

# Discusiones sobre el trabajo y la seguridad social en el contexto latinoamericano

Ángela Patricia Martínez Ortega  
Andrés Darío Riascos Araujo  
Álvaro Alfonso Patiño Yepes  
Compiladores



**RED** de Grupos y Centros de  
INVESTIGACIÓN  
Jurídica y Sociojurídica



# Discusiones sobre el trabajo y la seguridad social en el contexto latinoamericano



**RED** de Grupos y Centros de  
INVESTIGACIÓN  
Jurídica y Sociojurídica

**Ángela Patricia Martínez Ortega**  
**Andrés Darío Riascos Araujo**  
**Álvaro Alfonso Patiño Yepes**  
Compiladores

Discusiones sobre el trabajo y la seguridad social en el contexto latinoamericano  
Autores: Mónica Hidalgo Oviedo, Isabel Goyes Moreno, Francisco Edmundo Paz Obando, Hugo Armando Medina Chaves, Liseth Haylen Pantoja Tobar, José Alejandro Rosero Realpe y Madeline Nataly Villacorte Bastidas  
Compiladores: Ángela Patricia Martínez Ortega, Andrés Darío Riascos  
Araujo y Álvaro Alfonso Patiño Yepes  
Fecha de publicación: 2020  
Páginas: 155  
ISBN: 978-958-8579-84-9  
Editora: Luz Elida Vera Hernández  
Fecha de publicación: 2020  
Existencias  
Libro Biblioteca Nacional de Colombia - Libros

*Discusiones sobre el trabajo y la seguridad social en el contexto latinoamericano*  
Autores: Mónica Hidalgo Oviedo, Isabel Goyes Moreno, Francisco Edmundo Paz Obando, Hugo Armando Medina Chaves, Liseth Haylen Pantoja Tobar, José Alejandro Rosero Realpe y Madeline Nataly Villacorte Bastidas  
Compiladores: Ángela Patricia Martínez Ortega, Andrés Darío Riascos  
Entidad editora: Editorial UNIMAR, Universidad Mariana  
Fecha de publicación: 2020  
Páginas: 155  
ISBN: 978-958-8579-84-9  
Edición: Primera  
Formato:  
Colección: Resultado de Investigación  
Materia:  
Materia tópicos:  
Palabras clave:  
País/Ciudad: Colombia / San Juan de Pasto  
Idioma: Español  
Menciones: Ninguna  
Visibilidad: Página web Editorial UNIMAR, Universidad Mariana  
Tipo de contenido: Discusiones sobre el trabajo y la seguridad social en el contexto latinoamericano

© Editorial UNIMAR, Universidad Mariana  
© Mónica Hidalgo Oviedo  
© Isabel Goyes Moreno  
© Francisco Edmundo Paz Obando  
© Hugo Armando Medina Chaves  
© Liseth Haylen Pantoja Tobar  
© José Alejandro Rosero Realpe  
© Madeline Nataly Villacorte Bastidas

Universidad Mariana

Hna. Aylem del Carmen Yela Romo f.m.i.  
Rectora

Nancy Andrea Belalcázar Benavides  
Vicerrectora Académica

Luis Ferney Mora Acosta  
Decano Facultad de Humanidades y Ciencias Sociales

Mónica Julieta Cruz Ordíñez  
Directora Programa de Derecho

## Grupo de Investigación Saber Sociojurídico Universidad Mariana

Ángela Patricia Martínez Ortega  
Ángela Navia López  
Daniel Laureano Noguera Santander  
Álvaro Hernando Ramírez Montúfar  
José Alfredo Escobar Argoty  
Oscar Arturo Montenegro Coral  
Jorge Luis Sánchez Meza  
José Fernando Eraso Sarasty

### Editorial UNIMAR

**Luz Elida Vera Hernández**  
Directora Editorial UNIMAR

**Ana Cristina Chavez López**  
Corrección de Estilo

**David Armando Santacruz Perafán**  
Diseño y Diagramación

**Portada:** Fragmento de la obra El lecho del centimano de Jacob Ruiz G. y Ancibal Ruiz Q. (hijo y padre), técnica óleo.

### Correspondencia:

Editorial UNIMAR, Universidad Mariana  
San Juan de Pasto, Nariño, Colombia, Calle 18 No. 34 - 104  
Tel: 7244460 Ext. 185  
E-mail: editorialunimar@umariana.edu.co

### Depósito Digital

Biblioteca Nacional de Colombia, Grupo Procesos Técnicos, Calle 24, No. 5-60 Bogotá D.C., Colombia.

**Disponible:** <http://editorial.umariana.edu.co/libros/index.php/editorialunimar/catalog/book/119>

**Cítese como:** Hidalgo, M., Goyes, I., Paz, F. E., Medina, H.A. Pantoja, L. H., Rosero, J. A. y Villacorte, M. N. (2020). Discusiones sobre el trabajo y la seguridad social en el contexto latinoamericano. San Juan de Pasto: Editorial UNIMAR.

Las opiniones contenidas en el presente libro no comprometen a la Editorial UNIMAR ni a la Universidad Mariana, puesto que son responsabilidad única y exclusiva de los autores; de igual manera, ellos han declarado que en su totalidad es producción intelectual propia, en donde aquella información tomada de otras publicaciones o fuentes, propiedad de otros autores, está debidamente citada y referenciada, tanto en el desarrollo del documento como en las secciones respectivas a la bibliografía.

El material de este libro puede ser reproducido sin autorización para uso personal o en el aula de clase, siempre y cuando se mencione como fuente su título, autores y editorial. Para la reproducción con cualquier otro fin es necesaria la autorización de la Editorial UNIMAR de la Universidad Mariana.





**El lecho del centimano de Jacob Ruiz G. y Ancibal Ruiz Q.  
(hijo y padre), técnica óleo.**

**Descripción:** Un antiguo relato griego cuenta la historia de monstruos de cincuenta rostros y cien manos que guardan las puertas del tártaro. Fueron víctimas de la traición, usados como soldados, condenados al silencio y al abismo. La obra que ha sido honrada para provocar visualmente al lector, es una metáfora sobre las formas que duermen bajo la tierra, sobre la realidad social que no se cuenta, sobre los hecatónquiros que son nuestro conflicto colombiano. Un estallido de ideas rompe el aire

para mostrarnos un horizonte posible. A la izquierda, la llamada verde se tiñe con la huella roja de los caídos. A la derecha, la paz se mezcla con la ilusión de la verdad que se resiste a ser borrada.

El cuadro y su explicación son, al final, la lectura de mundos posibles en los que todo está por descifrar. No fue pintado desde la técnica sino desde la magia. Su verdadero autor tenía siete años y desde su imaginación y su inocencia, vio un mundo perdido debajo del volcán.

Esa caldera nos guarda la promesa de un poder que no imaginamos y en cuya superficie caminamos ajenos. Somos mensajeros del fuego ancestral que un día encenderá corazones y labios.

Esta obra es un manto intuitivo para cada uno de los textos que se incluye en esta colección, retrato de las cien variables de nuestra realidad social confusa y sus múltiples violencias. Sus autores son hombres y mujeres que se resisten a contemplar la vida, sin el afán profundo de transformarla; lo hacen cada día desde el rigor, la observación y la ciencia. Los colores de la portada son un homenaje a su grito colectivo.

# Discusiones sobre el trabajo y la seguridad social en el contexto latinoamericano

Red de Grupos y Centros de Investigación  
Jurídica y Sociojurídica:

Universidad CESMAG  
Universidad Mariana  
Universidad de Nariño  
Universidad Cooperativa de Colombia





# Presentación

El departamento de Nariño se ha caracterizado por un especial interés en las ciencias jurídicas, el cual se ve reflejado en la amplia oferta institucional -tanto en pregrado como en postgrado- que sus universidades ofrecen para la región, que implica además, el abordaje de problemáticas jurídicas o sociojurídicas por parte de sus grupos de investigación.

Ello ha generado una comunidad académica fuerte, que interactúa y dialoga con sus pares –tanto a nivel regional como nacional e internacional-, en diversos escenarios y tópicos del Derecho. A nivel regional, los programas de Derecho de las universidades CESMAG, Cooperativa de Colombia sede Pasto, Mariana y de Nariño, a través de sus grupos de investigación, han fortalecido sus lazos interinstitucionales en el marco de la Red de Grupos y Centros de Investigación Jurídica y Sociojurídica, Nodo Sur.

Sobresale de manera significativa, el encuentro que anualmente desarrolla el Nodo Sur de dicha Red, en donde los docentes investigadores y estudiantes de pregrado, luego de un exigente proceso de selección, dan a conocer los resultados –trátese parciales o finales- de sus proyectos de investigación.

Este encuentro, en su séptima versión fue acogido por el Programa de Derecho de la Universidad Mariana, por intermedio de su Grupo de Investigación Saber Sociojurídico, siendo

entonces la encargada de compilar y editar los siguientes textos que conforman este libro.

La obra: *Discusiones sobre el trabajo y la seguridad social en el contexto latinoamericano*, contiene trabajos en clave de derecho comparado, así como otros donde se discute el derecho a la huelga, el contrato sindical y la protección jurisdiccional del derecho a la salud en el ámbito colombiano.

Son dos los trabajos que se aborda desde el derecho comparado: *Principios constitucionales del trabajo y la seguridad social en América Latina* y *Principios del derecho laboral y la seguridad social en Latinoamérica – Cuba, Venezuela, Bolivia-. Tres experiencias progresistas*.

El primero, de autoría de Isabel Goyes Moreno y Mónica Hidalgo Oviedo, tras sistematizar los mandatos constitucionales y legales de trece países de América Latina y el Caribe, concluyen con la identificación de principios comunes a ellos, mientras que el segundo, de autoría de Francisco Edmundo Paz Obando, expone los principios que en materia del trabajo y la seguridad social contemplan los sistemas jurídicos de las sociedades definidas como progresistas: Cuba, Venezuela y Bolivia.

En el ámbito colombiano, esta sección reúne los siguientes capítulos: *Armonización de la antinomia constitucional del derecho de huelga en el ordenamiento jurídico colombiano: la huelga como un derecho humano laboral y fundamental* de Hugo Armando Medina y Mónica Hidalgo, quienes presentan la problemática que suscita la limitación del derecho humano a la huelga en Colombia a partir

de lo que ellos consideran “excesiva amplitud del concepto sobre Servicios Públicos Esenciales” y la necesidad de resolver la colisión constitucional entre la huelga y el derecho de los usuarios de los servicios públicos.

Además, incluye el capítulo *Enfermedad, discapacidad y fuero de salud. Tópicos nacionales e internacionales para su aplicación en Colombia*, presentado por Liseth Haylen Pantoja, José Alejandro Rosero y Madeline Nataly Villacorte, quienes debaten sobre lo difuso de la conceptualización y aplicación práctica de los tópicos relacionados con la discapacidad y fuero de salud, problemática que se ve reflejada en las decisiones disímiles de las Cortes Constitucional y Suprema de Justicia.

Como se puede evidenciar, esta obra demuestra la calidad de la investigación jurídica y sociojurídica de las universidades del departamento de Nariño, y que ahora se coloca a disposición de toda la comunidad académica para su consulta, divulgación y, por supuesto, para las respectivas críticas y comentarios.

**Álvaro Alfonso Patiño Yepes**

Investigador Red Sociojurídica Nodo Sur

**Andrés Darío Riascos Araújo**

Docente Investigador Programa de Derecho Universidad Mariana

**Ángela Patricia Martínez Ortega**

Coordinadora de Investigaciones Programa de Derecho Universidad Mariana

# Agradecimientos

De manera especial a:

Samanta Paz Erazo

Coordinadora de Investigaciones Programa de Derecho (2017-2018) Universidad CESMAG

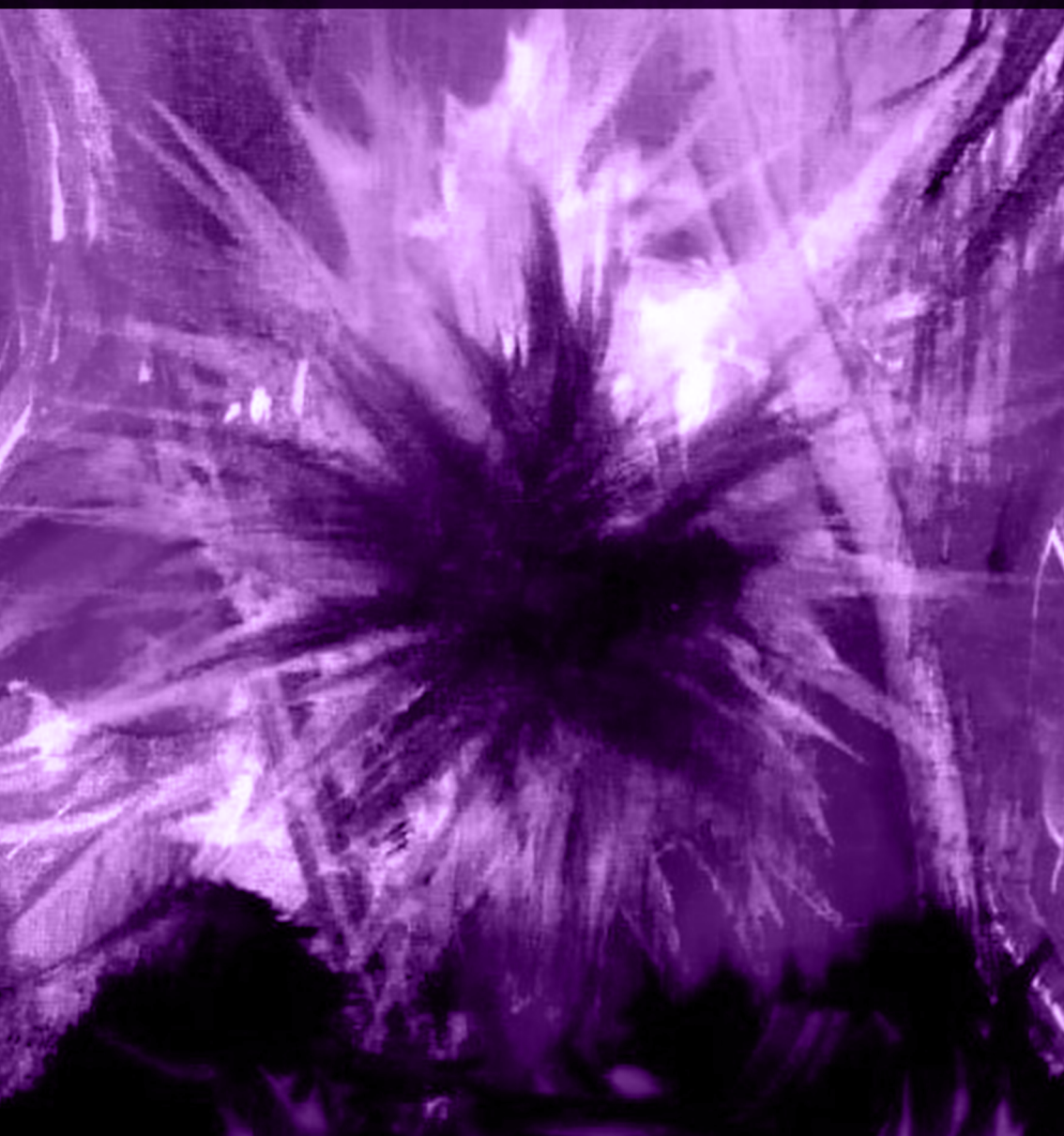
Daniela Camacho Vinuesa

Coordinadora de Investigaciones de la Programa de Derecho (2017-2018) Universidad Cooperativa de Colombia sede Pasto

Omar Alfonso Cárdenas Caycedo

Director del Centro de Investigaciones Sociojurídicas (2016-2018) Universidad de Nariño

**Discusiones sobre el  
trabajo y la seguridad social  
en el contexto latinoamericano**



# Contenido

<b>Principios constitucionales del trabajo y la seguridad social en América Latina</b>	
Mónica Hidalgo Oviedo e Isabel Goyes Moreno	15
<b>Principios del derecho laboral y la seguridad social en Latinoamérica. Cuba, Venezuela y Bolivia: tres experiencias progresistas</b>	
Francisco Edmundo Paz Obando	45
<b>Armonización de la antinomia constitucional del derecho de huelga en el ordenamiento jurídico colombiano: la huelga como un derecho humano laboral y fundamental</b>	
Hugo Armando Medina Chaves y Mónica Hidalgo Oviedo	85
<b>Enfermedad, discapacidad y fuero de salud. Tópicos nacionales e internacionales para su aplicación en Colombia</b>	
Liseth Haylen Pantoja Tobar, José Alejandro Rosero Realpe y Madeline Nataly Villacorte Bastidas	123

# Principios constitucionales del trabajo y la seguridad social en América Latina

Mónica Hidalgo Oviedo<sup>1</sup>  
Isabel Goyes Moreno<sup>2</sup>

## Resumen

Este escrito surgió en el marco de una investigación referida a los principios del derecho laboral y la seguridad social en doce países de América Latina y el Caribe, proyecto financiado por la Vice Rectoría de Investigaciones, Posgrados y Relaciones Internacionales de la Universidad de Nariño. Después de establecer el marco internacional de la principalística, fue posible sistematizar los mandatos constitucionales y legales, ejercicio que permitió identificar algunos rasgos comunes en Latinoamérica, tales como: la fuerza vinculante de las declaraciones de la Organización Internacional del Trabajo y sus convenios, reflejada en la consagración constitucional de principios; los desarrollos autónomos y particulares que conducen a invocaciones de principios de disímiles formas con idéntico alcance y finalidad. Así mismo, el estudio visualiza los giros y nuevas propuestas contextualizadas en la realidad nacional de producción.

**Palabras clave:** Principios, Latinoamérica, Cartas Constitucionales, Normas internacionales, Comparación.

-

<sup>1</sup> Universidad de Nariño. E-mail: monicahidalgoviedo@hotmail.com

<sup>2</sup> Universidad de Nariño. E-mail: isabelgm99@yahoo.com

## Constitutional principles of labor and social security in Latin America

### Abstract

This paper emerged as part of an investigation concerning the principles of labor law and social security in twelve countries of Latin America and the Caribbean, a project funded by the Vice Rector of Research, Graduate Studies and International Relations of the University of Nariño. After establishing the international framework of principlism, it was possible to systematize constitutional and legal mandates, an exercise that allowed to identify some common features in Latin America, such as: the binding force of International Labor Organization declarations and their conventions, reflected in the constitutional consecration of beginning, the autonomous and particular developments, leading to invocations of principles of dissimilar forms with identical scope and purpose. Likewise, the study visualizes the twists and new proposals contextualized in the national reality of production.

**Key words:** Principles, Latin America, Constitutional Letters, International standards, Comparison.



## Introducción

Los estudios comparados en el campo jurídico fueron relegados durante muchos años, en consideración a la identidad de los ordenamientos legales de cada país. En este sentido, los análisis legales en clave comparativa carecían de interés práctico. En la medida en que aparecieron y se fueron consolidando los procesos de globalización de todos los aspectos de la vida, se hizo evidente la necesidad de establecer unos parámetros jurídicos, más allá de las fronteras legislativas impuestas internamente.

La aparición de las normas internacionales del trabajo (NIT) generó amplio reconocimiento gracias al papel desempeñado por la Organización Internacional del Trabajo (OIT), organismo adscrito a Naciones Unidas, sus convenios y recomendaciones. La Declaración sobre principios y derechos fundamentales del trabajo expedida por este organismo en 1998, se convirtió explícitamente en el marco jurídico, al cual debían someterse los diversos países, en sus relaciones, tanto públicas como privadas, en aras de salvaguardar los derechos de la clase trabajadora mundial.

A nivel latinoamericano, los principios cobraron relevancia a partir de los procesos de reforma constitucional ocurridos en la segunda mitad del siglo XX, la mayoría de los cuales fueron precedidos por movimientos sociales y de activismo político, los que incidieron en la evolución del derecho y motivaron el tránsito del paradigma del derecho continental al anglosajón,

denotando una fuerte presencia del eurocentrismo, en la medida en que se adoptó y adaptó modelos europeos.

Las nuevas Cartas Políticas comportaban múltiples principios que darían nueva forma a los ordenamientos jurídicos. La principalística entonces, inicia su auge con la producción de la jurisprudencia constitucional centrada en la hermenéutica del caso particular, con base en normas tipo principio. Tal giro suscitó diversos entendimientos en el mundo académico colombiano, que pasaron desde posiciones de rechazo como las del jurista Javier Tamayo, por tratarse de rupturas con los métodos clásicos de interpretación jurídica, hasta actitudes entusiastas de respaldo como la de López (2004), por ser esperanzadoras frente a los cambios que proponían.

Una tercera corriente tomó distancia de las anteriores (Rodríguez, 2011), al centrar su preocupación en la urgencia de una reflexión jurídica propia desde Latinoamérica, asumiendo una posición autocrítica en la medida en que la falta de valoración de pensamiento propio llevaba a mantener esa continua reproducción y dependencia.

Los aportes de la sociología jurídica (Santos, 2009) motivaron una comprensión diferente de las relaciones centro - periferia, norte - sur, las cuales no funcionaban en una sola dirección, sino que admitían flujos e intercambios entre tales polos. Por ello, surgieron movimientos intelectuales en procura de teorizar desde América Latina, reconociendo la identidad del derecho que se produce en diferentes contextos y/o culturas. El

respeto a la multiculturalidad como un valor del nuevo milenio permitió hablar del pluralismo jurídico como una realidad que niega la hegemonía normativa occidental.

En contraposición con el provincialismo y monolingüismo que campean en el terreno jurídico y académico del Norte, los juristas de la periferia conviven con normas, ideas e instituciones híbridas. Para sobrevivir en un mundo jurídico desigual deben conocer los sistemas, las culturas jurídicas del Norte tan bien como los propios. (Rodríguez, 2011, p. 17).

En esta línea de pensamiento se sitúa la investigación sobre los principios latinoamericanos que pretende rescatar los rasgos identitarios de los principios del trabajo y la seguridad social de países como Argentina, Chile, México, Uruguay, Ecuador, Perú, Cuba, Costa Rica, Bolivia, Colombia Venezuela y Brasil, para contrastarlos con los principios fundamentales de la OIT, paradigma del derecho laboral mundial.

Desde esta alternativa teórica, que implica no hacer tabula rasa de los aportes del conocimiento universal sobre los principios del derecho laboral y la seguridad social, se buscó la identidad latinoamericana expresada en los textos constitucionales. En consecuencia, el presente escrito abarca tres aspectos:

- 1) Una identificación de los principios del trabajo y la seguridad social en el ámbito internacional (Declaración Universal de los DDHH, OIT, PIDESC, Pacto de San Salvador)
- 2) La identificación de principios en cada uno de los doce países objeto de estudio

- 3) Análisis comparado que permita establecer semejanzas, diferencias y afirmaciones propias.

## Metodología

El método comparado en la investigación jurídica nos permite establecer semejanzas y rasgos distintivos entre los diversos sistemas jurídicos, con lo cual un determinado país puede fijar con claridad hacia dónde quiere impulsar los procesos de cambio normativo, desde un punto de vista particular. Desde una óptica general, gracias a estudios de esta naturaleza, es posible impulsar la innovación en el derecho, al enriquecerse con el conocimiento de otros ordenamientos jurídicos que permitan proponer fusiones, escisiones o transformaciones.

Siguiendo los pasos propios de este método, se determinó con precisión el tema objeto de comparación; esto es, los principios del derecho laboral y la seguridad social que se encuentran constitucionalizados en doce países de América Latina; a continuación se ubicó los textos constitucionales y de ellos se extractó los principios consagrados explícita o implícitamente; posteriormente se estableció las analogías y las diferencias, así como los postulados identitarios (ver cuadro síntesis) para construir el conjunto de principios latinoamericanos del trabajo y la seguridad social, atendiendo a los objetivos propuestos dentro del Proyecto de Investigación titulado *Principios del Derecho Laboral y la Seguridad Social en Latinoamérica*, aprobado dentro de la Convocatoria de Investigación Docente del año 2015 y, financiado por la Vicerrectoría de Investigaciones, Postgrados y Relaciones Internacionales de la Universidad de Nariño.

## Identificación de los principios en el ámbito internacional

El concepto de soberanía nacional, en especial, la referida al campo jurídico, se tornó relativa, en la medida en que, con posterioridad a la Declaración Universal de los Derechos Humanos, los países integrantes de Naciones Unidas aceptaron soberanamente someterse a los parámetros establecidos en dicho documento. En efecto, a partir de 1948, los principios se encuentran positivizados, circunstancia que se convirtió en el punto de encuentro entre iusnaturalistas y iuspositivistas, en tanto unos y otros terminaron admitiendo la existencia de la principialística en los ordenamientos jurídicos; los unos, por ser connaturales al ser humano y los otros, por estar expresamente consagrados en una norma de validez universal.

### **Declaración Universal de los DD.HH.**

Es importante destacar que esta Declaración se fundamentó en la necesidad de garantizar la libertad, la justicia y la paz mediante el respeto a la dignidad humana y el disfrute de sus derechos inalienables, tal como de manera expresa lo menciona su preámbulo (Naciones Unidas, NU, 1948).

En materia laboral y de seguridad social, los artículos 22, 23 y 24 se ocupan de manera directa de los derechos individuales, de las obligaciones estatales y de las responsabilidades sociales; así, el artículo 22 señala:

Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y

la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad.

