

UCUENCA

Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Políticas y Sociales

Maestría en Derecho Laboral y Seguridad Social

La huelga en el sector público ecuatoriano: límites al ejercicio del derecho 2008-2020

Trabajo de titulación previo a la
obtención del título de Magíster
en Derecho Laboral y
Seguridad Social

Autor:

Petronio Fernando Encalada Torres

CI: 0105161707

Correo electrónico: petronioencaladatorres@hotmail.com

Director:

Dr. Marlon Tiberio Torres Rodas

CI: 0301504643

Cuenca, Ecuador

09-septiembre-2022

RESUMEN:

El presente trabajo de investigación analiza el derecho a la huelga en el sector público, mediante postulados dogmáticos y la normativa constitucional y legal vigente en el Estado Ecuatoriano. Al ser un debate que se encuentra en la palestra del derecho laboral y constitucional, se desarrollan los principios de la OIT con respecto a este derecho y las teorías del contenido esencial de los derechos fundamentales, así como sus límites internos y externos.

Con ello se determina que en el Estado Ecuatoriano el derecho a la huelga se encuentra excluido para la mayoría de sus servidores transitorios y para todos los servidores que laboran en las instituciones donde la Constitución prohíbe la paralización de servicios. Aquello ha ocasionado que los empleados públicos no cuenten con un *programa de acción* que les permita negociar sus condiciones laborales.

Por tal motivo, esta investigación presenta propuestas que permiten el ejercicio efectivo de este derecho en el sector público destinadas, en primer lugar, al órgano legislativo para que, a través de procedimientos democráticos, reforme las normas que regulan el servicio público y permita que tanto los derechos de la ciudadanía, como los derechos de los servidores públicos, coexistan.

A falta de la intervención legislativa, se propone en segundo lugar -por considerar sus objeciones de legitimidad- que sea la Corte Constitucional la que examine la constitucionalidad de estas normas y determine, en su caso, la existencia de omisiones normativas o de normas incompatibles con la Constitución.

Palabras claves: Libertad sindical. Libertad de organización. Derecho a la huelga. Servidores públicos. Derechos fundamentales. Límites de los derechos.

ABSTRACT:

This research analyzes the right to strike in the public sector through dogmatic postulates and the constitutional and legal regulations in force - in the Ecuadorian State. As a debate around labor and constitutional law, this work develops in the principles of the ILO - concerning this right- and the theories of the crucial content of fundamental rights, as well as their internal and external limits.

Through this is determined that in the Ecuadorian State the right to strike is excluded for most of its transitory servants -and all the servants- who work in the institutions where the Constitution prohibits the stoppage of services. The aforementioned has caused public employees not to have an action program that allows them to negotiate their working conditions.

For this reason, this research presents proposals that allow the effective exercise of this right in the public sector. In the first place, they are destined to the legislative body so that through the democratic process, they reform the laws that regulate the public service and allow both -the rights of citizenship and the rights of public servants- to coexist.

In the absence of legislative intervention, in the second place - considering its objections to legitimacy - it is proposed that the Constitutional Court must be the one to examine the constitutionality of these rules and determine, where appropriate, the existence of normative omissions or norms incompatible with the Constitution.

Keywords: Syndical freedom. Freedom of organization. Right to strike. Public servers. Fundamental rights. Limits of rights.

ÍNDICE DE CONTENIDOS

RESUMEN:	2
ABSTRACT:	3
CLÁUSULA DE LICENCIA DE AUTORIZACIÓN PARA PUBLICACIÓN EN EL REPOSITORIO INSTITUCIONAL	5
CLÁUSULA DE PROPIEDAD INTELECTUAL	6
INTRODUCCIÓN	7
CAPÍTULO I: ANTECEDENTES Y SURGUIMIENTO DEL DERECHO A LA HUELGA	8
1.1. Fundamentos del derecho a la huelga: El derecho de libertad sindical y de organización	9
1.2. Desarrollo normativo del Derecho a la huelga	14
1.2.1 Regulación internacional	14
1.2.1.1. Principios de la OIT sobre el Derecho a la huelga	14
1.2.1.2. El derecho a la huelga como un derecho social en el contexto internacional	19
1.2.2. Reseña histórica del derecho a la huelga en el Ecuador	22
CAPÍTULO II: LA HUELGA EN EL SECTOR PÚBLICO: ORDENAMIENTO JURÍDICO ECUATORIANO	29
2.1 La relación jurídica entre administración pública y servidores públicos	30
2.2. Aparición y reconocimiento en el ordenamiento jurídico ecuatoriano del derecho a la huelga en el sector público	36
2.2.1 Aparición del derecho a la huelga en el sector público	36
2.2.2 El derecho a la huelga en el sector público a partir de la Constituyente de 2008	37
CAPÍTULO III: LA PROBLEMÁTICA EN EL EJERCICIO DEL DERECHO A LA HUELGA EN EL SECTOR PÚBLICO	49
3.1 La huelga como derecho fundamental: ¿conflicto o limitación de derechos?	49
3.2 Propuestas para el pleno ejercicio del derecho a la huelga en el sector público	66
CONCLUSIONES	70
RECOMENDACIONES	73
REFERENCIAS	74

Cláusula de licencia y autorización para publicación en el Repositorio Institucional

Ab. Petronio Fernando Encalada Torres en calidad de autor y titular de los derechos morales y patrimoniales del trabajo de titulación “La huelga en el sector público ecuatoriano: límites al ejercicio del derecho 2008-2020”, de conformidad con el Art. 114 del CÓDIGO ORGÁNICO DE LA ECONOMÍA SOCIAL DE LOS CONOCIMIENTOS, CREATIVIDAD E INNOVACIÓN reconozco a favor de la Universidad de Cuenca una licencia gratuita, intransferible y no exclusiva para el uso no comercial de la obra, con fines estrictamente académicos.

Asimismo, autorizo a la Universidad de Cuenca para que realice la publicación de este trabajo de titulación en el repositorio institucional, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

Cuenca, 09 de septiembre de 2022



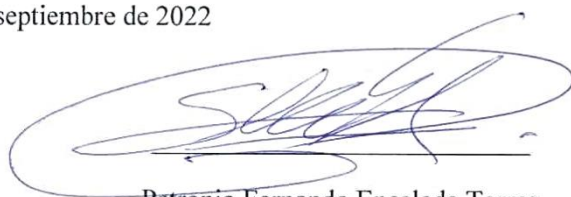
Petronio Fernando Encalada Torres

C.I: 0105161707

Cláusula de Propiedad Intelectual

Ab. Petronio Fernando Encalada Torres, autor del trabajo de titulación “La huelga en el sector público ecuatoriano: límites al ejercicio del derecho 2008-2020”, certifico que todas las ideas, opiniones y contenidos expuestos en la presente investigación son de exclusiva responsabilidad de su autor.

Cuenca, 09 de septiembre de 2022



Petronio Fernando Encalada Torres

C.I: 0105161707

INTRODUCCIÓN

Históricamente el derecho a la huelga en el sector público ha estado sujeto a debates entre la postura de que el interés general prevalece sobre el interés individual; por tanto, los trabajadores se relacionan con la administración pública a través de una teoría estatutaria clásica, y, aquella que reconoce la calidad de sujetos de derechos de las personas que laboran en este sector. (Garbay, 2014)

Ha sido la Organización Internacional del Trabajo (OIT) la que ha introducido los principios de este derecho, con la finalidad de que se aplique tanto en el sector público como privado. Posteriormente, diferentes instrumentos internacionales reconocieron a la huelga como un derecho social y colectivo, que garantiza los derechos de las organizaciones de los trabajadores.

En el Ecuador, no es hasta el año 2008, cuando el paradigma cambia y se constituye un “Estado constitucional de derechos y Justicia” (Constitución de la República del Ecuador [CRE], 2008, Art. 1), en el cual se reconoce al derecho a la huelga como un derecho fundamental del trabajo (CRE, 2008, Art. 326, numeral 14). Al mismo tiempo, esta Norma Fundamental preserva la voluntad de las anteriores constituyentes con respecto a la prohibición de paralización del servicio público. (CRE, 2008, Art. 326, numeral 15)

Frente a estas dos disposiciones constitucionales (numeral 14 y 15 del Artículo 326) surge la siguiente interrogante: ¿existe un conflicto de derechos entre la huelga y la obligación de la prestación permanente del servicio público o una limitación de derechos? Esto se confronta en la presente investigación a través de herramientas dogmáticas y bibliográficas que llevarán a demostrar si se ha garantizado el efectivo ejercicio del derecho a la huelga en el sector público.

Para ello, en el primer capítulo se realiza un examen de los fundamentos del derecho a la huelga, su desarrollo en el ámbito internacional y cómo este influyó en la inclusión de este derecho en el ordenamiento jurídico ecuatoriano. En el segundo capítulo se contraponen la normativa vigente aplicable al sector público, en específico lo referente a la huelga, con los planteamientos que ha recomendado la OIT para un ejercicio efectivo del derecho a la huelga.

Finalmente, en el tercer capítulo se responde la interrogante si frente a estas dos normas: derecho a la huelga y prohibición de paralización del servicio público, existe un conflicto

de derechos o una limitación de derechos fundamentales, mediante el análisis de las teorías del contenido esencial y de las teorías de los límites de los derechos, y, a través de la aplicación del test de proporcionalidad, bajo los fundamentos que ha desarrollado la Corte Constitucional del Ecuador.

CAPÍTULO I: ANTECEDENTES Y SURGUIMIENTO DEL DERECHO A LA HUELGA

El advenimiento de factores tecnológicos, económicos e industriales en los Estados, ha dado lugar a las relaciones laborales (patrono – trabajador), siendo fundamental su reconocimiento, protección y desarrollo. En la época de la industrialización, primaba la siguiente regla: para mayor productividad económica, se requiere mayor productividad de trabajo. (Peemans, 1992)

Esto ocasionó una serie de vulneraciones a la dignidad de los trabajadores en estos procesos de producción: horas excesivas de trabajo, remuneraciones que no permitían el acceso a servicios básicos, imposibilidad de reconocimiento de responsabilidad patronal frente a accidentes laborales, falta de salubridad en los lugares de trabajo, entre otros.

Esta falta de reconocimiento del factor humano (trabajador) dentro de la producción, originó fuertes reclamaciones colectivas provocadas por trabajadores organizados. Con esto se posesiona el derecho al trabajo que busca equiparar la relación entre patrono y trabajador, a través de la regulación de condiciones laborales fundamentales. (Boza Pró, 2014)

De esta forma, la preocupación por reconocer los derechos de los trabajadores se extendió al derecho internacional. Siendo su mayor aporte la creación de la Organización Internacional de Trabajo en 1919, la cual se constituye por las siguientes razones:

.... Considerando que existen condiciones de trabajo que entrañan tal grado de injusticia, miseria y privaciones para gran número de seres humanos, que el descontento causado constituye una amenaza para la paz y armonía universales; y considerando que es urgente mejorar dichas condiciones ... Las Altas Partes Contratantes, movidas por sentimientos de justicia y de humanidad ... convienen en la siguiente Constitución de la Organización Internacional del Trabajo. (Constitución de La Organización Internacional Del Trabajo [Constitución de la OIT],1919, Preámbulo)

Por lo tanto, la finalidad de este organismo internacional es proteger a la clase menos favorecida en la relación laboral, mediante la creación de instrumentos internacionales y

procesos de control a los Estados miembros, como es el nuestro. De esta manera, las normas de esta organización han influido directamente en nuestro ordenamiento jurídico, lo que le ha llevado a un cambio de paradigma, esto es, de un Estado liberal a uno social (o de bienestar).

Dicho en otras palabras, la presión internacional con respecto al reconocimiento de los derechos de los trabajadores, ha provocado que los Estados reestructuren su papel en la promoción de los derechos fundamentales, convirtiéndose sus poderes públicos en "... promotores de estos derechos, sobre todo los de carácter social". (Carbonell & Ferrer Mac-Gregor, 2014, p. 22)

Esto va de la mano, como se dijo, con la transición de un Estado Liberal a uno de Bienestar, donde el Estado adquiere no solo obligaciones negativas sino también positivas en aras de promover los derechos, en el caso que nos atañe, los de organización y libertad sindical. Esto significa, que los ordenamientos jurídicos deben proteger estas garantías fundamentales de los trabajadores, pero -sobre todo- permitir que estos se cumplan en la práctica.

En este sentido, es importante analizar el desarrollo en el derecho internacional público de los derechos de libertad sindical y de organización, dado que ha servido como base para su reconocimiento y consolidación en el sistema normativo de los Estados miembros, como es en nuestro caso. Este desarrollo nos permitirá, con posterioridad, examinar cómo el derecho a la huelga se ha regulado en el Ecuador.

1.1. Fundamentos del derecho a la huelga: El derecho de libertad sindical y de organización

Con la creación de la OIT, se dio un paso enorme a la regulación en el ámbito internacional de las condiciones de trabajo. En primer lugar, se trataron temas concernientes a la jornada laboral, protección de la maternidad, enfermedades profesionales, accidentes de trabajo, entre otros, quedando en segundo lugar, el tema de la libertad sindical y de organización que, siendo fundamental, fue reconocido apenas en el año 1950. (Gómez, 1996)

La dilatación en la agenda de la OIT para tratar los derechos de sindicalización de los trabajadores respondió a razones coyunturales de la época en la que se creó esta organización, el intervalo entre la culminación de la primera e inicio de la segunda guerra

mundial (Gómez, 1996). Por ello, el director de la Oficina Internacional del Trabajo explicó esta demora haciendo “alusión a los regímenes que se estaban instaurándose en gran número de países de Europa y de otros continentes y que habían conducido a la supresión o al sometimiento de las organizaciones sindicales, patronales y obreras”. (Gómez, 1996)

No obstante, a pesar de las adversidades, en la OIT se ha desarrollado ampliamente los derechos sindicales, principalmente, mediante la creación de los Convenios No. 87 y 98 y, posteriormente, con una serie de resoluciones y recomendaciones provenientes de sus órganos, así como de las decisiones del Comité de Libertad Sindical¹, que se convirtió “en el órgano principal encargado de examinar las quejas en materia de libertad sindical”. (Gravel. Eric et al., 2001)

Estos cuerpos normativos regulan el contenido de los derechos de organización de los trabajadores y establecen diferentes garantías que han servido de fundamento para el reconocimiento del derecho a la huelga. En este orden de ideas, es menester comenzar por el análisis de las bases internacionales de estos derechos, para posteriormente explicar el desarrollo del derecho a la huelga en el ámbito internacional y nacional.

El primer Convenio aprobado por la OIT con respecto al derecho sindical fue el No. 87. Este surge con la finalidad de eliminar las “condiciones de trabajo que entrañan tal grado de injusticia” (Constitución de la OIT, 1919, preámbulo), dado que, el principio de la libertad sindical fue proclamado como fundamental para alcanzar “la paz y armonía universal”. (Constitución de la OIT, 1919, preámbulo)

Este Convenio sobre la libertad sindical y protección del derecho de sindicación (Convenio No.87, 1948) contiene las siguientes garantías a favor de los trabajadores:

- El derecho a constituir sindicatos con total libertad, “sin ninguna distinción y sin autorización previa”. (Art. 2)
- El derecho a organizar libremente los sindicatos, “de redactar sus estatutos y reglamentos administrativos, el de elegir libremente sus representantes, el de organizar su administración y actividades y el de formular su programa de acción”

¹ Para cumplir con los objetivos de esta investigación, se examinará de manera sucinta estos instrumentos internacionales acerca de los derechos de sindicalización, considerando que, lo que se pretende en este primer capítulo, es sentar las bases que sirvieron para el desarrollo del derecho a la huelga -principalmente- en el sector público.

UCUENCA

(Art. 3.1). Así, “las autoridades públicas deberán abstenerse de toda intervención que tienda a limitar este derecho o a entorpecer su ejercicio legal”. (Art. 3.2)

- Derecho a dar por terminado los sindicatos a través de un debido proceso judicial, esto es, “no están sujetas a disolución o suspensión por vía administrativa”. (Art. 4).
- Derecho a crear federaciones o confederaciones. (Art. 5-6)
- Derecho de las organizaciones, federaciones o confederaciones de afiliarse a organizaciones internacionales. (Art. 5)
- Derecho de las organizaciones sindicales a obtener personalidad jurídica, misma que “no puede estar sujeta a condiciones cuya naturaleza limite la aplicación de las disposiciones de los artículos 2, 3 y 4 de este convenio”. (Art. 7)
- La garantía de que la legislación interna de cada Estado no desconozca los derechos establecidos en este Convenio. (Art. 8)

Como se observa, con este Convenio se reconoció la libertad de los trabajadores y empleadores de constituir organizaciones en defensa de sus intereses. Empero, aquello no es suficiente, pues es también fundamental el desarrollo de “las acciones colectivas de auto tutela como son la huelga y la negociación colectiva” (Garbay, 2014, p. 33). Por ello, posteriormente se aprobó el Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva (Convenio No. 98, 1949), que contiene los siguientes derechos a favor de los trabajadores:

- Derecho a constituir organizaciones sin discriminación, por lo que, se protegerá frente a actos que tenga como finalidad:
 - a) Sujetar el empleo de un trabajador a la condición de que no se afilie a un sindicato o a la de dejar de ser miembro de un sindicato; b) despedir a un trabajador o perjudicarlo en cualquier forma a causa de su afiliación sindical o de su participación en actividades sindicales fuera de las horas de trabajo o, con el consentimiento del empleador, durante las horas de trabajo. (Art.1)
- Derecho de constituir sindicatos sin la injerencia, en ningún momento de su creación o administración, de las organizaciones de los empleadores. (Art. 2)
- Derecho a que los Estados regulen en su legislación nacional, en primer lugar, las instituciones encargadas de garantizar los derechos de organización establecidos en este Convenio y, en segundo lugar, “los procedimientos de negociación

voluntaria, con objeto de reglamentar, por medio de contratos colectivos, las condiciones de empleo”. (Art. 3)

A pesar de que este Convenio reconoce varios derechos fundamentales para los sindicatos, presentó un problema al establecer que “el presente Convenio no trata de la situación de los funcionarios públicos en la administración del Estado” (Art. 6). Aquello suscitó un gran inconveniente en los primeros años de su aprobación, restringiendo las garantías de este instrumento internacional a los trabajadores del sector público.

Años después, esta dificultad fue superada cuando la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT (CEACR,1977) a través de su Informe VII explicó que las palabras “funcionarios públicos” se refiere a personas que ejercen puestos de poder en los órganos del Estado. Por lo que, el Convenio No. 98 es aplicable para los empleados públicos que no ostentan un puesto jerárquico superior, dentro de las instituciones del Estado.

Luego, con el ánimo de consolidar la postura de esta Organización con respecto a la defensa de los derechos sindicales en el sector público, adopta el Convenio referente a las relaciones de trabajo en la administración pública (Convenio, No. 151,1978) En el cual, reconoce la necesidad de este instrumento, debido a que, a muchos empleados públicos se les ha restañado la aplicación del Convenio No. 98, a causa del problema en la redacción de su artículo 6, antes citado.

De manera análoga, este cuerpo normativo señala las garantías que se encuentran contenidas en el Convenio No. 98, pero, con el objetivo de subsanar la problemática sobre la limitación de los derechos sindicales en el sector público, aclara que será aplicable “... a todas las personas empleadas por la administración pública, en la medida en que no les sean aplicables disposiciones más favorables de otros convenios internacionales del trabajo”. (Convenio No. 151, 1978, Art. 1.1)

Adicionalmente, este Convenio No. 151 (1978) regula como garantía de los representantes de las organizaciones de los servidores públicos, las “... facilidades apropiadas para permitirles el desempeño rápido y eficaz de sus funciones durante sus horas de trabajo o fuera de ellas”. (Art. 6.1)

Asimismo, establece que las oportunidades que gozan los representantes de los sindicatos de empleados públicos “no deberá perjudicar el funcionamiento eficaz de la

UCUENCA

administración o servicio interesado” (Convenio No. 151, 1978, Art. 6.2). Es decir, muestra que es fundamental para el interés general la prestación del servicio público sin interrupción.

También, contiene el derecho de ejercer cualquier forma de acción que posibilite la intervención de los representantes de los sindicatos en la definición de las condiciones de trabajo (Convenio No. 151, 1978, Art. 7). Por consiguiente, puede entenderse que dentro de estas acciones -de manera implícita- se permite el derecho a la huelga de los empleados públicos, puesto que ha sido un método utilizado históricamente para reclamar los derechos de los trabajadores.

Sin embargo, en el mismo texto -aparentemente de manera contradictoria- señala taxativamente las formas en las que se deberán solucionar los desacuerdos, que son: “la mediación, la conciliación y el arbitraje” (Convenio No. 151, 1978, Art. 8). Es decir, no deja abierta la posibilidad, como en el artículo 7, de utilizar cualquier método de negociación, por el contrario, enumera los procedimientos que tienen que aplicarse en caso de suscitarse un conflicto.

En esta misma línea, es importante manifestar que en los convenios citados -ni en ninguno de la OIT- se regula expresamente el derecho a la huelga de los trabajadores. No obstante, como se describió anteriormente, en estos instrumentos internacionales se reconocen derechos sindicales de los cuales se desprende el derecho a la huelga, al ser un método fundamental para ejercer la libertad sindical y de organización.

Es por esta razón, que la CEACR (1994) a través del Informe III presentado en la Conferencia Internacional del Trabajo, ha puntualizado que en los convenios No. 87, 98 y otros pertinentes, cuando se menciona las palabras «programa de acción» se entiende contenido el derecho fundamental a la huelga, puesto que es una herramienta que permite la defensa de las prerrogativas de los trabajadores en la relación laboral.

Con esta regulación internacional y debido a la necesidad de los Estados de regular las condiciones de trabajo para mantener la productividad económica, muchos países se unieron a esta organización. Este es el caso de Ecuador, que ingresó como miembro de esta comunidad internacional el 28 de septiembre de 1936. Años después, en 1959 ratificó el convenio No. 98 y en el año 1967 el convenio No. 87. (Organización Internacional del Trabajo [OIT], 1996b)

Pero, a pesar de haber ratificado estos convenios referentes a la libertad sindical y organización que han servido de fundamento para reconocer el derecho a la huelga, omitió adoptar el Convenio 151 que regula los derechos de los empleados del sector público (OIT, 1996b). Esto, puede responder a una posible resistencia en el desarrollo de los derechos sindicales de los servidores públicos en nuestro ordenamiento jurídico, situación que atañe responder en la presente investigación.

