

LOS CONVENIOS INTERNACIONALES DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO EN MATERIA DE LIBERTAD SINDICAL: APLICACIÓN Y EFECTOS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO

Introducción

La incorporación de las normas internacionales del trabajo al orden jurídico interno de los países está despertando un interés práctico creciente —al que contribuyen los numerosos seminarios organizados en estos últimos años por la Oficina Internacional del Trabajo y el Centro de Formación Internacional de la OIT en Turín— para miembros del Poder Judicial, académicos y asesores jurídicos de las organizaciones de trabajadores y empleadores.

La cuestión ya había sido examinada por Nicolas Valticos (1964; 1977) en varios de sus artículos y en sus tratados sobre derecho internacional del trabajo, en particular respecto al efecto de las normas autoejecutivas (*self executing*) y al conflicto entre las normas internacionales incorporadas y al derecho nacional. Virginia Leary (1982), académica estadounidense y exfuncionaria del Departamento de Normas de la OIT, dedicó todo un libro a la incorporación automática de las normas, con un estudio detallado de las diversas facetas de este tema. En América Latina, el asunto ha sido tratado en años recientes por varios

autores en relación con el orden jurídico de sus respectivos países (Racciatti, 1994; Von Potobsky, 1998; Molina, 2001).

Las normas internacionales del trabajo producidas por la Organización Internacional del Trabajo (OIT) son normas de derechos humanos (Von Potobsky y Bartolomei, 1990), al igual que la Declaración universal de derechos humanos, los Pactos internacionales de 1966²⁵ y los llamados Pactos regionales de derechos humanos²⁶. Todas las instituciones nacionales e internacionales coinciden en que la OIT es el ente encargado de producir normas de carácter internacional (Villán, 2002), con una característica particular por ser producto del tripartismo (trabajadores-empleadores-Gobierno) y no de elementos unilaterales de los Gobiernos en representación de los Estados.

Los dos organismos de control de la OIT —la Comisión de expertos en aplicación de convenios y recomendaciones y el Comité de Libertad Sindical— en materia de violación de los Convenios número 87 y número 98 han producido innumerables comentarios y recomendaciones para el país.

Colombia no firmó el Tratado de Paz de Versalles de 1919. La Ley 49 de 1919 autorizó al Gobierno de ese entonces a adherirse al Pacto de la Sociedad de las Naciones y no al Tratado de Paz de Versalles que creaba la OIT, tesis sostenida por Germán Cavalier (2000), quien afirma que Colombia no ha sido fundadora de la OIT. Sin embargo, esta consideración histórica no tiene mayor repercusión en la vigencia de los convenios de la OIT, toda vez que la Constitución Política de 1991 estableció que los ratificados por Colombia forman parte del régimen interno.

.....
25 El Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales, del 16 de diciembre de 1966, fue ratificado mediante la Ley 74 del 29 de octubre de 1969; el Pacto internacional de derechos civiles y políticos del 16 de diciembre de 1966, mediante la Ley 74/68 del 29 de octubre de 1969; el Protocolo facultativo del pacto internacional de derechos civiles y políticos, del 16 de diciembre de 1966, mediante la Ley 74/68 del 29 de octubre de 1969; la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, del 10 de diciembre de 1984, mediante la Ley 70/86, del 8 de diciembre de 1987.

26 Está conformado por la Convención americana de derechos humanos o Pacto de San José (Costa Rica), del 22 de noviembre de 1969, ratificada mediante la Ley 16/72 del 31 de julio de 1973; la Convención sobre los derechos del niño, del 20 de noviembre de 1989, mediante la Ley 12/91 del 28 de enero de 1991; el Protocolo adicional a la Convención americana sobre derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales; el Protocolo de San Salvador (Salvador), del 17 de noviembre de 1988, mediante la Ley 319/96 y el Decreto 429/01, del 22 de octubre de 1997; la Convención interamericana para prevenir y sancionar la tortura, del 9 de diciembre de 1985, mediante la Ley 409/97, del 2 de diciembre de 1998, y la Convención interamericana sobre tráfico internacional de menores, del 18 de marzo de 1994, mediante la Ley 470/98, del 12 de junio de 2000.

En el caso colombiano hay un elemento extraordinario en materia de la obligatoriedad de los pronunciamientos del Comité de Libertad Sindical (Ostau de Lafont y Niño, 2010) que han sido aprobados por el Consejo de Administración y que la Corte Constitucional (1999) ha considerado tienen carácter vinculante para los operadores judiciales:

[...] las recomendaciones emanadas del Comité de Libertad Sindical y aprobadas por el Consejo de Administración, tienen carácter vinculante “según las normas de la organización, tal y como ocurre con las recomendaciones de la Comisión Interamericana de DDHH [...] en consecuencia el bloque de constitucionalidad debe construirse a partir de [...] la recomendación del Comité de Libertad Sindical de la OIT [...]” (S. T-568/99). Igualmente, en la sentencia T-603/03 y T-695/04 la Corte afirmó: “en el orden interno el único medio judicial para lograr el cumplimiento de las recomendaciones de los órganos de control que protegen derechos fundamentales es la acción de tutela”.

En la sentencia 171/11 nuevamente la Corte Constitucional hace énfasis en el pronunciamiento anterior, señalando que “las recomendaciones del Comité de Libertad Sindical aprobadas por el consejo de Administración tienen carácter vinculante para todos los operadores judiciales” (p. 15).

En términos de la Convención de Viena (Organización de los Estados Americanos, 1969) sobre el derecho de los tratados de 1969, ratificada por Colombia mediante la Ley 32 de 1985, los convenios que produce la Conferencia Internacional del Trabajo son considerados como tratados internacionales, a la luz de lo establecido en la Parte I, numeral 2, literal a). Su característica principal es que nacen de la voluntad de los Estados miembros de la Organización, representados mediante el tripartismo (trabajadores, empleadores y Gobierno) y que originan dos obligaciones jurídicas. La primera, frente a la Organización misma y la segunda, frente a los demás Estados miembros.

Lo anterior surge del Artículo 405 del Tratado de Paz de Versalles, el cual establece, en su Artículo 411, la posibilidad de que cada uno de los miembros pueda interponer una queja en la Oficina Internacional del Trabajo contra otro miembro que, a su parecer, no asegure de una manera satisfactoria la ejecución de una convención que uno y otro hubieran ratificado. Por ello, se podría decir que la naturaleza jurídica de los convenios internacionales de la OIT radica en que son aprobados por los Estados representados por el tripartismo, de donde

emergen obligaciones jurídicas en el marco de la relación entre los Estados y de la Organización Internacional del Trabajo como control externo e internacional del cumplimiento (Corte Constitucional, 2012).

La Declaración de Filadelfia da paso a las características especiales de los convenios de la Organización, para constituir elementos de los derechos humanos. En palabras de Von Potobsky (1998), estos tienen categoría de tratados con los rasgos propios o ya mencionados. La Corte Constitucional (1992d) ha reafirmado estos principios sobre la naturaleza jurídica de los convenios de la OIT:

Si bien es cierto que los actos del Convenio de la OIT no reúnen ni por su forma de adopción ni por su trámite las exigencias establecidas por la Convención de Viena para los tratados que se celebran entre Estados, sí pueden tenerse como tales a pesar de sus diferencias, pues son instrumentos de carácter internacional que contienen normas de Derecho, adoptadas por un órgano colectivo (Conferencia Internacional del Trabajo) en cuyo seno se encuentran representaciones de los Estados miembros y que solo obligan a quienes los ratifiquen. Y que dadas esas peculiaridades especiales que los caracterizan y distinguen se rigen por las propias normas contenidas en la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo y en lo no contemplado en ellas en las normas de Derecho Internacional relativas a los tratados comunes u ordinarios. Corresponde a los Estados miembros de la OIT acatar las reglas establecidas en dichas normas para la aprobación y cumplimiento de los convenios internacionales del trabajo, pues a ello se comprometieron cuando decidieron formar parte de esta Organización (p. 16).

