

LA APLICACIÓN JUDICIAL DE LOS CONVENIOS Y LAS RECOMENDACIONES EMITIDAS POR LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT): EL CASO DE COLOMBIA

THE JUDICIAL APPLICATION OF THE CONVENTIONS AND RECOMMENDATIONS ISSUED BY THE INTERNATIONAL LABOR ORGANIZATION (ILO): THE CASE OF COLOMBIA

FRANCIA YOVANNA PALACIOS DOSMAN
Francia.palacios@hotmail.com
Tesis de Maestría
UNIVERSIDAD SANTIAGO DE CALI

RESUMEN

En esta tesis de maestría se analiza cual es la aplicación judicial de los convenios y recomendaciones emanados de la OIT en el caso colombiano, para ello, se describe la estructura de la Organización Internacional del Trabajo, sus órganos y mecanismos de control, así como los medios de producción normativa de esa organización, se identifican los convenios y recomendaciones que están vigentes en Colombia, estableciendo cuál es su jerarquía normativa, estudiándose sobre la pertenencia de dichos convenios al bloque de constitucionalidad, y se definen los criterios orientadores para su aplicación en material judicial.

PALABRAS CLAVES

OIT, Convenios, Recomendaciones, Jerarquía Normativa, Bloque de Constitucionalidad, Aplicación judicial.

SUMMARY

In this master's thesis, the judicial application of the agreements and recommendations emanating from the ILO in the Colombian case is analyzed, for which the structure of the International Labor Organization, its organs and control mechanisms, as well as the means of normative production of that organization, the conventions and recommendations that are in force in Colombia are identified, establishing what is its normative hierarchy, for which it is studied about the belonging of said agreements to the constitutionality block, and the guiding criteria are defined for its application in judicial material.

KEYWORDS

ILO, Agreements, Recommendations, Normative Hierarchy, Constitutionality Block, Judicial Application.

INTRODUCCIÓN

Colombia ha contraído obligaciones internacionales al ser parte de la Organización Internacional del Trabajo, entre ellas suscribir y ratificar convenios que de ella emanan, aplicar las recomendaciones emitidas por la Conferencia Internacional y acatar las recomendaciones que emiten los órganos de control de esta organización. Sin embargo, el panorama dentro del ordenamiento interno no es claro sobre su aplicación, prevalencia y exigibilidad de cumplimiento, ya que las pocas referencias que hacen la Ley y la Constitución al respecto resultan insuficientes y la jurisprudencia que tendría que suplir este vacío no ha dado una postura uniforme que permita con claridad resolver la situación.

En cualquier estado social de derecho es vital que el ciudadano tenga claridad sobre la forma, por lo menos general (porque en la decisión final deben tenerse en cuenta las particularidades de cada caso), en que se resuelven los litigios, eso le brinda seguridad jurídica, confianza en las instituciones y constituye una garantía de igualdad, pero si hay un vacío legislativo que no ha cubierto la jurisprudencia, queda al criterio del operador jurídico sin límites palpables la decisión, lo que implica una afectación de los derechos fundamentales de los ciudadanos, ya que puede resolverse la misma situación de formas disímiles.

En este trabajo se estudia la aplicación judicial de los convenios y recomendaciones emanados de la OIT en el caso colombiano, para ello, se describe la estructura de la Organización Internacional del Trabajo, sus órganos y mecanismos de control, así como los

medios de producción normativa de esa organización, se identifican los convenios y recomendaciones que están vigentes en Colombia, estableciendo cuál es su jerarquía normativa y definiendo los criterios orientadores para su aplicación en material judicial.

1. ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO

La OIT es un organismo especializado de la Organización de las Naciones Unidas¹ que según su Constitución busca fomentar la justicia social y los derechos humanos en materia laboral, a través de la suscripción de convenios y la expedición de recomendaciones, instrumentos donde se plasman las condiciones mínimas para los trabajadores de los Estados que la integran, la cual es considerada como la principal creadora de normas internacionales en materia del trabajo.

1.1. ESTRUCTURA

La OIT tiene una estructura tripartita, ya que permite la participación de los gobiernos, empleadores y trabajadores de cada Estado miembro, dándoles derechos a voto y participación en las deliberaciones.

Según el artículo 2 de la Constitución de la OIT, está conformada así; a) Por la Conferencia Internacional del Trabajo (en adelante CIT) que es el órgano máximo la organización, se reúne en junio de cada año, siendo su función principal la creación legislativa a través de convenios y recomendaciones propuestas durante su realización, así como protocolos; b) por

¹ Aunque la OIT fue fundada en 1919, es decir, antes de crearse la ONU en el año 1945, la primera se convirtió en un organismo especializado de la segunda.

el Consejo de Administración² que es el órgano ejecutivo que coordina las actividades de la organización, designa las comisiones y hace seguimiento de los programas a ejecutar, y c) por la Oficina Internacional del Trabajo que funciona como secretaría permanente y además brinda asesorías a los países miembros en la implementación de los convenios en su ordenamiento interno.

1.2. MEDIOS DE PRODUCCIÓN NORMATIVA

Conforme al artículo 19 de la Constitución de la OIT, cuando la Conferencia se pronuncia a favor de la adopción de proposiciones relativas a una cuestión del orden del día, determina si dichas proposiciones han de revestir la forma de un convenio internacional (con carácter vinculante), o de una recomendación (sin carácter vinculante), si la cuestión tratada, o uno de sus aspectos, no se prestare en ese momento para la adopción de un convenio³.

Cuando se redacta un convenio éste es notificado a todos los miembros para su ratificación, para lo cual cuentan con un año a partir de la clausura de la reunión de la Conferencia o máximo dieciocho meses en condiciones especiales, para someterlo a la autoridad o autoridades competentes para que se convierta en

² Compuesto por 56 personas, 28 representantes del gobierno, 14 de los empleadores y 14 de los trabajadores.

³ Además de los convenios y las recomendaciones, la Conferencia ocasionalmente, expide protocolos, que son revisiones o modificaciones parciales y facultativas de convenios. Los convenios pueden ser derogados cuando resultan obsoletos o retirados cuando ya no están en vigor, las recomendaciones son retiradas.

legislación o se adopten otras medidas para su acatamiento, y dentro de ese plazo deben informar al respecto al Director General de la Oficina Internacional del Trabajo sobre la gestión realizada.

Una vez la autoridad competente realiza la ratificación formal, el Estado Miembro debe informarlo al Director y adoptar las medidas necesarias para hacer efectivas las disposiciones de dicho convenio; si no consigue la autorización del ente competente, el Estado solo queda con la obligación de informar al Director de manera frecuente sobre las condiciones de su legislación y la práctica en lo que respecta a los asuntos tratados en el convenio, precisando en qué medida se ha puesto o se propone poner en ejecución las disposiciones del convenio, por vía legislativa o administrativa, por medio de contratos colectivos, o de otro modo, e indicando las dificultades que impiden o retrasan la ratificación del mismo.

El Centro Internacional de Formación de la OIT indica que los convenios son tratados internacionales que vinculan a los Estados Miembros que los ratifican. Al hacerlo, éstos se comprometen formalmente a llevar a efecto las disposiciones establecidas en esos convenios, por ley y en la práctica. Las recomendaciones, no tienen ese carácter, sino que fijan principios rectores no vinculantes destinados a orientar las políticas y prácticas nacionales, que generalmente complementan lo dispuesto en los convenios (2014 página 1).

La Oficina Internacional del Trabajo plantea que además de dar forma a la ley, las normas internacionales del trabajo pueden aportar directrices para el

desarrollo de políticas nacionales y locales, como las políticas de empleo, de trabajo y de familia. Pueden utilizarse asimismo para mejorar diversas estructuras administrativas como la administración del trabajo, la inspección del trabajo, la administración de la seguridad social, los servicios del empleo y otros. Agrega que al ser utilizadas por órganos de resolución de conflictos laborales, las normas internacionales del trabajo también pueden actuar como una fuente de buenas relaciones laborales aplicadas por órganos de resolución de conflictos laborales y como modelos para los convenios colectivos (2014B página 22).

En el caso de las recomendaciones emanadas de la CIT, éstas también se comunican a todos los Miembros para su examen, a fin de ponerlas en ejecución por medio de la legislación nacional o de otro modo, teniendo un plazo de un año en condiciones normales y dieciocho meses en condiciones especiales para ello, periodo en el cual debe informar sobre la gestión realizada. Luego de colocar la recomendación a consideración de la autoridad competente, la única obligación del Estado es informar al Director con la frecuencia que fije el Consejo de Administración, sobre el estado de su legislación y la práctica en lo que respecta a los asuntos tratados en la recomendación, precisando en qué medida se han puesto o se propone poner en ejecución las disposiciones de la misma, así como las modificaciones que se considere o pueda considerar necesarias hacerle a estas disposiciones para adoptarlas o aplicarlas.

El artículo 19, numeral 8 de la Constitución de la OIT, indica que en ningún caso podrá considerarse que la

adopción de un convenio o de una recomendación por la Conferencia, o la ratificación de un convenio por cualquier Miembro, menoscabará cualquier ley, sentencia, costumbre o acuerdo que garantice a los trabajadores condiciones más favorables que las que figuren en el convenio o en la recomendación.

Cuando un Estado decide ser Miembro de la OIT acepta los principios fundamentales definidos en la Constitución y en la Declaración de Filadelfia⁴ incluidos los relativos a la libertad sindical, lo cual le impone el respeto en su legislación de dichos principios y de los convenios que ha ratificado libremente (OIT, 2006A, página 9).

En el año 1998 la OIT emitió una declaración relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento, con la finalidad de conciliar la preocupación por estimular los esfuerzos que todos los países dedican a lograr que el progreso social vaya a la par

⁴ La Declaración de Filadelfia, adoptada por la Conferencia Internacional del Trabajo en 1944 e incorporada en la Constitución de la OIT en 1946, reconoció oficialmente la relación existente entre las libertades públicas y los derechos sindicales. En ella se proclama en el artículo I b), que las libertades de expresión y de asociación son esenciales para un progreso constante, refiriéndose en el artículo II a) a los derechos fundamentales inherentes a la dignidad humana. Desde entonces, dicha relación ha sido en repetidas ocasiones afirmada y explicitada, tanto por los órganos de control de la OIT, como en los convenios, recomendaciones y resoluciones adoptados por la Conferencia Internacional del Trabajo (OIT, 1994, página 13).

con el progreso de la economía, por una parte, con la de respetar la diversidad de situaciones, las posibilidades y las preferencias de cada país, por la otra.⁵

La OIT reitera en dicha declaración, que todos los Miembros han aceptado los principios y derechos enunciados en su Constitución y en la Declaración de Filadelfia, y se han comprometido a esforzarse por lograr los objetivos generales de la Organización en toda la medida de sus posibilidades y atendiendo a sus condiciones específicas. Además, se declara en ese instrumento internacional que todos los Miembros, aun cuando no hayan ratificado los convenios, tienen un compromiso que se deriva de su mera pertenencia a la Organización de respetar, promover y hacer realidad, de buena fe y de conformidad con la Constitución, los principios relativos a los derechos fundamentales que son objeto de esos convenios, es decir: a) la libertad de asociación y la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva; b) la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio; e) la abolición efectiva del trabajo infantil; y d) la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación.

El Consejo de Administración de la OIT ha establecido que los siguientes ocho convenios son “fundamentales” al considerar que abarcan los principios contenidos en su Constitución y la Declaración de 1998:

- 29 sobre el trabajo forzoso, 1930
- 87 sobre la libertad sindical y la protección del derecho de

⁵ Texto de la presentación de la Declaración ante la Conferencia Internacional del Trabajo en su octogésima sexta reunión, Ginebra, 18 de junio de 1998.

sindicación, 1948

- 98 sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, 1949.
- 105 sobre la abolición del trabajo forzoso, 1957
- 100 sobre igualdad de remuneración, 1951
- 111 sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958
- 138 sobre la edad mínima, 1973
- 182 sobre las peores formas de trabajo infantil, 1999

En concordancia con la posición del Consejo de Administración, MIGUEL F. CANNESA MONTEJO refiere que los derechos fundamentales del trabajo consagrados en la Declaración de 1998 son necesarios e imprescindibles en cualquier ordenamiento laboral. Sin embargo, aclara que sólo hacen parte del *ius cogen*⁶ los derechos a la no discriminación racial y la prohibición de la esclavitud y la servidumbre (1998 página 129).

Sin embargo, Gerry Rodgers, Eddy Lee, Lee Swepston y Jasmien Van Daele (2009 página 98) aunque reconocen la gran labor desarrollada por la OIT, consideran que ni ese organismo, ni cualquier otro del sistema internacional puede forzar a un país a cambiar si éste no está preparado (el deseo de que las organizaciones internacionales actúen duramente no es más que una distracción desorientadora). Pero cuando un país decide cambiar y pide ayuda sobre la base de principios democráticos y de derechos humanos, suele ser la OIT la que, gracias a su persistencia, se

⁶ Este autor define el *ius Cogen* como las normas imperativas aceptadas y reconocidas por la comunidad internacional en su conjunto, que siendo inderogables establecen nulidad de las normas internacionales que están en contradicción con ellas.

encuentra en posición de prestarle asistencia.

Así mismo, el Consejo de Administración ha designado cuatro convenios como instrumentos "prioritarios", por lo cual impulsa a los Estados Miembros a su ratificación, en razón de su importancia para el funcionamiento del sistema de normas internacionales del trabajo, llamados desde el año 2008 como Convenios de Gobernanza, ya que fueron identificados por la Declaración de la OIT sobre la justicia social para una mundialización equitativa como las normas que revistan mayor importancia en relación con la gobernanza, que son:

- 81 Convenio sobre la inspección del trabajo, 1947
- 122 Convenio sobre la política del empleo, 1964
- 129 Convenio sobre la inspección del trabajo (agricultura), 1969
- 144 sobre la consulta tripartita (normas internacionales del trabajo), 1976

En términos de la Oficina del Trabajo los convenios de gobernanza desempeñan una función esencial en la promoción de un empleo pleno, productivo y libremente elegido, en el fortalecimiento de la cohesión social por medio del diálogo social, y en el mantenimiento de las condiciones decentes de trabajo por medio de un servicio de inspección del trabajo eficaz y contribuyen a allanar el camino para salir de la crisis actual mediante la búsqueda de políticas y soluciones concertadas en un contexto tripartito y servicios de inspección del trabajo eficaces para evitar que la protección social toque fondo(2009 página 1).