Por primera vez en un documento internacional se hace mención a la responsabilidad que les compete a los Estados en la satisfacción de los Derechos Económicos, Sociales y culturales (DESC) y a su incidencia en la dignificación de la persona humana.

Por su parte, el artículo 23 se ocupó del trabajo, en estos términos:

- 1) Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo.
- 2) Toda persona tiene derecho, sin discriminación alguna, a igual salario por trabajo igual.
- 3) Toda persona que trabaja tiene derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria, que le asegure, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana y que será completada, en caso necesario, por cualesquiera otros medios de protección social.
- 4) Toda persona tiene derecho a fundar sindicatos y a sindicarse para la defensa de sus intereses.

En esta disposición están relacionados dos de los cuatro principios que en 1998 reconociera la OIT: la igualdad y no discriminación en el trabajo y el derecho de asociación sindical y la libertad sindical, registrando las reivindicaciones máspreciadas por la clase trabajadora, que son la libertad individual y colectiva.

Finalmente, en el artículo 24 fueron sentadas las bases para la regulación de la jornada laboral y las vacaciones, al indicar: “Toda persona tiene derecho al descanso, al disfrute del tiempo libre, a una limitación razonable de la duración del trabajo y a vacaciones periódicas pagadas”. Estos temas movilizaron a las y los trabajadores del mundo por el reconocimiento legal de la jornada de ocho horas diarias y 48 semanales, así como el derecho a disfrutar de descansos semanales (dominical) y anuales (vacaciones).

Los Estados que, como el colombiano pertenecen a Naciones Unidas, debieron ajustar su normatividad nacional a estas grandes directrices. De hecho, la expedición de varios códigos y leyes del trabajo se dieron con posterioridad a la Declaración.

### **Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (PIDESC)**

Luego del reconocimiento de los derechos políticos y de libertad, las NU reconocieron que estos derechos estaban estrechamente relacionados con los DESC, a tal punto que no era posible hacerlos efectivos, si las personas no disfrutaban de condiciones mínimas a nivel económico, social y cultural. Por lo mismo, en el año de 1966 se expidió este Pacto, que entró en vigor en 1976, en el cual se fijó estándares sobre trabajo, educación, vivienda, salud, familia, recreación, cultura, entre otros (NU, 1966).

El tema laboral se desarrolló en el artículo 6, referido a la libertad de escoger trabajo, con apoyo en procesos formativos ligados con políticas nacionales sobre la dignidad humana, la productividad y el pleno empleo.

El artículo 7 fijó las condiciones tendientes a asegurar equidad y satisfacción en el trabajo, mediante: i) una remuneración mínima, ii) un salario equitativo que garantice igualdad y no discriminación, en especial para las mujeres (aboliendo brechas salariales), iii) condiciones de existencia dignas para las y los trabajadores, iv) la seguridad y la higiene en el trabajo, v) igual oportunidad de permanencia y ascenso y vi) jornada máxima, remuneración extra, descanso y vacaciones.

El artículo 8 consagró los derechos sindicales, entre ellos, el de asociación, libertad, negociación y huelga, acordes con la organización democrática de los Estados miembros de la OIT, con las restricciones legales para las fuerzas armadas. Finalmente, el artículo 9 consagró el derecho a la seguridad social.

Los derechos laborales y de la seguridad social mencionados, hacen referencia a los principios de igualdad y no discriminación, al mínimo vital, a condiciones dignas y justas, al derecho a la seguridad social y a los derechos de asociación sindical y de libertad sindical.

Adicionalmente, el PIDESC comprometió a todos los Estados con el cumplimiento progresivo de los DESC, procurando la ampliación de la cobertura a toda su población. Éste es el origen del principio de progresividad, al cual recurren con frecuencia los tribunales constitucionales en procura de realizar la justicia material. Otro gran aporte de este Protocolo es la abolición de la diferencia insostenible entre derechos de primera y segunda generación y planteó que los derechos de libertad o políticos solo serán posibles si previamente se garantiza los DESC.



## **Declaración de Principios y Derechos Fundamentales del Trabajo de la OIT**

En el año 1998, la OIT, con fundamento en los mandatos contenidos en el PIDESEC, aprobó esta declaración con la finalidad de establecer unos estándares laborales mínimos que tuviesen obligatoriedad general y que contribuyeran a la unificación de las legislaciones nacionales, en un mundo caracterizado por la globalización de la economía y el flujo libre de los capitales.

En el Preámbulo de esta Declaración se reconoció, por una parte, la necesidad del crecimiento económico de los países y, por otra, se criticó su imposibilidad para asegurar la equidad social, que es el objetivo final de la OIT. En esa perspectiva se afirma la potencialidad de la OIT de generar normas internacionales del trabajo, que gocen de apoyo y reconocimiento general en un mundo interdependiente. Estas circunstancias reafirman la urgencia de fijar unos principios y unos derechos fundamentales que sean insertados en la Constitución de la OIT, aplicados en todos los países que la integran (OIT, 1998).

En consecuencia, con lo planteado en el numeral 2 del preámbulo, se declara que todos los Estados Parte, por el solo hecho de serlo, están comprometidos con la observación y promoción de los principios y derechos fundamentales del trabajo, así:

- Libertad de asociación, libertad sindical y reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva
- Eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio

- Abolición efectiva del trabajo infantil
- Eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación.

Por su parte, la OIT se obligó a colaborar con los Estados para la implementación de los convenios que desarrollan estos principios y derechos fundamentales del trabajo, mediante la cooperación y asesoramiento técnico, generando ambientes favorables al crecimiento económico y social y manteniendo un seguimiento permanente con miras a la realización efectiva de dichos postulados laborales.

En el caso colombiano, la mayoría de los convenios relativos a los principios del trabajo no solo han sido ratificados mediante ley nacional, sino que muchos de ellos han sido objeto de análisis por parte de la Corte Constitucional, la que ha establecido que dichos convenios entren al ordenamiento jurídico nacional, no por vía del artículo 53, sino por mandato del artículo 93 de la Constitución Nacional con rango constitucional, como reza en las Sentencias C-221 de 1992 y C-225 de 1995.

Los convenios son los siguientes:

- C 87 de 1948 sobre libertad sindical y protección del derecho de sindicación. Ley 26 de 1976.
- C98 de 1949 sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva. Ley 27 de 1976.
- C29 de 1930 sobre el trabajo forzoso.
- C105 de 1957 sobre la abolición del trabajo forzoso.
- C138 de 1973 sobre la edad mínima.
- C182 de 1999 sobre las peores formas de trabajo infantil. Ley

704 de 2001.

- C100 de 1951 sobre igualdad de remuneración.
- C111 de 1958 sobre la discriminación (empleo y ocupación).  
Ley 22 de 1967.

## Protocolo Adicional de San Salvador

A nivel regional, en 1988, se complementó la Convención Americana de Derechos Humanos, al incluir regulaciones específicas sobre los DESC, con la finalidad de viabilizar su acceso a la Corte Interamericana de derechos humanos (Departamento de Derecho Internacional, OEA, 1988).

Los artículos 6 al 10 inclusive, se ocuparon de los asuntos del trabajo, consagrándolo como un derecho y una oportunidad de vida digna libremente elegida, para lo cual los Estados implementarían políticas de empleo, formación para el trabajo inclusivo y programas a favor de las mujeres que hagan efectivo su derecho al trabajo.

En el artículo 7° se habla de las condiciones justas, equitativas y satisfactorias que deben caracterizar al trabajo, en la medida en que se garantice una remuneración mínima, una política de ascensos, estabilidad sujeta a evaluaciones y a la naturaleza del trabajo, prohibición del trabajo insalubre y peligros para los menores de 16 años, jornada laboral, vacaciones y descanso. Estos conjuntos de prerrogativas constituyen el principio de condiciones dignas y justas.

Los derechos colectivos también fueron referenciados en este Protocolo, permitiendo el ejercicio del derecho a la asociación y libertad sindical, negociación y huelga, con las restricciones de ley.

La seguridad social fue consagrada en el artículo 9 frente a los riesgos de vejez, incapacidad y muerte. Y el artículo 10 se concentra en la salud como un derecho integral y un bien público, cuyo garante es el Estado respectivo. El examen de las normas internacionales a las cuales se acoge cada Nación permite definir un alto nivel de compromiso latinoamericano con los principios del trabajo, no obstante, las regulaciones internas los cristalizan o atropellan en mayor o menor medida.

Tratadistas del Derecho Laboral y de la Seguridad Social de América Latina como Cabanellas (1968), Bronstein (s.f.), Buen Lozano (2002), Plá Rodríguez (1998), entre otros, de manera paralela a la expedición de estos compromisos internacionales, divulgaron ampliamente aquellos principios del trabajo que adquirieron mayor identidad, tanto por el expreso reconocimiento de algunos de ellos en las leyes nacionales, como por el uso dado por los tribunales constitucionales. Tal es el caso de Américo Plá Rodríguez, quien sugirió trabajar en torno a principios capaces de dotar de autonomía la disciplina laboral, la que “necesita apoyarse en principios que suplan la estructura conceptual, asentada en siglos de vigencia y experiencia que tienen otras ramas jurídicas” (p. 4) y que anunció, no tienen “un marco cerrado y congelado” (p. 422) pues en sus propias palabras “son orientaciones fermentales, de una gran riqueza potencial por el variadísimo número de aplicaciones posibles” (p. 422).

### **Los principios laborales y de la seguridad social en las constituciones latinoamericanas**

La verificación de ¿cuáles son los principios del derecho laboral y de la seguridad social en Latinoamérica? permitió ubicar en las

Cartas Constitucionales de los países objeto de revisión, aquellos principios del derecho laboral y la seguridad social, que sustentan la existencia y el nivel protectorio de estas disciplinas, en Méjico, Ecuador, Perú, Chile, Uruguay, Argentina, Colombia, Costa Rica, Brasil, Bolivia, Cuba y Venezuela.

Desde este núcleo referencial se puede realizar diversos análisis: 1) la identificación de aquellos principios que son comunes a todos los países, 2) la ubicación de principios del trabajo y la seguridad social autónomos, esto es relativo a los contextos específicos del país de que se trate y, 3) la comparación de los cuatro postulados contenidos en la Declaración de principios de la OIT de 1998 con los mandatos constitucionales, con el fin de establecer si fueron acogidos los términos con los que fueron consagrados, así como los desarrollos y giros de los mismos en cada Nación.

### **Los hallazgos**

La revisión de los principios laborales y de la seguridad social en las Cartas Constitucionales permitió enlistar aquellos principios explícitos que, con reducidas diferencias, se presenta en todos los países y que se sintetiza en la Tabla 1. Es necesario advertir que la nominación de los principios se realiza acogiendo la clasificación resultado de investigaciones anteriores como las de Goyes e Hidalgo (2007; 2012; 2016; 2017; 2018), circunscritas a Colombia y alimentadas con la doctrina y jurisprudencia de las Altas Cortes colombianas.

Tabla 1. *Comparación de principios latinoamericanos*

Principios Latinoamericanos	México 1917-1931	Ecuador 1998-2008	Perú 1993-2005	Chile 1980	Uruguay 1967-2004	Argentina 1953-1994	Colombia 1991	Costa Rica 1949	Brazil 1988	Cuba 1976	Bolivia 2008	Venezuela 1999	Total países por principio
Trabajo digno (decoro, libertad, condiciones justas)	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	12
Buen vivir (vivir bien, vida armoniosa, vida noble)		x									x		2
Protección a la maternidad y al menor (inamovilidad)	x	x	x		x		x	x	x	x	x	x	10
Igualdad y no discriminación (meritocracia, género, equidad, oportunidades y trato, interculturalidad)	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	11
Protectorio		x	x	x	x	x	x		x		x	x	9
Buena fe							x						1
Razonabilidad													0
Estabilidad en el empleo (continuidad)		x			x	x	x		x		x	x	7
Primacía realidad							x				x	x	3
Irrenunciabilidad	x	x	x			x	x	x			x	x	8
Favorabilidad ( <i>In dubio pro operario</i> , convencional, normativa)			x	x			x					x	4
Progresividad (no regresividad)	x											x	2
Libertad de asociación y negociación sindical	x	x	x	x	x	x	x		x		x	x	10
Autonomía sindical				x			x		x		x		4

## Discusiones sobre el trabajo y la seguridad social en el contexto latinoamericano

Democracia sindical								x		x				2
Indemnidad (prevención, precaución)	x	x							x			x		4
Solidaridad			x					x	x	x		x	x	6
Integralidad			x				x	x	x	x	x	x	x	7
Universalidad			x					x		x		x	x	5
Condición más beneficiosa														0
Debido proceso (Publicidad, gratuidad, intermediación, celeridad)								x					x	2
Inversión de la prueba a favor del trabajador													x	1
Irreductibilidad salarial										x				1
Mínimo vital (suficiencia, precio justo)													x	1
Sostenibilidad financiera								x						1
Protección al trabajo del hogar y a la ama de casa													x	1
Accesibilidad al trabajo											x		x	2
Principio cristiano de justicia social								x						1
Incorporación de mujeres al trabajo													x	1
Total principios explícitos constitucionales por país	7	13	7	5	5	7	17	6	12	5	17	17		

Fuente: esta investigación.

## Principios Comunes en Latinoamérica

Un primer balance, resultado de la revisión de los textos constitucionales y las leyes generales del trabajo, permite afirmar que el único principio que se consagra en todos los países es el que se sistematiza bajo la categoría de trabajo digno y que admite diversas denominaciones tales como condiciones dignas y justas, condiciones satisfactorias, decoro, libertad de trabajo, prohibición del trabajo forzado.

Este rango constitucional guarda relación con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y con la Declaración de Filadelfia de la OIT de 1944, en las que, en contravía de la tendencia a considerar el trabajo como una mercancía, se lo reivindicó como un derecho humano para la dignificación de la vida. Nótese que las Cartas Constitucionales (originales y con reformas) de los países analizados son posteriores a dichas coyunturas históricas y, por lo mismo, recogen las directrices internacionalmente aceptadas en materia de derechos.

Del carácter digno del trabajo se desprenden los principios que informan y fundamentan las legislaciones laborales y de la seguridad social. Y a su vez, la dignidad humana debe ser el eje articulador de todos los ordenamientos jurídicos, puesto que la condición de ser humano no desaparece al hacer parte de una relación civil, laboral, administrativa, social, económica, sino que, por el contrario, la obligación de respetarla se convierte en un límite a la autonomía de la voluntad de los contratantes.



De ahí que se trate de un principio que aplica en el ámbito del trabajo, tanto por cuenta propia como por cuenta ajena. En este último caso, el trabajo digno no se opone a la subordinación como un elemento de la relación laboral, pues por contradictorio que pareciera, en un mundo interdependiente, la autonomía individual es cada vez más difusa, pero no por ello desaparece la libertad como concepto filosófico que permite la toma de decisiones y la asunción de responsabilidades.

A su vez, quienes en el mundo globalizado fungen como empleadores y empresarios públicos y privados, reclaman el respeto al trabajo digno de aquellas personas naturales o jurídicas con quienes se relacionan cotidianamente.

El lenguaje del decoro, la justicia, la libertad, la satisfacción en el ambiente de trabajo, es el convocado a imperar en los escenarios tradicionales e innovadores del trabajo y que, internacionalmente, se conoce como el enfoque de derechos.

Se conjugan, alrededor de este principio, los doce países analizados, sin importar las diferencias históricas ni las tradiciones que subyacen en cada uno de ellos y, menos, las opciones políticas que en ellos imperan, las cuales podrían incidir en los desarrollos legales, jurisprudenciales y en los compromisos e implementación de políticas públicas, estudios ajenos a las pretensiones de este escrito.

Otro principio de gran relevancia en las Cartas Constitucionales latinoamericanas es el de la igualdad y no discriminación, el que se expresa como igualdad de oportunidades, igualdad de trato,

meritocracia, no discriminación en el acceso, en la permanencia, protección especial a los adultos mayores, a los menores, a las mujeres, a la población indígena, a personas con capacidades especiales, de tal forma, que ningún factor sospechoso afecte la igualdad consustancial a todos los seres humanos, otorgando trato diferencial que respete la diferencia y pluralidad de condiciones, tal como de manera expresa lo consignan los instrumentos y tribunales internacionales.

En la evolución necesaria de este principio y, siguiendo las tendencias generales, se encuentra el principio de protección a la maternidad, que implementa los mandatos de la CEDAW<sup>3</sup>, la directriz de la OIT de trabajar la equidad de género como eje transversal y los Objetivos del Desarrollo Sostenible adoptados por Naciones Unidas en 2016.

Esta protección da origen a la estabilidad reforzada durante el embarazo, a la licencia de maternidad remunerada, al fuero de maternidad que exige a los empleadores autorizaciones previas al despido de una trabajadora embarazada, a los permisos de lactancia, a la protección para los progenitores durante el primer año de vida e, inclusive, a adoptar medidas de acción positiva para garantizar el acceso de las mujeres al mercado laboral en igualdad de condiciones y oportunidades.

Este principio no se encuentra consignado de manera explícita en las constituciones de Argentina y Chile, lo cual no significa que las mujeres en embarazo se encuentren desprotegidas ni que,

<sup>3</sup> Por sus siglas en inglés: Committee on the Elimination on Discrimination against women.

en la vida real, sus condiciones sean inferiores, dado que, tanto la ley como la jurisprudencia, pueden contener este principio e inclusive otorgar mejores estándares de igualdad.

En tercer lugar, aparece el principio de asociación, libertad y negociación sindical, que le otorga piso jurídico a la aparición y sostenimiento de las organizaciones sindicales, las cuales desempeñan un rol como actores sociales de enorme incidencia política y económica.

Costa Rica y Cuba no hacen alusión expresa en el texto constitucional a este principio. En el primer caso, por ser el país con la Constitución vigente más antigua de los países estudiados y, en el segundo caso, por tratarse de un país de régimen socialista, donde teóricamente los trabajadores organizados controlan el poder político y, por tanto, los sindicatos como organismos de presión, pierden importancia. Recuérdese que es en las sociedades con modelo capitalista, donde las organizaciones sindicales se tornan más fuertes y con la capacidad suficiente para contrarrestar las arremetidas del sector industrial; en estos eventos, el Estado es el mediador responsable de recuperar el equilibrio entre capital y trabajo.

Colombia y Bolivia son los países con el número más alto de principios laborales y de la seguridad social consagrados constitucionalmente: 17, mientras que Uruguay, Chile y Cuba, ostentan el número más bajo con apenas cinco principios. La no positivización de algunos principios en otros países no impide que, en la búsqueda de justicia al caso concreto, sus tribunales

recurran a las NIT y a los precedentes de los órganos de control internacional, valiéndose de máximas del derecho laboral, cuyo análisis es la fase final de esta investigación.

De igual manera, varios de los principios que no aparecen explícitos, es posible que estén implícitos en las normas nacionales del trabajo, cuya aplicabilidad les compete a los operadores jurídicos y, por lo mismo, la presente matriz puede llegar a enriquecerse con tales hallazgos, además de la remisión directa que en varias Constituciones se hace a las declaraciones internacionales de derechos.

### **Principios identitarios en algunos países latinoamericanos**

En aquellos países donde la expedición de nuevas constituciones o las reformas constitucionales son recientes, aparecen principios novedosos que, si bien corresponden a las condiciones culturales e históricas propias de sus contextos, también muestran a estas naciones como espacios productores de derecho, los que bien pueden ser evaluados y adaptados en otras latitudes.

Bolivia y Ecuador, por ejemplo, plantean el principio del bien vivir o del buen vivir, como un concepto holístico que abarca el bienestar material, físico, mental, espiritual, medioambiental y social, como fin último de la vida humana. Este principio supera en su alcance el principio europeo de la dignidad humana.

Brasil aporta el principio de la irreductibilidad del salario y las pensiones, que en otras Constituciones se plantea como movilidad

o salario mínimo. La irreductibilidad tiene la ventaja de asegurar al trabajador el poder adquisitivo de su retribución, máxime en economías inflacionarias, donde los reajustes salariales resultan deficitarios.

Además, la irreductibilidad comporta también el principio de irrenunciabilidad, haciendo inviable la reducción salarial vía nuevos topes mínimos.

Bolivia trae en su Constitución, el principio de la incorporación de la mujer al mercado laboral el cual, como mandato expreso, obliga a la expedición de leyes y a la aprobación de políticas públicas que garanticen el acceso especial y prioritario de las mujeres al trabajo.

En la misma línea de valoración del trabajo femenino, Venezuela consagró el principio de la protección del trabajo del hogar y la afiliación de las amas de casa a la seguridad social, en aras de alcanzar la equidad de género.

La accesibilidad al trabajo se postula por Cuba y Venezuela como una obligación del Estado frente a sus asociados. En un mundo donde el desempleo es un problema estructural, elevar a rango constitucional este principio representa superar el mandato de igualdad de oportunidades y de protección al trabajo para buscar la garantía del pleno empleo.

Colombia, con la consagración de los principios de buena fe y sostenibilidad financiera, contribuye a la armonización de las

relaciones laborales, partiendo de la confianza que se deben las partes entre sí, postulados que acarrearán también la necesidad del equilibrio en las relaciones sociales, máxime cuando se trata de sistemas de seguridad social en los cuales la contribución económica tripartita se convierte en el pilar de su sostenimiento y en la garantía de la solidaridad.

### **Los principios frente a la Declaración de la OIT de 1998**

La observación gráfica de los hallazgos indica la gran incidencia de la Declaración de principios y derechos fundamentales de la OIT de 1998, toda vez que, en un porcentaje del 83,33 % de los países objeto de la investigación, se respeta los principios de asociación sindical y negociación colectiva, así como el de la prohibición del trabajo infantil y de las peores formas de trabajo infantil, mandato último que en la categorización de principios se fusionó con el principio de protección de la maternidad y del menor.

El 100 % de los países positivizaron los principios de igualdad y no discriminación y la prohibición del trabajo forzoso, identificado como trabajo digno en esta investigación.

## **Discusión**

La nominación de principios del trabajo y la seguridad social en Latinoamérica resulta conflictiva por la tendencia a maximizar el número de principios bajo la creencia romano germánica del poder transformador del derecho o, por el contrario, a

minimizarlos por la desesperanza frente a las posibilidades de cambio. Se trata de consagrar aquellos principios que efectivamente se requiera para dinamizar el Derecho Laboral y la Seguridad Social de estos países y realizar la justicia material.

Otra de las dificultades en torno a los principios es la ambigüedad terminológica que nace en la tradicional estructura de principios a través de rótulos o de su reducción a reglas. Es deseable lograr una estructura más cerrada que limite la autonomía interpretativa del operador jurídico, sin caer en el reduccionismo normativo<sup>4</sup>.

También agita la discusión teórica, la denominación poco rigurosa como principios, a toda aquella regla interpretativa o de fundamentación de un ordenamiento y que genera múltiples principios, unos consagrados explícitamente en las Constituciones o en la ley, otros a los que se hace alusión implícita también en estas fuentes, amén de los que generan la jurisprudencia y la doctrina.

Frente a este maremágnum, bien vale la pena la unificación e integración latinoamericana de principios del derecho laboral y la seguridad social, y reconocerlos en todos los ordenamientos de manera explícita, para facilitar la comprensión y análisis de las diversas instituciones de cada Nación.

---

<sup>4</sup> Ver Principios del Derecho Laboral: Líneas jurisprudenciales.

## Conclusiones

La defensa de los principios y su positivización como un tipo de norma que se diferencia de las reglas, de los valores y máximas del Derecho, se sustenta en la necesidad de sentar unas bases para los ordenamientos jurídicos globalizados, ya que la movilidad coyuntural de la legislación puede desconocer los logros y el enfoque de derechos en las regulaciones laborales.

No obstante el avance que significa la positivización, ésta por sí misma no tiene la fuerza para modificar una realidad que desconoce la importancia del trabajo. Las experiencias latinoamericanas evidencian que algunos países con Cartas Constitucionales austeras en principios son prolijos en garantías reales para el sector trabajador (Uruguay, ejemplo de equidad social en América Latina) y, por el contrario, Constituciones amplias en derechos, cercenan libertades y mantienen relaciones del trabajo conflictivas.

Posicionar un principio en las agitadas realidades latinoamericanas resulta más fácil que conocer la diversidad de normativas que terminan siendo un saber exclusivo de expertos, máxime cuando el espacio idóneo de la defensa del trabajo es el lugar donde se presta el servicio y no los tribunales donde concurren los conflictos agudizados y con soluciones no siempre acordes a las necesidades sociales.

En consecuencia, los principios deben ser utilizados como una herramienta para promover el cambio de una cultura jurídica formalista a una nueva cultura, comprometida con el respeto a los derechos humano laboral y de la seguridad social.