En el derecho internacional se han establecido las llamadas cláusulas *self executing*, que se pueden traducir como una cláusula de aplicabilidad inmediata o *direct effect*, es decir, de efecto directo o eficacia directa. Para Roland Bank (2009):

Una regla puede ser calificada como *self executing*, en el sentido objetivo, si sus condiciones y consecuencias jurídicas están claramente definidas y, en el sentido subjetivo, si las partes del tratado intentaron la aplicación inmediata cuando culminaron su redacción. En el ejemplo de la Convención Europea de Derechos Humanos, sólo son *self executing* las garantías materiales —sea de la propia Convención o sea de los protocolos adicionales—, mientras que otras reglas, como aquellas sobre la formación de la Corte Europea de los Derechos Humanos, no se pretende que sean aplicadas en los Estados miembros de la Convención; están dirigidas a los propios

Estados miembros y no a personas naturales ni a los órganos ejecutivos o jurídicos de esos Estados (p. 7).

Claudio Nash (2012) sostiene que las normas *self executing* contenidas en los tratados de derechos humanos deben ser aplicables sin necesidad de una legislación reglamentaria y no requieren legislaciones internas para su efectiva aplicación. Malcolm Shaw (1995) afirma que la cuestión de cuáles son los tratados autoejecutivos y cuáles no lo son le corresponde al Poder Judicial.

Para Eduardo Jiménez de Aréchega (1988), el concepto de disposiciones autoejecutivas y las razones fundamentales que originan esa noción han sido elaborados por la doctrina y la práctica del derecho internacional con respecto a la aplicación de estipulaciones contenidas en tratados internacionales invocados por un individuo ante un juez. No obstante, ese concepto también puede extenderse a las normas del derecho internacional consuetudinario. Se puede hablar también de reglas de la costumbre internacional ejecutables por sí mismas (*self executing*).

La estipulación de un tratado se considera como ejecutable por sí misma (*self executing*) cuando es susceptible de una aplicación inmediata y directa, sin que sea necesaria una acción jurídica complementaria para su implementación o su exigibilidad. Se habla de autoejecutividad cuando la disposición ha sido redactada en tal forma que de ella surge una regla que los tribunales judiciales internos pueden aplicar en un caso dado. La fórmula utilizada por Marshall, célebre presidente de la Corte Suprema de los Estados Unidos, es que una norma es ejecutable por sí misma (*self executing*) “toda vez que opere por sí sin ayuda de una disposición legislativa” (citado en Jiménez, 1988, p. 27).

En varias oportunidades la Corte Constitucional ha señalado que es necesario que los convenios sobre derechos humanos contengan cláusulas *non self executing*, las cuales deben ser aplicadas previa reglamentación de las autoridades correspondientes. La Sentencia C-291 de 2017, en el salvamento de voto del magistrado Humberto Sierra Porto, señala que las cláusulas *non self executing* en los convenios sobre derechos humanos, como los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y el Protocolo II de Ginebra de 1977, son disposiciones convencionales que requieren que los respectivos legisladores internos las desarrollen, en ejercicio de su libertad de configuración normativa.

Para Nicolas Valticos (1977), las principales dificultades que han surgido en la aplicación de los convenios de la OIT en el derecho interno han sido, entre otras, algunas cláusulas *non self executing*, toda vez que han sido argumentos por parte de algunos Estados para no aplicar cláusulas de tales convenios de la OIT. Según Valticos, la Comisión de expertos en aplicación de convenios y recomendaciones señaló en su informe de 2003 sobre la observación individual del Convenio número 120 de la OIT:

[...] aunque en general las disposiciones de los convenios de la OIT no son *self executing*, el convenio 4 del Convenio requiere expresamente la adopción de una legislación a nivel nacional para garantizar la aplicación de las medidas básicas de higiene establecida en la parte segunda (p. 509).

Así, para que un convenio ratificado tenga efectos jurídicos internos, sus disposiciones deben tener un carácter *autoejecutivo*, es decir, permiten su aplicación inmediata en el derecho interno. Según Valticos, los convenios de la OIT carecen de este carácter, por lo que se requiere adoptar una legislación reglamentaria o complementaria.

La tesis de Nicolas Valticos es retomada por Xavier Beaudonnet (2009), para quien los criterios para determinar el carácter *self executing* de un tratado son:

1. La intención de las partes de adoptar disposiciones que no requieren legislación previa para su puesta en práctica.
2. La precisión y el detalle de los términos utilizados por el tratado.
3. La competencia de los tribunales frente a los sujetos cubiertos por el tratado en el respeto de la separación de poderes.

En consecuencia, para este autor y en coincidencia con Valticos, la mayoría de los convenios de la OIT contiene cláusulas *non self executing* que requieren reglamentación por parte de los Estados, lo que posibilita su incumplimiento (Beaudonnet, 2009).

Sin embargo, ninguno de los autores anteriores hace claridad sobre las cláusulas de los convenios sobre derechos humanos producidos por la OIT o los que se refieren a los principios fundamentales, acerca de los cuales no cabe duda de

que aunque contengan algunas cláusulas non self executing, reglamentarlos o no, no exime al Estado de su aplicación.

La Corte Constitucional (2007) ha establecido que:

Las normas que forman parte del bloque de constitucionalidad cumplen diversas funciones dentro del ordenamiento jurídico colombiano; en relación con el establecimiento de límites al margen de configuración del Legislador en materia penal, el bloque de constitucionalidad cumple dos funciones distintas: una función interpretativa —sirve de parámetro guía en la interpretación del contenido de las cláusulas constitucionales y en la identificación de las limitaciones admisibles a los derechos fundamentales—, y una función integradora —provisión de parámetros específicos de constitucionalidad en ausencia de disposiciones constitucionales expresas, por remisión directa de los artículos 93, 94, 44 y 53 Superiores—. Ambas funciones han sido aplicadas por la Corte Constitucional en su jurisprudencia sobre los límites del margen de configuración del Legislador en materia penal, sea para identificar un desconocimiento de la Constitución con la ayuda interpretativa de las normas incluidas en el bloque, o para aplicar directamente los parámetros establecidos por tales normas en ausencia de una cláusula constitucional específica (p. 21).

La Corte Constitucional (1993) señaló que, según el Artículo 224 del ordenamiento superior, para la validez de todo tratado o convenio internacional es requisito indispensable que el Congreso de la República le dé su aprobación; cumplido este trámite, entra a formar parte de la legislación interna, previo control de constitucionalidad.

El Artículo 224 C instituye:

Los tratados, para su validez, deberán ser aprobados por el Congreso. Sin embargo, el presidente de la República podrá dar aplicación provisional a los tratados de naturaleza económica y comercial aprobados en el ámbito de organismos internacionales, que así lo dispongan. En este caso, tan pronto como un tratado entre en vigor provisionalmente, deberá enviarse al Congreso para su aprobación. Si el Congreso no lo aprueba, se suspenderá la aplicación del tratado.

Por su parte, el Artículo 150, numeral 16, de la Constitución describe las funciones que debe cumplir el Congreso:

Aprobar o improbar los tratados que el Gobierno celebre con otros Estados o con otras entidades de derecho internacional. Por medio de dichos tratados podrá el Estado, sobre bases de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional, transferir parcialmente determinadas atribuciones a organismos internacionales, que tengan por objeto promover o consolidar la integración económica con otros Estados.

No hay duda de la obligatoriedad por parte del órgano legislativo de dar su aprobación para la validez e incorporación de los instrumentos internacionales referidos.

En Sentencia C-109 de 1998, expresa que si bien los convenios de la OIT no revisten en su adaptación los trámites que exige la Convención de Viena para tratados internacionales, deben asimilarse a estos, en especial en cuanto a la necesidad de su aprobación interna por el órgano legislativo. Así lo ha precisado la Corte (1992d):

Si bien es cierto que los actos del Convenio de la OIT, no reúnen ni por su forma de adopción ni por su trámite las exigencias establecidas por la Convención de Viena para los tratados que se celebran entre los Estados, sí pueden tenerse como tales a pesar de sus diferencias, pues son instrumentos de carácter internacional que contienen normas de Derecho, adoptadas por un órgano colectivo que sólo obligan a quienes ratifiquen, corresponde a los Estados miembros de la OIT, acatar las reglas establecidas en dichas normas (OIT), para la aprobación y cumplimiento de los convenios internacionales del trabajo, pues a ello se comprometieron cuando decidieron formar parte de esta Organización.

