis que hago considero que se enfrentan los dos derechos fundamentales, ligados a los principios de libertad – sindical – en el caso del derecho de huelga y el principio de proteger a los ciudadanos como es el caso de la prestación de los servicios de salud en los establecimientos de asistencia social, caridad y beneficencia. Para lo cual digo que tienen el mismo peso y por ende ninguno tiene que ceder ante el otro. En la circunstancia concreta de este caso, existe otra forma de satisfacer el derecho de las personas en los servicios de asistencia social y demás, y es dando la aplicación a la normatividad general en

⁷²Ibíd. Pp. 37 y 38

materia de salud donde las personas basado en el principio de universalidad deben ser atendidas por las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud, que son quienes tienen la obligación legal de prestar los servicios de salud.

Igualmente con respecto a la prestación de otros servicios como alimentación, el órgano llamado a cumplir con esta obligación es el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, y son quienes deben cuidar a la población en situación de vulnerabilidad. El papel de protección a la ciudadanía debe cumplirlo el Estado, no las instituciones privadas que por motivos de ser sin ánimo de lucro prestan servicios a la comunidad.

Finalmente, Alexy expone una teoría sobre la discrecionalidad en el poder legislativo. Hablándose de una discrecionalidad sustancial o estructural y otra epistémica.

Definiéndolas así:

La discrecionalidad sustancial del poder legislativo consiste en todo aquello que las normas constitucionales ni ordenan ni prohíben. La discrecionalidad epistémica consiste en la competencia del poder legislativo para determinar, en casos de incertidumbre, qué ordenan o prohíben las normas constitucionales, y qué dejan libre. El alcance de esta competencia o poder equivale al alcance de la correspondiente falta de competencia del tribunal constitucional. La discrecionalidad sustancial es mucho menos problemática que la epistémica. El que el poder legislativo goce de libertad allí donde la constitución no contemple obligaciones relevantes no precisa justificación alguna. Por el contrario, el que disponga de competencia de decisión cuando se plantee si goza o no de libertad ya no es tan evidente. Con el fin de responder al reproche del exceso de constitucionalización, basta con analizar la discrecionalidad sustantiva⁷³.

Es así como Alexy consideran que existen tres tipos de discrecionalidad sustantiva:

(1) Discrecionalidad para la selección de medios, (2) discrecionalidad para la fijación de fines, y (3) discrecionalidad para la ponderación.

1. Discrecionalidad para la selección de medios

⁷³ALEXY, Robert. Sobre los Derechos Constitucionales a la Protección. P 14

La discrecionalidad para la selección de medios está directamente relacionada con los derechos constitucionales sólo en el caso de los derechos a la acción positiva del Estado. Lo único que añadiremos en este punto es que la discrecionalidad para la selección de medios es el único tipo de discrecionalidad propia de los derechos a la acción positiva del Estado. Los demás tipos de discrecionalidad también pueden encontrarse presentes en el caso de los derechos de defensa. Sólo se puede concebir una diferencia de grado. Se trata éste de un corolario a la tesis que afirma que la única diferencia estructural entre los derechos de protección y los de defensa es la alternatividad.

2. Discrecionalidad para la fijación de fines

El segundo tipo de discrecionalidad sustantiva, la relativa a la fijación de fines, reviste una importancia vital para comprender los derechos de protección. La discrecionalidad para la fijación de fines está clara cuando lo que están en juego son las restricciones a derechos de defensa. Muchas disposiciones relativas a derechos de defensa contienen una autorización al poder legislativo para limitar su disfrute. Dicha autorización otorga al poder legislativo el poder constitucional para decidir por sí mismo si y sobre la base de qué metas y políticas desea restringir el disfrute del derecho. Este poder de restricción se ve limitado de nuevo, naturalmente, por el principio de proporcionalidad, pero dentro de dichos límites se trata de un caso de discrecionalidad.

Es en este punto cuando entra en juego la autorización al poder legislativo para limitar los derechos constitucionales con objeto de promover objetivos y políticas. Naturalmente, no existe discrecionalidad con respecto a la decisión de si debe otorgarse o no protección. El derecho de protección como tal no queda a disposición del poder legislativo. Pero la discrecionalidad para la fijación de fines incluye discrecionalidad con respecto al grado en que debe promoverse un objetivo, y esto es aplicable igualmente a los derechos de protección. El poder legislativo puede decidir en favor de una política de protección, lo cual puede justificar, por lo que respecta al derecho de protección, una violación más intensiva de los derechos de defensa de lo que podría justificar, por sí solo, el derecho de protección. Sin embargo, lo mismo sucede con los derechos de defensa. El poder legislativo puede no sólo adoptar una política que favorezca los derechos de protección; también puede optar por promover los derechos de defensa, todo ello, naturalmente, dentro de los límites de la proporcionalidad⁷⁴.

Es la discrecionalidad la que nos dice de qué forma debe actuar el Poder Legislativo en tanto la limitación de derechos fundamentales como el derecho de huelga y así analizar cuál es la manera basado en el principio de proporcionalidad puede garantizar este derecho fundamental.

⁷⁴Ibíd. Pp. 15 y 16

2. CONCEPTO DE DERECHO DE HUELGA

El derecho de huelga ha estado presente siempre en las relaciones sociales de los individuos, pero es hasta el siglo XIX que se desarrolla la institución con la llegada de la sociedad industrial y el surgimiento de la clase obrera. En este momento histórico los países industriales (Inglaterra y Francia) hicieron esfuerzos por negar este derecho que se estaba gestando en las luchas sindicales, pero fue imposible detener la llegada de las ideas marxistas. Es así, que se hace necesaria una reglamentación para este derecho. Como si existiera un hilo conductor entre el derecho de huelga y la llegada de los proletarios al poder.

En palabras de Fabián Vallejo:

Esto motivó para que la sociedad, el Estado y los dueños de los medios de producción, al percibir la fuerza que tendría un elemento como la huelga si no era controlado o limitado, reaccionarían con temor y recelo y presionarían para que se tornara un acto ilícito que en algunas ocasiones fue castigado con prisión, sanciones pecuniarias y destierro, entre otras penas, todo porque se la concibió como un acto que atentaba contra el libre juego de la oferta y la demanda base incontrovertible del capitalismo puro y el Estado liberal imperante en el siglo XIX y, además, contra la libertad al comercio y la libertad de empresa⁷⁵.

La Honorable Corte Constitucional en la Sentencia de Constitucionalidad 473 de 1994 manifiesta sobre el desarrollo histórico del derecho de huelga lo siguiente:

“... La Constitución reconoce, como principio general, la huelga como un derecho que está radicado en cabeza de los trabajadores y de las asociaciones de trabajadores. Esta consagración es fruto de una evolución jurídica que comenzó por el abandono de la teoría de la huelga-delito, según la cual estos ceses concertados de actividades por parte de los trabajadores eran punibles por cuanto atentaban contra las libertades económicas. Posteriormente, el constitucionalismo colombiano, desde la reforma de 1936, superó la concepción de que las huelgas eran simplemente toleradas por el Estado en circunstancias que éste podía definir discrecionalmente, para incorporar la noción de la huelga-derecho, según la cual ésta es una facultad legítima que no puede ser limitada sino de acuerdo a los criterios establecidos por la propia Constitución, y sin que se pueda vulnerar su

⁷⁵ VALLEJO CABRERA, Fabián. El Derecho de Huelga y Conceptos Afines. Librería Jurídica Sánchez R. Ltda. Medellín, 2009. P 19

contenido esencial. Finalmente, la Constitución de 1991, por las razones señaladas en el numeral anterior, confirió un lugar esencial y relevante al derecho de huelga en el nuevo orden constitucional”⁷⁶.

Por su parte, Mario de la Cueva, dice que la huelga es,

“la suspensión concertada del trabajo, llevado a cabo para imponer y hacer cumplir condiciones de trabajo, que respondan a la idea de la justicia social, como un régimen transitorio, en espera de una transformación de las estructuras políticas, sociales y jurídicas, que pongan la riqueza y la economía al servicio de todos los hombre y de todos los pueblos, para lograr la satisfacción integral de su necesidad”⁷⁷.

Mozart Víctor Russomano, nos dice que la huelga es “... una suspensión transitoria del servicio provocada por la mayoría de los trabajadores de una empresa o de una categoría profesional, teniendo por finalidad la alteración de las condiciones de trabajo”⁷⁸.

Más allá de las múltiples consideraciones teóricas sobre el concepto de huelga, la Corte Constitucional manifiesta que, “el derecho de huelga constituye un medio de acción directa, coactivo y legítimo sobre los empleadores particulares o del Estado para obligarlos a ceder frente a los reclamos de los trabajadores, con el fin de asegurar un orden económico y social más justo en el ámbito de la empresa”⁷⁹.

Con respecto a la definición e impacto del derecho de huelga tenemos que:

“el derecho de huelga se constituye en una de las más importantes conquistas logradas por los trabajadores en el presente siglo. Se trata de un instrumento legítimo para alcanzar el efectivo reconocimiento de organizaciones económicas y sociales que garanticen justicia en las relaciones obrero-patronales y un progresivo nivel de dignidad para el trabajador y su familia, cuya consagración constitucional

⁷⁶ REPÚBLICA DE COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia de Constitucionalidad 473 de 1994. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero. Consultada en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/c-473-94.htm> el 08 de Agosto de 2013

⁷⁷ CUEVA, Mario de la. El Nuevo Derecho Mexicano del Trabajo. Tercera Edición. Tomo II. México. Porrúa, 1984. P 588

⁷⁸ RUSSOMANO, Mozart Victor. Derecho Sindical. Rio de Janeiro. Jose Konfino Editor, 1975. Página 293

⁷⁹ REPÚBLICA DE COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia de Constitucionalidad 450 de 1995. Magistrado Ponente: Antonio Barrera Carbonell. Consultada en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/c-450-95.htm> el 07 de Mayo de 2013

desde la reforma de 1936, ha representado la más preciosa garantía del ordenamiento positivo para salvaguarda de los derechos laborales y para el desarrollo de su sistema político genuinamente democrático”⁸⁰.

2.1 Devenir del derecho de huelga

El derecho de huelga en Colombia tiene bastantes contendores que no quieren que se desarrolle como es el caso de los poderes económicos y sociales que niegan la existencia de conflictos entre los trabajadores y los empleadores. De igual manera, no existe un movimiento sindical que represente los intereses de la clase obrera y asalariada que necesita mejores condiciones de vida en el trabajo. Apuntando a lo mismo las condiciones de trabajo sobre las que se construyó la libertad sindical (derecho de asociación, derecho de negociación y derecho de huelga) y el derecho sindical fueron la Fábrica como unidad básica de la producción, evidentemente ligado al modo de producción Fordista.

No obstante, la Corte Constitucional considera que La huelga es fundamental para la conformación de un Estado democrático, participativo y pluralista, pues surge de la necesidad de conducir los conflictos laborales por cauces democráticos. También se ha señalado que la huelga es un derecho que responde,

-a la utilidad pública, al interés general de un Estado que se concibe a sí mismo como un Estado social, constitucional y democrático de Derecho, en cuanto se encuentra encaminado a hacer efectivos los derechos de la gran mayoría de los trabajadores asalariados y a buscar un mayor equilibrio, justicia y equidad en las relaciones laborales propias de un modelo económico capitalista basado en la dinámica trabajo-capital, dinámica respecto de la cual es claro para esta Corporación que el trabajador constituye la parte débil de la relación, razón por la

⁸⁰ REPÚBLICA DE COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia de Tutela 443 de 1992. Magistrado Ponente: José Gregorio Hernández Galindo. Consultada en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/T-443-92.htm> el 05 de abril de 2013

cual se justifican las medidas protectoras, garantistas y correctivas por parte del Estado a favor de los trabajadores⁸¹.

Al respecto, resulta ilustrativa la sentencia C-432/96⁸², en la que la Corte sintetizó esquemáticamente los distintos criterios jurisprudenciales sobre este tema, así:

(...) El derecho a la huelga no es un derecho fundamental, puesto que para su ejercicio requiere de reglamentación legal. Sólo puede ejercerse legítimamente el derecho a la huelga cuando se respetan los cauces señalados por el legislador. El derecho a la huelga puede ser objeto de tutela cuando se encuentra en conexión íntima con los derechos al trabajo y a la libre asociación sindical, derechos que sí ostentan el carácter de fundamentales. El derecho a la huelga solamente puede excluirse en el caso de los servicios públicos esenciales, cuya determinación corresponde de manera exclusiva al legislador, o los señalados como tales por el Constituyente, de acuerdo con la interpretación realizada acerca del contenido de las normas constitucionales vigentes. El derecho a la huelga puede ser restringido por el legislador para proteger el interés general y los derechos de los demás. El derecho a la huelga también puede ser restringido por el legislador cuando de su ejercicio se deriva la alteración del orden público.

(...) De acuerdo con estos parámetros, puede afirmarse que, según la Constitución, el derecho de huelga está restringido de dos formas:"a. Está prohibido su ejercicio en los servicios públicos esenciales que determine el legislador y, obviamente en los señalados como tales por el Constituyente, de acuerdo con la interpretación realizada acerca del contenido de las normas constitucionales vigentes. "b. En los demás casos, su ejercicio debe ceñirse a la reglamentación que de él haga el legislador.