## Referencias

- Bronstein, A. (s.f.). Perfil del derecho laboral nacional: República de Argentina. Recuperado de [http://www.ilo.org/ifpdial/information-resources/national-labour-law-profiles/WCMS\\_159145/lang--es/index.htm](http://www.ilo.org/ifpdial/information-resources/national-labour-law-profiles/WCMS_159145/lang--es/index.htm).
- Buen Lozano, N. de. (2002). *Derecho procesal del trabajo* (12.<sup>a</sup> ed.). México: Porrúa Editores.
- Cabanellas, G. (1968). *Compendio de derecho laboral. Tomo II*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Talleres Gráficos Garamond S.C.A.
- Congreso de la República de Colombia. (2001). Ley 704 de 2001 “por medio de la cual se aprueba el Convenio 182 sobre la prohibición de las peores formas de trabajo infantil y la acción inmediata para su eliminación, adoptado por la Octogésima Séptima (87<sup>a</sup>) Reunión de la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo, O.I.T., Ginebra, Suiza, el diecisiete (17) de junio de mil novecientos noventa y nueve (1999)”. Recuperado de <http://www.suin-juriscal.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1666699>
- Congreso de la República de Colombia. (1967). Ley 22 de 1967 “por la cual se aprueba el Convenio Internacional del Trabajo, relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación, adoptado por la Cuadragésima Segunda Reunión de la Conferencia General de la Organización Internacional

- del Trabajo (Ginebra, 1958). Recuperado de <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1578015>
- Corte Constitucional de Colombia. (29 de mayo de 1992). Sentencia C-221 de 1992. [M.P. Alejandro Martínez Caballero]. Recuperado de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/c-221-92.htm>
- Corte Constitucional de Colombia. (18 de mayo de 1995). Sentencia C-225 de 1995. [M.P. Alejandro Martínez Caballero]. Recuperado de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/c-225-95.htm>
- Departamento de Derecho Internacional, OEA (1988). Protocolo adicional a la Convención Americana sobre derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales. Protocolo de San Salvador. Recuperado de <https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-52.html>
- Goyes, I. e Hidalgo, M. (2007). *Principios del Derecho Laboral: Líneas Jurisprudenciales*. Pasto, Colombia: Universidad de Nariño.
- Goyes, I. e Hidalgo, M. (2012). *Principios de la seguridad social en Pensiones*. Pasto, Colombia: Universidad de Nariño.
- Goyes, I. e Hidalgo, M. (2016). Conflicto y Principios: Garantía de la paz laboral y social (Ponencia). En *VIII Congreso Internacional de Derecho Constitucional*. Pasto, Universidad de Nariño.

Goyes, I. e Hidalgo, M. (2016). *Principios y riesgos laborales*. Pasto, Colombia: Universidad de Nariño.

Goyes, I. e Hidalgo, M. (2017). *Los principios procesales del trabajo: armonías y desarmonías en las Altas Cortes*. Barranquilla, Colombia: Advocatus.

Goyes, I. e Hidalgo, M. (2018). *Principios del derecho laboral colectivo: propuesta para su reconfiguración*. Pasto, Colombia: Universidad de Nariño.

López, D. (2004). Teoría impura del derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana. *Revista Chilena de Derecho*, 36(1), 193-197.

Naciones Unidas. (1948). La Declaración Universal de Derechos Humanos. Recuperado de <https://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>

Naciones Unidas. (1966). Pacto Internacional de los derechos económicos, sociales y culturales. Recuperado de <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx>

Organización Internacional del Trabajo (OIT). (1998). Declaración de principios y derechos fundamentales del trabajo. Recuperado de <http://ilo.org/declaration/lang-es/index.htm>.

Plá Rodríguez, A. (1998). *Los principios del derecho del trabajo*. Montevideo, Uruguay: De Palma.

Rodríguez, C. (2011). Un nuevo mapa para el pensamiento jurídico latinoamericano. En Rodríguez, C. (Coord.) *El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del Siglo XXI*, pp. 11-24. Buenos Aires, Argentina: Siglo Veintiuno Editores.

Santos, B. (2009). *Una epistemología del sur: la reinención del conocimiento y la emancipación social*. México: Clacso, Siglo Veintiuno Editores.

# Principios del derecho laboral y la seguridad social en Latinoamérica. Cuba, Venezuela y Bolivia: tres experiencias progresistas

Francisco Edmundo Paz Obando<sup>5</sup>

## Resumen

Un estudio comparado sobre principialística del Derecho Laboral y la Seguridad Social en Latinoamérica implica diferentes aproximaciones, más cuando el proyecto del que depende este escrito cubre varias naciones (México, Cuba, Costa Rica, Colombia, Ecuador, Venezuela, Perú, Bolivia, Brasil, Argentina, Uruguay y Chile) con sus propias complejidades. Siguiendo un análisis sistémico del Diccionario de Filosofía, se estableció que los principios advertidos en lo aboral, tales como, la universalidad, la favorabilidad y la progresividad, entre otros, se compaginan en buena medida con aquellos de la seguridad social, en cuanto a su reconocimiento y desarrollo regional, por lo cual se decidió estudiarlos conjuntamente.

Esta investigación hermenéutica fijó un marco teórico común y contrastó las regulaciones constitucionales y luego las legales, esperando hacer lo propio con las subreglas jurisprudenciales referidas al tema en los países objeto de estudio. Se buscó destacar semejanzas y diferencias que permitan armonizar nociones y enriquecer conceptos con las diversas experiencias

---

<sup>5</sup> Universidad de Nariño. E-mail: paz.obando@yahoo.com

Latinoamericanas en el campo principialístico del Trabajo y la Seguridad Social. Este escrito, como indicativo de avance, expone los principios que sobre el tema planteado contemplan los Ordenamientos Jurídicos de las sociedades definidas en términos de Deist, como progresistas; es decir, Cuba, Venezuela y Bolivia.

**Palabras clave:** Principios, Derecho laboral, Seguridad social, Latinoamérica, Progresistas.

# Principles of labor law and social security in Latin America. Cuba, Venezuela and Bolivia: three progressive experiences

## Abstract

A comparative study on labor law and social security in Latin America involves different approaches, more when the project on which this paper depends covers Mexico, Cuba, Costa Rica, Colombia, Ecuador, Venezuela, Peru, Bolivia, Brazil, Argentina, Uruguay and Chile with their own complexities. Following a systemic analysis in a dictionary of philosophy, it was established that the principles that matter in the Labour Law such as, universality, favorability and progressivity, among others, are largely in line with those of Social Security, in terms of their recognition and regional development, for which it was decided to study them together.

This hermeneutical investigation established a common theoretical framework and contrasted constitutional and later legal regulations, hoping to do the same with the jurisprudential subregulations related to the subject in the countries under study. It sought to highlight similarities and differences that allow to harmonize notions and enrich concepts with the various Latin American experiences in the field of Labor and Social Security. This paper, as an indication of progress, sets out the principles of the object of study in the legal systems of societies defined in terms of Deist as Progressives; it is Cuba, Venezuela and Bolivia.

**Key words:** Principles, Labor law, Social security, Latin America, Progressives.

## Introducción

Siguiendo las enseñanzas de Giorgio Pino (2014),

en la cultura jurídica actual la individuación de los principios encuentra un primer punto de referencia en el texto constitucional. Esta afirmación requiere tres precisiones: a) no siempre es claro si una disposición constitucional expresa una regla o principio; b) es generalmente admitida la posibilidad de individuar principios implícitos, a los que además se les puede reconocer también valor constitucional; c) los principios pueden ser obtenidos también de otras fuentes a las que les sea reconocido carácter de supremacía material o axiológica, como por ejemplo, en la jurisprudencia, en los ordenamientos comunitarios o varios instrumentos internacionales. (pp. 125-126).

Como se intuye, la hipótesis desarrollada en este proyecto busca identificar esos mandatos de optimización o “normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible” (Alexy, 1997, p. 18) dentro del campo del Derecho Laboral y la Seguridad Social Latinoamericanos. Este escrito presentará los avances frente a tales condicionamientos jurídicos en las sociedades progresistas de la región y hace parte del más amplio Proyecto de Investigación “Principios del Derecho Laboral y la Seguridad Social en Latinoamérica” (12 Países), financiado con recursos de la VIPRI – UDENAR.

Teniendo presente ese objetivo, la presente investigación desarrollará los dos primeros ítems planteados por el profesor italiano, centrándose en una revisión de los siguientes acápite: Teoría General de los Principios del Derecho Laboral y la



Seguridad Social en América Latina; De las Reglas a los Principios; Constituciones Latinoamericanas Progresistas y Principios Laborales y de la Seguridad Social y Contexto socio político e histórico en el que se creó la Carta Magna de la respectiva Nación estudiada, identificando igualmente los Principios Constitucionales y Legales tanto Laborales como de la Seguridad Social de cada una de ellas, con el fin de examinar los productos encontrados teniendo como referencia la consagración de principios fundamentales del derecho por parte de la OIT y de las cartas internacionales de derechos (Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales - PIDESC y Pacto de San Salvador).

Finalmente, este avance se limita en el espacio a las realidades jurídicas de Cuba, Venezuela y Bolivia y, en el tiempo, abarca principalmente la última década del Siglo XX y primera del XXI, por tratarse de una época en la que mientras algunos países introducen reformas constitucionales y legales tendientes a cercenar la protección laboral y social (recuérdese en Colombia la Ley 789 de 2002), en otros florecieron nuevas formas tuitivas del trabajador, cuya defensa se apoya en la legitimidad de los principios.

### Metodología

Para aproximarse a los principios del derecho laboral y la seguridad social explícitos en los ordenamientos jurídicos mencionados, debe revisarse las Constituciones de cada país y sus ordenamientos internos. La justicia constitucional y su

estructura orgánica como una expresión de la conformación de los Estados Sociales de Derecho justifica que, en adelante, el estudio se sectorice por país, en torno a dos ejes temáticos: el primero, el contexto político, social e histórico en que se creó la Constitución, en la medida que conlleva la consagración de cartas de derechos y de acciones constitucionales que garantizan su efectividad. A partir de los años 80 en América Latina se asistió a una ola de procesos de reforma constitucional que implicaron la transición de Estados formales de derecho a Estados Sociales (Progresistas) de derecho.

El segundo eje serán los principios laborales y de la seguridad social constitucionalizados por cada país, respecto a los cuales es posible afirmar que la jurisprudencia latinoamericana, en especial la colombiana, ha recurrido tanto a los consagrados de manera expresa en el ordenamiento jurídico, como a otros del ámbito internacional vinculados en virtud del bloque de constitucionalidad, así como a constructos propios del tribunal constitucional, con la finalidad de otorgar justicia material en casos concretos sujetos a su consideración. A continuación, se presenta el avance de los análisis realizados, advirtiendo que la selección presentada en este escrito obedeció al arraigo del Derecho Laboral y de la Seguridad Social en los ordenamientos jurídicos de Cuba, Venezuela y Bolivia y a las innovaciones de sus Cartas Políticas, mucho más garantistas formal y materialmente que aquellas de otras naciones más liberales. Sin embargo, se deja de lado un análisis del activismo de sus Altas Cortes Laborales o Tribunales Constitucionales que, por razones de tema y espacio, será objeto de un posterior trabajo.

## Teoría General de los Principios del Derecho Laboral y la Seguridad Social en América Latina

A nivel latinoamericano, los principios fueron positivizados en las Cartas Constitucionales, durante la segunda mitad del siglo XX. Esta situación mostró que el eurocentrismo aún mantenía una fuerte incidencia en la evolución del derecho regional y en ordenamientos más avanzados como el Neogranadino, lo que motivó el tránsito del paradigma del derecho continental al anglosajón.

Tal giro suscitó diversos entendimientos en el mundo académico, que pasaron desde posiciones de rechazo como las del jurista Javier Tamayo, por tratarse de posiciones que rompían con los métodos clásicos de interpretación jurídica, hasta actitudes entusiastas de respaldo como la de López (2011), por ser esperanzadoras frente a los cambios que proponían.

Ahora bien, la metodología utilizada para desarrollar la temática planteada, intentará seguir un análisis basado en la Teoría Crítica del Derecho, en su variante inspirada por los postulados de la escuela americana de los *Critical Legal Studies*, en especial la teoría planteada por el profesor Duncan Kennedy (citado por Núñez, 2009) denominada ‘indeterminación del derecho’, que propone que “de los mismos enunciados normativos o precedentes judiciales es posible derivar varias interpretaciones, incluso antinómicas, todas ellas igualmente válidas” (p. 419). Por lo demás, esta disertación jurídica es una investigación histórica,

normativa, jurisprudencial, cualitativa y deductiva, porque avanza de lo general a lo particular debido a la complejidad del objeto estudiado.

## De las Reglas a los Principios: entre el Derecho Continental y el Anglosajón

La discrepancia jurídica entre reglas y principios se reanimó en el siglo XX, al enfrentar el paradigma continental de interpretación jurídica imperante en América Latina desde el siglo XIX con la corriente anglosajona del *common law* y la argumentación jurídica de Toulmin y Feigl (1981), que se aparta del silogismo legal, del culto a la ley y de la generalización de la norma indeterminada, para enfatizar en el caso concreto, en la justicia material, en la hermenéutica de los principios y la ductilidad de las normas frente a la problemática judicial.

En esa vía surgen las reglas de la ponderación y proporcionalidad con base en los estudios de Hart (1961), García de Enterría (1984), Atienza y Ruíz (1991), Zagrebelsky (1994), Aragón Reyes (1997), Alexy (1998), Dworkin (1998), Ferrajoli (2001), Sieckmann (2006), Núñez Vaquero (2009) y Giorgio Pino (2011), entre otros, quienes desde contextos diferentes confluyen en la aceptación que los principios para el Derecho están llamados a desempeñar un importante rol cuando de administrar justicia se trata.

Como es apenas obvio, estos teóricos plantean distinciones entre reglas y principios. Ferrajoli introdujo al debate la tipificación de constitucionalismo ‘argumentativo’ o ‘principialista’, opuesto

al ‘normativo’ o ‘garantista’. El constitucionalismo principialista puede corresponder a un enfoque iusnaturalista o a uno iuspositivista según las relaciones que se admita entre derecho y moral. El constitucionalismo garantista, por el contrario, “es positivista y considera los derechos fundamentales como reglas a las cuales debe sujetarse la legislación para garantizar su respeto” (Pino, 2011, p. 210).

Peor aún: las resistencias que generan los principios están relacionadas fundamentalmente con los métodos de creación e interpretación debido a que, en las sociedades democráticas, el rol del poder legislativo es disputado por el a veces, ‘desmesurado activismo judicial’ que conlleva la aplicación de principios. En Latinoamérica este debate surgió con la expedición de Constituciones con Cartas de Derechos (para el caso que nos ocupa, Cuba 1976, Venezuela 1999 y Bolivia 2009) cuya efectividad se reclamó a través de acciones constitucionales, trocando la percepción que se traía de la Carta Magna, casi siempre subutilizada por la jurisdicción de la legalidad.

Autores como Carrió (1970), Américo Plá (1998), Arango (1999), Guastini (2001), Bernal Pulido (2005) y Estrada (2011) frente a las exigencias de equidad en las decisiones judiciales basadas en principios y en Estados sociales de Derecho, abogaron por el respeto al precedente judicial como camino para aproximarse a la seguridad jurídica. Toda esta teoría jurídica aún mantiene un sello eurocentrista pues se inserta en un debate jurídico construido en países desarrollados, en ‘productores de derecho’, al decir del profesor López Medina (2004), manteniendo para las naciones de América Latina el rol de ‘receptoras’.

Otra corriente toma distancia de las anteriores (Rodríguez, 2011), al centrar su preocupación en la urgencia de una reflexión jurídica propia desde Latinoamérica, asumiendo una posición autocrítica en la medida en que la falta de valoración de pensamiento propio lleva a mantener esa continua reproducción y dependencia:

En contraposición con el provincialismo y monolingüismo que campean en el terreno jurídico y académico del Norte, los juristas de la periferia conviven con normas, ideas e instituciones híbridas. Para sobrevivir en un mundo jurídico desigual deben conocer los sistemas, las culturas jurídicas del Norte tan bien como los propios. (p. 17).

## **Constituciones Latinoamericanas Progresistas y Principios Laborales y de la Seguridad Social**

En esta línea de pensamiento se sitúa la investigación sobre los principios latinoamericanos que pretende rescatar los rasgos característicos de los principios del trabajo y la seguridad social de países como México, Cuba, Costa Rica, Colombia, Ecuador, Venezuela, Perú, Bolivia, Brasil, Argentina, Uruguay y Chile, para contrastarlos con los principios fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo (OIT, 2016), paradigma del derecho laboral mundial. No se puede olvidar que América Latina está inserta en un contexto regional, inmerso en uno más amplio, conformado por todos los países que integran la OIT y acogen, por lo tanto, su Declaración de 1998 sobre Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo. Además, el examen de las normas internacionales a las cuales se acoge cada Nación como la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Protocolo

Adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos de San Salvador, los convenios y recomendaciones de la OIT, permiten definir un alto nivel de compromiso latinoamericano con los principios del trabajo, no obstante, las regulaciones internas los cristalizan o atropellan en mayor o menor medida.

Tabla 2. *Últimos Convenios OIT Ratificados por Cuba, Venezuela y Bolivia*

País	Últimas Ratificaciones
<b>Cuba</b>	C182 - Convenio sobre las peores formas de trabajo infantil, 1999 (núm. 182) - 28 septiembre 2015 C187 - Convenio sobre el marco promocional para la seguridad y salud en el trabajo, 2006 (núm. 187) - 05 agosto 2008 C183 - Convenio sobre la protección de la maternidad, 2000 (núm. 183) - 01 junio 2004
<b>Venezuela</b>	C182 - Convenio sobre las peores formas de trabajo infantil, 1999 (núm. 182) - 26 octubre 2005 C169 - Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169) - 22 mayo 2002
	C138 - Convenio sobre la edad mínima, 1973 (núm. 138) - 15 julio 1987
<b>Bolivia</b>	C167 - Convenio sobre seguridad y salud en la construcción, 1988 (núm. 167) - 10 febrero 2015 C189 - Convenio sobre las trabajadoras y los trabajadores domésticos, 2011 (núm. 189) - 15 abril 2013 C029 - Convenio sobre el trabajo forzoso, 1930 (núm. 29) - 31 mayo 2005

Por lo tanto, la identificación latinoamericana de los principios tiene por objeto, acoger la directriz trazada por Plá Rodríguez (1998), en el sentido de trabajar en torno a principios capaces de dotar de autonomía la disciplina laboral, la que “necesita apoyarse en principios que suplan la estructura conceptual, asentada en siglos de vigencia y experiencia que tienen otras ramas jurídicas” (p. 4). Ahora bien, siguiendo los planteamientos de Deist (2016) el “progresismo ha sido la fuerza abrumadora en la política occidental durante los últimos 100 años” (p. 33). Los progresistas políticos nunca han estado definidos por su partido, pero, por supuesto, el término casi siempre significa progresismo de izquierda, aquel que verdaderamente logra transformar la inequidad propia de las relaciones del trabajo, en una situación productiva socialmente equitativa, eficiente y responsable. Aunque también haya progresistas de derecha (neoconservadores) con grandiosas ideas acerca del gobierno y la naturaleza humana, la mayoría de estos movimientos nunca ha llegado a ocupar el poder ni, mucho menos, a plasmar su pensamiento en verdaderas conquistas que favorezcan los derechos de los Trabajadores en Latinoamérica.

Entonces, en las tres naciones presentadas en este trabajo, se involucra, como puede intuirse, el estudio particular de verdaderas Cartas Magnas Progresistas, con consagraciones laborales tan nítidas que hacen palidecer las diversas fórmulas sociales contenidas en la Constitución Colombiana de 1991, las cuales, de no ser por el siempre controversial ‘activismo judicial’, nunca pasarían de ser meras formalidades. Al respecto, en la segunda parte de la presente investigación se espera concluir



con una revisión de los más importantes fallos proferidos en el último quinquenio (2012-2017) en Latinoamérica, realizando una adecuada selección temática y factual, porque la profusa información amerita una ordenación cronológica para evidenciar las reiteraciones decisionales, elementos que como ya se mencionó, formarán parte de otro escrito.

### **Principios Laborales y de la Seguridad Social Explícitos en los Ordenamientos Jurídicos de Cuba, Venezuela y Bolivia**

#### **Cuba**

Es la mayor de las Grandes Antillas. Su clima netamente tropical y su producción agrícola y turística han condicionado el desarrollo laboral de esta espléndida isla. En 1959 un movimiento popular dirigido por Fidel Castro reemplazó a la oligarquía gobernante por un régimen socialista. Esta posición significó un cambio para toda América, cuyas juventudes aún ven en la Revolución Cubana, un modelo que les libere de las estructuras sociales, políticas y económicas todavía predominantes en el Continente.

#### **Contexto socio-político e histórico en que se produjo su Carta Magna actual**

Dado que Cuba fue una de las últimas colonias de España en América, sus diferentes Cartas Magnas están divididas en tres grupos: Constituciones Coloniales (1812, 1834, 1876, 1897) Constituciones de la República en Armas (1869, 1878, 1895, 1897) y las Constituciones de la República (1901, 1940 y 1959),

estas últimas, después de conseguida la independencia de España. Actualmente rige la Carta de 1976 que, entre otras cosas, proclama el carácter marxista-leninista de la Revolución Cubana, consagra la orgullosa transformación de Cuba en un Estado Socialista y ha sido enmendada tres veces, siendo la última en 2002.

### **Principios y Derechos Laborales y de la Seguridad Social de orden Constitucional**

Con relación a los derechos laborales y de la seguridad y para efectos didácticos de este escrito, los resultados del análisis Constitucional de principalística laboral son consignados en la Tabla 3 que se presenta a continuación:

Tabla 3. *Principios Laborales y de la Seguridad Social Explícitos en la Constitución Cubana de 1976*

<b>Precepto Constitución cubana de 1976 (ART.)</b>	<b>Principios explícitos</b>
9	Derecho Universal al Trabajo Acceso al Trabajo para discapacitados
14	Propiedad social de todos los medios de producción
21	Propiedad individual de los frutos del trabajo propio
43	No discriminación

44	Igualdad de Géneros
45	<b>Trabajo como Deber y Honor ciudadano</b>
46	Descanso remunerado
47	Seguridad Social
49	Seguridad Industrial
51	Capacitación Laboral
54	Derecho de Asociación (Limitado)

## Principios y Derechos Laborales y de la Seguridad Social de orden Legal

La Ley 116 de 2013, expedida el 12 de junio de 2014, es el instrumento por el cual se promulga el Código de Trabajo de Cuba. El análisis Legal de principalística laboral es el que sigue:

Tabla 4. *Principios y Derechos Laborales y de la Seguridad Social explícitos en la legislación cubana vigente*

<b>Preceptos legales cubanos</b>	<b>Principios Explícitos</b>
Art. 2. Lit a) CT	Trabajo como Derecho y Deber Social
Art. 2. Lit b) CT	No Discriminación
Art. 2. Lit c) CT	A Igual Trabajo, Igual Salario
Art. 2. Lit d) CT	Prohibición del Trabajo Infantil
Art. 2. Lit e) CT	Capacitación Laboral
Art. 2. Lit. f) CT	Descanso Remunerado
Art. 2. Lit. g) CT	Protección en Riesgos Laborales

Art. 2. Lit. h) CT	Protección en Riesgo Común
Art. 2. Lit. i) CT	Protección a la Maternidad
Art. 2. Lit. j) CT	Asociación Sindical
Art. 2. Lit. k) CT	Protección Administrativa y Judicial de los Derechos Laborales y de Seguridad Social.

Como se pudo ver en el acápite respectivo, el derecho laboral cubano se fundamenta en las relaciones de producción propias de un Estado de obreros, campesinos y demás trabajadores manuales e intelectuales, en la fase de construcción del socialismo, regido por un sistema de economía basado en la propiedad común de todo el pueblo sobre los medios fundamentales de producción y la supresión de la explotación del hombre por el hombre, así como por el principio de distribución marxista: “dé cada cual según su capacidad, a cada cual según su trabajo”.

### Venezuela

La nación caribeña ha sido favorecida con las mayores reservas probadas de petróleo del mundo, lo que no le ha impedido mantener la tradición de su figura más gloriosa: Simón Bolívar. Durante muchos años este país hizo alarde de un increíble crecimiento económico y social, hecho posible gracias a sus poderosos recursos económicos. Sin embargo, esta bonanza no siempre benefició a las clases trabajadoras, situación que solo se corrigió materialmente con el triunfo de la Revolución Bolivariana, que transformó radicalmente el panorama productivo y laboral venezolano.

## Contexto socio-político e histórico en que se produjo su Carta Magna actual

Su primera Constitución data de 1811, influenciada por las revoluciones americana y francesa; planteó la configuración del Estado como un Estado liberal y federal. Siguiendo el destino de la mayoría de Repúblicas Suramericanas, luego tuvo 22 Estatutos Constituciones, siendo el último, de 1999, uno de los más progresistas que ha visto el hemisferio, plasmando en su texto la visión del Socialismo del Siglo XXI.