En vista de que en los diversos informes de magistrados de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia se ha puesto de presente la queja por algunos organismos especializados de la OIT, sobre numerosos y reiterados incumplimientos de convenios y de recomendaciones de la OIT, y que aparentemente las autoridades competentes no han tomado las medidas adecuadas para enmendar su omisión de aminorar sus efectos, esta Corte advierte la necesidad de promover la aplicación efectiva de tales convenios y recomendaciones a nivel nacional como quiera que ello resulta ser, a la luz de los principios y valores consagrados en la Constitución vigente, un imperativo ineludible tal como se desprende del texto de los artículos 1, 7, 13, 25, 38, 39, 48, 53, 54, 55, 56 y 93. Igualmente resulta comprometido el principio de la efectividad real de los derechos y deberes consagrados en la Constitución. Lo anterior debe responder también a un serio propósito de observar estrictamente los compromisos adquiridos por el país con la comunidad internacional, praxis funda-

mental de las relaciones entre entes soberanos ceñido a los dictados tanto de la buena fe como del derecho internacional (p. 32).

Respecto a las leyes aprobatorias de tratados, la Corte ha dicho que desde el punto de vista material y formal son normas con un estatus jurídico independiente de los tratados que la aprueban (Mont, 1984). Así, el control constitucional previo se ubica en un sistema de relaciones de coordinación entre los órganos públicos, pues impulsa el proceso de perfeccionamiento de los instrumentos internacionales para preservar la supremacía de la Constitución, sobre la base de que todos los tratados nacionales tienen vocación para producir efectos jurídicos vinculados para los Estados que los ratifican.

El concepto de ley aprobatoria de tratado lleva implícita una cualificación constitucional tanto por su contenido como por el lugar que ocupa en el ordenamiento. Apunta a permitir que el país se relacione jurídicamente con otros Estados, toda vez que tal aprobación es una etapa indispensable para el perfeccionamiento del acto jurídico que obliga al Estado en el ámbito internacional. Por consiguiente, con este tipo de leyes se afinan situaciones con una consecuencia jurídica clara si el Ejecutivo ratifica el tratado, pues se generan para el país derechos y obligaciones en el campo supranacional.

Asimismo, las leyes aprobatorias de tratados son normas especiales que regulan materias específicas cuyos objetivos están señalados expresamente en la Constitución, porque se dirigen a promover o consolidar la integración económica, social y política con otros Estados (CP, arts. 150-16 y 227), a modificar los límites de la República y reconocer derechos de nacionalidad a los miembros de pueblos indígenas que comparten territorios fronterizos (CP, arts. 96-C y 101), aprobar el reconocimiento de derechos humanos y prohibir su limitación en estados de excepción (CP, arts. 44 y 93) o regular relaciones de trabajo en el derecho interno (CP, art. 53).

En consecuencia, el Legislador goza de una libertad menor que en relación con las leyes ordinarias, en la medida en que no puede modificar su contenido sustancial con nuevas cláusulas, pues solo puede improbar la totalidad del tratado o de ciertas reglas. Ocupan un lugar particular en el ordenamiento, ya que no pueden ser derogadas por una ley posterior ni ser sometidas a un referendo derogatorio (CP, art. 170), puesto que es necesario asegurar el cumplimiento de los

compromisos internacionales adquiridos por parte del Estado colombiano (CP, art. 9).

En Colombia, esta situación tiene como fundamento que, al ser parte del bloque de constitucionalidad, los convenios de derechos humanos se convierten en parte integrante de la Constitución, por lo que prevalecen frente a la norma interna (Código Sustantivo del Trabajo). Estos convenios se asumen como normas constitucionales que, en términos del Artículo 4 de la Constitución Política, es norma de normas. De aquí que no requiere reglamentación para su aplicabilidad directa en caso de que ella pueda resolver alguna conflictividad en el mundo del trabajo (Ozden, 2015). Así lo ha manifestado la Corte Constitucional en cuanto al Artículo 53 de la Carta Política, que establece: “[...] el Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios fundamentales [...]” y, a pesar de su ausencia, este Artículo tiene aplicabilidad directa (Corte Constitucional, 2006).

Veamos algunas características de estos convenios y sus cláusulas *self executing* y *non self executing*.

El Convenio número 87 de la OIT sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, ratificado por Colombia mediante la Ley 26 de 1976, dispone en su Artículo 2:

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.

Este artículo no consagra ningún condicionamiento para su aplicación, por lo que es de aplicación inmediata y genera derechos exigibles ante los operadores judiciales, es decir, se trata de una cláusula *self executing*, al igual que los Artículos 3, 4, 5, 6, 7, 8, 10, 11²⁷ del citado Convenio.

.....
27 “Artículo 3. 1. 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. 2. Las autoridades públicas deberán abstenerse de toda intervención que tienda a limitar este derecho o a entorpecer su ejercicio legal.

Artículo 4. Las organizaciones de trabajadores y de empleadores no están sujetas a disolución o suspensión por vía administrativa.

•Los convenios internacionales de la organización Internacional del Trabajo•

Por el contrario, el Artículo 9 establece en su numeral 1 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”. En términos teóricos, esta sería una típica cláusula *non self executing*, puesto que establece, tanto en castellano como en inglés²⁸ y francés²⁹, que el Estado determinará si a las Fuerzas Militares y a la Policía se les aplica el Convenio número 87. En Colombia, el Artículo 39 de la Constitución Política consagra que no gozan del derecho de asociación sindical los miembros de la Fuerza Pública, entre los cuales se encuentra la Policía Nacional. El Convenio número 98 de la OIT define en su Artículo 5 que la legislación nacional determinará el alcance de la negociación de las Fuerzas Armadas y de Policía, en concordancia con el Artículo 1, numeral 2, del Convenio número 154.

No obstante, en algún país en donde la legislación interna no regule esta aplicación, el Artículo 9, numeral 1, no podría considerarse como una cláusula *non self executing*, so pretexto de que el Estado no ha determinado la no aplicación a las Fuerzas Militares; si no se determina, se entenderá que las Fuerzas Militares gozan del ejercicio del derecho de asociación sindical, porque se trata de un

Artículo 5. Las organizaciones de trabajadores y de empleadores tienen el derecho de constituir federaciones y confederaciones, así como el de afiliarse a las mismas, y toda organización, federación o confederación tiene el derecho de afiliarse a organizaciones internacionales de trabajadores y de empleadores.

Artículo 6. Las disposiciones de los artículos 2, 3 y 4 de este Convenio se aplican a las federaciones y confederaciones de organizaciones de trabajadores y de empleadores.

Artículo 7. La adquisición de la personalidad jurídica por las organizaciones de trabajadores y de empleadores, sus federaciones y confederaciones no puede estar sujeta a condiciones cuya naturaleza limite la aplicación de las disposiciones de los artículos 2, 3 y 4 de este Convenio.

Artículo 8. 1. Al ejercer los derechos que se les reconocen en el presente Convenio, los trabajadores, los empleadores y sus organizaciones respectivas están obligados, lo mismo que las demás personas o las colectividades organizadas, a respetar la legalidad. 2. La legislación nacional no menoscabará ni será aplicada de suerte que menoscabe las garantías previstas por el presente Convenio.

Artículo 10. En el presente Convenio, 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.

Artículo 11. Todo miembro de la Organización Internacional del Trabajo para el cual esté en vigor el presente Convenio se obliga a adoptar todas las medidas necesarias y apropiadas para garantizar a los trabajadores y a los empleadores el libre ejercicio del derecho de sindicación”.

28 “Article 9.1. La mesure dans laquelle les garanties prévues par la présente convention s'appliqueront aux forces armées et à la police sera déterminée par la législation nationale”.