1.2. Desarrollo normativo del Derecho a la huelga

De acuerdo con lo manifestado en el punto anterior, los derechos de libertad sindical y de organización han constituido el punto de partida para la regulación del derecho a la huelga en la normativa internacional y nacional. Como se dijo, la CEACR de la OIT (1994) reconoce a la huelga como un «programa de acción» que ejercen las organizaciones de los trabajadores en defensa de sus intereses.

Posteriormente, otras organizaciones promulgan instrumentos internacionales que expresamente reconocen a la huelga como un derecho. Este desarrollo normativo internacional es fundamental para analizar cómo la huelga toma relevancia en nuestro ordenamiento jurídico, hasta el punto de ser considerado como un derecho fundamental.

1.2.1 Regulación internacional

1.2.1.1. Principios de la OIT sobre el Derecho a la huelga

Los principios de la OIT han sido considerados como el mayor aporte del derecho laboral, y en específico, de los derechos sindicales de los trabajadores. Si bien, expresamente en ningún convenio se reconoce el derecho a la huelga, existe un desarrollo amplio por parte de sus órganos de principios que se deben aplicar a la huelga ejercida por trabajadores del sector público y privado.

En especial, hay que mencionar a la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones y al Comité de Libertad Sindical, órganos de control de la OIT, que han creado las normas concernientes a la huelga y le han otorgado la categoría de derecho fundamental (OIT, 1996a; 1994). De acuerdo con Gernigon et al. (2000) existen cuatro principios fundamentales de los cuales se desprende toda la regulación normativa de la OIT con respecto al derecho a la huelga, que son los siguientes:

1. La huelga puede ser ejercida por las organizaciones de los trabajadores, en todos sus niveles.

2. La huelga tiene como finalidad la “promoción y defensa de los intereses económicos y sociales de los trabajadores”. (p.11)
3. El derecho a la huelga, de manera general, se aplica para todos los trabajadores, salvo excepciones debidamente fundamentadas.
4. El ejercicio del derecho a la huelga “no debe acarrear sanciones perjudiciales de ningún tipo, que implicarían actos de discriminación antisindical”. (p.11)

Comenzando con la primera y segunda aseveración, cabe exponer lo que la OIT ha resuelto acerca del ejercicio del derecho a la huelga. En primer orden, se entiende que la huelga puede ser organizada por los sindicatos, federaciones o confederaciones de trabajadores (Convenio No. 87, 1948, Art. 3-5), para defender los siguientes intereses:

Los de naturaleza laboral (que buscan garantizar o mejorar las condiciones de trabajo y de vida de los trabajadores), los de naturaleza sindical (que persiguen garantizar y desarrollar los derechos de las organizaciones sindicales y de sus dirigentes) y las de naturaleza política. (Gernigon et al., 2000, p. 13)

Con respecto al primero, ha sido el Convenio No. 87 de la OIT (1948) el que ha ratificado la importancia del ejercicio de la libertad sindical para la protección de los derechos de los trabajadores. Así, este instrumento internacional establece que uno de los principales fines de la Constitución de la OIT y de la creación de este Convenio es “mejorar las condiciones de trabajo”. (Preámbulo)

En segundo lugar, el interés sindical de la huelga se encuentra expuesto en el mismo Convenio citado, en el cual se señala que: “el término organización significa toda organización de trabajadores o de empleadores que tenga por objeto fomentar y defender los intereses de los trabajadores o de los empleadores”. (Art. 10)

Por último, con respecto a la huelga que tiene un objetivo político, los órganos de control de la OIT se han pronunciado aludiendo que, las organizaciones de trabajadores que decretan la huelga solo con este fin no gozan de legitimidad, lo que acarrea la ilegalidad de su accionar. Sin embargo, esto no significa que los sindicatos no puedan pronunciarse sobre la política económica o social que afecte los derechos adquiridos de los trabajadores, siempre que no tenga “por objeto perturbar la tranquilidad pública”. (OIT, 1979, párr.450)

Ahora bien, en principio la huelga puede ser decretada en cualquier momento y ejercida por todo trabajador, salvo 3 excepciones que han sido aceptadas por los órganos de control de la OIT: 1) los trabajadores que ejercen funciones de seguridad nacional; 2) cuando el

Estado esté pasando por una conmoción nacional y; 3) los servidores públicos que prestan servicios básicos. (Gernigon et al., 2000)

El Convenio No. 87 (1948) reconoce la libertad sindical y de organización a todos los trabajadores. Empero, señala que: “la legislación nacional deberá determinar hasta qué punto se aplicarán a las fuerzas armadas y a la policía las garantías previstas por el presente Convenio” (Art. 9, numeral 1). Dicho de otra manera, admite que diferentes ordenamientos jurídicos limiten las prerrogativas sindicales de ciertos servidores.

Por lo tanto, la OIT considera de mayor importancia la seguridad nacional que el ejercicio de los derechos de organización de un grupo de personas. Esto debido a que el pilar de la protección de un Estado recae en las fuerzas armadas y la policía nacional, por lo que sus funciones se ejercen y se rigen por normas que dependen de cada legislación. En este sentido, (Gernigon et al., 2000) han manifestado que “el Comité de Libertad Sindical se ha negado, por ello, a objetar las legislaciones que prohíben la huelga a estas categorías de trabajadores”. (p.17)

Como se mencionó, otra excepción se presenta cuando los Estados sufren una crisis grave. Esto por lo general se muestra con la declaratoria de estados de excepción, “en casos de conflictos graves, de insurrección o incluso de catástrofe natural” (OIT, 1994, párr. 152). Aquello no quiere decir que se utilizará una crisis nacional para coartar el derecho a la huelga, por el contrario, lo que se pretende es concentrarse en la solución a una aguda conmoción que pone en peligro las bases constitucionales de un gobierno. (Gernigon et al., 2000)

Por último, la OIT se ha pronunciado sobre el carácter no general de la huelga cuando proviene de servidores públicos. De acuerdo con Gernigon et al. (2000) esta limitación que realiza la OIT se puede clasificar en dos: 1) de conformidad a las funciones que realicen los servidores y 2) dependiendo el servicio público que presta la institución en donde laboran los trabajadores que desean decretar la huelga.

El primero depende de la definición que tenga cada Estado de funcionario público. El Comité de Libertad Sindical de la OIT (1996a) considera que pueden ser excluidos de este derecho los “funcionarios públicos que ejercen funciones de autoridad en nombre del Estado” (Párr. 534). Aunque, dejar a la discrecionalidad de cada legislación la naturaleza de la función, puede traer como consecuencia la restricción de este derecho a un número mayor de servidores.

UCUENCA

Aun así, es complejo que los órganos de control señalen un término genérico de funcionario público que no puede participar en la huelga. Por ello, lo que busca la OIT es desarrollar parámetros para que se garantice este derecho a todos los trabajadores, y en casos de limitación, se opten por otras medidas que puedan compensar la falta de defensa de sus intereses a través de la huelga. (Gernigon et al., 2000)

Por ejemplo, para estos casos el Comité de Libertad Sindical de la OIT (1996a) ha previsto que los trabajadores deberán contar con “procedimientos de conciliación y arbitraje adecuados, imparciales y rápidos, en que los interesados puedan participar en todas las etapas, y en los que los laudos dictados deberían ser aplicados por completo y rápidamente” (párr. 547). Aquello permite que estos funcionarios públicos no se queden sin tutelar sus derechos.

Como otra excepción, tenemos el tipo de servicio que presta la institución en la que sus funcionarios desean acogerse a la huelga. El Comité de Libertad Sindical de la OIT (1996a) ha señalado que los sectores de servicios esenciales tales como: “el sector hospitalario, los servicios de electricidad, los servicios de abastecimiento de agua, los servicios telefónicos y el control del tráfico aéreo” (párr. 544); pueden estar sujetos a prohibiciones o restricciones.

Al igual que con la primera excepción, surge el problema de lo que cada legislación considera como servicio esencial. Por esta razón, con la finalidad de paliar la discrecionalidad en estos casos, la CEACR de la OIT (1994) ha manifestado que “al tratarse de una excepción del principio general del derecho de huelga, los servicios esenciales respecto de los cuales es posible obtener una derogación total o parcial de ese principio deberían definirse de forma restrictiva”. (párr. 159)

Debido a la soberanía de cada Estado, es imposible que la OIT pueda obligar a acoger una lista exhaustiva de los servicios que deben o no restringirse. Por esta razón, la CEACR ha señalado como principio para limitar el derecho a la huelga, analizar si “cuya interrupción podría poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de la persona en toda o parte de la población”. (párr. 159)

Analógicamente a lo aludido por esta Comisión, el Comité de Libertad Sindical (1996a) considera que la definición de si un sector es o no estratégico depende de cada Estado. Y que, incluso se deberá tomar en cuenta que la interrupción de un determinado servicio no

esencial, por un tiempo prolongado, puede ocasionar graves consecuencias para la seguridad de los ciudadanos y la economía de un país.

Con estos principios, los Estados deberán limitar en menor medida los servicios que por su naturaleza no pueden ser paralizados totalmente. En aquellos casos, estos deberán aplicar medidas compensatorias que permitan la protección de sus derechos, como mecanismos de conciliación y arbitraje (OIT, 1996a). Por otra parte, si es que las condiciones del servicio permiten una interrupción parcial, las legislaciones deberán prever un porcentaje mínimo de servidores que se queden trabajando y así, los otros podrán ejercer normalmente su derecho a la huelga. (OIT,1994)

Finalmente, el cuarto principio de la OIT acerca del derecho a la huelga se refiere al carácter no sancionatorio de esta acción. Son comunes represalias que toman los gobiernos en contra de trabajadores que generan presión a través de huelgas para que sus intereses sean reconocidos. Frente a esta problemática, el Convenio 98 de la OIT (1949) estableció la protección de todo empleado contra actos de discriminación antisindical, especialmente cuando se pretenda:

(a) Sujetar el empleo de un trabajador a la condición de que no se afilie a un sindicato o a la de dejar de ser miembro de un sindicato; (b) despedir a un trabajador o perjudicarlo en cualquier otra forma a causa de su afiliación sindical o de su participación en actividades sindicales fuera de las horas de trabajo o, con el consentimiento del empleador, durante las horas de trabajo. (Art 1.2)

Con base en aquello, el Comité de Libertad Sindical de la OIT (1996a) ha desarrollado los siguientes principios:

- Los trabajadores no podrán ser despedidos antes, durante o después de organizar la huelga o haber participado en ella. Ya sea que ejerzan o no cargos de representación sindical.
- Se entiende que existe discriminación antisindical no solo cuando se despide a los trabajadores, sino también cuando se niegue su reintegro a las instituciones.
- El despido como consecuencia del ejercicio de una huelga legítima constituye la discriminación más grave que atenta a los derechos sindicales de los trabajadores.
- El ejercicio de la huelga legítima no deberá estar sujeto a ninguna represalia, esto es, “nadie debería poder ser privado de libertad, ni ser objeto de sanciones penales por el mero hecho de organizar o haber participado en una huelga pacífica”. (párr. 602)

En la misma línea, la CEACR de la OIT (1994) ha identificado que los diferentes ordenamientos jurídicos, a causa de estos principios que protege la libertad sindical, han establecido mecanismos de protección. Verbigracia los de carácter preventivo, que buscan evitar la vulneración de los derechos de los trabajadores, implementando un filtro previo frente a cualquier medida en contra de los dirigentes sindicales.

Antagónicamente, otras legislaciones han adoptado mecanismos de reparación frente a actos de discriminación antisindical (OIT, 1994). Así, promulgan leyes que establecen el cálculo de un monto extra en la liquidación de los trabajadores que han sido despedidos por participar u organizar huelgas. Esto, ha sido sujeto a crítica por parte del Comité de Libertad Sindical (1996a) quien ha sugerido que los representantes sindicales no sean despedidos de sus puestos mientras se encuentren en ejercicio de sus funciones, es decir, apoya una medida de carácter preventiva, mas no reparatoria.

En resumen, a pesar de no contener expresamente la OIT en sus instrumentos internacionales el derecho a la huelga, a través de sus órganos de control ha creado un cumulo de normas que son la base para la regulación nacional en los diferentes Estados. Así, a partir de cuatro principios, reconoce a la huelga en su dimensión fundamental y como un derecho de los trabajadores del sector público y privado. Asimismo, sostiene la importancia de que la huelga no esté sujeta a sanciones penales que lleguen a menoscabar el ejercicio de este derecho.

Sin embargo, el derecho a la huelga no solo se encuentra reconocido por la OIT. Existen otros organismos e instrumentos internacionales que expresamente lo reconocen como un derecho de los trabajadores, como se analizará a continuación.

1.2.1.2. El derecho a la huelga como un derecho social en el contexto internacional

Años después de la creación de la OIT y, de la promulgación de los Convenios No. 87 y 98 que marcaron el inicio de los derechos sindicales y en específico del derecho a la huelga, en 1966 la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Esto significó un gran avance para los derechos de las organizaciones de los trabajadores, ya que expresamente se reconoce el derecho a la huelga.

Este instrumento internacional ratificó la importancia del cambio de un Estado Liberal a uno Social que responda a las necesidades de la población. Una de ellas -sin duda- es el

UCUENCA

derecho a sindicalizarse con el objeto de proteger las condiciones de trabajo. Tal es la prioridad de estos derechos que son considerados como un “ideal del ser humano libre, liberado del temor y de la miseria”. (Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, [PIDESC], 1966, Preámbulo)

En este contexto, el PIDESC (1966) regula “el derecho de toda persona a fundar sindicatos... para promover y proteger sus intereses económicos y sociales” (Art. 8, numeral 1, literal a). Dentro de estas prerrogativas de los trabajadores también reconoce “el Derecho de huelga, ejercido de conformidad con las leyes de cada país” (Art. 8, numeral 1, literal d). Esto significa que el ejercicio de este derecho está supeditado a lo que cada legislación establezca al respecto, siempre que no desconozca las garantías previstas en el Convenio No. 87 de la OIT relativo a la protección de la libertad sindical. (PIDESC, 1966, Art. 8, numeral 3)

Al igual que el criterio de los órganos de control de la OIT, el PIDESC (1966) proscribe las limitaciones en la aplicación de los derechos sindicales, salvo “sean necesarias en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional o del orden público, o para la protección de los derechos y libertades ajenos” (Art. 8, numeral 1, literal a). Una vez más, la decisión de restringir o no estos derechos dependen de cada gobierno.

Pero, como se dijo, esto no constituye una puerta abierta para que los Estados desconozcan estas libertades sindicales, dado que, en el ámbito internacional adquirieron su calidad de derechos fundamentales, como sucedió en el PIDESC. Asimismo, esta dimensión fundamental también ha sido reconocida por la OIT mediante los principios de sus órganos de control que, además, han establecido las bases para la regulación nacional del derecho a la huelga.

Por otra parte, este derecho también ha sido reconocido por la Organización de los Estados Americanos (OEA), en su Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo San Salvador, 1988). Este instrumento, similar al PIDESC, contiene los derechos sindicales de los trabajadores y, expresamente en el artículo 8 numeral 1 literal b), reconoce el derecho a la huelga como fundamental para la defensa de los intereses de los empleados.

Esta organización está integrada por la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que se han encargado de la protección de los derechos humanos. El derecho a

UCUENCA

la huelga no ha sido la excepción, pues estos órganos a través de sus diferentes pronunciamientos han desarrollado principios que son primordiales para entender el contenido esencial de este derecho.

Sobre la libertad sindical, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH, 2020), ha establecido que consiste en la posibilidad que tienen los trabajadores de crear organizaciones, con la finalidad de que sus “intereses colectivos sean defendidos y reivindicados de forma adecuada” (párr.49). Por consiguiente, los Estados están obligados a no involucrarse en la organización de los sindicatos y a permitir su libre desarrollo, así como la ejecución de programas de acción en aras de proteger sus derechos. (CIDH, 2020)

De esta forma surge la huelga, como una “herramienta que los trabajadores tienen a su disposición para defender sus intereses” (CIDH, 2020, párr. 54). A través de este mecanismo la clase trabajadora consigue mejorar sus condiciones de trabajo y transmitir sus inconformidades a sus empleadores, sea el Estado o entes privados.

Por consiguiente, es necesario que los Estados se abstengan de amedrentar el ejercicio legítimo de este derecho. Con respecto a ello, la CIDH ha rechazado la criminalización de actos pacíficos que buscan representar los intereses sociales y económicos de los trabajadores. Por la razón de que, “penalizarlo con penas de prisión o multas exorbitantes es una nueva amenaza al derecho a la huelga”. (CIDH, 2009, párr. 1108)

Esto no quiere decir que, el derecho a la huelga sea absoluto. La CIDH (2019) reconoce que puede estar sujeto en el derecho nacional a parámetros que limiten su ejercicio, fundamentalmente cuando proviene de funcionarios públicos. Pero, aquello debe estar debidamente fundamentado y cumplir con un juicio de proporcionalidad, que está conformado por:

- (i) la existencia de un fin legítimo; (ii) la idoneidad, es decir la determinación de si existe una relación lógica de causalidad de medio a fin entre la distinción y el fin que se persigue; (iii) la necesidad, esto es, la determinación de si existen alternativas menos restrictivas e igualmente idóneas; y (iv) la proporcionalidad en sentido estricto, es decir, el balance de los intereses en juego y el grado de sacrificio de uno respecto del otro. (CIDH, 2019, párr. 89)

En efecto, los Estados miembros que han ratificado los instrumentos internacionales, para no incurrir en un incumplimiento de sus obligaciones adquiridas, deberán justificar que sus restricciones gozan de legitimidad democrática. La CIDH (2019) a través de este test

definirá si existen otras medidas menos graves que se pudieron utilizar para no restringir el derecho a la huelga, es decir, determinará si ha sido o no vulnerado este derecho.

Finalmente, la CIDH (2019) se ha referido a la importancia que supone el derecho a la huelga dentro del derecho al trabajo. Expresamente ha dicho que “la protección del derecho a la huelga, junto a la libertad sindical y la negociación colectiva, son pilares fundamentales para garantizar el derecho al trabajo”. (p.83)

Por lo tanto, el derecho a la huelga está directamente relacionado con las condiciones de trabajo, la posibilidad de equilibrar la relación laboral, de solucionar conflictos y, de mejorar la calidad de vida de los trabajadores que permita el acceso a otros derechos fundamentales. Dicho en otros términos, el derecho a la huelga constituye “el principio democrático participativo dentro de la esfera del trabajo”. (CIDH, 2019, párr. 83)

Ahora bien, con la base de este desarrollo normativo internacional cabe identificar históricamente cómo el Ecuador ha reconocido a la huelga como un mecanismo de defensa de los intereses de la clase trabajadora, hasta el punto de considerarlo como un derecho fundamental. Aquello permitirá explicar en el capítulo posterior los problemas que se identifican al momento de su regulación con respecto a los trabajadores del sector público.

1.2.2. Reseña histórica del derecho a la huelga en el Ecuador

Esquemáticamente, para el análisis del desarrollo del derecho a la huelga en el Ecuador, se expondrá los hechos fácticos y jurídicos que han sido trascendentales para este derecho, los mismo que serán clasificados en cuatro categorías: 1) prohibición/resistencia; 2) tolerancia; 3) reconocimiento; y 4) constitucionalización.

1) Prohibición/resistencia

La huelga en el Ecuador se ha desarrollado materialmente antes de su reconocimiento formal y positivo en leyes de su ordenamiento jurídico. Desde la época colonial, se encuentran sucesos que marcaron la disconformidad contra la precarización en la relación laboral y la falta de condiciones mínimas de trabajo. Gustavo Estrella (1985), manifiesta que en la mencionada época “el abuso, la explotación y las condiciones de trabajo en las encomiendas, mitas y obrajes dieron lugar a innumerables protestas de indígenas”. (p.7)

Entre estas luchas, las más destacadas, de acuerdo con Dalton Burgos (1985), son:

UCUENCA

- En la ciudad de Latacunga, los trabajadores dedicados a la elaboración de pólvora, en 1623 reclamaron la falta de pago de sus remuneraciones. Sin embargo, “los sublevados fueron sometidos a sangre y fuego y obligados a continuar su trabajo”. (p.19)
- En el cantón Píllaro, provincia de Tungurahua, en 1730 varias indígenas proclamaron la libertad de trabajo a los españoles, dado que, eran obligados a laborar en una mina. Con ello, “el pueblo se concentró, liberó a los mitayos y destruyó la mina”. (p.19)
- En Chimborazo, en 1784 los indígenas se organizaron y reclamaron a los españoles el pago de los salarios por trabajos realizados en la mina de Nisan, así como la reducción de la jornada laboral.
- En el año 1968 los indígenas pertenecientes al obraje de San Idelfonso de la provincia de Tungurahua, realizaron una revuelta debido a que “se ordenó se castigue al indígena Romualdo Llagua por protestar contra el sistema de trabajo”. (p.19)

Estas sublevaciones y protestas en contra de las condiciones de trabajo impuestas por la corona española, marcaron el comienzo de luchas tendientes a reivindicar los derechos de los trabajadores. Así también, se da el surgimiento del pensamiento de libertad sindical, “lo cual puede interpretarse como el inicio de la formación de una conciencia de clase”. (Estrella, 1985, p.9)

Lamentablemente, en esta época existía una resistencia al reconocimiento de las condiciones mínimas de trabajo y sobre todo del ejercicio de lo que ahora se conoce como la huelga. Muchas de estas protestas y revueltas trajeron graves consecuencias para los indígenas, mitayos y mestizos, como arrestos y hasta muertes. De todas formas, los derechos laborales no se reconocieron, pero sí varias de sus exigencias acerca de las condiciones de trabajo fueron consideradas por los españoles. (Estrella, 1985)

Dentro de este contexto colonial, la huelga se desarrolla por un grupo de indígenas no constituidos jurídicamente, esto es, de manera aislada a una organización de trabajadores. No obstante, esto significó un primer paso a la conformación de sindicatos y de huelgas organizadas formalmente de manera colectiva, que responde a la categoría de tolerancia, como se explicará a continuación.