## Principios y Derechos Laborales y de la Seguridad Social de orden Constitucional

Con relación a los derechos laborales y de la seguridad social, existen los siguientes mandatos que, para fines didácticos, son consignados en la Tabla 5 que se presenta a continuación:

Tabla 5. *Principios Laborales y de la Seguridad Social Explícitos en la Constitución Venezolana de 1999*

<b>Precepto Constitución bolivariana de 1999 (ART.)</b>	<b>Principios explícitos</b>
3	Teleología del Estado basada en el Trabajo
26	Tutela efectiva de los Derechos
27	Derecho de Amparo
79	Acceso al Primer Empleo
80	Derecho a Pensiones con poder adquisitivo y Acceso al Trabajo para el Adulto Mayor
81	Acceso al Trabajo para Discapacitados

86	Derecho a la Seguridad Social
87	Derecho al Trabajo
88	Igualdad de Género en el ejercicio del Derecho al Trabajo
89	<b>El Trabajo es un Hecho social (Principios Laborales)</b>
90	Jornada Laboral
91	Salario
92	Prestaciones Sociales
93	Estabilidad Laboral
94	Obligatoriedad de la Relación Laboral
95	Organizaciones Sindicales
96	Convenciones Colectivas
97	Derecho de Huelga
123	Acceso al Trabajo para Indígenas
141	Principios de la Función Pública
144	Principios de la Función Pública
145	Imparcialidad de los Funcionarios Públicos
146	Carrera Administrativa
147	Situado Fiscal para los Funcionarios Público
148	Prohibición de Doble Remuneración Pública
149	Prohibición de Honores Extranjeros
256	Prohibición de la Asociación Sindical (en Función Pública)

## Principios y Derechos Laborales y de la Seguridad Social de orden Legal

En el Ordenamiento Jurídico Venezolano, las leyes no llevan un número consecutivo, tal como se estila en otros sistemas, sino que

son identificadas más por su nombre y fecha de publicación en la Gaceta Oficial. Históricamente, el derecho laboral venezolano nace con la promulgación de la Ley del Trabajo de julio 23 de 1928, que superó las disposiciones del Código civil sobre arrendamiento de servicios que regía las relaciones laborales, afianzándose esta tesis con la segunda Ley del Trabajo de julio 16 de 1936, la cual estableció una serie de normas sustanciales para regular los derechos y obligaciones derivados del hecho social del trabajo. Esta Normatividad se mantuvo vigente por casi 55 años, durante los cuales fue objeto de sucesivas reformas parciales (en los años 1945, 1947, 1966, 1974, 1975 y 1983), sufriendo una evolución sustantiva en 1991, cuando le fue otorgado el carácter orgánico, con la promulgación de la Ley Orgánica del Trabajo de mayo 1 de 1991, la cual derogó también la mayoría de esas leyes especiales e incorporó parte de su contenido y de las disposiciones del Reglamento de la Ley del Trabajo, de 1973. Posteriormente fue reformada por la Ley Orgánica del Trabajo de 19 de junio de 1997, principalmente con el objeto de modificar normas sobre el salario y el sistema de prestaciones e indemnizaciones pagaderas a la terminación del contrato de trabajo.

Con el triunfo de la Revolución Bolivariana y la Promulgación de la Constitución Ídem de 1999 (CRBV), finalmente se le otorgó rango Constitucional a Derechos importantísimos como los laborales. Del mismo modo, el modelo político y económico venezolano tradicionalmente liberal, experimentó una modificación acorde a las tesis del Socialismo del Siglo XXI, de profunda inspiración progresista, basado en cuatro ejes: una fuerte democracia participativa; desarrollo económico nacional

impulsado por el Estado; fortalecimiento de las organizaciones colectivas de base y una deseable economía de equivalencias. Fue en ese año cuando entró en vigencia el Reglamento de la LOT que fue reformado en el año 2006 y donde se incorporó algunas innovaciones en materia laboral. Posteriormente, la República Bolivariana de Venezuela avanzó en su propósito de asegurar los derechos sociales de la población, otorgando base legal a los mandatos constitucionales recibidos en 1999 e introduciendo una importante interpretación progresiva de los mismos, rumbo hacia una sociedad eminentemente justa, ética, moral y democrática, por lo que el 7 de mayo de 2012 se expidió a través del Decreto Presidencial No. 8938 La Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras (LOTTT), cuyos altos fines no han sido cumplidos totalmente, en parte, por la destrucción de un amplio sector del aparato productivo venezolano, tanto por causas internas como externas, tales como la caída de los precios del petróleo sufrida desde 2014.

Según dicha normatividad, las fuentes del Derecho Laboral venezolano son: la Constitución, los Tratados Internacionales, las Leyes Laborales, la Convención Colectiva de trabajo o el Laudo Arbitral, los Usos y Costumbres, la Jurisprudencia Laboral y los Principios Generales del Derecho Laboral. En la Tabla 6, a continuación, se presenta los resultados del análisis Legal de principalística laboral:



Tabla 6. *Principios y Derechos Laborales y de la Seguridad Social Explícitos en la legislación venezolana vigente*

<b>Preceptos legales venezolanos</b>	<b>Principios explícitos</b>
Art. 1 LOTTT	Justicia social
Art. 18.2 LOTTT (Art. 89.1 CRBV)	Intangibilidad y progresividad
Art. 19 LOTTT (Art. 89.2 CRBV)	Irrenunciabilidad
Art. 18.5 LOTTT (Art. 89.3 CRBV)	Favorabilidad
Art. 18.6 LOTTT (Art. 89.4 CRBV)	Nulidad de Iure de Actos Patronales contra la Constitución o la LOTTT
Arts. 20 y 21 LOTTT (Art. 89.5 CRBV)	Igualdad laboral
Art. 20 y 21 LOTTT (Art. 89.5 CRBV)	No discriminación laboral
Art. 22 LOTTT (Art. 89.1 CRBV)	Primacía de la realidad sobre las formas o apariencias
Art. 23 LOTTT	Principios de la administración de la justicia laboral
Art. 61 LOTTT	Continuidad

Los principales instrumentos normativos relativos al Hecho Social del trabajo en lo sustancial son: la mencionada Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras de 2012; el Reglamento Parcial de la Ley Orgánica del Trabajo de 2013; la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo de 2005 y la Ley Orgánica del Sistema de Seguridad Social de 2002. La Ley Orgánica del Trabajo protege el trabajo sin distinciones y admite, por ejemplo, la posibilidad de que los trabajadores no dependientes constituyan sus propios sindicatos o adhieran a los sindicatos profesionales, sectoriales o de industria. No obstante, la mayoría de sus disposiciones se refiere al trabajo dependiente. Obviamente, la ley excluye de su campo de aplicación a miembros de las Fuerzas Armadas Bolivarianas de Venezuela, pero los beneficios reglamentarios que les sean reconocidos, no pueden ser inferiores a los que ella establece y que sean compatibles con sus funciones.

En cuanto a otros funcionarios públicos, los considera parcialmente en el sentido que sus beneficios son aplicables en todo lo no previsto en los ordenamientos nacionales, estatales o municipales de la función pública. Finalmente, los funcionarios que desempeñen cargos de carrera tienen derecho a la negociación colectiva, a la solución pacífica de los conflictos y a la huelga en los términos de esa ley, en cuanto sea compatible con la índole de los servicios que prestan; considérese aquí la excepción del art. 256 de la Constitución de 1999 y con las exigencias de la Administración Pública.

En lo procesal, es fundamental la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, también de 2002. En virtud de dicha ley, los Tribunales

del Trabajo han sido los competentes para conocer de los asuntos contenciosos que no correspondan a la conciliación ni al arbitraje. La Ley Orgánica del Trabajo extendió esa competencia, bajo ciertas condiciones, a los jueces de Municipio y Distrito, y creó la figura del juez de Estabilidad, con competencia específica frente a despidos. En la práctica, muchos jueces del trabajo son también jueces de estabilidad. Hay dos procedimientos principales: el juicio del trabajo está previsto para la generalidad de los asuntos, inclusive de carácter colectivo, o de los de mera interpretación; contempla dos instancias y, para asuntos de cierta cuantía, el recurso de casación.

El juicio de estabilidad está previsto específicamente para conocer de los despidos de los trabajadores permanentes que no sean de dirección y tengan más de tres meses al servicio de un empleador, y no da lugar al recurso de casación. En ambos procesos el juez tiene una amplia facultad y debe promover la conciliación de las partes. Los conflictos relativos a la inamovilidad de la cual están amparados ciertos trabajadores con fuero, no van a conocimiento de un juez sino del Inspector del Trabajo, pero es posible recurrir la decisión del inspector ante los Tribunales de lo Contencioso Administrativo, a los cuales corresponde conocer, en general, de los asuntos de derecho administrativo laboral. Como se dijo, la jurisdicción contencioso administrativa es competente para conocer de los procesos laborales de los funcionarios públicos. En el caso de los funcionarios del nivel nacional, esa competencia corresponde normalmente al Tribunal de la Carrera Administrativa. Finalmente, se recuerda que existe el Juicio de Amparo, de conformidad con la Ley Orgánica sobre Derechos y

Garantías Constitucionales de 2014, para los casos de violación o amenaza de violación de los mismos.

## **Bolivia**

Oficialmente Estado Plurinacional de Bolivia, es actualmente una República Unitaria Social de Derecho Plurinacional Comunitaria, sin salida al mar, rodeada por Perú, Brasil, Uruguay, Argentina y Chile. País esencialmente andino, mantiene una reclamación territorial con éste último, por una salida soberana al océano Pacífico. La actividad laboral primaria de Bolivia se desprende de la extracción y exportación de sus recursos naturales, principalmente mineros y gasíferos.

### **Contexto socio-político e histórico en que se produjo su Carta Magna actual**

La actual Constitución Política de Bolivia es el decimoséptimo texto constitucional en la historia republicana de dicho país. De corte ampliamente comunitario, entró en vigencia el 7 de febrero de 2009, luego de ser promulgada por el Presidente Evo Morales y tras ser aprobada en un referéndum popular.

### **Principios y Derechos Laborales y de la Seguridad Social de orden Constitucional**

Con relación a los derechos laborales y de la seguridad, existen los siguientes mandatos, recordando que en el amplio e idealista Preámbulo de la constitución no se toca el tema laboral, el cual

solo se aborda en la parte sustantiva de la Carta. Para efectos didácticos de este escrito se destaca los siguientes mandatos del análisis Constitucional de principalística laboral:

Tabla 7. *Principios Laborales y de la Seguridad Social Explícitos en la Constitución Boliviana de 2009*

<b>Precepto Constitución boliviana de 2009 (CPE) (art.)</b>	<b>Principios explícitos</b>
9	Acceso al Trabajo
45	Seguridad Social
46	Derecho al Trabajo
47	Producción Comunitaria
48	<b>Principios generales del derecho laboral boliviano</b>
49	Derecho de Negociación Colectiva
50	Especialidad de la Justicia Laboral
51	Derecho de Asociación Sindical
53	Derecho a la Huelga
54	Derecho a la Gestión de la Producción
61 Núm. II	Prohíbe el Trabajo Infantil
70	Acceso al Trabajo para Discapacitados
96	Carrera Docente

106	Derecho a la Libertad de Expresión y al Secreto Profesional
108	Deber de Trabajar
123	Favorabilidad
300	Promoción del empleo
302	Promoción del empleo
309	<b>Derecho a recibir Beneficios de la Empresa</b>
312	Trabajo Digno
338	Trabajo Doméstico
397	Trabajo Agrario

### **Principios y Derechos Laborales y de la Seguridad Social de orden Legal**

Luego de la independencia, el Alto Perú se hallaba económicamente postrado, como resultado de los trescientos años de explotación colonial y los dieciséis años de lucha patriota. Una economía débil, una estructura social conformada por la burguesía minera y terrateniente, la clase media y los campesinos y una política de dejar hacer y dejar pasar, sintetizan la Bolivia del Siglo XIX. Las relaciones laborales de la escasa actividad económica no estaban sujetas a norma especial, sino que cualquier contingencia emergente del trabajo, como un accidente, estaban reguladas por la ley civil de reparación de daños causados a una persona. Su primera Ley

Laboral es la denominada Ley de Enganche (16 noviembre 1896) que favorecía a los Trabajadores del Caucho, garantizándoles el retorno a sus hogares y prohibiendo el adelanto (o crédito) de sueldos. La Segunda norma importante fue la Ley del Descanso Dominical (23 noviembre 1915) con su Decreto Reglamentario (30 agosto 1927). Su origen es religioso y el trabajador debía asistir a la iglesia. Con el Tratado de Versalles de 1919 se consolida este descanso de 24 horas a la semana, y estaba destinado a la recuperación de fuerzas por parte del trabajador. La tercera norma fundamental es la Ley del Departamento Nacional de Trabajo (18 marzo 1926), que crea dicha institución: un organismo administrativo y judicial en materia laboral, el cual posteriormente redactó la Ley General del Trabajo.

Tabla 8. *Principios laborales y de la Seguridad Social explícitos en la legislación boliviana vigente*

<b>Preceptos legales bolivianos</b>	<b>Principios explícitos</b>
Art. 4 (LGT)	Irrenunciabilidad
Art. 3, Lit. g (CPT)	Tutela y Protección del Trabajador Asalariado
Art. 4, Num. I, Lit. a. (DS. 28.699/06)	In dubio Pro Operario
Art. 4, Num. I, Lit. a. (DS. 28.699/06)	Condición más beneficiosa
Art. 4, Num. I, Lit. b (DS. 28.699/06)	Continuidad de la Relación Laboral
Art. 4, Num. I, Lit. c (DS. 28.699/06)	Intervencionismo del Estado
Art. 4, Num. I, Lit. d (DS. 28.699/06)	Primacía de la Realidad
Art. 4, Num. I, Lit. e (DS. 28.699/06)	No discriminación
Art. 11 (DS. 28.699/06)	Estabilidad laboral
Ley 975 del 2/05/98	Inamovilidad de la mujer trabajadora embarazada

La norma legal que regula lo Laboral Ordinario Sustancial en Bolivia es el Decreto Supremo de 24 de mayo de 1939 elevado a Ley General del Trabajo (LGT) el 8 de diciembre de 1942; la Ley General de Higiene, Seguridad Ocupacional y Bienestar, o Decreto Ley No. 16998 de agosto 2 de 1979 y el Decreto Supremo No. 28699 de mayo 1 de 2006, también conocido como Decreto Reglamentario de la Ley General del Trabajo. En lo adjetivo, prima el Código Procesal del Trabajo (CPT) o Decreto Ley No. 16896 de julio 25 de 1979, con sus respectivas modificaciones. Los resultados del análisis legal de principalística laboral pueden ser evidenciados en el cuadro que antecede este párrafo.

### Conclusiones

Desde el año 2011 Latinoamérica ha estado afectada por una desaceleración económica cuyos impactos acumulativos en los mercados de trabajo fueron caracterizados en 2015 como una crisis en cámara lenta (OIT, 2016). Sin embargo, el panorama laboral de la región empeoró en 2016, aumentando abruptamente la desocupación, la informalidad y bajando la calidad del empleo, medida por varios indicadores tales como: el aumento del empleo por cuenta propia, la reducción del trabajo asalariado y la reducción de los salarios reales. Esta coyuntura afecta directamente los derechos laborales y de seguridad social en un amplio grupo de países con economías neoliberales (véase las iniciativas de Reforma Pensional en Colombia, o de Reforma a la Jornada Laboral en Chile), haciendo necesario su amparo administrativo o jurisdiccional.



## Discusiones sobre el trabajo y la seguridad social en el contexto latinoamericano

Por su parte, las naciones presentadas en esta disertación, han tenido que optar por acciones para enfrentar recientes problemas estructurales de baja productividad y de falta de diversificación productiva. En ambos casos esta coyuntura va en contra del Objetivo 8 de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible: crecimiento sostenido, inclusivo y sostenible con empleo pleno y productivo y trabajo decente. Sin embargo, y dejando de lado la supuesta guerra económica interna y la persecución financiera mundial que aqueja a Venezuela, materialmente los habitantes de la nación bolivariana, junto con los bolivianos y cubanos, tienen mejores condiciones de trabajo (empleabilidad) que varios de sus pares latinoamericanos (OIT, 2016):

Tabla 9. *América Latina y el Caribe: Tasa de desocupación nacional según país. 2006 - 2016 (tasas anuales medias)*

País	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2015	2016
											Promedio al III Trimestre	
América latina												
Argentina <sup>a/</sup>	10,2	...	...	...	...	...	...	...	...	...	...	9,3
Bolivia (Estado Plur. de)	5,2	5,2	2,8	3,3	...	2,7	2,3	2,8	2,3	...	...	...
Brasil <sup>b/</sup>	8,4	8,2	7,1	8,3	...	6,7	7,3	7,1	6,8	8,5	8,4	11,3
Chile <sup>c/</sup>	7,7	7,1	7,8	9,7	8,2	7,1	6,4	7,9	6,4	6,2	6,4	6,6
Colombia <sup>d/</sup>	12,0	11,2	11,3	12,0	11,8	10,8	10,4	9,6	9,1	8,9	9,2	9,6
Costa Rica	6,0	4,6	4,9	7,8	8,9	10,3	10,2	9,4	9,6	9,6	9,6	9,5
Cuba	1,9	1,8	1,6	1,7	2,5	3,2	3,5	3,3	2,7	2,4	...	...
Ecuador	6,3	5,0	6,0	6,5	5,6	4,6	4,1	4,0	4,3	4,3	4,2	5,4

## Discusiones sobre el trabajo y la seguridad social en el contexto latinoamericano

El Salvador	6,6	6,3	5,9	7,3	7,0	6,6	6,1	5,9	7,0	7,0	...	...
Guatemala	...	...	...	...	3,7	4,1	2,9	3,1	2,9	2,6	2,4 <sup>k/</sup>	3,1 <sup>k/</sup>
Honduras	3,5	3,1	3,1	3,1	3,9	4,3	3,6	3,9	5,3	7,3	7,3 <sup>l/</sup>	7,4 <sup>l/</sup>
México	3,6	3,6	3,9	5,4	5,3	5,2	4,9	4,9	4,8	4,3	4,4	4,0
Nicaragua <sup>h/</sup>	5,2	5,9	6,1	7,9	7,9	5,3	5,9	5,8	6,6	...	...	...
Panamá <sup>d/</sup>	8,2	6,4	6,6	6,6	6,5	4,5	4,0	4,1	4,8	5,1	5,1 <sup>m/</sup>	5,5 <sup>m/</sup>
Paraguay	6,7	5,6	5,7	6,4	5,7	5,6	4,9	5,0	6,0	5,3	7,2 <sup>n/</sup>	8,3 <sup>n/</sup>
Perú	4,7	4,7	4,6	4,5	4,1	4	3,7	4	3,7	3,5	4 <sup>o/</sup>	4,4 <sup>o/</sup>
República Dominicana	5,5	5,0	4,7	5,3	5,0	5,8	6,5	7,0	6,4	5,9	6,0 <sup>p/</sup>	5,7 <sup>p/</sup>
Uruguay	10,8	9,4	8,0	7,7	7,2	6,3	6,5	6,5	6,6	7,5	7,4	8,0
Venezuela (Rep. Bol. de)	10,0	8,4	7,3	7,9	8,7	8,3	8,1	7,8	7,3	7,0	7,3	7,5

Al respecto, entre los países estudiados en este trabajo, el que posee la Constitución Social más antigua es Cuba. Venezuela se encuentra en un punto medio y Bolivia responde a una evolución tardía del Progresismo. Entonces, una conclusión válida es rescatar el valor de la principalística y el Diálogo Social, como mecanismos de democracia participativa y de desarrollo de visiones compartidas de interés nacional, tales como las que ofrecen las Tesis Progresistas del Trabajo y la Seguridad Social. Esta situación se desarrolla en otras particularidades, relacionadas con su sistema de producción, el concepto de trabajo, el acceso laboral para discapacitados, la libertad de asociación sindical y los sistemas de seguridad en riesgos, salud y pensión, particularidades que para efectos didácticos son tabuladas a continuación:

Tabla 10. *Sistemas de Producción, Concepción del Trabajo y algunos valores laborales y de la Seguridad Social en los ordenamientos jurídicos investigados*

<b>País</b>	<b>Sistema de Producción</b>	<b>Concepto del Trabajo</b>	<b>Inclusión Laboral para Discapacitados</b>	<b>Asociación Sindical y Huelga</b>	<b>Seguridad Social en Riesgos Laborales</b>	<b>Seguridad Social en Salud</b>	<b>Seguridad Social en Pensiones</b>
<b>Cuba</b>	Comunista	Deber	Plena	Limitados	Pública Universal	Pública Universal	Pública Universal
<b>Venezuela</b>	Capitalista Social	Derecho	Plena	Limitados	Pública Universal	Mixta	Pública Universal
<b>Bolivia</b>	Capitalista Comunal	Derecho	Plena	Plena	Pública Universal	Mixta	Mixta

Como se puede apreciar, en las naciones estudiadas, las corrientes progresistas volvieron mandatos de optimización (principios) aspectos fundamentales del Trabajo y la Seguridad Social, reafirmando el papel del Estado como su máximo responsable, ampliando la protección a la totalidad de los trabajadores asalariados, incluyendo a trabajadores agrarios, jornaleros y a sus familiares y, estableciendo un régimen coherente de prestaciones, articuladas para asegurar su disfrute por la generalidad de la población. Igualmente, estas naciones comprendieron, entre las contingencias cubiertas por la Seguridad Social, el accidente de trabajo, la maternidad en toda circunstancia y la enfermedad profesional, abandonando la antigua teoría del riesgo laboral, adoptando un criterio social en la prevención, asistencia y rehabilitación, complementado en materia pensional con

el reconocimiento del tiempo de servicios prestados en cualquier actividad laboral en cualquier tiempo.

Finalmente, la diversidad de Tribunales Laborales y de Cortes encargadas de los juicios en Seguridad Social de nuestra América Latina, así como de las vías ordinarias o de excepción para el ejercicio del control principalístico, marca la identidad de cada Nación. Tal comprensión será necesario asumirla *a posteriori*, para determinar las diferencias y puntos de encuentro entre países latinoamericanos porque, sin importar las distancias, el activismo judicial laboral (en muchos casos constitucional) surgió de la necesidad de acercar la justicia al ciudadano:

Tabla 11. *Fallos que amparan o desarrollan Principios Laborales y/o de la Seguridad Social en los ordenamientos jurídicos investigados*

País	Corte o tribunal	Fallo o expediente	Principio laboral Amparado/ desarrollado
Cuba	Sala de lo Laboral del Tribunal Supremo Popular	Sentencia No. 129, de 26 de febrero de 2010. Expediente 144 de 2009	Indemnización por daños y perjuicios por relación laboral no formalizada
		Sentencia No. 5, de 30 de junio de 2010. Expediente 3 de 2010	Pensión por causa de muerte
		Sentencia No. 605, de 20 de septiembre de 2010. Expediente 183 de 2010.	Protección de la maternidad

	Sala Constitucional - Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela	23 de mayo de 2012 Expediente: No. 650- 23512-2012-10-0001	Preaviso en la terminación de la relación laboral- prescripción de la acción - aplicación de la norma que más favorezca al trabajador - principio protector
Venezuela	Sala de Casación Social - Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela	23 de octubre de 2012 Expediente: C.L. No. AA60-S-2011-001031. – No. 1154	Salario mixto, obligación de cumplir con el salario mínimo
		21 de mayo de 2013 Expediente: R.C. No. AA60-S-2011-000056	Contrato a tiempo determinado – estabilidad laboral - principio in dubio pro operario
	Tribunal Supremo de Justicia Sala Contenciosa y Contenciosa Administrativa, Social y Administrativa Primera	Auto Supremo No. 108 de 2014 Expediente: 4/2014-s	Irrenunciabilidad de los derechos laborales - estabilidad laboral reforzada de las personas con discapacidad
Bolivia		Auto Supremo No. 02 de 2016 Expediente: 297/2015-s	In dubio pro operario - norma más favorable - condición más beneficiosa

La exigibilidad de los derechos sociales como los que comprende el mundo del trabajo y la seguridad social, la creación de recursos expeditos para superar sus violaciones, la asistencia legal a grupos vulnerables, la definición de políticas públicas

por vía judicial, constituyen también temas transversales a esta investigación, dado que la jurisprudencia ha dinamizado el desarrollo del Derecho Laboral y la Seguridad Social en América Latina. Así pues, este argumento se muestra suficiente para que mientras se concluye la presente investigación, se indique (Tabla 11) algunos de los fallos más representativos de las justicias laborales cubana, venezolana y boliviana, con la clara intención de invitar a los lectores a interesarse por este tema, porque no se puede desconocer el activismo latinoamericano en la materia investigada, tema que será, como ya se ha dicho, objeto de una futura disertación.

## Referencias

- Alexy, R. (1997). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid, España: Centros de Estudios Constitucionales.
- Alexy, R. (1998). Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica. *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Madrid, España.
- Aragón Reyes, M. (1997). *El juez ordinario entre la legalidad y la constitucionalidad*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Arango, R. (1999). *¿Hay respuestas correctas en el derecho?* Bogotá: Ediciones Uniandes, Siglo del Hombre Editores.
- Asamblea Nacional de la República Bolivariana de Venezuela. (2005). Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo. Recuperado de <https://www.medicinalaboraldevenezuela.com.ve/archivo/LOPCYMAT.pdf>
- Atienza, M. y Ruíz, J. (1991). *Las piezas del derecho*. Barcelona, España: Editorial Ariel.
- Bernal, C. (2005). *El derecho de los derechos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Bolivia (Estado plurinacional de). (1979). Decreto-ley núm. 16896 de 25 de julio de 1979, Código Procesal del Trabajo. Recuperado de [https://www.ilo.org/dyn/natlex/natlex4.detail?p\\_lang=es&p\\_isn=36283](https://www.ilo.org/dyn/natlex/natlex4.detail?p_lang=es&p_isn=36283)
- Bolivia (Estado plurinacional de). (1979). Decreto-ley núm. 16998 de 2 de agosto de 1979, ley general de higiene, seguridad ocupacional y bienestar. Recuperado de <http://>

webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:Ytkg-SiGH7aMJ:www.oit.org/dyn/natlex/natlex4.detail%3Fp\_lang%3Des%26p\_isn%3D36284%26p\_country%3DBOL%26p\_count%3D219%26p\_classification%3D14%26p\_classcount%3D5+&cd=2&hl=es&ct=clnk&gl=co

Carrió, G. (1970). *Principios jurídicos y positivismo jurídico*. Buenos Aires, Argentina: Abeledo Perrot.