29 “Article 9.1. The extent to which the guarantees provided for in this Convention shall apply to the armed forces and the police shall be determined by national laws or regulations”.

convenio sobre derechos humanos, reconocido por los organismos internacionales que regulan este tipo de disposiciones.

Los Artículos 1, 2 y 6³⁰ del Convenio número 98 de la OIT sobre el derecho de sindicación y negociación colectiva ratificado por Colombia mediante la Ley 27 de 1976, son cláusulas self executing porque son de aplicación directa sin condicionamiento. Sin embargo, el Artículo 3³¹ expresa que deberán “crearse organismos adecuados” que, en Colombia es el Ministerio de Trabajo, instituido por la Ley 1444 de 2011 y el Decreto 4108 de 2011³². Un Estado que ha suscrito el Convenio número 98 y no cuenta con un organismo que garantice el derecho de sindicalización tiene la obligación de hacer respetar tal derecho, así como los Artículos 4³³ y 5³⁴ del mismo. Estos Artículos, que aparentemente serían non self

.....
30 “Artículo 1.1. Los trabajadores deberán gozar de adecuada protección contra todo acto de discriminación tendiente a menoscabar la libertad sindical en relación con su empleo.

2. Dicha protección deberá ejercerse especialmente contra todo acto que tenga por objeto:

(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.

Artículo 2.1. Las organizaciones de trabajadores y de empleadores deberán gozar de adecuada protección contra todo acto de injerencia de unas respecto de las otras, ya se realice directamente o por medio de sus agentes o miembros, en su constitución, funcionamiento o administración. 2. Se consideran actos de injerencia, en el sentido del presente artículo, principalmente, las medidas que tiendan a fomentar la constitución de organizaciones de trabajadores dominadas por un empleador o una organización de empleadores, o a sostener económicamente, o en otra forma, organizaciones de trabajadores, con objeto de colocar estas organizaciones bajo el control de un empleador o de una organización de empleadores.

Artículo 6. El presente Convenio no trata de la situación de los funcionarios públicos en la administración del Estado y no deberá interpretarse, en modo alguno, en menoscabo de sus derechos o de su estatuto”.

31 Artículo 3. Deberán crearse organismos adecuados a las condiciones nacionales, cuando ello sea necesario, para garantizar el respeto al derecho de sindicación definido en los artículos precedentes.

32 “Artículo 22. Funciones del despacho del viceministro de relaciones laborales e inspección. Son funciones del Despacho del Viceministro de Relaciones Laborales e Inspección, además de las establecidas en el artículo 62 de la Ley 489 de 1998, las siguientes:

1. Proponer, coordinar y evaluar políticas que promuevan el principio del trabajo decente, relaciones individuales y colectivas del trabajo, libertad sindical, fortalecimiento de los actores sociales, protección de los derechos fundamentales del trabajo, protección laboral de las poblaciones vulnerables, y de inclusión laboral [...]”.

33 “Artículo 4. Deberán adoptarse medidas adecuadas a las condiciones nacionales, cuando ello sea necesario, para estimular y fomentar entre los empleadores y las organizaciones de empleadores, por una parte, y las organizaciones de trabajadores, por otra, el pleno desarrollo y uso de procedimientos de negociación voluntaria, con objeto de reglamentar, por medio de contratos colectivos, las condiciones de empleo”.

34 “Artículo 5. 1. La legislación nacional deberá determinar el alcance de las garantías previstas en el presente Convenio en lo que se refiere a su aplicación a las fuerzas armadas y a la policía.

•Los convenios internacionales de la organización Internacional del Trabajo•

executing, deberán ser aplicables de manera directa así no tenga reglamentación de los Estados, porque se trata de un convenio sobre derechos humanos (Ostau de Lafont y Niño, 2010).

El Artículo 7³⁵ del Convenio número 151 sobre las relaciones de trabajo en la Administración pública expresa: “Deberán adoptarse, de ser necesario”, las condiciones y medidas para que los funcionarios utilicen los procedimientos de negociación colectiva en los términos del Convenio número 154 sobre la negociación colectiva, cuyo Artículo 2³⁶ sostiene que la expresión “negociación colectiva” consiste en fijar las condiciones de trabajo y de empleo y regular las relaciones entre empleadores y trabajadores y sus organizaciones.

En Colombia, la negociación colectiva es aplicable a los empleados públicos en forma limitante, pues la Constitución Política dice que las condiciones de trabajo son definidas por el Congreso de la República. En un Estado en donde no existiera esta limitación, los empleados públicos tendrían derecho a una negociación colectiva sin necesidad de que se reglamente el Artículo 7 del Convenio número 151, dado que es principio del Convenio número 154 que las partes definan los procedimientos de negociación, sobre el principio de buena fe y la garantía de la autonomía de la negociación. Al ser considerados los Convenios número 87, 98, 151 y 154 de la OIT como convenios de derechos humanos, no deben ser reglamentados por el Estado para lograr su aplicabilidad directa por parte de los operadores judiciales.

2. De acuerdo con los principios establecidos en el párrafo 8 del artículo 19 de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo, la ratificación de este Convenio por un Miembro no podrá considerarse que menoscaba en modo alguno las leyes, sentencias, costumbres o acuerdos ya existentes, que concedan a los miembros de las fuerzas armadas y de la policía las garantías prescritas en este Convenio”.

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

36 “A los efectos del presente Convenio, la expresión negociación colectiva comprende todas las negociaciones que tienen lugar entre un empleador, un grupo de empleadores o una organización o varias organizaciones de empleadores, por una parte, y una organización o varias organizaciones de trabajadores, por otra, con el fin de:

- (a) fijar las condiciones de trabajo y empleo, o
- (b) regular las relaciones entre empleadores y trabajadores, o
- (c) Regular las relaciones entre empleadores o sus organizaciones y una organización o varias organizaciones de trabajadores, o lograr todos estos fines a la vez”.

Si bien en la Constitución no quedó expresamente establecido que los derechos laborales eran derechos humanos, sí es evidente que su marco filosófico, en pos de la paz universal, gira en torno al proteccionismo del trabajo humano.

Al observar la Declaración de Filadelfia de 1944, la Declaración universal de los derechos humanos, los pactos internacionales de 1966 y la Declaración de los principios fundamentales de la OIT de 1998, es indudable que los convenios de la OIT, las recomendaciones y los pronunciamientos de sus organismos de control versan sobre derechos humanos laborales, porque tratan sobre elementos jurídicos para resolver la existencia básica del ser humano en el mundo del trabajo, como producto del tripartismo (Gobierno, empleadores y trabajadores).

Los derechos humanos laborales están en el centro de los derechos humanos de primera, segunda y tercera generación, porque a partir del trabajo rige su existencia, dignificación, respeto y protección (Vargas, 2008). De conformidad con los criterios de la Corte Constitucional³⁷ y las recomendaciones y observaciones de los organismos internacionales de derechos humanos, los derechos laborales forman parte del bloque de constitucionalidad y deben ser tenidos en cuenta para interpretar los derechos fundamentales consagrados en la Carta Política.