2) Tolerancia

En años posteriores, a finales del siglo XIX e inicios del siglo XX, en nuestro Estado se da paso a una etapa de tolerancia de los derechos sindicales. Así en las tres ciudades principales del Ecuador se crean las primeras organizaciones de trabajadores destinadas a proteger los intereses sociales y económicos de la clase trabajadora. (Estrella, 1985)

En la ciudad de Quito, en el año 1894 se crea el Círculo Católico de Obreros; luego, en Guayaquil en 1874 se conforma la Sociedad de Artesanos Amantes del progreso; y finalmente, en Cuenca en 1904 se crea la Sociedad Alianza Obrera del Azuay (Estrella, 1985). Si bien estas no son las principales organizaciones que se crean en el país, constituyen las primeras que dieron paso a la creación de otras en las diferentes ciudades del Estado.

Estos sindicatos a través de congresos locales y nacionales, organizaron las primeras huelgas colectivas, con la finalidad de mejorar las condiciones de trabajo. Entre ellas, cabe citar las siguientes:

- 1898: Huelga de los panaderos de Guayaquil por mejores salarios.
- 1907: Huelga de los ferroviarios de Durán por el pago de salarios atrasados.
- 1908: Huelga de los cacahueros de Guayaquil por el alza de salarios.
- 1912: Huelga de los trabajadores del ferrocarril a Playas por el alza de salarios.
- 1914: Huelga de los trabajadores del Ferrocarril Bahía de Caráquez Chone por el pago de salarios.
- 1916: Huelga de los conductores y vagoneros de los carros urbanos de Guayaquil exigiendo el cumplimiento de la ley que establece las ocho horas como jornada de trabajo.
- 1917: Huelga de los operarios de sastrería de Quito por elevación de salarios y disminución de la jornada de trabajo.
- 1918: Huelga de los mineros de Zaruma por alza de salarios.
- 1918: Huelga de los peluqueros de Guayaquil por el alza de salarios y disminución de la jornada de trabajo.
- 1919: Huelga de los obreros de las minas de Portovelo por aumento de salarios, cumplimiento de la jornada de ocho horas e indemnización por accidentes de trabajo.
- 1919: Huelga de los trabajadores gráficos de Quito por el aumento de salarios y el cumplimiento de la jornada de ocho horas de trabajo.
- 1919: Huelga de los operarios de sastrería de la ciudad de Riobamba por mejores salarios. (Albornoz, 1983, p.9)

De acuerdo con Gustavo Estrella (1985) todas estas huelgas fueron el antecedente de la paralización de labores en los sectores de luz eléctrica y transporte que se realizó el 15 de

noviembre de 1922, organizada por la Federación de trabajadores Regional Ecuatoriana. Continúa el autor sosteniendo que esta huelga general tuvo origen en las ideas de orientación de izquierda que se difundían en el país con respecto al sindicalismo y, por otro lado, en la situación económica que atentaba a la estabilidad del gobierno y traía fuertes consecuencias a los trabajadores, como era la falta de pago de sus salarios.

Esta fecha es importante para las organizaciones sindicales “por sus conquistas, por su unidad y solidaridad” (Estrella, 1985, p. 20). Por la razón de que no solo fue una revuelta local sino nacional, que representó un total desacuerdo de la clase trabajadora con la política social y económica del gobierno. Exigían principalmente el reconocimiento de la jornada laboral compuesta por 8 horas de trabajo y el pago puntual y completo de sus remuneraciones. (Estrella, 1985)

Estas revueltas realizadas días antes y posteriores al 15 de noviembre de 1922 trajeron como consecuencia la muerte de varios trabajadores debido a las acciones violentas por parte del gobierno (Estrella, 1985). Empero, este acontecimiento marcó el inicio de una Revolución que dio paso al reconocimiento normativo de diferentes derechos laborales, tal como se identificará en el siguiente punto.

3) Reconocimiento

El 9 de julio de 1925 se proclama un golpe militar al Estado, denominado Revolución Juliana. La toma de los militares del poder tuvo como objetivo difundir las necesidades de las personas a causa del mal manejo de las condiciones sociales y económicas del gobierno de turno. Esta reclamación también tuvo influencia en los trabajadores, estudiantes y ciudadanos en general que, estaban en desacuerdo con las políticas, calificadas de izquierda, adoptadas por el Presidente de este entonces. (Estrella, 1985)

Posteriormente, con la presión que ejerció esta revolución y debido a las revueltas organizadas por los sindicatos de trabajadores en esa época, se crearon las siguientes leyes laborales:

Ley de Contrato Individual de Trabajo; Ley de Duración máxima de la Jornada de Trabajo y de Descanso Semanal; Ley de Trabajo de Mujeres y Menores y de Protección a la Maternidad; Ley de Desahucio de Trabajo; Ley de Responsabilidad por Accidentes de Trabajo; y Ley de Prevención de Accidentes. (Estrella, 1985, p. 21)

Además, en 1936 se promulga la Ley de Huelgas que posteriormente, junto a las otras normas citadas, fueron recopiladas en el primer Código de Trabajo del Ecuador, que entró

en vigencia en el año 1938. Este cuerpo normativo surge en un escenario político complejo, en donde la postura a favor reclamaba que con “la aprobación del Código del Trabajo... se trataba de ir atenuando las desigualdades estructurales del sistema” (Ycaza, 1987, p. 81). Mientras que, los que estaban en desacuerdo mencionaban que “es una concesión dadivosa de los detentadores del poder económico”. (Ycaza, 1987, p. 78)

A pesar de ello, el Código reconoce varios derechos de los trabajadores, y como parte de ellos se encuentra el derecho de organización y el de huelga, este último como un mecanismo para mejorar las condiciones de trabajo. Estas normas toman mayor relevancia cuando son contenidas en la Constitución de la República del Ecuador del año 1945 y posteriormente, la del año 1946, 1967, 1978, 1998 y 2008 como se expondrá en el punto posterior.

4) Constitucionalización

En la Constitución Política de la República de 1945, que entra en vigencia luego de la promulgación del primer Código de Trabajo del Ecuador, recogió varios derechos laborales que se encontraban contenidos en este cuerpo legal, elevándolos a la categoría de fundamentales. Expresamente, esta Constitución estableció que “las normas fundamentales que reglan el trabajo en el Ecuador son las siguientes: 1) Se reconoce el derecho de los trabajadores a la huelga y el de los patronos al paro, reglamentados en su ejercicio”. (Art. 148)

Este reconocimiento del derecho a la huelga -en general- para todos los trabajadores, continuó en las constituciones de 1946² y 1967. Con la particularidad de que, en esta última, de manera expresa se reconoce el derecho a la huelga de los servidores públicos, mediante el siguiente texto:

Los empleados públicos podrán formar asociaciones para la defensa de sus legítimos intereses y recurrir a la huelga únicamente en los casos y términos en que la ley les autorice, sin que aquella produzca la paralización total de los servicios públicos. (Constitución Política de la República del Ecuador, 1967, Art. 76, inc. 4)

² Empero, en esta Constitución se restringió el derecho de libertad sindical a los funcionarios públicos. (Garbay, 2014)

Con este antecedente, en la Constitución de 1979 se introduce una importante consideración con respecto a la paralización del servicio público, a través de la siguiente reforma:

introducida ... mediante Ley No. 38, publicada en el Registro Oficial No. 199 de 21 de noviembre de 1997, establece la prohibición de la paralización a cualquier título de los servicios de energía eléctrica, agua potable, salud, procesamiento, transporte y distribución de combustibles, educación, transportación pública y telecomunicaciones llegando inclusive a ser sancionada cualquier paralización de estos servicios penalmente. (Talbot, 2007, p. 68)

Posteriormente, la Constitución Política de la República de 1998 establece una lista mayor de los servicios que no pueden ser paralizados como consecuencia del ejercicio del derecho a la huelga en el sector público. Además de los citados anteriormente, agrega los siguientes: “justicia y seguridad social... alcantarillado, procesamiento y distribución de combustible”. (Art. 35, numeral 10)

Por último, en el año 2008 la Asamblea Constituyente promulga la Constitución de la República del Ecuador con la que se cambia de paradigma de Estado, a uno “constitucional de derechos y justicia” (Art. 1). En esta norma madre, al igual que las otras constituciones, se reconoce “el derecho a las personas trabajadoras y sus organizaciones sindicales a la huelga”. (Art. 326, numeral 14) De igual forma proscribire la paralización de los servicios públicos calificados como indispensables para el bienestar de la ciudadanía. Además de los establecidos en la Constitución anterior, agrega los siguientes servicios: “saneamiento ambiental, bomberos, producción hidrocarburífera y correos” (Art. 326, numeral 15)

Con este reconocimiento constitucional, y este cambio de paradigma, se potencializa la implementación de la teoría de la constitucionalización del ordenamiento jurídico³ la cual es necesaria para la exigibilidad y aplicación de los derechos establecidos en la Constitución.

Riccardo Guastini (2001), define a esta constitucionalización como una “transformación de un ordenamiento, al término del cual, el ordenamiento en cuestión resulta totalmente impregnado por las normas constitucionales” (p. 153). Esto significa, que los diferentes cuerpos normativos infra constitucionales deben estar acorde a la Norma Fundamental. Por lo tanto, este autor se refiere a una Constitución extremadamente invasora,

³ Principalmente desde la visión del autor Riccardo Guastini.

entrometida, capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de actores políticos, así como las relaciones sociales”. (p.153)

En este sentido, los derechos laborales no son la excepción. Aquellos que han sido reconocidos en la Constitución como derechos fundamentales se encuentran impregnados en el ordenamiento jurídico. Aunque este proceso de constitucionalización con respecto al derecho a la huelga ha sufrido algunos matices en su interpretación, ha ocasionado la penalización de su ejercicio en las instituciones que prestan servicios públicos⁴.

Por otra parte, el Código de Trabajo (CT, 2005), considerando la naturaleza constitucional de este derecho ha desarrollado las normas que viabilizan su aplicación. En este cuerpo normativo se define al derecho de huelga como “la suspensión colectiva del trabajo por los trabajadores coligados” (Art. 467), siempre que, primero se haya realizado un proceso de negociación que está establecido en los artículos 468, 469 y 470, salvo en los siguientes casos, que la Asamblea Nacional ha considerado como causales directas para que opere la huelga:

Los trabajadores podrán declarar la huelga en los siguientes casos:

1. Si notificado el empleador con el pliego de peticiones no contestare en el término legal, o si la contestación fuere negativa;
2. Si después de notificado el empleador, despidiere a uno o más trabajadores. Exceptúese el caso de despido del trabajador que haya cometido actos violentos contra los bienes de la empresa o fábrica o contra la persona del empleador o su representante;
7. Si el empleador sacare maquinaria con el claro objetivo de dismantelar su industria o negocio. En este caso los trabajadores podrán ejecutar la huelga ipso facto. Inmediatamente notificarán al inspector de trabajo de su jurisdicción, quien verificará tal hecho y, si no fuere ese el caso, dicha autoridad ordenará el reinicio inmediato de las actividades productivas. (Código Del Trabajo, 2005, Art. 497)

Una vez declarada la huelga, este código prevé las siguientes circunstancias donde la misma finaliza:

1. Por arreglo directo entre empleadores y trabajadores;
2. Por acuerdo entre las partes, mediante el Tribunal de Conciliación y Arbitraje;

⁴ Al respecto véase el artículo 346 del Código Orgánico Integral Penal. La problemática de la tipificación de la paralización del servicio público como delito que acarrea pena privativa de libertad, se analizará en el segundo capítulo de esta investigación. Únicamente se mencionó este tema brevemente para cumplir con el fin esquemático que se propuso en este punto para explicar la evolución del derecho a la huelga en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

3. Por el arbitramento de la persona, comisión o tribunal que libremente elijan las partes; y,
4. Por fallo ejecutoriado. (Art. 502)

Ahora bien, en el sector público el derecho a la huelga se encuentra regulado en la Ley Orgánica del Servicio Público (LOSEP, 2010). Esta norma establece que, “se reconoce a las y los servidores públicos de las instituciones del Estado en las que no se encuentre prohibida la paralización de los servicios públicos, el derecho de huelga, en cumplimiento de lo señalado en la Constitución de la República y esta Ley”. (Art primero innumerado del Capítulo III)

Es decir, únicamente los funcionarios públicos que no laboran en las instituciones que prestan los servicios antes referidos tienen derecho a la huelga. Esto se puede interpretar como una limitación en el ejercicio de este derecho, dado que, desde la Constitución de 1978 hasta la de 2008 la lista de proscripción de paralización de servicios ha aumentado.

Por consiguiente, no se puede negar que existe un conflicto al momento de regular y de reconocer el derecho de huelga a los servidores públicos. Esta problemática ha aumentado por la razón de que nuestro ordenamiento jurídico ha establecido a la paralización de servicios como un delito. Por lo que, teniendo las bases del desarrollo normativo internacional y nacional de este derecho, compete en el segundo capítulo exponer esta dificultad en la aplicabilidad del derecho a la huelga en el sector público.

CAPÍTULO II: LA HUELGA EN EL SECTOR PÚBLICO: ORDENAMIENTO JURÍDICO ECUATORIANO

Históricamente los derechos de los servidores públicos han estado sujetos a complicaciones por ser parte de la administración pública debido a que las instituciones del Estado son aquellas que brindan servicios a la colectividad, donde el interés general debe primar sobre el interés individual. De esta forma, el talento humano de este sector está condicionado a situaciones jurídicas reguladas previamente en la Ley.

En efecto, tanto las obligaciones como los derechos de estos empleados públicos se encuentren preestablecidos en el ordenamiento jurídico. Aquello, ha generado que los derechos colectivos de organización y derecho a la huelga, estén condicionados a los límites que establezca la normativa pertinente, por las siguientes razones: en primer lugar, porque sus condiciones de trabajo están sujetas al imperio de la Ley; y, por otro lado, dado que el interés de la colectividad es mayor frente al interés del servidor público.

A pesar de ello, diferentes legislaciones han reconocido estos derechos colectivos a los servidores de la administración pública, principalmente en sus Cartas Magnas, como en nuestro caso. Cabe examinar si esta regulación en el ordenamiento jurídico ecuatoriano cumple con los estándares internacionales desarrollados en el primer capítulo, con la finalidad de determinar si el derecho a la huelga en el sector público está -realmente- garantizado.

2.1 La relación jurídica entre administración pública y servidores públicos

La forma en que los servidores públicos se relacionan con la administración pública ha sido explicada -mayormente- por la teoría estatutaria⁵. Esta teoría sostiene que “el vínculo entre la Administración y el servidor público se rige por un conjunto de derechos y obligaciones establecidos de manera unilateral por el Estado a través del estatuto jurídico que le rige”. (Garbay, 2014, p.22).

En efecto, el ordenamiento jurídico ecuatoriano contiene un régimen estatutario en relación a los servidores públicos. Esto significa que sus situaciones jurídicas están establecidas en la Ley. Por ello, en la CRE (2008) se señala que: “las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley”. (Art. 226)

Asimismo, en esta Norma fundamental se menciona que “el ingreso al servicio público, el ascenso y la promoción en la carrera administrativa se realizarán mediante concurso de méritos y oposición, en la forma que determine la ley” (CRE, 2008, Art. 228). Por lo tanto, una vez que un servidor ingrese al sector público está condicionado por el ordenamiento jurídico vigente, de igual manera, sus derechos se encuentran preestablecidos, como es en el caso de la huelga.

Ahora bien, el talento humano en el sector público es amplio⁶, por lo que cabe identificar los sujetos que gozan del derecho colectivo a la huelga. Los servidores públicos son

⁵ Esto no quiere decir que no existen otras teorías que exponen esta relación jurídica. Únicamente, para el objetivo de la presente investigación, se considera en específico esta teoría, debido a que, el ordenamiento jurídico ecuatoriano a través de la teoría estatutaria de derecho público justifica la relación entre administración y servidores públicos.

⁶ Teniendo en cuenta que el sector público comprende:

1. Los organismos y dependencias de las funciones Ejecutiva, Legislativa, Judicial, Electoral y de Transparencia y Control Social.
2. Las entidades que integran el régimen autónomo descentralizado.

“todas las personas que en cualquier forma o a cualquier título trabajen, presten servicios o ejerzan un cargo, función o dignidad dentro del sector público” (CRE, 2008, Art. 229). Y, se relacionan con la Administración Pública mediante tres categorías: 1) obreros del sector público; 2) servidores públicos de carrera; y 3) servidores públicos transitorios⁷.

La primera categoría corresponde a aquellos trabajadores calificados como obreros cuya situación jurídica está regulada por un régimen distinto a los servidores de segunda y tercera categoría⁸. Es así que, la CRE (2008) establece que “las obreras y obreros del sector público estarán sujetos al Código de Trabajo” (Art. 229). Es por ello, que los obreros que laboran en las instituciones del Estado podrán decretar la huelga de conformidad a lo que señala el artículo 467 y siguientes del CT.

El CT (2005) permite la suspensión de la actividad laboral, por parte de los obreros que trabajan en las entidades del Estado -que se encuentran descritas en el artículo 225 de la Norma fundamental⁹- siempre que lo realicen “veinte días después de declarada la huelga” (Art. 514, inc. 1). Y, una vez que los trabajadores notifiquen al empleador, deberán convenir en un porcentaje de los obreros que deberán continuar laborando durante la huelga, para garantizar los derechos de la colectividad.

En este sentido, el Código del Trabajo (2005) prevé que, si no se ha llegado a un acuerdo con respecto al servicio mínimo en la institución que se ha declarado en huelga, el mismo será definido por el ente rector del trabajo, el cual no podrá ser menor -en todos los casos- al “veinte por ciento del plantel, a fin de atender las necesidades imprescindibles de los usuarios y precautelar las instalaciones, activos y bienes de la empresa, que demanden mantenimiento y atención”. (Art. 515, inc. 1)

3. Los organismos y entidades creados por la Constitución o la ley para el ejercicio de la potestad estatal, para la prestación de servicios públicos o para desarrollar actividades económicas asumidas por el Estado.

4. Las personas jurídicas creadas por acto normativo de los gobiernos autónomos descentralizados para la prestación de servicios públicos. (CRE, 2008, Art. 225)

⁷ El término “transitorios” es utilizado por este autor para referirse a aquellos servidores públicos que no gozan de estabilidad laboral.

⁸ Es menester señalar que la primera categoría está sujeta al Código de Trabajo, mientras que, las dos últimas se encuentran reguladas por la LOSEP y el Acuerdo Ministerial No. MDT. 2018-0010. Como se analizará a continuación, el Código de Trabajo no establece restricciones en el ejercicio del derecho a la huelga de los obreros que laboran en el sector público; en cambio, la LOSEP y el Acuerdo Ministerial No. MDT. 2018-0010 sí restringen este derecho a ciertos servidores públicos.

⁹ Con respecto a la suspensión de actividades en razón de la huelga, la Ley prevé una excepción en el sector agrícola comercial o industrial, donde “únicamente durante los procesos de cosecha o recolección de frutos ... éstos serán cosechados, recolectados o retirados, según el caso, para su comercialización o exportación”.

UCUENCA

Efectivamente, el derecho a la huelga se encuentra garantizado para todo obrero que labora en cualquier entidad del sector público, situación que no sucede con respecto a los servidores públicos sujetos a la LOSEP¹⁰. Este derecho lo ejercen los obreros siempre que cumplan con las normas del Código de Trabajo, especialmente con la prestación de un servicio mínimo que garantiza el acceso y goce de los derechos de la ciudadanía.

Por otro lado, como segunda categoría están los funcionarios que han ingresado al sector público a través de un procedimiento de méritos y oposición. Esta forma de relación en el sector público, también llamada carrera administrativa, promueve “la estabilidad, ascenso y promoción de sus servidoras y servidores de conformidad con sus aptitudes, conocimientos, capacidades, competencias, experiencia, responsabilidad en el desempeño de sus funciones y requerimientos institucionales”. (LOSEP, 2010, Art. 82, inc.2)

Finalmente, se encuentran los servidores denominados como “transitorios” que no forman parte de esta carrera y que, por tanto, no gozan de estabilidad en sus puestos de trabajo¹¹. Es decir, el vínculo con la Administración pública no es permanente; por ello, el ordenamiento jurídico ecuatoriano establece diferentes condiciones -derechos y obligaciones- para estos funcionarios públicos.

Con respecto a los derechos de organización y en específico el derecho a la huelga, la Ley reconoce un contraste entre estas dos últimas categorías. Por lo que reconoce estas prerrogativas solamente a los servidores públicos que forman parte de la carrera administrativa y a los que ostentan nombramiento provisional¹².

¹⁰ Esto es, a los servidores de segunda y tercera categoría que están sujetos a la LOSEP y por consiguiente al Acuerdo No. MDT-2018-0010. Estos cuerpos normativos no reconocen el derecho de la huelga a la mayoría de los servidores denominados por este autor como “transitorios” y, a todos los funcionarios que laboran en las instituciones donde la Constitución prohíbe la paralización de los servicios. Por el contrario, el Código de Trabajo (2005) prevé este derecho para todos los obreros del sector público, inclusive para aquellos que trabajan en las instituciones de “energía eléctrica, agua potable, distribución de gas y otros combustibles, hotelería, bancos privados, asociaciones de ahorro y crédito para la vivienda y entidades financieras, transportes, provisión de artículos alimenticios, hospitales, clínicas, asilos y, en general, de los servicios de salubridad y de asistencia social, empresas ganaderas, agropecuarias y agrícolas ...”. (Art. 514, inc. 2)

¹¹ Para una lista de los servidores públicos excluidos de la carrera administrativa véase el artículo 83 de la LOSEP.

¹² Véase artículo 2 y 23 del Acuerdo Ministerial Sobre Las Regulaciones Para El Ejercicio Del Derecho de Organización de Las y Los Servidores Públicos (Acuerdo No. MDT-2018-0010).