⁸¹ REPÚBLICA DE COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia de Constitucionalidad 122 de 2012. Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Consultado en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/c-122-12.htm> el 04 de Marzo de 2013

⁸² REPÚBLICA DE COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia de Constitucionalidad 432 de 1996. Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz. Consultado en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/c-432-96.htm> el 08 de Marzo de 2013

En el mismo pronunciamiento, la Corte sostuvo que el núcleo esencial del derecho de huelga consiste en “la facultad que tienen los trabajadores de presionar a los empleadores mediante la suspensión colectiva del trabajo, para lograr que se resuelva de manera favorable a sus intereses el conflicto colectivo del trabajo. Esta facultad, claro está, no es absoluta. El punto es que la huelga constituye un mecanismo cuya garantía implica el equilibrar las cargas de trabajadores y empleadores en el marco del conflicto colectivo de trabajo. Las restricciones al derecho de huelga deberán tener en cuenta este propósito, de modo que si bien tal derecho puede ser limitado con el fin de proteger otros de mayor jerarquía (v.gr. los derechos fundamentales) o el interés general (bajo la forma del orden público, por ejemplo), el poder que la Constitución pretende reconocer a los trabajadores no puede quedar desfigurado.”

2.2 El derecho de huelga en Colombia

Dentro de los antecedentes normativos del derecho de huelga en Colombia tenemos que la primera norma sobre huelgas fue el decreto 002 de 1918, que “despenaliza parcialmente la huelga” cuando sea por una organización sindical de empresa y a ella deben pertenecer solo trabajadores de la misma, pero es prohibido realizar reuniones con cualquier otro tipo de fin, lo cual constituye sedición.

Después la ley 78 de 1919, que reguló la conformación de los tribunales de arbitramento y la negociación colectiva.

En 1929 se creó la ley 21 donde se prohíbe la huelga en los servicios públicos.

En 1936 se constitucionaliza el derecho de huelga mediante el reconocimiento en el artículo 18 de la Constitución Nacional de 1886 con excepción de los servicios públicos.

En 1950 se expide el Código Sustantivo del Trabajo, que aún está vigente en la legislación colombiana.

En 1956 se dictó el Decreto Extraordinario 753, que modificó el artículo 430 definiendo que se entiende por servicios públicos y cuáles son las actividades consideradas servicio público.

Con la ley 50 de 1990 se cambió la forma en que se decretaba la huelga, las funciones de las autoridades durante la huelga y las causales de ilegalidad.

Con la ley 1210 de 2008 se declara la ilegalidad de la huelga por un órgano imparcial que es la Sala Laboral de Tribunal Superior de Distrito Judicial.

2.3 El derecho de Huelga en la legislación internacional

En el marco internacional si bien la huelga no aparece como derecho en la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo de 1919 ni en la declaración de Filadelfia, en la lectura detenida de los Convenios 87 y 98 se infiere el reconocimiento como derecho que hace parte de la Libertad Sindical y más por la aplicación que han desarrollado los órganos de control como el Comité de Libertad Sindical en diferentes recomendaciones a los distintos países. Así es como en la 81va reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo se dijo:

Al no haber en los textos fundamentales una disposición que se refiera expresamente al derecho de huelga, los órganos de control de la OIT han debido pronunciarse sobre el alcance y significado exacto de los convenios en relación con este asunto. Esos órganos son, esencialmente, el Comité de Libertad Sindical, dentro del marco del procedimiento especial instituido para examinar las quejas presentadas por violación de la libertad sindical y la Comisión de Expertos de conformidad con los artículos 19 y 22 de la Constitución⁸³.

Y sobre estos pronunciamientos se han creado unos principios, los cuales están recogidos en el texto *Libertad sindical y negociación colectiva, un Estudio general sobre los Convenios 87 y 98*, elaborado por la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones en 1994, y en la Recopilación de decisiones y

⁸³ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. 81 reunión, Conferencia Internacional del Trabajo. Libertad Sindical y Negociación Colectiva. Ginebra, 1994. Pp. 136 a 179.

principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT de 1996.

La Organización Internacional del Trabajo considera que:

“La huelga es un medio de acción esencial del que disponen los trabajadores y sus organizaciones para defender sus intereses, si bien existen diferentes opiniones en relación con el derecho de huelga. La huelga constituye un derecho fundamental, pero no es un fin en sí mismo sino el último recurso de que disponen las organizaciones de trabajadores, ya que sus consecuencias son graves no sólo para los empleadores sino también para los trabajadores, sus familias y las propias organizaciones y en ciertas circunstancias para terceros”⁸⁴.

Aunque consideran que no es un derecho absoluto pero se dice que si es necesario restringir el derecho de huelga deben darse otras garantías compensatorias a estos trabajadores, lo cual nos da otras luces con respecto al ejercicio del mencionado derecho.

En el documento “*La Libertad sindical*”⁸⁵ de la Oficina Internacional del Trabajo⁸⁶ se señalan una serie de criterios fundamentales para el análisis de este derecho: i) es un derecho fundamental de los trabajadores y de sus organizaciones únicamente en la medida en que constituya un medio de defensa de sus intereses económicos⁸⁷; ii) constituye uno de los instrumentos esenciales para promover y defender sus intereses profesionales⁸⁸; iii) es corolario indisociable del derecho de sindicación protegido por el Convenio número 87⁸⁹; iv) no busca sólo la obtención de mejores condiciones de trabajo o las reivindicaciones colectivas de orden profesional, sino también la búsqueda de soluciones a las cuestiones

⁸⁴ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Conferencia Internacional del Trabajo, 101 reunión. Estudio General sobre los convenios fundamentales relativos a los derechos en el trabajo a la luz de la Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa, 2008. Ginebra, 2012

⁸⁵ Este documento se aborda como un criterio para la interpretación pero no ha sido reconocido como parte del bloque de constitucionalidad por la Corte Constitucional.

⁸⁶ La libertad sindical. Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT. Oficina Internacional del Trabajo. Quinta edición (revisada). 2006.

⁸⁷ *Ibíd.* Párrafo 520.

⁸⁸ *Ibíd.* Párrafo 522

⁸⁹ *Ibíd.* Párrafo 523.

de política económica y social⁹⁰; y v) puede ser objeto de restricciones o incluso de prohibición y garantías compensatorias⁹¹.

A modo de conclusión tenemos que aunque no sea aceptado en los fallos de la Corte Constitucional, el derecho de huelga según los doctrinantes se constituye como un derecho social fundamental y por ende, es necesario que se garantice por parte del Estado colombiano.

De igual manera se reconoce que no es un derecho absoluto, ni siquiera para la Organización Internacional del Trabajo, por lo cual hace que deba ponderarse con otros derechos fundamentales y del juicio se podrán garantizar los diferentes derechos fundamentales.

⁹⁰ *Ibíd.* Párrafo 526.

⁹¹ *Ibíd.* Párrafos 570 a 627.

CAPÍTULO 2

SERVICIOS ESENCIALES EN COLOMBIA Y EN LA LEGISLACIÓN INTERNACIONAL

Presentación

En este capítulo analizo el concepto de servicio público como Género y el servicio público esencial como Especie, mostrando la teoría administrativista que tiene su piedra angular en el concepto de servicio público, como dice Julio César Gamba.

Posteriormente enuncio cuáles son los servicios públicos que se configuran esenciales por pronunciamientos de la Corte Constitucional, ya que en el mismo artículo del Código Sustantivo del Trabajo de Colombia trata los servicios públicos esenciales y no esenciales, y la definición de cual es o no es la hace la Corte Constitucional mediante demanda de Inconstitucionalidad.

Se desarrolla la definición de servicios esenciales en la Organización Internacional del Trabajo y cuales se consideran servicios esenciales, de manera, que significan el límite real al derecho de huelga⁹².

Finalmente, se presenta la línea jurisprudencial sobre derecho de huelga y servicios públicos esenciales desarrollada por la Corte Constitucional desde sus

⁹²Al respecto la Corte Constitucional nos dice “Desde el punto de vista sistemático, la Constitución distingue normativamente los servicios públicos de los servicios públicos esenciales a fin de hacer de los segundos una especie de los primeros. Y es a partir de tal constatación que el Legislador debe definir los servicios públicos esenciales y que la Corte debe ejercer, en un futuro, el control material de tales definiciones, en caso de que éstas sean sometidas a su revisión. Por el momento, la Corte no considera procedente adelantar criterios sobre el sentido material del concepto de servicios públicos esenciales, porque no le corresponde en esta ocasión ejercer este control material, ya que ninguna de tales definiciones fue demandada. Además, frente a este concepto constitucional indeterminado, la propia Constitución ha preferido que exista una definición previa por el Legislativo y que sobre ella -ex post- ejerza su control el juez constitucional” REPÚBLICA DE COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia de Constitucionalidad 473 de 1994. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero. Consultada en <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/1994/C-473-94.htm> el 15 de Agosto de 2013

inicios hasta la sentencia más actual, pasando por las diferentes concepciones que ha desarrollado la Corte.

El objetivo de este capítulo es presentar los distintos conceptos que se utilizan para limitar o prohibir el derecho de huelga, generando diversas interpretaciones en la comunidad en general pero específicamente en los operadores jurídicos, que son quienes declaran la ilegalidad de la huelga en Colombia.

1. CONCEPTO DE SERVICIO PÚBLICO

Se entiende por servicio público es *“toda actividad de una colectividad pública tendiente a satisfacer una necesidad de interés general”*⁹³. De este concepto se desprende “el interés general” que ha sido desarrollado constitucionalmente en el preámbulo y el artículo primero, que en palabras de Julio Cesar Gamba nos dice,

Desde los primeros renglones de nuestra carta magna impone un deber de todos de prestar servicios públicos, especialmente aquellos derechos de primera generación que tienen que ver con el ser individual y su propio desarrollo. Igualmente, podemos observar sin mayores dificultades que combina el texto fundamental aquellas expresiones de liberalismo con la segunda categoría de derechos que ya no se concreta en la individualidad propiamente dicha de la persona, sino su alteridad con los demás⁹⁴.

Actualmente, ya no existe la prestación exclusiva de servicios públicos por parte del Estado, dando lugar a la iniciativa de las empresas privadas para que ellas presten éstos servicios con unos marcos regulatorios expedidos por diferentes organismos de la Administración Pública.

De esta manera constitucionalmente el artículo 365 nos señala lo siguiente:

⁹³LAUBADERE, Andre, *Traité de droit administratif*. Citado en RODRÍGUEZ, Libardo. *Derecho Administrativo General y Colombiano*. Editorial Temis, Bogotá, 2013. Página 664

⁹⁴ GAMBA, Julio César. *Régimen Colombiano del Servicio Público*. En CIENFUEGOS, David y RODRIGUEZ, Luis Gerardo, coordinadores. *Actualidad de los Servicios Públicos en Iberoamérica*. Universidad Nacional Autónoma de México. México, 2008, Pp. 229 y 230

Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional.

Los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares. En todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios (...)⁹⁵.

El numeral 22 del artículo 189 constitucional nos dice que el presidente en cumplimiento de sus funciones debe ejercer la inspección y vigilancia de la prestación de los servicios públicos.

El artículo 366 constitucional nos habla de la finalidad del Estado en los siguientes términos:

Artículo 366. El bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población son finalidades sociales del Estado. Será objetivo fundamental de su actividad la solución de las necesidades insatisfechas de salud, de educación, de saneamiento ambiental y de agua potable. Para tales efectos, en los planes y presupuestos de la Nación y de las entidades territoriales, el gasto público social tendrá prioridad sobre cualquier otra asignación⁹⁶.

El concepto de igual manera ha sido desarrollado legalmente en el artículo 430 del Código Sustantivo del Trabajo donde nos dice:

ARTICULO 430. PROHIBICION DE HUELGA EN LOS SERVICIOS PUBLICOS. Modificado por el art. 1, Decreto Extraordinario 753 de 1956. El nuevo texto es el siguiente: De conformidad con la Constitución Nacional, está prohibida la huelga en los servicios públicos.

NOTA: Inciso declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-473 de 1994, siempre que se trate, conforme al artículo 56 de la Constitución Política, de servicios públicos esenciales definidos por el legislador.

Para este efecto se considera como servicio público, toda actividad organizada que tienda a satisfacer necesidades de interés general en forma regular y continua, de

⁹⁵ REPÚBLICA DE COLOMBIA. Constitución Política de 1991. Artículo 365. Consultado en <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=4125> el 07 de Agosto de 2013

⁹⁶ REPÚBLICA DE COLOMBIA. Constitución Política de 1991. Artículo 366. Consultado en <http://www.constitucioncolombia.com/titulo-12/capitulo-5/articulo-366> el 13 de Febrero de 2014

acuerdo con un régimen jurídico especial, bien que se realice por el Estado, directa o indirectamente, o por personas privadas⁹⁷.

En este respecto, considero que el concepto es aplicado tanto para servicios públicos como para los servicios públicos esenciales generando confusiones en los operadores jurídicos que pueden aplicar estrictamente el listado de servicios públicos contenidos en la segunda parte del artículo 430 y otros plasmados en diferentes leyes y decretos, quitando la posibilidad de ejercer plenamente el derecho de huelga.