En 1968, las memorias de la Conferencia Internacional del Trabajo produjeron un documento denominado *La OIT y los derechos humanos*, en el cual queda claro que el mundo del trabajo siempre ha sido parte tanto de los derechos humanos, desde la aparición de dicho concepto en las Naciones Unidas, como de la acción general de control internacional de la aplicación de las normas

.....
37 "La conformidad de la legislación interna con los tratados internacionales y con las obligaciones contraídas por el Estado colombiano con otros Estados o con entidades supranacionales es exigida con mayor rigor por la Constitución Política cuando se trata de la aplicación y el ejercicio de los derechos fundamentales, según resulta con nitidez meridiana del artículo 93 de la Carta Política, a cuyo tenor los tratados y convenios internacionales que hubiere aprobado el Congreso y ratificado el Ejecutivo, mediante los cuales se reconocen los derechos humanos y en los que se prohíbe su limitación en los Estados de excepción, prevalecen en el orden interno [...]. De conformidad con el artículo 93 constitucional, los tratados internacionales de derechos humanos hacen parte del bloque de constitucionalidad bien sea esta figura entendida en sentido estricto o en sentido lato. La jurisprudencia de las instancias internacionales constituye una pauta relevante para la interpretación de los enunciados normativos contenidos en instrumentos internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad, cosa diferente a atribuirle a dicha jurisprudencia directamente el carácter de bloque de constitucionalidad. Adicionalmente, la Corte ha sido enfática en referirse a la jurisprudencia proveniente de instancias internacionales, alusión que atañe exclusivamente a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, única instancia judicial del Sistema Interamericano. Por lo tanto, con menor razón podría atribuírsele el carácter de bloque de constitucionalidad a las recomendaciones y observaciones formuladas por otros organismos internacionales que no tienen atribuciones judiciales, lo que no excluye que las recomendaciones y observaciones formuladas por organismos de esta naturaleza puedan ser tenidas en cuenta para interpretar los derechos fundamentales contenidos en la Carta de 1991, y que su relevancia varíe según sea su naturaleza y función a la luz del tratado internacional correspondiente" (Corte Constitucional, 1996).

de los derechos humanos (la libertad, la igualdad, la seguridad económica y la dignidad)³⁸. Entonces, los derechos humanos laborales son todos aquellos derechos consagrados en los instrumentos internacionales de derechos humanos, incluidos los convenios de la OIT que, en términos de universalidad, reconocen a los trabajadores con respeto por la dignidad humana y las necesidades básicas en el mundo del trabajo (Aymerich, 2001).

En Colombia, la Corte Constitucional ha definido que son fuentes directas de aplicación en materia laboral los convenios internacionales ratificados, que forman parte del bloque de constitucionalidad, con prevalencia en el ordenamiento normativo interno (Ostau de Lafont y Niño, 2010). De ahí que el derecho internacional del trabajo, mediante los convenios de los últimos años de la OIT, ha adquirido preponderancia como fuente directa de aplicación normativa, razón por la cual las cláusulas de los convenios *self executing* pueden ser aplicadas de inmediato.

Dado lo anterior, se puede señalar que los tratados internacionales ratificados por Colombia prevalecen sobre la norma del derecho interno (Código Sustantivo del Trabajo), ya sea por ser parte del bloque de constitucionalidad, por aplicación del principio de favorabilidad, por la declaratoria de inexecutable de la Corte Constitucional o por vía de excepción de inconstitucionalidad de los operadores judiciales (Plá, 1965). En este último caso, deben entenderse por operadores judiciales los jueces y aquellos organismos, abogados, empleadores y trabajadores que apliquen directa o indirectamente la normatividad laboral.

.....
38 "110. Las normas internacionales del trabajo y las disposiciones de los tratados sobre derechos humanos de las Naciones Unidas que guardan relación con dichas normas, se completan y refuerzan mutuamente. Así pues, la estrecha colaboración entre la OIT y las Naciones Unidas por lo que respecta a los tratados sobre derechos humanos, constituye una importante estrategia con miras a aumentar la repercusión de las normas de la OIT, así como para garantizar la uniformidad y coherencia en el sistema de las Naciones Unidas en lo que concierne a los derechos humanos en el trabajo.

111. La Oficina continuó sus actividades con los órganos de las Naciones Unidas relativos a los derechos humanos que se encargan del control de la aplicación de los instrumentos que se indican a continuación:

- Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
- Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer.
- Convención internacional sobre la eliminación de toda forma de discriminación racial.
- Convención sobre los derechos del niño.
- Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares.
- Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad" (OIT, 2011, p. 32).

Los convenios internacionales del trabajo son instrumentos que, al igual que las recomendaciones, surgen del tripartismo y crean obligaciones jurídicas al ser ratificados. No obstante, las recomendaciones no son ratificadas, por cuanto solo señalan pautas para aplicar los mencionados convenios (Valticos, 1977). Ahora bien, de conformidad con el Artículo 19, numeral 8, de la Constitución de la OIT, los convenios y las recomendaciones, “pueden menoscabar cualquier ley, sentencia, costumbre o acuerdo que garantice a los trabajadores condiciones más favorables de las que [figuren en estas]”.

En virtud del Artículo 19, numeral 5, literal d) de la Constitución de la OIT, los Estados que ratifican un convenio se comprometen a “adoptar las medidas necesarias para hacer efectiva las disposiciones de dicho convenio” (Servais, 2008, p. 3). El numeral 6 del mismo Artículo fija las obligaciones de los miembros en cuanto a las recomendaciones, entre ellas, informar al director de la OIT sobre las medidas adoptadas para su cumplimiento, disposiciones, modificaciones, etc. (Valticos, 1977).

Las obligaciones jurídicas que surgen para los Estados al ratificar los convenios incluyen la adopción de las medidas para hacer efectivo el cumplimiento en el orden interno. Entre ellas se encuentran las recomendaciones de los organismos de control, por lo que la obligación jurídica no solo es el cumplimiento *per se*, sino también el acatamiento de las regulaciones de la Constitución de la OIT (Süssekind, 2000).

Criterios de los órganos de control de la OIT

En cuanto a interpretación de los convenios se pueden mencionar dos órganos: la Comisión de expertos en aplicación de convenios y recomendaciones y la Comisión de aplicación de normas. Son mecanismos reguladores de control de las obligaciones instituidas en los convenios y las recomendaciones y tienen su base constitucional en el Artículo 22³⁹, que contiene el compromiso de los miembros de presentar un memorial anual sobre las medidas que se hayan adoptado para poner en ejecución los convenios y los Artículos 19 y 35 de la Constitución de la OIT.

.....
39 “Cada uno de los miembros se obliga a presentar a la Oficina Internacional del Trabajo una memoria anual sobre las medidas que haya adoptado para poner en ejecución los convenios a los cuales se haya adherido. Estas memorias serán redactadas en la forma que indique el Consejo de Administración y deberán contener los datos que este solicite” (OIT, 1919, art. 22).

•Los convenios internacionales de la organización Internacional del Trabajo•

Los mencionados organismos de control emiten una serie de recomendaciones que se han ido convirtiendo en elementos interpretativos de los convenios de la OIT. Lo anterior no es óbice para recordar que, de conformidad con el Artículo 37, numeral 1, de la Constitución de la OIT⁴⁰, la Corte Internacional de Justicia es el único organismo competente para interpretar dicha Constitución y los convenios. Sin embargo, no se puede desconocer que los criterios de aplicabilidad de los organismos de control aprobados por el Consejo de Administración, tienen plena obligatoriedad jurídica para los Estados. En caso de que un Estado no esté de acuerdo con la interpretación de los organismos de la OIT, deberá acudir a la Corte Internacional de Justicia.

Asimismo, existen mecanismos de control especiales con fundamento en los Artículos 24 y 25⁴¹ de la Constitución de la OIT, a los cuales se puede asistir a manera de reclamaciones relacionadas con la observancia de convenios ratificados y de quejas respecto a la aplicación de los convenios ratificados.

El Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración y la Comisión de Investigación y Conciliación en materia de libertad sindical son los entes encargados de conocer las quejas por violación de la libertad sindical y de pronunciarse sobre la fuerza jurídica de las recomendaciones de los organismos de control. El primero tiene un procedimiento especial interno y sus recomendaciones y conclusiones son sometidas al Consejo de Administración. El segundo organismo tiene un procedimiento parecido al de la Comisión de Encuesta.

Surge la inquietud acerca de cómo la obligatoriedad jurídica de las recomendaciones del Comité de Libertad Sindical es aplicada por las autoridades administrativas, judiciales y todos los operadores públicos y privados del país. Es preciso reiterar que la Constitución Política de Colombia, en sus Artículos 9, 53

40 "Todas las cuestiones o dificultades relativas a la interpretación de esta Constitución y de los convenios ulteriormente concluidos por los miembros en virtud de las disposiciones de esta Constitución serán sometidas a la Corte Internacional de Justicia para su resolución" (OIT, 1919, art. 37.1).

41 "El director general presentará en la siguiente reunión de la Conferencia un resumen de las informaciones y memorias que le hayan comunicado los miembros en cumplimiento de los artículos 19 y 22.