Si bien la CRE en su artículo 326 numeral 14 establece el derecho a la huelga como un derecho fundamental del trabajo¹³, en la Ley se restringe su alcance¹⁴ y se señala que, solamente será aplicable para “los servidores públicos con nombramiento permanente o provisional de las instituciones del Estado determinadas en el artículo 3 de la LOSEP”. (Acuerdo Ministerial Sobre Las Regulaciones Para El Ejercicio Del Derecho de Organización de Las y Los Servidores Públicos [Acuerdo No. MDT-2018-0010], 2018, Art. 2)

En resumen, solo los servidores públicos de carrera administrativa y aquellos que ostentan nombramiento provisional¹⁵, gozan del derecho a la huelga¹⁶. Es por ello, que la CEACR (2021a) de la OIT realizó una observación a la legislación ecuatoriana llegando a la conclusión de que:

Todos los trabajadores, inclusive los servidores públicos de carácter fijo o temporal, así como aquellos con nombramiento a periodo fijo o bajo contrato de servicios ocasionales tienen el derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes, así como el de afiliarse a las mismas. (Art. 2, “Aplicación del Convenio en el sector público”)

En consecuencia, esta Comisión de Expertos instó al gobierno ecuatoriano a que tome las medidas necesarias para la revisión de su ordenamiento jurídico, con la finalidad de que

¹³ Prima facie se entendería que es un derecho reconocido a todos los trabajadores tanto públicos como privados, sin distinción alguna.

¹⁴ Esta aseveración realizada por este autor, deviene del análisis de la normativa aplicable a las dos últimas categorías del sector público. En primer lugar, la LOSEP en su artículo primero innumerado del Capítulo III excluye del ejercicio de este derecho a los servidores que la CRE prohíbe su paralización de servicios. Y, en segundo lugar, en el Acuerdo Ministerial No. MDT-2018-0010 se establece el alcance del derecho a la huelga en el sector público, excluyéndose así:

A las y los miembros en servicio activo de las Fuerzas Armadas, Policía Nacional; así como a las y los dignatarios de elección popular, autoridades nominadoras de las instituciones del Estado, a las y los servidores públicos que ejerzan funciones de nombramiento a periodo fijo por mandato legal, las y los servidores públicos de libre nombramiento y remoción, miembros de cuerpos colegiados; y, las y los servidores bajo contratos de servicios ocasionales. (Acuerdo No. MDT-2018-0010, 2018, Art. 2, inc. 2)

¹⁵ Que supone solo un tipo de servidor público que forma parte de la categoría de servidores públicos transitorios, que fue manifestado en párrafos anteriores.

¹⁶ En este punto, es menester mencionar que el sector público también está conformado por las empresas públicas que, son constituidas para “la gestión de sectores estratégicos, la prestación de servicios públicos, el aprovechamiento sustentable de recursos naturales o de bienes públicos y el desarrollo de otras actividades económicas” (CRE, 2008, Art. 315). Si bien la Ley Orgánica de Empresas Públicas en su artículo 24 reconoce el derecho a la huelga de los funcionarios públicos sujetos a este cuerpo normativo, para cumplir con los objetivos de esta investigación, el análisis se centrará únicamente en la Constitución de la República, LOSEP y Acuerdo No. MDT-2018-0010, considerando que, el régimen de las empresas públicas está conformado por sus propios Reglamentos por lo que su examen excedería los fines de esta investigación.

esté acorde al Convenio No. 87 referente a la libertad sindical y a la protección del derecho de sindicalización, ratificado por el Ecuador en el año 1967.

Empero, no solo la mayoría de los servidores transitorios están restringidos por la Ley de ejercer este derecho colectivo, sino de igual forma, los servidores públicos que laboran en las instituciones que la Constitución de la República prohíbe su paralización. Nuestra Norma Fundamental establece que:

Se prohíbe la paralización de los servicios públicos de salud y saneamiento ambiental, educación, justicia, bomberos, seguridad social, energía eléctrica, agua potable y alcantarillado, producción hidrocarburífera, procesamiento, transporte y distribución de combustibles, transportación pública, correos y telecomunicaciones. La ley establecerá límites que aseguren el funcionamiento de dichos servicios. (CRE, 2008, Art. 326, numeral 15)

Por otro lado, la LOSEP al regular el derecho a la huelga señala que:

Se reconoce a las y los servidores públicos de las instituciones del Estado en las que *no se encuentre prohibida la paralización de los servicios públicos* [énfasis agregado], el derecho de huelga, en cumplimiento de lo señalado en la Constitución de la República y esta Ley. (Art. primero innumerado del Capítulo III)

De la disposición citada se desprende que esta Ley restringe el ejercicio del derecho a la huelga en el sector público, en este caso, a los funcionarios que laboran en las instituciones del Estado descritas en el artículo 326 numeral 15 de la Constitución de la República. Frente aquello, cabe preguntarse ¿es legítimo que la LOSEP -con fundamento en la CRE- restrinja totalmente el ejercicio del derecho a la huelga de estos servidores públicos?¹⁷

Muchas veces ha sido la teoría estatutaria la que ha intentado responder la pregunta planteada, justificando la restricción del derecho a la huelga en el interés general de la colectividad. En este sentido, el autor Gustavo Penagos (2007), ha manifestado que:

Los funcionarios están sometidos a un régimen jurídico cuya existencia es anterior al momento de su ingreso a la función pública y ha sido creado unilateralmente por la administración, la que, por consiguiente, puede modificarlos en cualquier

¹⁷ La pregunta no es sencilla, por lo que, para llegar a su respuesta se requiere, en primer lugar, el análisis de la normativa nacional referente al derecho a la huelga en el sector público a la luz de estándares internacionales y; en segundo lugar, la identificación del problema con el mandato constitucional recogido en el numeral 15 del artículo 326 de la CRE que contiene la limitación del derecho a la huelga en ciertas instituciones del Estado que se realizará a lo largo del segundo y tercer capítulo.

instante para adaptarlo a la satisfacción del *interés general* [énfasis agregado]. (p. 265)

Por lo tanto, los derechos de los servidores públicos están establecidos en el ordenamiento jurídico y siempre sujetos al bienestar de la población, al ser funcionarios que están al servicio de la ciudadanía. Asimismo, tienen la garantía de que “toda modificación legal de su estatus se ajuste a lo dispuesto en la Constitución y en los principios generales que aquella reconoce”. (Ramos, 2019, p. 59)

Por consiguiente, es necesario una visión contemporánea de esta teoría, debido a que el funcionario público no solo debe ser visto como la parte orgánica de las instituciones del Estado, sino también como un sujeto de derechos (Garbay, 2014). Esto significa que los servidores públicos tienen prerrogativas que son fundamentales para la protección de sus condiciones de trabajo.

Lo manifestado no quiere decir que se afectará a los servicios básicos de la población, por el contrario, los ordenamientos jurídicos deben ser claros al establecer los requisitos mediante los cuales los funcionarios públicos ejercen sus derechos de organización, y en específico el derecho a la huelga, en aras de proteger su trabajo y de no entorpecer el desarrollo del servicio público¹⁸.

En definitiva, al tener claro esta visión de la administración pública y cómo sus servidores se vinculan con ella, es menester analizar la forma en que la normativa ecuatoriana ha regulado el derecho a la huelga de los servidores que laboran en el sector público¹⁹ y, determinar si cumple o no con los estándares internacionales desarrollados en el primer capítulo. Este examen nos permitirá, en el tercer capítulo, identificar la restricción en el ejercicio de este derecho a ciertos funcionarios públicos y, de ser el caso, un posible conflicto entre el derecho a la huelga y el derecho de servicios básicos de la colectividad.

¹⁸ Un claro ejemplo de ello es la regulación en el Código del Trabajo de un porcentaje mínimo de servicio, en el caso de los obreros que decretan la huelga dentro de las instituciones que prestan servicios básicos. Al respecto, véase los artículos 514, 515 y 516 del CT.

¹⁹ Para cumplir con los fines de esta investigación, se analizará en específico la LOSEP y el Acuerdo No. MDT-2018-0010, por ser los cuerpos normativos que restringen el derecho a la huelga en el sector público. Por este motivo, se deja fuera el examen de la regulación de los obreros sujetos al Código de Trabajo, por no existir controversia -como se mencionó, pues se incluye a todos los obreros sin distinción alguna- en el ejercicio de este derecho.

2.2. Aparición y reconocimiento en el ordenamiento jurídico ecuatoriano del derecho a la huelga en el sector público

2.2.1 Aparición del derecho a la huelga en el sector público

Como se mencionó en el punto 1.2.2. de esta investigación, es la Constitución de 1967 la que de manera expresa reconoce el derecho a la huelga de los servidores públicos. Empero, la Ley que regulaba en ese entonces la relación entre administración pública y funcionarios públicos, denominada Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa (1978)²⁰, prohibió “declarar huelgas, apoyar o intervenir en las mismas y formar sindicatos” (Art. 60, literal g). Esto es, en evidente contradicción con el texto constitucional.

Posteriormente, las Constituciones de 1979 y la de 1998 reconocieron el derecho a la huelga en general para todos los trabajadores. Por ello, en la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa (2005)²¹ se reguló como derecho de los servidores públicos el de “asociarse y designar sus directivas” (Art. 25, literal f), con la finalidad de que puedan ejercer los derechos colectivos que no estaban restringidos en la Constitución de ese entonces²².

De igual forma en este cuerpo normativo, conforme el texto Constitucional del año 1998, se prohibió la paralización de los servicios públicos, pero bajo la pena de que su incumplimiento ocasionaría “la destitución del servidor infractor, sin perjuicio de las acciones legales que correspondan”. (Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa, 2005, Art. 26, literal g)

Como se observa, en un inicio no existió una regulación clara del derecho a la huelga en el sector público. Si bien se ha reconocido este derecho a los servidores públicos, muy difícilmente se ha podido ejercer por la falta de normas aplicables al caso y por las sanciones legales que se han interpuesto, que son manifiestamente antagónicas con los principios de la OIT desarrollados en el primer capítulo de esta investigación.

²⁰ Ley que fue codificada el 26 de abril de 1978, publicada en el Registro Oficial 574.

²¹ Ley que entra en vigencia en el año 2003 y fue codificada el 12 de mayo de 2005, publicada en el Registro Oficial No. 16.

²² Expresamente, el texto legislativo estaba redactado de la siguiente manera:

Art. 25.- Derechos de los servidores públicos. Son derechos de los servidores públicos:

f) Asociarse y designar sus directivas. En el ejercicio de este derecho, prohíbese toda restricción o coerción que no sea la prevista en la Constitución Política de la República o la Ley. (Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa, 2005, Art. 25, literal f)

Con la Constituyente de 2008 y la LOSEP que entró en vigencia en el año 2010, se pretendió disminuir esta dificultad; sin embargo, los problemas en cuanto a garantizar este derecho en el sector público no han cesado. Por ello, cabe identificar estos inconvenientes para -de ser el caso- presentar una solución que permita la declaración de la huelga por parte de los servidores públicos²³.

2.2.2 El derecho a la huelga en el sector público a partir de la Constituyente de 2008

El texto constitucional actual, dentro de los principios del derecho del trabajo, establece que: “se reconocerá el derecho de las personas trabajadoras y sus organizaciones sindicales a la huelga. Los representantes gremiales gozarán de las garantías necesarias en estos casos. Las personas empleadoras tendrán derecho al paro de acuerdo con la ley”. (CRE, 2008, Art. 326, numeral 14)

En específico no señala el derecho a la huelga en el sector público, sino menciona a la huelga como una prerrogativa esencial aplicable a todo trabajador, esto es, prima facie, sin distinción alguna. Aunque, como se mencionó en el punto anterior, aquello no se cumple por el motivo de que, de las disposiciones legales²⁴ se desprende que el ejercicio de la huelga en el sector público rige solamente para los funcionarios de carrera y quienes tienen nombramiento provisional, siempre que no laboren en las instituciones donde se encuentra prohibida la paralización de servicios públicos.

Esta falta de regulación expresa del derecho a la huelga de los servidores públicos, se intentó suplir a través de las enmiendas constitucionales del año 2015²⁵. La modificación constitucional con respecto a los derechos de organización en el sector público, se estableció en los siguientes términos:

En el artículo 326 numeral 16, luego de las palabras "o profesionales" inclúyanse las palabras "y demás servidores públicos" y Sustitúyase la frase: "Aquellos que no se incluyen en esta categorización estarán amparados por el Código del Trabajo." por el siguiente texto: "Bajo este régimen, los servidores públicos tendrán derecho a la organización para la defensa de sus derechos, para la mejora en la prestación de servicios públicos, y a la *huelga* [énfasis agregado] de conformidad con la Constitución y la ley. En virtud de que el Estado y la

²³ Esta solución será expuesta en el tercer capítulo.

²⁴ Véase artículo primero innumerado del capítulo III “de la huelga” de la LOSEP y los artículos 2 y 23 del Acuerdo No. MDT-2018-0010.

²⁵ Enmienda s/n. Suplemento del Registro Oficial 653, 21-XII-2015. Mismas que fueron declaradas inconstitucionales por la Corte Constitucional mediante Sentencia No. 018-18-SIN-CC

administración pública tienen la obligación *de velar por el interés general, sólo habrá contratación colectiva para el sector privado* [énfasis agregado]. (Enmiendas a La Constitución de La República Del Ecuador [enmiendas constitucionales], 2015, Art. 9)

Hasta cierto punto, esta enmienda puede ser vista como un intento de reconocer los derechos de organización de los servidores públicos, al manifestar explícitamente la huelga. Pero, el texto no es del todo conveniente, ya que en realidad se pretendió restringir estos derechos colectivos en el sector público. Tanto es así que, se presentaron varios casos ante la Corte Constitucional solicitando la declaratoria de inconstitucionalidad de estas enmiendas.

La Corte Constitucional mediante la Sentencia No. 018-18-SIN-CC (2018) resolvió esta acción de inconstitucionalidad, en la que, los accionantes argumentaron que con las enmiendas de 2015 se “incluirían una restricción al derecho a la huelga, a la defensa y a la libertad de asociación sindical” (p.15) y como tal “la eliminación del sindicato en el sector público”. (p. 21)

En pocas palabras, existieron fuertes argumentos sobre la inconstitucionalidad de las enmiendas por su fondo²⁶, empero, la Alta Corte declaró que este texto no era constitucional por su forma²⁷, es decir, por haberse aprobado las enmiendas por parte de la Asamblea Nacional sin cumplir con el principio de legitimidad democrática - deliberativo- que obligaba a un debate y votación más estricto que cualquier procedimiento legislativo ordinario²⁸.

²⁶ Como, por ejemplo, las diferentes organizaciones de trabajadores alegaron que las enmiendas son inconstitucionales en su fondo porque se determina la regresividad de los derechos laborales en el sector público y se elimina la contratación colectiva de estos servidores bajo el nombre del interés general. (Sentencia No. 018-18-SIN-CC, 2018)

²⁷ Es decir, la Corte determinó que el análisis que debe realizar en dicho control constitucional debe ir encaminado al examen de la forma y el procedimiento que adoptó la Asamblea Nacional para aprobar las enmiendas. En concreto, esta Corte dijo:

Si de acuerdo con la respuesta al problema jurídico precedente, esta Corte ha determinado que el contenido material de las enmiendas, reformas y cambios constitucionales no puede ser objeto de un pronunciamiento en el contexto del control Constitucional posterior; el presente problema debe partir por responder que sí lo es. En el apartado pertinente de la presente sentencia, esta Corte ha discurrido sobre el alcance del control posterior de constitucionalidad de enmiendas, reformas y cambios constitucionales en general. Se llegó a la conclusión genérica respecto a que éste se enfoca a la forma en que el órgano reformador transitó la vía de modificación constitucional asignada al respectivo cambio. Ahora, es necesario concretar dicha conclusión al contexto específico del control Constitucional de enmiendas constitucionales que fueron tramitadas por la vía establecida en el artículo 441, número 2 de la Constitución de la República; esto es, a través del debate y aprobación por parte de la Asamblea Nacional. (Sentencia No. 018-18-SIN-CC, 2018, p. 43)

²⁸ Textualmente, la Corte sostuvo:

Por lo expuesto en la presente sentencia, esta Corte Constitucional concluye que dentro del trámite y aprobación de las enmiendas a la Constitución de la República del Ecuador de diciembre de

Por lo tanto, la disposición constitucional no fue susceptible de modificación alguna y los derechos de organización y sindicalización en el sector público quedaron reconocidos - así como de manera general para todos los trabajadores- en el artículo 326 numeral 14 de la Constitución de la República. No obstante, en este mismo artículo la CRE (2008) introduce una importante consideración:

Se prohíbe la paralización de los servicios públicos de salud y saneamiento ambiental, educación, justicia, bomberos, seguridad social, energía eléctrica, agua potable y alcantarillado, producción hidrocarburífera, procesamiento, transporte y distribución de combustibles, transportación pública, correos y telecomunicaciones. *La ley establecerá límites* [énfasis agregado] que aseguren el funcionamiento de dichos servicios. (Art. 326, numeral 15)

Si realizamos una lectura íntegra del artículo 326 se entiende que, en su numeral 14 reconoce el derecho a la huelga a todos los trabajadores, sin distinción alguna. Posteriormente, en el numeral 15 establece la prohibición de la paralización de servicios en ciertos sectores, que bajo el concepto de que huelga es igual a paralización se entendería -a primera vista- la restricción de este derecho en los servicios enumerados.

Empero, del ordenamiento jurídico se desprende que el legislador considera a la huelga como la suspensión de las actividades²⁹ más no como la paralización, que significaría el paro total del trabajo. Entonces, bajo este razonamiento³⁰, lo que protege el numeral 15 del artículo 326 de la CRE es que no exista una paralización de los servicios considerados por el constituyente como esenciales.

2015, por parte de la Asamblea Nacional, se inobservaron los principios de supremacía y rigidez constitucional, por cuanto en la votación se efectuó una votación en bloque de las modificaciones constitucionales, sin que se haya cumplido con el elemento sustancial de la democracia como lo es la deliberación, a través de un análisis y votación individualizado de cada una de las propuestas presentadas. (Sentencia No. 018-18-SIN-CC, 2018, p. 53)

²⁹ El CT (2005) define a la huelga como “la *suspensión* [énfasis agregado] colectiva del trabajo por los trabajadores coligados” (Art. 467). Por otro lado, la LOSEP (2010) si bien directamente no da un concepto de la huelga, en lo que respecta a la declaratoria de la misma, establece que “procederá la *suspensión de labores* [énfasis agregado] únicamente después de veinte (20) días de declarada la huelga” (Art. quinto innumerado del Capítulo III). Finalmente, el Acuerdo No. MDT-2018-0010 (2018) acerca del derecho a la huelga menciona que “la huelga solo puede ser declarada por el comité de las y los servidores de las instituciones públicas, constituyéndose en la *suspensión de labores* [énfasis agregado] por las causales establecidas en la Ley, y garantizando la prestación de servicios mínimos”. (Art. 24)

³⁰ Considerando que es el legislador el encargado -legítimamente- de definir los derechos que se establecen en la Constitución. Esto, bajo la lógica de que la Constitución es una norma -en muchos de los casos- abierta, y en específico con respecto al derecho a la huelga no emite una definición, sino más bien el reconoce este derecho a todo trabajador, sin emitir distinción alguna.

UCUENCA

Por consiguiente, en este mismo numeral se agrega la siguiente frase³¹: “la ley determinará los límites que aseguren el funcionamiento de dichos servicios” (CRE, 2008, Art. 326, numeral 15). Con ello, introduce la limitación del ejercicio de la huelga en las entidades que prestan servicios básicos. Dicho de otro modo, permite la declaración de la huelga en las instituciones descritas en el artículo 326 numeral 15 de la Constitución, siempre que, cumplan con los límites que establezca el legislador con el objetivo de asegurar el funcionamiento del servicio público y que el mismo no sea paralizado.

En este sentido, el artículo 326 en su numeral 15 establece un mandato constitucional que señala la obligación del legislador de determinar los límites en el ejercicio del derecho a la huelga en dichos sectores públicos³². Con base en ello, la LOSEP que regula las relaciones entre administración y servidores públicos, reconoce el derecho a la huelga de la siguiente forma:

Se reconoce a las y los servidores públicos de las instituciones del Estado *en las que no se encuentre prohibida la paralización* [énfasis agregado] de los servicios públicos, el derecho de huelga, en cumplimiento de lo señalado en la Constitución de la República y esta Ley. (LOSEP, 2010, Art. primero innumerado del Capítulo III)

En consecuencia, la Ley no determinó los límites en el ejercicio del derecho a la huelga en los sectores donde la Constitución prohíbe su paralización, por el contrario, restringió este derecho, quedando los servidores públicos que laboran en dichas instituciones imposibilitados de declarar la huelga. Pero, además, extiende esta proscripción, en los siguientes términos:

De conformidad con el numeral 15 del artículo 326 de la Constitución de la República, se prohíbe la paralización, a cualquier título, de los servicios públicos de salud, saneamiento ambiental, educación, justicia, Esta prohibición de paralización *incluye los servicios administrativos* [énfasis agregado]. (LOSEP, 2010, Art. segundo innumerado del Capítulo III)

Es decir, elimina la huelga en todas las instituciones que prestan los servicios descritos en el numeral 15 del artículo 326 de la CRE, incluido el personal administrativo. Y, en

³¹ Que corrobora el reconocimiento del derecho a la huelga de todo trabajador (CRE, Art. 326, numeral 14) porque como se explicará, el constituyente introduce una limitación, más no una restricción del ejercicio del derecho a la huelga donde se prohíbe su paralización de servicios.

³² Los límites del derecho a la huelga en el sector público y su adecuación con el derecho de la colectividad de gozar de los servicios esenciales, se analizará en el tercer capítulo.

las entidades donde si está permitido este derecho, la LOSEP (2010) introduce las siguientes limitaciones³³.