Según XAVIER BEAUDONNET (2009

página 57) existen los llamados convenios programáticos, que plantean objetivos generales que los países que los ratifican se comprometen a intentar alcanzar, implementando, principalmente, políticas a largo plazo. Explica que las disposiciones de este tipo de instrumentos suelen dejar a los Estados amplia libertad a la hora de elegir las medidas que consideren procedentes para alcanzar los objetivos fijados, cita como ejemplo el convenio 122 sobre la política del empleo. Por la descripción que hace este autor de los convenios programáticos, puede concluirse que estos son denominados por la OIT como convenios de gobernanza.

Así mismo, BEAUDONNET indica que existen convenios técnicos que regulan de manera precisa temas muy específicos, por lo cual, habitualmente se puede encontrar que la redacción de las disposiciones alcanza un nivel de detalle muy similar al que podría hallarse en una legislación nacional (2009 página 57).

Este autor dividió en tres categorías los convenios (fundamentales, programáticos y técnicos), a su vez, clasificó el tipo de disposiciones que estos pueden contener de la siguiente manera:

- a) Disposiciones que reconocen de manera incondicional derechos subjetivos claramente determinados. Aquí están contenidas las cláusulas que otorgan a los sujetos de derecho una libertad o una facultad, aquellas que imponen prohibiciones estrictas en beneficio de los sujetos de derecho y las que reconocen beneficios específicos a los sujetos de derecho.

Este tipo de cláusulas se han denominado de carácter *self*

executing o de aplicación directa.

- b) Disposiciones que reconocen derechos subjetivos cuyo contenido presenta un grado sustancial de indeterminación.
- c) Disposiciones que establecen directivas en virtud de las cuales el Estado tiene la obligación de tomar medidas legislativas específicas para incorporar en el derecho interno los derechos y principios reconocidos en el convenio.
- d) Disposiciones de carácter programático por las cuales un Estado se compromete a desarrollar una política general. Este tipo de cláusulas se han denominado de carácter *self no executing*.

Es posible que un convenio contenga todas las clasificaciones enunciadas, por lo cual cada articulado merece una valoración individual.

Sobre el significado y ámbito de aplicación de los convenios y las recomendaciones de la OIT, la Oficina Internacional solamente puede emitir opiniones informales a petición de cualquiera de los estados miembros, aún si no han ratificado el convenio sobre el que se consulta, así como también pueden acudir a esa asesoría las organizaciones de trabajadores y empleadores. Esta opinión se emite con la reserva de que la Constitución de la OIT no le confiere a esa entidad ningún tipo de competencia especial para este tipo de asesoramientos.

Conforme al artículo 37 de la Constitución de la OIT todas las cuestiones o dificultades relativas a la interpretación de

su Constitución y de los convenios deben someterse a la Corte Internacional de Justicia para su resolución. Sin embargo, es posible que el Consejo de Administración formule y someta a la aprobación de la Conferencia reglas para establecer un tribunal encargado de solucionar rápidamente cualquier cuestión o dificultad relacionada con la interpretación de un convenio, toda sentencia que dicte dicho tribunal debe comunicarse a los miembros de la OIT y cualquier observación debe someterse a la Conferencia. Es preciso advertir, que cualquier fallo u opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia obliga a cualquier tribunal establecido por el Consejo.

Sobre la aplicación del artículo 37 en mención, se pronunció el Consejo de Administración en la 322.^a reunión, llevada a cabo en el año 2014, explicando que la Corte Internacional tiene una función consultiva, no necesariamente encaminada a resolver litigios, sino a brindar asesoramiento a los órganos e instituciones que así lo solicitan, a través de la formulación de una pregunta en concreto, que es resuelta a través de una investigación que hace la Corte solicitando a los involucrados la mayor cantidad de información que se le pueda suministrar sobre el tema de estudio. Esta opinión consultiva es dictada en audiencia pública en un esquema similar a una sentencia en los asuntos contenciosos (Consejo de Administración OIT, 2014 página 2).

Por regla general, las opiniones consultivas de la Corte Internacional no son definitivas ni obligatorias, no obstante, se pueden aceptar como obligatorias por medio de convenios o actos específicos de las organizaciones

internacionales, caso en que se encontraría la OIT. Lo anterior, sin desmedro de la función jurisdiccional de la Corte en controversias entre Estados miembros que tiene aplicación interpartes.

En lo que atañe al Tribunal que describe el artículo 37 de la Constitución de la OIT debe señalarse que no se trata del Tribunal Administrativo de la OIT⁷, si no, de un tribunal adicional con la finalidad de solucionar rápidamente cualquier cuestión o dificultad relacionada con la interpretación de los convenios de la OIT, que hasta la fecha no se ha implementado. Aunque en el año 2014 se presentó por el Consejo de

Administración un proyecto para su funcionamiento, éste aún no se ha consolidado.

Cabe anotar que la Oficina Internacional del Trabajo tiene una política de asociación activa, a través de la cual presta ayuda que reviste la forma de consejos y opiniones concretos destinados a permitir una aplicación eficaz y completa de los convenios fundamentales, lo cual hace mediante la elaboración de la legislación nacional del trabajo, la revisión de los instrumentos legislativos preexistentes o ambas cosas (OIT, 1996, página 100).

1.3. ÓRGANOS Y MECANISMOS DE CONTROL

Antes de estudiar los medios de control, debe señalarse que existe un principio sobre la aplicación de los convenios de la OIT denominado "inadmisibilidad de reservas" consistente en que la ratificación de los convenios de la OIT no puede ser objeto de reservas, no obstante, es viable que sean flexibles en su aplicación según las características propias de cada Estado, no es posible limitar o condicionar las obligaciones que surgen de la ratificación. Este tema se explica en el párrafo 20 del Memorándum que presentó la OIT en 1951, ante la Corte Internacional de Justicia, en un caso de genocidio, en el que se manifestó que *"los derechos que los tratados reconocen a los elementos no gubernamentales en la adopción de los convenios internacionales del trabajo quedarían anulados si el consentimiento de los gobiernos fuese suficiente para alterar la sustancia y la eficacia de esos convenios"*.

Al ratificar un convenio, generalmente los países tienen que presentar una

⁷ El Tribunal Administrativo fue adoptado por la Conferencia Internacional del Trabajo el 9 de octubre de 1946 y modificado por dicha Conferencia el 29 de junio de 1949, este Tribunal es competente para: a) conocer de las demandas fundadas en la inobservancia, de fondo o de forma, de las disposiciones de los contratos de trabajo de los funcionarios de la Oficina Internacional del Trabajo y de las disposiciones del Estatuto del Personal que sean aplicables al caso; b) 2. El Tribunal es competente para dirimir cualquier conflicto concerniente a las indemnizaciones previstas en los casos de invalidez, accidente o enfermedad sobrevenidos a un funcionario en el curso de su empleo, y para fijar definitivamente el monto de la indemnización, si ha lugar a ella; c) conocer de las demandas fundadas en la inobservancia del Reglamento de la Caja de Pensiones o de las reglas para la aplicación del mismo, formuladas por un funcionario, su cónyuge o sus hijos, o por cualquier categoría de funcionarios a la que se apliquen dicho Reglamento o dichas reglas; d) conocer de cualquier conflicto que se plantee con motivo de los contratos en los que sea parte la Organización Internacional del Trabajo y en los que se prevea la competencia del Tribunal en caso de conflicto sobre su ejecución y e) conocer de las demandas fundadas en la inobservancia, de fondo o de forma, de las disposiciones de los contratos de trabajo y del Estatuto del Personal relativas a los funcionarios de cualquier otra organización internacional de carácter intergubernamental, reconocida por el Consejo de Administración, que hubiera enviado al Director General una declaración admitiendo a estos efectos, de acuerdo con su Constitución o con sus reglas administrativas internas, la competencia del Tribunal y sus reglas de procedimiento. (Estatuto del Tribunal Administrativo, artículo II).

declaración al Director General de la OIT, si quieren hacer uso de alguna de las cláusulas de flexibilidad, y sólo valerse de esas cláusulas previa consulta con los interlocutores sociales (OIT, 2014 B, página 19).

Conforme al artículo 22 de la Constitución de la OIT, cada Miembro 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 deben redactarse en la forma que indique el Consejo de Administración y contener los datos que éste solicite.

Al ratificar un convenio el Estado Miembro que lo hace, queda obligado a presentar memorias regulares sobre las medidas que ha tomado para garantizar su aplicación. Cada tres años, los gobiernos deben transmitir memorias con información detallada sobre las medidas que se han adoptado, en la legislación y en la práctica, para aplicar cualquiera de los ocho Convenios fundamentales y los cuatro Convenios de gobernanza que hubiesen ratificado. En cuanto a los demás Convenios, las memorias deben presentarse cada cinco años, excepto en el caso de los Convenios que han perdido vigencia. Las memorias sobre la aplicación de los Convenios pueden solicitarse a intervalos más breves. Los gobiernos deben comunicar copias de sus memorias a las organizaciones de empleadores y de trabajadores. Estas organizaciones pueden formular comentarios en torno a las memorias de los gobiernos; asimismo, pueden enviar comentarios sobre la aplicación de los Convenios directamente a la OIT (OIT, 2014 B, página 102).

1.3.1. Comisiones

Existe un sistema de control periódico que prevé el examen de las memorias que presentan periódicamente los Estados Miembros sobre las medidas que han adoptado para poner en ejecución los convenios a los cuales se han adherido. Esta revisión es realizada por la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, y la Comisión Tripartita de Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la Conferencia Internacional del Trabajo.

Durante la realización de la octava reunión de la CIT (1926), ante la cantidad de memorias presentadas por los Estados Miembros se crearon la Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR) y la Comisión de Aplicación de Normas de la Conferencia (Comisión de Normas), haciéndose permanente la primera en la reunión décimo primera (1929). En el año 1929 en la onceava reunión, la Conferencia le dio carácter permanente a la Comisión de Expertos (Ackerman, 2017, página 474).

La CEACR está integrada por veinte juristas designados por el Consejo de Administración a propuesta del Director General de la OIT, la cual está encargada de hacer un pronunciamiento objetivo, independiente e imparcial, frente a una acción u omisión gubernamental, relacionada con normas internacionales del trabajo, que afecte o pueda afectar derechos de trabajadores o sus organizaciones, empleadores o sus organizaciones o de otros Estados. Esto lo realiza a través del análisis de las memorias presentadas por los Estados Miembros que dan como resultado observaciones individuales, solicitudes directas o estudios generales. Las

observaciones se publican anualmente como documento de la Conferencia.

A la hora de proceder al examen de la aplicación de las normas internacionales del trabajo, la Comisión de Expertos efectúa dos tipos de comentarios: observaciones y solicitudes directas. Las observaciones contienen comentarios sobre las cuestiones fundamentales planteadas por la aplicación de un determinado convenio por parte de un Estado. Estas observaciones se publican en el informe anual de la Comisión. Las solicitudes directas se relacionan con cuestiones más técnicas o con peticiones de más información. No se publican en el informe, sino que se comunican directamente a los gobiernos concernidos (OIT, 2012, página 13).

Para Mario E. Ackerman la función principal de la CEACR es la de emitir un pronunciamiento objetivo, independiente e imparcial, frente a una acción u omisión gubernamental, relacionada con las normas internacionales del trabajo, que afecta o pueda afectar derechos de trabajadores u organizaciones, empleadores o sus organizaciones o de otros Estados. Para este autor la enunciada comisión tiene una fundamental importancia en cuanto instrumento fundamental y probablemente insustituible en el sistema de control de cumplimiento de las normas internacionales del trabajo (2017, página 475).

En efecto, la Comisión de Expertos al estudiar año a año las memorias verifica que los Estados Miembros estén cumpliendo con sus obligaciones relativas a los convenios ratificados o en el caso de los no ratificados que armonicen la legislación interna con el texto del

convenio, cumple con una vital función de control regular que a la vez le permite a los Estados evitar dificultades en el cumplimiento de sus obligaciones pues al conocer los comentarios de la Comisión ya sea directos o referidos a otros Estados pueden tomar medidas correctivas o de prevención en sus legislaciones internas.

Existe además, la Comisión de Aplicación de Normas de la Conferencia con carácter tripartito (representantes de los gobiernos, de los empleadores y de los trabajadores), prevista en el artículo 7 del Reglamento de la Conferencia. Esta comisión está encargada de examinar las medidas adoptadas por los Estados para dar efecto a las disposiciones de los convenios en que sean parte, así como las informaciones proporcionadas por los Miembros sobre el resultado de las inspecciones y las informaciones y memorias relativas a los convenios y a las recomendaciones, enviadas por los Miembros de conformidad con el artículo 19 de la Constitución, con excepción de las informaciones solicitadas en virtud del apartado e) del párrafo 5 de dicho artículo⁸, cuando el Consejo de

⁸ El artículo 19 de la Constitución de la OIT, dispone como obligación de sus Miembros en su párrafo 5:

- (a) el convenio se comunicará a todos los Miembros para su ratificación;
- (b) cada uno de los Miembros se obliga a someter el convenio, en el término de un año a partir de la clausura de la reunión de la Conferencia (o, cuando por circunstancias excepcionales no pueda hacerse en el término de un año, tan pronto sea posible, pero nunca más de dieciocho meses después de clausurada la reunión de la Conferencia), a la autoridad o autoridades a quienes compete el asunto, al efecto de que le den forma de ley o adopten otras medidas;
- (c) los Miembros informarán al Director General de la Oficina Internacional del Trabajo sobre las medidas adoptadas de acuerdo con este artículo para someter el convenio a la autoridad o

Administración haya decidido adoptar un procedimiento diferente para su examen; y las medidas adoptadas por los Miembros de conformidad con el artículo 35 de la Constitución. Con base en ese análisis, presenta informe a la Conferencia.