[...] Artículo 23. 2. Todo miembro comunicará a las organizaciones representativas reconocidas, a los efectos del artículo 3, copia de las informaciones y memorias que haya enviado al director general en cumplimiento de los artículos 19 y 22.

[...] Artículo 25. Si en un plazo prudencial no se recibiere ninguna declaración del gobierno contra el cual se haya presentado la reclamación, o si la declaración recibida no se considerare satisfactoria por el Consejo de Administración, este podrá hacer pública la reclamación y, en su caso, la respuesta recibida" (OIT, 1919).

y 93, ha señalado que los convenios internacionales de la OIT ratificados por Colombia son parte del régimen interno. La Corte Constitucional ha construido la teoría del bloque de constitucionalidad e indica que algunos convenios de la OIT forman parte de él (Ostau de Lafont y Niño, 2010). En varias oportunidades, esta Corporación se ha pronunciado sobre la obligatoriedad de las recomendaciones del Comité de Libertad Sindical en Colombia, como es el caso del Auto 078A de 1999⁴², de la Sentencia T-568 de 1999⁴³, Sentencia T-1211 de 2000⁴⁴ y Sentencia

.....
42 La Corte Constitucional reitera la importancia de las recomendaciones de la Conferencia General de la OIT, pero “las diferencia de las recomendaciones de sus órganos de control, el Comité de Libertad Sindical y el Consejo de Administración para el caso específico, quienes son los intérpretes legítimos de la Constitución de la OIT y de los convenios aplicables a la queja que el sindicato actor presentó en contra de Colombia como Estado miembro y obligado por esas normas a acatar los resultados del trámite de las quejas. Es cierto que las recomendaciones del Comité citado, una vez acogidas por el Consejo de Administración, pueden ser impugnadas por el Estado miembro ante la Corte Internacional de Justicia (artículo 29 de la Constitución de la OIT), pero hasta donde consta, el gobierno colombiano no hizo uso de esa atribución” (Corte Constitucional, 1999i, p. 13).

43 “Los principales órganos de control y aplicación de los procedimientos son tres: las Comisiones de Encuesta, la Comisión de Investigación y de Conciliación, y el Comité de Libertad Sindical. Las primeras están previstas en la Constitución de la OIT (art. 26) y los dos restantes fueron creadas en desarrollo de las funciones del Consejo. El Comité de Libertad Sindical es el organismo especializado de la OIT que examina las quejas que se reciben sobre violaciones a la libertad sindical, y en ese proceso estudia las legislaciones domésticas sobre sindicalización, negociación y huelgas, y examina las medidas de hecho que se tomen en los Estados contra estas libertades. Es una instancia previa a la Comisión de Investigación y Conciliación. Sus recomendaciones están dirigidas al Consejo de Administración, a fin de que este pueda decidir el rechazo de una queja, darle traslado a la Comisión para un examen más detenido o señalar a los gobiernos las anomalías encontradas y su posible solución, en relación con los derechos sindicales y su ejercicio dentro de un contexto necesario de respeto de los derechos humanos.

[...] los órganos de control también emiten recomendaciones y, en ocasiones son vinculantes. Es el caso, por ejemplo, de las que profiere la Comisión Interamericana de Derechos Humanos: ‘La Comisión es competente, en los términos de las atribuciones que le confieren los artículos 41 y 42 de la Convención, para calificar cualquier norma del derecho interno de un Estado parte como violatoria de las obligaciones que este ha asumido al ratificarla o adherir a ella’; ‘39. Como consecuencia de esta calificación, podrá la Comisión recomendar al Estado la derogación o reforma de la norma violatoria [...]’. Por último, ‘Todos los órganos de los Estados partes tienen la obligación de cumplir de buena fe las recomendaciones emitidas por la Comisión, no pudiendo esta establecer el modo de ejecutarlas a nivel interno [...] siendo por tanto el Estado [...] el que debe determinar la forma de cumplir con las mismas’.

El Comité de Libertad Sindical es un órgano de control de la OIT; confronta las situaciones de hecho que se le presentan o las normas internas de los Estados, con las normas internacionales aplicables según los tratados ratificados por los Estados involucrados (en este caso, la Constitución de la OIT y los convenios sobre libertad sindical); luego, formula recomendaciones y las somete al Consejo de Administración, ya que este es el órgano que puede emitir recomendaciones de carácter vinculante según las normas que rigen la organización. En este caso, el Consejo recibió el informe del Comité y sus recomendaciones, y encontró que el asunto no requería mayor investigación, ni modificó los textos que se le presentaron; antes bien, los asumió, los incorporó a las actas de la reunión, y los publicó como parte de su informe oficial de esa sesión a la comunidad de Estados miembros; por tanto, esta recomendación constituye una orden expresa vinculante para el gobierno colombiano. Colombia está obligada, en virtud de su calidad de Estado parte del Tratado Constitutivo de la OIT, a acatar las recomendaciones del Consejo de Administración (arts. 24 y ss.)” (Corte Constitucional, 1999d, p. 12).

44 “[...] es claro que el bloque de constitucionalidad debe construirse a partir del Preámbulo de la Carta Política, e incluir los artículos 1, 5, 39, 53, 56 y 93 de ese Estatuto Superior, pues en esas normas están consagrados los

•Los convenios internacionales de la organización Internacional del Trabajo.

T-603 de 2003⁴⁵, en los que reafirma el criterio según el cual en Colombia las recomendaciones del Comité de Libertad Sindical son de carácter obligatorio, por cuanto son parte del bloque de constitucionalidad⁴⁶. Estos argumentos han sido sostenidos por la Corte Constitucional y se podrían resumir en que los derechos laborales y, en este caso, los convenios de la OIT, tratan sobre derechos humanos (Canessa, 2007).

La Constitución de la OIT expresa en su Artículo 37, numeral 1, que “todas las cuestiones o dificultades relativas a la interpretación de esta constitución y de los convenios ulteriormente concluidos por los miembros en virtud de las disposiciones de ésta acudieran a la Corte Internacional de Justicia para su resolución” (OIT, 1919).

derechos que reclama el Sindicato actor como violados; también procede incluir la Constitución de la OIT y los Convenios 87 y 98 sobre libertad sindical (tratado y convenios debidamente ratificados por el Congreso, que versan sobre derechos que no pueden ser suspendidos ni aun bajo los estados de excepción); además, los artículos pertinentes de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y la Convención Americana de Derechos Humanos. Se confrontarán con ellos los artículos 430 y el 450 del Código Laboral, subrogado por el artículo 65 de la ley 50/1990 ('casos de ilegalidad y sanciones'), puesto que en ellos se basaron el despido, los fallos de los jueces ordinarios y, en parte, las providencias bajo revisión; y, claro está, la recomendación del Comité de Libertad Sindical de la Organización Internacional del Trabajo” (Corte Constitucional, 2000f, p. 24).

45 “Esta Corporación tuvo oportunidad de analizar la naturaleza y alcances de las recomendaciones del Comité de Libertad Sindical de la OIT. En efecto, en la sentencia T-568/99 la Corte Constitucional estableció el carácter vinculante de esas recomendaciones, atendiendo a las obligaciones contraídas por el Estado colombiano, al suscribir y ratificar el Tratado Constitutivo de la OIT. Para tales efectos diferenció entre las recomendaciones emitidas por la OIT y las de sus órganos de control. Así, dijo que, a diferencia de los convenios, las recomendaciones pronunciadas por la OIT no son normas creadoras de obligaciones internacionales, sino meras directrices, guías o lineamientos que deben seguir los Estados partes en busca de las condiciones dignas en el ámbito laboral de sus países; mientras que las recomendaciones de sus órganos de control en ocasiones son vinculantes.

Esta obligación surge de los compromisos adquiridos por el Estado colombiano en el ámbito internacional.

