

Las dos vías de incorporación automática de las Normas Internacionales del Trabajo al ordenamiento jurídico interno colombiano y su efecto vinculante^(*)

Carlos Ernesto Molina M. (**)

Abogado. Profesor en la Universidad del Rosario y Javeriana de Bogotá, Colombia.

1 Introducción.

La internacionalización es una característica esencial del Derecho Laboral, no una simple etapa histórica en su desarrollo. Obedece a dos causas eficientes, que con el correr de los años persisten y lo vigorizan.

En primer lugar, por su esencia humanitaria. Ante un fenómeno económico planetario como el capitalismo, el trabajo humano no solamente tenía que emanciparse de los moldes normativos impuestos por el Derecho Civil, que lo asimilaba a una mercancía transable, sino también lograr una normativa internacional, que hiciera contrapeso al efecto dispersante, inherente a las regulaciones nacionales. El establecimiento de normas mínimas, respetadas por todos los Estados (propósito que constituye uno de los pilares fundamentales de la

más universal de las instituciones prolijadas por esa internacionalización: la OIT), fue desde el principio un caro anhelo, sobre todo de los trabajadores. Paralelamente, era necesario reivindicar la pertenencia del trabajo a la más profunda naturaleza humana, que no distingue fronteras, y que lo ubica, por lo mismo, en pie de igualdad con los derechos inherentes al ser humano.

De otra parte, por una necesidad económica. En un mundo de creciente intercambio comercial internacional, la internacionalización del Derecho Laboral tiene como efecto impedir que en ese intercambio obtengan ventajas indebidas aquellos países que tienen menores niveles de protección laboral⁽¹⁾⁽²⁾: estos dos factores -que, se insiste, estuvieron presentes desde los orígenes mismos del Derecho Laboral en el

(*) El artículo fue inicialmente publicado en el libro *Eficacia jurídica de la Declaración Sociolaboral del Mercosur*. Buenos Aires: Asociación Argentina de Derecho del Trabajo y Seguridad Social y por la Oficina Internacional del Trabajo, 2002. Se reproduce con autorización expresa del autor.

(**) Agradezco profundamente al doctor Gerardo Von Potobsky, por las valiosas orientaciones y comentarios, que le han agregado valor importante a este trabajo, particularmente en el tema relativo a los derechos laborales consagrados en instrumentos internacionales, que conservan vigencia aún en los estados de excepción (IV-B-4). Igualmente, al doctor Oscar Ermida, de Cinterfor OIT-Montevideo, a la doctora Clara Inés Vargas, Magistrada de la Corte Constitucional de Colombia y al doctor Mauricio Hernández, por su oportuna e importante colaboración con el envío y acceso a material bibliográfico.

(1) RACCIATTI, Octavio Carlos. *El tratado internacional como fuente del derecho del trabajo*. En: *Grupo de los Miércoles. Treinta y seis estudios sobre las fuentes del derecho del trabajo*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1995. p. 172.

(2) VON POTOBOSKY, Gerardo y BARTOLOMEI DE LA CRUZ, Héctor. *La organización internacional del trabajo*. Buenos Aires: Astrea, 1990. pp. 3-4.

siglo XIX, como lo confirma la evidencia histórica descrita por Válticos⁽³⁾ y Tissebaum⁽⁴⁾, entre otros-, confluyeron finalmente en el Tratado de Versalles, que puso fin a la Primera Guerra Mundial. Este instrumento, en su Capítulo XIII, crea la Organización Internacional del Trabajo, OIT, cuya asamblea general es patéticamente denominada por De la Cueva como “la primera asamblea clasista de la vida internacional”, para denotar la participación en ella, por derecho propio, de trabajadores y empleadores y no solamente de los gobiernos⁽⁵⁾.

Ese fenómeno se ve reforzado hoy por la universalización de los Derechos Humanos, la globalización y los procesos de integración regional.