Pero en tanto conozcamos cuáles son los servicios públicos que bajo el análisis de la Corte Constitucional constituyen servicio público, entre otras, las siguientes actividades:

- a) Las que se prestan en cualquiera de las ramas del poder público;
- b) Las de empresas de transporte por tierra, agua y aire; y de acueducto, energía eléctrica y telecomunicaciones; declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional Sentencia C-450 de 1995
- c) Las de establecimientos sanitarios de toda clase, tales como hospitales y clínicas;
- d) Las de establecimientos de asistencia social, de caridad y de beneficencia; declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional Sentencia C-122 de 2012
- e) INEXEQUIBLE. Las de plantas de leche, plazas de mercado, mataderos y de todos los organismos de distribución de estos establecimientos, sean ellos oficiales o privados; Corte Constitucional Sentencia C-075 de 1997, con salvamento de voto de Antonio Barrera Carbonell y Eduardo Cifuentes Muñoz
- f) Las de todos los servicios de la higiene y aseo de las poblaciones;

⁹⁷ REPÚBLICA DE COLOMBIA. Código Sustantivo del Trabajo. Artículo 430. Consultado en <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=33104> el 09 de Agosto de 2013

g) Las de explotación, elaboración y distribución de sal;

NOTA: El literal g) del artículo 1° del Decreto Extraordinario 753 de 1956, que subrogó el artículo 430 del Código Sustantivo del Trabajo, fue declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-691 de 2008.

h) Las de explotación, refinación, transporte y distribución de petróleo y sus derivados, cuando estén destinadas al abastecimiento normal de combustibles del país, a juicio del gobierno; declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional Sentencia C-450 de 1995

i) Derogado por el numeral 4, art. 3, Ley 48 de 1968. Cualesquiera otras que a juicio del Gobierno interesen a la seguridad, sanidad, enseñanza y a la vida económica o social del pueblo. EL Gobierno decidirá de las actividades de qué trata este ordinal, previo concepto que solicite al Consejo de Estado.⁹⁸

Así mismo, en el artículo 48 constitucional se considera la seguridad social como un servicio público, igual que el artículo 67 constitucional sobre la educación

Ley 142 de 1994, artículo 4 declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional en Sentencia C-663 de 2000

Finalmente, es así como Julio César Gamba dice:

Encontramos que el régimen constitucional colombiano da un tratamiento especial al concepto de servicio público como eje central del principio de solidaridad derivado de la concepción del Estado social de derecho. La norma fundamental protege su prestación, la controla, la regula y la inspecciona con el propósito de que el ciudadano pueda desarrollar sus potencialidades y su personalidad⁹⁹.

⁹⁸REPÚBLICA DE COLOMBIA. Código Sustantivo del Trabajo. Artículo 430. Consultado en <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=33104> el 09 de Agosto de 2013

⁹⁹GAMBA, Julio César. Op. Cit. P 240

2. CONCEPTO DE SERVICIO PÚBLICO ESENCIAL

El primer acercamiento al concepto de servicio público esencial fue desarrollado en España, por el Tribunal Constitucional en el año 1981. Es así como lo define de la siguiente manera,

Son aquellas actividades industriales o mercantiles de las que derivan prestaciones vitales o necesarias para la vida en comunidad. De esta manera, en la definición de los servicios públicos esenciales entraría el carácter necesario de la prestación y conexión con atenciones vitales. De acuerdo con una segunda concepción, un servicio es esencial tanto por la naturaleza de la actividad que se despliega como por el resultado que con dicha actividad se pretende. Más concretamente, por la naturaleza de los intereses a cuya satisfacción la prestación se endereza. Para que el servicio sea esencial deben ser esenciales los bienes e intereses satisfechos. Como bienes e intereses esenciales hay que considerar los derechos fundamentales, las libertades públicas y los bienes constitucionalmente protegidos¹⁰⁰.

De este concepto se desprende el requerimiento de que el servicio debe ser vital y necesario no solo por la naturaleza de la actividad sino del resultado que la actividad comporte.

De igual manera la Corte Constitucional ha dicho que,

Corresponde al Congreso de la República definir los servicios públicos esenciales, sin perjuicio de que la Corte Constitucional, posteriormente, pueda hacer uso de la potestad de ejercer el control de constitucionalidad en relación con las disposiciones legales que para el efecto se dicten. Estima la Corte que es primordial y urgente que el Legislador proceda a desarrollar el precepto constitucional, a fin de precisar las actividades constitutivas del servicio público esencial, y con el objeto de garantizar en plenitud el ejercicio del derecho de huelga en aquellas labores que no tienen esa característica¹⁰¹.

En diversas sentencias la Corte Constitucional ha exhortado al Congreso de la República para que enuncie cuales son los servicios públicos esenciales, en

¹⁰⁰ REPÚBLICA DE ESPAÑA. Tribunal Constitucional, STC 26/1981. Consultada en <http://www.tribunalconstitucional.es/es/jurisprudencia/Paginas/Sentencia.aspx?cod=16652> el 13 de Febrero de 2014

¹⁰¹ REPÚBLICA DE COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia de Constitucionalidad 075 de 1997. Magistrado Ponente: Hernando Herrera Vergara. Consultada en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/c-075-97.htm> el 11 de Agosto de 2013

términos, de como vimos en los servicios públicos, se encuentran enunciados en un mismo artículo lo que da lugar a confusiones y el derecho de huelga queda menoscabado por la indeterminación legal.

Dice Marcel Silva Romero sobre la indeterminación legal de los servicios públicos esenciales que,

En contravía el gobierno y los empleadores sostuvieron que las definiciones legales anteriores a la Constitución sobre qué actividades eran de servicio público equivalían a las exigidas ahora como servicios públicos esenciales y no contradecían el texto de la Carta Política, sino por el contrario lo ratificaban. En consecuencia en esta materia nada había variado jurídicamente con el cambio de Constitución, ni con la mutación de la prohibición de la huelga en los servicios públicos (art. 18 Constitución de 1886) a su no garantía en los servicios públicos esenciales (art. 53 C. P. de 1991)¹⁰².

Finalmente el Congreso al no tener la voluntad política para sacar adelante la conceptualización de servicios públicos esenciales y cuáles son los servicios considerados como tales, la Corte Constitucional comienza a llenar ese vacío con análisis jurisprudenciales dónde básicamente analiza los servicios declarándolos exequibles en tanto se trate de servicios públicos esenciales, aun siendo conceptos anteriores a la Constitución de 1991, que en términos del artículo 56 constitucional son responsabilidad del Congreso o la otra argumentación es que el Legislador no siente necesario decir cuáles son los servicios públicos esenciales de manera que no hay limitaciones al derecho de huelga en nuestro país.

Pero la argumentación de la no limitación al derecho de huelga no tiene congruencia con lo que realmente sucede en la realidad de los sindicatos, ya que se realiza la declaratoria de ilegalidad de la huelga con sólo considerarse que es una empresa que presta servicios públicos esenciales.

¹⁰² SILVA, Marcel. Op. Cit. P 342

3. UN CATÁLOGO DE SERVICIOS PÚBLICOS ESENCIALES

Considera Marcel Silva queya en mayo de 1998 la Corte tiene como servicios públicos esenciales:

1. Los definidos por el legislador con posterioridad a 1991
2. Los relacionados en el artículo 1 del decreto 753 de 1956 que ella misma considera esenciales materialmente y
3. Los mencionados en el artículo 366 de la Carta que según ella son servicios públicos esenciales definidos por el Constituyente¹⁰³.

De otro lado la Corte Constitucional en varias oportunidades ha analizado cuáles actividades deben ser consideradas como servicios públicos esenciales. De esta manera en la sentencia T-423 de 1996 se señaló que también tienen el carácter de servicio público esencial las actividades de la educación, la salud, el saneamiento ambiental y el suministro de agua potable que hacen parte de las finalidades del Estado¹⁰⁴.

En la sentencia T- 568 de 1999 la Corte señaló como esenciales el servicio que presta la banca central, el servicio de seguridad social, en lo que corresponde al sistema general de seguridad social en salud, y las actividades directamente relacionadas con el reconocimiento y pago de las pensiones calificados por el legislador, así como los servicios públicos domiciliarios contemplados en la ley 142 de 1994¹⁰⁵.

¹⁰³SILVA, Marcel. Ibid. Pp. 344 y 345

¹⁰⁴ REPÚBLICA DE COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia de Tutela 423 de 1996, Magistrado Ponente: Hernando Herrera Vergara. Consultada en www.nuevaleislacion.com/files/susc/cdj/juri/st_423_96.doc el 14 de Febrero de 2014

¹⁰⁵ REPÚBLICA DE COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia de Tutela 568 de 1999. Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz. Consultada en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/t-568-99.htm> el 10 de Febrero de 2014

En la sentencia T-1059 de 2001 se expresa que la ley definió como servicios públicos esenciales las actividades que prestan las ramas del poder público y la educación¹⁰⁶.

Por otro lado, la Corte Constitucional ha revisado la constitucionalidad de algunos literales del artículo 430 del Código Sustantivo del Trabajo en los cuales se califican como constitutivas de servicio público esencial algunas actividades, como es el caso las empresas de transporte por tierra, agua y aire; y de acueducto, energía, eléctrica y telecomunicaciones, las de explotación, refinación, transporte y distribución de petróleos y sus derivados, cuando estén destinadas al abastecimiento normal de combustibles del país, a juicio del gobierno¹⁰⁷.

En el artículo 125 de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia se considera un servicio público esencial la justicia sin hacer enunciación del artículo 56 constitucional, pero los ceses de actividades han sido declarados ilegales.¹⁰⁸ Los servicios que presta la Policía Fiscal y Aduanera de acuerdo a la ley 633 de 2000 artículo 53 parágrafos. El servicio que presta el Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional de acuerdo al artículo 113 del Decreto 407 del 20 de febrero de 1994. Los servicios que prestan las entidades de prevención y control de incendios y demás calamidades conexas a cargo de instituciones de bomberos de acuerdo a la Ley 322 de 1996 artículo 2.

4. CONCEPTO DE SERVICIO ESENCIAL

El concepto de servicio esencial ha sido desarrollado por la Organización Internacional del Trabajo y en lo estricto del término, que es donde se considera admisible prohibir el derecho de huelga, ha sido definido por la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la siguiente manera:

¹⁰⁶ REPÚBLICA DE COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia de Tutela 1059 de 2001, Magistrado Ponente: Jaime Araujo Rentería. Consultada en www.defensoria.org.co/ojc/sentencias/T-1059-01.rtf el 15 de Septiembre de 2013

¹⁰⁷ REPÚBLICA DE COLOMBIA, Corte Constitucional. Sentencia de Constitucionalidad 450 de 1995, Magistrado Ponente: Antonio Barrera Carbonell. Consultada en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/c-450-95.htm> el 18 de Septiembre de 2013

¹⁰⁸ Véase resolución 01766 del 30 de octubre de 2002, Ministerio de la Protección Social

“los servicios cuya interrupción podría poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de la persona en toda o parte de la población”¹⁰⁹.

Esta definición fue adoptada posteriormente por el Comité de Libertad Sindical, que son quienes realizar la revisión quejas por violación a los convenios sobre Libertad Sindical (Convenios 87 y 98). De todas maneras, considera la OIT que *“un servicio no esencial puede convertirse en servicio esencial cuando la duración de una huelga rebasa cierto período o cierto alcance y pone así en peligro la vida, la seguridad de la persona o la salud de toda o parte de la población”¹¹⁰.*

La obligación existente de los Estados debe ser que sus compromisos con la Organización Internacional del Trabajo en torno a la garantía del derecho de huelga debe pasar por aceptar el concepto de servicios esenciales y por ende permitir la huelga en tanto no se ponga en peligro la vida, la seguridad y la salud de los habitantes.

La Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones considera que es,

Apropiado incluir en la noción de servicios esenciales o todas las huelgas que, en su opinión, podrían ser perjudiciales para el orden público, el interés general o el desarrollo económico. En los casos extremos, la legislación dispone que una simple declaración de las autoridades en ese sentido baste para justificar el carácter esencial del servicio. El principio según el cual el derecho de huelga puede verse limitado, o incluso prohibido, en los servicios públicos esenciales perdería todo sentido si la legislación nacional definiese esos servicios de forma demasiado extensa. Al tratarse de una excepción del principio general de huelga, los servicios esenciales respecto de los cuales es posible obtener restrictiva; la comisión estima, por lo tanto, que sólo pueden considerarse servicios esenciales aquéllos cuya interrupción podría poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de la persona en toda o en parte de la población. Además, a juicio de la comisión,

¹⁰⁹ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Recopilación de decisiones de 1983 B. Párrafo 214. Ginebra, 1983

¹¹⁰ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Recopilación de decisiones de 1996. Párrafo 541. Ginebra, 1996

sería poco conveniente, e incluso imposible,pretender elaborar una lista completa y definitiva de losservicios que pueden considerarse como esenciales¹¹¹.

5. LOS SERVICIOS ESENCIALES

El Comité de Libertad Sindical ha considerado como servicios esenciales en sentido estricto donde el derecho de huelga puede ser objeto de restricciones importantes,o incluso de prohibición son: *“el sector hospitalario, los servicios de electricidad, los servicios de abastecimiento de agua, los servicios telefónicos y el control del tráfico aéreo”*¹¹².

El Comité de Libertad Sindical ha considerado, en cambio, que en general no constituyen servicios esenciales en el sentido estricto del término y por tanto no procede la exclusión del derecho de huelga en La radio-televisión;El sector del petróleo;El sector de los puertos (carga y descarga);Los bancos;Los servicios de informática para la recaudación de aranceles e impuestos;Los grandes almacenes;Los parques de atracciones;La metalurgia;El sector minero;Los transportes, en general;Las empresas frigoríficas;Los servicios de hotelería;La construcción;La fabricación de automóviles;La reparación de aeronaves;Las actividades agrícolas;El abastecimiento y la distribuciónde productos alimentarios;La Casa de la Moneda;La agencia gráfica del Estado;Los monopolios estatales delalcohol, de la sal y del tabaco;El sector de la educación;Los transportes metropolitanos;Los servicios de correos¹¹³.

Los listados presentados no contienen listados exhaustivos, en su lugar, de acuerdo a las necesidades de cada país se considerará cuáles servicios son esenciales y cuáles no. Pero siempre obedeciendo a la conceptualización de servicio esencial dada por la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones.

¹¹¹ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Ibíd.*

¹¹²*Ibíd.* Párrafo 544.

¹¹³*Ibíd.* Párrafo 545.