Así, la Constitución Política de 1991 establece como un principio fundamental que las relaciones exteriores del Estado se fundamentan en el reconocimiento de los principios del derecho internacional aceptados por Colombia (art. 9°). En ese sentido Colombia reconoce como un principio del derecho internacional lo previsto en el artículo 26 de la Convención de Viena de los Derechos de los Tratados, aprobada por la ley 32/85, en el sentido de que “[t]odo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe” [...]. De esa manera Colombia queda sujeta a las obligaciones que adquiere en virtud de los tratados y convenios que celebra y que son ratificados por el Congreso de la República. Los Convenios 87 y 98 de la OIT, sobre libertad sindical y derecho de sindicalización, aprobados por el Congreso de la República mediante las leyes 26 y 27 de 1976, deben ser respetados y cumplidos por Colombia, y obviamente sujetarse a lo que dispongan los órganos de control de la Organización Internacional del Trabajo, a cuyas determinaciones también se sujetó, al hacer parte del convenio constitutivo de dicha organización. En el orden interno el único medio judicial para lograr el cumplimiento de las recomendaciones de los órganos de control que protegen derechos fundamentales es la acción de tutela” (Corte Constitucional, 2003, p. 21).

46 Posición que es reiterada en la Sentencia C-180 de 2016.

La competencia para la interpretación de los convenios continúa reservada a la Corte Internacional de Justicia. Esta función es exclusiva y excluyente, puesto que la Constitución de la OIT no prevé ningún otro mecanismo, instancia o autoridad con mandato para interpretar los convenios internacionales del trabajo (Valticos, 1977).

La Organización Internacional del Trabajo (OIT), creada en 1919, se ocupa del mejoramiento de las condiciones laborales en el mundo; para ello suscribe una serie de convenios dirigidos a regular las relaciones laborales existentes, de acuerdo con las modificaciones que se van suscitando en la economía mundial. Su dinamismo y sus logros se deben a la prevalencia de los valores éticos y jurídicos, pero su éxito está comprometido con la aplicación de los convenios internacionales. Para que estos no sean letra muerta, la Constitución de 1991 contempla que las normas internacionales formen parte de la legislación interna mediante ratificación legislativa.

Dada la importancia del mundo laboral en la sociedad colombiana y su incursión en el ámbito internacional, se hace necesario resolver la incongruencia normativa que se presenta en la aplicación de los convenios internacionales del trabajo ratificados por Colombia que se oponen a la normatividad interna.

El Artículo 53 de la Constitución, que dispone que los convenios internacionales debidamente ratificados por nuestro país forman parte de la legislación interna, tuvo su origen en la contradictoria posición de Colombia frente a los tratados internacionales y en especial a los convenios de la OIT. En Colombia se asumió la tesis monista, consagrada por la Convención de Viena y acogida en nuestro medio por la Ley 7 de 1944, según la cual las normas de tratados internacionales conforman la legislación interna una vez se cumplan los requisitos de la ratificación legislativa dada por el Congreso. En materia laboral, en cambio, primó la tesis dualista, porque las Leyes 26 y 27 de 1976 —por medio de las cuales el Congreso ratificó los Convenios número 87 y número 98 de 1948 y 1949 respectivamente— no lograron ponerse en práctica; más aún, el gobierno de Alfonso López intentó darles aplicación con la expedición del Decreto reglamentario 1469 de 1978, pero muchos de sus artículos fueron declarados nulos por el Consejo de Estado, puesto que iban más allá de la norma reglamentaria y no correspondían a una norma prevista en el Código Sustantivo del Trabajo o en las leyes laborales vigentes.

Para afrontar estos problemas, los órganos encargados del control de la aplicación de los convenios han concluido que sería conveniente armonizar la ley nacional con el convenio (al derogar o modificar las leyes o los códigos anteriores en los puntos cubiertos por el convenio), a fin de que no haya duda en cuanto a la situación legal (cosa que en nuestro país no se ha hecho con claridad). Para tal efecto, se requieren leyes que, además de ratificar el tratado, lo viertan a la realidad colombiana. Así las cosas, el problema es grande, porque cuando tales convenios internacionales (en particular los de la OIT) forman parte de la legislación colombiana, pero no tienen una adecuación expresa, no se sabe cuál artículo del Código Sustantivo del Trabajo modifican, amplían o subrogan. A todo esto cabe agregar el poco conocimiento y la reducida difusión de las normas de la OIT en numerosos países, de modo que los usuarios potenciales (trabajadores, empleadores, abogados, jueces) no las invocan o aplican cuando pueden haber derogado disposiciones de la legislación interna. Se ha insistido también en la utilidad de las medidas destinadas a señalar la difusión de las normas contenidas en los convenios que han sido incorporados de pleno derecho en la legislación interna de los países.

Veamos: el principio de derecho internacional *pacta sunt servanda* indica que todo tratado en vigor obliga a las partes, debe ser cumplido por ellas de buena fe y constituye la base del derecho de los tratados y, en general, del funcionamiento armónico y pacífico de la comunidad internacional. Es importante también tener en cuenta que, según dicho principio, los Estados no pueden invocar el derecho interno para justificar el incumplimiento de un tratado.

La relación entre las normas y el orden jurídico interno de los países, creemos, se plantea como un problema práctico a raíz de la ratificación de un convenio y la obligación internacional de los Estados de hacer efectivas sus disposiciones; una digresión teórica sobre las relaciones entre derecho internacional y derecho interno, puede aclarar un poco la cuestión. El método a seguir depende, entonces, del sistema constitucional o de la práctica vigente en cada país, que puede responder a una de dos doctrinas: la monista o la dualista.

Según la doctrina dualista, el derecho internacional y el interno constituyen dos órdenes separados; los convenios ratificados deben ser objeto de un acto formal por parte del Legislador a los fines de su incorporación al derecho positivo del país. Se trata de la adopción de otras normas, distintas de la ratificación, que

pueden acompañarla (inclusive en la misma ley) o dictarse con posterioridad. Estas normas tienen por objeto convertir las cláusulas del convenio de legislación nacional, ya sea con la sanción de un texto nuevo en armonía con tales disposiciones, con la modificación de leyes existentes o con la derogación de artículos o regímenes contrarios al instrumento ratificado.

Por ello se han desarrollado concepciones monistas, según las cuales no existe una separación entre el orden jurídico internacional y el interno. De tal modo, los tratados ratificados (en este caso, los convenios expedidos por la OIT) se incorporan automáticamente al cuadro legislativo aplicable en cada país. Tales concepciones tienen dos variantes esenciales: el monismo, con primacía de derecho interno, llamado monismo constitucionalista, cuyo origen está en la escuela de Bonn (Erich Kaufmann y Max Wenzel) en Alemania y defiende la primacía del derecho interno, pues considera que la obligación internacional se funda exclusivamente en la voluntad de los Estados (Däubler, 1994). En cambio, para el monismo con supremacía del derecho internacional o monismo internacionalista, representado por Kelsen (1982), las normas internacionales tienen una vocación supranacional y deben ser respetadas; por eso, los tratados tienen superioridad jurídica sobre el derecho de los Estados.

En Colombia, en las décadas del cincuenta y del sesenta, el Gobierno sostuvo ante la Organización Internacional del Trabajo (OIT) que un convenio ratificado tenía aplicación directa y supremacía sobre la legislación común, pero la interpretación parece haber cambiado en el sentido del dualismo: hoy la Corte plantea un ambiguo monismo moderado.

Pensamos que la supremacía de los tratados sobre los ordenamientos internos implica la invalidación automática de las normas internas contrarias a los compromisos internacionales, porque si para los ordenamientos y para los jueces nacionales tales disposiciones siguen vigentes y continúan aplicándose, comprometen la responsabilidad del Estado.

La doctrina internacional acepta que un tratado sea válido ante el derecho internacional, pero inaplicable internamente en un determinado Estado, porque viola las normas fundamentales del país en cuestión, a pesar de que este lo ha suscrito y ratificado. No tendría sentido, entonces, comprometer la responsabilidad internacional, si se puede invocar el derecho interno para disculpar la violación de su

compromiso. Aquí, el juez se encuentra ante el dilema de aplicar la Constitución o el tratado y no puede recurrir a uno sin violar el otro (Hoyos, 1985).