Constitución Política del Estado de Bolivia. (2009). Constitución Política del Estado (CPE). Recuperado de [https://www.oas.org/dil/esp/Constitucion\\_Bolivia.pdf](https://www.oas.org/dil/esp/Constitucion_Bolivia.pdf)

Deist, J. (2016). *Progresistas, derecha e izquierda* (Trad. Mariano Bas Uribe). Recuperado de <https://mises.org/blog/progressives-left-and-right>

Dworkin, R. (1998). *Los derechos en serio*. Madrid, España: Editorial Ariel.

Estrada, S. (2011). *Los principios jurídicos y el bloque de constitucionalidad*. Medellín, Colombia: Sello Editorial.

Ferrajoli, L. (2001). *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid, España: Editorial Trotta.

Frolov, I. (1984). *Diccionario de Filosofía* (Trad. Razinkov). Moscú: Editorial Progreso.

García de Enterría, E. (1986). *Tres lecciones sobre la ley y los principios generales del derecho*. Madrid, España: Editorial Thompson-Civitas.

Guastini, R. (2001). *Estudios de teoría constitucional*. México: Doctrina Jurídica Contemporánea.



Hart, H. (1961). *El concepto del derecho* (Trad. Genaro Carrió). Buenos Aires, Argentina: Abeledo Editores.

Honorable Congreso de la República de Bolivia. (1942). Ley General del Trabajo (LGT). Recuperado de <http://www.ilo.org/dyn/travail/docs/1443/Ley%20General%20del%20Trabajo.pdf>

López, D. (2004). Teoría impura del derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana. *Revista Chilena de Derecho*, 36(1), 193-197.

López, D. (2011). Igualdad y precedente: El argumento contra Tamayo. *Ámbito Jurídico*, 14(323).

Ministerio de Justicia de la República de Cuba. (2014). Ley 116 de diciembre 20 de 2013. Recuperado de [http://www.ilo.org/dyn/natlex/natlex4.detail?p\\_lang=en&p\\_isn=96404](http://www.ilo.org/dyn/natlex/natlex4.detail?p_lang=en&p_isn=96404)

Núñez Vaquero, Á. (2009). Teorías críticas del derecho: observaciones sobre el modelo de ciencia jurídica. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/download/articulo/3313283.pdf>

Organización Internacional del Trabajo (OIT). (2016). Panorama Laboral 2016 América Latina y el Caribe. Recuperado de [http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/documents/publication/wcms\\_537803.pdf](http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/documents/publication/wcms_537803.pdf).

Plá Rodríguez, A. (1998). *Los principios del derecho del trabajo*. Montevideo, Uruguay: De Palma.

Pino, G (2011). Principios, ponderación y la separación entre derecho y moral. Sobre el neoconstitucionalismo y sus

- críticos. *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 34, 201-228.  
DOI: <https://doi.org/10.14198/DOXA2011.34>
- Pino, G. (2014). *Derechos e interpretación. El razonamiento jurídico en el Estado constitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Presidencia Constitucional de la República de Bolivia. (2006). Decreto Supremo No. 28699 de 1 de mayo de 2006. Recuperado de [https://www.lexivox.org/norms/BO-DS-28699.pdf?dcmi\\_identifier=BO-DS-28699&format=pdf](https://www.lexivox.org/norms/BO-DS-28699.pdf?dcmi_identifier=BO-DS-28699&format=pdf)
- República Bolivariana de Venezuela. (1999). Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Recuperado de [https://www.oas.org/dil/esp/constitucion\\_venezuela.pdf](https://www.oas.org/dil/esp/constitucion_venezuela.pdf)
- República Bolivariana de Venezuela. (2012). Ley Orgánica del Sistema de Seguridad Social. Recuperado de [http://www.derechos.org/ve/pw/wp-content/uploads/ley\\_SSS.pdf](http://www.derechos.org/ve/pw/wp-content/uploads/ley_SSS.pdf)
- República Bolivariana de Venezuela. (2012). Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras. Recuperado de [https://oig.cepal.org/sites/default/files/2012\\_leyorgtrabajo\\_ven.pdf](https://oig.cepal.org/sites/default/files/2012_leyorgtrabajo_ven.pdf)
- República Bolivariana de Venezuela. (2013). Decreto No. 44, Reglamento Parcial de la Ley Orgánica del Trabajo. Recuperado de [http://www.minpptrass.gob.ve/mantenimiento/LOTT/Reglamento\\_Parcial\\_LOTT-Gaceta\\_Oficial\\_No\\_2040.157.pdf](http://www.minpptrass.gob.ve/mantenimiento/LOTT/Reglamento_Parcial_LOTT-Gaceta_Oficial_No_2040.157.pdf)
- República de Cuba. (1985). Ley número 49 - Código de Trabajo de Cuba. Recuperado de [http://www.sipi.siteal.iipe.unesco.org/sites/default/files/sipi\\_normativa/cuba\\_ley\\_nro\\_49\\_1984.pdf](http://www.sipi.siteal.iipe.unesco.org/sites/default/files/sipi_normativa/cuba_ley_nro_49_1984.pdf)

República de Cuba. (2003). Constitución de la República de Cuba. Recuperado de <http://www.cuba.cu/gobierno/cuba.htm>.

Rodríguez, C. (2011). Un nuevo mapa para el pensamiento jurídico latinoamericano. En Rodríguez, C. (Coord.) *El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del Siglo XXI*, pp. 11-24. Buenos Aires, Argentina: Siglo Veintiuno Editores.

Sieckmann, J. (2006). *El modelo de los principios del derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Tribunal Supremo de Justicia de Bolivia. (2014). Auto Supremo No. 108 de 2014. Expediente: 4/2014-s. Sucre. Recuperado de <http://tsj.bo/>

Tribunal Supremo de Justicia de Bolivia. (2016). Auto Supremo No. 02 de 2016. Expediente: 297/2015-s. Sucre. Recuperado de <http://tsj.bo/>

Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela. (2002). Ley Orgánica Procesal del Trabajo. Recuperado de [http://www.derechos.org.ve/pw/wp-content/uploads/ley\\_OPT.pdf](http://www.derechos.org.ve/pw/wp-content/uploads/ley_OPT.pdf).

Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela. (2012). Sala Constitucional. Sentencia de mayo 23. Expediente: No. 650-23512-2012-10-0001. Recuperado de [www.tsj.gob.ve/](http://www.tsj.gob.ve/)

Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela. (2012). Sala de Casación Social. Sentencia de octubre 23. Expediente: C.L. No. AA60-S-2011-001031. – No. 1154. Recuperado de [www.tsj.gob.ve/](http://www.tsj.gob.ve/)

Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela. (2013). Sala de Casación Social. Sentencia de mayo 21. Expediente: R.C. No. AA60-S-2011-000056. Recuperado de [www.tsj.gob.ve/](http://www.tsj.gob.ve/)

Tribunal Supremo Popular. República de Cuba. (2010). Sentencia No. 5, junio 30. Expediente 3 de 2010. La Habana. Recuperado de <http://www.tsp.gob.cu/es>.

Tribunal Supremo Popular. República de Cuba. (2010). Sentencia No. 129, febrero 26. Expediente 144 de 2009. La Habana. Recuperado de <http://www.tsp.gob.cu/es>

Tribunal Supremo Popular. República de Cuba. (2010). Sentencia No. 605, septiembre 20. Expediente 183 de 2010. La Habana. Recuperado de <http://www.tsp.gob.cu/es>.

Toulmin, S. y Feigl, H. (1981). *El legado del positivismo lógico*. Valencia, España: Teorema Editorial.

Zagrebelsky, G. (1994). *El derecho dúctil*. Madrid, España: Editorial Trotta.

# Armonización de la antinomia constitucional del derecho de huelga en el ordenamiento jurídico colombiano: la huelga como un derecho humano laboral y fundamental

Hugo Armando Medina Chaves<sup>6</sup>  
Mónica Hidalgo Oviedo<sup>7</sup>

## Resumen

El ordenamiento jurídico colombiano limita el ejercicio del derecho humano laboral a la huelga. La excesiva amplitud del concepto sobre Servicios Públicos Esenciales otorgado por la Corte Constitucional y por el legislador, limitan el campo de acción de la huelga, convirtiéndola en una cláusula pétrea. Colombia desconoce la garantía que emana de los convenios 87 y 98 de la OIT debidamente ratificados, y de la protección de la Declaración de la OIT de 1998 sobre derechos y principios fundamentales en el trabajo que son insertados en el ordenamiento a través del bloque de la constitucionalidad. La colisión constitucional existente entre la huelga y el derecho de los usuarios de los servicios públicos debe resolverse, no sin antes identificar jerárquicamente la naturaleza jurídica del derecho de huelga en Colombia.

**Palabras clave:** colisión, huelga, servicios públicos esenciales, derecho humano, derecho fundamental.

<sup>6</sup> Universidad Cooperativa de Colombia sede Pasto. E-mail: hugo.medinac@ucc.edu.co

<sup>7</sup> Universidad Cooperativa de Colombia sede Pasto. E-mail: monicahidalgoviedo@hotmail.com

# Harmonization of the constitutional antinomy of the right to strike in the Colombian legal system: the strike as a labor and fundamental human right

## Abstract

The Colombian legal system limits the exercise of the human labor right to strike. The excessive breadth of the concept of Essential Public Services granted by the Constitutional Court and by the legislator limits the scope of action of the strike, turning it into a stony clause. Colombia is not aware of the guarantee of ILO Conventions 87 and 98 duly ratified and of the protection of the 1998 ILO Declaration on Fundamental Rights and Principles at Work that are inserted in the Constitutionality. The constitutional collision between the strike and the right of the users of public services must be resolved, not without hierarchically identifying the legal nature of the right to strike in Colombia

**Key words:** collision, strike, essential public services, human right, fundamental right.

## Introducción

El presente capítulo es el resultado de los avances del proyecto de investigación de financiación propia, denominado *Hacia una nueva acción de los derechos laborales colectivos en los procesos constitucionales Latinoamericanos: la petrificación de las cláusulas sociales y el surgimiento de procesos de reconocimiento de la clase trabajadora*, desarrollado en el seno del Grupo de Investigación La Minga de la Facultad de Derecho de la Universidad Cooperativa de Colombia sede Pasto. Se trata de una investigación jurídica con una metodología cualitativa-interpretativa, de tipo hermenéutico, por tratarse de un proceso de interpretación y argumentación basado en la revisión de normas internacionales, nacionales y del precedente judicial.

En este trabajo se ejemplifica uno de los conflictos jurídicos que impacta en el derecho constitucional del trabajo: la existencia de una tensión entre el ejercicio del derecho humano laboral de la huelga para los trabajadores, sean estos públicos o privados y el goce de los servicios públicos esenciales (SPE) por parte de los usuarios. La decisión jurisprudencial y legal colombiana de ponderar los derechos puestos en colisión es resuelta a favor de los usuarios, anulando por completo el derecho de huelga de los trabajadores, dado que, no se le otorga la calidad de derecho humano y fundamental.

Sin embargo, en el ordenamiento internacional se predica y esboza otras formas que armonizan los derechos, preservando en todo caso, el núcleo duro de un derecho de altísima importancia para

la clase trabajadora, como lo es la huelga. Por tanto, es válida la pregunta: ¿es coherente con el ordenamiento internacional y con el núcleo duro del derecho de huelga, que ésta no sea tratada en el ordenamiento jurídico interno colombiano como un derecho humano y fundamental? Para efectos de abordar esta tesis, se estructurará este texto en los siguientes ítems: i) diagnóstico de la colisión constitucional; ii) el papel regulador de la jurisprudencia constitucional y su incidencia en el derecho de la huelga; y iii) proposición de la huelga como un derecho humano laboral y fundamental.

### **La existencia de una antinomia constitucional: entre el ejercicio de huelga de los trabajadores y la preservación de los servicios públicos esenciales a favor de los usuarios**

La huelga es concebida como una de las máximas de los trabajadores, aunque los convenios 87 y 98 de la OIT no la consagran; no por ello, se niega su existencia. En el reciente debate de la reunión Tripartita sobre el Convenio de Libertad Sindical y Protección al Derecho de Sindicalización celebrado en Ginebra el 25 de febrero de 2015, los representantes de los gobiernos declararon que la huelga hace parte del convenio de Libertad Sindical, terminando con la discusión que por más de 50 años se tenía respecto de la posición normativa de este derecho. La OIT (s.f.) la define como: “uno de los medios esenciales que disponen los trabajadores y sus organizaciones para promover y defender sus intereses económicos y sociales” (p. 10).



Para el Comité de Libertad Sindical (CLS), la huelga es considerada como un derecho fundamental, pero, no un fin en sí misma, en la medida que ella genera perturbación en la economía de las empresas y refleja el fracaso de la negociación colectiva, en tanto que su desarrollo lleva ínsito la creación de nuevos conflictos y, por tanto, es considerada para los trabajadores como una última ratio (CEACR, 2020); entonces, no es un derecho absoluto y puede ser reglamentada e incluso prohibida.

En el artículo 8 del PIDESC, artículo 27 de la Declaración de los Derechos Sociales del Trabajador, artículo 8 numeral 1 literal b) del Protocolo Adicional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales se consagra el derecho de huelga como atributo sindical, existiendo un común denominador; esto es, que su regulación le compete al legislador, de acuerdo con las condiciones internas de cada Estado.

En el ordenamiento jurídico colombiano, la Constitución Política consagra su ejercicio y reserva legal: “Toda parte del pueblo puede reunirse y manifestarse pública y pacíficamente. Sólo la ley podrá establecer de manera expresa los casos en los cuales se podrá limitar el ejercicio de este derecho” (Art. 37), en tanto que el Código Sustantivo del Trabajo la define como “la suspensión colectiva temporal y pacífica del trabajo, efectuada por los trabajadores de un establecimiento o empresa con fines económicos y profesionales propuestos a sus empleadores y previos los trámites establecidos en el presente título” (Art. 429).

Por su parte, la jurisprudencia constitucional señala que la huelga no es un derecho fundamental y puede ser limitado.

De esta manera, cuando ingresan todas estas cláusulas normativas internacionales que recogen a la huelga como un derecho de altísima protección a través del bloque de la constitucionalidad en sentido estricto al ordenamiento jurídico colombiano, donde en éste último, el derecho de huelga no goza de la categoría tan siquiera de derecho fundamental, surge el fenómeno de la colisión constitucional.

La existencia de dicha colisión en el plano constitucional, es definida por el tratadista Carlos Alberto Oliver Galé como una antinomia, fenómeno que se explica cuando en el ordenamiento jurídico existen dos o más normas que regulan de modo diferente e incompatible un mismo supuesto de hecho y que conlleva plantear el interrogante sobre ¿cuál es el derecho que debería primar? La respuesta, compartiendo la tesis de Oliver, es que ningún derecho puede anular al otro.

La antinomia constitucional se presenta entre la normatividad internacional ya expuesta y el artículo 56 constitucional que en articulación al fuerte precedente jurisprudencial y de la legislación, acoge un concepto amplio en la definición de SPE, cuya consecuencia inmediata es la petrificación del derecho de los trabajadores. En todo caso, la antinomia constitucional debería resolverse, bien con los principios *pro homine* y *pro libertate*, que permiten interpretar las normas siempre a favor de la humanidad y un mayor respeto de las libertades en el plano

internacional, o a través de otros principios que, recogiendo el sentir de la comunidad internacional, permiten salvaguardar y ponderar correctamente los derechos que colisionan y que este texto tratará de proponer en discusión.

## **El papel regulador de la jurisprudencia constitucional y su incidencia en el derecho de la huelga**

Evidenciada la colisión constitucional existente en el ordenamiento jurídico colombiano sobre el ejercicio del derecho de huelga, se indagará sobre el alcance que la jurisprudencia le ha otorgado. Previamente a exponer los resultados investigativos, el lector deberá comprender que el derecho de huelga en Colombia se limita en tratándose de aquellas actividades que son consideradas como SPE. El problema hermenéutico radica en que la legislación interna acoge un concepto amplio, prohibiendo la huelga, en tanto que la legislación internacional sustenta un concepto restringido, ampliando su ejercicio.

La concepción de los servicios públicos se corresponde a las fases históricas del Estado. El tratadista Alberto Montaña Plata (2008), retomando los postulados de Di Plinio, identifica tres fases: la del Estado liberal, intervencionista y neoliberal; en esta última fase, la regulación, control y vigilancia de los SPE “le corresponden al Estado, quien debe establecer su régimen jurídico, elaborar políticas de administración, control, eficiencia y prestación, a tal punto que en virtud de su soberanía puede reservarse el monopolio de algunos de ellos” (p. 87).

La Asamblea Nacional Constituyente de 1991 consagró en la Constitución, en términos generales, los servicios públicos, pero existen sub categorías como los servicios públicos domiciliarios y los SPE; sin embargo, por mandato del artículo 56 y 365 constitucional, existe una reserva legal en el Congreso, a quien le compete en uno u otro evento, su definición. Los servicios públicos son defendidos normativamente como “toda actividad organizada que tienda a satisfacer necesidades de interés general en forma regular y continua, de acuerdo con un régimen jurídico especial, bien que se realice por el Estado, directa o indirectamente o por personas privadas” (Código Sustantivo del Trabajo, Art. 430).

Por su parte, los SPE han sido definidos como aquellas actividades que de modo directo y concreto contribuyen al respeto, vigencia, efectividad de derechos y garantías fundamentales, que son tan esenciales para el interés general, que su suspensión puede afectar a una o a toda una parte de la población y cuya definición, si bien corresponde al legislador –criterio formal-, es la Corte Constitucional –criterio material-, la que, a través del control constitucional, determina si el servicio público puede catalogarse como esencial.

*Contrario sensu* para la OIT, debe diferenciarse entre dos términos: i) servicios públicos no esenciales, que corresponde a actividades de importancia trascendental (terminología adoptada por el CLS) o de utilidad pública (terminología adoptada por la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, CEACR) donde es permitida la huelga. (OIT, 2000); y ii) SPE

en sentido estricto, definidos como “aquellos cuya interrupción puede tener consecuencias para la vida, la seguridad o la salud de la persona, en los cuales podría estar justificado imponer restricciones e incluso prohibiciones, las cuales deberían ir acompañadas, no obstante, de garantías compensatorias” (OIT, 2000, p. 23).

Una revisión cronológica y sistemática de las sentencias proferidas por la Corte Constitucional entre los años 1991 a 2016, identifica diferentes escenarios constitucionales: i) el papel regulador de la jurisprudencia; ii) la ineficacia del derecho de huelga por la amplitud en la concepción de los SPE; y iii) la inexistencia de lógicas ponderativas que armonicen constitucional y legalmente los derechos de los usuarios y el derecho de huelga de los trabajadores. Para efectos de identificar estos escenarios, fue posible dividir la jurisprudencia constitucional colombiana, por ser ésta, la que materialmente define un SPE – elemento material, en cuatro periodos: i) 1992 a 1994; ii) 1995 a 1997 iii) 1997 a 2008 y iv) 2008 a 2016.

### **Primer periodo: inhibición de la Corte Constitucional para definir los SPE y la anulación constitucional del derecho de huelga (1992 - 1994)**

En la medida que el artículo 56 de la Constitución Política de 1991 limita el ejercicio del derecho de huelga en los SPE, el legislador hasta ese momento no había definido qué actividades eran esenciales. Ante esta omisión legislativa justificable para la época, la Corte Constitucional procedió a sustentar sus fallos de constitucionalidad y de tutela acogiendo los pronunciamientos

emanados por el Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia; sin embargo, confundió los conceptos de actividades de trascendencia o utilidad pública con las de SPE en sentido estricto, limitando el alcance del derecho de huelga; ejemplo de dicha postura se observa en la sentencia T-443 de 1992, en donde prohibió el derecho de huelga en las actividades bancarias y bursátiles por considerarlas trascendentales.

Respecto de la competencia para la definición de los SPE en sentencia C- 473 de 1994 aclaró que los mismos debían ser definidos por el legislador y por tanto no tenía competencia material para su concepción, exhortando al Congreso a su pronta regulación. En este periodo la Corte identificó la colisión entre el derecho de huelga de los trabajadores y el derecho de los usuarios y comenzó a estructurar la línea en la cual dicha colisión debía resolverse a favor de los usuarios en pleno desconocimiento del derecho de huelga:

Hay pues un conflicto eventual entre, de un lado, los derechos de los usuarios de los servicios públicos esenciales, que, sin ser parte en el conflicto laboral como tal, se pueden ver afectados y perjudicados por ceses generales de actividades; y, de otro lado, los derechos de los trabajadores que laboran en tales servicios, quienes se pueden ver eventualmente despojados de instrumentos legítimos para la defensa de sus intereses, como la huelga. Tal conflicto lo resuelve la Constitución no garantizando la huelga en los servicios públicos esenciales, lo cual muestra que fue voluntad expresa del Constituyente proteger los derechos de los usuarios de los servicios públicos esenciales, que aparecen, así como una limitación constitucional al derecho a la huelga de los trabajadores. Corte Constitucional. (27 de octubre de 1994) Sentencia C-473 [MP. Alejandro Martínez Caballero].

## **Segundo periodo: la omisión legislativa y la competencia de la Corte para regular los SPE, la amplitud del concepto sobre los SPE (1995 a 1997)**

La Corte señaló que existen dos requisitos para definir cuándo una actividad debe ser considerada como esencial: un formal referente a la regulación legal y un material adjudicado a la Corte, quien identifica el grado de esencialidad del servicio, pero con la excepción que la inexistencia del elemento formal no impide el pronunciamiento de la Corte. A partir de la sentencia C-450 de 1995, la Corte definió qué los SPE “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” (párr. 24). Bajo esta óptica, la pregunta sucedánea sería: ¿qué actividades prestadas por el Estado o por los particulares, no contribuyen a la satisfacción de intereses, derechos y libertades fundamentales? El resultado sería: afirmar que los servicios de transporte, cualquiera que sea su especie, afectan derechos, libertades y garantías de los usuarios.

## **Tercer periodo: inhibición de la Corte Constitucional para regular los SPE, amplitud del concepto de SPE (1997 a 2008)**

Comienza con la expedición de la Sentencia C-075 de 1997 y termina con la Sentencia C-691 de 2008 MP. La Corte regresa a la tesis inicial del primer periodo (1992 - 1995), en virtud del cual afirma la falta de competencia para pronunciarse sobre un

SPE que, previamente no ha sido definido por el legislador. En esta última sentencia se retoma los pronunciamientos contenidos en las decisiones T-443 de 1992, C-473 de 1994, T-406 de 1993, T-380 de 1994, C-450 de 1995 y C-432 de 1996. Aun cuando no define qué debe entenderse por SPE, sí señala que, ante una colisión con la huelga, deberá preferirse en su totalidad el derecho de los usuarios:

La limitación al derecho de huelga basada en la definición de ciertas actividades como servicios públicos esenciales, tiene origen en la Carta Política a manera de fórmula mediadora para resolver la pugna de derechos que confluyen en esa situación; de un lado, el derecho de los trabajadores por hacer efectivas sus reivindicaciones laborales, económicas y sociales, mediante la huelga y, de otro lado, los derechos de los usuarios de esos servicios que resultan de alguna forma lesionados con la suspensión de labores. Esa disyuntiva se ha resuelto por la vía constitucional mediante la protección de los derechos fundamentales de los usuarios frente al sacrificio del derecho de los trabajadores, exclusivamente, en los casos que revistan la prestación de un servicio público esencial. Corte Constitucional. (20 de febrero de 1997) Sentencia C-075 [MP. Hernando Herrera Vergara].

A través de sentencias de tutela, la Corte prohíbe el derecho de huelga en servicios de trascendencia o utilidad pública, pero no propiamente en SPE. En la Sentencia T-1059 de 2001 prohibió el derecho para los maestros oficiales de ejercer este derecho, toda vez que la Ley 30 de 1992 definió a la educación como un SPE. Sin embargo, no se diferenció si los docentes ejercen actividades de autoridad pública, es decir, si tienen funciones de dirección o



confianza vitales para la administración del Estado o sus labores son técnicas, y si la suspensión podría vulnerar derechos a la vida, salud y seguridad de la población; el resultado es limitar el derecho de huelga a funcionarios públicos que materialmente no cumplen funciones de autoridad.

Con la expedición de la Sentencia C-691 de 2008, la Corte regresa a la tesis inicial de ser competente para definir la esencialidad de un servicio, aun cuando el legislador no lo haya regulado con anterioridad. Sin embargo, en la parte motiva de esta sentencia reconoce la existencia de un concepto amplio de los SPE que limita el ejercicio del derecho de huelga y por tanto recomienda el concepto restringido de la OIT.