El informe anual de la Comisión de Expertos, que generalmente se adopta en diciembre, se presenta a la siguiente Conferencia Internacional del Trabajo, en el mes de junio, donde es examinado por la Comisión de Aplicación de Normas de la Conferencia, la cual analiza el Informe en un marco tripartito y selecciona del mismo diversos comentarios que serán objeto de debate. Los gobiernos mencionados en estos comentarios son invitados a responder ante la Comisión de la Conferencia y a comunicar información sobre la situación en consideración. En muchos casos, la Comisión de la Conferencia adopta conclusiones, recomendando a los gobiernos que

autoridades competentes, comunicándole, al mismo tiempo, los datos relativos a la autoridad o autoridades consideradas competentes y a las medidas por ellas adoptadas;

- *(d) si el Miembro obtuviere el consentimiento de la autoridad o autoridades a quienes compete el asunto, comunicará la ratificación formal del convenio al Director General y adoptará las medidas necesarias para hacer efectivas las disposiciones de dicho convenio;*
- *(e) si el Miembro no obtuviere el consentimiento de la autoridad o autoridades a quienes compete el asunto, no recaerá sobre dicho Miembro ninguna otra obligación, a excepción de la de informar al Director General de la Oficina Internacional del Trabajo, con la frecuencia que fije el Consejo de Administración, sobre el estado de su legislación y la práctica en lo que respecta a los asuntos tratados en el convenio, precisando en qué medida se ha puesto o se propone poner en ejecución cualquiera de las disposiciones del convenio, por vía legislativa o administrativa, por medio de contratos colectivos, o de otro modo, e indicando las dificultades que impiden o retrasan la ratificación de dicho convenio.*

arbitren medidas específicas para solucionar un problema o que soliciten asistencia técnica a la OIT. Las discusiones y las conclusiones sobre las situaciones examinadas por la Comisión de la Conferencia se publican en su informe. Las situaciones especialmente preocupantes se destacan en párrafos especiales de su Informe General (Comisión de Aplicación de Normas de la Conferencia, 2011. página 11).

1.3.2. Procedimientos Especiales

Además del control periódico que realiza la OIT a través de las comisiones enunciadas, existen los siguientes procedimientos especiales:

- a) Procedimiento de reclamación con respecto a la aplicación de convenios ratificados: Según los artículos 24 y 25 de la Constitución de la OIT las organizaciones profesionales de empleadores y de trabajadores nacionales e internacionales (no pueden hacerlo personas naturales), presentan ante el Consejo de Administración de la OIT una reclamación contra cualquier Estado Miembro respecto del cual consideran que no haya adoptado medidas para el cumplimiento satisfactorio, dentro de su jurisdicción, de un convenio del cual sea parte. El documento se presenta ante la Oficina, la cual solicita informe al Gobierno y remite al Consejo de Administración, el cual decide si lo envía al Comité de Libertad Sindical⁹

⁹ En 1951, la OIT creó el Comité de Libertad Sindical (CLS) con el objetivo de examinar las quejas sobre las violaciones de la libertad sindical, hubiese o no ratificado el país en cuestión los convenios pertinentes. (GRAVEL, DUPLESSIS y GERNIGON (2002 página 3). Este Comité es un órgano tripartito del Consejo de Administración, y está compuesto de nueve de sus miembros y nueve suplentes, que actúan a título personal, más un presidente independiente. Celebra sus

(Convenios referidos a Libertad Sindical y Negociación Colectiva), lo archiva (no da lugar a la reclamación) o nombra Comité Tripartito (tres miembros).

El Comité Tripartito solicita información al Gobierno, y rinde un informe ante el Consejo de Administración con observaciones y recomendaciones, el cual puede hacer público el informe y remitir a la Comisión de Expertos para su seguimiento o designa una Comisión de Encuesta¹⁰ para que se dé el trámite de una queja.

- b) Procedimiento de queja con respecto a la aplicación de convenios ratificados: Se rige por los artículos 26 al 34 de la Constitución de la OIT, se propone contra un Estado Miembro por incumplimiento de un Convenio ratificado, y puede interponerse por un delegado a la Conferencia Internacional de Trabajo, por el Consejo de Administración en el marco de sus competencias o por otro Estado miembro que también haya ratificado el mismo convenio.

Después de haber recibido la queja, el

reuniones a puerta cerrada, sus documentos de trabajo son confidenciales y sus decisiones se toman en la práctica por consenso (OIT 2012 página 52)

¹⁰ La comisión de encuesta es el procedimiento de investigación de más alto nivel de la OIT. En general, se recurre a él cuando un Estado Miembro es acusado de cometer violaciones persistentes y graves, y se hubiese negado reiteradamente a ocuparse de ello. No existe un reglamento en relación con el procedimiento de las comisiones de encuesta: siempre que se ha remitido un asunto a una comisión de encuesta, el Consejo de Administración ha dejado que sea la propia comisión la que determine su procedimiento, en consonancia con la Constitución y sujetándose únicamente a la orientación general del Consejo de Administración (OIT 2012 página 51).

Consejo de Administración puede constituir una Comisión de Encuesta para el caso¹¹, compuesta por tres miembros independientes, que será responsable de realizar una investigación profunda de la queja, determinándose todos los hechos del caso y formulándose recomendaciones sobre las medidas que deben tomarse para tratar los problemas planteados por la queja.

- c) Procedimiento especial de queja por violación de la libertad sindical por el Comité de Libertad Sindical: Si la reclamación está orientada a la vulneración de convenios relativos a la libertad sindical o la negociación colectiva, el Consejo de Administración la envía a este Comité, el cual si acepta el caso, se coloca en contacto con el Gobierno para constatar los hechos, si luego de la investigación determina que existió vulneración emite un informe a través del Consejo de Administración y formula recomendaciones para la solución del conflicto, una vez emitidas verifica su aplicación solicitando informes al Gobierno.

Vale señalar al respecto que cuando una organización que ha sometido una queja expresa el deseo de retirar la misma, el Comité de Libertad Sindical puede tenerlo en consideración pero no es de por sí motivo suficiente para que automáticamente se abandone el examen de la misma (OIT, 2006A, página 254).

La OIT (2007 página 3) advierte que las recomendaciones emanadas del Comité de Libertad Sindical sí son obligatorias, pero que la OIT no dispone de medios

¹¹ Artículo 26 de la Constitución de la OIT

punitivos o coercitivos que impliquen el despliegue de fuerza directa para hacerlas cumplir, porque no es ésta su misión.

Hoy en día existen tres organismos llamados a conocer las quejas por violación de la libertad sindical presentadas a la OIT: el Comité de Libertad Sindical, creado por el Consejo de Administración, el propio Consejo de Administración y la Comisión de Investigación y de Conciliación en Materia de Libertad Sindical.

La Comisión de Investigación y de Conciliación en Materia de Libertad Sindical (CIC) es un órgano neutral, integrado por nueve personalidades independientes que suelen trabajar en grupos de tres. Tiene por mandato: examinar las quejas por violación de la libertad sindical que le remite el Consejo de Administración, y aplicar un procedimiento similar al utilizado por las comisiones de encuesta (TAJGMAN y CURTIS, 2002, página 14).

Los órganos de control de la OIT evalúan las medidas adoptadas contra las organizaciones de trabajadores o de empleadores durante un periodo de crisis política o civil, teniendo presente el carácter extraordinario de las circunstancias a fin de poder pronunciarse con toda independencia y determinar si tales circunstancias invocadas por un Estado justifican la derogación provisional de los principios de libertad sindical; los estados interesados no deberían ser el único juez en la materia (OIT, 1994, página 21).

Es preciso señalar que cuando las leyes nacionales, incluidas aquellas interpretadas por los tribunales

superiores, vulneran los principios de la libertad sindical, el Comité de Libertad Sindical de la OIT siempre ha estimado que corresponde a su mandato examinar las leyes, señalar orientaciones y ofrecer asistencia técnica de la OTI para armonizar las leyes con los principios de la libertad sindical previstos en la Constitución de la OIT o en los convenios aplicables (OIT, 2006A página 8).

El sistema de control de la OIT, aunque cuenta con revisión constante y procedimientos especiales, no tiene en concreto ninguna medida real de coerción que garantice el cumplimiento de los convenios, más allá de la presión política y moral ejercida a través de las discusiones públicas que se hacen al interior de la organización, en especial la discusión en la conferencia internacional.

2. LOS CONVENIOS Y RECOMENDACIONES EN COLOMBIA

Colombia es uno de los 187 Estados miembros de la OIT, haciendo parte de ella desde su fundación, ratificando su constitución mediante la Ley 49 de 1919, por tanto, se obligó a acatar los principios en ella establecidos referidos a la protección laboral. A la fecha Colombia ha suscrito 61 convenios, de los cuales están vigentes 52.

Los derogados son el convenio 4 relativo al trabajo nocturno de las mujeres, el 5 sobre la edad mínima en la industria, el 7 sobre la edad mínima en el trabajo marítimo, el 10 relacionado con la edad mínima en la agricultura, el 15 sobre la edad mínima de pañoleros y fogoneros, el 62 sobre prescripciones de seguridad en la edificación y el 107 relacionado a las comunidades indígenas.

Los que actualmente están vigentes son los siguientes:

- a) Los ocho fundamentales según la clasificación de la OIT: Convenio 29, 87, 98, 105, 111, 138 y 182.
- b) Tres de los cuatro de Gobernanza: 81, 129 y 144.
- c) Y 41 técnicos¹²:

No.	TEMA
1. C001	Las horas de trabajo (industria), 1919
2. C002	El desempleo, 1919
3. C003	La protección de la maternidad, 1919
4. C006	El trabajo nocturno de los menores (industria), 1919
5. C008	Las indemnizaciones de desempleo (naufragio), 1920
6. C009	La colocación de la gente de mar, 1920
7. C011	El derecho de asociación (agricultura), 1921
8. C012	La indemnización por accidentes del trabajo (agricultura), 1921
9. C013	La cerusa (pintura), 1921
10.C014	El descanso semanal (industria), 1921
11.C016	El examen médico de los menores (trabajo marítimo), 1921
12.C017	La indemnización por accidentes del trabajo, 1925
13.C018	Las enfermedades profesionales, 1925
14. C019	La igualdad de trato (accidentes del trabajo), 1925
15. C020	El trabajo nocturno (panaderías), 1925
16. C022	El contrato de enrolamiento de la gente de mar, 1926
17. C023	La repatriación de la gente de mar, 1926
18. C024	El seguro de enfermedad (industria), 1927
19. C025	El seguro de enfermedad (agricultura), 1927

20. C026	Los métodos para la fijación de salarios mínimos, 1928
21. C030	Las horas de trabajo (comercio y oficinas), 1930
22. C052	Las vacaciones pagadas, 1936
23. C080	La revisión de los artículos finales, 1946
24. C088	El servicio del empleo, 1948
25. C095	La protección del salario, 1949
26. C099	Los métodos para la fijación de salarios mínimos (agricultura), 1951
27. C101	Las vacaciones pagadas (agricultura), 1952
28.C106	El descanso semanal (comercio y oficinas), 1957
29.C116	La revisión de los artículos finales, 1961
30. C136	El benceno, 1971
31. C151	Las relaciones de trabajo en la administración pública, 1978
32. C154	La negociación colectiva, 1981
33. C159	La readaptación profesional y el empleo (personas inválidas), 1983
34. C160	Estadísticas del trabajo, 1985
35. C161	Los servicios de salud en el trabajo, 1985
36. C162	El asbesto, 1986
37. C167	Seguridad y salud en la construcción, 1988
38. C169	Pueblos indígenas y tribales, 1989
39. C170	Los productos químicos, 1990
40. C174	La prevención de accidentes industriales mayores, 1993
41. C189	Las trabajadoras y los trabajadores domésticos, 2011

Elaboración propia con información de la página web de la OIT.

Las recomendaciones emitidas por la Conferencia, que se encuentran vigentes son:

No.	TEMA
1. R001	<u>El Desempleo</u>
2. R002	<u>La reciprocidad de trato, 1919</u>
3. R003	<u>La prevención del carbunco, 1919</u>
4. R004	<u>El saturnismo (mujeres y niños), 1919</u>

¹² Fuente: <http://www.ilo.org/global/lang-es/index.htm>

5. R005	<u>La inspección del trabajo (servicios de higiene), 1919</u>
6. R006	<u>El fósforo blanco, 1919</u>
7. R007	<u>las horas de trabajo (pesca), 1920</u>
8. R008	<u>Las horas de trabajo (navegación interior), 1920</u>
9. R009	<u>Los estatutos nacionales de la gente de mar, 1920</u>
10. R010	<u>El seguro de desempleo (gente de mar), 1920</u>
11. R011	<u>El desempleo (agricultura), 1921</u>
12. R012	<u>La protección de la maternidad (agricultura), 1921</u>
13. R013	<u>el trabajo nocturno de las mujeres (agricultura), 1921</u>
14. R014	<u>el trabajo nocturno de los menores (agricultura), 1921</u>
15. R015	<u>la enseñanza técnica (agricultura), 1921</u>
16. R016	<u>el alojamiento (agricultura), 1921</u>
17. R017	<u>el seguro social (agricultura), 1921</u>
18. R018	<u>el descanso semanal (comercio), 1921</u>
19. R019	<u>las estadísticas de migraciones, 1922</u>
20. R020	<u>la inspección del trabajo, 1923</u>
21. R021	<u>la utilización del tiempo libre, 1924</u>
22. R022	<u>la indemnización por accidentes del trabajo (importe mínimo), 1925</u>
23. R023	<u>la indemnización por accidentes del trabajo (jurisdicción), 1925</u>
24. R024	<u>las enfermedades profesionales, 1925</u>
25. R025	<u>la igualdad de trato (accidentes del trabajo), 1925</u>

Elaboración propia con información de la página web de la OIT.

2.1. LA JERARQUÍA DE LAS CONVENIOS Y RECOMENDACIONES DE LA OIT

El ordenamiento jurídico de un Estado, sea cual fuere su organización, no puede ser la simple acumulación de normas sin coherencia entre ellas y sin jerarquía, porque no sería posible el desarrollo armónico de la regulación jurídica, se

requiere entonces una jerarquización que permita el respeto de los principios y valores fundantes del Estado, que permita desarrollar los derechos y garantías mínimas en forma efectiva, donde una norma superior que contiene aspectos generales sea fuente de validez para las que le son inferiores, pero que permiten el desarrollo en concreto de dichos postulados, sin que estas inferiores se contradigan entre ellas, ni vulneren los mandatos de la superior.