- La huelga debe ser declarada por el comité de los funcionarios públicos, “por decisión de la mayoría absoluta de sus miembros”. (Art. tercero innumerado del Capítulo III)
- La huelga procede solamente en las causales que están preestablecidas en la Ley³⁴, y puede declararse siempre que, previamente se haya sometido el conflicto a un procedimiento de mediación³⁵. Por lo que, solo cuando no se ha llegado a un acuerdo, la misma se puede ejercer mediando la notificación a la institución empleadora y al ente rector del Trabajo. “No obstante, procederá la suspensión de labores únicamente después de veinte (20) días de declarada la huelga”. (Art. quinto innumerado del Capítulo III)
- La institución empleadora y el comité de servidores públicos, una vez notificada la huelga, deben llegar a un acuerdo del porcentaje³⁶ de los servicios públicos que deberán mantenerse en sus funciones. “A falta de acuerdo, la modalidad de la

³³ Este autor utiliza la palabra “limitaciones” dado que, en las enmiendas constitucionales de 2015 con su artículo 9 se modificó el numeral 16 del artículo 326 de la CRE, en el cual se reconocía el ejercicio de la huelga en el sector público de acuerdo a la Constitución y la Ley. De este texto, claramente se desprendería la obligación que tiene el legislador de establecer -ostentando su legitimidad democrática- los límites en el ejercicio de este derecho por parte de los servidores públicos. Sin embargo, desde el año 2018, fecha en la que la Corte Constitucional declara la inconstitucionalidad de dichas enmiendas, este mandato constitucional quedó sin efecto, por el motivo de que, al no ser constitucional la modificación el texto volvió a su estado original. Pero, como se dijo, los artículos del capítulo III de la LOSEP que, si bien nacen a causa de las enmiendas -declaradas inconstitucionales- no han sido sujetas a un control de constitucionalidad, por lo que siguen vigentes.

³⁴ La huelga procede:

1. Cuando la institución del Estado incurra en intermediación laboral y tercerización, prohibidas por la Constitución de la República y la ley;
2. Cuando se aplique la figura de contratación por horas, prohibida por la Constitución de la República;
3. Cuando se pretenda la privatización de servicios públicos prohibida por la Constitución de la República y la ley;
4. Cuando la autoridad empleadora incurra en desacato en aquellos casos de cesación ineficaz declarada de conformidad con la ley;
5. Cuando el respectivo conflicto colectivo no llegue a solucionarse en la etapa de mediación obligatoria; y,
6. Por falta de pago de la remuneración mensual unificada por más de tres meses consecutivos. (LOSEP, 2010, Art. cuarto innumerado del Capítulo III)

³⁵ Este requisito lo sostiene de igual forma el Acuerdo No. MDT-2018-0010 (2018), que establece lo siguiente: “Los comités de las y los servidores públicos no podrán declararse en huelga, mientras dure la mediación obligatoria de que trata el artículo anterior”. (Art. 27)

³⁶ El Acuerdo Nro. MDT-2018-0010 (2018) menciona que, para que se garantice los servicios mínimos en las instituciones del Estado, el porcentaje del personal que deberá permanecer trabajando deberá ser “de por lo menos un 20 por ciento del total de la nómina de la institución, a fin de atender las necesidades imprescindibles de los usuarios, precautelar las instalaciones, activos y bienes de la institución”. (Art. 25)

prestación de los servicios mínimos será establecida por el Ministerio del Trabajo, el que para el efecto podrá realizar en cada caso, las consultas que estime necesarias a organismos especializados”. (Art. sexto innumerado del Capítulo III)

Antes de darse inicio a la huelga, una vez que se ha cumplido con los parámetros descritos, se “deberá integrar una comisión conformada por tres delegados: uno de la institución del Estado, uno de los dirigentes del comité de las y los servidores públicos y un delegado del Ministerio del Trabajo” (LOSEP, 2010, Art. 8), que son los encargados de advertir sobre algún daño en los bienes o en el lugar de trabajo por parte de los servidores que ejerzan la huelga.

Finalmente, la LOSEP (2010) considera como huelga ilegal cuando:

1. Se genere daños a las instalaciones, el lugar de trabajo, a los servidores que son parte del porcentaje mínimo que está laborando, a la ciudadanía en general y al representante de la institución empleadora.
2. Se paralice los servicios que presta la institución que ha declarado la huelga.
3. No se cumpla con el porcentaje mínimo que, de acuerdo con la Ley, se debe cumplir en aras de proteger los intereses de la colectividad³⁷.

El Ministerio del Trabajo es el ente encargado de declarar la ilegalidad de la huelga y “las y los servidores públicos huelguistas no percibirán sus remuneraciones por los días no laborados, sin perjuicio de darse inicio al sumario respectivo por quebrantar la prohibición de suspender el trabajo”. (Art. séptimo innumerado del Capítulo III)

Con respecto a la regulación normativa citada, cabe hacer las siguientes consideraciones a la luz de los estándares internacionales del derecho a la huelga:

1. Sobre la generalidad en el reconocimiento del derecho a la huelga. –

En primer lugar, y como punto primordial, la LOSEP restringe el derecho a la huelga en las instituciones en donde se prohíbe la paralización de servicios³⁸. Esto trae como consecuencia el incumplimiento del mandato constitucional acerca de que el órgano

³⁷ Por su parte, el Acuerdo No. MDT-2018-0010 (2018), si bien en su artículo 29 no establece a la huelga solidaria como una forma de huelga ilegal, si señala su prohibición, que consiste en, la imposibilidad de apoyar o negociar las huelgas que declaren el comité de servidores de otras instituciones del Estado.

³⁸ Además, la LOSEP y el Acuerdo No. MDT-2018-0010 restringen estos derechos a la mayoría de los servidores denominados por este autor como “transitorios”. Para ello, véase el punto 2.1. de esta investigación.

legislativo deberá limitar -no restringir- el ejercicio del derecho a la huelga en estos sectores³⁹.

Aquello, va en contra del principio de la OIT en el cual sus órganos de control determinan que, el derecho a la huelga es fundamental, y debe ser reconocido tanto el ámbito público como privado; y en el que, únicamente caben las siguientes excepciones:

Respecto de los miembros de las fuerzas armadas y de la policía, los funcionarios públicos que ejercen funciones de autoridad en nombre del Estado y los trabajadores de los servicios esenciales en el sentido estricto del término (aquellos cuya interrupción podría poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de toda o parte de la población), o en situaciones de crisis nacional aguda. (Gernigon et al., 2000, p. 58)

Como se desprende del análisis de la LOSEP -y en concordancia con esta Ley el Acuerdo No. MDT-2018-0010 – este cuerpo normativo restringe el derecho a la huelga de los servidores públicos que laboran en las instituciones señaladas en el numeral 15 del artículo 326 de la CRE y, además, extiende esta prohibición a los servidores administrativos, lo cual es contradictorio con el principio referido de la OIT y, con el convenio No. 87 de la OIT⁴⁰, ratificado por el Ecuador.

De igual forma, la LOSEP es antagónica al mismo texto constitucional en el que, en su numeral 14 del artículo 326 reconoce el derecho a la huelga -per sé- para todos los trabajadores. Y, en aras de proteger los servicios básicos de la comunidad, manda que el legislativo regule los límites del ejercicio de este derecho en sectores -considerados por el constituyente- como esenciales⁴¹.

En definitiva, esta falta de aplicación de los derechos constitucionales en las normas infra constitucionales ocasiona que, se fraccione las condiciones de constitucionalización del ordenamiento jurídico⁴². En el cual, los derechos de la Norma Madre deben ser regulados y reconocidos en las Leyes que, delimitan las diferentes formas de conducta. En este caso, el legislador, al restringir el derecho a la huelga y no al limitarlo como manda la Constitución, ocasionó -ipso facto- una omisión en el cumplimiento del mandato constitucional contenido en el numeral 15 del artículo 326 de la CRE.

³⁹ Esto, de acuerdo con la siguiente frase del texto constitucional: “La ley establecerá límites que aseguren el funcionamiento de dichos servicios”. (CRE, 2008, Art. 326, numeral 15)

⁴⁰ Véase el artículo 2 y 3 del referido Convenio.

⁴¹ Los límites de este derecho y la protección de los servicios considerados como esenciales por el constituyente serán analizados en el capítulo tercero.

⁴² Para un análisis a fondo sobre las condiciones de constitucionalización del ordenamiento jurídico véase: Guastini, R. (2001). *Estudios de teoría constitucional*. Editorial Fontamara S.A

2. Sobre la imposibilidad de promover la libertad sindical. –

El Convenio No. 87 (1948), ratificado por el Ecuador, es claro al reconocer la libertad de asociación de los trabajadores, textualmente señala que:

Los trabajadores y los empleadores, sin ninguna distinción y sin autorización previa, tienen el derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes, así como el de afiliarse a estas organizaciones, con la sola condición de observar los estatutos de las mismas. (Art. 2)

Por el contrario, la LOSEP⁴³ y el Acuerdo No. MDT-2018-0010⁴⁴ establecen que solo el comité de servidores públicos podrá declarar la huelga. En relación con esto, la CEACR (2021a) de la OIT a través de una observación acerca del cumplimiento del Convenio No. 87 de la OIT “ha venido pidiendo al Gobierno que indique de qué medios disponen las organizaciones de servidores públicos, distintas de los comités de servidores públicos, para defender los intereses profesionales de sus miembros”. (Art. 2, “Aplicación del Convenio en el sector público”)

El Estado ecuatoriano no ha podido justificar su falta de reconocimiento del derecho de los trabajadores de formar diversas organizaciones y de ejercer libremente su administración, sin “verse privada de los medios indispensables para defender los intereses profesionales de sus miembros, organizar su gestión y sus actividades y formular sus programas”. (CEACR, 2021a, Art. 2, “Aplicación del Convenio en el sector público”)

3. Sobre la falta de autonomía en la organización de la huelga. –

El Convenio No. 87 de la OIT (1948) es claro al reconocer la autonomía de la que gozan las organizaciones sindicales, así expresamente menciona que: “las organizaciones de trabajadores y de empleadores tienen el derecho de redactar sus estatutos y reglamentos administrativos, el de elegir libremente sus representantes, el de organizar su administración y sus actividades y el de *formular su programa de acción* [énfasis agregado]”. (Art. 3, numeral 1)

Como se ha mencionado, la OIT (1994) considera que, al hablar de programas de acción se entiende que se incluye la huelga, al ser un mecanismo que sirve para velar por las

⁴³ Véase el artículo tercero innumerado del Capítulo III.

⁴⁴ Véase el artículo 24.

condiciones de trabajo. Por lo tanto, los trabajadores gozan del derecho de organizar libremente estos programas de acción en aras de proteger sus derechos.

En la LOSEP (2010) las condiciones para ejercer el derecho a la huelga se han burocratizado, definiendo incluso como requisito previo para iniciar la huelga la conformación de una comisión “conformada por tres delegados: uno de la institución del Estado, uno de los dirigentes del comité de las y los servidores públicos y un delegado del Ministerio del Trabajo” (Art. octavo innumerado del Capítulo III), encargados de cotejar si existen daños a los bienes o al lugar de trabajo en el momento de la huelga.

Aquello, significa que los servidores públicos, además de las notificaciones que son necesarias -incluso desde la perspectiva internacional- para ejercer la huelga⁴⁵, tengan que coordinar la conformación de una comisión para que verifique dichos actos. Esto, puede caer -incluso- en un entorpecimiento en el uso legítimo y legal de la huelga, lo cual incumple lo contenido en el artículo 3 numeral 2 del Convenio No. 87 de la OIT relativo a la protección del derecho de sindicación⁴⁶.

4. Sobre la prohibición del ejercicio de la huelga solidaria. –

Los órganos de control de la OIT han reconocido como fundamental el ejercicio de una huelga solidaria. Expresamente han sostenido que, “una prohibición general de las huelgas de solidaridad sería abusiva. Los trabajadores deben gozar de la posibilidad de emprender medidas de este género cuando la huelga inicial con la que se solidaricen sea, en sí misma, legal”. (Gernigon et al., 2000, p. 58)

Las huelgas solidarias tienen como finalidad atender a necesidades económicas, sociales o sindicales que pueden llegar a afectar a las diferentes entidades -en este caso- estatales. Por esta razón, la OIT ha considerado que sería desmedido que los trabajadores no puedan solidarizarse con la huelga de servidores de otras instituciones (Gernigon et al., 2000), por lo que esta tiene como objetivo generar una mayor presión en el reconocimiento de sus derechos.

El Acuerdo No. MDT-2018-0010 (2018) establece que:

⁴⁵ Es decir, la notificación de la declaratoria de la huelga que impone la LOSEP es legítima, dado que, es fundamental incluso a la luz de estándares internacionales un aviso previo para el ejercicio de este derecho.

⁴⁶ Este artículo establece que: “Las autoridades públicas deberán abstenerse de toda intervención que tienda a limitar este derecho o a entorpecer su ejercicio legal”. (Convenio No. 87, 1948, Art. 3, numeral 2)

Se prohíbe de manera expresa al comité de las y los servidores de una institución estatal una negociación por una de las causales de huelga establecidas en la ley, a fin de solidarizarse con las huelgas lícitas declaradas por comités de las y los servidores de otras instituciones públicas. (Art. 29)

En efecto, se proscribe el ejercicio de este tipo de huelga lo cual es contradictorio con lo manifestado por el mayor órgano del trabajo en el ámbito internacional. Esto, trae como consecuencia que la legislación nacional inobserve principios que, bajo la perspectiva internacional, son fundamentales para el ejercicio legítimo del derecho a la huelga.

5. Sobre la falta de regulación de mecanismos de negociación colectiva. –

Del análisis de la normativa aplicable al sector público, se desprende que, los funcionarios de las Instituciones del Estado no cuentan con los mecanismos para llevar a cabo una negociación colectiva. Esta omisión, encuentra un posible fundamento en que, la intención del legislador fue restringir la contratación colectiva en el sector público, de acuerdo con las enmiendas del 2015 que fueron declaradas inconstitucionales por la Corte Constitucional.

Por tal motivo, la CEACR (2021b) en su observación sobre el cumplimiento del Convenio No. 98 de la OIT, solicitó al gobierno ecuatoriano que “redoblara sus esfuerzos para reabrir un debate de fondo con las organizaciones sindicales concernidas con miras al establecimiento de un mecanismo adecuado de negociación colectiva para todas las categorías de empleados del sector público abarcados por el Convenio”. (Art. 4, 6, “Aplicación del Convenio en el sector público”)

6. Sobre el cumplimiento del porcentaje mínimo del servicio y la obligación de previamente someterse a procedimientos de mediación. –

Como se identificó, la LOSEP⁴⁷ y el Acuerdo No. MDT-2018-0010⁴⁸ prevén un procedimiento para la definición del porcentaje del servicio público que deberá continuar trabajando durante la huelga. En esta fijación porcentual participa la institución del Estado y, en caso de falta de acuerdo entre las partes de la relación laboral, el Ministerio del Trabajo. Lo que cumple con el siguiente principio de la OIT:

Es admisible el establecimiento de un servicio mínimo de funcionamiento (de la empresa o institución de que se trate) en caso de huelga en servicios de utilidad

⁴⁷ Véase artículo sexto innumerado del Capítulo III.

⁴⁸ Véase artículo 25.

pública o en los servicios públicos de importancia trascendental; en la determinación de este servicio mínimo deberían poder participar los empleadores, las organizaciones de trabajadores y las autoridades públicas. (Gernigon et al., 2000, p. 59)

En otros términos, el establecimiento de un servicio mínimo va acorde con el objetivo de proteger los intereses de la ciudadanía. Así, se asegura la permanencia en la prestación del servicio público, que genera una seguridad para la colectividad. Por consiguiente, bajo esta lógica, la OIT señala que es necesario y conveniente “un régimen de servicio mínimo ... en vez de prohibir radicalmente las acciones de huelga”. (OIT, 1994, párr. 60)

Por último, la LOSEP⁴⁹ y el Acuerdo No. MDT-2018-0010⁵⁰ reconocen la obligación de recurrir previamente a un procedimiento de mediación. Así lo sostiene de igual forma la OIT al establecer que: “son aceptables como condiciones para el ejercicio del derecho a la huelga ... la obligación de recurrir a la conciliación o a la mediación” (p.59). Por lo que, el ordenamiento jurídico ecuatoriano cumple con proteger este principio que ha sido recogido por el máximo órgano del trabajo en el ámbito internacional.

La paralización del servicio público como un delito sujeto a una pena privativa de libertad

No se puede concluir el examen del ordenamiento jurídico ecuatoriano con respecto al derecho a la huelga, sin antes hacer referencia al tipo penal de paralización del servicio público. Como se mencionó, la CRE en su artículo 326 numeral 15 prohíbe la paralización de ciertos servicios públicos, dejando como excepción, para el ejercicio de la huelga en estos sectores, cumplir con los límites que la Ley establezca para dicho derecho.

Con base en ello, la LOSEP -erróneamente- restringe este derecho⁵¹ a los servidores públicos que laboran en las instituciones señaladas en el numeral 15 del artículo 326 de la CRE. Por otro lado, el Código Orgánico Integral Penal (COIP, 2014) tipifica esta paralización como un delito que atenta a la seguridad pública, en los siguientes términos:

La persona que impida, entorpezca o paralice la normal prestación de un servicio público o se resista violentamente al restablecimiento del mismo; o, se tome por

⁴⁹ Véase artículo quinto innumerado del Capítulo III.

⁵⁰ Véase los artículos 26 y 27.

⁵¹ Este autor utiliza la palabra “erróneamente” dado que, en realidad la obligación del órgano legislativo radica en limitar -y no restringir- el ejercicio del derecho a la huelga en los sectores donde se prohíbe la paralización de los servicios, de conformidad a lo que establece el numeral 15 del artículo 326 de la CRE.

fuerza un edificio o instalación pública, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años. (Art. 346)

Entonces, recordando la idea principal: la CRE en su artículo 326 numeral 14 reconoce -per sé- el derecho a la huelga de todos los trabajadores sin distinción alguna. En concordancia con ello, el numeral 15 del artículo citado, en su primera parte, reconoce que el servicio público no puede paralizarse, esto con la finalidad de proteger los derechos e intereses de la colectividad.

Pero, en su última oración el texto constitucional establece una obligación del órgano legislativo que consiste en definir límites -más no restricciones- para el funcionamiento de los servicios. Es decir, de conformidad con la CRE, la huelga está permitida en todo el sector público siempre que, se ejerza acorde a los límites que determine el legislador.

En este orden de ideas, al criminalizar la paralización del servicio se está, no solo restringiendo el derecho a la huelga, sino intimidando a los trabajadores para que se vean imposibilitados de ejercer este derecho en un ámbito legal y legítimo. Además, la tipificación no se refiere solo a los servicios que la CRE prohíbe su paralización, sino a todo el sector público en general.

En suma, el COIP con base en la protección de la seguridad pública, impone una sanción privativa de libertad a la paralización de cualquier servicio público. Lo cual genera una situación de temor en el servidor público, que conlleva al no ejercicio del derecho a la huelga. En tal sentido, esta tipificación transgrede el principio de la OIT en el cual “nadie debería poder ser privado de libertad, ni ser objeto de sanciones penales por el mero hecho de organizar o haber participado en una huelga pacífica”. (OIT, 1996a, párr. 602)

En relación con lo manifestado, es preciso señalar que la CEACR de la OIT (2021a) ha realizado una observación al Estado ecuatoriano sobre la imposición de penas privativas de libertad a los trabajadores que ejercen el derecho a la huelga. En especial, señaló que:

La Comisión ha pedido al Gobierno que tome las medidas necesarias para revisar el artículo 346 del Código Orgánico Integral Penal, que prevé penas de uno a tres años de prisión en caso de paralización o entorpecimiento de la normal prestación de un servicio público, de manera que no se impongan sanciones penales a los trabajadores que llevan a cabo una huelga pacífica. (Art. 3, “Aplicación del Convenio en el sector público”)

Frente a esta observación realizada por el órgano de control de la OIT, el gobierno ecuatoriano contestó lo siguiente:

Las sanciones penales son impuestas únicamente en casos en los que los huelguistas actúen en contra de la ley, es decir, al *bloquear de manera total* [énfasis agregado] el acceso de la población en general a los servicios públicos, incurrir en actos de violencia o provocar daños en la propiedad pública. (Art.3, “Aplicación del Convenio en el sector público”)

De la respuesta del Estado ecuatoriano es importante destacar que, su argumento en defensa del tipo penal referido se basa en que la conducta ilícita es la paralización *total* del servicio. Sin embargo, Ley penal no solo prevé la paralización sino también utiliza otros verbos rectores como: impedir y entorpecer, la *normal* prestación de un servicio público.

En efecto, el ilícito no se refiere a actos de violencia concretos por parte de los huelguistas, verbigracia: la negación de prestar un servicio a una persona que lo requiera⁵², por el contrario, abarca conductas legales y legítimas que pueden ser subsumidas en este tipo penal amplio⁵³. Lo que conlleva, que el ejercicio de una huelga pacífica que tiene como consecuencia -normal- la suspensión de actividades, esté sujeta a una pena privativa de libertad.

Finalmente, una vez que se ha analizado la regulación normativa del derecho a la huelga en el sector público, cabe identificar en el capítulo siguiente la problemática que se ha suscitado a raíz del mandato constitucional recogido en el numeral 15 del artículo 326 de la CRE. Además, se examinará la omisión legislativa que se deriva de este mandato y la posible vulneración al contenido esencial del derecho a la huelga por parte de los servidores públicos.

CAPÍTULO III: LA PROBLEMÁTICA EN EL EJERCICIO DEL DERECHO A LA HUELGA EN EL SECTOR PÚBLICO

3.1 La huelga como derecho fundamental: ¿conflicto o limitación de derechos?

En este apartado corresponde contraponer dos normas constitucionales que, vistas desde un concepto aislado de los derechos pueden considerarse contradictorias, cuando en realidad son concordantes, de acuerdo con la finalidad del constituyente. En primer lugar,

⁵² Que, en realidad, de acuerdo con la CEACR (2021) serían actos que sí requieren sanciones por parte de las legislaciones nacionales.

⁵³ Dicho en otras palabras, si bien está justificado la imposición de sanciones frente a actos violentos durante las huelgas, estos actos deben estar debidamente limitados y los ordenamientos jurídicos deben tipificarlos considerando los principios generales del derecho penal como son: principio de mínima intervención penal, principio de necesidad y principio de lesividad; así como, el principio rector del debido proceso que es, el principio de legalidad.

está el numeral 14 del artículo 326 de la CRE configurado como principio⁵⁴; y, en segundo lugar, el numeral 15 del referido artículo redactado como una regla⁵⁵.

La Constitución de la República del Ecuador en su artículo 326 numeral 14 reconoce el derecho a la huelga como un derecho fundamental del trabajo. Si se analiza su composición semántica se tiene que el derecho se encuentra definido de manera abstracta a través del siguiente enunciado: “se reconocerá el derecho de las personas trabajadoras y sus organizaciones sindicales a la huelga” (CRE, 2008, Art. 326, numeral 14). Como se observa, su única consideración es que la huelga supone un derecho del que goza todo trabajador, sin introducir diferencia alguna entre sector público y privado.