La internacionalización del Derecho Laboral ha evolucionado paralelamente con otra de sus características esenciales: su constitucionalización, es decir, la especial consagración de derechos, libertades y garantías atinentes al trabajo, en la Carta Fundamental.

Pero si la internacionalización del Derecho Laboral busca los objetivos sociales y económicos propios de los factores que la animan -justicia social cimentada en unas normas mínimas aceptadas por todos los países, y control al *dumping* basado en precarias garantías laborales internas-, su constitucionalización busca blindarlo contra los cambios legislativos de los países. Obviamente, la inclusión de ciertos derechos laborales básicos en el estatuto fundamental de un país les garantiza presencia, estabilidad y fortaleza.

Los antecedentes de esa constitucionalización se encuentran en los siglos XVIII y XIX en Europa, pero comenzó a cobrar verdadero ímpetu en el siglo XX, con la Constitución mexicana de 1917 y con la Constitución de Weimar dos años después.

Hoy, la constitucionalización del Derecho Laboral es una realidad incuestionable en muchos países, con profundos y benéficos efectos, las más de las veces.

En Colombia esas dos características se han dado de manera sucesiva en el tiempo. Primero se dio la constitucionalización (particularmente a partir de la

reforma constitucional de 1936, que modificó los artículos 17 y 18 de la Carta de 1886⁽⁶⁾). Luego vino la internacionalización, por la vía de la Constitución de 1991 (particularmente por los artículos 53 y 93, que confieren a los tratados internacionales del trabajo un *status* equivalente a la ley, o superior a ésta, como se verá), y que trajo aparejada la constitucionalización plena de los derechos laborales fundamentales, consecuente con la declaración contenida en su artículo 1: “Colombia es un estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria (...) fundada (...) en el trabajo (...)”⁽⁷⁾).

Apartir, pues, de la Constitución de 1991, el Derecho Laboral colombiano está fuertemente conectado con el Derecho Internacional Laboral. El objetivo de este trabajo es mostrar esa estrecha conexión y las formas como ingresan y adquieren efectividad en el orden interno las Normas Internacionales del Trabajo.

2 Clases de Normas Internacionales del Trabajo.

Adaptando y actualizando una idea de De la Cueva⁽⁸⁾, podemos decir que las Normas Internacionales del Trabajo (NIT) se dividen en dos clases, según sus contenidos:

2.1 Normas de contenido esencial.

Constituidas por las declaraciones universales y regionales sobre el trabajo⁽⁹⁾. Estas normas consagran **derechos fundamentales** en materia del trabajo, algunos de ellos **inalienables**. Entre ellas cabe destacar:

- a) El Capítulo XIII del Tratado de Versalles (1919), o Constitución de OIT, que sienta las directrices de los futuros convenios de esa organización, encabezadas por el principio de que el trabajo no debe ser considerado como una simple mercancía o un artículo de comercio.
- b) La Carta de las Naciones Unidas (1945).
- c) La Declaración de Filadelfia (1948) de OIT, que aporta medidas concretas para el Derecho del Trabajo

(3) VÁLTICOS, Nicolás. *Derecho Internacional del trabajo*. Madrid: Tecnos, 1970. pp. 29 y ss.

(4) TISSEBAUM, Mariano R. *La constitucionalización y codificación del Derecho del Trabajo, sus fuentes e interpretación*. En: DEVEALI, Mario (director). *Tratado de Derecho del Trabajo*. Buenos Aires: Ley, 1964. pp. 135 y ss.

(5) DE LA CUEVA, Mario. *El nuevo derecho mexicano del trabajo*. México: Porrúa, 1977.

(6) Artículo 17. “El trabajo es una obligación social y gozará de la especial protección del Estado”. Artículo 18. “Se garantiza el derecho de huelga, salvo en los servicios públicos. La ley reglamentará su ejercicio”.

(7) Aparte del Preámbulo, nuestra Constitución tiene al menos once normas de contenido expresamente laboral: artículos 1, 25, 26, 39, 53, 54, 55, 56, 57, 64 y 125.