De esta manera en diferentes recomendaciones el Comité de Libertad Sindical ha dicho a varios países, entre otros Colombia, que modifiquen sus legislaciones en el sentido de que solo se prohíba la huelga en los servicios esenciales estrictamente. Por su parte, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones ha señalado lo siguiente:

Muchos países tienen disposiciones que limitan o prohíben las acciones de huelga en los servicios esenciales, noción que varía según las diferentes legislaciones nacionales. Esas disposiciones contienen desde una simple enumeración limitativa bastante breve de esos servicios hasta una larga lista incorporada en la propia legislación. A veces, se trata de definiciones, desde la más restrictiva a la más amplia, que engloban todas las actividades que el gobierno considera apropiado incluir en la noción de servicios esenciales o todas las huelgas que, en su opinión, podrían ser perjudiciales para el orden público, el interés general o el desarrollo económico. En los casos extremos, la legislación dispone que una simple declaración de las autoridades en este sentido basta para justificar el carácter esencial del servicio. El principio según el cual el derecho de huelga puede verse limitado, o incluso prohibido, en los servicios esenciales perdería todo sentido si la legislación nacional definiese esos servicios de forma demasiado extensa. Al tratarse de una excepción del principio general del derecho de huelga, los servicios esenciales respecto de los cuales es posible obtener una derogación total o parcial de ese principio deberían definirse de forma restrictiva; la Comisión estima, por lo tanto, que sólo pueden considerarse servicios esenciales aquéllos cuya interrupción podría poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de la persona en toda o parte de la población. Además, a juicio de la Comisión, sería poco conveniente, e incluso imposible, pretender elaborar una lista completa y definitiva de los servicios que pueden considerarse como esenciales.

La Comisión recuerda la importancia fundamental que concede al carácter universal de las normas, pero estima que es necesario tener en cuenta las circunstancias especiales que puedan darse en los diferentes Estados Miembros, ya que si bien la interrupción de ciertos servicios podría, en el peor de los casos, ocasionar problemas económicos en algunos países, en otros podría tener efectos desastrosos y crear en poco tiempo situaciones en que se verían comprometidas la salud, la seguridad o la vida de la población; así, una huelga en los servicios portuarios o de transporte marítimo podría ocasionar más rápidamente graves perturbaciones en una isla, que depende en gran parte de esos servicios para el suministro de productos básicos a su población, que en un país continental. Además, un servicio no esencial en el sentido estricto del término puede convertirse en esencial si la huelga que repercute en el mismo dura más de un cierto período o adquiere la dimensión que pueden correr peligro la salud, la

seguridad o la vida de la población (por ejemplo, en los servicios de recolección de basura). Con el fin de evitar daños irreversibles o que no guarden proporción alguna con los intereses profesionales de las partes en el conflicto, así como de no causar daños a terceros, es decir, los usuarios o los consumidores que sufren las consecuencias económicas de los conflictos colectivos, las autoridades podrían establecer un régimen de servicio mínimo en otros servicios que son de utilidad pública, en vez de prohibir radicalmente las acciones de huelga, prohibición que debería limitarse a los servicios esenciales en el sentido estricto del término¹¹⁴.

A modo de conclusión, para que la reglamentación legal en Colombia este acorde con las obligaciones asumidas con la OIT por la ratificación de Convenios pero también porque los pronunciamientos de los órganos de control son obligatorios para Colombia porque hacen parte del Bloque de Constitucionalidad es necesario establecer una definición de servicios públicos esenciales, que se debe dar mediante el diálogo tripartito (Gobierno, Sindicatos y Empleadores). Herramienta utilizada en el seno de la OIT para la solución de diferencias. Además de que la lista no puede ser tan exhaustiva para que se garantice el derecho de huelga y establecer la prestación de servicios mínimos como garantía de prestación del servicio y que con esto no se afecte a la población y así el derecho de huelga será una realidad y los derechos de los usuarios de los servicios públicos esenciales no será menoscabado. Para definir la intensidad en las operaciones de las empresas prestadoras de servicios es necesario acudir al diálogo tripartito donde se discuta como se va a prestar el servicio.

6. LINEA JURISPRUDENCIAL SOBRE DERECHO DE HUELGA Y SERVICIOS ESENCIALES

En este apartado se pretende abordar los principales pronunciamientos de la Corte Constitucional sobre Derecho de Huelga y Servicios Públicos Esenciales, de

¹¹⁴ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Ibid. Párrafos 159 y 160.

manera, que se puedan visibilizar los cambios realizados por la jurisprudencia constitucional sobre este particular

- Sentencia de Tutela 443 de 1992

Magistrado Ponente: José Gregorio Hernández Galindo

Problema Jurídico Planteado: ¿Puede considerarse que los servicios bancarios son servicios públicos esenciales?

Solución al Problema Jurídico Planteado: En el análisis desarrollado por la Corte en esta sentencia se plantea la competencia para la acción de tutela, el concepto de perjuicio irremediable, la importancia del derecho de huelga, los servicios públicos esenciales, la definición que el legislador debe hacer de los servicios públicos esenciales y finalmente, ante la no definición la corte presenta porque considera que el servicio bancario es un servicio público esencial basado en que la Constitución de 1991 trae varias normas sobre la captación de recursos y la importancia constitucional que tiene la actividad bancaria, bursátil y financiera.

Considera la Corte que es un servicio público esencial la actividad bancaria, por lo cual se hace obligatorio acudir al tribunal de arbitramento obligatorio al no poderse declarar la huelga.

- Sentencia de Constitucionalidad 473 de 1994

Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero

Problema Jurídico Planteado: ¿Se considera que la legislación preconstitucional de prohibición al derecho de huelga es inconstitucional?

Solución al Problema Jurídico Planteado: Se considera constitucional en tanto el Congreso se pronuncie sobre cuáles son los servicios públicos esenciales y el control material que haga la Corte sobre el particular.

- Sentencia de Constitucionalidad 548 de 1994

Magistrado Ponente: Hernando Herrera Vergara

Problema Jurídico Planteado: ¿Puede el Ejecutivo previo concepto de la Corte Suprema de Justicia limitar el derecho de huelga, si esta es una potestad que le pertenece al legislativo?

Solución al Problema Jurídico Planteado: Considera la Corte que no hay derechos absolutos y que la prevalencia del interés general en materia de los efectos económicos de la huelga es importante.

También considera que no hay violación a la división de poderes ya que es una medida excepcional que el Ejecutivo debe consultarle al Judicial mediante la Corte Suprema de Justicia y que la definición de los servicios públicos y las leyes sobre intervención económica son responsabilidad del Congreso sin considerarse que su órbita ha sido violada con esta norma.

- Sentencia de Constitucionalidad 450 de 1995

Magistrado Ponente: Antonio Barrera Carbonell

Problema Jurídico Planteado: ¿Se considera que "las empresas de transporte por tierra agua y aire y telecomunicaciones" y a la "explotación, refinación, transporte y explotación de petróleos y sus derivados, cuando estén destinadas al abastecimiento normal de combustibles del país, a juicio del Gobierno" son materialmente servicios públicos esenciales?

Solución al Problema Jurídico Planteado: Considera la Corte que la esencialidad del servicio no debe considerarse exclusivamente por el servicio mismo, esto es, por su naturaleza intrínseca, ni por la importancia de la actividad industrial, comercial o prestacional en la economía global del país y consecuentemente en relación con la magnitud del perjuicio que para

ésta representa su interrupción por la huelga. Tampoco, aquélla puede radicar en la invocación abstracta de la utilidad pública o de la satisfacción de los intereses generales, la cual es consustancial a todo servicio público.

El carácter esencial de un servicio público se predica, cuando las actividades que lo conforman contribuyen de modo directo y concreto a la protección de bienes o a la satisfacción de intereses o a la realización de valores, ligados con el respeto, vigencia, ejercicio y efectividad de los derechos y libertades fundamentales. Ello es así, en razón de la preeminencia que se reconoce a los derechos fundamentales de la persona y de las garantías dispuestas para su amparo, con el fin de asegurar su respeto y efectividad.

Por esta razón dice la Corte que existe una potestad del legislador de definir los servicios públicos esenciales, incluidos los que se están analizando en la presente sentencia.

Y que los servicios demandados en la sentencia son esenciales en cuanto garantizan los derechos de libre circulación, la libertad de expresión y otros.

- Sentencia de Constitucionalidad 432 de 1996

Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz

Problema Jurídico Planteado: ¿Puede una autoridad administrativa declarar la ilegalidad de una huelga?

Solución al Problema Jurídico Planteado: Según criterio de la Corte se puede declarar la ilegalidad en tanto se ha consagrado en el derecho administrativo el derecho de defensa, que le permite a los administrados presentar los recursos contra los actos administrativos que declaran la ilegalidad de los ceses.

- Sentencia de Constitucionalidad 075 de 1997

Magistrado Ponente: Hernando Herrera Vergara

Problema Jurídico Planteado: ¿Se considera que son servicios públicos esenciales las actividades relacionadas con las plantas de leche, plazas de mercado, mataderos y de todos los organismos de distribución de estos establecimientos?

Solución al Problema Jurídico Planteado: Considera la Corte que el legislador no ha definido los servicios públicos esenciales, ni siquiera las actividades relacionadas con las plantas de leche, plazas de mercado, mataderos y los distribuidores por lo cual se declara inexecutable al no haber ley que declare estos como servicios públicos esenciales.

Una vez más insta al Congreso para que expida la normatividad pertinente sobre los servicios públicos esenciales.

- Sentencia de Constitucionalidad 271 de 1999

Magistrado Ponente: Antonio Barrera Carbonell

Problema Jurídico Planteado: ¿Pueden el sindicato o los sindicatos que agrupan a la mayoría de los trabajadores mediante asamblea decidir la declaratoria de huelga?

Solución al Problema Jurídico Planteado: Según la Corte pueden las personas individualmente decidir si se afilian o no a un sindicato, pero en el caso de las empresas donde haya un sindicato o sindicatos que agrupan la mayoría de los trabajadores, es constitucional que ellas reunidas en asamblea general decidan si se declara o no la huelga, ya que ellos representarían la mayoría de los trabajadores de la empresa.

Se considera también que el derecho de huelga no es un derecho individual de cada uno de los trabajadores sino un derecho colectivo.

- Sentencia de Constitucionalidad 663 de 2000

Magistrado Ponente: Antonio Barrera Carbonell

Problema Jurídico Planteado: ¿Se considera que los servicios públicos domiciliarios contenidos en la ley 142 de 1994 son servicios públicos esenciales?

Solución al Problema Jurídico Planteado: Considera la Corte que el legislador ejerció su potestad al definir los servicios públicos domiciliarios como esenciales, ya que no es necesario que lo haga mediante la expedición de un estatuto del trabajo.

- Sentencia de Constitucionalidad 1369 de 2000

Magistrado Ponente: Antonio Barrera Carbonell

Problema Jurídico Planteado: ¿Es dable que no se paguen salarios mientras se está en huelga?

Solución al Problema Jurídico Planteado: Es dable ya que se pondera el derecho a la libre empresa y el derecho de los trabajadores a buscar mejores condiciones de trabajo.

Adicionalmente, las obligaciones en la relación laboral son recíprocas, es decir, si no hay prestación del servicio no hay remuneración.

- Sentencia de Constitucionalidad 691 de 2008

Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa

Problema Jurídico Planteado: ¿Se considera que la explotación, elaboración y distribución se constituye materialmente como servicio público esencial?

Solución al Problema Jurídico Planteado: La interpretación realizada por la Corte al no existir ley que reglamente los servicios públicos esenciales estará basada en la protección de los derechos laborales.

Utilizando la doctrina de los diferentes órganos de la OIT se llega a la conclusión que en Colombia hay cinco centros de producción de sal que

pueden abastecer al país en caso de una huelga, por lo cual considera que no es materialmente un servicio público esencial

Finalmente, exhorta al Congreso una vez más para que reglamente el artículo 56 constitucional

- Sentencia de Constitucionalidad 349 de 2009

Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva

Problema Jurídico Planteado: ¿Puede el Ejecutivo previo concepto de la Corte Suprema de Justicia limitar el derecho de huelga, en el caso de la afectación de manera grave la salud, la seguridad, el orden público o la economía en todo o en parte de la población, si esta es una potestad que le pertenece al legislativo?

Solución al Problema Jurídico Planteado: Considera la Corte que a pesar de una norma similar haber sido revisada en el año 1994, no existe cosa juzgada material con respecto a la norma. La norma que se revisa a la luz de los convenios 151 y 154 de la Organización Internacional del Trabajo por lo cual se declara inexecutable. Además de ser la definición de cuáles son los servicios públicos esenciales competencia del legislador por existir reserva legal

- Sentencia de Constitucionalidad 122 de 2012

Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

Problema Jurídico Planteado: ¿Son servicios públicos esenciales los prestados por los establecimientos de asistencia social, caridad y beneficencia?

Solución al Problema Jurídico Planteado: Se consideran esenciales en tanto la interrupción de los servicios prestados por estas instituciones puede generar consecuencias muy graves frente a la vida y a la salud de personas cuyo único apoyo son estas entidades, tal como sucede con los adultos

mayores abandonados, los niños de hogares comunitarios, las personas en una situación de adicción a las drogas o al alcohol y las personas en una situación de extrema pobreza.

CAPÍTULO 3

ENCRUCIJADA DEL DERECHO DE HUELGA Y LOS SERVICIOS ESENCIALES, POSIBILIDADES DE SOLUCIÓN

En este capítulo se abordan las alternativas de solución frente al derecho de huelga en los servicios esenciales, con este objetivo analizaremos las diferentes garantías compensatorias y otras opciones expuestas por la Organización Internacional del Trabajo.