Según la OIT, los SPE en sentido estricto, comprenden aquellas actividades cuya suspensión puede afectar la vida, salud y seguridad de la población, y no aquellas que en su generalidad afectan los derechos, intereses y libertades fundamentales:

En segundo lugar, los demandantes afirman que la actividad reseñada en la norma demandada no se ajusta al criterio que estableciera la Corte en otras sentencias para determinar si un servicio público es esencial. Indican que la Corte estableció en la sentencia C-450 de 1995 que constituyen servicios públicos esenciales aquellas actividades que contribuyen directa y concretamente 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.” Aquí también considera la Corte importante reiterar que esta definición resulta demasiado amplia, puesto que casi todas las actividades

económicas y sociales tienen alguna relación con los derechos y libertades fundamentales. Por lo tanto, este criterio para identificar los servicios públicos esenciales no se ajusta al carácter restrictivo que le quiso asignar la Constitución a la prohibición de la huelga... Desde esta perspectiva parece más adecuada la definición que utilizan los órganos de la OIT, según la cual constituyen servicios públicos esenciales las actividades “cuya interrupción podría poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de la persona en todo parte de la población. Corte Constitucional. (09 de julio de 2008), Sentencia C-691 [MP. Manuel José Cepeda].

Esta concepción doctrinal de la Corte se observa como una leve tendencia hacia una concepción restringida de los SPE, no obstante, en la parte resolutive decide que la industria salinera, aun cuando no es en sí misma una actividad esencial, su suspensión podría llegar a afectar derechos de los usuarios, recomendando pactar unas actividades mínimas que no puedan ser suspendidas, aun cuando los trabajadores ejerciten la huelga.

### **Cuarto periodo: competencia de la Corte Constitucional para regular los SPE, entre la restricción y la excesiva amplitud del concepto de SPE y la anulación del derecho de huelga (2008 a 2016)**

En este periodo se expide las sentencias T- 171 de 2012 y T-087 de 2012 en las que se exhortó al Congreso para que, en cumplimiento de las recomendaciones del CLS y del Consejo de Administración de la OIT<sup>8</sup>, se determinara cómo

<sup>8</sup> En el informe 355 de 2009 expedido por el Consejo de Administración de la OIT, en cuyo aparte pertinente reza: 400. En vista de las recomendaciones que preceden, el Comité invita al Consejo de Administración a que apruebe las recomendaciones

debe realizarse el ejercicio de la huelga en las actividades del petróleo, en la medida que los organismos internacionales recomiendan que el Estado colombiano debe modificar su legislación al no ser actividades esenciales en sentido estricto.

En la sentencia C-1022 de 2012, la Corte prohíbe el derecho de huelga en los establecimientos de asistencia social, de caridad y de beneficencia, por ser estos, SPE, retomando las sentencias C-473 de 1994, C-450 de 1995, T- 423 de 1996, C-075 de 1997, T-568 de 1999, T-1059 de 2001 y C-691 de 2008 y, acoge un concepto extremadamente amplio sobre los SPE:

La Corte ha venido precisando una serie de criterios para identificar cuándo la actividad corresponde a un servicio público esencial: 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; 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 economía global del país y consecuentemente en relación con la magnitud del perjuicio que para ésta representa su interrupción por la huelga. Corte Constitucional. (22 de febrero de 2012) Sentencia C-122 [MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub].

---

siguientes: (...) instar una vez más al Gobierno a que tome sin demora las medidas necesarias en consulta con los interlocutores sociales para enviar una propuesta al Poder Legislativo con miras a modificar la legislación nacional (artículo 430, h) del Código Sustantivo del Trabajo) a fin de definir las condiciones del ejercicio del derecho de huelga en el sector del petróleo, con la posibilidad de prever un servicio mínimo negociado, con la participación de las organizaciones sindicales, el empleador y las autoridades públicas concernidas. (...).

La Corte retomó el concepto inicial de SPE planteado en la jurisprudencia, acoplándolo al concepto restringido de la OIT y a otros criterios que terminan por ampliar su espectro de aplicación. De esta manera, existe una clara tendencia hacia la amplitud del concepto de los SPE, vislumbrándose una confusión entre los conceptos de servicios públicos, SPE y actividades de trascendencia o utilidad pública –terminología utilizada por la OIT-, siendo que el concepto actual acogido por la Corte para definir los SPE es amplio, calificando toda la actividad prestada por el Estado o los particulares, como esencial.

Este periodo termina con la expedición de la sentencia C-018 de 2015 donde se demandó el parágrafo primero del artículo 434 del CST relacionado con los representantes de las federaciones y confederaciones en el proceso de negociación colectiva. La Corte determinó que aquellas cumplen una función de asesoría y no pueden ejercer el derecho de huelga. Esta postura contradice los mandatos definidos por el CLS, relacionados con que la huelga no es un hecho, sino un derecho del que deben gozar las organizaciones de segundo y tercer grado.

Tabla 1. *Línea jurisprudencial*

**¿LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL COLOMBIANA ADOPTA UN CONCEPTO AMPLIO O RESTRINGIDO DE SERVICIOS PÚBLICOS ESENCIALES CAPAZ DE GARANTIZAR O NO EL EJERCIO DE LA HUELGA?**

	T-443/1992	
	C-473 de 1994	
RESTRINGIDO y por tanto, se garantiza en mayor grado el derecho de huelga, con la posibilidad de pactar mínimos de funcionamiento	C-450 de 1995	AMPLIO y por tanto se restringe en mayor grado el derecho de huelga, sin posibilidad de pactar mínimos de funcionamiento
	C-075 de 1997	
	T-1059 de 2001	
	C-691 de 2008	
	T-987 de 2012	
	C-122 de 2012	
	C-018 de 2015	

Revisada la tendencia de la jurisprudencia constitucional, el panorama jurídico tiende a ser cada vez más engorroso para que los trabajadores ejerciten el derecho de huelga. Este derecho, que genera lentitud en los procesos productivos durante un tiempo determinado, causando anomalías en el giro normal de los negocios, solo puede ser restringido, siempre que se limite a los funcionarios públicos de autoridad (OIT)<sup>9</sup> y en el sentido estricto de los SPE<sup>10</sup>, de tal manera que el legislador deberá

<sup>9</sup> OIT (2006), referente al numeral 575 señala: Una definición demasiado detallada del concepto de funcionario público podría tener como resultado una restricción muy amplia, e incluso una prohibición del derecho de huelga de esos trabajadores. La prohibición del derecho de huelga en la función pública debería limitarse a los funcionarios que ejercen funciones de autoridad en nombre del Estado. (párr. 535).

<sup>10</sup> OIT (2006), numeral 581: Para determinar los casos en los que podría prohibirse la huelga, el criterio determinante es la existencia de una amenaza evidente e inminente para la vida, la seguridad o la salud de toda o parte de la población. (Véanse Recopilación de 1996, párr. 540; 320.º informe, caso núm. 1989, párr. 324; 324.º informe, caso núm. 2060, párr. 517; 329.º informe, caso núm. 2195, párr. 737; 332.º informe, caso núm. 2252, párr. 883; 336.º informe, caso núm. 2383, párr. 766; 338.º informe, caso núm. 2326, párr. 446 y caso núm. 2329, párr. 1275).

regular detalladamente cuáles servicios deben ser considerados como esenciales, exhortación que ha dado la Corte Constitucional desde el año 2014 y que hasta la fecha aún el Congreso no ha cumplido.

La CEACR (2020) ha identificado que las legislaciones nacionales limitan el ejercicio de la huelga cuando se trata de i) trabajadores de la función pública, ii) actividades calificadas como SPE; iii) del rango jerárquico del trabajador, iv) la temporalidad y objetivos de los ceses de actividades; y iv) las que resulten de la combinación de estos factores. Pero, igualmente, ha considerado que, si la huelga puede ser limitada en las actividades consideradas como SPE, el derecho perdería sentido si “la legislación nacional definiese esos servicios de forma demasiado extensa” (p. 75).

Durante la última década, el mayor cese de actividades de los trabajadores colombianos con finalidades relacionadas con el derecho laboral y de seguridad social, no fue realizado por medio de la huelga, por ser ésta extremadamente restrictiva, sino a través de los paros colectivos<sup>11</sup>, entendidos éstos como ceses intempestivos e ilegales estigmatizados por la ley y la jurisprudencia, impactando gravemente las finanzas del Estado.

Según cifras de la Asociación Nacional de Instituciones Financieras (ANIF), el impacto de los paros durante los años

---

<sup>11</sup> La Jurisprudencia Constitucional ha entendido como paro colectivo, el cese intempestivo de actividades; sin embargo, contrario a la estigmatización de dichos ceses, se debería calificar como huelga política, por cuanto la causa que ha conllevado su práctica es el impacto de decisiones gubernamentales que afectan el ejercicio de la profesión de los trabajadores.

2012 y 2013 le costó a Colombia \$911.349.000 millones de pesos; es decir, el equivalente al 0,8 % del Producto Interno Bruto (PIB) del primer trimestre del 2013 (Clavijo, 2013), esto solo en 119 días de paro, siendo los sectores jerárquicamente más representativos, los del carbón, justicia, café, Universidad Nacional y otros como los agrícolas, los más relevantes. Así mismo, según el último reporte de la ANIF, en el arranque de 2016 (Clavijo, 2013) con los 60 días de cese laboral de la Rama Judicial de los Juzgados civiles y de familia, se dejó de atender unos 90.000 procesos, entre los no recibidos (unos 62.000) y los no tramitados (28.000), según el propio Consejo Superior de la Judicatura. Los paros judiciales entre 2008 y 2016 comportan un 1,10 % del PIB como costo directo y un 0,19 de costos indirectos para un total de \$2.229.504.000 en solo 148 días de paro entre 2008 y 2014.

Además, el ordenamiento jurídico colombiano prohíbe el ejercicio de la huelga en todos los servidores públicos, aun cuando estos no cumplen actividades de dirección de la administración pública y pese a la existencia de nuevas normas que regulan la negociación colectiva de servidores públicos –Decreto 1092 de 2012 y Decreto 160 de 2014-, éstas no consagran el derecho de huelga, pese a que son los sectores de justicia, salud y docencia oficial, las actividades que acuden al cese de actividades como mecanismo de presión.

Existe por tanto, una insuficiencia del ordenamiento jurídico colombiano, debiéndose adecuar por parte del legislador el listado de SPE en el sentido estricto del término, atendiendo la observación de 2012 publicada en la 102ª reunión CIT (2013)

por parte de la CEACR, tendiente a modificar el concepto jurisprudencial y legal de los SPE para permitir, entre otras, la huelga en los servidores públicos del Estado que no ejerzan funciones de autoridad e implementar un sistema de mínimos de funcionamiento.

### **Proposición normativa: la huelga como un derecho humano laboral y fundamental**

En el desarrollo de la investigación se busca armonizar la colisión existente entre derechos que deba ser resuelta a través de un principio. En procura de lograr la proposición del principio, primero se debe auscultar la naturaleza del derecho que se pretende ponderar. De plano se advierte que la postura de concebir la huelga como Derecho Humano laboral y derecho fundamental, es contraria a la tesis actualmente aceptada por la Corte Constitucional, y que el objeto de este trabajo termina con la conceptualización normativa del derecho, esbozando solo parámetros de armonización que serán resultados de una investigación de mayor avance.

### **El concepto de derechos humanos laborales**

El tratadista Miguel Canessa Montejo (2007; 2008) esquematiza la existencia de ciertos derechos humanos que la comunidad internacional, a través de los instrumentos internacionales, acoge como mínimos fundamentales que deben ser respetados por los Estados y sobre los cuales se predica los argumentos de necesidad y universalidad habermasiana que aprueban



una teoría con un argumento racional y válido susceptible de acogerse para sustentar la existencia del principio de mínimo de funcionamiento.

Para Canessa (2012) el apelativo ‘derechos humanos laborales’ (DHL), proviene de una denominación acogida por organismos internacionales públicos y privados, cuya consolidación se produjo con el pronunciamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su Opinión Consultiva OC-18/03 sobre la Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados en la que se usó de manera reiterativa la expresión mencionada, para referirse a los derechos que gozan los trabajadores por su condición, con independencia de su nacionalidad, estableciendo una universalidad en su titularidad.

El concepto DHL se caracteriza por: a) ser un término nuevo acogido por el derecho internacional, no ajeno en la doctrina; b) ser un concepto que universaliza y se usa indistintamente en los idiomas internacionales; c) ser un término recogido por la jurisprudencia internacional para referirse a los derechos laborales reconocidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos; d) ser un concepto amplio y descriptivo que permite enlistar diferentes derechos laborales con jerarquías y rangos; e) expresar una titularidad universal de los derechos, no solo circunscritas a los trabajadores por cuenta ajena o a una determinada nacionalidad, sino, por el contrario, que predica su universalidad (Canessa, 2014).

La fundamentación de los DHL se enseña, por estar sustentados en el principio de universalidad propuesto por Habermas, cuya

finalidad es establecer las reglas que aseguran que un argumento o norma pueda ser considerado como válido. Según Canessa, para el sustento de la universalización habermasiana se predicados argumentos: la fundamentación antropológica de la teoría de las necesidades y la fundamentación axiológica con la teoría de la dignidad humana.

La fundamentación antropológica se concentra en tres planos: en el plano fáctico se parte de la premisa de la existencia de las necesidades que reclaman una satisfacción para evitar un daño o perjuicio a quien lo sufre. Respecto del concepto de necesidad, Añón (1994) señala:

[...] una necesidad es una situación o Estado siempre predicado de una persona y que tiene un carácter insoslayable para ella [...] estas situaciones en las que se encuentra la persona y respecto de las cuales no puede ‘escapar’ están íntimamente relacionadas o repercuten directamente en la calidad de vida humana y tienen una característica fundamental que hace que podamos hablar de necesidad: el perjuicio o grave detrimento va a mantenerse exactamente en las mismas condiciones, salvo que esta situación se vea satisfecha, cumplida o realizada y no hay ninguna posibilidad alternativa de salir de ella. Por tanto, [...] no se trata de contratiempos, problemas o perjuicios pasajeros, sino de una ‘degeneración’ permanente de la calidad de la vida humana que se mantendrá en tanto no se obtenga una satisfacción. (p. 248).

De esta manera, las necesidades son objetivas, pues deben ser satisfechas, sostiene Canessa (2014) “[...] las necesidades vienen dadas desde la factibilidad del mundo. No recurrimos a razones para justificar las necesidades, lo hacemos para justificar su satisfacción” (p. 21); por tanto, si una persona reconoce que

está sujeta a satisfacer una necesidad para asegurar su existencia, no puede dejar de reconocer que estas mismas necesidades son fundamentales para la existencia de los demás sujetos; así, existe un interés generalizable de satisfacer sus necesidades para garantizar su existencia. El interés generalizable es una exigencia para predicar la universalidad del argumento.

Desde la fundamentación axiológica de los DHL se predica la existencia de un valor que identifica y caracteriza la propiedad del ser humano; esto es, la dignidad humana, la cual se representa sin exclusividad, elevándola a la condición de personas. La dignidad humana se manifiesta en la colectividad, de modo que al satisfacer una necesidad generalizada en un colectivo, se logrará cumplir con los niveles dignos de existencia, garantizando un igual valor todos los seres humanos<sup>12</sup>.

Bajo este esquema, el valor ‘dignidad’, incorporado al orden institucional se legitima y se interpreta cognoscitiva y normativamente; de allí la trascendencia social del término y la recurrencia en su uso como argumento para justificar los derechos humanos. Desde ese valor sustantivo se asienta el ordenamiento de la comunidad. Se trata de la correspondencia entre la dignidad humana como valor fundamental -pilar de la colectividad que coloca a sus miembros como centralidad del tejido social- y los derechos básicos como reglas normativas fundamentales que aseguran la centralidad de los individuos en la colectividad. (Canessa, 2014, p. 27).

---

<sup>12</sup> Diversos instrumentos internacionales recogen el contenido de la dignidad humana como valor generalizador que universaliza a los DHL, y que sustentan la tesis de la universalidad, dentro de los cuales se destaca: la Declaración de Filadelfia de la OIT del 10 de mayo de 1944, la Carta de las Naciones Unidas del 26 de junio de 1945 y la Declaración Universal de los Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948.

En suma, acogiendo la concepción de Canessa (2014) como DHL y en lo sucesivo la siguiente

Los derechos humanos laborales son todos aquellos derechos en materia laboral consagrados en instrumentos internacionales de derechos humanos que reconocen universalmente como titular a la persona, respetando la dignidad humana y satisfaciendo las necesidades básicas en el mundo del trabajo. (p. 31).

Dentro del listado de DHL susceptibles de identificarse en los diversos instrumentos internacionales, el citado doctrinante enumera, entre otros, a la libertad sindical con su trilogía: derecho de sindicalización y al ejercicio de la actividad sindical, el derecho de negociación colectiva y el derecho de huelga.

### **La huelga como un derecho humano laboral**

En el desarrollo del presente análisis, no fue fácil identificar si la huelga debe ser concebida normativamente como un derecho humano de carácter laboral, pues la legislación colombiana la identifica como un derecho susceptible de limitaciones, que pone en tela de juicio su connotación como derecho humano.

Distintas polémicas surgen al respecto: la primera es, si los derechos humanos, por ser diferentes a los derechos fundamentales y por estar recogidos en instrumentos internacionales, no pueden ser limitados a un grupo de personas, pues se atentaría contra el principio de universalidad conforme al cual, la titularidad del derecho debe predicarse para todo ser humano. Dicha polémica es resuelta por Canessa (2014) retomando a Laporta, de la

siguiente manera “es una imposibilidad conceptual sostener que un derecho humano es universal, en razón de que todo derecho forma parte de un orden jurídico que tiene por límite, un ámbito de aplicación; de allí que la universalidad no sea posible” (pp. 65-66). Ante esta concepción y retomando a Prieto Sanchis, formula una concepción distinta del principio de universalidad

Sin embargo, se puede entender la universalidad de otra forma, cuando el titular del derecho son todas las personas sujetas al ordenamiento jurídico que lo promulga, con el que no se presenta ningún tipo de exclusión o discriminación; simplemente se trata de que la titularidad está sujeta al ordenamiento que lo recoge. (p. 66).

Pese a que la huelga puede ser prohibida y su reglamentación depende del legislador, no cabe duda que aquella debe ser considerada como un DHL, si se tiene en cuenta que los trabajadores en colectivo acuden a ella para satisfacer necesidades del mundo del trabajo ligadas a la dignidad humana y para lo cual requieren del ejercicio de un derecho que posibilite la presión y propicie los acuerdos colectivos. Si bien es considerado como un derecho de última ratio, bien puede afirmarse que aquella es el derecho que legitima la presión como mecanismo de autotutela de los sindicatos. Los instrumentos internacionales que definen el derecho de huelga, así como la doctrina internacional autorizada, tienen un común denominador: la huelga debe ser reglamentada y limitada según las condiciones de cada Estado. Ejemplo de esta limitación es la contenida en el artículo 56 de la Constitución colombiana, pues el mismo constituyente limitó su ejercicio a los miembros de la fuerza pública y a los trabajadores que hacen parte de los SPE.

Bajo este entendimiento, cuando los ordenamientos jurídicos reconocen la excepción de la huelga en trabajadores del Estado

que ejercen funciones públicas de autoridad y en trabajadores de los servicios mínimos por la esencialidad del servicio, justamente se está reconociendo que la universalidad de los derechos humanos y fundamentales se predica para todos los ciudadanos, salvo que, por la afectación de otros derechos fundamentales, se deba aminorar el campo de acción del derecho. Esto, reconociendo que el derecho fundamental y humano es universal, pero siempre admitirá excepciones cuando colisione con otros derechos de igual jerarquía y que, por tal razón, no disminuye la protección a su núcleo esencial.

Otra polémica consiste en identificar que la huelga, al estar recogida en el PIDESC, la Declaración de los Derechos Sociales del Trabajador, el Protocolo Adicional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de DESC, se corresponde a un derecho social de carácter prestacional y, por tanto, al depender de las condiciones del Estado, no puede predicarse la característica de un DHL. La clásica diferencia entre derechos civiles -libertad y derechos sociales- igualdad, es disuelta con la connotación de los DHL, pues estos por su singularidad no pueden circunscribirse entre los derechos civiles y sociales, sino que, por su naturaleza comparten inclusive las dos vertientes, siendo que la huelga es más un derecho de carácter civil que social.

Una tendencia en la doctrina y normatividad internacional; en especial, la OIT afirma la tesis del núcleo duro de los derechos humanos que se predica igualmente en los DHL. Se entiende, aquellos derechos y principios que, aceptados por la comunidad internacional, deben estar presentes en las relaciones laborales. A partir de la Declaración de la OIT

relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo de 1998 se formula cuatro derechos fundamentales del trabajo que los Estados se comprometen a respetar, aun cuando no hayan ratificado los convenios internacionales vinculados a esas materias, teniendo un compromiso que se deriva de su mera pertenencia a la OIT de respetar, promover y hacer realidad, de buena fe y de conformidad con la Constitución, los principios relativos a los derechos fundamentales.

En la Declaración se señala los siguientes: a) la libertad de asociación y la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva; b) la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio; c) la abolición efectiva del trabajo infantil; y d) la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación. De esta manera, la libertad sindical y en conexidad con su trilogía jurídica expresa que el derecho de sindicalización, el ejercicio de la actividad sindical, el derecho a la negociación colectiva y el derecho de huelga, son considerados derechos fundamentales.

Igualmente, el Consejo de Administración de la OIT reconoce ocho convenios internacionales del trabajo con el término de ‘normas fundamentales en el trabajo’, dentro de los cuales se destaca: a) Convenio Relativo a la Libertad Sindical y a la Protección del Derecho de Sindicación, 1948 (núm. 87); b) Convenio Relativo a la aplicación de los principios del Derecho de Sindicación y de Negociación Colectiva, 1949 (núm. 98). Para el Consejo de Administración al momento de identificar los convenios fundamentales del trabajo y en referencia a la libertad sindical señala:

**Cuando el sistema de negociación colectiva no da resultados aceptables y se declara una huelga, cabe la posibilidad de que ciertas categorías limitadas de trabajadores queden excluidas de estas acciones, con objeto de garantizar la seguridad básica de la población y el funcionamiento esencial del Estado.** La negociación colectiva voluntaria es un proceso por medio del cual los empleadores (o sus organizaciones) y los sindicatos (o, en su defecto, los representantes libremente elegidos por los trabajadores) discuten y negocian sus relaciones, en particular en lo que atañe a las condiciones de trabajo. Esta negociación, celebrada de buena fe, apunta al establecimiento de convenios colectivos aceptables para ambas partes. (OIT, 2003, pp. 9-10). (Negrillas fuera del texto).

## La huelga como derecho fundamental

La postura defendida sobre la huelga como un DHL e inclusive como un derecho fundamental, es contraria a la señalada por la Corte Constitucional colombiana, quien es enfática en definir que la huelga no adquiere la característica de un derecho fundamental en el ordenamiento interno y que podría obtener tal calidad y ser amparada por la tutela por conexidad, con otros derechos y principios de carácter fundamental, como reza la Sentencia C-349 de 2009

Ha sostenido también esta Corte que el derecho de huelga, a pesar de no tener estatus de derecho fundamental y estar reglamentado mediante la ley, puede adquirir tal carácter cuando con su limitación se vulnera los derechos fundamentales al trabajo y a la libre asociación sindical, y que sólo puede excluirse en el caso de los servicios públicos de carácter esencial. En tal sentido señaló: “[...] El derecho de huelga está en conexión directa no sólo con



claros derechos fundamentales –como el derecho de asociación y sindicalización de los trabajadores (CP arts. 38 y 39)- sino también con evidentes principios constitucionales como la solidaridad, la dignidad, la participación (CP art. 1) y la realización de un orden justo (CP art. 2)”. (párr. 36).

Nos apartamos de la postura de la Corte Constitucional colombiana al excluir la calidad de derecho fundamental a la huelga, pues como se expuso y de conformidad con la doctrina internacional vinculante y con las obligaciones que emanan de la comunidad internacional respecto de normas, principios y derechos fundamentales del trabajo, el hecho de que aquella pueda ser prohibida o limitada en un sistema jurídico, no le diezma su carácter de derecho fundamental, por la fundamentación axiológica y antropológica que ella suscita de acuerdo con la teoría de las necesidades del mundo del trabajo y de la dignidad humana.

Y es que la concepción material de lo que debe entenderse como derecho fundamental se predica según Robert Alexy (1997) en que “los derechos fundamentales deben representar derechos humanos transformados en derecho constitucional positivo. Según esta definición los catálogos de derechos fundamentales de las diversas constituciones representan intentos de atribuir una dimensión positiva a los derechos humanos” (p. 28). Así, sostiene, para efectos de lograr la especial pretensión de corrección, el constituyente y el intérprete deben “buscar constantemente la mejor concepción de los derechos humanos, a efectos de definir a su vez los derechos fundamentales” (p. 29). Por tal razón, si la libertad sindical y la huelga son concebidas como DHL insertos

en instrumentos internacionales, el constituyente, el legislador y la jurisprudencia deben concebirla como un derecho fundamental, aun cuando esté sujeta a restricciones.