El tema de la jerarquía normativa ha sido tratado por la Corte Constitucional, en sentencia C-131 de 1993, donde explicó claramente que no todas las normas jurídicas de un ordenamiento tienen la misma jerarquía, que existe entre ellas una estratificación, de suerte que las normas descendentes deben sujetarse en su fondo y en su forma a las normas superiores. Aduce que la no conformidad de una norma con sus superiores jerárquicas la convierten en derecho positivo susceptible de ser retirado del ordenamiento, que tiene la virtud incluso de hacer desaparecer del mundo jurídico la norma así imperfectamente expedida mediante los controles pertinentes. Concluye que la Constitución es la primera de las normas y por ello cualquiera otra norma jurídica, debe sujetarse en primer lugar a la Constitución.

Para la Corte Constitucional, en los términos de la sentencia C-037 de 2000, el ordenamiento jurídico colombiano supone una jerarquía normativa emanada de la Constitución, que a pesar de no contener una disposición expresa que determine dicho orden, su articulado permite deducir su existencia, aunque no siempre resulte sencilla esta tarea. Indica la Corte, que existen diversas

disposiciones superiores referentes a la sujeción de cierto rango de normas frente a otras. Siendo evidente que las normas constitucionales ocupan, sin duda alguna, el primer lugar dentro de la jerarquía del ordenamiento jurídico, aclarando que dentro de la propia Carta, no todas las normas son igualmente prevalentes.

Agrega la Corte que más allá de la supremacía constitucional, de la propia Carta también se desprende que las leyes expedidas por el Congreso dentro de la órbita de competencias asignadas por la Constitución, ocupan, en principio, una posición prevalente en la escala normativa frente al resto del ordenamiento jurídico. Ejemplifica que los actos administrativos de contenido normativo, deben tener por objeto el obedecimiento y cumplimiento de la ley, de donde se deduce su sujeción a aquella. Concluye de manera general, que la normatividad jurídica emanada de autoridades administrativas o de entes autónomos, debe acatar las disposiciones de la ley, tanto en su sentido material como formal.

Por último en el mencionado proveído, indica la Corte que aunque existe una jerarquía normativa que se desprende de la Constitución, ella no abarca, de manera completa, la posición de todas y cada una de las disposiciones que conforman el orden jurídico; es decir el orden de prevalencia normativa no ha sido señalado en su totalidad por el constituyente.

Colombia como Estado Social de Derecho, reconoce la prevalencia de los mandatos constitucionales sobre cualquier otra norma, en virtud de lo previsto en el artículo 4 de la Constitución

Política de Colombia¹³. Así mismo, reconoce la integración al bloque de constitucionalidad de los tratados sobre derechos humanos.

Al respecto, merece la pena precisar que un tratado requiere para ingresar al ordenamiento jurídico una ley aprobatoria, la cual tiene un control previo y automático por la Corte Constitucional (artículo 241 numeral 10 Constitución Política).

Las leyes aprobatorias de tratados internacionales, según lo expuesto por la Corte Constitucional en la sentencia C-498 de 1997, son normas especiales que regulan materias específicas y tienen como finalidad permitir que Colombia se relacione jurídicamente con otros Estados, siendo la expedición de dichas normas una etapa indispensable para el perfeccionamiento del acto jurídico que obliga al Estado internacionalmente. Considera esa corporación que a través de este tipo de leyes se perfeccionan situaciones jurídicas con una consecuencia jurídica clara: la posibilidad de que el Ejecutivo ratifique el tratado y se generen para el país derechos y obligaciones en el campo supranacional.

Una ley aprobatoria de un tratado ocupa un lugar especial en el ordenamiento jurídico puesto que, según lo establecido en el artículo 170 de la Constitución Política, no puede ser derogada por una ley posterior, así como tampoco pueden someterse a un referendo derogatorio. En su expedición el legislador no puede

¹³ Artículo 4o. “La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales. Es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades”.

modificar el contenido sustancial del tratado, ni incluir nuevas cláusulas, su única función es aprobar o improbar el contenido del tratado.

Las recomendaciones de la OIT, como ya se explicó, no son tratados, por lo cual no están sujetas a la ratificación por el Estado colombiano, ni opera la revisión previa y automática por la Corte Constitucional. En ese orden de ideas, ingresado un tratado al ordenamiento jurídico, resulta necesario determinar qué posición jerárquica tiene, pues ello permite determinar su prevalencia y orientar su aplicación en los casos concretos.

Veamos entonces cuál es el peso jurídico que en términos generales tiene un convenio de la OIT, para ello destacamos lo expuesto por CANNESA MONTEJO (2008 página 151), quien concluyó que los derechos laborales han sido recogidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos dando forma una categoría jurídica en el Derecho Internacional: los derechos humanos laborales. Son derechos que reconocen como titular universal a la persona, respetando la dignidad humana y satisfaciendo las necesidades básicas en el mundo del trabajo. Los derechos humanos laborales son exigibles y justiciables dentro del ordenamiento internacional, conforme lo resaltan la abundante jurisprudencia internacional y los pronunciamientos de los órganos de control en derechos humanos. Asimismo, los derechos humanos laborales recogidos en normas imperativas del Derecho Internacional general constituyen el *ius cogens* laboral, lo que significa que cualquier tratado internacional o acto unilateral de los Estados que esté en conflicto con ellos es nulo.

CANNESA MONTEJO (2012 página 2) reitera que existe un grupo de derechos laborales básicos que están recogidos en instrumentos internacionales a los cuales se les denomina derechos humanos laborales¹⁴. Indica cuáles son los instrumentos internacionales en los que están plasmados los derechos fundamentales, incluyendo en su listado los convenios de la OIT, estableciendo que aunque esa organización ha hecho un gran esfuerzo, aún no existe consolidación de los derechos porque muchos Estados son renuentes en el cumplimiento de los compromisos internacionales. Refiere que la Constitución de la OIT (1919) tiene carácter vinculante, así como la declaración de 1998 de esa misma organización.

¹⁴ En este artículo, el autor amplía el núcleo de los derechos laborales básicos, y se refiere a: libertad del trabajo, prohibición de la esclavitud y de la servidumbre, prohibición de trabajo forzoso u obligatorio, derecho al trabajo, protección contra el desempleo, protección contra el despido, prohibición de la discriminación en materia de empleo y ocupación, igualdad de remuneración por un trabajo de igual valor, prohibición de la discriminación de personas con responsabilidades familiares, seguridad e higiene en el trabajo, jornada máxima de trabajo, descanso semanal remunerado, descanso remunerado en feriado y vacaciones periódicas pagadas, derecho a una remuneración mínima, promoción en el empleo, derecho a la formación profesional, derecho a la información y la consulta en el seno de la empresa, derecho a la información y la consulta en los procedimientos de despido colectivo, derecho a la tutela de los créditos en caso de insolvencia de sus empleadores, libertad sindical, protección de los representantes de los trabajadores y facilidades para el ejercicio de sus funciones, negociación colectiva, derecho a la huelga, derecho a la seguridad social, asistencia médica, prestaciones monetarias o seguros de desempleo, enfermedad, invalidez, vejez y otros casos, prestaciones por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, prestaciones de maternidad, protección especial a los menores de edad, a las mujeres trabajadoras, a los trabajadores inmigrantes y a los minusválidos.

Los convenios de la OIT son tratados internacionales, por tanto los Estados que hayan ratificado un convenio están jurídicamente obligados por el contenido de dicho instrumento, por lo cual, según los términos del parágrafo 5 literal d) del artículo 19 de la Constitución de la OIT, deben adoptar “las medidas necesarias para hacer efectivas las disposiciones de dicho convenio” (Beaudonnet, 2009, página 46).

Los convenios de la OIT, una vez ratificados por Colombia, generan obligaciones al Estado Colombiano, en virtud del principio *pacta sunt servanda* contenido en la Convención de Viena, sobre el Derecho de los Tratados, y en desarrollo de este principio, Colombia debe adaptar su legislación interna al contenido de los convenios ratificados (Ramírez, 2010, página 14).

En lo que respecta a la aplicación judicial de los convenios en el orden interno, la legislación sustantiva nacional, en concreto el artículo 19 del Código Sustantivo del Trabajo, dispone que cuando no haya norma exactamente aplicable al caso controvertido, se aplican las que regulen casos o materias semejantes, los principios que se deriven de ese Código, la jurisprudencia, la costumbre o el uso, la doctrina, los Convenios y Recomendaciones adoptados por la Organización y las Conferencias Internacionales del Trabajo, en cuanto no se opongan a las leyes sociales del país, los principios del derecho común que no sean contrarios a los del Derecho del Trabajo, todo dentro de un espíritu de equidad.

Este artículo fue declarado condicionalmente exequible por la Honorable Corte Constitucional a través

de la sentencia C-401 del 14 de abril de 2005 con ponencia del Magistrado Manuel José Cepeda Espinosa, en la que expuso que la aplicación supletoria de los convenios del trabajo solo es posible en el entendido de que no exista convenio aplicable directamente, como fuente principal o prevalente, al caso controvertido, y el convenio que se aplique supletoriamente esté debidamente ratificado por Colombia.

El artículo 53 de la Constitución Política de Colombia establece que los tratados internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna, por tanto, serían normas ordinarias, puesto que su ratificación se hace a través de leyes. En ese orden de ideas, en aplicación del artículo 230 ibídem los operadores judiciales deben utilizarlos como fuente principal en las decisiones judiciales, por estar sometidos al imperio de la ley.

No obstante, el artículo 93 de la misma Carta, indica que los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno y que los derechos y deberes consagrados en esa Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia. Con base en este artículo la Corte Constitucional ha desarrollado gran parte de lo que se ha denominado bloque de constitucionalidad que posteriormente se analizará.

Por otro lado, el artículo 94 ibídem, aclara que la enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y los convenios internacionales vigentes, no

debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos. Este artículo permite dar un mayor alcance a los tratados, pues permite ampliar su margen de aplicación por conexidad.

En este aspecto, JAIRO VILLEGAS ARBELÁEZ (2007) al analizar el tema de la negociación colectiva de los empleados públicos, en especial el convenio 151 aprobado por la Ley 411 de 1997, considera que los convenios de la OIT debidamente ratificados y aprobados, ingresan al ordenamiento jurídico colombiano “con jerarquía superior” a las leyes, “prevalecen en el orden interno”, “forman con el resto del texto constitucional un bloque de constitucionalidad cuyo respeto se impone a la ley, por ser verdaderos principios y reglas del nivel constitucional.

Al respecto debe indicarse que VILLEGAS pasa por alto en su análisis que en efecto, no todos los convenios de la OIT hacen referencia a derechos humanos de manera directa, pues existen por ejemplo, algunos que refieren sólo a aspectos de administración y estadística, los cuales no podría entenderse que por el sólo hecho de ser un convenio de la OIT tengan la característica de pertenecer al bloque de constitucionalidad.

En lo relativo a las recomendaciones emanadas de la Conferencia, el artículo 19 de la Constitución de la OIT, en cuanto a las obligaciones que tienen los Estados Miembros respecto a ellas, indica que están obligados a someter la recomendación, en el término de un año a partir de la clausura de la reunión de la Conferencia (o, cuando por circunstancias excepcionales no pueda hacerse en el

término de un año, tan pronto sea posible, pero nunca más de dieciocho meses después de clausurada la reunión de la Conferencia), a la autoridad o autoridades a quienes compete el asunto, al efecto de que le den forma de ley o adopten otras medidas. Además, se les exige que presenten informes sobre las medidas adoptadas al respecto, indicando claramente cuáles son las autoridades encargadas de ello y que actividad han desplegado. Por tanto, no hay respecto de los Estados más obligaciones relativas a estas recomendaciones.

Sin embargo, es claro que las Recomendaciones que emanan de la Conferencia Internacional, cuando aún no han sido legisladas en el Estado Miembro, sirven de criterio auxiliar para la aplicación e interpretación del ordenamiento interno en los temas relativos al trabajo y en especial resultan ser una guía sobre la aplicación e interpretación de los convenios que emanan de la OIT. Para el caso de las Recomendaciones que emanan del Consejo de Administración, el Estado miembro una vez notificado de la recomendación debe informar en un plazo de tres meses si acepta la misma o en su lugar la rechaza y desea que se someta a la queja a la Corte Internacional de Justicia.

El artículo 33 de la Constitución de la OIT establece que si el Estado Miembro dentro del plazo otorgado no cumple con las recomendaciones dadas, el Consejo de Administración lo informará a la Conferencia quien establecerá las sanciones a que haya lugar contra ese Estado.

Al verificar la situación de las recomendaciones dentro del

ordenamiento jurídico colombiano, debe indicarse que además de la aplicación supletoria que enuncia el ya mencionado artículo 19 del C.S.T., no existe norma expresa que determine la aplicación de las mismas y la Carta Política ni siquiera las menciona.

2.2. APLICACIÓN JUDICIAL

El Centro Internacional de Formación (2009 página 19) expone que para la utilización de un convenio de la OIT en un litigio en concreto de manera directa, es necesario que este sea reconocido como jurídicamente vinculante en el derecho interno y que el convenio contenga cláusulas claras y precisas (auto ejecutivas). Refiere que las cláusulas que requieren desarrollo legal dentro de cada Estado, pueden utilizarse como criterios de interpretación.

Sin embargo, para LAFONT y NIÑO (2013 página 133) los convenios de la OIT son tratados que versan sobre derechos humanos y, por lo tanto, no se les puede aplicar la doctrina de las cláusulas *non self executing*, toda vez que es imperativo en todo convenio sobre derechos humanos su aplicabilidad directa por parte de los operadores judiciales, partiendo del principio de que los estados tienen la obligatoriedad de dar cumplimiento de buena fe a los convenios internacionales suscritos en materia de Derechos Humanos, en especial los de la Organización Internacional del Trabajo, dado que no puede ser argumento de inaplicabilidad la no reglamentación de la cláusula de un convenio para convertirla en *non self executing*.

Señalan también LAFONT y NIÑO (2013 página 133) que al ser los convenios normas de rango constitucional por mandato del bloque de constitucionalidad,

estas normas constitucionales no requieren ser reglamentadas para ser aplicadas en la legislación interna, por lo cual consideran que el operador jurídico puede aplicarlos sin esperar a que se establezca su reglamentación

Al respecto debe indicarse, que si bien es cierto, en Colombia al expedirse la ley aprobatoria del tratado, éste ingresa a ser parte del ordenamiento jurídico y en consecuencia el operador jurídico puede utilizarse como fuente formal de derecho, ello no implica que de manera directa se puedan aplicar las disposiciones de un convenio, porque como se advirtió en líneas previas hay convenios que marcan políticas de gobierno, por tanto, si requieren que haya una reglamentación para que sean implementados, antes de ello, pueden servir como criterio de interpretación, puesto que determinan marcos generales para la defensa de derechos humanos.