Entre las garantías compensatorias tenemos los procedimientos de conciliación y arbitraje o el servicio mínimo de funcionamiento. De igual manera se propone el dialogo tripartito para la solución de controversias en la prestación de los servicios esenciales para garantizar el derecho de huelga en Colombia.

Este dialogo entre empleadores, organizaciones sindicales y gobierno va a establecer las condiciones para la prestación mínima del servicio y con ello garantizar el derecho fundamental a la huelga en Colombia y puede servir de ejemplo para otros países de la región.

De igual manera para demostrar la importancia del diálogo social en Colombia presentamos la solución a la huelga desarrollada por la Unión Sindical Obrera de la Industria del Petróleo en el año 2004, que fue declarada ilegal por el Ministerio de la Protección Social y que posteriormente dio lugar a Queja ante el Comité de Libertad Sindical de la OIT y fallos de tutela revisados por la Corte Constitucional. Pero lo más importante fue el diálogo desarrollado por la Empresa Ecopetrol y el Sindicato

1 GARANTIAS COMPENSATORIAS RECONOCIDAS POR LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO

Las garantías compensatorias son la alternativa de solución ofrecida a diferentes tipos de trabajadores así:

“Cuando el derecho de huelga ha sido limitado o suprimido en empresas o servicios considerados esenciales, los trabajadores deben gozar de una protección adecuada, de suerte que se les compensen las restricciones impuestas a su libertad de acción durante los conflictos que puedan surgir en dichas empresas o servicios”¹¹⁵

Las garantías compensatorias en caso de prohibición o limitación de la huelga aplican para la función pública¹¹⁶, es decir, para los funcionarios que ejercen funciones de autoridad en nombre del Estado, siendo este un concepto restringido no aplicable a todos los servidores públicos. De igual manera, aplica para los trabajadores de los servicios esenciales¹¹⁷, recordando que la determinante está dada en que se evidencie una amenaza inminente para la vida, la seguridad o la salud de toda o parte de la población.

Dice el Comité de Libertad Sindical en cuanto a las garantías apropiadas que:

“... la limitación de la huelga debe ir acompañada por procedimientos de conciliación y arbitraje adecuados, imparciales y rápidos en que los interesados puedan participar en todas las etapas, y en los que los laudos dictados deberían ser aplicados por completo y rápidamente”

Sobre este tema de conciliación y arbitraje se ha recomendado en la Conferencia Internacional del Trabajo de 2013, lo siguiente:

“Al ser los conflictos — individuales o colectivos — inevitables en las relaciones laborales y de empleo, es necesario contar con procedimientos destinados a

¹¹⁵La libertad sindical. Óp. Cit. Párrafo 595

¹¹⁶Ibíd. Párrafo 572

¹¹⁷La libertad sindical. Ibid. Párrafo 581

prevenir, atender y resolver dichos conflictos para promover unas relaciones laborales pacíficas, sanas y productivas. Estos mecanismos, que incluyen la facilitación, la mediación, la conciliación y el arbitraje voluntario, también pueden tener un efecto positivo en la promoción de la negociación colectiva¹¹⁸.

La Recomendación sobre la conciliación y el arbitraje voluntarios (número 92) establece las bases para mecanismos voluntarios de resolución de conflictos laborales, la cual busca establecer organismos de conciliación voluntaria, apropiados a las condiciones nacionales¹¹⁹. Igualmente, el Convenio número 154 nos dice que los órganos y procedimientos para la solución de los conflictos laborales deben estar organizados de manera que contribuyan a la promoción de la negociación colectiva.¹²⁰

En el mundo un gran empleador ha sido el Estado, por lo tanto, la Organización Internacional del Trabajo ha expresado su interés en promocionar normas internacionales del trabajo relativas a las buenas relaciones laborales¹²¹. También, en este sector del trabajo convergen intereses públicos especiales expresados en evitar la interrupción de servicios esenciales y los servicios prestados en el marco de la función pública.

De esta manera, la Conferencia Internacional de Trabajo adoptó el Convenio Número 151 sobre las relaciones de trabajo en la administración pública, abordándose las características del sector público.

¹¹⁸ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Conferencia Internacional del Trabajo, 108 reunión. Informe VI, El Dialogo Social. Discusión recurrente en el marco de la Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa. Ginebra, 2013. Párrafo 132

¹¹⁹ Ver ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, Recomendación 92. Consultada en http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:R092 el 01 de Marzo de 2014

¹²⁰ Ver ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, Convenio 154. Consultado en http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100::NO:12100:P12100_ILO_CODE:C154:NO el 01 de Marzo de 2014

¹²¹ Ver ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, Manual sobre la negociación colectiva y solución de conflictos en la administración pública. Ginebra, 2011

Así es, como en los artículos 7 y 8 hablan de los aspectos fundamentales de la determinación de las condiciones del empleo y la solución de controversias en la administración pública, de la siguiente manera:

“Artículo 7: Deberán adoptarse, de ser necesario, medidas adecuadas a las condiciones nacionales para estimular y fomentar el pleno desarrollo y utilización de procedimientos de negociación entre las autoridades públicas competentes y las organizaciones de empleados públicos acerca de las condiciones de empleo, o de cualesquiera otros métodos que permitan a los representantes de los empleados públicos participar en la determinación de dichas condiciones.

Artículo 8: La solución de los conflictos que se planteen con motivo de la determinación de las condiciones de empleo se deberá tratar de lograr, de manera apropiada a las condiciones nacionales, por medio de la negociación entre las partes o mediante procedimientos independientes e imparciales, tales como la mediación, la conciliación y el arbitraje, establecidos de modo que inspiren la confianza de los interesados”¹²².

Igualmente en el artículo 4 del Convenio 98, la negociación colectiva debe ser voluntaria y libre respetando la autonomía de las partes, con la obligación de las autoridades públicas de fomentarla. La intervención de las autoridades está enfocada en garantizar la negociación sin generar conceptos sobre la anulación o modificación de los convenios colectivos suscritos por las organizaciones de trabajadores y empleadores. Aunque, también se puede utilizar la conciliación, mediación y arbitraje voluntarios.

En el texto del Dialogo Social y las Relaciones Laborales en la Industria del Petróleo, nos dice:

“Los empleados a los que se priva del derecho de huelga porque realizan servicios esenciales deben beneficiarse de garantías apropiadas destinadas a salvaguardar sus intereses: por ejemplo, la correspondiente suspensión del derecho de cierre patronal, el establecimiento de un procedimiento paritario de conciliación y, cuando

¹²² ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Convenio 151. Consultado en http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C151 el 01 de Marzo de 2014

la conciliación no logre su finalidad, la creación de un sistema paritario de arbitraje. Refiriéndose a su recomendación según la cual ciertas restricciones al derecho de huelga serían aceptables si van acompañadas de procedimientos de conciliación y arbitraje, el Comité de Libertad Sindical precisó que esta recomendación no concierne a la prohibición absoluta del derecho de huelga, sino a la restricción de este derecho en los servicios esenciales o en la función pública, en cuyo caso estableció que deberían estar previstas las garantías apropiadas para proteger los intereses de los trabajadores”¹²³.

Sobre los casos de mediación y arbitraje siguiendo a la Recopilación de Decisiones tenemos que: “598. En caso de mediación y arbitraje en conflictos colectivos, lo esencial es que todos los miembros de los órganos encargados de esas funciones no sólo sean estrictamente imparciales, sino que también lo parezcan, tanto a los empleadores como a los trabajadores interesados, para obtener y conservar la confianza de ambas partes, de lo cual depende realmente el funcionamiento eficaz del arbitraje aun cuando sea obligatorio”¹²⁴.

Después de presentar la justificación de los mecanismos de conciliación, mediación y arbitraje se pasa a definirlos de la siguiente manera: conciliación como aquel sistema de sustanciación de conflictos de trabajo (individuales o colectivos) por virtud del cual las partes del mismo, ante un tercero que ni propone ni decide contrastan sus respectivas pretensiones tratando de llegar a un acuerdo que elimine la posible contienda judicial¹²⁵.

Es un procedimiento voluntario y no contencioso fundado en la comunicación de todos los agentes en conflicto y que tiene como características añadidas la neutralidad del mediador y la confidencialidad del procedimiento¹²⁶.

¹²³ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. El diálogo social y las relaciones laborales en la industria el petróleo Informe para el debate de la Reunión tripartita sobre la promoción del diálogo social y las buenas relaciones laborales desde la prospección y producción hasta la distribución de petróleo y gas. Ginebra, 2009. Párrafo 110

¹²⁴ La libertad sindical. Op. Cit. Párrafo 598

¹²⁵ GARCIA, Manuel Alonso. Citado por GONZÁLEZ HERAZO, Edgardo. La difícil libertad sindical y las relaciones de conflicto en Colombia. Ediciones Doctrina y Ley LTDA. Bogotá, 2010. P 118

¹²⁶ GONZALEZ-POSADA, Elias. Citado por GONZÁLEZ HERAZO, Edgardo. La difícil libertad sindical y las relaciones de conflicto en Colombia. Ediciones Doctrina y Ley LTDA. Bogotá, 2010. P 120

En la mediación el elemento distintivo respecto de la conciliación es que el tercero junto a las atribuciones presentes en esta figura posee una atribución adicional que en gran medida determina y enriquece las propias del conciliador- a saber la de emanar recomendaciones sobre el fondo del conflicto, esto es emitir una opción sobre cuál es la posición que a su juicio debería prevalecer como solución a la controversia¹²⁷.

El arbitraje puede definirse como aquella institución destinada a resolver un conflicto individual o colectivo planteado entre sujetos de una relación de derecho y consiste en la designación de un tercero (árbitro) cuya decisión se impone en virtud del compromiso adquirido en tal sentido por las partes interesadas.

Sus principales características son las siguientes: a) Los árbitros son neutrales a pesar de que puedan ser designados por las partes; b) La constitución del arbitraje y el pronunciamiento de los árbitros vinculan a las partes y obligan a su cumplimiento; c) El pronunciamiento pone fin al conflicto a menos que como sucede en algunos países se acepten recursos contra el mismo; d) Es de naturaleza privada; e) Carece en la mayoría de los ordenamientos de formalismo jurídico; f) Las partes pueden mantener el control de las pretensiones sometidas a arbitraje y el procedimiento carece de la rigurosidad propia de la instancia judicial¹²⁸.

Finalmente, los procedimientos de conciliación, mediación y arbitraje deben contar con el compromiso de los diferentes países para la creación los organismos independientes que adelanten estas garantías.

¹²⁷ DEL REY GUANTER, Salvador. Citado por GONZÁLEZ HERAZO, Edgardo. La difícil libertad sindical y las relaciones de conflicto en Colombia. Ediciones Doctrina y Ley LTDA. Bogotá, 2010. P 120

¹²⁸ GONZALEZ-POSADA. Citado por GONZÁLEZ HERAZO, Edgardo. La difícil libertad sindical y las relaciones de conflicto en Colombia. Ediciones Doctrina y Ley LTDA. Bogotá, 2010. P 121

2. EL SERVICIO MINIMO DE FUNCIONAMIENTO

El comité de libertad sindical ha dicho sobre el servicio mínimo de funcionamiento que:

“606. El establecimiento de servicios mínimos en caso de huelga solo debería ser posible en: 1) Aquellos servicios cuya interrupción pueda poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de la persona en toda o parte de la población (Servicios esenciales en el sentido estricto del término); 2) En aquellos servicios no esenciales en el sentido estricto en lo que huelgas de una cierta extensión y duración podrían provocar una situación de crisis nacional aguda tal que las condiciones normales de existencia de la población podrían estar en peligro, y 3) en servicios públicos de importancia trascendentales”¹²⁹.

De esta manera tenemos que un servicio mínimo puede ser la solución sustitutiva apropiada de la prohibición total, en las situaciones en que no parece justificada una limitación importante o la prohibición total de la huelga y en que, sin ponerse en tela de juicio el derecho de huelga de la gran mayoría de los trabajadores, podría tratarse de asegurar la satisfacción de las necesidades básicas de los usuarios o el funcionamiento continuo y en condiciones de seguridad de las instalaciones¹³⁰.

En los casos de crisis nacional aguda se debe requerir un servicio mínimo, pero en este último caso las organizaciones sindicales deberían poder participar en su definición, junto con los empleadores y las autoridades públicas¹³¹. Lo anterior puede ser considerado como el dialogo tripartito.

“610. Un servicio mínimo puede establecerse en caso de huelgas cuyas extensión y duración pudieran provocar una situación de crisis nacional aguda tal que las condiciones normales de existencia de la población podrían estar en peligro; para ser aceptable, dicho servicio mínimo debería limitarse a las operaciones estrictamente necesarias para no comprometer la vida o las condiciones normales de existencia de toda o parte de la población y debería posibilitar, por otra parte en

¹²⁹La libertad sindical. Óp. Cit. Párrafo 606

¹³⁰Ibíd. Párrafo 607

¹³¹Ibíd. Párrafo 609

lo que se refiere a su determinación, la participación de las organizaciones de trabajadores así como de los empleadores y de las autoridades públicas¹³².

Siguiendo con el tema de la participación tenemos que:

612. En la determinación de los servicios mínimos y del número de trabajadores que los garanticen deberían poder participar no solo las autoridades públicas sino también las organizaciones de trabajadores y de empleadores interesadas. En efecto, ello no solo permite un ponderado intercambio de puntos de vista sobre lo que en una situación concreta puede considerarse como servicios mínimos limitados a lo estrictamente indispensable sino que también contribuye a garantizar que el alcance de los servicios mínimos no tenga por resultado que la huelga sea inoperante en la práctica en razón de su escaso impacto, así como a disipar posibles impresiones de las organizaciones sindicales en el sentido de que una acción de huelga se ha visto frustrada en razón de servicios mínimos concebidos demasiado ampliamente y fijado unilateralmente¹³³.