La huelga en sí misma, por su núcleo esencial que hace efectivo el derecho humano a la libertad sindical y, desde su connotación histórica que reivindica las necesidades propias del mundo del trabajo y de la dignidad humana, es que puede ser concebida como medio de defensa frente al poder del Estado, de exigencia de protección del Estado para lograr que el derecho se cumpla por otros ciudadanos y de la exigencia de mecanismos procedimentales que hagan efectivo el derecho, las que al decir de Alexy (1997) configuran “las funciones de los derechos fundamentales” (p. 29). Igualmente, los derechos fundamentales pueden ser objeto de restricciones y de límites sobre los cuales es posible aplicar la regla de la ponderación.

Por esta razón, en el ordenamiento jurídico colombiano se debería encontrar alternativas de armonización entre el derecho humano laboral y fundamental de la huelga y el ejercicio y goce de los derechos de los usuarios.

Dada la importancia que adquiere la huelga como derecho en un caso en el que deba definirse la esencialidad de un servicio, no se podría aplicar una regla de ‘todo o nada’ consistente en amparar de manera irrestricta los derechos de los usuarios a gozar de los servicios públicos por afectar su salud, vida o seguridad en anulación plena de la huelga, pues, el operador debe reconocer que, ante la importancia de un derecho humano laboral como es

la huelga, su decisión, interpretación y aplicación deberá guiarse por la interpretación que más garantice la libertad, humanidad y respeto de los derechos, sin que ello implique la anulación de un derecho sobre el otro. Bajo este postulado, quedan sentadas las bases normativas para proponer en el plano académico la concepción de un principio que, como parámetro interpretativo resuelva la colisión constitucional.

## Conclusiones

La antinomia constitucional presente entre el ejercicio del derecho de huelga de los trabajadores públicos y privados versus el derecho de los usuarios a gozar de los SPE, es resuelta por la legislación y por la jurisprudencia constitucional colombiana en contravía del derecho de huelga.

Pese a que el sistema jurídico y, en especial, las decisiones judiciales emanadas por la Corte Constitucional reconocen la existencia de la tensión y la forma cómo en el derecho comparado es armonizada, la postura jurisprudencial de adoptar la ruta más fácil, esto es, anular el derecho de huelga de los trabajadores bajo la bandera de la prevalencia del interés público y general, desconoce la naturaleza intrínseca de este derecho como humano y fundamental, ocasionándose en la práctica, el ejercicio de actividades de facto que impactan significativamente en la producción económica y comercial del país, afectándose otros derechos con carácter de fundamentales.

La tensión constitucional entre el derecho de huelga y el goce de los SPE a favor de los usuarios se dirime en primera instancia, comprendiendo que la huelga es un derecho humano laboral, norma y derecho fundamental recogido en varios instrumentos internacionales aceptados por la comunidad internacional.

La concepción como DHL de la huelga radica así mismo, en una fundamentación axiológica y antropológica que la

posicionan como necesaria y útil frente a las necesidades en el mundo del trabajo. La prohibición excesiva vulnera un valor fundamental y universal que, como la dignidad humana, le otorgan el carácter universal, racional y válido en su defensa.

## Referencias

- Alexy, R. (1997). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid, España: Centros de Estudios Constitucionales.
- Anónimo. (1935, agosto, 10). Acta de la Sesión Inaugural de la Primera Convención Sindical Nacional. Recuperado de <https://www.oas.org/consejo/GENERAL%20ASSEMBLY/.../34.pdf>
- Añón, M.J. (1994). *Necesidades y derechos: un ensayo de fundamentación*. Madrid, España: Centro de Estudios Constitucionales.
- Canessa Montejo, M. (2007). *Los derechos humanos laborales en el seno de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)*. Editorial: Programa Laboral de Derecho.
- Canessa Montejo, M. (2008). *La protección internacional de los derechos humanos laborales*. Tirant lo Blanch
- Canessa Montejo, M. (2012). Los derechos humanos laborales en el Derecho Internacional. *Revista Latinoamericana de derechos humanos*, 23(1), 115-144.
- Canessa Montejo, M. (2014). La protección interamericana laboral. *Revista del Ministerio de Empleo*, 309-343.
- Clavijo, S. (2013). Asociación Nacional de Instituciones Fi-

nancieras – ANIF. Recuperado de <http://anif.co/sites/default/files/uploads/Jul11-13.pdf>

Comisión de Expertos en aplicación de los Convenios y Recomendaciones (CEACR). (2020). Informe 2020 de la Comisión de Expertos en aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT. Recuperado de <https://www.ioe-emp.org/es/noticia/detalles/1581673804-ya-esta-disponible-el-informe-2019-de-la-comision-de-expertos-en-aplicacion-de-convenios-y-recomendaciones-ceacr-de-la-oit-copy-1>

Constitución Política de Colombia [Const.]. (1991). Bogotá, Colombia. Recuperado de <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=4125>

Corte Constitucional. República de Colombia. (1992). Sentencia T-443 de 1992 [MP. José Gregorio Hernández Galindo]. Recuperado de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/T-443-92.htm>

Corte Constitucional. República de Colombia. (1993). Sentencia T-406 de 1993 [MP. Alejandro Martínez Caballero]. Recuperado de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/C-406-93.htm>

Corte Constitucional. República de Colombia. (1994). Sentencia C-473 de 1994 [MP. Alejandro Martínez Caballero]. Recuperado de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/C-473-94.htm>

Corte Constitucional. República de Colombia. (1994). Sentencia T-380 de 1994 [MP. Hernando Herrera Vergara]. Recuperado de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/T-380-94.htm>

Corte Constitucional. República de Colombia. (1995). Sentencia C-450 de 1995 [MP. Antonio Barrera Carbonell]. Recuperado de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/C-450-95.htm>

Corte Constitucional. República de Colombia. (1996). Sentencia C-432 de 1996 [MP. Carlos Gaviria Díaz]. Recuperado de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/C-432-96.htm>

Corte Constitucional. República de Colombia. (1997). Sentencia C-075 de 1997 [MP. Hernando Herrera Vergara]. Recuperado de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/C-075-97.htm>

Corte Constitucional. República de Colombia. (1999). Sentencia T-568 de 1999 [MP. Carlos Gaviria Díaz]. Recuperado de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/T-568-99.htm>

Corte Constitucional. República de Colombia. (2001). Sentencia T-1059 de 2001 [MP. Jaime Araujo Rentería]. Recuperado de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/T-1059-12.htm>



Corte Constitucional. República de Colombia. (2008). Sentencia C-691 de 2008 [MP. Manuel José Cepeda Espinosa] Recuperado de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/C-691-08.htm>

Corte Constitucional. República de Colombia. (20 de mayo de 2009). Sentencia C-349 [MP. Luis Ernesto Vargas Silva]. Recuperado de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/C-349-09.htm>

Corte Constitucional. República de Colombia. (2012). Sentencia C-122 de 2012 [MP. Jorge Ignacio Pretelt]. Recuperado de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/C-122-12.htm>

Corte Constitucional. República de Colombia. (2012). Sentencia T-987 de 2012 [MP. Luis Ernesto Vargas Silva]. Recuperado de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/T-987-12.htm>

Corte Constitucional. República de Colombia. (2015). Sentencia C-018 de 2015 [MP. Gabriel Eduardo Mendoza]. Recuperado de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/C-018-15.htm>

Montaña Plata, A. (2008). *El concepto de servicio público en el derecho administrativo*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.

Organización Internacional del Trabajo (OIT). (s.f.). Recopilación de decisiones del Comité de Libertad Sindical. Recuperado de [https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:70002:0::NO::P70002\\_HIER\\_ELEMENT\\_ID,P70002\\_HIER\\_LEVEL:3945366,1](https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:70002:0::NO::P70002_HIER_ELEMENT_ID,P70002_HIER_LEVEL:3945366,1)

Organización Internacional de Trabajo. (2000). Principios de la OIT sobre el derecho de huelga. *Revista Internacional del Trabajo*, 117(4).

Organización Internacional de Trabajo. (2006). *La libertad sindical - Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT* (5.ª ed.) (revisada). Editorial: Intl. Labour Organisation.

Presidencia de la República de Colombia. (2012). Decreto 1092 de 2012 “Por el cual se reglamentan los artículos 7° y 8° de la Ley 411 de 1997 en lo relativo a los procedimientos de negociación y solución de controversias con las organizaciones de empleados públicos”. Recuperado de <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=47567>

Presidencia de la República de Colombia. (2014). Decreto 160 de 2014 “por el cual se reglamenta la Ley 411 de 1997 aprobatoria del Convenio 151 de la OIT, en lo relativo a los procedimientos de negociación y solución de controversias con las organizaciones de empleados públicos”. Recuperado de <https://www.mintrabajo.gov.co/.../20147/.../DECRETO+160...2014.../96735968-9764-40d1-afd2-a50aa6bc148a>

# Enfermedad, discapacidad y fuero de salud Tópicos nacionales e internacionales para su aplicación en Colombia

Liseth Haylen Pantoja Tobar<sup>13</sup>  
José Alejandro Rosero Realpe<sup>14</sup>  
Madeline Nataly Villacorte Bastidas<sup>15</sup>

## Resumen

La protección hacia los trabajadores que padecen alguna discapacidad o enfermedad en el contexto del fuero de salud es una garantía fundamental dentro del ordenamiento jurídico colombiano; sin embargo, los conceptos y límites para las definiciones conceptuales y su aplicación y práctica son difusas, al igual que en la jurisprudencia en tensión y conflicto de la Corte Constitucional y Corte Suprema de Justicia. Sumado a lo anterior, resulta importante extraer del contexto internacional, los tópicos relevantes respecto de las definiciones conceptuales de enfermedad y discapacidad, así como la estabilidad laboral como concepto más cercano a la creación jurisprudencial del llamado fuero de salud. Este trabajo discute sobre la relación que subyace entre fuero de salud, discapacidad y enfermedad, para ser aplicada en el ordenamiento jurídico colombiano.

**Palabras clave:** fuero de salud, discapacidad, enfermedad, enfermedad y discapacidad laboral, estabilidad laboral.

---

<sup>13</sup> Universidad de Nariño. E-mail: lisethpantojatobar@gmail.com

<sup>14</sup> Universidad de Nariño. E-mail: alejo-0207@hotmail.com

<sup>15</sup> Universidad de Nariño. E-mail: madeleynv08@gmail.com

## **Disease, disability and protection in regard to the health conditions National and international topics for its implementation in Colombia**

### **Abstract**

Protection for workers suffering from a disability or illness in the context of the health jurisdiction is a fundamental guarantee within the Colombian judicial system. However, concepts and limits for conceptual definitions and their practical application are diffuse as in the case law in tension and conflict of the Constitutional Court and Supreme Court of Justice. Added to the previous, it is important to extract from the international context the relevant topics regarding conceptual definitions of illness and disability, as well as labor stability as a concept closer to the jurisprudential creation of the called 'jurisdiction of health'.

This paper discusses the underlying relationship between health jurisdiction, disability and illness, to be applied in the Colombian legal system.

**Key words:** health jurisdiction, disability, sickness, sickness and occupational illness, job stability.

## Introducción

El fuero de salud es una construcción propia del Sistema Jurídico Colombiano que nació en la cuna jurisprudencial y responde a la naturaleza protectora del trabajador que se ha puesto en debilidad manifiesta o que sufre de alguna discapacidad.

Las consecuencias derivadas de la discapacidad o indefensión del trabajador desembocan en situaciones de discriminación que alteran la estabilidad laboral y denigran el derecho al trabajo en condiciones de igualdad, las cuales necesitan ser amparadas por el sistema jurídico. Es allí donde el fuero de salud representa un concepto de gran valía conceptual para resolver esta suerte de tensiones jurídicas en pro del reconocimiento de derechos.

Sin embargo, en la práctica hay diferentes problemas que impiden el pleno desarrollo protector de dicho fuero; el problema esencial radica en la distinción de dos tópicos para su aplicación: la salud y la enfermedad, distinción que no ha sido resuelta en definitiva por las Altas Cortes y que, inclusive, ha marcado diferencialmente sus posiciones a la hora de resolver aspectos referentes a situaciones similares.

En ese entendido, la tarea del presente avance investigativo es el establecimiento de patrones que permitan esclarecer desde el ámbito nacional e internacional, la verdadera e inequívoca aplicación del fuero de salud desde sus dos tópicos: Enfermedad y Discapacidad, procurando especificar el verdadero alcance tanto para las personas que presentan afectación en su salud o

enfermedad, como para las personas que se encuentren en estado de discapacidad.

## Metodología

La presente investigación se rige por el enfoque crítico social porque es un estudio que busca el logro de una conciencia autorreflexiva y crítica para transformar una realidad bajo un contexto cultural, donde la relación teórico-práctica del diálogo, el debate y la praxis, son el eje del quehacer investigativo. Se enmarca dentro del paradigma cualitativo porque se realiza un estudio amplio de las fuentes de derecho que puedan brindar solución al conflicto, lo cual proporciona ayuda para el logro de una conciencia autorreflexiva.

Dentro del análisis realizado se usó una metodología enfocada en el estudio minucioso de documentos relacionados con discapacidad, enfermedad y fuero laboral, a nivel internacional, de autoría de la Organización Mundial de la Salud, la Organización de las Naciones Unidas y la Unión Europea. Con el mismo objetivo se realizó una revisión en el ámbito nacional, de conceptos generados en el tema planteado por el Congreso de la República a través de sus leyes, el Ministerio de Trabajo, el Ministerio de Salud y de la Protección Social a través de sus reglamentos y conceptos, y los pronunciamientos de la Corte Constitucional y Corte Suprema de Justicia, con el fin de establecer las principales categorías jurídicas de orden nacional e internacional que subyacen a la relación entre fuero laboral, discapacidad y enfermedad, para ser aplicadas en el ordenamiento jurídico colombiano.

## El fuero de salud en el marco internacional

### Definición

Es importante resaltar que la expresión ‘fuero de salud’, es una construcción propia de la jurisprudencia de las Altas Cortes; por lo tanto, no existe un referente internacional similar o, al menos, no en los ordenamientos jurídicos de habla hispana, aunque sí existen definiciones afines al concepto de estabilidad laboral. Lo anterior imposibilita definir el fuero de salud en un contexto internacional, convirtiendo la estabilidad laboral en un concepto relevante en este ámbito, para entender qué se dispone para esta protección. Al respecto, Cavazos Flores (2002), manifiesta que “en Derecho Laboral, la estabilidad consiste en el derecho que un trabajador tiene a conservar su puesto indefinidamente de no incurrir en faltas previamente determinadas o de no acaecer especialísimas circunstancias” (p. 30).

Pero también es cierto que, al igual que en Colombia, la estabilidad laboral no es absoluta; es decir, el trabajador puede ser despedido si se configura alguna causa para proceder al mismo, situación que es reglada de distintas formas según el modelo y país en el que nos encontremos. Podemos distinguir entonces varios grupos: el primero de ellos sería el de los países que ponen limitaciones a la capacidad de despedir de los empleadores, a menos que una justa causa lo haga razonable, y estatuyen la obligación de pagar indemnizaciones en favor de los trabajadores, si el empresario mantiene su decisión de despedir. Este es el caso de los países del Mercado Común Europeo. El

otro gran grupo es el que tiene las características de los países socialistas de Europa en los que los trabajadores tienen derecho al trabajo, pero pueden ser despedidos mediante determinadas causas, previa aprobación del órgano sindical, el cual comparte las responsabilidades del manejo de la empresa con la dirección de la misma. El trabajador que pierde un empleo tiene derecho a que el Estado le asigne otro.

Así entonces, la protección a los trabajadores varía según cada país, pero de igual forma influye el modelo y nivel de desarrollo económico pues en los países denominados ‘en vía de desarrollo’, la protección de los trabajadores se ha venido debilitando como consecuencia de la crisis económica mundial. Sus legislaciones suelen recoger principios de protección de los trabajadores frente al despido, pero, con las limitaciones que les impone el realismo económico. Usualmente en estos países también es menor la protección contra el desempleo, primando en ocasiones el interés económico sobre las garantías fundamentales.

### **Discapacidad en el contexto internacional**

Respecto de la discapacidad, es importante mencionar que no existe una noción única sobre discapacidad, y esto ha quedado demostrado con la evolución terminológica, conceptual y normativa que ha demostrado la historia, sumado a que existe una evolución propiamente dicha de la protección a las personas que la padecen en el ámbito laboral, pues las primeras medidas tenían más, un enfoque asistencial, en el entendido de brindar ayuda más que inclusión a las personas, basadas fundamentalmente en la caridad o la beneficencia dirigida hacia aquellos ciudadanos



más desfavorecidos; por eso no debe sorprender que no hubiese referencia alguna a las personas con discapacidad en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, como tampoco la habría años después en los Pactos Internacionales de 1965. Los grandes tratados de derechos humanos omitieron cualquier mención de la discapacidad, pues era una cuestión más vinculada a la política social de cada Estado que al reconocimiento de derechos. Ni siquiera se consideró expresamente como motivo de discriminación.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, pieza angular del sistema interamericano de derechos humanos, no incluyó ninguna referencia a las personas con discapacidad. Y cuando se hacía, como fue el caso del Convenio Europeo de Derechos Humanos, adoptado en el seno del Consejo de Europa, no era para reconocer derechos, sino más bien para limitarlos. El artículo 5.1.e) de dicho Convenio permitía -y permite- el internamiento conforme a derecho de los enajenados, como excepción a la prohibición de privación de libertad, toda vez que se consideraba que el objetivo de las políticas de los Estados no era otro que subsanar ese déficit; por ello considera que las actuaciones más vanguardistas de la época tenían como finalidad, normalizar a la persona con discapacidad, en tanto se creía que las limitaciones que la persona sufría, se debían exclusivamente a sus circunstancias médicas o corporales.

A pesar de que existen medidas y legislaciones que pretenden proteger a los trabajadores con algún tipo de discapacidad, ésta no pretende ser absoluta, pues también se pondera factores como

la productividad y el impacto económico, tratando de garantizar la igualdad entre los trabajadores que gozan de plena salud y los que padecen alguna discapacidad. La premisa general y principal de la que se debe partir en el análisis del tema relativo al manejo de los estados de discapacidad en los trabajadores, es que ésta se ha constituido en un presupuesto absolutamente esencial de la igualdad real y efectiva entre trabajadores con un buen estado de salud y aquellos que la han perdido por causa u ocasión de su trabajo, en el específico ámbito de las relaciones de trabajo.

A continuación, se abordará lo referente a la discapacidad para la Organización de las Naciones Unidas (s.f.), en su Convención sobre las personas con Discapacidad y Protocolo Facultativo:

Es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás; en consecuencia, la discapacidad se ve afectada también por las problemáticas sociales de inclusión del modelo social, pues la garantía de la igualdad entre personas con y sin deficiencias no debe resumirse a la oferta de bienes y servicios biomédicos: así como la cuestión racial, generacional o de género, la discapacidad es esencialmente una cuestión de derechos humanos (p. 79).

Además, para Sen Amartya (2004), “los derechos humanos poseen una alegación de validez universal importante, que devuelven la responsabilidad por las desigualdades a las construcciones sociales opresoras” (p. 23). Ahora bien, también es importante mencionar que ha existido un cambio en el paradigma de cómo

se considera a las personas que padecen alguna discapacidad, pues no siempre han sido objeto de políticas de inclusión; en algún momento se las consideró como seres inferiores por su misma condición. Uno de los problemas fundamentales de toda la acción anterior, con relación a las personas con discapacidad, ha sido precisamente el focalizar en ellas el objetivo de toda la normativa.

El cambio de perspectiva necesario a estos efectos, asentado sobre la óptica de los derechos humanos, supone, por un lado, considerar a las personas con discapacidad, como sujetos y no como objetos de derecho; y, por otro lado, centrar la acción no solo en la persona con discapacidad, sino también y, sobre todo, en su entorno social. En consecuencia, cada país ha intentado proteger a sus trabajadores con discapacidad, pero no siempre bajo el mismo nombre; en Estados Unidos, por ejemplo, se la entiende como una limitación.

Para la ley denominada *Americans with Disabilities Act* (ADA), la condición de des-habilidad es entendida en la norma extranjera como una limitación física o mental que afecta de forma considerable una actividad principal en la vida personal y laboral, o demuestra clínicamente la existencia de un antecedente de padecer tal limitación. Así, la figura jurídica de la des-habilidad permite la clasificación de la discapacidad en los trabajadores; en algunas ocasiones puede ser obvia; es decir, evidente en el aspecto físico o mental; en otros casos no puede determinarse su severidad o duración. En uno u otro caso, se genera para el empleador, la creación de buenas prácticas de administración de

personal, para una acomodación razonable de los trabajadores. La consideración de las des-habilidades permitiría al empleador proveer los cargos conforme las condiciones del trabajador y mantenerlo en el mismo cargo, sin que esto ocasione un costo excesivo o interrupciones a la empresa. Respecto a las limitaciones, la ADA las clasifica como un impedimento, cuando cumplen la condición de des-habilidad, si éstas limitan de forma considerable a la persona en una o más actividades principales de la vida diaria. Esto significa que la persona no pueda llevar a cabo cualquiera de estas actividades, en comparación con la población general.

En consecuencia, resulta evidente el intento de protección que los países intentan brindar y queda de manifiesto la dificultad para definir un concepto similar al fuero de salud en Colombia, con los brindados en las legislaciones internacionales; sin embargo, resulta importante resaltar que siempre se trata de generar una igualdad de los trabajadores con discapacidad, sin importar la denominación que se le dé a la limitación padecida. Lo que resulta relevante en mayor medida, es el intento de brindar unas mayores oportunidades laborales y de desarrollo personal y profesional, sin olvidar que la misma protección no es absoluta.

### **Diferencias entre enfermedad y discapacidad**

Enfermedad y discapacidad son dos conceptos estrechamente vinculados entre sí, de manera que la segunda no parece más que una consecuencia de la primera. Es por ello que se tiende a tomar como sinónimos mutuos ambos términos; no obstante,

este vínculo entre enfermedad y discapacidad no es tan inevitable como a menudo parece. Según el planteamiento expuesto en este trabajo, se trata de realidades distintas que son interpretadas como parte de una misma cosa bajo el código de la mirada médica. Así entonces, la enfermedad se define como:

Una condición patológica del cuerpo que presenta un grupo de signos, síntomas y hallazgos de laboratorio peculiares y que identifica la condición como una entidad anormal que difiere de otro estado del cuerpo normal o patológico. El concepto de enfermedad puede incluir la condición de enfermedad o sufrimiento que no necesariamente proviene de cambios patológicos en el cuerpo, pero hay dos interpretaciones de la palabra enfermedad, una es tangible y hasta puede ser medida, mientras que la segunda es muy individual y personal, como en el caso del dolor, el sufrimiento y la angustia. Los ejemplos que se presenta son: la hipertensión es una enfermedad en el primer sentido, pero no en el segundo; la histeria o la enfermedad mental son ejemplos de la segunda interpretación de enfermedad; no hay posibilidades de medir cambios patológicos en el cuerpo. (Taber, 1993).

Ahora bien, es enfermedad laboral, la contraída como resultado de la exposición a factores de riesgo inherentes a la actividad laboral o del medio en el que el trabajador se ha visto obligado a trabajar. El gobierno nacional determinará en forma periódica las enfermedades que se considera como laborales y, en los casos en que una enfermedad no figure en la tabla de enfermedades laborales, pero se demuestre la relación de causalidad con los factores de riesgo ocupacional, será reconocida como enfermedad laboral conforme a lo establecido en las normas legales vigentes.

También resalta en el marco del desarrollo de la enfermedad asociada con el ámbito de trabajo de las personas, el concepto asociado de enfermedad ocupacional, que es otro nombre que se les brinda a aquellos padecimientos que tienen su origen en el trabajo y que son definidos como:

Todo proceso patológico que sobreviene a raíz de la repetición de una causa proveniente en forma directa del tipo de trabajo que desempeña el trabajador, o bien del medio en que se ha visto obligado a desempeñarlo. Puede decirse que es aquella enfermedad que tiene por escenario el lugar de trabajo y que está condicionada al cumplimiento de una determinada ocupación. Así, el factor irritativo del hollín de una chimenea (lugar de trabajo) exponía a riesgos continuos a los deshollinadores (durante su trabajo de limpieza), hecho que a su vez provocaba una mayor incidencia de cáncer de escroto en esta población. (Badía, 1985).

Es importante resaltar la diferencia entre accidente y enfermedad ocupacional. Méndez (1981), menciona:

Al contrario de los accidentes, en que la ruptura del equilibrio de la salud es brusca y nítida, las enfermedades ocupacionales significan una desestabilización más lenta e insidiosa de las relaciones agente-huésped-ambiente, provocada por la naturaleza o las condiciones del trabajo, y contraídas durante el mismo.

Esto se debe a dos tipos de factores: los relacionados con el diagnóstico y los específicos de la notificación y registro. Entre ellos cabe citar la inespecificidad de signos y síntomas; la ausencia de enseñanza de la 'medicina del trabajo' en los planes de estudios médicos, la dificultad de confirmación diagnóstica (laboratorios especiales, toxicología), la falta de conocimientos de los trabajadores

sobre los riesgos a que están expuestos y la carencia de estudios epidemiológicos sobre estas enfermedades. (p. 81).

Bajo este entendimiento, la enfermedad tiene distintas connotaciones e implicaciones, toda vez que existe la enfermedad de origen común, entendida como la que es propia del ser humano con individuo independiente; esto es, las que tienen, por ejemplo, origen congénito o las cuales ya padecía antes de ingresar a laborar y que no había visto afectadas por la actividad que realiza. Luego están las que tienen su origen en un accidente como evento traumático, o las enfermedades que se han desarrollado a partir de una serie de etapas o ciclos; es decir, las denominadas enfermedades ocupacionales.