(8) DE LA CUEVA, Mario. Op. cit.: pp. 30 y ss.

(9) Sobre este tema, ver el interesante estudio de CHANGALAQ., Ricardo y GARCÍA VEIRANO, Ana. *Las normas internacionales sobre derechos humanos como fuente del derecho del trabajo*. En: *Treinta y seis estudios sobre las fuentes del derecho del trabajo*. Montevideo: FCU, 1995. pp. 191 y ss.

y define un plan de acción social para elevar el nivel de vida de los hombres.

d) La Declaración Universal de los Derechos Humanos (ONU, 1948), particularmente los artículos 23 y 24, que consagran el derecho al trabajo, a la libre elección del mismo, a condiciones equitativas y satisfactorias, a la protección contra el desempleo, a devengar un salario igual por un trabajo igual, a una remuneración equitativa, a la fundación de sindicatos, al descanso y a las vacaciones anuales remuneradas.

e) El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (ONU, 1966, entrado en vigor en 1976), particularmente sus artículos 8-3 (prohibición del trabajo forzoso) y 22 (derecho a fundar sindicatos y afiliarse a ellos).

f) El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (ONU, 1966, entrado en vigor en 1976), particularmente sus artículos 6, 8 y 9, que reiteran y profundizan varios de los derechos enunciados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social.

g) La Convención sobre los Derechos del Niño (ONU, 1989), artículo 32 (derecho a estar protegido contra la explotación económica y contra el desempeño de trabajos peligrosos, insalubres o que entorpezcan su educación; obligación de los Estados de fijar edades mínimas para trabajar y horarios y condiciones para trabajar).

h) La Declaración de la OIT relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo y su seguimiento (1998), que declara los derechos laborales **fundamentales**, que deberán ser respetados, promovidos y realizados por los Estados miembro, **aun en el caso de que éstos no hayan ratificado los respectivos convenios**: libertad de asociación, libertad sindical y derecho a la negociación colectiva; eliminación de todas las formas de trabajo forzado; abolición efectiva del trabajo infantil y eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación.

Las anteriores son contenidos esenciales de carácter mundial. Adicionalmente a ellos, hacen parte de dichos contenidos los siguientes instrumentos de carácter zonal o regional, de interés para Colombia:

i) La Carta de la OEA (1948 y su actualización, Buenos Aires, 1967).

j) La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (XI Conferencia Panamericana, Bogotá, 1948), artículos XIV, XVI y XXII (derecho al trabajo en condiciones dignas; derecho a elegir

libremente la vocación; derecho a la seguridad social y derecho de asociación sindical).

k) La Carta Americana de Garantías Sociales (1948): trabajo como función social y no como artículo de comercio; igualdad de salario; irrenunciabilidad de derechos; igualdad de derechos para nacionales y extranjeros, formación profesional; derecho de negociación colectiva; salario mínimo; jornada máxima, etcétera.

l) La Convención Americana sobre los Derechos Humanos (San José de Costa Rica, 1969), que declara la libertad de asociación en materia laboral (artículo 16).

ll) El Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ("Protocolo de San Salvador", 1988), que en sus artículos 6 al 9 desarrolla las normas laborales de la Declaración Americana y agrega el derecho a la huelga.

m) Una vez que sea expedida, la Carta Andina de Derechos Humanos, aún en proyecto, a la que se refiere la reciente "Declaración de Carabobo" (24 de Junio de 2001), suscrita en la XII reunión presidencial del Pacto Andino.

Otros instrumentos zonales, que hacen parte de esta categoría, y que son de interés para los países ubicados en la respectiva región, son: la Carta Social Europea (1961), la Carta Comunitaria de Derechos Fundamentales (1989), la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2000), la declaración Socio-Laboral de Mercosur (1998), el Acuerdo de Cooperación Laboral (ACL) del Tratado de Libre Comercio de América del Norte, etcétera.