Con respecto a la existencia de un servicio mínimo el comité de libertad sindical considera que:

Respecto al alegato relativo a la exigencia legal de un servicio mínimo cuando se trate de una huelga en los servicios públicos esenciales y cuya divergencia en cuanto al número y ocupación es resuelta por la autoridad del trabajo, en opinión del Comité la legislación debería prever que dicha divergencia fuese resuelta por un órgano independiente y no por el Ministerio del Trabajo o empresa pública concernida¹³⁴.

El comité de libertad sindical se ha pronunciado sobre la exigencia de prestación de servicio mínimo en:

615. El servicio de transbordadores no constituye un servicio esencial. Sin embargo, dadas las dificultades y molestias que pueden causar a los habitantes de las islas a lo largo de la costa la interrupción de los servicios de transbordador, puede imponer un servicio mínimo a mantener en caso de huelga¹³⁵.

¹³²Ibíd. Párrafo 610

¹³³Ibíd. Párrafo 612

¹³⁴Ibíd. Párrafo 613

¹³⁵Ibíd. Párrafo 615

616. Los servicios que presta la Empresa Nacional de Puertos no constituye servicios esenciales, si bien por tratarse de un servicio público importante podría preverse el mantenimiento de un servicio mínimo en caso de huelga¹³⁶.

621. El transporte de pasajeros y mercancías no es un servicio esencial en el sentido estricto del término; no obstante, se trata de un servicio público de importancia trascendental en el país y, en caso de huelga, puede justificarse la imposición de un servicio mínimo¹³⁷.

622. En los servicios de correos puede preverse el mantenimiento de un servicio mínimo¹³⁸.

623. Es admisible la imposición de servicios mínimos, como en el sector de la recolección de basuras¹³⁹.

624. El instituto monetario, los bancos, los transportes y los sectores del petróleo son sectores donde podría negociarse un servicio mínimo a mantener en caso de huelga para garantizar que se satisfagan las necesidades esenciales de los consumidores¹⁴⁰.

625. En casos de larga duración en el sector de la educación pueden establecerse servicios mínimos en consulta plena con los interlocutores sociales¹⁴¹.

186. En el sector de los servicios de salud el respeto del derecho de huelga varía en gran medida de un país a otro. En algunos se espera que los empleadores y los trabajadores consensúen libremente los servicios mínimos que deben seguir funcionando en caso de conflictos laborales, mientras que en otros este particularse estipula por ley. En algunos países se prohíbe toda huelga en este sector, ya sea porque éste presta servicios esenciales o porque existe una

¹³⁶Ibíd. Párrafo 616

¹³⁷Ibíd. Párrafo 621

¹³⁸Ibíd. Párrafo 622

¹³⁹Ibíd. Párrafo 623

¹⁴⁰Ibíd. Párrafo 624

¹⁴¹Ibíd. Párrafo 625

prohibición general de llevar a cabo medidas de reivindicación en el sector público¹⁴².

También, ha considerado el comité de libertad sindical que:

“137. Ahora bien, el servicio mínimo negociado debería satisfacer por lo menos dos condiciones: i) debería tratarse real y exclusivamente de un servicio mínimo, es decir, un servicio limitado a las actividades estrictamente necesarias para cubrir las necesidades básicas de la población o satisfacer las exigencias mínimas del servicio, sin menoscabar la eficacia de los medios de presión; y ii) dado que este sistema limita uno de los medios de presión esenciales de que disponen los trabajadores para defender sus intereses económicos y sociales, las organizaciones de trabajadores que así lo deseen deberían poder participar en el establecimiento de este servicio, de igual modo que los empleadores y las autoridades públicas. Además, ya se trate o no de un servicio esencial en el sentido estricto del término, siempre podrá exigirse un servicio mínimo a fin de garantizar la seguridad de los locales y el mantenimiento de los equipos”¹⁴³.

3 DIALOGO SOCIAL - Acuerdo tripartito

El dialogo social nos habla de la intervención de los trabajadores, los empleadores y los gobiernos en las diferentes decisiones relativas al empleo. Igualmente, en el dialogo social encontramos todo tipo de intercambios de información, negociaciones, consultas con respecto a las diferentes políticas ya sea económicas, laborales y sociales.

Encontramos que “El diálogo social es uno de los principios fundacionales y modelo de gobernanza de la OIT desde su constitución, en 1919, con el fin de promover la justicia social. La estructura y las funciones básicas de la Organización radican en el diálogo social y presuponen la participación de los

¹⁴² ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. La libertad de asociación y la libertad sindical en la práctica: lecciones extraídas, Ginebra, 2008. Párrafo 186

¹⁴³ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Estudio General sobre los convenios fundamentales relativos a los derechos en el trabajo a la luz de la Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa 2008, Ginebra, 2012. Párrafo 137

gobiernos, los trabajadores y los empleadores en el desempeño de sus mandatos respectivos”¹⁴⁴.

En el informe del Director General de 1999: “Trabajo Decente”, se señala el camino a seguir en años siguientes para la Organización y para la Oficina encargada de llevar a la práctica la política de nuestros mandantes. Uno de los temas centrales de este informe es la promoción del diálogo social, como herramienta y como valor en sí. Sobre las normas internacionales del trabajo que son importantes para el diálogo social tenemos:

- El Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948 (núm. 87),
- El Convenio sobre el derecho de sindicación y negociación colectiva, 1949 (núm. 98),
- El Convenio sobre las relaciones de trabajo en la administración pública, 1978 (núm. 151),
- El Convenio sobre la negociación colectiva, 1981 (núm. 154),
- El Convenio sobre los representantes de los trabajadores, 1971 (núm. 135).

De conformidad con la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo, adoptada por la Conferencia Internacional del Trabajo en 1998, todos los Miembros de la OIT tienen un compromiso que se deriva de su mera pertenencia a la Organización de respetar, promover y hacer realidad los principios de la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de

¹⁴⁴ La OIT «tiene la obligación solemne de fomentar... programas que permitan lograr... la colaboración de trabajadores y de empleadores en la preparación y aplicación de medidas sociales y económicas» (párrafo III). La Declaración de Filadelfia, adoptada en 1944, forma parte de la Constitución de la OIT.

negociación colectiva consagrados en los convenios 87 y 98, con independencia de la situación relativa a surtificación¹⁴⁵.

En cuanto al tema de la importancia del dialogo social dice la organización que:

24. El diálogo social viene contemplado en casi todos los convenios y recomendaciones de la OIT, así como en el Programa de Trabajo Decente. Ninguno de estos instrumentos puede surtir realmente efecto sin un diálogo social verdadero, ya que en muchas de sus disposiciones se exige expresamente, para garantizar su aplicación, la celebración de consultas con los interlocutores sociales. En muchos convenios y recomendaciones de la OIT se facilitan también orientaciones detalladas acerca de las medidas que los gobiernos deberían adoptar a fin de regular los derechos y prácticas fundamentales para el diálogo social y de desarrollar este diálogo en ámbitos como el empleo, la protección social y los recursos humanos¹⁴⁶.

Es así como la promoción del dialogo social es responsabilidad de los Ministerios de trabajo. La eficacia del diálogo social y la solidez de las relaciones laborales dependen de la capacidad del gobierno para formular políticas, actuar como administrador y, en el caso del tripartismo, participar en los procesos de diálogo¹⁴⁷. Todo esto con el fin de articular la negociación colectiva en el ámbito sectorial a la aplicación de diferentes políticas sociales promoviendo la justicia social.

En términos de la OIT es así,

258. Respaldo y desarrollar las capacidades de los mandantes tripartitos es una de las principales actividades de la OIT. Los objetivos clave consisten en sensibilizar más a los mandantes respecto a las ventajas del diálogo social en cuanto instrumento de gobernanza, mejorar su capacidad de participación en el diálogo social y la formulación de políticas, reforzar las estructuras de organización y gobernanza interna, y fortalecer las capacidades en materia de negociación colectiva y cumplimiento efectivo de la legislación laboral. Por esa razón, muchos programas de trabajo decente por país y proyectos de cooperación técnica —

¹⁴⁵ Ver ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo de 1998. Ginebra, 1998. P 3

¹⁴⁶ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Conferencia Internacional del Trabajo, 108 reunión. Informe VI, El Dialogo Social. Discusión recurrente en el marco de la Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa. Ginebra, 2013. Párrafo 24

¹⁴⁷ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Ibíd. Párrafo 45

principales recursos de la OIT a nivel nacional — se centran en la creación de capacidad para los interlocutores sociales¹⁴⁸

En este marco la OIT lleva a cabo varias acciones para fortalecer el diálogo, desde actividades y proyectos diseñados para reforzar a los actores en el diálogo, hasta programas y proyectos con la promoción del diálogo social como objetivo principal¹⁴⁹, es así como se ha pronunciado el comité sobre la importancia

“1067. El Comité ha subrayado la importancia que atribuye a la promoción del diálogo y la consulta en las cuestiones de interés común entre las autoridades públicas y las organizaciones profesionales más representativas del sector de que se trate”¹⁵⁰.

Desde la perspectiva de las relaciones de trabajo, el tripartismo reclama como presupuestos:

- a) La actuación de los sindicatos en libertad sindical;
- b) el reconocimiento de todas las libertades públicas;
- c) el reconocimiento y tutela de la autonomía colectiva, y;
- d) la representatividad (interlocución) de los actores o sujetos intervinientes.

Presentados los anteriores como tópicos diferenciables, sólo a fines didácticos, todos ellos pudiesen subsumirse en uno sólo: la libertad sindical”¹⁵¹.

Continuando dice Johansen que “El Preámbulo del Convenio 144 de la OIT sobre la consulta tripartita, comienza por recordar, precisamente, las disposiciones de “los convenios y recomendaciones internacionales del trabajo existentes y en particular del Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948; del Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, 1949, y de la Recomendación sobre la consulta (ramas de actividad económica y ámbito nacional), 1960, que afirman el derecho de los empleadores y de los trabajadores de establecer organizaciones libres e independientes (...)”, lo

¹⁴⁸ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Ibíd.* Párrafo 258

¹⁴⁹Ver Actividades de Promoción del Dialogo Social en www.ilo.org

¹⁵⁰La libertad sindical. *Óp. Cit.* Párrafo 1067

¹⁵¹JOHANSEN, Lars. *El dialogo social y la OIT.* San José, 2001. Página 8

que explicita la relación entre tripartismo y libertad sindical o, lo que es igual, entre el primero y uno de los derechos humanos fundamentales”¹⁵².

Así mismo:

“El Comité ha señalado a la atención de los gobiernos la importancia de una consulta previa con las organizaciones de empleadores y de trabajadores antes de que se adopte cualquier ley en el terreno del derecho del trabajo (....)

Es esencial que, cuando se introduzca un proyecto de legislación que afecte la negociación colectiva o las condiciones de empleo, se proceda antes a las consultas detalladas con las organizaciones de trabajadores y de empleadores interesadas”¹⁵³.

De esta manera el dialogo tripartito entendido como un conjunto de elementos a favor de unas relaciones laborales más dignas significa un contenido de la libertad sindical, de modo que también, hace parte de los sistemas democráticos y mediante el dialogo:

"(...) se potencia, principalmente, una ecuación social en que el Estado -que tiene o cree tener el derecho de adoptar unilateralmente ciertas decisiones- limita y modula dicha facultad, para compartirla con los dos sujetos inmediatos de las relaciones laborales.

Es así como la función estatal heterónoma favorece y promueve a la autonomía colectiva, al fortalecer y ampliar los campos de actuación de esa autonomía”¹⁵⁴.

El grado de democracia que haya en las relaciones laborales se demostrará a partir las concesiones de poder entre los protagonistas del dialogo tripartito de la siguiente manera:

“Lo característico de un modelo de relaciones laborales será pues la determinación de la posición que en él queda reservada para cada uno de los <<jugadores>>, a saber, el Estado y otras personas públicas, las organizaciones profesionales (en particular los sindicatos y las asociaciones de empresarios), los empleadores y los trabajadores en su papel singular. Y aquella posición se relaciona, antes que nada,

¹⁵² JOHANSEN, Lars. Ibid. Página 15

¹⁵³ La libertad sindical. Op. Cit. Párrafo 1073

¹⁵⁴ MOGRADO VALENZUELA. Citado por JOHANSEN, Lars. El dialogo social y la OIT. San José, 2001. P 18

con el poder de decisión con el que cada uno de los protagonistas pueda actuar, sea un poder propio (auto o heterorreconocido) sea un poder no propio (atribuido o delegado). El rasgo inequívocamente caracterizador de cualquier modelo de relaciones laborales frente a otro es el de la particular distribución del poder de decisión entre los interlocutores sociales lo que Carrier denomina, <<en su modelo o sistema>>, la función de relaciones industriales en los niveles supraempresarial y empresarial (o macrocósmico y microcósmico, o macroeconómico o microeconómico....)"¹⁵⁵.

De igual manera ha dicho el comité que,

“4. El propósito general del procedimiento especial del Comité de Libertad Sindical no es criticar o castigar a nadie, sino establecer un diálogo tripartito constructivo a fin de promover el respeto de los derechos sindicales de jure y de facto”¹⁵⁶.

Finalmente, las consultas permiten a los interlocutores sociales no sólo compartir información, sino también participar en un análisis a fondo sobre las cuestiones planteadas. Si bien la consulta en sí misma no conlleva el poder de decisión, puede formar parte de ese proceso.