Por otro lado, en el mismo artículo referido la CRE (2008) introduce dos reglas: en primer lugar, proscribire paralizar los servicios “de salud y saneamiento ambiental, educación, justicia, bomberos, seguridad social, energía eléctrica, agua potable y alcantarillado, producción hidrocarburífera, procesamiento, transporte y distribución de combustibles, transportación pública, correos y telecomunicaciones” (Art. 326, numeral 15); y, en segundo lugar, manda al Legislativo a establecer los “límites que aseguren el funcionamiento de dichos servicios”. (Art. 326, numeral 15)

Siendo este el escenario, se verifica que el legislador ha considerado que el verbo paralizar es igual a decretar la huelga, por lo que, bajo este fundamento, ha restringido este derecho a los trabajadores que laboran en las instituciones que prestan servicios básicos. A primera vista, el numeral 14 y el numeral 15 del artículo 326 de la CRE son contradictorios, pues si bien el primero reconoce el derecho a la huelga a todos los trabajadores, el segundo - de acuerdo con la interpretación del legislador- lo restringe para ciertas entidades del sector público

Sin embargo, no se ha considerado la segunda regla del numeral 15 del artículo 326 que hace referencia a un mandato que obliga al legislador a establecer los límites en las instituciones que prestan servicios básicos, con el fin de que los mismo estén asegurados de una paralización. En concordancia, la primera regla de este numeral no significa per sé la prohibición de ejercer el derecho a la huelga de dichos trabajadores, sino, la

⁵⁴ Para los fines de esta investigación, este autor utiliza el término “principio” para referirse al reconocimiento que la CRE realiza al derecho a la huelga, configurada a través de una disposición abstracta y abierta.

⁵⁵ Para los fines de esta investigación, este autor considera a la regla como la configuración normativa a través de mandatos constitucionales que efectúa el constituyente, esto es, una disposición concreta y cerrada.

proscripción de paralizar totalmente el servicio básico que incumpliría la finalidad del constituyente de proteger el interés general de la colectividad.

Teniendo claro la postura de que estas dos normas (numeral 14 y numeral 15 del artículo 326 de la CRE) no son contradictorias, por el contrario, persiguen el mismo fin que es compatibilizar el ejercicio de la huelga con el derecho de todo ciudadano de gozar del servicio público; corresponde analizar el fundamento de este argumento que responde a una teoría mixta, por una parte, del contenido esencial del derecho, y por otra, de los límites de los derechos fundamentales.

Teorías del contenido esencial del derecho. –

Para explicar por qué el ordenamiento jurídico ecuatoriano, con respecto al derecho a la huelga en el sector público, se ve inmerso en una teoría mixta tanto del contenido esencial de los derechos, como de los límites a estos derechos, es menester en primer lugar explicar las bases de estas teorías que sirven para fundamentar estos dos aspectos: contenido y límites⁵⁶.

El contenido esencial de los derechos puede ser visto desde una teoría absoluta o relativa, que depende de la alterabilidad o no del núcleo de los derechos. En otras palabras, para la primera teoría existe un contenido inalterable, mientras que, para la segunda dicho contenido puede variar siempre que pase por el filtro de la proporcionalidad. (Maldonado Muñoz, 2020)

Por tanto, si hablamos de contenido esencial, se entiende que existe otro que no lo es, “así, el derecho se movería entre lo esencial y lo no esencial, lo nuclear y lo accesorio, lo necesario y lo contingente” (Maldonado Muñoz, 2020, p. 88). Y es este último, el que está sujeto a la intervención legislativa⁵⁷, órgano encargado de definir las disposiciones constitucionales que -generalmente- se configuran de manera abstracta o amplia.

Entonces, la teoría absoluta es representada por un núcleo inamovible “en el cual se pueden verificar las notas esenciales de este derecho: aquello que los distingue de modo

⁵⁶ Es preciso manifestar que las teorías que se expondrán son aquellas que sirven para argumentar una teoría mixta, lo que no quiere decir que sean las únicas, sino son las que sirven para explicar el argumento principal de este autor acerca de que, con respecto al derecho a la huelga en el sector público, el ordenamiento jurídico ecuatoriano adopta una teoría mixta acerca del contenido y los límites de los derechos fundamentales.

⁵⁷ Y por qué no hablar de intervención judicial, en Estados como el nuestro en donde las Altas Cortes conforman el “máximo órgano de control, interpretación constitucional y de administración de justicia en esta materia”. (CRE, 2008, Art. 429)

particular respecto de otros derechos, sus rasgos y contenidos estrictamente necesarios” (Maldonado Muñoz, 2019, p. 42). Por lo tanto, este contenido es “pleno, fijo, inmutable y determinable *ex ante*”. (López Hidalgo, 2019, p. 228)

Esto quiere decir que la esencia del derecho fundamental se encuentra definido en la Carta Magna, por lo que le corresponde al legislador actuar únicamente en la periferia, en donde se concretiza las condiciones necesarias que ha establecido la Constitución para tal derecho. De esta manera, los derechos tienen un contenido denominado “núcleo duro” que no está sujeto a ninguna intervención ni bajo la excusa de la razonabilidad o proporcionalidad, pues constituye la garantía misma de esta teoría. (Cianciardo, 2007)

El problema con esta teoría surge cuando nos enfrentamos a disposiciones constitucionales abstractas, amplias o ambiguas, en las que muy difícilmente el contenido esencial puede estar definido *ex ante* (López Hidalgo, 2019). Por ello, no se ha desmerecido las críticas de esta posición absoluta del contenido de los derechos, por cuanto se ve inmerso un componente altamente subjetivo en lo que respecta a la manera en cómo identificar el núcleo duro.

Si bien esta posición absolutista busca el ideal en el que “en ningún caso los derechos puedan quedar vacíos de contenido” (López Hidalgo, 2019, p. 228), se contrapone a la realidad, en la que muchas constituciones se conforman por disposiciones abiertas, cuyo contenido podrá definirse por generaciones posteriores, de acuerdo a sus necesidades adyacentes y a través de cláusulas constitutivas que integren los acuerdos de esta voluntad futura⁵⁸.

Si este es el escenario, en concordancia con Mauricio Maldonado Muñoz (2020), esta teoría no serviría de mucho para fundamentar el contenido esencial de los derechos fundamentales; más aún, considerando que el constitucionalismo latinoamericano se ha caracterizado por contar con una parte dogmática amplia, conformada especialmente por principios (abiertos) y no por reglas (cerradas). (Rodríguez, 2011)

Frente a esta dificultad de identificar previamente el contenido esencial de los derechos, toma posesión la teoría relativa que propone la posibilidad de definir el núcleo *ex post*,

⁵⁸ Sobre las constituciones que se mantienen en el tiempo, por lo que, dejan abierta la posibilidad de adquirir nuevos compromisos constitutivos, véase: Sunstein, C. (2018). *Las cuentas pendientes del sueño americano. Por qué los derechos sociales y económicos son más necesarios que nunca*. Siglo Veintiuno.

UCUENCA

por lo que este sería móvil, pero no por ello disponible (Maldonado Muñoz, 2020). Es decir, una vez delimitado el contenido del derecho éste no es susceptible de intervención alguna, lo que va acorde a la parte medular de las teorías del contenido esencial de los derechos, al contar con un núcleo indisponible ya sea *absoluto* o *relativo*.

En esta relatividad el contenido de los derechos puede estar sujeto a una intervención por parte del órgano legislativo a través de procedimientos democráticos que justifiquen -en todos los casos- la utilización de exámenes de proporcionalidad o ponderación con respecto a otros bienes jurídicamente protegidos (Maldonado Muñoz, 2019). Por consiguiente, “el contenido esencial tiene un valor declarativo, en el sentido de que no es un elemento estable, sino determinable”. (López Hidalgo, 2019, p.232)

Por lo tanto, podemos observar que en esta teoría la intervención no solo se encuentra en la periferia, sino de igual forma en el núcleo, siempre que la misma esté debidamente justificada. En este sentido, el relativismo apoyaría una tesis mayoritaria, en donde es el legislativo el que -dotado de legitimidad- está en la capacidad de decidir acerca del contenido esencial del derecho.

La crítica a esta teoría se fundamenta en que la relatividad del contenido puede ser contradictorio con el significado mismo de esencial, pues si la determinación es volátil “hace que la propia noción de esencialidad resulte del todo superflua” (Maldonado Muñoz, 2020, p. 95). Además, esto provocaría que el derecho en sí sea meramente retórico, ya que su contenido se define *ex post*.

En efecto, si bien estas teorías han servido para explicar el origen del contenido esencial de los derechos, no es menos cierto que, presentan dificultades al momento de definir en qué momento el órgano legislativo está facultado para limitar el ejercicio de un derecho fundamental. Esto tiene relación con el debate entre el aspecto conflictivista y anti conflictivista de los derechos.

Entonces, ¿por qué el problema del conflicto entre derechos se relaciona con los límites de cada uno de ellos? La respuesta se debe a que los límites dependen, de acuerdo con cada teoría esencial del derecho, si se parte de un conflicto o, por el contrario, si se tiene la idea de que los derechos no están en conflicto. Es decir, cada teoría parte de un hecho distinto.

Por su parte, la absoluta considera que existe un contenido unívoco para cada derecho (Martínez Pujalte, 1997), *prima facie*, no existiría conflicto al ser vistos como aislados⁵⁹, por lo que la intervención legislativa cumple con su papel de meros configuradores del contenido del derecho definido *ex ante* en la Norma fundamental. (López Hidalgo, 2019)

Por otra parte, el relativismo parte de la noción de que todos los derechos están en igual jerarquía (es decir, en posible conflicto), por lo que, a través de un examen de ponderación o principalmente de proporcionalidad, el núcleo esencial de un derecho puede ceder (esto es, puede ser limitado) ante la posible vulneración de otro derecho. (Alexy, 1993)

Por todo lo desarrollado, es fundamental también referirse a las teorías de los límites de los derechos, con la finalidad de aterrizar el debate en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, en específico en las disposiciones constitucionales contenidas en el numeral 14 y 15 del artículo 326 de la CRE. Y, finalmente, concluir si con respecto al derecho a la huelga en el sector público se ha suscitado un conflicto o una limitación del derecho.

Teorías de los límites de los derechos fundamentales. –

Generalmente la doctrina señala dos teorías: i) teoría de los límites externos y; ii) teoría de los límites internos; que explican la manera en que los derechos fundamentales se limitan. “En el primer caso, los límites no aparecen (siempre) dados; en el segundo, en cambio, forman parte del mismo contenido del derecho”. (Maldonado Muñoz, 2020, p. 82)

En la primera teoría los límites se presentan en dos momentos: primero, en el que los derechos se denominan como “*prima facie*”, es decir, todavía no se encuentran limitados como tal. Y, un segundo momento, en donde los límites del derecho ya están definidos (Maldonado Muñoz, 2020). Pero, para esta limitación, no media una relación -per sé- entre el contenido del derecho y el límite, por el contrario, siguiendo a Alexy (1993,) la relación surge frente a un caso en específico.

⁵⁹ Es por esta razón, que se ha señalado que “es incompatible por entero con la ponderación entre derechos y bienes y con la aplicación del principio de proporcionalidad; correlativamente, la ponderación y el principio de proporcionalidad son conceptos metodológicamente contradictorios con la idea del contenido esencial, entendido en los términos de la teoría absoluta” (Medina, 1996, p. 170). Por otro lado, se ha sostenido que “si es dable ponderar, esto solo puede ocurrir (legítimamente) fuera del núcleo del derecho” (Maldonado Muñoz, 2019, p. 43). Empero, la discusión de si la teoría absoluta integra un aspecto conflictivista o anti conflictivista de los derechos excede los límites de esta investigación, por lo que, este autor, de acuerdo con los supuestos de la teoría absoluta, considera que -a primera vista- ésta parte de la noción no conflictivista de los derechos, por ello existe un contenido esencial inmutable para cada derecho.

Para comprender mejor, cabe citar textualmente el siguiente ejemplo:

Existe una colisión entre principios, cuando en un caso concreto son relevantes dos o más disposiciones jurídicas, que fundamentan prima facie dos normas incompatibles entre sí, y que pueden ser propuestas como soluciones para el caso. Se presenta una colisión entre principios, por ejemplo, cuando los padres de una niña, que profesan el culto evangélico, y en razón del respeto a los mandamientos de esta doctrina religiosa, se niegan a llevarla al hospital, a pesar de que corre peligro de muerte. Si referimos este caso al derecho constitucional colombiano, observaremos que las disposiciones de los artículos 19 y 16 de la Constitución, que establecen, respectivamente, la libertad de cultos y el derecho al libre desarrollo de la personalidad, fundamentan un principio que en la mayor medida posible permite decidir a los padres, si de acuerdo con sus creencias deben llevar o no a sus hijos al hospital. Este principio entra en colisión con los principios del derecho a la vida y a la salud de la niña, establecidos por los artículos 11, 44 y 49 de la Constitución, que ordenan proteger la vida y la salud de los niños en la mayor medida posible. La incompatibilidad normativa se presenta en este caso, porque, de los artículos 19 y 16 se deriva que está permitido prima facie a los padres de la niña, decidir si la llevan o no al hospital, mientras que de los artículos 11, 44 y 49 se sigue que llevar a la niña al hospital, es una conducta ordenada prima facie por los derechos fundamentales. (Bernal Pulido, 2003, p. 226)

Con relación al ejemplo referido, una vez suscitado un conflicto de derechos⁶⁰ el límite al derecho es definido, por lo que no necesariamente tiene relación con su contenido, sino que su limitación toma relevancia en el momento en que se contraponen dos bienes jurídicamente protegidos (caso concreto). Esta transición se explica también bajo los siguientes términos: “lo que constituye a un derecho propiamente dicho es la delimitación, que no es otra cosa que ... el momento en que un derecho prima facie se convierte en un derecho ya delimitado”. (Maldonado Muñoz, 2020, p.84)

Por lo tanto, al no ser parte del contenido de los derechos, los límites externos son dirigidos “a un poder público, normalmente el legislador, ya que no están fijados expresamente por el propio enunciado iusfundamental; sin perjuicio de que la Constitución pueda establecer una habilitación general expresa de limitación de los derechos fundamentales”. (Bastidas et al., 2004, p.115)

⁶⁰ Es decir, la teoría de los límites externos se enmarca en la postura conflictivista de los derechos. Al respecto, véase: Maldonado Muñoz, M. (2019). Conflictivismo y anti-conflictivismo en los derechos fundamentales. *Revista Jurídica de La Universidad de Palermo*, 1(0328–5642), 37–78. https://www.palermo.edu/derecho/revista_juridica/pub-17/Revista_Juridica_Ano1-N17_02.pdf

Por el contrario, los *límites internos* si tienen relación con el contenido de los derechos, de hecho, son inherentes a este. Por decir de otro modo, “los límites se delinear internamente y se entiende que son circunstanciales a los derechos” (Maldonado Muñoz, 2020, p. 85). En efecto, ni siquiera cabría hablar de límites como tal, porque el derecho está por sí mismo delimitado.

Para esta teoría interna los derechos *coexisten* y sus fronteras responden a las necesidades y protección de otros derechos. Por lo que, *prima facie*, bajo esta concepción los derechos no se encuentran en conflicto (aspecto anti conflictivista de los derechos). Tanto es así que conviven de conformidad a los límites que cada derecho ostenta internamente, lo cual propende a la coherencia del ordenamiento jurídico. (Maldonado Muñoz, 2019)

Por último, estas teorías han intentado explicar la naturaleza de las limitaciones de los derechos, y analizar la forma en las que se definen. Sin embargo, no cabe duda que cada ordenamiento jurídico es diferente y dinámico, lo que lleva a las discusiones teóricas a un escenario de pluralidad y heterogeneidad.

Por tal motivo, lo que se pretende con estos enunciados doctrinarios⁶¹ es explicar la problemática que ha surgido con respecto al derecho a la huelga en los sectores donde se encuentra prohibida su paralización de servicios, al tener gran influencia el contenido de los derechos del cual parte el constituyente y el modelo que utiliza para establecer sus límites.

Una teoría mixta: ordenamiento jurídico ecuatoriano. –

Por parte de la doctrina también se ha recibido el aporte de una teoría mixta del contenido de los derechos fundamentales, en la que se combinan los postulados fundamentales de la teoría absoluta y relativa⁶². Así, del absolutismo se rescata la noción de un núcleo esencial del derecho, de un contenido mínimo que debe ser intocable. Y, del relativismo se toma el principio de proporcionalidad como un mecanismo para regular la intervención legislativa en la zona de la periferia. (Prieto Sanchís, 1990)

Si bien esta teoría ha recibido críticas al recoger, por ejemplo, los mismos inconvenientes de la teoría absoluta con respecto a la subjetividad en la definición del núcleo duro del derecho (López Hidalgo, 2019); también ha justificado la importancia de que los derechos

⁶¹ Enunciados de manera general para cumplir con los límites de esta investigación.

⁶² Al respecto véase: Medina, M. (1996). *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*. Mc Graw Hill.

permanezcan con un valor inicial y la necesidad de un test de proporcionalidad que permita identificar las medidas legislativas al momento de configurar derechos fundamentales.

El caso ecuatoriano es claro ejemplo de que un ordenamiento jurídico puede componerse a través de estas dos teorías, dando lugar a una teoría mixta del contenido de los derechos. Esto se debe a que, en primer lugar, le otorga un peso a la declaración de los derechos y reconoce su esfera intocable, al establecer que “ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni las garantías constitucionales”. (CRE, 2008, Art. 11, numeral 4)

Sin embargo, luego parece contradecirse, al reconocer la misma norma constitucional, que:

El contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas. Será inconstitucional cualquier acción u omisión de carácter regresivo que disminuya, menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio de los derechos. (CRE, 2008, Art. 11, numeral 8)

Como se observa, en este numeral la Constitución se encamina mayormente por una teoría relativa en donde se encuentra permitida la intervención del poder público en la definición del contenido de los derechos⁶³. Además, establece que “todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía” (CRE, 2008, Art. 11, numeral 6), reconociendo el punto de partida del relativismo que es: *los derechos en condición de igualdad* (es decir, en posible conflicto), para ser definidos mediante el principio de proporcionalidad.

En resumen, si bien el poder público está facultado para intervenir en la delimitación del contenido de los derechos, no es menos cierto que la norma que recoge la Constitución en el artículo 11 numeral 4 acerca de la imposibilidad de restringir el contenido de los derechos, no puede quedar como retórica. Pues, no hay que negar que en algunos casos

⁶³ En efecto, incluye en esta tarea no solo al legislativo, que democráticamente es el actor principal encargado de regular el ejercicio de los derechos; sino menciona también a la jurisprudencia y a las políticas públicas. Por ejemplo, bajo esta lógica se reconoce que las altas cortes, a través de un examen de constitucionalidad de las normas, puedan configurar el contenido de los derechos. Esto obviamente considerando que es una potestad excepcional, debido a que, es el legislativo, al ser el “poder soberano”, el llamado legítimamente a regular estos derechos.

UCUENCA

es la misma CRE la que deja ver la esencia (núcleo) de un derecho, que como mínimo, no deberá ser tocado.

Ahora bien, partiendo de la idea de que el constituyente prevé una teoría mixta para el contenido de los derechos, cabe analizar qué modelo utiliza con respecto a los límites de estos derechos. Para ello, es menester referirse lo que ha manifestado el máximo órgano de interpretación constitucional. La Corte Constitucional en Sentencia No. 003-14-SIN-CC (2014) ha señalado que cada derecho tiene su límite, por lo que los derechos no pueden ser vistos como definitivos.

Dentro de este contexto, la Norma fundamental establece que la Asamblea Nacional tiene como atribución “regular el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales” (CRE, 2008, Art. 132, numeral 1). Esto quiere decir que, es el órgano legislativo el que goza de legitimidad para regular (y de ser pertinente limitar) los derechos, en caso de que su ejercicio suponga un conflicto con otro bien jurídicamente protegido.

Por lo tanto, el Estado ecuatoriano acepta -por una parte- la teoría de los límites externos de los derechos, al establecer en su propia norma fundamental que ciertos derechos deberán estar sujetos a los límites que establezca la Ley⁶⁴. Esto es, luego de un debate deliberativo propio del seno legislativo, se determinarán cuáles son las condiciones necesarias que se debe cumplir con cada derecho.

No obstante, también abarca los postulados de una teoría interna. En ese sentido, se entendería que se anticipa a la conflictividad de los derechos y reconoce que el ejercicio de ciertos derechos tiene límites inmanentes, con la finalidad de que puedan coexistir con los demás derechos fundamentales.

Por último, cabe analizar cómo estas teorías se han aplicado al caso en estudio y si determinar si la acción tomada por el legislador ha sido acorde a la norma constitucional. En principio, la CRE en su numeral 14 de manera abstracta reconoce el derecho a la

⁶⁴ Verbigracia, cuando la CRE (2008) señala que: “se reconoce el patrimonio familiar inembargable en la cuantía y con las condiciones y *limitaciones que establezca la ley* [énfasis agregado]” (Art. 69, numeral 2). O en el caso que nos atañe, al establecer que:

Se prohíbe la paralización de los servicios públicos de salud y saneamiento ambiental, educación, justicia, bomberos, seguridad social, energía eléctrica, agua potable y alcantarillado, producción hidrocarburífera, procesamiento, transporte y distribución de combustibles, transportación pública, correos y telecomunicaciones. *La ley establecerá límites* [énfasis agregado] que aseguren el funcionamiento de dichos servicios. (CRE, 2008, Art. 326, numeral 15)

UCUENCA

huelga, por lo que los partidarios de las críticas a la teoría absoluta podrían decir que, al ser una disposición ambigua, no queda claro cuál es el núcleo duro del derecho.

Si bien el enunciado normativo es bastante general, no hay que negar que introduce una consideración que nos da luces acerca del contenido esencial de dicho derecho. La CRE (2008) expresamente señala que: “se reconocerá el derecho de las *personas trabajadoras* [énfasis agregado] y sus organizaciones sindicales a la huelga”. (Art. 326, numeral 14).