2.2 Instrumentos internacionales específicos.

a) Los tratados bilaterales o plurilaterales en materia laboral (seguridad social, migraciones, empleo de mano de obra, formación de cuadros especializados, etcétera), sean ellos de equiparación, de reciprocidad o de favor. Por ejemplo el que tiene celebrado Colombia con España y otros países en materia de seguridad social de los trabajadores migrantes (28 de Noviembre de 1958). Estarían incluidos acá los tratados que buscan la armonización de legislaciones laborales de los Estados parte (como lo prevé el Convenio "Simón Rodríguez" para el Pacto Andino de 1973, por ejemplo, aún no concretados).

b) Los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo, OIT. Por su importancia insoslayable, vale la pena recordar algunos aspectos de estos convenios.

Los Convenios Internacionales emanados de la Organización Internacional del Trabajo, OIT, son

tratados internacionales. Tratados *sui generis*, por las particularidades que les son propias y que les distinguen de otros instrumentos internacionales. Esas particularidades, desde la fundación misma de la OIT, dieron motivo a un gran debate sobre la especificidad jurídica de esos convenios, debate cuyos detalles no son pertinentes al objetivo del presente estudio. Baste con decir que esa naturaleza especial de los Convenios de OIT constituye, “una verdadera creación jurídica con características propias, e inclusive revolucionarias, en el ámbito del Derecho Internacional⁽¹⁰⁾”, que los distinguen tanto de los tratados-leyes, como de los tratados-contratos y de los tratados multilaterales.

Colombia es miembro de la OIT desde 1919. Entre 1931 -cuando por la Ley No. 129 de ese año aprobó 22 de los primeros 26 convenios de la Organización- y la fecha, ha ratificado un total de 59 de estos instrumentos.

Una vez que la OIT produce un Convenio, por decisión tomada en su Asamblea General por una mayoría calificada de dos tercios de los delegados presentes (artículo 19, número 2, Constitución de OIT), éste es remitido a los gobiernos de los Estados miembro, con el fin de que lo sometan a aprobación de sus instancias internas habilitadas (en el caso de Colombia, el Congreso Nacional). Según la Constitución de la OIT (artículo 19, número 5-b, los gobiernos tienen un plazo de 12 meses, extensible excepcionalmente hasta 18 meses, contados a partir de la clausura de la conferencia respectiva, para efectuar esa sumisión. Los Estados miembro no están obligados a ratificar los convenios (artículo 19, número 5-e), pero están obligados a cumplir aquellos que ratifiquen. La Asamblea General emite también “recomendaciones”, lo mismo que algunos de sus órganos de control (Comité de Libertad Sindical/ por ejemplo), pero ellas no tienen efecto vinculante para los Estados miembro.

c) Las normas supranacionales de integración, como por ejemplo las expedidas en el seno de la Comunidad Europea.

d) Oscar Ermida⁽¹¹⁾ agrega las llamadas “cláusulas sociales” en los tratados de comercio, que buscan evitar el “*dumping* social” que pueda desequilibrar los términos de competencia entre los países, en particular los de menor desarrollo frente a los más avanzados.

Incluye también los sistemas nacionales sustitutivos de las cláusulas sociales, que supeditan los beneficios pactados en un tratado internacional al cumplimiento de ciertos derechos laborales (por ejemplo el Reglamento CE-1154-98, del Consejo de Europa, que reduce aranceles a importaciones de productos provenientes de países subdesarrollados, siempre y cuando cumplan los Convenios 87, 98 y 154 de la OIT).

3 Las vías de incorporación de las Normas Internacionales del Trabajo al ordenamiento interno, en el Derecho Comparado. Responsabilidad internacional del Estado.

La doctrina mayoritaria observa que, sobre el tema de las relaciones entre los tratados internacionales y las leyes internas de los países, se presentan dos campos de análisis: el campo nacional o interno, y el campo internacional.