Las consultas requieren el compromiso de las partes mediante un intercambio de opiniones que puede llevar a profundizar en el diálogo. Si bien son muchas las instituciones que recurren a la consulta y al intercambio de información, algunas están facultadas para llegar a acuerdos que pueden tener carácter vinculante. Las instituciones de diálogo social que no tienen ese tipo de mandato suelen ofrecer servicios de asesoramiento a los ministerios, legisladores y a otros responsables políticos y encargados de tomar decisiones.

¹⁵⁵Luis Enrique de la Villa Gil, Prólogo a la obra “Democracia y Relaciones Laborales” de Gabriel García Becedas, AKAL EDITOR, Madrid 1982. Citado por JOHANSEN, Lars. El dialogo social y la OIT. San José, 2001. P 18

¹⁵⁶La libertad sindical. Óp. Cit. Párrafo 4

4 PRESENTACIÓN DE CASO DE SOLUCIÓN TRIPARTITA A HUELGA DE TRABAJADORES DE ECOPETROL

En el año 2004 los trabajadores de ECOPETROL iniciaron negociación colectiva agotando la etapa de arreglo directo, por lo cual se declaró la huelga que tuvo una duración de 36 días, teniendo como objetivo principal la defensa de los bienes públicos nacionales y la defensa de ECOPETROL.

Posteriormente, mediante Resolución 01116 de Abril de 2004 se declara la ilegalidad de la huelga por parte del Ministerio de Protección Social, por esta razón se procede al despido de 248 trabajadores participantes en la huelga, de acuerdo, a procesos disciplinarios con la aplicación de la Convención Colectiva de Trabajo.

Para el levantamiento de la huelga, ECOPETROL, el Gobierno Nacional y la USO, llegaron en mayo 26 de 2004 al “acuerdo trabajadores despedidos del conflicto colectivo de trabajo 2002 -2004”, pactando la conformación de un Tribunal de Arbitramento para decidir en derecho la situación de los trabajadores despedidos.

El Tribunal de Arbitramento, a través de laudo arbitral proferido en enero 21 de 2005, ordenó el reintegro de “un centenar” de trabajadores con el propósito de aplicarles el Código Disciplinario Único, el pago de pensiones a algunos trabajadores que cumplieran los requisitos, el pago de pensiones proporcionales a otros y el pago de indemnizaciones a quienes estaban vinculados con contrato a término fijo. Sin embargo, indicaron los accionantes que una vez culminados los procesos disciplinarios, “más de la mitad de los trabajadores” fueron destituidos e inhabilitados por 10 y 20 años para el ejercicio de cargos públicos.

Consideran los trabajadores que los despidos y las inhabilitaciones constituyen conductas antisindicales y antilaborales, por lo cual decidieron acudir mediante una queja al comité de libertad sindical de la OIT, en el caso 2355, realizándose pronunciamientos y recomendaciones para que ECOPETROL dejara de lado los

despidos y reintegrara a los trabajadores despedidos entre 2005 a 2008, decisiones notificadas en debida forma.

En el informe 337 de la OIT se resalta dentro de las recomendaciones que los despidos tienen como origen conflictos laborales que son contrarios a la Libertad Sindical.

En el informe de 2009 reitera el Comité de Libertad Sindical la importancia de que la declaratoria de ilegalidad de la huelga sea realizada por un órgano imparcial, lo cual fue solucionado mediante la ley 1211 de 2009 para que la declaratoria de ilegalidad sea realizada por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Distrito Judicial.

Igualmente, se recomienda que el gobierno colombiano tome las medidas para definir el derecho de huelga en el sector del petróleo, ya que no es un servicio esencial en estricto sentido como se explicó en otros apartes del texto, por lo cual se recomienda revisar el artículo 430 del Código Sustantivo del Trabajo

Las recomendaciones emitidas por el organismo internacional no han sido acogidas por ECOPETROL ni por el Estado Colombiano. Por lo cual se considera que es violatorio del bloque de constitucionalidad en tanto son de obligatorio cumplimiento por parte de las autoridades colombianas.

Posteriormente ha reintegrado a más o menos 180 trabajadores, pero no a la totalidad, por lo cual se está violando el derecho a la igualdad. Así como no se realizó el proceso de levantamiento de fuero sindical a los trabajadores aforados.

De esta manera, los trabajadores despedidos y sancionados han acudido a la jurisdicción ordinaria laboral y a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, donde sus reclamaciones no han sido resueltas favorablemente.

En las sentencias de tutela 171 de 2011 y 087 de 2012¹⁵⁷ la Corte Constitucional se pronunció sobre la violación de los derechos laborales de los trabajadores de ECOPEPETROL que no han sido reintegrados bajo el mandato del Comité de Libertad Sindical de OIT.

En las sentencias se aborda la obligatoriedad de las recomendaciones expedidas por el Comité de Libertad Sindical de OIT y aprobadas por el Consejo de Administración y que a su vez versen sobre informes definitivos con los cuales se pretende que los gobiernos mantengan informado al Comité de Libertad Sindical.

La Corte Constitucional en las sentencias T-568 de 1999, T-1211 de 2000 y T-603 de 2003, en las que se concedió el amparo solicitado mediante acción de tutela, ha sido uniforme al considerar que las recomendaciones proferidas por el Comité de Libertad Sindical de la OIT aprobadas por el Consejo de Administración, tienen una orden vinculante para el Estado colombiano y por tanto es imperativa su sujeción.

En la Sentencia T-568 de 1999, la Corte Constitucional afirmó: “ (...) *las recomendaciones de los órganos de control y vigilancia de la OIT, no pueden ser ignoradas: cuando resultan de actuaciones del Estado contrarias a los tratados internacionales aludidos en el artículo 93 Superior, aunque no sean vinculantes directamente, generan una triple obligación en cabeza de los Estados: deben 1) ser acogidas y aplicadas por las autoridades administrativas; 2) servir de base para la presentación de proyectos legislativos; y 3) orientar el sentido y alcance de las órdenes que el juez de tutela debe impartir para restablecer los derechos violados o amenazados en éste y los casos que sean similares*”¹⁵⁸

¹⁵⁷Ver Sentencias de Tutela 171 de 2011 y 087 de 2012. Consultadas en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/t-171-11.htm> y <http://corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/t-087-12.htm> el 30 de Mayo de 2014.

¹⁵⁸REPÚBLICA DE COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia de Tutela 568 de 1999. Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz. Consultada en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/t-568-99.htm> el 16 de Febrero de 2014.

En la sentencia T-1211 de 2000, la Corte al reiterar el contenido de la sentencia T-568 de 1999, explicó que *“constituye jurisprudencia de la Corporación la fuerza vinculante de las Recomendaciones del mencionado Comité. Esto en virtud del llamado bloque de constitucionalidad (...)”*¹⁵⁹

Por el contrario, en la sentencia T-979 de 2004, la Corte declaró la improcedencia de la acción de tutela interpuesta por el Presidente del Sindicato de Trabajadores Oficiales del Municipio de Neiva contra el Ministerio de la Protección Social y el Municipio de Neiva, por la desvinculación de 155 trabajadores del Municipio, cuyo reintegro fue ordenado por el Comité de Libertad Sindical. Argumentó la Corporación que: *“(...) la presente acción debe ser resuelta desfavorablemente por cuanto se fundamenta en recomendaciones provisionales del Comité de Libertad Sindical de la Organización Internacional del Trabajo, que no tienen carácter vinculante para el Estado colombiano por cuanto aún no han sido adoptadas por el Consejo de Administración, tal como corresponde según la constitución de la OIT”*¹⁶⁰

De esta manera se muestra el tema de la obligatoriedad de las recomendaciones del Comité en tanto cumplan con los requisitos mencionados.

Igualmente, para efectos de nuestro tema en las dos sentencias de tutela mencionadas la Corte exhorta al Congreso de la República para que reglamente los servicios públicos esenciales.

Pero también es cierto que el conflicto laboral fue solucionado con un acuerdo entre ECOPETROL y la USO, donde se decidió dar fin a las acciones disciplinarias y con ello reintegrar a los trabajadores despedidos.

¹⁵⁹REPÚBLICA DE COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia de Tutela 1211 de 2000. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero. Consultada en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/T-1211-00.htm> el 30 de Mayo de 2014

¹⁶⁰REPÚBLICA DE COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia de Tutela 979 de 2004. Magistrado Ponente: Jaime Córdoba Triviño. Consultada en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/T-979-04.htm> el 30 de Mayo de 2014

Estos ejercicios de negociación para definir acciones entre los sindicatos y las empresas deberían verse reflejados en mayores ámbitos de acción sobre el derecho de huelga, es decir, en vez de ahorrarnos la ida a poner la queja en la OIT y todo el trámite que ello significa. Porque no negociamos la prestación mínima del servicio y las quejas ante el comité de libertad sindical disminuirían ya que la mayoría de las quejas versan sobre huelgas declaradas ilegales por no tener el concepto de servicio público esencial

Del análisis del capítulo se encuentran las garantías compensatorias a quienes tienen limitado su derecho de huelga, pero igualmente la solución al problema del derecho de huelga en los servicios esenciales, se desprende del texto, estaría en la prestación mínima del servicio de funcionamiento, contando para el caso colombiano con la negociación de las condiciones en las cuales va a ser prestado el servicio y para ello se propone el dialogo tripartito como fórmula del dialogo social propugnado por la Organización Internacional del Trabajo.

Para ello es necesario realizar consultas vinculantes a los empleadores, trabajadores y gobierno sobre las condiciones de las prestaciones de todos los servicios públicos esenciales y no esenciales, de manera, que para la generalidad de los colombianos no se vean afectados sus derechos por la garantía del derecho de huelga y debe existir un porcentaje de prestación del servicio que no vaya a hacer nulo el derecho de los trabajadores a buscar condiciones de trabajo y empleo más dignas.

CONCLUSIONES FINALES Y RECOMENDACIONES

En Colombia la tasa de asociación sindical es porcentualmente baja y las condiciones de trabajo han cambiado dejando de lado el modelo fordista de producción, dando lugar a cambios en la contratación laboral como contratos de trabajo a término definido, contratos de trabajo por obra labor, además, de la tercerización o flexibilización laboral.

Estos procesos de apertura económica han sido devastadores para el derecho colectivo del trabajo, especialmente, para la Libertad Sindical (derecho de asociación sindical, derecho de negociación colectiva y derecho de huelga) donde se encuentra el triángulo indisociable como dice el Profesor Mario de la Cueva y que se cimentó en el siglo XIX y XX con las luchas sociales por mejores condiciones de trabajo.

Las mejores condiciones de trabajo se vieron plasmadas en diferentes reglamentaciones como Constituciones de los Estados y Leyes Laborales encontrándonos con el auge del derecho laboral en lo individual y colectivo, junto con las normas sobre seguridad social en pensiones, salud y riesgos laborales.

De la lucha social en las calles para la búsqueda de mejores condiciones de vida para los obreros en Colombia y otros países del mundo, la huelga dejó de ser un delito y paso a ser un derecho cuya garantía estaba dada por el legislador.

En el siglo XX se desarrollaron los catálogos de derechos fundamentales y entre ellos, los derechos sociales y su exigibilidad, así como también para el caso del derecho de huelga se dio lugar a su mayor restricción como es cuando se trate de la prestación de un servicio público.

Con la constitucionalización del derecho de huelga se impuso la limitación anteriormente mencionada, que persiste aún con la Constitución Política de 1991, lo cual para algunos se considera que no ha habido cambios en el derecho de huelga.

El derecho de huelga es reconocido como un derecho social fundamental en la Constitución Política colombiana, así como en la Carta de la Organización de Estados Americanos, la carta de la Unión Europea, la Carta Americana de Garantías Sociales, la Carta Social Europea, el Protocolo de San Salvador, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y la Carta Árabe de Derechos Humanos.

De igual manera, la protección al derecho de huelga lo ha desarrollado la Organización Internacional del Trabajo con sus órganos de control como son el Comité de Libertad Sindical y la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, quienes se han encargado de realizar recomendaciones a los diferentes países incluido Colombia y expedir el cuerpo de principios sobre derecho de huelga que se refleja en las diferentes recopilaciones.

El triángulo equilátero que constituye la libertad sindical (derecho de asociación, derecho de negociación colectiva y derecho de huelga) ha sido garantizado por los convenios 87 y 98 de la OIT, que a su vez se constituyeron en convenios fundamentales con la Declaración de 1998, por lo cual no se pone en duda la fundamentalidad del derecho de huelga.

En el caso colombiano la Corte Constitucional en diferentes sentencias de constitucionalidad ha estipulado que los convenios 87 y 98 de la OIT hacen parte del bloque de constitucionalidad en sentido estricto, al igual que las recomendaciones del Comité de Libertad Sindical.

También, se concluye que Colombia ha incumplido con disposiciones de los diferentes órganos de la OIT con la reglamentación sobre el derecho de huelga en los servicios esenciales, donde ambiguamente utiliza el concepto de servicio público indistintamente sin tener en cuenta si es esencial o no, provocando confusiones en los operadores jurídicos.

Ante esta situación lo que ha hecho la Corte Constitucional es mediante el Control de Constitucionalidad analizar sí se considera esencial o no el listado de servicios públicos contenidos en el artículo 430 del Código Sustantivo del Trabajo, pero es de recordar que esta normatividad es anterior a la Constitución Política de 1991 y como lo ha dicho la misma Corte Constitucional corresponde al Congreso definir cuáles son los servicios públicos esenciales.

Ante la falta de voluntad política del Congreso de la República, la Corte Constitucional se ha hecho a la tarea de revisar como dije anteriormente cada uno de los servicios públicos contenidos en el artículo citado, pero en muchas oportunidades ha declarado exequibles servicios que a todas luces no son esenciales para la Organización Internacional del Trabajo utilizando la libertad que tienen los estados de definir los servicios esenciales basados en las características propias de los países, dando lugar a anular el derecho de huelga.