Cabe señalar que LAFONT y NIÑO enfocan su estudio en los convenios 87 y 98, que además de tener el carácter de fundamentales para la OIT y contienen cláusulas autoejecutivas, por tanto, es absolutamente válido indicar que tienen aplicación directa, pero no se observa que se haya analizado la situación por ejemplo de los convenios de gobernanza.

En lo que respecta a los convenios sin ratificación, como ya se explicó en líneas previas conforme al artículo 19, 5, e) de la Constitución de la OIT cuando un Estado no ratifica un convenio solo queda con la obligación de informar al Director de manera frecuente sobre las condiciones de su legislación y la práctica en lo que respecta a los asuntos tratados en el convenio, precisando en qué medida se ha puesto o se propone poner en

ejecución cualquiera de las disposiciones del convenio, por vía legislativa o administrativa, por medio de contratos colectivos, o de otro modo, e indicando las dificultades que impiden o retrasan la ratificación de dicho convenio.

Debe agregarse, que con arreglo a la Recomendación núm. 152¹⁵ (párrafo 5, e), ha de haber consultas con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores sobre las cuestiones que puedan plantear las memorias que hayan de comunicarse a la Oficina en relación con los convenios no ratificados y las recomendaciones. Además, en el Convenio núm. 144¹⁶, en su artículo 5, 1), c), y en la Recomendación núm. 152, en su párrafo 5, d), se establece la consulta tripartita a intervalos apropiados, para examinar las medidas que cabe adoptar con objeto de promover la aplicación y la ratificación, cuando proceda, de convenios no ratificados y de recomendaciones a las que no se haya dado curso (OIT, 2006B, Página 35).

Igualmente, en virtud del artículo 23, numeral 2 de la Constitución de la OIT, los gobiernos deben remitir copias de sus memorias sobre los convenios no ratificados y las recomendaciones a las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores, informándole a la OIT a que organizaciones se les transmitió la copia. Dichas organizaciones, así como cualquier otra organización de empleadores y de trabajadores, pueden hacer las observaciones que estimen oportunas sobre los asuntos correspondientes. Igualmente, en virtud

del artículo 23 numeral 1, ibídem, debe presentarse un resumen de las memorias sobre convenios no ratificados y recomendaciones antes de la reunión siguiente de la Conferencia. Ese resumen se reproduce en el Informe III (Parte 1A), en forma de una lista de las memorias recibidas. Además, la Oficina (por conducto de la secretaría de la Comisión de Aplicación de Convenios y Recomendaciones) facilita copias de las memorias, para que puedan consultarse en la Conferencia (OIT, 2012, Página 35).

De la normatividad en cita emanada de la OIT puede afirmarse claramente que los Estados, cuando aún no han ratificado un convenio, no tienen obligación distinta a la remisión de las aludidas memorias. Al respecto, la Conferencia Internacional del Trabajo (2012 página 19) en un estudio realizado sobre la aplicación de los convenios fundamentales, concluyó que es la ratificación de los convenios la que permite la aplicación directa de las normas correspondientes por parte de los sistemas judiciales de determinados países.

Sin embargo, en lo que atañe a los convenios no ratificados, la Corte Constitucional ha utilizado convenios con esa característica como criterio de interpretación. A título de ejemplo puede indicarse que el convenio 132 sobre las vacaciones pagadas que no ha sido ratificado por Colombia, fue utilizado por la Corte Constitucional en la sentencia C-035 de 2005 al examinar la constitucionalidad de un artículo de la Ley 789 de 2002 con el fin determinar cuál es el límite del legislador para fijar el contenido de mandatos constitucionales abiertos. También utilizó ese mismo convenio en la sentencia C-669 de 2006. En la sentencia C-551 de 2003 se hace

¹⁵ Recomendación sobre la consulta tripartita

¹⁶ Convenio sobre consulta tripartita

alusión al convenio 128 sobre las prestaciones de invalidez, vejez y sobrevivientes que tampoco tiene ratificación.

La legislación nacional, la Constitución y la Jurisprudencia, no son coincidentes sobre la forma en que deben aplicarse los convenios ratificados y las recomendaciones tanto las emanadas de la Conferencia, como las de los órganos de control. Por tanto, un aspecto vital para determinar cuál es la aplicación judicial de un convenio de la OIT y de una recomendación es su pertenencia o no al bloque de Constitucionalidad, puesto que como se advirtió en líneas precedentes existe en este Estado una jerarquía normativa, la cual tiene a la cabeza la Constitución Política que es la norma de normas y de su adaptación al mandato superior depende la existencia de normas inferiores.

La Corte Constitucional en sentencia C-225 de 1995 definió el bloque de constitucionalidad como:

Aquella unidad jurídica compuesta por normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución. Son pues verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, son normas situadas en el nivel constitucional, a pesar de que puedan a veces contener mecanismos de reformas diversos al de las normas del articulado

constitucional *strictu sensu*.

En esta sentencia se realizó el examen de constitucionalidad de la ley 171 de 1994, que aprobó el Protocolo II Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949. La sentencia se ocupó de definir en qué consistía el mandato del artículo 93 de la Constitución, que establece la prevalencia en el orden interno de los tratados internacionales ratificados por el Congreso que reconocieran los derechos humanos y prohibieran su limitación en los estados de excepción.

Posteriormente en sentencia Sentencia C-191 de 1998, indicó la Corte Constitucional que:

Resulta posible distinguir dos sentidos del concepto de bloque de constitucionalidad. En un primer sentido de la noción, que podría denominarse bloque de constitucionalidad *strictu 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 (C.P., artículo 93)... Más recientemente, la Corte ha adoptado una noción *lato sensu* del bloque de constitucionalidad, según la cual aquel estaría compuesto por todas aquellas 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 sólo por el articulado de la Constitución sino, entre otros, por los tratados internacionales de que trata el artículo 93 de la Carta, por las leyes orgánicas y, en algunas ocasiones, por las leyes estatutarias.

La Corte Constitucional en la sentencia C-358 de 1997, expuso que los tratados internacionales no constituyen por el solo hecho de serlo parte del bloque de constitucionalidad¹⁷ y, por lo tanto, elemento de juicio para el examen de constitucionalidad de una norma. Consideró ese tribunal constitucional que, en principio, no constituye motivo suficiente para la declaración de inconstitucionalidad de una norma legal el hecho de que ella se oponga a lo acordado en un tratado internacional, aclarando que no es factible, por la vía del control constitucional abstracto, y en términos generales, declarar la inexecutable de una norma que contradiga un tratado, por lo cual, corresponde a los jueces ordinarios, en los casos concretos, resolver los

¹⁷ En este sentido, es preciso aclarar que respecto de la aplicación de los tratados internacionales en el ordenamiento interno, existen dos teorías la monista y la dualista, que para FUENTES CONTRERAS (2010 páginas 220 y 221), la primera es la formulación en la cual existe sólo un ordenamiento jurídico denominado internacional, el cual supedita al orden nacional con la mera ratificación de un convenio, que incorpora al ordenamiento jurídico propio o al derecho interno sin que existe la necesidad de ningún paso intermedio, como una ley aprobatorio, y en caso de su existencia, éste se como contingente. Mientras que la segunda parte de la idea que no es posible incorporar al derecho interno los convenios internacionales hasta tanto e órgano legislativo correspondiente (Congreso o Parlamento) no haya dictado una norma expresa que así lo determine.

eventuales conflictos que puedan surgir entre tratados y leyes.

En relación con los convenios internacionales del trabajo la noción del bloque de constitucionalidad se aplicó por primera vez para hacer referencia al convenio 169, sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes. Así, en la sentencia SU-039 de 1997, en la cual se concedió el amparo impetrado por el Defensor del Pueblo en favor de la comunidad indígena UWA, con el objeto de que fuera consultada en relación con una licencia ambiental que había sido concedida para un proyecto de explotación petrolera en tierras de su resguardo, se afirmó que el convenio hacía parte del bloque de constitucionalidad y se utilizó para fijar los alcances de la consulta.

De manera genérica, la Corte Constitucional en la sentencia C-038 de 2004 al decidir sobre la constitucionalidad de la Ley 789 de 2002, indica que los convenios de la OIT ratificados por Colombia, hacen parte del bloque de constitucionalidad conforme a lo previsto en el artículo 93 de la Constitución política por tratarse de derechos humanos. Si se coloca en práctica esta teoría garantista de la Corte Constitucional, sería fácil la tarea del operador jurídico, porque al tener los convenios un rango superior, pues cualquier contradicción que tuviesen estos con la ley ordinaria, sería resuelta por jerarquía normativa.

Tal postura genérica, fue reiterada por la Corte a través de la sentencia C-035 de 2005, donde se examinó la constitucionalidad del artículo 27 de la Ley 789 de 2002 indicando que esa Corporación le ha concedido a los convenios y tratados internacionales del

trabajo, la naturaleza de normas constitutivas del bloque de constitucionalidad por vía de interpretación, cuyo propósito consiste precisamente en servir de herramienta para desentrañar la naturaleza abierta e indeterminada de los conceptos jurídicos previstos en el texto superior.

Explicado, lo anterior, debe verificarse entonces, como se aplican en la práctica los convenios y recomendaciones de la OIT. En el informe rendido por la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones presentado ante la Conferencia Internacional del Trabajo en la reunión número 47 realizada en 1963, se concluyó que el énfasis puesto en la utilización del derecho internacional del trabajo no busca poner en tela de juicio la importancia que la OIT ha reconocido siempre a la incorporación legislativa de las disposiciones de los convenios internacionales del trabajo ratificados por los Estados Miembros. Dicha incorporación constituye la principal garantía jurídica de la correcta aplicación de los convenios, permitiendo derogar las disposiciones nacionales que les son contrarias, así como reforzar la visibilidad y accesibilidad del contenido de los convenciones para los ciudadanos (Beaudonnet, 2009, página 46).

CARLOS ERNESTO MOLINA MONSALVE (2005) considera que todos los convenios de la OIT que hayan sido ratificados por Colombia tienen aplicación directa por ser parte del ordenamiento jurídico y en consecuencia son de obligatorio cumplimiento, sin que sea necesario que una ley posterior los transcriba o los desarrolle. Frente a lo expuesto por el autor es preciso aclarar que existen convenios de carácter auto

ejecutivos, los cuales tienen una redacción concreta y clara que permite la creación de derechos subjetivos, respecto de los cuales no existiría ningún inconveniente para su aplicación directa, pero también existen algunos con contenido programático o promocional que son guías u orientaciones generales, cuya aplicación requieren desarrollarse en otro articulado.

A su vez, SALLY BARÓN MERCADO (2015 página 126) plantea que los Convenios de la OIT, una vez que son ratificados por el gobierno colombiano, son válidos en el orden jurídico interno, y una vez que son promulgados, es decir, que cumplieron con las condiciones o requisitos que exige la Constitución de Colombia, podrán ser aplicados en el orden interno y los ciudadanos podrán exigir su aplicación para la solución directa de los problemas jurídicos.

Al respecto, HORACIO RAÚL LAS HERAS, (2016 página 28), cita a Ricardo Changala Quaglia y Ana García Veirano indicando que no existen dudas respecto a la responsabilidad del Estado que adhiere a un convenio, frente a sus pares, u organizaciones supranacionales u organismos de tipo internacional, como así tampoco que, actualmente, los derechos que reconocen tales tratados son titularizados en el orden interno por las personas que caen bajo la jurisdicción de esos estados, con lo cual se reconoce a los individuos la calidad de sujetos del derecho internacional.

En la ya referenciada sentencia C-401 de 2005 al decidir sobre la exequibilidad del artículo 19 del C.S.T., la Corte Constitucional se abrogó la facultad de indicar de manera específica qué convenios forman parte del bloque de

constitucionalidad en sentido lato, indicando que estos son “un referente para interpretar los derechos de los trabajadores y darle plena efectividad al principio fundamental de la protección del trabajador y al derecho al trabajo”. Advirtió, la Corte en esa providencia que los convenios que hacen parte del bloque de constitucionalidad se equiparan a una norma constitucional, lo que significa que sirven de parámetro de constitucionalidad y deben ser aplicados por todas las autoridades y los particulares, para asegurarse de que las leyes nacionales sean interpretadas de manera acorde con la Constitución y tales convenios.

Al separarse la Corte de su postura inicial de que todos los convenios de la OIT hacen parte del bloque de constitucionalidad por referirse a derechos humanos, y adjudicarse la potestad de ser la única indicada para determinar cuándo un convenio pertenece al referido bloque, quedaba obligada a realizar un estudio juicioso en la materia y definir puntualmente la situación de cada convenio, pues caso contrario, lo que genera es un vacío jurídico sin dar herramientas al operador judicial para resolverlo, como se analizara en líneas posteriores.

Precisamente en este sentido, debe resaltarse que hasta la fecha la Corte Constitucional no ha analizado en concreto la pertenencia de ninguno de los convenios de gobernanza al bloque de constitucionalidad. Así las cosas, respecto de su utilización por parte del operador judicial, debe indicarse que como su nombre lo indica este tipo de convenios no podrían aplicarse de manera directa puesto que refieren a políticas de gobierno. En ese orden de ideas, para la aplicación de un convenio

de gobernanza **sí** sería necesario un desarrollo legislativo mayor que concrete las políticas generales que plantea la OIT en dichos convenios.