### **El fuero de salud en el marco nacional**

#### **Estabilidad laboral reforzada**

El concepto de estabilidad laboral reforzada se ha desarrollado como una

Garantía a favor de ciertos sujetos, como son las personas con discapacidad, los trabajadores que padecen alguna enfermedad, así como las mujeres embarazadas y en licencia de maternidad. A través de esta figura se pretende proveer a este conjunto de personas cierto grado de certidumbre en relación con su ocupación, así como resguardarlas de los actos discriminatorios por parte de sus patronos. (Sentencia T-368 de 2016).

Ahora bien, se debe puntualizar que la noción del fuero de salud como tal, ha sido una construcción que se ha realizado por vía

jurisprudencial, al determinarse que este tipo de fuero tiene una relación directa con la aplicación de la estabilidad laboral reforzada destinada a un grupo de personas en específico; se trata de los trabajadores que presenten una limitación en su salud o que inclusive hayan sufrido una pérdida de su capacidad laboral. El fuero contempla las prerrogativas con las cuales se les garantiza la permanencia en su empleo y se les ofrece una cierta seguridad de continuidad, mientras no se configure una causal objetiva que justifique su desvinculación (Godoy, Valdivieso y Londoño, 2009).

El legislativo y el poder judicial, en el ejercicio de sus funciones, al referirse al fuero de salud han partido de un marco constitucional bastante amplio y garantista, pues el Estado, con el constituyente de 1991, otorgó varios presupuestos de protección laboral. Uno de estos aspectos, que de hecho conforma uno de los mandatos transversales que dan cuenta del cumplimiento de los demás, es el derecho a la igualdad consagrado en el artículo 13 superior que, al ser aplicado en el ámbito laboral, se convierte en un espacio indistintamente garantista. En este punto es clave preguntarse ¿Cuál es el papel del Estado colombiano para materializar directa o indirectamente esa igualdad en el campo laboral? El Estado ha entendido que, al ser éste uno de los aspectos primordiales en el desarrollo de vida de toda persona, se encuentra en la obligación de crear, planificar e impulsar medidas suficientemente coherentes con la situación de los trabajadores que cuentan con ciertas limitaciones o que han sufrido una pérdida de capacidad laboral, con el fin de garantizar una estabilidad laboral reforzada.



En este orden de ideas, y como bien lo describen Godoy et al., (2009), la interpretación de las normas de orden nacional que han sido creadas con el fin de proteger y dar un tratamiento especial a aquellos trabajadores, debe hacerse en todo momento bajo los principios y valores constitucionales como se dijo, el derecho a la igualdad, el derecho a la vida (artículo 11), el derecho al debido proceso (artículo 29), la prevalencia del orden social justo, y otros que se refieren a tal situación de manera más especial como lo es la protección especial a favor de los disminuidos físicos, instituyendo a su favor también la previsión, rehabilitación e integración de estos, al igual que establece atención especializada según el artículo 47 de la Constitución nacional y la ubicación laboral de disminuidos físicos que trae el artículo 54.

Ahora bien, desde el punto de vista normativo, se puede decir que lo que actualmente se conoce como fuero de salud, se ha sido desarrollando a lo largo de los años, agotando una etapa tras otra. En 1997, a través de la Ley 361, se puede observar un ánimo especial en cuanto a la protección y mecanismos de integración social de las personas en situación de discapacidad; en su artículo 26 expresa una orden de no discriminación frente a esta población que, evidentemente, se encuentra en un estado de debilidad manifiesta, afirmando:

En ningún caso la limitación de una persona podrá ser motivo para obstaculizar una vinculación laboral, a menos que dicha limitación sea claramente demostrada como incompatible e insuperable en el cargo que se va a desempeñar. Así mismo, ninguna persona limitada podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su limitación, salvo que medie autorización de la oficina de Trabajo. (Art. 26).

Posteriormente, con el Decreto 2463 de 2001 se reglamenta la integración, financiación y funcionamiento de las juntas de calificación de invalidez, con lo que se da un enfoque más cercano al procedimiento. Paralelo a ello, en esta normatividad se evidencia una clara distinción de las clases de limitaciones existentes, pues instauro el grado de severidad de la limitación, donde se expone:

En los términos del artículo 5o. de la Ley 361 de 1997, las entidades promotoras de salud y administradoras del régimen subsidiado, deberán clasificar el grado de severidad de la limitación, así: Limitación moderada, aquella en la cual la persona tenga entre el 15% y el 25% de pérdida de la capacidad laboral; limitación severa aquella que sea mayor al 25% pero inferior al 50% de pérdida de la capacidad laboral y limitación profunda, cuando la pérdida de la capacidad laboral sea igual o mayor al 50%.”, en esa misma línea los artículos 3 y 9 del decreto expresan tanto la calificación del grado de pérdida de la capacidad laboral como algunos fundamentos para la calificación del origen y grado de pérdida de la capacidad laboral. (Art. 7).

### **Alcance del fuero de salud en el marco jurisprudencial colombiano**

#### **El fuero de salud en la Jurisprudencia de la Corte Constitucional**

Para la Corte Constitucional, el fuero de salud cobija situaciones a las que se pueden enfrentar los trabajadores cuando se encuentren enfermos, pero también hace una distinción especial a aquéllos que se hallan en situación de discapacidad; ello da

lugar a que sean protegidos de la discriminación en el trabajo. Por consiguiente, en pronunciamientos como la Sentencia T-603 del 31 de agosto de 2009, ha establecido que hay lugar al reintegro por vía de acción de tutela, cuando el accionante pueda considerarse una persona en situación de discapacidad, o cuando se encuentre en estado de debilidad manifiesta, siempre y cuando el empleador tenga conocimiento de tal situación y, se halle demostrado el nexo causal entre el despido y el estado de salud del trabajador.

De igual manera, en la Sentencia T-198 de 2006 señaló que el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 contiene una protección laboral reforzada que se despliega en dos ámbitos: uno positivo, que se traduce en la prohibición de que las limitaciones físicas o mentales de una persona sean motivo para obstaculizar su vinculación laboral, salvo que dicha limitación resulte claramente demostrada como incompatible con el cargo que va a desempeñar; y, uno negativo según el cual, ninguna persona discapacitada podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su limitación, a menos que medie autorización de la Oficina de Trabajo. Sin embargo, quienes hayan sido retirados de su empleo por esta causa, tendrán derecho a una indemnización, sin perjuicio de las demás prestaciones a que hubiere lugar, de acuerdo con lo establecido en las normas correspondientes. Bajo este contexto, el artículo mencionado no solamente propende por la igualdad en el acceso al mercado laboral, sino que además establece una clara limitación a la facultad de los empleadores para despedir a los trabajadores que sufren de algún tipo de discapacidad.

## **Protección conjunta: discapacitados y trabajadores que se encuentran en condiciones de debilidad manifiesta.**

Ahora bien, en lo que interesa a la presente causa, debe señalarse que, para la Corte Constitucional<sup>16</sup>, están amparadas por la protección prevista en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, no solamente aquellas personas que tienen la condición de discapacitadas, de acuerdo con la calificación efectuada por los organismos competentes, sino también, quienes se encuentran en una situación de debilidad manifiesta por la ocurrencia de un evento que afecta su salud o, de una limitación física, sin importar si ésta tiene el carácter de accidente, enfermedad profesional o enfermedad común, ni si es de carácter transitorio o permanente<sup>17</sup>. No obstante, si bien la situación de los trabajadores calificados como discapacitados es distinta a la de aquellos que padecen un deterioro en su estado de salud, pero aún no han sido objeto de calificación por los organismos establecidos para el efecto, la Corte ha sostenido que en ambos casos existen razones que justifican la existencia de una especial protección laboral. Así, en Sentencia T-1040 de 2001, indicó:

En la actualidad, el ordenamiento jurídico colombiano distingue entre trabajadores discapacitados calificados como tales por las normas legales, frente a los trabajadores que sufren una disminución en su condición física durante la ejecución del contrato de trabajo, quienes a partir de lo dispuesto en el artículo 13 Superior, exigen

---

<sup>16</sup> Véanse Sentencias T-1040 del 27 de septiembre de 2001 y T-256 del 24 de marzo de 2003. M.P. Rodrigo Escobar Gil y T-1183 del 24 de noviembre de 2004. M.P. Manuel José Cepeda.

<sup>17</sup> Véase, Sentencia T-830 del 28 de agosto de 2008. M.P. Mauricio González Cuervo.

una protección especial por parte del Estado, dada su situación de debilidad manifiesta.<sup>18</sup>

El alcance y los mecanismos legales de protección -en cada caso- son distintos, en primer lugar, porque la Ley 361 de 1997, en su artículo 26, consagra un sistema de estabilidad laboral reforzada y, en segundo, porque la protección de los trabajadores en situación de debilidad manifiesta se deriva de la aplicación inmediata de la Constitución, junto con algunas normas de rango legal que constituyen el denominado sistema normativo integrado; por ello, tratándose de trabajadores puestos en circunstancias de debilidad manifiesta, el juez de tutela puede, al momento de conferir el amparo constitucional, identificar y ponderar un conjunto más o menos amplio y variado de elementos fácticos para deducir la ocurrencia de tal circunstancia y, a su vez, goza de un amplio margen de decisión para proteger el derecho fundamental amenazado o vulnerado. Esto significa, en otras palabras, que la protección laboral de los trabajadores que se encuentran en condiciones de debilidad manifiesta no depende de una calificación previa que acredite su condición de discapacitados, sino de la prueba de las condiciones de salud que impidan o dificulten el desempeño regular de sus labores (Subrayado fuera de texto).

Es importante señalar también que la protección a la estabilidad laboral reforzada de las personas en condiciones de discapacidad no solamente comprende la prohibición impuesta al empleador de dar por terminado el contrato de trabajo en razón de la

---

<sup>18</sup> Lineamiento establecido en la sentencia T-1040 de 2001 y citado en Sentencia T-351 de 2003. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

discapacidad del trabajador, sino que, además, el legislador previó (artículo 8° Ley 776 de 2002) que, un empleado parcialmente incapacitado, debe ser reubicado cuando sus condiciones de salud puedan verse afectadas por las funciones de su cargo, debiéndose realizar en estos casos, los ajustes pertinentes en las plantas de personal<sup>19</sup>, salvo que ello resulte fácticamente imposible.

Así, a través de la evolución de la jurisprudencia, se ha extendido el umbral de protección que otorga la estabilidad laboral reforzada. En virtud de ello, hoy en día también se encuentran cobijadas por esta garantía, las personas que sufren algún tipo de enfermedad, aunque la misma no sea considerada estrictamente como una limitación permanente, al igual que quienes se hallen convalecientes o con una incapacidad temporal, en razón a que, también en estas hipótesis, el trabajador está en un estado de debilidad manifiesta que requiere protección constitucional.

En síntesis, el derecho a la estabilidad laboral reforzada apareja para este especial grupo de trabajadores:

(i) el derecho a conservar el empleo, (ii) a no ser despedido en razón de su situación de vulnerabilidad, (iii) a permanecer en él hasta que se configure una causal objetiva que amerite la desvinculación laboral y (iv) a que el inspector de trabajo o la autoridad que haga sus veces, autorice el despido con base en la verificación previa de dicha causal, a fin de que el mismo pueda

---

<sup>19</sup> El artículo 8 de la Ley 776 de 2002 consagra: Reubicación del Trabajador. “Los empleadores están obligados a ubicar al trabajador incapacitado parcialmente en el cargo que desempeñaba o a proporcionarle un trabajo compatible con sus capacidades y aptitudes, para lo cual deberán efectuar los movimientos de personal que sean necesarios”.

ser considerado eficaz. Esto último, con independencia de la modalidad contractual adoptada por las partes<sup>20</sup>.

Conforme a lo expuesto, para proceder a dilucidar este tipo de controversias donde está envuelto el derecho a la estabilidad laboral reforzada, se requiere discernir los siguientes aspectos puntuales:

la terminación unilateral del vínculo laboral por parte del empleador; el estado de debilidad manifiesta de que adolece el trabajador o la trabajadora sujeto del despido, a raíz de una afectación en su salud; (iii) la ausencia de autorización por parte del Ministerio de Trabajo para que el patrono adopte dicha decisión, (iv) el conocimiento previo del empleador respecto de la condición de salud que presenta el subalterno; los mismos permitirán establecer si procede o no, el reintegro del accionante al puesto de trabajo, en condiciones iguales o mejores a las existentes al momento de la ruptura de la relación laboral –con la debida capacitación para cumplir sus funciones, en caso de ser necesaria una reubicación–, como consecuencia de la ineficacia del despido. (Corte Constitucional, 2016).

### **El fuero de salud en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia**

#### **Alcance**

Para el razonamiento de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia no es suficiente por sí solo, el quebrantamiento de la salud de los o las trabajadoras o el encontrarse en incapacidad médica para merecer la especial protección de que trata el artículo 26

<sup>20</sup> Concepto desarrollado por la Corte Constitucional en Sentencia T-320 de 2016.

de la Ley 361 de 1997, pues debe acreditarse que el asalariado, al menos tenga una limitación física, psíquica o sensorial y con el carácter de moderada. En este sentido, la Sala tuvo la oportunidad de pronunciarse en Sentencia de 7 de febrero de 2006, radicada con el número 25130, y manifestó lo siguiente:

Aclarado lo anterior, se observa que la Ley 361 de 1997 está dirigida de manera general a garantizar la asistencia y protección necesaria de las personas con limitaciones severas y profundas, pues así lo contempla su artículo 1º, al referirse a los principios que la inspiran y al señalar sus destinatarios, de modo que delimita el campo de su aplicación, como ya se anotó, a quienes padecen una minusvalía significativa. (p. 16).

Al efecto, es pertinente destacar lo que indicó la Corte en la Sentencia CSJ SL del 28 de agosto de 2012, rad. 39207, cuando fijó el alcance de la protección de que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, según la cual:

[...] la Ley 361 de 1997 está diseñada a garantizar la asistencia y protección necesaria de las personas con limitaciones severas y profundas, pues así lo contempla su artículo 1º, al referirse a los principios que la inspiran y al señalar sus destinatarios, de modo que delimita el campo de su aplicación a quienes por ley son consideradas discapacitadas, es decir, todas aquellas que tengan un grado de minusvalía o invalidez superior a la limitación moderada, además de que el estado de salud debe ser de conocimiento del empleador, pues la sola circunstancia de que el trabajador se encuentre incapacitado para el momento de la ruptura del contrato de trabajo, no acredita que tenga una limitación física y dentro de los porcentajes anteriormente mencionados, requiriéndose por tanto de una prueba científica como sería el respectivo dictamen o calificación.



Tras copilar el precedente de la Corte Suprema de Justicia, este Tribunal en Sentencia del 29 de junio de 2016, Radicación No. 42451 considera que, en desarrollo de esta preceptiva y particularmente en lo que tiene que ver con las personas a quienes está orientada la protección especial que consagra, según el grado de su limitación, dispone en el artículo 5 que las personas con limitaciones deberán estar afiliadas al Sistema de Seguridad Social en Salud, correspondiendo a las empresas promotoras de salud consignar la existencia de la respectiva limitación, con la especificación del grado de limitación que presenta su portador, en las escalas de moderada, severa y profunda, con el fin de que puedan identificarse como titulares de los derechos previstos en la ley comentada.

No se trató entonces de una previsión caprichosa del legislador al aludir, en esta disposición, a los distintos grados de minusvalía que pueden afectar a las personas según la limitación que padezcan; por el contrario, la razón está de parte de aquellas que padecen mayores grados de limitación, naturalmente con el propósito de lograr su integración social en todos los ámbitos de la vida en comunidad en que se desenvuelven los seres humanos. Obviamente que el amparo es menor o inexistente para las personas con limitaciones de menor intensidad que no se les dificulta su inserción en el sistema competitivo laboral (Subrayado fuera del texto). (Corte Suprema de Justicia, 2016).

Ahora, como la ley examinada no determina los extremos en que se encuentra la limitación moderada, debe recurrirse al Decreto 2463 de 2001 que sí lo hace, aclarando que, en su artículo 1º expresa que su aplicación comprende, entre otras, a las personas

con derecho a las prestaciones y beneficios contemplados en las leyes 21 de 1982, 100 de 1993, 361 de 1997 y 418 de 1997. Luego, el contenido de este Decreto en lo que tiene que ver con la citada Ley 361, es norma expresa en aquellos asuntos de que se ocupa y por tal razón no es dable acudir a preceptos que regulan de manera concreta otras materias. Pues bien, el artículo 7 del Decreto 2463 de 2001 señala los parámetros de severidad de las limitaciones en los términos del artículo 5 de la Ley 361 de 1997; define que la limitación ‘moderada’ es aquella en la que la pérdida de la capacidad laboral oscila entre el 15 % y el 25 %; ‘severa’, la que es mayor al 25 % pero inferior al 50 % de la pérdida de la capacidad laboral y ‘profunda’, cuando el grado de minusvalía supera el 50 %.

De acuerdo con la sentencia en precedencia, para que un trabajador acceda a la indemnización estatuida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, se requiere:

que se encuentre en una de las siguientes hipótesis: a) con una limitación ‘moderada’, que corresponde a la pérdida de la capacidad laboral entre el 15 % y el 25 %, b) ‘severa’, mayor al 25 % pero inferior al 50 % de la pérdida de la capacidad laboral, c) ‘profunda’, cuando el grado de minusvalía supera el 50 %; que el empleador conozca de dicho estado de salud; (iii) que termine la relación laboral ‘por razón de su limitación física’ y sin previa autorización del Ministerio de la Protección Social. (Corte Suprema de Justicia, 2016).

## Conclusiones

Existe una tendencia a confundir y convertir en sinónimos la enfermedad y la discapacidad, pero estos son conceptos diferentes. De hecho, una persona que padece alguna enfermedad, ya sea de origen común o laboral, puede no tener una afectación tan grave que le genere una discapacidad, pues ésta es entendida como los padecimientos que sufre una persona, ya sean temporales o permanentes, los cuales le genera una deficiencia en su cuerpo, que le impide estar en condiciones de igualdad frente al resto de la población.

A nivel internacional, existen en los ordenamientos jurídicos o, al menos en los de habla hispana y de EE. UU., referencias e intentos de constituir figuras que protejan a los trabajadores que padecen alguna enfermedad o discapacidad laboral, otorgando distintos nombres, pero siempre con el mismo fin; es decir, la protección.

Pese al intento de eliminar las barreras de discriminación y fomentar la inclusión, lo difuso de los términos referentes al fuero de salud, enfermedad y discapacidad, impiden una aplicación práctica de estos conceptos, debido a que son una construcción jurisprudencial y con ello devienen los inevitables conflictos entre los distintos pronunciamientos de las Altas Cortes.

En el ámbito nacional, para la Corte Constitucional, en materia laboral, la protección especial de quienes por su condición física están en circunstancia de debilidad manifiesta, se extiende

también a las personas respecto de las cuales esté probado que su situación de salud les impide o dificulta sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares, sin necesidad de que exista una calificación previa que acredite su condición de discapacitados o de invalidez.

De modo que, es sujeto de protección, todo aquel que tenga una afectación en su salud y que esas circunstancias le impidan o dificulten sustancialmente el desempeño de sus funciones laborales en condiciones regulares y que se tema que, en esas condiciones particulares, pueda ser discriminado por ese solo hecho.

Por otro lado, según la Corte Suprema de Justicia, no cualquier limitación o discapacidad es objeto de protección de la Ley 361 de 1997; por ello, en primer lugar, ser despedido por 180 días de incapacidad permanente de conformidad con el literal A-15 del artículo 7° del Decreto 2351 de 1965, no es prueba para determinar que el trabajador se encontraba discapacitado; en segundo lugar, el actor debe probar que se encontraba inválido con una prueba científica, dictamen pericial; en tercer lugar, son sujeto de la estabilidad reforzada quienes padecen limitaciones superiores al 15 % (limitaciones severas y profundas) y, finalmente, no todo quebranto de salud se encuadra en tales hipótesis. La protección es menor o inexistente para las personas de menor limitación, suponiendo no dificultárseles la inserción laboral.

## Referencias

- Badía, R. (1985). Salud ocupacional y riesgos laborales. *Boletín de la Oficina Sanitaria Panamericana*, 98(1), 20-33.
- Cavazos Flores, B. (2002). *Causales de despido: análisis pormenorizado del artículo 47 de la ley laboral vigente*. México: Trillas.
- Congreso de la República de Colombia. (11 de febrero de 1997). Ley 361 de 1997 “por la cual se establece mecanismos de integración social de las personas con limitación y se dicta otras disposiciones”. Recuperada de <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=34>
- Congreso de la República de Colombia. (2002). Ley 776 de 2002 “por la cual se dicta normas sobre la organización, administración y prestaciones del Sistema General de Riesgos Profesionales”. Recuperada de [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_0776\\_2002.html](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0776_2002.html)
- Constitución Política de Colombia [Const.]. (1991). Bogotá, Colombia. Recuperado de <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=4125>
- Corte Constitucional. República de Colombia. (2001) Sentencia T-1040 [MP. Rodrigo Escobar Gil]. Recuperado de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/T-1040-01.htm>

Corte Constitucional. República de Colombia. (24 de marzo de 2003). T-256. [M.P. Rodrigo Escobar Gil]. Recuperado de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/T-256-03.htm>

Corte Constitucional. República de Colombia. (2003) Sentencia T-351 del 5 de mayo de 2003 [MP. Rodrigo Escobar Gil]. Recuperado de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/T-351-03.htm>

Corte Constitucional. República de Colombia. (2004). T-1183 del 24 de noviembre de 2004. [M.P. Manuel José Cepeda]. Recuperado de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/T-1183-04.htm>

Corte Constitucional. República de Colombia. (2006) Sentencia T-198 [MP. Marco Gerardo Monroy]. Recuperado de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/T-198-06.htm>

Corte Constitucional. República de Colombia. (2008). Sentencia T-830 del 28 de agosto de 2008 [M.P. Mauricio González Cuervo]. Recuperado de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/T-830-08.htm>

Corte Constitucional. República de Colombia. (31 de agosto de 2009). Sentencia T-603 [MP. Gabriel Eduardo Mendoza]. Recuperado de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/T-603-09.htm>

- Corte Constitucional. República de Colombia. (2016) Sentencia T-368 [MP. Alberto Rojas Ríos]. Recuperado de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/T-368-16.htm>
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. (07 de febrero de 2006). Sentencia 25130. [M.P. Fernando Carrillo Cadena]. Recuperado de <https://corte-suprema-justicia.vlex.com.co/vid/552524042>
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. (2012). Sentencia 39207 de 28 de agosto de 2012 [M.P. Jorge Mauricio Burgos]. Recuperada de [http://legal.legis.com.co/document/Index?obra=jurcol&document=jurcol\\_cd7437859a7c01bee0430a01015101be](http://legal.legis.com.co/document/Index?obra=jurcol&document=jurcol_cd7437859a7c01bee0430a01015101be)
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. (2016). Sentencia del 29 de junio de 2016, Radicación No. 42451 [M.P. Fernando Castillo Cadena]. Recuperada de [http://legal.legis.com.co/document/Index?obra=jurcol&document=jurcol\\_ba1babb928074e8e941d8d927e7db759](http://legal.legis.com.co/document/Index?obra=jurcol&document=jurcol_ba1babb928074e8e941d8d927e7db759)
- Godoy, C., Valdivieso, D. y Londoño, J. (2009). Hacia un entendimiento adecuado del fuero de salud. *Actualidad Laboral y Seguridad Social*, 151, 19-24.
- Méndez, R. (1981). La salud ocupacional en América Latina. *VI Congreso Interamericano de Prevención de Riesgos Profesionales*. Caracas. Venezuela.

Naciones Unidas. (s.f.). Convención sobre las personas con Discapacidad y Protocolo Facultativo. Recuperado de <https://www.un.org/disabilities/documents/convention/convoptprot-s.pdf>

Presidencia de la República de Colombia. (5 de agosto de 1950). Decreto 2663 de 1950. Código Sustantivo del Trabajo. Recuperado de <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=33104>

Presidencia de la República de Colombia. (20 de noviembre de 2001). Decreto 2463 de 2001 “por el cual se reglamenta la integración, financiación y funcionamiento de las juntas de calificación de invalidez. Recuperado de <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=6273>

Sen, Amartya. (2004). Elements of a Theory of Human Rights. *Philosophy and Public Affairs*, 32(4), 315-356. DOI: <https://doi.org/10.1111/j.1088-4963.2004.00017.x>

Taber, C.W. (1993). *Taber's Cyclopedic Medical Dictionary* (17<sup>th</sup> ed.). F.A. Davis.



# Discusiones sobre el trabajo y la seguridad social en el contexto latinoamericano



**RED** de Grupos y Centros de  
**INVESTIGACIÓN**  
Jurídica y Sociojurídica





Universidad Cooperativa  
de Colombia



**RED** de Grupos y Centros de  
**INVESTIGACIÓN**  
Jurídica y Sociojurídica



Editorial  
**UNIMAR**

Universidad Mariana

Calle 18 No. 34-104 San Juan de Pasto

<http://editorial.umariana.edu.co/libros/index.php/editorialunimar>