A este respecto, conviene precisar la posición de la Corte Constitucional (1998c) en relación con la aplicación de los convenios internacionales incorporados a la legislación interna mediante la ratificación:

La Corte considera que es posible armonizar las convenciones de Viena que recogen una concepción monista internacionalista con el monismo constitucionalista que consagra nuestra Carta Política, teniendo en cuenta que ésta no consagra un constitucionalismo rígido y que la primacía de los tratados, prevista por el derecho internacional no implica una invalidación automática de todas las normas internas contrarias a un convenio.

Nuestro país no defiende un monismo constitucionalista rígido, como podría entenderse a partir de una lectura aislada del artículo 4º, ya que la Constitución establece que Colombia reconoce los principios de derecho internacional aceptados por el país y que el Estado debe promover la internacionalización sobre las bases de equidad y reciprocidad.

La solución se halla en un monismo moderado, y en la integración dinámica entre el derecho internacional y el interno en el marco de la Constitución Política. Es jurisprudencia reiterada de la Corte que la Constitución prevalece sobre los tratados, por lo cual un convenio contrario a la Carta es inaplicable y a pesar de que la norma *pacta sunt servanda* hace parte de nuestro ordenamiento no puede afectar la supremacía de la Constitución (p. 19).

Conforme a todo lo anterior, según la Corte Constitucional (1998c), para el juez estatal y para todas las autoridades nacionales rige el principio de que el derecho constitucional precede al orden internacional. Por ello, un juez colombiano está en la obligación de violar los tratados incompatibles con la Constitución y, en esta situación, Colombia no es, en manera alguna, coherente con las responsabilidades que adquiere internacionalmente, a pesar de que los tratados tienen mayor jerarquía que los ordenamientos internos.

En la actualidad el problema continúa vigente. Consideramos que no se ha definido con claridad la posición de Colombia en la aplicación de los convenios internacionales en materia de derecho laboral colectivo, expedidos por la OIT y ratificados por el Congreso; más aún, no se sabe cuál es la norma que se debe aplicar cuando se presentan contradicciones entre estos y la legislación interna.

A propósito, la Corte Constitucional (1992c) estableció que “los convenios internacionales ratificados por Colombia hacen parte del régimen interno de nuestro país y, por tanto, son fuentes de obligatoria aplicación a los conflictos laborales” (p. 16).

Conclusión

La pregunta está suspendida en el aire: ¿qué sucede si un convenio ratificado está en contra de una norma interna? A este interrogante, pensamos, la Constitución, en su Artículo 93, le ha dado una respuesta tajante, al expresar que las convenciones internacionales sobre derechos humanos (los convenios sobre el mundo del trabajo son convenios sobre derechos humanos) se tendrán en cuenta para interpretar los deberes y derechos consagrados en ella. En fin, si se presenta esta contradicción entre un convenio ratificado y una norma, prevalecería el convenio internacional ratificado; podría decirse que deroga la norma interna y nuestro país está en la obligación de aplicar el pacto internacional.

Con lo dicho y con lo que sigue, se pretende demostrar que los acuerdos internacionales del trabajo, expedidos por la OIT en materia de derecho colectivo ratificados por Colombia, priman sobre la legislación interna, a las luces de la Constitución Política de 1991 y, en consecuencia, partes de la legislación interna (Código Sustantivo del Trabajo) han sido derogadas por la normatividad internacional.

La norma interna, anterior o posterior a la ratificación, es modificada con la ratificación. El alcance del convenio y la contradicción entre dos formas jurídicas diferentes, producidas por una misma fuente, precisa definir cuál tiene primacía.

Debemos señalar que prevalece la ley ratificadora del convenio internacional, pues Colombia es partícipe o autora y tales normas, al ser ratificadas por el Congreso, refuerzan la obligatoriedad de su aplicación. En relación con los convenios internacionales, es necesario decir que la idea del bloque de constitucionalidad es muy vieja y existe desde que conocemos la justicia constitucional, aunque la expresión no hubiera sido utilizada sino hasta hace algunas décadas. La categoría, con su nombre y con los intentos de precisión dogmática, es más reciente y se origina en la V República, en la práctica del Consejo Constitucional francés.

El bloque de constitucionalidad alude a la existencia de normas constitucionales que no aparecen en el texto constitucional, lo que en últimas significa que las normas constitucionales son más numerosas que aquellas que pueden encontrarse en el articulado de la Carta escrita.

En Colombia, es posible distinguir al menos cuatro etapas referentes a la recepción del bloque de constitucionalidad en el ordenamiento jurídico: la primera, es la jurisprudencia preconstituyente, que rechazó la posibilidad de incorporar esta noción; durante la vigencia de la Constitución de 1886, la Corte Suprema se negó a considerar que la violación de los tratados de derechos humanos podría acarrear la inexecutable de una ley o de un decreto de estado de sitio. Así, fue imposible constitucionalizar los instrumentos internacionales de derechos humanos ratificados por el país, con lo cual se legitimó el desconocimiento de las garantías consagradas en tales pactos.

La segunda etapa está marcada por la expedición de la Constitución Política de 1991 —que creó la Corte Constitucional— y sus primeros años de labores (1992 a 1994), cuando tácitamente el bloque de constitucionalidad empezó a tener incidencia jurídica, aunque no fuera mencionada por la jurisprudencia.

La Constitución de 1991 varió de manera profunda la anterior situación, por cuanto confirió una fuerza jurídica interna clara a los instrumentos internacionales de derechos humanos. Más adelante (1995 a 1996), la expresión ingresa con fuerza en la jurisprudencia constitucional. En muchas sentencias, la Corte Constitucional (1995c; 1995e; 1999f) ha recurrido a esta noción como fundamento normativo para tomar determinaciones tan importantes como las relativas al alcance de la obediencia debida por parte de los militares o dar fuerza jurídica a las recomendaciones de algunas instancias internacionales de derechos humanos. Sin embargo, a pesar de la creciente relevancia del bloque de constitucionalidad en nuestra práctica jurídica, no existe una dogmática clara sobre el significado y alcance de esta categoría ni sobre su desarrollo a partir de la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

La Corte Constitucional (1998a) intenta aclarar el concepto de bloque de constitucionalidad:

Resulta posible distinguir dos sentidos del concepto de bloque de constitucionalidad. En un primer sentido de la noción, que podría denominarse bloque de constitucionalidad *stricto sensu*, se ha considerado que se encuentra conformado por aquellos

principios y normas de valor constitucional, los que se reducen al texto de la constitución propiamente dicha, y a los tratados internacionales que consagren derechos humanos cuya limitación se encuentre prohibida durante los estados de excepción (CP, art. 93) [...].

Más recientemente, la Corte Constitucional, ha adoptado una noción *lato sensu* del bloque de constitucionalidad, según la cual aquel estaría compuesto por todas las normas, de diversa jerarquía, que sirven como parámetro para llevar a cabo el control de constitucionalidad de la legislación. Conforme a esta acepción, el bloque de constitucionalidad estaría conformado no solo por el articulado de la Constitución, sino, entre otros, por los tratados internacionales de los que trata el Artículo 93 de la Carta, por las leyes orgánicas y en ocasiones por las leyes estatutarias. Otras sentencias, como la C-582 de 1999, retoman esa misma distinción, de suerte que esta parece haberse consolidado en la práctica jurisprudencial de la Corte (1999a).

La última etapa está constituida por los años posteriores (1996 a 2002), cuando la noción siguió expandiéndose, pero la Corte intentaba racionalizar su uso. La amplia apertura al derecho internacional de los derechos humanos permitió que la Corte Constitucional, desde sus primeras sentencias y en abierto contraste con la jurisprudencia preconstituyente, utilizara vigorosamente los tratados de derechos humanos para orientar sus decisiones. Ahora, la Corte Constitucional recurre a la idea del bloque de constitucionalidad con más frecuencia, pues considera que muchas normas que no se encuentran en el articulado constitucional —en especial, las disposiciones internacionales de derechos humanos— tienen relevancia constitucional en el momento de tomar decisiones.