En cuanto a los convenios fundamentales y técnicos, se ha definido de manera concreta su pertenencia al bloque de constitucionalidad, en los siguientes casos:

Convenio	Sentencia
87 Libertad Sindical y Protección del Derecho de sindicación	C-617-2008 - C-465-2008 C-1188-2005 - C-180-2016 C-063-2008 - C-018-2015 T-842A-2013 - T-568-1999 C-385-2000 - C-567-2000 C-1491-2000 - C-797-2000
98 Derecho de sindicación y negociación colectiva	T-441-1992 - SU-342-1995 C-349-2009 - T-947-2013 C-201-2002 - C-621-2008 - T-715-2004 - T-148-2013 C-696-2008 C-043-2006 - T-979-2004 C-796-2014 C-674-2008 T-535-2009 - T-251-2010 T-285-2006 T-706-2012 T-675-2009 - C-070-2009 - C-072-2009 C-542-2008 - T-168-2004 - T-525-2004 -T-592-2004 T-593-2004 - T-594-2004 - T-656-2004 - C-741-2013 T-619-2013 - C-381-2000 – T-619-2016
95 Protección del Salario	SU-995-1999
100 Igualdad en la remuneración	C-221-1992
111 Discriminación	C-221-1992 T-102-1995 C-193-2006
138 Edad Mínima	C-325-2000 – C-114-2005 – C-170-2004
151 Relaciones del Trabajo en la Administración Pública	C-551-2003 T-1189-2001 - T-054-2006 - T-938-2011 C-240-2005 - T-998-2010 - T-386-2011 - C-616-2013 C-449-2005 - T-527-2001 - T-575-2002 - C-734-2008 C-122-2012 - T-353-2002 - T-621-2008 - T-170-1999 T-135-2002 - C-858-2008

154 Negociación Colectiva	C-349-200 – T-947-2013 SU-897-2012 - C-280-2007 C-161-2000 - C-466-2008
159 Readaptación Profesional y Empleo	T-198-2006 T-057-2016
169 Pueblos Indígenas y Tribales	SU-039-1997 C-359-2013 T-704-2016 SU-383-2003 C-620-2003 C-389-2016 T-630-2016 C-298-2016 C-641-2012 T-576-2014 SU-097-2017 SU-217-2017 T-376-2012 T-680-2012 T-1080-2012 T-355-2014 T-353-2014 T-646-2014 T-969-2014 T-247-2015 T-764-2015 T-226-2016 T-002-2017 T-052-2017 T-080-2017 C-163-2015 C-169-2001 C-290-2017 T-236-2012 C-077-2017 T-375-2006 C-898-03 T-979-2006 T-387-2013 T-703-2008 T-256-2015 C-371-2014 T-550-2015 T-461-2014 T-485-2015 T-698-2011 T-378-2013 T-659-2013 T-698-2011 T-693-2011 C-575-2006 T-236-2017 T-272-2017 T-416-2017 C-864-2008 C-461-2008 C-175-2009 C-063-2010 C-366-2011 C-068-2013 C-274-2013 C-620-2015 C-063-2010 C-702-2010 C-915-2010 C-622-2013 C-501-2014 T-973-2009 C-208-2007 C-030-2008 C-615-2009 T-245-2013 C-187-2011 C-666-2016 T-292-2017 C-937-2011 T-129-2011 T-693-2012 T-353-2014 T-384A-2014 T-359-2015 T-005-2016 T-436-2016 C-317-2012 C-318-2012
182 Peores formas de trabajo infantil	C-535-2002 C-1188-2005 C-069-2016 C-203-2005 C-240-2009 C-172-2004 – C-170-2004
189 Trabajadoras y trabajadores domésticos	C-871-2014

Elaboración propia con información de la relatoría de la Corte Constitucional

Con relación a los pronunciamientos concretos que ha efectuado la Corte respecto de los convenios antes destacados es pertinente resaltar algunos aspectos:

En cuanto a la aplicación del Convenio 111 de la OIT, el primer pronunciamiento realizado fue la sentencia sentencia C-221 de 1992 donde se concluyó que ese instrumento internacional es una norma de aplicación directa porque fue ratificado por Colombia y se ha incluido en el ordenamiento jurídico mediante la Ley 22 de 1967, sin determinar su jerarquía normativa. Esta postura se obtiene de la simple lectura del artículo 53 de la Constitución Política y no permite al operador judicial dar prevalencia alguna a los convenios.

Nuevamente, la Corte Constitucional en la sentencia T-418 de 1992, simplemente indica que los convenios de la OIT hacen parte de la legislación interna en virtud del artículo 53 de la Carta Política, esta vez haciendo referencia al Convenio 98. Es decir, aquí tampoco se da prevalencia alguna a los convenios.

Debe resaltarse una situación en particular, acontecida respecto del tema de la huelga, ya que sobre la facultad que tenía el Ministerio de Trabajo de declarar la ilegalidad de la huelga, en sentencia C-432 de 1996 al analizar la exequibilidad del artículo 451 del C.S.T. aunque los convenios 87 y 98 consagran que la ilegalidad de la huelga debe ser declarada por un juez, la Corte Constitucional consideró que el artículo no era contrario

a los preceptos constitucionales¹⁸. En este orden de ideas, la Corte colocó a los convenios en mención en rango inferior al mandato constitucional, a través de una sentencia de obligatorio cumplimiento.¹⁹

Posteriormente en sentencia T-569 de 1999 de aplicación interpartes, apartándose de su precedente, la Corte Constitucional aclaró que si el Estado es el empleador, resulta contrario al principio de la buena fe en el cumplimiento de los compromisos internacionales adquiridos por Colombia al ratificar los Convenios 87 y 98 de la OIT, que sea un órgano gubernamental el que haga la calificación de la ilegalidad de la huelga, pues de esa manera se priva a los trabajadores de una garantía: la de tener acceso a un tercero imparcial que decida, cuando el conflicto entre ellos y su empleador sobre la conformidad de la huelga con su regulación legal, no puede ser dirimido por las partes.

¹⁸ En la citada providencia la Corte expresó: “Al asignarse la facultad de declarar la ilegalidad de la huelga a una autoridad administrativa no se restringe indebidamente el derecho de huelga, puesto que esta atribución no es más que una forma específica de expresión de la función de policía que la Constitución radica en la administración. Tal potestad, además, no comporta una vulneración de la estricta reserva legal que la Constitución establece para la regulación del ejercicio de este derecho, pues las causales que pueden servir de motivación a la decisión administrativa sólo pueden ser las que el legislador ha señalado, siempre y cuando ellas no vulneren el núcleo esencial del citado derecho, ni sean de tal magnitud que lo hagan nugatorio”.

¹⁹ Según el artículo 243 de la Constitución Política los fallos que la Corte dicte en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional. Ninguna autoridad podrá reproducir el contenido material del acto jurídico declarado inexecutable por razones de fondo, mientras subsistan en la Carta las disposiciones que sirvieron para hacer la confrontación entre la norma ordinaria y la Constitución

Por tanto, Colombia ante la presión política que tenía por parte de la OIT, expidió la Ley 1210 de 2008 que deja en manos del juez laboral la declaratoria de ilegalidad de la huelga, con lo cual se garantiza la imparcialidad del ente que decide, precisamente aplicando los convenios 87 y 98 ya mencionados.

Aunque el convenio 169 referente a pueblos indígenas y tribales es netamente técnico, le ha merecido múltiples pronunciamientos a la Corte Constitucional. Este es uno de los instrumentos internacionales respecto del cual más sentencias se han producido, porque esta norma aunque sólo regula un aspecto laboral, ha trascendido a otros aspectos sociales y políticas, en atención a que con base en ella se ha establecido jurisprudencialmente la obligatoriedad de la consulta a los indígenas.

En la sentencia SU-039 de 1997, en la cual se concedió el amparo impetrado por el Defensor del Pueblo en favor de la comunidad indígena UWA, con el objeto de que fuera consultada en relación con una licencia ambiental que había sido concedida para un proyecto de explotación petrolera en tierras de su resguardo, se afirmó que el convenio 169 hacía parte del bloque de constitucionalidad y se utilizó para fijar los alcances de la consulta.

Las apreciaciones desarrolladas en la sentencia SU-039 de 1997 fueron retomadas en la sentencia T-652 de 1998, en la que se concedió la tutela impetrada a favor de la comunidad indígena Embera Katío, afectada por la construcción de la represa de Urrá. En la sentencia T-568 de 1999, la Corte Constitucional planteó por primera vez la integración de los

convenios internacionales del trabajo al bloque de constitucionalidad por tratar sobre asuntos estrictamente laborales (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 aún bajo los estados de excepción). También en sentencias C-567 de 2000, C-797 de 2000, C-170 de 2003 y C-551 de 2007 la Corte Constitucional consideró que los convenios en mención forman parte del bloque de constitucionalidad. Precisamente, en la sentencia C-615 de 2009, se reitera que el convenio 169 hace parte del bloque de constitucionalidad.

CRISTIAN COURTIS (2009 página 64) afirma que en Colombia existe un gran desarrollo jurisprudencial respecto de la aplicación de los convenios de la OIT y resalta la labor que ha tenido la Corte Constitucional en la efectividad del Convenio 169. Sin embargo, este autor basa su conclusión en el análisis de un solo instrumento internacional, desconociendo que existen múltiples convenios que no han ameritado pronunciamiento alguno de la Corte.

En la sentencia C-691 de 2008 al analizar el derecho de huelga, se indica que éste no está directamente consagrado en los convenios o recomendaciones de la OIT, pero a partir de la interpretación que hicieron el Comité de Libertad Sindical (CLS) y la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR) respecto de los artículos 3²⁰ y 10²¹ del Convenio sobre

²⁰ 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

la Libertad Sindical y la Protección del Derecho de Sindicación (Convenio número 87 de 1948), el derecho de huelga ha sido definido como un derecho fundamental de los trabajadores y organizaciones sindicales.

Al respecto, debe indicarse que la Comisión de Expertos en aplicación de Convenios y Recomendaciones subrayó que los convenios en materia de libertad sindical no contienen disposiciones que ofrezcan la posibilidad de invocar la excusa de un estado de excepción para motivar la derogación de las obligaciones estipuladas en ellos o una suspensión de su aplicación (OIT, 2006A. página 43).

En la sentencia C-1491 pde 2000, se declaró exequible el artículo 70 de la Ley 50 de 1990 relativo a la prohibición de suscribir o prorrogar pactos colectivos en las empresas cuyos sindicatos agrupen más de la tercera parte de los trabajadores, por no ser violatorio de los artículos 13, 39, 55, 92 y 93 superiores, así como por no contradecir las Convenciones 87 y 98 de la OIT.

En concordancia con este pronunciamiento constitucional, FRANCISCO RAFAEL OSTAU DE LAFONT DE LEÓN y LEIDY ANGELA NIÑO CHAVARRO (2010), concluyen que los convenios 87 y 98 son parte del bloque de constitucionalidad porque así lo ha definido la Corte Constitucional, por tanto, cualquier controversia entre el Código Sustantivo del Trabajo y estos,

administración y sus actividades y el de formular su programa de acción”. (subrayas fuera de texto)

²¹ 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”. (subrayas fuera de texto)

debe resolverse aplicando los últimos, haciendo mención para ello de la excepción de inconstitucionalidad. Respecto a las recomendaciones relativas a dichos convenios consideran que tienen carácter vinculante cuando emanan del Consejo de Administración de la OIT, según los estatutos de esa organización. Agregando que la Corte Constitucional ha definido que las recomendaciones de los órganos de control en algunos casos son vinculantes.

También, CARLOS ALBERTO OLIVER GALE (2013), al analizar varios aspectos de la protección internacional que tiene el tema de la negociación colectiva y en especial la aplicación en Colombia de los convenios 87, 98 y 154 de la OIT, indica que hacen parte del bloque de constitucionalidad, siendo los dos primeros parte de los ocho convenios esenciales de esa organización, generadores de obligaciones erga omnes. En criterio de este autor no todos los convenios de la OIT forman parte del bloque de constitucionalidad, expresando que la Corte Constitucional es quien define que convenios integran dicho bloque, citando para ello la sentencia C-401 de 2005. En lo que respecta a las recomendaciones plantea que son verdaderas normas.

Actualmente, para que un convenio de la OIT haga parte del ordenamiento jurídico colombiano obligatoriamente debe estar ratificado, en ese orden de ideas, Colombia está obligada a cumplir con los 52 convenios que tienen vigencia, para lo cual, debe establecerse cuál es la prevalencia que tienen en el orden interno y si la Corte se abrogó la potestad de definir si un convenio forma o no parte del bloque de constitucionalidad. En ese sentido, existe un vacío respecto de cuál

debería ser la aplicación judicial de los que aún no tienen pronunciamiento expreso por parte de la gendarmería Constitucional.

Se reitera que no existe pronunciamiento expreso sobre los convenios de gobernanza (81, 129 y 144) y el operador jurídico podría utilizarlo como criterio de interpretación, pues estos convenios contienen parámetros para fijar políticas de Gobierno.

De los convenios fundamentales, sólo hay pronunciamiento del 87²², 98²³, 100²⁴, 111²⁵, 138²⁶ y 182²⁷ indicando que hacen parte del bloque de constitucionalidad. Aunque los convenios 29 y 105 sobre trabajo forzoso, aún no han sido incluidos por la Corte Constitucional como integrantes del bloque de constitucionalidad, estos deben pertenecer al mismo porque tienen directa concordancia con los principios fundantes del Estado Colombianos, entre los cuales se encuentra el respeto a la dignidad humana.

En lo que atañe a los técnicos como sólo hay pronunciamiento respecto de los convenios 95²⁸, 151²⁹, 154³⁰, 159³¹, 169³² y 189³³, para la aplicación de los restantes, debe tenerse en cuenta que por ser parte del ordenamiento jurídico tienen aplicación directa, y en acatamiento del mandato constitucional

²² Libertad Sindical

²³ Derecho de sindicación y de negociación colectiva

²⁴ Igualdad de la remuneración

²⁵ Discriminación

²⁶ Edad mínima

²⁷ Peores formas de trabajo infantil

²⁸ Protección del salario

²⁹ Las relaciones de trabajo en la administración pública

³⁰ Negociación colectiva

³¹ Readaptación profesional y empleo

³² Pueblos Indígenas y Tribales

³³ Las trabajadoras y los trabajadores domésticos

previsto en el artículo 53, referente a la utilización del principio de favorabilidad si existe una contradicción entre una ley y un convenio de estos, debe utilizarse lo que resulte más favorable al trabajador que es la parte débil del vínculo contractual. Con la salvedad que la cláusula que se aplique debe tener la característica de ser autoejecutiva.

De otro lado, en cuanto a la aplicación de las recomendaciones emanadas de la OIT, debe hacerse la diferenciación entre las que provienen directamente de la Conferencia Internacional y las que son emitidas por los órganos de control y autorizadas por el Consejo de Administración.

En referencia a las recomendaciones emanadas de la Conferencia Internacional, al pronunciarse el control previo constitucional del Instrumento de Enmienda a la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo, remitida por el Gobierno para su revisión, en la sentencia T-562 de 1992 luego de hacer un recuento sobre que es la OIT, su estructura y sus medios de producción normativa, se indicó que las recomendaciones no crean tales obligaciones, sino que se dirigen a definir guías que orienten la acción de los gobiernos respecto a sus relaciones laborales.