Al terminar este enunciado el constituyente no introduce ninguna diferencia entre los trabajadores que laboran en el sector público y en el sector privado. Si esto es así, lo esencial de este derecho radica -efectivamente- en que se reconoce la huelga a todo trabajador sin distinción alguna. Considerar aquello, le llevaría al legislador a regular el ejercicio de este derecho teniendo en cuenta, en todo momento, que la huelga puede ser decretada por cualquier trabajador.

En efecto, si tomamos como partida esta teoría mixta, la regulación legislativa en la periferia debe cumplir con un test de proporcionalidad y, reconocer que los derechos tienen límites inmanentes que radica en la coexistencia con otros derechos que, en el presente caso, sería la manera de armonizar por un lado el derecho a la huelga de todo trabajador y por otro el derecho de la colectividad de gozar de la prestación del servicio público.

Por otra parte, con respecto al derecho de acceder y gozar de la prestación del servicio público, desde la teoría absoluta se puede decir que el constituyente protege que el servicio básico no se paralice, así lo establece expresamente en el numeral 15 del artículo 326. Por lo tanto, la esencia de este derecho radica en que -por ningún motivo- así sea bajo el fundamento del ejercicio de la huelga, el sector público se detenga totalmente⁶⁵.

Por consiguiente, el relativismo, con respecto a este derecho, debe encaminarse a establecer las medidas que permitan que los servidores que laboran en estas instituciones puedan ejercer su derecho a la huelga, siempre que, no toquen la esfera central del derecho que es: la no paralización del servicio público.

Posteriormente, en este mismo numeral la CRE (2008) introduce una frase que es fundamental: “la Ley establecerá los límites que aseguren el funcionamiento de dichos

⁶⁵ En este punto, hay que recordar la diferencia que introdujo este autor con respecto a las palabras *paralizar* y *suspender*, dejando claro que el ordenamiento jurídico ecuatoriano considera a la huelga como la suspensión de actividades, más no como la paralización de las mismas.

servicios” (Art. 326, numeral 15). Con esta frase, el constituyente reconoce que, para que el derecho a la huelga en el sector público y el derecho de los ciudadanos de gozar de la prestación del servicio convivan y coexistan (es decir, que tienen límites internos), es menester que los trabajadores que laboran en instituciones estratégicas o que brindan servicios esenciales estén sujetos a limitaciones (no restricciones) en el ejercicio de su derecho.

Asimismo, al establecer un mandato constitucional reconoce un límite externo que obliga al legislativo a regular la huelga en el sector público, con la finalidad que se asegure el funcionamiento de los servicios básicos. Esto quiere decir que el legislador, con el objetivo de evitar un posible conflicto de derechos, debe regular cómo los trabajadores de estos sectores podrán acogerse a la huelga. Considerando en todo momento los dos núcleos esenciales de los derechos en cuestión, que son: i) el derecho de todo trabajador a la huelga y ii) la prohibición de paralizar el servicio público.

Con base en ello, ¿cuál fue el accionar del legislador con respecto a estos derechos? El órgano encargado de regular el ejercicio de los derechos, en lugar de limitar el derecho a la huelga en las instituciones que prestan servicios básicos, lo restringió volviéndose imposible decretar la huelga en estas entidades.

En definitiva, desde una teoría mixta del contenido esencial de los derechos el legislador no consideró la esencia de los dos derechos contrapuestos (huelga y prestación del servicio público) que conforme la norma del artículo 11 numeral 4, suponen un núcleo intocable. Además, a pesar de existir un mandato claro que le facultaba limitar el ejercicio de estos derechos (límite externo), el órgano legislativo se excedió en sus atribuciones y restringió un derecho que la propia Constitución lo reconoce, aceptando también sus límites inherentes.

En realidad, qué existe: ¿un conflicto de derechos o derechos limitados?

El autor Ignacio Villaverde (2015) aporta una interesante reflexión al momento de analizar el conflicto entre derechos fundamentales. Considera que en un sistema constitucional los derechos no colisionan entre sí; por el contrario, los derechos tienen límites que “justamente sirven para solventar sus posibles colisiones con otros derechos, bienes e intereses”. (p. 153)

UCUENCA

Una vez más, regresamos al debate entre conflictivistas y anti conflictivistas. Como se observa, el autor citado parte de una postura donde cada derecho tiene su límite inherente. Aunque, la noción de que los derechos tienen límites que por su naturaleza pueden ser internos o externos, no quita la idea de que en determinado momento los derechos colisionan o al menos existe una tentativa de aquello.

Frente a esta postura de los límites, cabe entonces preguntarse ¿cuál es el fin de este límite al ejercicio de un derecho? Ahí es cuando las teorías del contenido esencial toman partida y dan luces para determinar, por una parte, lo medular de un derecho fundamental, y por otro lado, la obligación del órgano legislativo en la configuración del ejercicio de estos derechos.

Para ello, es menester analizar cada caso en concreto. Con respecto al derecho a la huelga en los sectores que prestan servicios básicos, se llegó a la conclusión de que existen dos núcleos fundamentales que fueron modificados por el legislador. Esto ocasionó, en primer lugar, la restricción de ejercer la huelga en dichos sectores; y, en segundo lugar, el exceso en el ejercicio de sus funciones al establecer medidas que sobrepasan el bien jurídico protegido.

Con respecto al primer punto, cabe mencionar que el conflicto de derechos entre ejercer la huelga en los sectores básicos y gozar de una prestación del servicio público, se suscitó en el seno de la Asamblea Constituyente. Por tal motivo, a pesar de que parece lógico el límite del derecho a la huelga en el sector público (esto es, siempre que no restrinja el acceso a los servicios básicos de la comunidad), la Constitución expresamente instó al legislativo para que establezca los límites que permita la coexistencia de estos dos derechos. Lo que conlleva que el servicio público no sea paralizado y que la huelga se pueda ejercer siempre que se garantice el funcionamiento del servicio público.

Ahora bien, con respecto al segundo punto, el constituyente en el numeral 15 del artículo 326 es claro al manifestar que, por ningún motivo, el servicio público esencial se puede paralizar, pero asimismo introduce un importante límite que armoniza el ejercicio de la huelga en el sector público con la prestación de este servicio.

Por tanto, este límite debe estar encaminado a satisfacer el bien jurídico protegido (la no paralización del servicio público) y a respetar el derecho fundamental en juego (derecho a la huelga en las instituciones donde se prohíbe su paralización). Ante ello, cabe preguntarse ¿la medida adoptada por el legislador para asegurar el funcionamiento del

servicio público (de acuerdo con el mandato constitucional establecido en el numeral 15 del artículo 326 de la CRE) es proporcional?

Como se dijo, el *test de proporcionalidad* sirve para verificar si la intervención del legislador va acorde al contenido y los límites que la propia Constitución le otorga a los derechos fundamentales. En efecto, nuestra Corte Constitucional ha desarrollado los elementos que sirven para “dilucidar si se trata de una limitación legítima del derecho o si, al contrario, se trata de una restricción injustificada del mismo” (Sentencia No. 7-14-IN/21 y Acumulados, 2021, párr. 77)⁶⁶, los cuales son: i) que la medida cumpla con un fin válido, ii) que sea idónea, iii) necesaria y, iv) proporcional⁶⁷.

Que la limitación del derecho cumpla con un fin *constitucionalmente válido*, significa que la intervención legislativa debe adecuarse a los derechos que reconoce la Constitución. Por tal motivo, este fin “debe tener relación con el reconocimiento, desarrollo o garantía del ejercicio de derechos”. (Sentencia No. 11-18-CN/19, 2019, párr. 107)

Como bien menciona la Alta Corte “el fin constitucionalmente válido es un concepto abierto que permite un margen de interpretación” (Sentencia No. 11-18-CN/19, 2019, párr. 89). En tal sentido, se debe determinar cuál es la finalidad, con relación a la Norma Fundamental, para que el órgano legislativo no haya reconocido el derecho a la huelga en el artículo primero innumerado del Capítulo III “de la huelga” de la LOSEP; sin olvidar la máxima en las normas de derecho público: *lo que no se encuentra permitido, se entiende prohibido*

La restricción del ejercicio de la huelga en las instituciones que prestan servicios donde la Constitución prohíbe su paralización, en apariencia, cumple con un fin

⁶⁶ También véase Sentencia No. 11-18-CN/19, Sentencia No. 1651-12-EP/20 y Sentencia No. 253-20-JH/22 de la Corte Constitucional del Ecuador.

⁶⁷ Hay que precisar, que estos elementos del test de proporcionalidad han sido recogidos por la Corte Constitucional de los métodos y reglas de interpretación que se encuentran en el artículo 6 numeral 2 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC). Por tanto, si bien este método es aplicable a la jurisdicción constitucional (véase artículo 1 de la LOGJCC), en el presente trabajo se utiliza sus bases para identificar la proporcionalidad o no de la medida adoptada por el legislador con la finalidad de asegurar el funcionamiento del servicio público, teniendo en cuenta que, la teoría mixta (la cual se observa en las disposiciones de los numerales 14 y 15 del artículo 326 de la CRE) considera a la proporcionalidad como un elemento esencial para analizar los límites a los derechos fundamentales que establezca el órgano legislativo.

constitucionalmente válido. Esto bajo el fundamento de que toda persona tiene derecho a acceder a servicios básicos de calidad, eficientes, y de manera ininterrumpida⁶⁸.

Prima facie, la restricción de la huelga en estos sectores es válida, debido a que cumple con las disposiciones constitucionales que regulan las garantías del servicio público. Sin embargo, al cumplir con una interpretación amplia que permite este elemento del test de proporcionalidad, es necesario citar la siguiente disposición constitucional:

La formulación, ejecución, evaluación y control de las políticas públicas y servicios públicos que garanticen los derechos reconocidos por la Constitución, se regularán de acuerdo con las siguientes disposiciones: ... 2. Sin perjuicio de la prevalencia del interés general sobre el interés particular, cuando los efectos de la ejecución de las políticas públicas o prestación de bienes o servicios públicos vulneren o amenacen con vulnerar derechos constitucionales, la política o prestación deberá reformularse o *se adoptarán medidas alternativas que concilien los derechos en conflicto* [énfasis agregado]. (CRE, 2008, Art. 85, numeral 2)

Frente a ello, al ser la misma Constitución la que permite llegar a un acuerdo cuando existen dos derechos contrapuestos, significa que es válido elegir medidas que no restrinjan en su totalidad el ejercicio del derecho a la huelga en las instituciones que prestan servicios esenciales; verbigracia, la aplicación de porcentajes de trabajadores que deberán continuar trabajando durante la huelga, o la regulación de mecanismos compensatorios que permita una vía rápida y eficaz en donde los funcionarios hagan valer sus derechos⁶⁹.

Por otra parte, el elemento de *idoneidad*⁷⁰ “implica que la medida tomada sea adecuada para cumplir con el fin constitucional” (Sentencia No. 1024-19-JP/21 y Acumulado, 2021, párr. 140). Esto quiere decir que debe existir concordancia entre la medida legislativa y el fin constitucional válido (Sentencia No. 11-18-CN/19, 2019). En el presente caso, partiendo del supuesto fin constitucional válido, que es el acceso a servicios de calidad, eficientes e ininterrumpidos, la medida de restringir la huelga en las instituciones públicas que prestan servicios básicos es, idónea.

⁶⁸ De conformidad con los artículos 11 numeral 9, 52, 66 numeral 25, 314 y 375 numeral 6 de la Constitución de la República del Ecuador.

⁶⁹ Al respecto, véase el punto 1.2.1.1. “Principios de la OIT sobre el Derecho a la huelga” de esta investigación.

⁷⁰ Por sentido lógico, si se verifica el incumplimiento del primer parámetro (punto de partida del test de proporcionalidad) que analiza la proporcionalidad de la medida legislativa, no cabría el examen de los demás elementos. Empero, con la finalidad de dotar de mayores elementos acerca de la forma en que se ha efectuado la intervención legislativa en el presente caso, se expondrá de igual manera los otros parámetros.

Pero, si consideramos que el servicio puede cumplir con estándares de calidad, eficiencia y continuidad, aún si al momento de decretar la huelga existe un gran porcentaje de ciudadanos que se mantiene en sus labores, mientras que el resto ejerce legalmente su derecho a la huelga, la medida tomada por el legislativo no es idónea.

Además, que se restrinja el derecho a la huelga en el sector público no garantiza que se cumpla con el supuesto fin constitucional válido. El servicio puede caer en deficiencias, sin que necesariamente se le adjudique o tenga relación esta falla de la administración con el ejercicio de la huelga por parte de los servidores públicos.

Asimismo, la medida debe ser *necesaria*. Esto quiere decir que “la medida limitativa debe ser necesaria e imprescindible para alcanzar el fin perseguido con el límite, en el sentido de que no debe existir otro medio menos oneroso para lograrlo” (Villaverde, 2015, p. 164). Por tanto, la necesidad implica que el legislador elija la medida que provoca menos daño, pero otorga igual resultado.

Es así que, “la medida necesaria obliga a enumerar las medidas existentes para cumplir con el fin y compararlas” (Sentencia No. 11-18-CN/19, 2019, párr. 112), de esta manera, se escogerá la alternativa menos grave que cumpla con el fin constitucionalmente válido. Dicho de otra manera, el legislador en aras de proteger un derecho, deberá buscar entre todas las medidas y optar, de ser posible, por aquella que no vulnera el ejercicio de otros derechos fundamentales.

En el caso del derecho a la huelga en el sector público, el legislador optó por la restricción de este derecho, con la finalidad de garantizar la prestación de los servicios básicos. Como se ha dicho, esta prohibición de decretar la huelga, vulnera un derecho fundamental de los trabajadores. Cuando existen diferentes medidas tales como: la garantía de un porcentaje mínimo que continúe laborando y mecanismos compensatorios que además de ser idóneas, son necesarias para garantizar que el servicio no se paralice.

Finalmente, la intervención legislativa debe ser *proporcional en estricto sentido*. Esto significa que debe existir equilibrio “entre el sacrificio exigido al derecho fundamental limitado por esta medida y el concreto derecho, bien o interés jurídico que pretende garantizarse con aquel límite” (Villaverde, 2015, p. 164). Por lo que, “exige mirar con atención los derechos de otras personas o grupos que podrían afectarse por la medida en escrutinio”. (Sentencia No. 11-18-CN/19, 2019, párr. 118)

La Constitución en su artículo 326 numeral 15 prohíbe que el servicio básico sea paralizado. El fin de la medida legislativa debe ir encaminado a que el servicio -por ningún motivo- sea privado a los usuarios. Con base en ello, el órgano legislativo en su artículo primero innumerado del Capítulo III “de la huelga” de la LOSEP, no reconoce el derecho a la huelga a los trabajadores que laboran en dicha institución.

Rápidamente, el fundamento para restringir la huelga en estos sectores radica en que el goce de los servicios básicos de la colectividad es mayor a los derechos de los servidores públicos⁷¹. Sin embargo, hay que tener presente que la Norma Constitucional en su numeral 15 artículo 326 protege que no exista paralización, más no que cierto porcentaje de actividades pueda suspenderse por determinado tiempo en razón del ejercicio de la huelga.

Es por ello, que esta medida legislativa en palabras de Frederick Schauer (2013) se puede denominar como “sobre incluyente”, por el motivo de que, “la regla incluye o abarca instancias que la justificación subyacente no cubre” (p.42). Como se mencionó, esta justificación radica solamente en la prohibición de paralización y el legislador al restringir totalmente el ejercicio de la huelga en estos sectores, va más allá de la justificación, porque, que se decrete la huelga no significa -per sé- paralizar el servicio público⁷².

Inclusive, la Constitución en su artículo 85 numeral 2 ha establecido que se debe conciliar cuando existen dos derechos en conflicto, cuando uno de ellos es el servicio público. Entonces, como se demostró, existen otras medidas idóneas y necesarias que cumplen con el fin constitucionalmente válido y que son, por tanto, menos gravosas, en el sentido de que no restringen el derecho a la huelga de los funcionarios públicos. En tal virtud, la medida adoptada por el legislador no es proporcional.

Finalmente, recordando la interrogante planteada: ¿en el presente caso existe un conflicto de derechos o existen límites a los derechos? La respuesta es que sí, pero esta tensión existió en el debate que efectuó el constituyente antes de redactar la Norma fundamental. Es decir, en un inicio el constituyente se planteó un escenario en donde el derecho a la

⁷¹ Inclusive sería aceptar una teoría estatutaria clásica de la administración pública. Al respecto, véase el punto 2.1. “La relación jurídica entre administración pública y servidores públicos” de esta investigación.

⁷² Esto es así incluso porque el mismo legislador ha considerado a la huelga como la suspensión de actividades, más no como la paralización de las mismas. De igual forma, las opciones que ha recomendado la OIT para ejercer la huelga en estos sectores (véase el punto 1.2.1.1. “Principios de la OIT sobre el Derecho a la huelga” de esta investigación) no provoca su paralización, por el contrario, garantiza que los usuarios accedan a estos servicios.

huelga de los trabajadores que laboran en instituciones que prestan servicios básicos y la necesidad de que la prestación del servicio no se vea afectada, están en conflicto.

Por tal motivo, “la propia norma iusfundamental excluye del objeto de uno de los derechos la conducta que aparentemente lesiona el otro derecho, bien, o interés en conflicto” (Villaverde, 2015, p. 159). Esta conducta es: *paralizar los servicios considerados por el constituyente como esenciales*.

En consecuencia, desarrolla la disposición contenida en el numeral 15 del artículo 326 que prohíbe la paralización del servicio público, debido a que en la Norma Madre “no puede ser su objeto de protección una conducta que niega la existencia de otra norma constitucional” (Villaverde, 2015, p. 159). Por lo que, una vez promulgada la norma constitucional que establece límites al ejercicio de derechos, el conflicto terminó y con ello nace la obligación del legislador de hacer cumplir estos límites.

En este contexto, la norma citada, además de prohibir la paralización de servicios, establece el siguiente mandato: “la Ley establecerá límites que aseguren el funcionamiento de dichos servicios” (CRE, 2008, Art. 326, numeral 15). Con ello se verifica que la finalidad del constituyente es que se asegure el debido acceso y goce de estos servicios a la colectividad. Por tanto, la intervención legislativa, en aras de configurar este derecho, debió ser proporcional y concordante con otros derechos fundamentales, como es el derecho a la huelga de todo trabajador.

En resumen, el legislador no cumplió con su mandato constitucional (Art. 326, numeral 15) que consiste en limitar el ejercicio de otros derechos fundamentales, en específico el derecho a la huelga, con la finalidad de asegurar el funcionamiento del servicio público. Por el contrario, restringió este derecho, al no reconocer la posibilidad de que los trabajadores que laboran en estas instituciones puedan decretar la huelga, ocasionado que bajo ningún mecanismo aquellos servidores puedan negociar sus condiciones de trabajo.

3.2 Propuestas para el pleno ejercicio del derecho a la huelga en el sector público

Con base en lo desarrollado a lo largo de esta investigación, se llega a la conclusión que el derecho a la huelga en el sector público se encuentra restringido para los servidores públicos transitorios⁷³ y para los servidores, sean transitorios o de carrera administrativa,

⁷³ Salvo los que tengan nombramiento provisional, véase el punto 2.1. de esta investigación.

que laboran en las instituciones en donde la Constitución prohíbe su paralización de servicios.

Por ello, se presenta las siguientes propuestas con el objetivo de contar con un ordenamiento jurídico claro, coherente y acorde a la Norma Fundamental.

1. Propuesta de reforma del Capítulo III “de la huelga” de la Ley Orgánica del Servicio Público. –

El órgano legislativo es el principal ente encargado de regular y configurar el ejercicio de los derechos fundamentales (CRE, 2008, Art. 133, numeral 2), atendiendo su contenido esencial, más aún, cuando existe un mandato constitucional que obliga a que sea la intervención legislativa la que establezca los límites de determinados derechos reconocidos en la Constitución.

Por esta razón, a través de procedimientos democráticos deliberativos, el órgano legislativo deberá reformar el Capítulo III “de la huelga” de la LOSEP⁷⁴, con la finalidad de que incluya a todos los servidores públicos, sin exclusión alguna en razón de su modalidad laboral, estableciendo los mecanismos claros que cuentan estos servidores para ejercer su derecho a la huelga.

Además, tendrá que cumplir con su mandato constitucional establecido en la última frase del numeral 15 del artículo 326 y, por tanto, regular los límites en el ejercicio del derecho a la huelga en las instituciones que prestan servicios básicos y en las cuales se prohíbe su paralización.

En este sentido, se propone que la normativa legislativa contemple los siguientes mecanismos desarrollados por la OIT (1994) acerca de la huelga en las entidades que prestan servicios básicos:

- a) Al existir una lista clara en la Constitución de los servicios que no se pueden paralizar y, asimismo, al reconocerse el derecho a todos los trabajadores de decretar la huelga, el órgano legislativo no tiene la atribución para modificar esta lista, o para restringir el ejercicio de la huelga por parte de los servidores que laboran en estas instituciones. En contraposición de ello, sí tiene la legitimidad

⁷⁴ Agregado por el artículo 11 de la Ley Orgánica Reformatoria a las Leyes que rigen el Sector Público publicado en el Registro Oficial Suplemento 1008 de 19 de mayo de 2017. Ley Orgánica Reformatoria que, además, tuvo su fundamento en las enmiendas constitucionales del año 2015, que posteriormente fueron declaradas inconstitucionales.

UCUENCA

para implementar porcentajes que garanticen la prestación de cada servicio, atendiendo a la naturaleza del mismo.

Por ejemplo, no es lo mismo una huelga en el sector de salud, que en el sector educativo. En los hospitales la atención es urgente y la falta de personal administrativo y profesional puede ser perjudicial para los derechos de la ciudadanía. Por ello, para estos casos, el legislador, en el marco deliberativo y con el respaldo de los estudios técnicos necesarios, podrá proponer un porcentaje más alto -a comparación de otras instituciones- del personal que deberá continuar laborando durante una huelga.

En cambio, en instituciones educativas la huelga podrá tener efectos a largo plazo, esto es, si la misma se alarga por mucho tiempo. Por lo tanto, en este caso, al no existir un peligro inmediato el legislador podrá regular un porcentaje menor -al propuesto por ejemplo en el sector de la salud- que deberá mantenerse en sus funciones laborales, mientras que el resto ejerce su derecho a la huelga. Pero, considerando que si la huelga se extiende por mucho tiempo se podrá configurar un daño grave, por lo que, la duración de la huelga deberá ser acorde a las necesidades de la población.