La OIT en diferentes pronunciamientos ha dicho cuáles son los servicios considerados no esenciales y el concepto de servicio esencial que debe aplicarse de forma restrictiva, es decir, solo en casos donde se demuestre que es necesario limitar el derecho de huelga porque se pone en peligro la vida y la salud de las personas.

En los análisis realizados por la Corte Constitucional a pesar de utilizar Normas Internacionales del Trabajo no logra declarar la inexecutable de normas que son abiertamente preconstitucionales y violatorias del derecho de huelga en el sentido de que su suspensión no pone en peligro la salud o la vida de las personas.

En Colombia la tasa de sindicalización es demasiado baja y por el fenómeno de la tercerización laboral no se garantiza la libertad sindical, y lo mínimo que se espera es que las pocas personas que tienen el derecho de huelga como indisociable de la asociación sindical y la negociación colectiva puedan ejercerlo ya sea en el marco de los conflictos colectivos de trabajo o en las huelgas generales en búsqueda de mejores condiciones de trabajo para la población colombiana y ante

la arremetida neoliberal en el marco de las relaciones laborales y la regulación de la economía.

Igualmente, en varias oportunidades el Comité de Libertad Sindical se ha pronunciado sobre la garantía de la libertad sindical en los diferentes países del mundo y la promoción del dialogo social como la mejor forma de resolver las controversias.

La Organización Internacional del Trabajo ha buscado solución al problema del derecho de huelga en los diferentes países, por eso ha propuesto como garantías compensatorias, la mediación y el arbitraje, pero muchas veces ese sistema no funciona porque no hay confianza entre las partes y las soluciones a los conflictos colectivos del trabajo de los tribunales de arbitramento son limitadas a las que puedan ser analizadas por la presentación del pliego de peticiones y el llamado contrapligo que presentan los empleadores.

Otra de las alternativas propuesta por la OIT es la prestación del servicio mínimo de funcionamiento, que consiste en negociar los servicios que se prestan de esta manera y cuál es el porcentaje de trabajadores que estarán en la huelga y cuáles en el lugar de trabajo, pero lo más importante es que tenga un impacto real la huelga y pueda cumplir con el objetivo de mejorar las condiciones de trabajo en la empresa.

El dialogo social es uno de los principios fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo y ha sido el pilar del desarrollo de su labor para mejorar las relaciones de trabajo en el mundo como consta en la Constitución de la OIT y en todos los convenios y recomendaciones sobre el dialogo tripartito.

La propuesta que presento como solución a la garantía del derecho de huelga en Colombia es suprimir el concepto de servicio esencial, que lo único que ha hecho es limitar el derecho de huelga en el mundo, lo que se debería utilizar es el concepto de prestación mínima del servicio donde todos los trabajadores excepto

los que ejercen funciones de autoridad a nombre del Estado, para los cuales deben acudir a los mecanismos de arbitraje y conciliación, se les garantice su derecho, contando con realizar un preaviso del desarrollo de la huelga y que haya un porcentaje de trabajadores laborando para que no se afecten las personas que solicitan sus servicios.

Para definir la prestación mínima del servicio es necesario acudir al dialogo social, que deben conformarlo los trabajadores, los empleadores y el Gobierno, definiendo el porcentaje de prestación del servicio y el término de preaviso para el desarrollo de la huelga.

Estos acuerdos deben verse plasmados en leyes de la república, ya que existe una reserva legal con respecto a la prestación de los servicios públicos esenciales y la definición de aquellos.

Esta propuesta sería beneficiosa para la libertad sindical y garantizaría el derecho de huelga, haciendo realidad por lo menos en algo el derecho colectivo del trabajo, que tanto ha sido menoscabado en Colombia.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS Y ARTICULOS

1. ABRAMOVICH, Victor y COURTIS, Christian. Los Derechos Sociales como Derechos Exigibles. Editorial Trotta. Madrid, 2002.
2. ALEXY, Robert. Teoría de los Derechos Fundamentales. Traducción de Ernesto Garzón Valdés. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 1997.
3. ALEXY, Robert. Epilogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales. Revista Española de Derecho Constitucional. Madrid, 2002
4. ALEXY, Robert. Sobre los Derechos Constitucionales de Protección. En línea
5. ANTUNES, Ricardo. ¿Adiós al trabajo? Ensayo sobre las metamorfosis y la centralidad del mundo del trabajo. Cortez Editora. Sao Paulo, 2001.
6. ARANGO RIVADENEIRA, Rodolfo. El Concepto de Derechos Sociales Fundamentales. LEGIS. Bogotá, 2012.
7. BERNAL PULIDO, Carlos. Estructura y Limites de la Ponderación. Doxa 26. Universidad de Alicante, 2003
8. CARBONELL, Miguel. Teoría del Neoconstitucionalismo. Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM. Editorial Trotta. Madrid, 2007.
9. CIENFUEGOS, David y RODRIGUEZ, Luis Gerardo, coordinadores. Actualidad de los Servicios Públicos en Iberoamérica. Universidad Nacional Autónoma de México. México, 2008.
10. CONFERENCIA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Reunión 81. Libertad Sindical y Negociación Colectiva. 1994.

11. CUEVA, Mario de la. El Nuevo Derecho Mexicano del Trabajo. Tercera Edición. Tomo II. Porrúa. México. 1989.
12. FAVOREU, Louis. El Bloque de Constitucionalidad. Publicado en la Revista del Centro de Estudios Constitucionales, número 5, enero-abril de 1990. Madrid, 1990.
13. FERRAJOLI, Luigi. Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales. Colección Estructuras y Procesos, Serie Derecho. Editorial Trotta. Madrid, 2005
14. FIORAVANTI, Mauricio. Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las Constituciones. Editorial Trotta S.A. Madrid, 2003.
15. GERNIGON, Bernard y otros. Principios de la OIT sobre el derecho de huelga. Revista Internacional del Trabajo, volumen 117, número 4. 1998.
16. GONZALEZ HERAZO, Edgardo Rafael. La Difícil Libertad Sindical y las Relaciones de Conflicto en Colombia. Ediciones Doctrina y Ley. Bogotá, 2010.
17. JOHANSEN, Lars. El dialogo social y la OIT. San José, 2001.
18. HABERMAS, Jurguen. Facticidad y Validez. Editorial Trotta. Madrid, 1998
19. HERRERA VERGARA, José Roberto. Globalización laboral y de la seguridad social. Colección Textos de Jurisprudencia, Universidad del Rosario. 2007.
20. MARTINEZ MONTOYA, Jesús Abraham. Análisis de la huelga. Revista Avances número 110. Ciudad Juarez, 2006.
21. MOLINA, Carlos Ernesto. Las normas internacionales del trabajo y su efectividad en el derecho colombiano. Editorial Temis. Bogotá, 2005.
22. MONROY CABRA, Marco Gerardo. Introducción al derecho internacional laboral. Ediciones Rosaristas. Bogotá, 1977.

23. MONROY CABRA, Marco Gerardo. La interpretación constitucional. Ediciones Librería del Profesional. Bogotá, 2002.
24. ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Libertad sindical: Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT, Oficina Internacional del Trabajo, quinta edición (revisada), Ginebra, 2006.
25. ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Conferencia Internacional del Trabajo, 101 reunión. Estudio General sobre los convenios fundamentales relativos a los derechos en el trabajo a la luz de la Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa, 2008. Ginebra, 2012.
26. ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Conferencia Internacional del Trabajo, 108 reunión. Informe VI, El Dialogo Social. Discusión recurrente en el marco de la Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa. Ginebra, 2013.
27. ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, Manual sobre la negociación colectiva y solución de conflictos en la administración pública. Ginebra, 2011.
28. ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. El diálogo social y las relaciones laborales en la industria el petróleo Informe para el debate de la Reunión tripartita sobre la promoción del diálogo social y las buenas relaciones laborales desde la prospección y producción hasta la distribución de petróleo y gas. Ginebra, 2009.
29. ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. La libertad de asociación y la libertad sindical en la práctica: lecciones extraídas, Ginebra, 2008.

30. RAMIREZ, Fanny. Cartilla guía utilización NIT en decisiones Judiciales. Proyecto Promoción de Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo - OIT. Bogotá: OIT/ Proyecto Promoción de Principios Fundamentales en el Trabajo, 2010.
31. RODRÍGUEZ, Libardo. Derecho Administrativo General y Colombiano. Editorial Temis, Bogotá, 2013.
32. RUSSOMANO, Mozart Víctor. Derecho Sindical. José Konfino Editor. Rio de Janeiro. 1975.
33. SILVA ROMERO, Marcel. Flujos y Reflujos, Reseña Histórica sobre el Derecho Laboral Colectivo Colombiano. Universidad Nacional de Colombia. 2000.
34. SWEPSTON, Lee. Desarrollo de las normas sobre derechos humanos y libertad sindical mediante el control de la OIT. Revista Internacional del Trabajo, volumen 117 número 2. 1998.
35. TASCÓN, Tulio Enrique. Derecho Constitucional Colombiano. Tercera Edición. Editorial La Gran Colombia. 1994.
36. VALLEJO CABRERA, Fabián. El derecho de Huelga y Conceptos Afines. Calificación Judicial de la Huelga por los Tribunales OIT- Legislación- Jurisprudencia- Doctrina. Aspectos Sustantivo y Procesal Ley 1210 de 2008. Librería Jurídica Sánchez R. LTDA. Medellín, 2009.
37. VON POTOBSKY, Geraldo y BARTOLOMEI DE LA CRUZ, Héctor. La Organización Internacional del Trabajo. Editorial Astrea. Buenos Aires, 1990.

NORMAS

REPÚBLICA DE ESPAÑA. Tribunal Constitucional, STC 26/1981. Consultada en <http://www.tribunalconstitucional.es/es/jurisprudencia/Paginas/Sentencia.aspx?cod=16652>

REPÚBLICA DE COLOMBIA. Resolución 01766 del 30 de octubre de 2002, Ministerio de la Protección Social.

REPÚBLICA DE COLOMBIA. Decreto 753 de 1956

REPÚBLICA DE COLOMBIA. Código Sustantivo del Trabajo.

REPÚBLICA DE COLOMBIA. Constitución Nacional de 1986.

REPÚBLICA DE COLOMBIA. Constitución Política de 1991.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Recomendación 92.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, Convenio 151.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Convenio 154.

SENTENCIAS.

1. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia de Unificación 039 de 1997. Magistrado Ponente: Antonio Barrera Carbonell.

2. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia de Constitucionalidad 013 de 1993. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

3. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia de Constitucionalidad 035 de 2005. Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil.

4. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia de Constitucionalidad 075 de 1997. Magistrado Ponente: Hernando Herrera Vergara.

5. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia de Constitucionalidad 122 de 2012. Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

6. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia de Constitucionalidad 179 de 1994. Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz.

7. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia de Constitucionalidad 201 de 2002.
Magistrado Ponente: Jaime Araujo Rentería.
8. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia de Constitucionalidad 221 de 1992.
Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.
9. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia de Constitucionalidad 271 de 1999.
Magistrado Ponente: Antonio Barrera Carbonell.
10. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia de Constitucionalidad 314 de 2004.
Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra.
11. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia de Constitucionalidad 349 de 2009.
Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva.
12. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia de Constitucionalidad 401 de 2005.
Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa.
13. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia de Constitucionalidad 432 de 1996.
Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz.
14. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia de Constitucionalidad 450 de 1995.
Magistrado Ponente: Antonio Barrera Carbonell.
15. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia de Constitucionalidad 466 de 2008.
Magistrado Ponente: Jaime Araujo Rentería.
16. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia de Constitucionalidad 473 de 1994.
Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.
17. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia de Constitucionalidad 548 de 1994.
Magistrado Ponente: Hernando Barrera Vergara.
18. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia de Constitucionalidad 562 de 1992.
Magistrado Ponente: Jaime Sanín Greiffenstein.

19. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia de Constitucionalidad 663 de 2000. Magistrado Ponente: Antonio Barrera Carbonell.
20. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia de Constitucionalidad 670 de 2001. Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa.
21. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia de Constitucionalidad 691 de 2008. Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa.
22. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia de Constitucionalidad 696 de 2008. Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil.
23. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia de Constitucionalidad 858 de 2008. Magistrado Ponente: Nilson Pinilla Pinilla.
24. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia de Constitucionalidad 1369 de 2000. Magistrado Ponente: Antonio Barrera Carbonell.
25. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia de Tutela 087 de 2012. Magistrado Ponente: Nilson Pinilla Pinilla.
26. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia de Tutela 101 de 2006. Magistrado Ponente: Humberto Antonio Sierra Porto.
27. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia de Tutela 117 de 2010. Magistrado Ponente: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.
28. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia de Tutela 171 de 2011. Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio Palacio.
29. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia de Tutela 418 de 1992. Magistrado Ponente: Simón Rodríguez Rodríguez.
30. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia de Tutela 331 A de 2006. Magistrado Ponente: Jaime Araujo Rentería.

31. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia de Tutela 443 de 1992. Magistrado Ponente: José Gregorio Hernández Galindo.
32. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia de Tutela 556 de 2000. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.
33. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia de Tutela 568 de 1999. Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz.
34. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia de Tutela 926 de 2003. Magistrado Ponente: Álvaro Tafur Galvis.
35. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia de Tutela 927 de 2003. Magistrado Ponente: Álvaro Tafur Galvis.
36. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia de Tutela 1059 de 2001. Magistrado Ponente: Jaime Araujo Rentería.
37. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia de Tutela 167 de 2011. Magistrado Ponente: Juan Carlos Henao Pérez.