Posteriormente, a través de la sentencia 049 de 1994 al analizar la Ley 52 de 1993 la Corte explicó que los Convenios, más no las Recomendaciones, hacen parte de la legislación interna, y por consiguiente, son los que se someten, junto con la ley aprobatoria, al control de constitucionalidad. Sin embargo, en ese caso en particular bajo el entendido que la ley en mención aprobó como un todo

inescindible, tanto el Convenio No 167, como la Recomendación No 175, la Corte debió hacer ese pronunciamiento respecto de ambos. Aclarando en ese proveído que las recomendaciones, según el artículo 19 de la Constitución de la O.I.T., son proposiciones de la Conferencia Internacional del Trabajo, que se refieren a cuestiones o aspectos que en ese momento no se prestan para la adopción de un Convenio, y que no exige propiamente la expresión del consentimiento, en la forma indicada para el ajuste de los Convenios y Tratados Internacionales, ni su ratificación formal, pues una recomendación emanada de la Conferencia constituye apenas una serie de orientaciones y sugerencias con respecto de determinada materia.

En un caso muy particular, mediante la sentencia C-468 de 1997 al pronunciarse sobre la exequibilidad de la Ley 347 de 1997, por medio de la cual se aprobaron las Recomendaciones 171 sobre los servicios de salud en el trabajo; 172 sobre la utilización del asbesto en condiciones de seguridad; 173 sobre el bienestar de la gente de mar en el mar y en puerto; 174 sobre la repatriación de la gente de mar; 176 sobre el fomento del empleo y la protección contra el desempleo; 178 sobre el trabajo nocturno; 179 sobre las condiciones de trabajo en los hoteles, restaurantes y establecimientos similares y 180 sobre la protección de los créditos laborales en caso de insolvencia del empleador, adoptadas por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo, indicó la Corte que las recomendaciones de la OIT no son tratados, por lo cual no son normas sujetas a la ratificación por el Estado colombiano, ni a la revisión previa y automática de esa institución, sino que sólo deben someterse a control cuando

están en relación conexas e inescindibles con los convenios, en razón a que la fuerza vinculante del tratado internacional está sujeta en tal evento a la correcta aplicación de la respectiva recomendación.

En ese proveído la Corte Constitucional resalta el hecho de que la propia Constitución destaca esa diferencia entre las recomendaciones y los convenios, ya que les confiere distinta eficacia jurídica interna, como quiera que el artículo 53 de la Carta incluye en la legislación interna a los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, mientras que en relación con las recomendaciones, no existe norma constitucional que las mencione.

Mediante el proveído T-285 de 2006, retoma los postulados de las sentencias C-562 de 1992 y C-468 de 1997 indicando que las recomendaciones emanadas de la conferencia no tienen fuerza vinculante.

En la sentencia SU-555 de 2014 la Corte Constitucional al analizar el tema de la negociación colectiva en materia pensional y con relación al Acto Legislativo 01 de 2005, reiteró el criterio de que las recomendaciones emanadas de la Conferencia de la OIT recogen directrices que pueden llegar a orientar la política y las acciones nacionales, pero no son instrumentos que obliguen a los Estados, además que no integran el bloque de constitucionalidad, toda vez que no son convenios ni tratados ratificados por el Congreso, y por tanto, no surtieron el procedimiento constitucional establecido, requisito inequívoco consagrado en la Constitución para que un instrumento internacional haga parte del bloque de

constitucionalidad.

En ese orden de ideas, puede concluirse respecto de las recomendaciones de la Conferencia, que la regla general, es que no tienen carácter vinculante, y no requieren aprobación, pero pueden someterse a control constitucional cuando están en relación conexas e inescindibles con los convenios que están siendo estudiados para el control de la ley de aprobación. En ese orden de ideas, puede decirse, en cuanto al operador jurídico que puede utilizarlas como criterio auxiliar o norma supletoria en los términos del artículo 19 del C.S.T.

Sin embargo, en el aspecto político, debe resaltarse que en sentencia T-568 de 1999 se indicó que las recomendaciones de la OIT son obligatorias para el gobierno por dos razones: primera, en virtud de la Constitución de la OIT (art. 19), y de los convenios 87 y 98 sobre sindicalización, todos ratificados por el Estado. Segunda, por lo dispuesto en la Constitución Política en los artículos 39, (derecho de asociación sindical) 56, (derecho de huelga) 53 (los Convenios Internacionales en materia de derecho al trabajo pertenecen a la legislación interna), y 93 (prevalencia de los instrumentos de derechos humanos ratificados por Colombia).

En cuanto a las recomendaciones emanadas de los órganos de control, la Corte Constitucional en la sentencia T-568 de 1999 al analizar el derecho a la personería jurídica del sindicato y el trámite administrativo que le es inherente, explicó en que consiste el Comité de Libertad Sindical, cual es el trámite de las quejas que se presentan ante la OIT y por último afirma que el bloque de constitucionalidad para el caso bajo

estudio estaba formando entre otros postulados por los convenios 87 y 98 y por la recomendación del Comité de Libertad Sindical de la Organización Internacional del Trabajo que se había emitido para esa situación en concreto ante la queja que había presentado la organización sindical accionante.

Por su parte, en la providencia T-1211 de 2000, al estudiar un caso de retención de cuotas sindicales, donde la empresa ya había sido sancionada por no entrega de las cuotas y la OIT había emitido un pronunciamiento, retomó las manifestaciones que había hecho en la sentencia T-568 de 1999 concluyendo que la recomendación emitida en esta situación por el Comité de Libertad Sindical hace parte del bloque de constitucionalidad.

A través de la sentencia T-603 de 2003, indicó que la acción de tutela es el medio para dar cumplimiento a las recomendaciones de los órganos de control que protegen derechos fundamentales, en esta oportunidad se estudiaba la situación de unos empleados del INPEC que había sido despedido violando la garantía del fuero sindical y había acudido ante la OIT para la protección de sus derechos obteniendo recomendación del Comité de Libertad Sindical en el sentido de que fueran reintegrados, por lo cual la Corte Constitucional retomó los argumentos de la sentencia T-568 de 1999 y concluyó que las recomendaciones de dicho Comité no son meras directrices, guías o lineamientos que debe seguir el Estado colombiano, sino que ellas constituyen una orden expresa vinculante para el Estado y cada uno de sus órganos.

En la sentencia T-171 de 2011 la Corte

estudió el caso de varios trabajadores que fueron despedidos por participación en una huelga, y quienes colocaron su situación de presente a la OIT la cual emitió recomendación en el sentido de frenar los despidos y ordenar los reintegros. Nuevamente hace un recuento que como se emiten las recomendaciones del Comité de Libertad Sindical, y retomando los postulados de las sentencias T-568 de 1999, T-1211 de 2000 y T-603 de 2003 indica que las determinaciones que dispongan los órganos de control de la OIT deben ser respetados y cumplidos por Colombia.

En un caso similar al enunciado previamente, también de trabajadores despedidos en ejercicio del derecho de huelga, la Corte profirió la sentencia T-087 de 2012, en la que se explica que existe una diferencia entre las Recomendaciones que emite la Conferencia General de la OIT, como directrices de las políticas y las acciones que los Estados Miembros pueden adoptar; y las Recomendaciones formuladas por un órgano de control de la OIT, como el CLS, al interior de un proceso en búsqueda de solución en un caso concreto de presunta violación de derechos de libertad sindical, dentro de un Estado Miembro en particular, toda vez que éstas últimas cuando son debidamente aprobadas por el Consejo de Administración de la OIT, contienen obligaciones expresas para el gobierno colombiano, de imperativo cumplimiento, ya que al aprobar la Constitución de la OIT y los convenios respectivos a la libertad sindical, se comprometió de buena fe a respetarlos.

Nuevamente analizando un caso de trabajadores de una empresa industrial y comercial del Estado despedidos por

participar en un cese de actividades, la Corte emitió la sentencia T-261 de 2012, reiterando lo que había expuesto en las T-568 de 1999, T-1211 de 2000 y T-603 de 2003, y expone que las recomendaciones proferidas por el Comité de Libertad Sindical de la OIT debidamente aprobadas por el Consejo de Administración tienen una orden expresa de carácter vinculante para el Estado colombiano y por tanto es imperativo el acatamiento de lo allí ordenado. Agregando en esta providencia que la sustracción de su cumplimiento implica la violación de los derechos fundamentales alegados, además de desconocer el carácter vinculante de la jurisprudencia de la Corte Constitucional que fija los alcances de los derechos fundamentales.

Precisó la Corte en dicho proveído que cuando el Estado colombiano se obliga mediante convenios internacionales debidamente ratificados por el Congreso quedan sometidos a su cumplimiento cada una de las personas naturales que habitan el territorio nacional; de igual manera, todas las personas jurídicas que desarrollen su objeto social en suelo colombiano y que celebren negocios jurídicos que tengan como sustento parte de la legislación contenida en los convenios internacionales, con mayor razón están obligados a cumplir los compromisos internacionalmente adquiridos, cada uno de los órganos de la administración, incluidas las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, bien sean estas del orden nacional o territorial.

En la ya mencionada sentencia SU-555 de 2014, la Corte Constitucional describe cual la ha sido la línea jurisprudencial de la Corporación respecto de las recomendaciones emanadas del Comité de Libertad Sindical que han sido

aprobadas por el Consejo de Administración de la OIT y concluye que éstas son vinculantes para el Estado colombiano. Sin embargo, advierte la Honorable Corte que tanto el gobierno como los jueces conservan un margen de apreciación para analizar su compatibilidad con nuestro ordenamiento constitucional.

Por último, al analizar la constitucionalidad del artículo 430 del Código Sustantivo del trabajo referente al derecho de huelga en sentencia C-796 de 2014, luego de recapitular sus pronunciamos sobre la aplicación de los convenios y las recomendaciones, expuso:

En conclusión, **(i)** los convenios de la OIT aprobados por Colombia hacen parte de la legislación interna, de conformidad con el inciso 4 del artículo 53 de la Constitución; **(ii)** algunos de estos convenios integran el bloque de constitucionalidad si cumplen con los requisitos consagrados en el artículo 93 superior, es decir, si tratan de derechos humanos intangibles y han sido aprobados por el Congreso de conformidad con el procedimiento constitucional establecido; y **(iii)** los convenios que versen sobre derechos no intangibles no hacen parte del bloque en sentido estricto, pero sirven como referente para interpretar los derechos de los trabajadores.

De otro lado, por no cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 93 constitucional, las recomendaciones del Comité de Libertad Sindical de la OIT, incluso

cuando son aprobadas por el Consejo de Administración del organismo, no integran el bloque de constitucionalidad en estricto sentido. Sin embargo, cuando son avaladas por este último ente, son vinculantes para el Estado colombiano y deben cumplirse a nivel interno de buena fe y por todas las autoridades. No obstante, las autoridades públicas conservan un margen de apreciación para analizar su compatibilidad con nuestro ordenamiento constitucional.

En estos dos últimos proveídos en cita, entra la Corte en contradicción de la postura que venía teniendo respecto de la obligatoriedad de las recomendaciones de los órganos de control, pues aunque reitera su argumentación al respecto, paradójicamente desdibuja la misma, cuando deja a criterio de los operadores administrativos y judiciales la compatibilidad de la recomendación, emitida por el Comité, con la Constitución Política, pues esto implica que se le dé a la recomendación una jerarquía inferior a la Constitución, es decir, que esta no hace parte del bloque de constitucionalidad y en consecuencia un operador podría dejar de aplicar la recomendación so pretexto de que contraviene disposiciones constitucionales y en consecuencia ya no resultaría de obligatorio cumplimiento para el Estado colombiano.

Omite en estos últimos dos proveídos la Corte Constitucional, que el Gobierno tiene la responsabilidad de velar por la aplicación de los convenios internacionales del trabajo en materia de libertad sindical, que ha ratificado libremente y que deben ser respetados

por todas las autoridades estatales inclusive las judiciales (OIT, 2006A, página 10) cuando deja al arbitrio del operador judicial y administrativo su aplicación.

XAVIER BEAUDONNET (2009 página 92) considera que los pronunciamientos emitidos por los órganos de control de la OIT tienen fuerza vinculante, aunque ello no esté plasmado directamente en ningún instrumento jurídico de esa organización, por tres razones: a) la labor de los órganos de control constituye una lectura particularmente autorizada de los convenios en mención; b) estos órganos emiten una postura que tiene validez hasta tanto no exista un pronunciamiento de la Corte Internacional de Justicia y c) el artículo 26 de la Convención de Viena compromete al Estado que suscriba un tratado a respetarlo y aplicarlo de buena fe.

Por su parte, OSTAU DE LAFONT DE LEÓN Francisco Rafael (2011 página) luego de analizar las posturas de varios autores, incluyendo BEADUONNET, así como las sentencias emanadas de la Corte Constitucional, señala que para los operados judiciales en Colombia son de carácter obligatorio las decisiones del Comité de Libertad Sindical y de todos los organismos de control de la OIT, por lo que hacen parte del bloque de constitucionalidad.

Uno de los argumentos que utiliza para la defensa de esta tesis el referido autor, es la aplicación del Tratado de Viena sobre los tratados internacionales aprobada por la Ley 194 de 1995, de la cual considera que surge la obligación de respetar y garantizar la aplicación de los convenios internacionales a nivel interno, el deber de adecuar el Derecho interno, y se

establece la responsabilidad de los Estados frente a los Convenios, criterios y principios sobre la interpretación auténtica de los tratados internacionales, por lo cual plantea que concretamente respecto de los Convenios 87 y 98 ratificados por la ley 26 y 27 de 1976, mientras no haya una interpretación de la Corte Internacional de Justicia acerca de su interpretación, son de carácter obligatorio los criterios interpretativos del Comité de Libertad Sindical y sus recomendaciones adoptadas por el Consejo de Administración de la OIT.

Llega a concluir OSTAU DE LAFONT DE LEÓN que si los operadores judiciales en Colombia no aplican las recomendaciones del Comité de Libertad Sindical, el Estado colombiano deberá responder por la violación de los convenios de conformidad con el Convenio de Viena sobre los tratados internacionales (página 10).