Así, en este sentido, el legislativo deberá debatir los efectos de la huelga y su suspensión de actividades en cada sector -enumerado por el constituyente en su numeral 15 del artículo 326- y, con base en ello, establecer los límites que permitan el acceso a los ciudadanos a servicios de calidad, eficientes, e ininterrumpidos (esto es, su no paralización).

- b) Si en el examen de cada caso el legislador llega a la conclusión de que ciertos sectores, en escenarios de catástrofes o estados de conmoción nacional, se superpone la imposibilidad de decretar la huelga, se deberá establecer -como bien recomienda la OIT- mecanismos compensatorios como son los procedimientos de conciliación y arbitraje, con la finalidad de que los derechos de los servidores públicos sean reconocidos.

Finalmente, esta reforma cumplirá con las insistencias que ha efectuado la OIT a través de las observaciones realizadas por su órgano de control, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, con respecto al incumplimiento de las

garantías de los derechos de organización y libertad sindical que constan en los Convenios No. 87 y 98 de la OIT, ratificados por el Estado ecuatoriano⁷⁵.

2. Propuesta del control de constitucionalidad por omisiones normativas

La Corte Constitucional dentro de sus competencias podrá realizar un examen de constitucionalidad de las omisiones normativas “cuando los órganos competentes omiten un deber claro y concreto de desarrollar normativamente los preceptos constitucionales. Este control se sujetará al régimen general de competencia y procedimiento del control abstracto de constitucionalidad”. (Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional [LOGJCC], 2009, Art. 128)

Como se explicó en líneas anteriores, el legislativo omitió cumplir con el mandato constitucional contenido en la última frase del numeral 15 del artículo 326 de la Constitución, esto es, de limitar el ejercicio del derecho -en este caso de la huelga en las instituciones que prestan servicios básicos- que asegure el funcionamiento de las prestaciones por parte de las entidades que la Constitución prohíbe su paralización.

En este contexto, la Corte Constitucional podrá verificar la presencia de una omisión, la misma que “se evidencia si la Constitución difiere a la ley y dicha ley no se expide” (Valle, 2010, p. 149), como en el presente caso; y, así aplicar los efectos que prevé el artículo 129 de la LOGJCC.

Empero, es importante señalar que esta propuesta -al igual que la siguiente- deberá ser aplicada subsidiariamente, esto es, únicamente si el órgano legislativo -en su propio seno- no solventa dicha omisión. Debido a que, por objeciones de legitimidad a la Corte Constitucional, es conveniente -y apoyando los cimientos de un Estado democrático- que la intervención legislativa sea examinada por el órgano representante de la soberanía del Estado.

3. Propuesta del control de constitucionalidad por acción de inconstitucionalidad

Finalmente, se propone que a través de una acción pública de inconstitucionalidad se analice el artículo 346 del COIP y se verifique si aquel cumple con los derechos y garantías de la Constitución de la República del Ecuador, por la razón de que esta medida

⁷⁵ Véase el punto 2.2.2 “El derecho a la huelga en el sector público a partir de la Constituyente de 2008” de esta investigación.

puede considerarse como intimidatoria que obligaría a los trabajadores de todo el sector público a no decretar la huelga, dado que el artículo 346 no solo se refiere a las instituciones que la Constitución prohíbe su paralización.

En este mismo sentido, la CEACR de la OIT (2021a) ha recomendado al Estado ecuatoriano la revisión de este artículo, con la finalidad de que los trabajadores que ejerzan una huelga pacífica no se vean amedrentados por la imposición de sanciones privativas de libertad a la paralización del servicio público.

Por lo tanto, a través de un procedimiento de control de constitucional se podrá debatir la norma citada, dado que este examen tiene “como finalidad garantizar la unidad y coherencia del ordenamiento jurídico a través de la identificación y la eliminación de las incompatibilidades normativas ... entre las normas constitucionales y las demás disposiciones que integran el sistema jurídico”. (LOGJCC, 2009, Art. 74)

En definitiva, con la aplicación de estas propuestas se podrá garantizar el ejercicio del derecho a la huelga a los trabajadores del sector público. Además, como resultado se contará con un ordenamiento jurídico claro, coherente y que concuerda, en palabras de Luigi Ferrajoli (2001), con las *garantías primarias* que reconoce la Norma Fundamental.

CONCLUSIONES

En el ordenamiento jurídico ecuatoriano el ejercicio del derecho a la huelga en el sector público se encuentra restringido para la mayoría de sus servidores, entre ellos, los servidores contratados mediante servicios ocasionales, los dignatarios o máximas autoridades de las instituciones del Estado, los que ostentan nombramiento de libre remoción, los funcionarios de fuerzas armadas y policía nacional y, todo servidor sea transitorio o de carrera administrativa que labore en las entidades en donde la Constitución prohíbe su paralización de servicios.

De todos estos servidores públicos, la OIT recomienda que por razones de seguridad del Estado solo sean excluidos del ejercicio del derecho a la huelga los dignatarios y máximas autoridades de la institución, que los denomina como funcionarios públicos; los servidores de las fuerzas armadas y la policía nacional; y, todo el sector público en situaciones de estado de excepción o grave conmoción nacional.

Para el ejercicio del derecho a la huelga en las instituciones que prestan servicios esenciales, la OIT ha recomendado a los Estados que regulen un porcentaje que

UCUENCA

corresponde al número de trabajadores que continuarán prestando los servicios mientras que el resto ejerce legalmente su derecho a la huelga. Asimismo, ha desarrollado la importancia de que los Estados implementen procedimientos de conciliación y arbitraje entre las instituciones del Estado y los servidores públicos que, por la naturaleza de su prestación, no pueden sujetarse al derecho a la huelga.

Por lo tanto, ha sido la OIT la que mayormente ha regulado este derecho en el ámbito internacional, desde los Convenios No. 87 y 98 -ratificados por el Ecuador- hasta su amplio contenido denominado como “jurisprudencia” conformado por las compilaciones de las recomendaciones de sus órganos de control. En todo este desarrollo, la OIT considera al derecho a la huelga como un derecho fundamental; en igual sentido lo reconocieron el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Debido a este nuevo paradigma que responde a un Estado social, protector, regulador de las condiciones sociales y económicas de la población, el Estado ecuatoriano fue incluyendo paulatinamente las garantías del derecho al trabajo, que no responde a un contexto asilado, sino a diferentes proclamaciones y huelgas que tienen su antecedente en la época colonial.

Progresivamente, con la conformación de sindicatos de trabajadores y debido a la presión política y social que ellos ejercían, se promulgaron los cuerpos normativos que regulaban las condiciones laborales en el sector público y privado. Sin embargo, siempre la inclusión del derecho a la huelga supuso complicaciones, más aún en el sector público, en donde se verificó la intención del poder constituyente y constituido de negar la negociación colectiva a los servidores públicos.

A pesar de las dificultades, el constituyente del 2008 incluye el derecho a la huelga como un derecho fundamental reconocido para todos los trabajadores, es decir, no diferencia entre el sector público y privado. Empero, también protege que el servicio público no se vea paralizado, por lo que mandó al legislativo a establecer los límites necesarios para que coexistan estos dos derechos: i) derecho a la huelga en el sector público y ii) derecho de la ciudadanía a acceder a servicios de calidad, eficientes e ininterrumpidos.

No obstante, la LOSEP a través de su reforma -a causa de Ley Reformatoria a las Leyes que rigen el Sector Público- incluyó el Capítulo III “de la huelga” que en su artículo

innumerado primero no reconoce el derecho a la huelga de los servidores públicos que laboran en las instituciones que la Constitución prohíbe su paralización de servicios.

Además, este capítulo, que dicho sea de paso fue incluido con base en las enmiendas constitucionales del año 2015 declaradas posteriormente inconstitucionales, inobserva las garantías básicas de los derechos de organización y libertad sindical, contenidas en los Convenios No. 87 y 98 de la OIT, ratificados por el Ecuador.

Luego, el poder público restringe aún más el derecho a la huelga en el sector público, pues mediante el Acuerdo No. MDT-2018-0010 se establece que los lineamientos para el ejercicio del derecho a la huelga serán aplicados únicamente a los servidores de carrera administrativa y los que ostentan nombramiento provisional.

Por tal motivo, en el año 2021 la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT, emitió una observación donde se le insta al Estado ecuatoriano a cumplir con la normativa de los Convenios No. 87 y 98 y, garantizar la libertad sindical en el sector público, así como el ejercicio del derecho a la huelga en condiciones de igualdad. Y, finalmente que considere derogar el artículo 346 del COIP que penaliza la paralización del servicio público, por tener un efecto intimidatorio en los servidores públicos.

A pesar de las exigencias por parte de esta organización internacional, el Estado ecuatoriano no ha planteado la revisión de su normativa aplicable al sector público con la finalidad de que se garantice el derecho a la huelga. Por lo contrario, siguen vigentes disposiciones normativas que inclusive se originaron en normas inconstitucionales, como es el caso de la LOSEP y su Capítulo III que surge con las enmiendas constitucionales del año 2015, objetadas por ser regresiva en los derechos de índole laboral.

Por otra parte, se ha demostrado que el artículo 326 de la Constitución de la República del Ecuador establece dos normas que, prima facie, son contradictorias (o suponen dos derechos en conflicto), pero que, interpretadas de manera íntegra, lo que en realidad se reconoce son dos derechos con sus límites internos y externos.

En primer lugar, en el numeral 14 del artículo 326 se reconoce el derecho a la huelga en su contenido esencial que es, aplicable a todo trabajador sin distinción alguna; y, con su límite externo (establecido en la última frase del numeral 15 del artículo 326) que supone,

sujetarse a las disposiciones del legislador para decretar la huelga en las instituciones que prestan servicios básicos, con el fin de asegurar la no paralización del servicio.

En segundo lugar, el numeral 15 del artículo referido regula el derecho de la ciudadanía de contar con un servicio público que no se paralice, con su límite interno que es, condicionar -más no restringir- el ejercicio de los derechos de los servidores públicos que laboran en dichas instituciones. En específico, el derecho a la huelga, debido a que los derechos fundamentales coexistan y tienen regulaciones inherentes que evitan una posible tensión.

Por lo tanto, el legislador, de conformidad a estas dos disposiciones constitucionales, tenía la obligación de establecer límites al ejercicio de la huelga, para que, por una parte, se asegure el funcionamiento del sector público y, por otra parte, no se vulnere el contenido esencial del derecho a la huelga.

Es así que, mediante un test de proporcionalidad, se analizó estas medidas legislativas, llegando a la conclusión de que la restricción del derecho a la huelga en estas instituciones no es una medida necesaria, idónea, ni proporcional en estricto sentido, dado que no cumple con el fin constitucionalmente válido que es establecer límites a los derechos, más no resolver un conflicto de derechos.

En resumen, el legislador incumplió con su mandato establecido en el numeral 15 del artículo 326 de la CRE, que reconocía los límites externos en el ejercicio del derecho a la huelga en las instituciones que prestan servicios básicos. Por lo que, actuó en contra de su contenido esencial y restringió este derecho, ocasionando una omisión normativa que, además, vulnera los derechos de los servidores públicos.

RECOMENDACIONES

Partiendo del hecho de que en el ordenamiento jurídico ecuatoriano solamente se garantiza el derecho a la huelga a los servidores de carrera administrativa, quienes ostentan nombramiento provisional y a los obreros sujetos al Código de Trabajo, es recomendable que el órgano legislativo reconsidere su normativa aplicable al sector público, con la finalidad de que cumpla con el contenido esencial del derecho a la huelga, que se refiere aplicable a todo trabajador sin distinción alguna.

Para ello, el legislador tendrá que implementar reformas a la LOSEP, con el objetivo de que se incluyan mecanismos que permitan la libertad de organización y sindical, que se

garantice la negociación de las condiciones de trabajo mediante mecanismos de conciliación o arbitraje; y, que se reconozca el derecho a la huelga en las instituciones que prestan servicios básicos a través de la regulación de porcentajes que protejan las necesidades de la ciudadanía.

Además, es recomendable que se analice la derogación del artículo 346 del COIP con base en lo manifestado por la CEACR de la OIT, en su observación sobre el cumplimiento de las disposiciones del Convenio No. 98. En tal virtud, el legislador cuenta con otras herramientas, menos lesivas, que le permiten cumplir con la finalidad de que el servicio público no sea paralizado.

Finalmente, las organizaciones sociales podrán someter el presente caso a revisión de la Corte Constitucional para que, a través de un examen abstracto de constitucionalidad, se analice la normativa vigente y se elimine las incompatibilidades normativas, o en su caso, se declare que existe una omisión de un mandato constitucional, disponiendo que aquello se subsane mediante los procedimientos correspondientes.

REFERENCIAS

Obras consultadas:

- Albornoz, O. (1983). *Historia del movimiento obrero ecuatoriano: breve síntesis*. Gráficas Señal.
- Alexy, R. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. CEC.
- Bastidas, F., Villaverde, I., Requejo, P., Presno, M. A., Aláez, B., & Sarasola, I. (2004). *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución Española de 1978*. Tecnos.
- Bernal Pulido, C. (2003). Estructura y límites de la ponderación. *Doxa. Cuadernos de Filosofía Del Derecho*, 26, 225–238. <https://doi.org/10.14198/DOXA2003.26.12>
- Boza Pró, G. (2014). Surgimiento, evolución y consolidación del Derecho del Trabajo. *THEMIS: Revista de Derecho*, 65(1810–9934), 13–26. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5078193>
- Burgos, D. (1985). *Historia de las luchas populares 1: de la conquista a la independencia*. CEDIS.

- Carbonell, M., & Ferrer Mac-Gregor, E. (2014). *Los derechos sociales y su justiciabilidad directa*. Cevallos Editora Jurídica.
- Cianciardo, J. (2007). *El ejercicio regular de los derechos: análisis y crítica del conflictivismo*. Ad-Hoc.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2020). *Compendio sobre derechos laborales y sindicales. Estándares Interamericanos*. Fundación Panamericana para el Desarrollo y Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional.
- Ferrajoli, L. (2001). *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Editorial Trotta.
- Gernigon, B., Odero, A., & Guido, H. (2000). *Principios de la OIT sobre el derecho de huelga*. Oficina Internacional del Trabajo.
- Gómez, A. (1996). Los Derechos laborales: la libertad sindical. En J. Méndez (Ed.), *Estudios básicos de derechos humanos. Tomo VI*. Instituto Interamericano de Derechos Humanos.
- Gravel, Eric, Duplessis, I., & Gernigon, B. (2001). *El Comité de Libertad Sindical: impacto desde su creación*. Oficina Internacional del Trabajo.
- Guastini, R. (2001). *Estudios de teoría constitucional*. Editorial Fontamara S.A.
- López Hidalgo, S. (2019). Configuración de los derechos fundamentales y su contenido esencial en el constitucionalismo ecuatoriano. *Cuestiones Constitucionales Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, 1(41), 221–247.
<https://doi.org/10.22201/ijj.24484881e.2019.41.13946>
- Maldonado Muñoz, M. (2019). Conflictivismo y anti-conflictivismo en los derechos fundamentales. *Revista Jurídica de La Universidad de Palermo*, 1(0328–5642), 37–78.
https://www.palermo.edu/derecho/revista_juridica/pub-17/Revista_Juridica_Ano1-N17_02.pdf
- Maldonado Muñoz, M. (2020). Límites y contenido esencial de los derechos (un marco conceptual problemático). *Revista Derecho Del Estado*, 47, 79–112.
<https://doi.org/10.18601/01229893.n47.03>
- Martínez Pujalte, A. (1997). *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*. CEC.

Medina, M. (1996). *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*. McGraw Hill.

Organización Internacional del Trabajo. (1996a). *La libertad sindical. Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical*. Oficina Internacional del Trabajo.

Peemans, J.-P. (1992). Revoluciones industriales, modernización y desarrollo. *Historia Crítica*, 6, 15–33. <https://revistas.uniandes.edu.co/doi/pdf/10.7440/histcrit6.1992.02>

Penagos, G. (2007). *Derecho Administrativo. Nuevas tendencias*. Ediciones Doctrina y Ley .

Prieto Sanchís, L. (1990). *Estudios sobre derechos fundamentales*. Debate.

Publicaciones periódicas:

Ramos, F. (2019). Tipología de empleados públicos. En Á. Blasco & M. López (Eds.), *Las relaciones laborales en el sector público*. Tirant Lo Blanch.

Rodríguez, D. (2011). El nuevo constitucionalismo latinoamericano en la encrucijada: cuatro tendencias y algunos desafíos para el futuro. En J. López Ulla (Ed.), *Derechos humanos y orden constitucional en Iberoamérica*. Editorial Civitas.

Schauer, F. (2013). *Pensar como un abogado. Una nueva introducción al razonamiento jurídico*. Marcial Pons.

Valle, A. (2010). Inconstitucionalidad por omisión en la jurisprudencia de la Corte Constitucional ecuatoriana. Sentencia No. 001-1L-SIO-CC (caso No. 0005-10-10). *FORO Revista de Derecho*, 13, 147–160. <file:///C:/Users/ASUS/Downloads/descarga.pdf>

Villaverde, I. (2015). La resolución de conflictos entre derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad. En M. Carbonell (Ed.), *Argumentación jurídica: El uso de la ponderación y la proporcionalidad*. Cevallos editora jurídica.

Ycaza, P. (1987). La controvertida expedición del Código del Trabajo. *Ecuador Debate*, 13, 75-85. <https://repositorio.flacsoandes.edu.ec/bitstream/10469/10035/1/REXTN-ED13-04-Ycaza.pdf>

Legislación consultada:

Acuerdo ministerial No. MDT-2018-0010 [Ministerio del Trabajo]. Sobre las regulaciones para el ejercicio del derecho de organización de las y los servidores públicos. 12 de marzo de 2018. Registro Oficial No. 198.

Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos. Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales [Protocolo San Salvador]. 17 de noviembre de 1988.

Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales [PIDESC]. 16 de diciembre de 1966.

Código del Trabajo [CT]. 16 de diciembre de 2005. Registro Oficial No. 167.

Código Orgánico Integral Penal [COIP]. 10 de febrero de 2014. Registro Oficial No. 180.

Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo. Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación [Convenio No. 87]. 09 de julio de 1948.

Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo. Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva [Convenio No. 98]. 01 de julio de 1949.

Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo. Convenio sobre las relaciones de trabajo en la administración pública [Convenio No. 151]. 27 de junio de 1978.

Constitución de la Organización Internacional del Trabajo. 11 de abril de 1919.

Constitución de la República del Ecuador [CRE]. 20 de octubre de 2008 (Ecuador).

Constitución Política de la República del Ecuador. 11 de agosto de 1998 (Ecuador).

Constitución Política de la República del Ecuador. 25 de mayo de 1967 (Ecuador).

Constitución Política de la República del Ecuador. 6 de marzo de 1945 (Ecuador).

Enmiendas a la Constitución de la República del Ecuador. 21 de diciembre de 2015. Registro Oficial No. 653.

Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa. 26 de abril de 1978. Registro Oficial No. 574.

Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional [LOGJCC]. 22 de octubre de 2009. Registro Oficial No. 52.

Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa. 12 de mayo de 2005. Registro Oficial No. 16.

Ley Orgánica del Servicio Público [LOSEP]. 6 de octubre de 2010. Registro Oficial No. 294.

Sentencias:

Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 003-14-SIN-CC; 17 de septiembre de 2014.

Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia 1024-19-JP/21 y Acumulado; 13 de enero de 2021.

Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 018-18-SIN-CC; 10 de enero de 2018.

Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 7-14-IN/21 y Acumulados; 25 de agosto de 2021.

Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 11-18-CN/19; 12 de junio de 2019.

Otras fuentes:

Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones. (2021a). *Conferencia Internacional del Trabajo 110ª Reunión (2022): Observación sobre la aplicación del Convenio No. 87 en el Ecuador*.
https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:13100:0::NO:13100:P13100_COMMENT_ID,P13100_COUNTRY_ID:4122536,102616

Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones. (2021b). *Conferencia Internacional del Trabajo 110ª Reunión (2022): Observación sobre la aplicación del Convenio No. 98 en el Ecuador*.
https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:13100:0::NO:13100:P13100_COMMENT_ID,P13100_COUNTRY_ID:4123118,102616

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2009). *Democracia y derechos humanos en Venezuela (Informe OEA/Ser.L/V/II. Doc. 54)*.
<https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2016/10498.pdf>

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2019). *Informe de fondo: Extrabajadores del organismo judicial Guatemala (Informe n° 157/19)*.
<http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/2019/12432FondoEs.pdf>

- Estrella, G. (1985). *La organización sindical en el Ecuador: surgimiento y situación actual* [Tesis de posgrado, Instituto de Altos Estudios Nacionales]. Repositorio Institucional - Instituto de Altos Estudios Nacionales.
- Garbay, X. (2014). *Los derechos de sindicalización, huelga y negociación colectiva: su posible aplicación en la función pública ecuatoriana* [Tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar Sede Ecuador]. Repositorio Institucional - Universidad Andina Simón Bolívar Sede Ecuador.
- Organización Internacional del Trabajo. (1977). *Conferencia Internacional del Trabajo 63ª Reunión: Informe VII de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones*. [https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09656/09656\(1977-63\).pdf](https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09656/09656(1977-63).pdf)
- Organización Internacional del Trabajo. (1979). *Informes del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración: Caso núm. 913 (informe n°190)*. [https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09648/09648\(1979-62-series-B\).pdf](https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09648/09648(1979-62-series-B).pdf)
- Organización Internacional del Trabajo. (1994). *Conferencia Internacional del Trabajo 81ª Reunión: Informe III de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones*. [https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09656/09656\(1994-81\).pdf](https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09656/09656(1994-81).pdf)
- Organización Internacional del Trabajo. (1996b). *Ratificación de los convenios de la OIT*. <https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:11001:0::NO::>
- Talbot, F. (2007). *Las Garantías Constitucionales del Trabajo y su vigencia en el Ecuador* [Tesis de pregrado, Universidad del Azuay]. Repositorio Institucional – Universidad del Azuay.