Resulta la postura de ambos autores atendible, no sólo por los argumentos enunciados, sino también por los planteamientos que al respecto ha mostrado la Corte Constitucional, la cual desconoció todo su precedente, cuando deja en manos del operador jurídico la forma de aplicación de una recomendación.

Ante la confusión que genera la Corte Constitucional en su pronunciamiento ambiguo respecto de las recomendaciones de los órganos de control, debe indicarse en primer lugar que el Comité de Libertad Sindical, como se manifestó anteriormente estudia las violaciones relativas a esa libertad, la cual está plasmada en los convenios 87 y 98 que son fundamentales para la OIT y ha reiterado la Corte Constitucional que pertenecen al bloque de

constitucionalidad, en consecuencia, no puede entonces quitárseles a dichas recomendaciones la calidad de pertenecer al mismo bloque y por tanto, no es optativo para los operadores judiciales y administrativos aplicar con prevalencia sobre el ordenamiento ordinario las recomendaciones del CLS.

En segundo lugar, debe exponerse, que resulta vital tener en cuenta para la aplicación de las recomendaciones emanadas de un órgano de control de la OIT, a qué convenio está haciendo referencia, y en caso de ser el convenio parte del bloque de constitucionalidad, debe entonces darse prevalencia a dicha recomendación.

CONCLUSIONES

1. Respecto de los convenios y las cláusulas que los integran se concluye que los primeros pueden clasificarse en tres tipos: fundamentales, programáticos o de gobernanza y técnicos. Adicionalmente las cláusulas que contiene un convenio pueden ser: auto ejecutivas; con reconocimiento de un derecho pero con un grado sustancial de indeterminación; directivas orientadas a establecer pautas para la legislación de los Estados Miembros y de carácter programático orientadas al desarrollo de una política general. Es necesario verificar el tipo de contenido de cada cláusula, porque en un solo convenio pueden encontrarse todas las categorías en mención.
2. En cuanto a la obligación de ratificación de un convenio sobre el trabajo, debe indicarse que en virtud del artículo 19, 5), d) de la Constitución de la OIT, el Estado que ratifica un convenio se

obliga a adoptar las medidas necesarias para hacer efectivas las disposiciones del mismo, no sólo introduciéndolo en su ordenamiento interno, sino también debe velar por su aplicación en la práctica, tomando las medidas necesarias para ello como eliminar las contradicciones que haya con otras normas de la legislación interna, imposición de sanciones por incumplimiento, capacitación y fomento de prácticas relativas a las disposiciones del convenio.

Una vez ratificado un convenio en Colombia hace parte del ordenamiento jurídico interno es decir, hacen parte del bloque de legalidad, son normas jurídicas principales y obligatorias para todo el territorio nacional. Pueden utilizarse también como fuente supletoria cuando existe un vacío normativo.

3. Respecto a la aplicación en el orden interno, como el espectro de temas tratados en los convenios de la OIT es muy amplio, ya que existen algunos que refieren a derechos humanos fundamentales en el trabajo, otros relativos a puntos netamente administrativos y estadísticos, relacionados con normas de protección sobre aspectos específicos como el uso de algunos componentes químicos, pesos y alturas tolerables, aunque todos pertenecen al orden interno en razón del artículo 53 C.P. (bloque de legalidad), sólo algunos tienen las connotaciones necesarias para hacer parte del bloque de constitucionalidad.

En sentido estricto hacen parte del bloque de constitucionalidad todos los convenios internacionales ratificados por Colombia que reconocen derechos

humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, con base en el inciso 1º del artículo 93 de la Constitución Política. La pertenencia en sentido lato refiere a los convenios de la OIT que son un referente para interpretar las leyes ordinarias, la norma suprema que consagra los derechos de los trabajadores, dándole plena efectividad al principio fundamental de protección al trabajador y al derecho al trabajo (artículos 1, 25 y 53 Constitución Política)³⁴. En ambos casos, al pertenecer al bloque de constitucionalidad el operador jurídico debe darle aplicación al artículo 4 de la Constitución Política.

En ese orden de ideas, si una ley ordinaria contempla preceptos contrarios a los convenios de la OIT que hacen parte del bloque de constitucionalidad en cualquier sentido se encuentra viciada de inconstitucionalidad.

La Corte Constitucional en la sentencia C-401 de 2005 aclaró que la inclusión de los convenios de la OIT en el bloque de constitucionalidad debe realizarse de manera diferenciada y fundamentada, definiendo además si lo hacen en sentido lato o estricto. Tornándose en vital esta diferenciación, ya que ello depende su prevalencia en el orden interno. Abrogándose la facultad de ser esa corporación la única autoridad competente para definir este aspecto.

No obstante, la Corte Constitucional en concreto respecto de los convenios de la OIT solo ha incluido expresamente

³⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-401 de 2005. M.P. Manuel José Cepeda

como parte del bloque de constitucionalidad, los convenios fundamentales 87, 98, 100, 111, 138 y 182 y los convenios técnicos 95, 151, 154, 159, 169 y 189, existiendo un vacío jurídico respecto de los convenios restantes.

Puede evidenciarse en los pronunciamientos de la Corte Constitucional que no ha incluido a los convenios de gobernanza dentro de los pertenecientes al bloque de constitucionalidad hasta la fecha. Estos convenios de gobernanza se consideran programáticos por lo cual requerirían de un desarrollo legal para su aplicación directa, mientras eso sucede, pueden utilizarse como criterios orientadores.

Para la aplicación de los convenios técnicos que aún no tienen pronunciamiento de la Corte Constitucional, debe tenerse en cuenta que por ser parte del ordenamiento jurídico tienen aplicación directa, y en acatamiento del mandato constitucional previsto en el artículo 53, referente a la utilización del principio de favorabilidad, si existe una contradicción entre una ley y un convenio de estos debe utilizarse lo que resulte más favorable al trabajador que es la parte débil del vínculo contractual. Con la salvedad que la cláusula que se aplique debe tener la característica de ser autoejecutiva.

En acatamiento de los principios de favorabilidad, *pacta sunt servanda* y *pro hominen*, si existe contradicción entre la Constitución y el convenio internacional, debe aplicarse la norma más favorable y si es tema interpretativo, debe usarse la

interpretación que esté más acorde con los convenios ratificados. Estos principios deben acogerse en cumplimiento a lo previsto en el artículo 9 de la Constitución Política³⁵.

4. Respecto a las recomendaciones emanadas de la Conferencia Internacional, debe indicarse que éstas no se someten a ratificación, en Colombia su aplicación depende del desarrollo que se realice a través de una ley ordinaria, y en los términos del artículo 19 del C.S.T. se utilizan como fuente de interpretación o fuente supletoria.

La Corte Constitucional tiene el criterio unificado respecto de que las recomendaciones emanadas de la Conferencia de la OIT recogen directrices que pueden llegar a orientar la política y las acciones nacionales, pero no son instrumentos que obliguen a los Estados, además que no integran el bloque de constitucionalidad. Las recomendaciones emanadas de la Conferencia Internacional no tienen fuerza vinculante pero sirven como criterios de interpretación.

En relación con las recomendaciones emanadas de los Órganos de Control éstas tienen fuerza vinculante, en especial, cuando el convenio a que están haciendo referencia hace parte de los convenios fundamentales y cuando dichos convenios hagan parte del bloque de constitucionalidad.

La decisión de la Corte Constitucional

³⁵ Artículo 9o. “Las relaciones exteriores del Estado se fundamentan en la soberanía nacional, en el respeto a la autodeterminación de los pueblos y en el reconocimiento de los principios del derecho internacional aceptados por Colombia”

tomada en la sentencia SU 555 de 2014 y reiterada en la C-796 del mismo año, respecto de dejar en el criterio de los operadores jurídicos y administrativos la aplicación de una recomendación de un órgano de control de la OIT, podría no ser la más idónea, bajo el entendido, que coloca en rango inferior dicha recomendación respecto del ordenamiento constitucional y desconoce entonces que si esa recomendación está orientada a la aplicación de un convenio fundamental que pertenece al bloque de constitucionalidad, debe tener prelación sobre el ordenamiento ordinario.

http://www.mitramiss.gob.es/es/publica/pub_electronicas/destacadas/revista/numeros/72/est05.pdf

BIBLIOGRAFÍA

1. ACKERMAN Mario E. (2017). Las Normas Internacionales del Trabajo y la Vigencia de su Sistema de Control General.
2. BARÓN MERCADO SALLY. (2016) Aplicación de los Convenios de la OIT y su Eficacia en el Ordenamiento Jurídico Colombiano. Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo. Cartagena (Colombia) Vol. VIII. Nº 15: pp. 112 a 127.
3. BEAUDONNET. Xavier. (2009). Derecho Internacional del Trabajo y Derecho Interno. Manual de formación para jueces, juristas y docentes en derecho. Ginebra.
4. CANNESA MONTEJO Miguel F. (1998) Los Derechos Humanos Laborales: El Núcleo Duro De Derechos (Core Rights) Y El Ius Cogens Laboral. Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales de España No. 72. Pp 111 a 151. Recuperado del link.
5. CANNESA MONTEJO Miguel F. (2008). La protección Internacional de los Derechos humanos Laborales. Tirant lo Blanch. Valencia
6. CANNESA MONTEJO Miguel F. (2012). Los Derechos Laborales En El Derecho Internacional. Revista Latinoamericana de Derechos Humanos.
7. COURTIS Cristian. (2009). Apuntes sobre la Aplicación del Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas por los Tribunales de América Latina.
8. CENTRO INTERNACIONAL DE FORMACIÓN OIT. (2014) Guía sobre las Normas Internacionales del Trabajo. Ginebra.
9. COMISIÓN DE APLICACIÓN DE NORMAS DE LA CONFERENCIA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. (2011). Dinámica e impacto. Décadas de diálogo y persuasión. Ginebra.
10. COMISIÓN DE EXPERTOS EN APLICACIÓN DE CONVENIOS Y RECOMENDACIONES DE LA OIT. (2014). Informe sobre Aplicación de las Normas Internacionales del Trabajo.
11. CONFERENCIA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. (2012). Reunión 101. Dar un rostro humano a la Globalización. Ginebra.
12. CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN – OIT (2014). 322ª reunión. Ginebra.
13. ESCUELA JUDICIAL RODRIGO

- LARA BONILLA (2017). Normas Internacionales del Derecho del Trabajo. Bogotá.
14. FUENTES CONTRERAS Edgar Hernán. (2010). Papel jurisdiccional en la aplicación de las normas internacionales laborales en el derecho interno colombiano. Colombia.
 15. GATTAS ABUGATTAS Giadalah. (2006). Sistemas de incorporación monista y dualista: ¿tema resuelto o asignatura pendiente”.
 16. GRAVEL Eric, DUPLESSIS Isabelle y GERNIGON Bernard. (2002). El Comité de Libertad Sindical: impacto desde su creación. Ginebra.
 17. LAS HERAS HORACIO RAÚL. (2016) Normas Internacionales de Derecho del Trabajo y Derecho Interno Argentino. *Revista Derecho y Sociedad No. 46*. pp 25 a 31. Recuperado del link:
file:///C:/Users/fpalacid/Downloads/18817-74585-1-PB.pdf
 18. MOLINA MONSALVE, Carlos Ernesto (2005). Los convenios de la OIT ratificados, son normas de obligatoria aplicación en Colombia. *Revista Actualidad Laboral No 131*, sep.-oct./2005, pp 10 a 15.
 19. OLIVER GALE, Carlos Alberto. (2013) Negociación Colectiva y Pensiones Antinomias en la Constitución, a propósito del Acto Legislativo No. 01 de 2005. Colombia.
 20. OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. (1994). Libertad Sindical y Negociación Colectiva. Conferencia Internacional del Trabajo 81ª reunión. Ginebra.
 21. OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. (1996). Igualdad en el Empleo y la Ocupación” Conferencia Internacional del Trabajo 83ª reunión. Convenio 111. Ginebra.
 22. OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. (2006). La Libertad Sindical - Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT. Quinta Edición. Ginebra.
 23. OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. (2006). Manual sobre procedimientos en materia de convenios y recomendaciones internacionales del trabajo. Quinta Edición. Ginebra.
 24. OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. (2007). Guía básica para la Elaboración de Quejas por Violación a la Libertad Sindical. Ginebra.
 25. OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. (2008). Declaración de la OIT sobre la Justicia Social para una globalización equitativa. Ginebra.
 26. OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. (2009). Para La Ratificación Generalizada y la Aplicación Efectiva de los Convenios de Gobernanza. Ginebra.
 27. OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. (2012). Manual sobre procedimientos en materia de convenios y recomendaciones internacionales del trabajo. Ginebra.
 28. OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO (2014). La iniciativa relativa

- a las normas: seguimiento de los acontecimientos relativos a la Comisión de Aplicación de Normas en la reunión de 2012 de la CIT. Ginebra.
29. OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. (2014). Las reglas de juego. Ginebra.
30. OSTAU DE LAFONT DE LEÓN Francisco Rafael Y NIÑO CHAVARRO Leidy Ángela. (2010). Aplicación De Los Convenios De La Oit En Materia De Derecho De Asociación Sindical Y Negociación Colectiva En Las Decisiones De Los Jueces Laborales En Colombia. Colombia.
31. OSTAU DE LAFONT DE LEÓN Francisco Rafael. (2011). El Carácter Vinculante de las Recomendaciones del Comité de Libertad Sindical en el Contexto Jurídico Colombiano”. Colombia.
32. OSTAU DE LAFONT DE LEÓN Francisco Rafael y NIÑO CHAVARRO Leidy Ángela. (2013). Las cláusulas self - executing de los convenios de la organización internacional del trabajo en materia de derecho laboral colectivo (convenios 87 y 98). Colombia.
33. VILLEGAS ARBELÁEZ, Jairo. (2007). Empleados Públicos y derecho de negociación colectiva”. Universidad Externado de Colombia.
34. RAMÍREZ, Fanny (2010). Utilización NIT en decisiones judiciales Oficina Internacional del Trabajo.
35. RODGERS Gerry, Lee Eddy, SWEPSTON Lee y VAN Daele Jamien. (2009). La Organización Internacional del Trabajo y la lucha por la justicia social 1919-2009 OIT. Ginebra.
36. TAJGMAN David y CURTIS Karen. (2002). Guía Práctica de la Libertad Sindical. Normas, principios y procedimientos de la Organización Internacional del Trabajo. Ginebra.

www.corteconstitucional.gov.co
www.consejodestado.gov.co