3.1 Examen del tema en el campo interno.

Es necesario precisar dos aspectos en el respectivo país: la jerarquía que el Estado reconoce a los convenios internacionales con respecto a una ley interna y la modalidad de incorporación (automática o especial) del convenio.

Con referencia a la jerarquía que se reconoce a los convenios internacionales del trabajo, se plantean cuatro posiciones: supraconstitucionalidad (el convenio tiene primacía sobre la Constitución; caso de Holanda); paridad constitucional (el convenio tiene el mismo rango que la Constitución; caso de la Constitución peruana de 1979); supralegalidad (el convenio tiene jerarquía infraconstitucional, pero prevalece sobre la ley interna; Alemania, Italia, España, Francia y Bélgica son ejemplos) y paridad o equivalencia con la ley (Estados Unidos, México, Venezuela, Ecuador), o sea, convenio y ley ostentan el mismo rango jerárquico⁽¹²⁾.

En cuanto a la forma de introducción de las normas del convenio al ordenamiento interno, existen dos modelos, que corresponden, respectivamente, a la concepción **monista** o a la concepción **dualista** del

(10) VON POTOBOSKY, GERALDO y BARTOLOMEI DE LA CRUZ, Héctor G. Op. cit.: p. 28.

(11) ERMIDA URIARTE, OSCAR. *Normas Internacionales del Trabajo diferentes a las de OIT*. Conferencia dentro del Seminario sobre Normas Internacionales del Trabajo (auspiciado por la OIT). Montevideo, 11 de mayo de 2001.

(12) Véanse sobre este aspecto: VON POTOBOSKY, GERALDO. *Los convenios de la OIT: ¿una nueva dimensión en el orden jurídico interno?*. En: *Evolución del pensamiento juslaboralista. Estudios en homenaje al profesor Héctor-Hugo Barbagelata*. FCU, Montevideo, 1997, pp. 579 y ss. y RACCIATTI, OCTAVIO C. *Los convenios internacionales del trabajo y las leyes posteriores a su ratificación*. En: *Revista de derecho laboral*. Montevideo: Tomo XXXVII, números 173-174, enero-junio 1994. pp. 189 y ss.

Derecho Internacional: la incorporación automática (el convenio, una vez ratificado, se introduce **automáticamente** al sistema jurídico interno, bien con un grado de primacía o bien de equivalencia con respecto a la ley interna, según la jerarquía que se les reconozca) y la introducción especial (las normas del convenio, para que sean vigentes dentro del sistema jurídico, requieren de la promulgación de una ley posterior a él, que las introduzca o consagre en el orden interno. Esta ley es distinta a aquella que expide el órgano legislativo para aprobar el tratado, antes de ser ratificado por el órgano ejecutivo).

Hechas estas precisiones, procede ahora examinar el asunto de la sucesión o secuencia normativa entre convenio y ley. He aquí las dos posibilidades.

3.1.1 El convenio ratificado es posterior en el tiempo a una ley que trata de la misma materia.

En todos los casos de incorporación **automática**, cuando un convenio internacional del trabajo ratificado es posterior a una ley interna, el convenio deroga o subroga dicha ley, también de forma automática o tácita, en aquellos aspectos en que ella le contradiga o consagre menores niveles tuitivos. En todo caso han de aplicarse los criterios para la solución de antinomias (cronológico, jerárquico y de especialidad). Cuando la incorporación es **especial**, se requerirá la promulgación de una ley que desarrolle las normas del convenio, para que la ley anterior quede derogada o subrogada.

Con referencia concreta a los Convenios de OIT, es importante recordar la norma contenida en el artículo 19-8 de la Constitución de ese organismo: “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”.

3.1.2 La ley es posterior al convenio ratificado.

Pero cuando la sucesión es inversa, esto es, cuando se expide una ley con posterioridad a un convenio ya ratificado, la solución del conflicto de normas puede variar, según exista o no incorporación automática al ordenamiento interno.

Si existe incorporación **automática**, en regímenes que confieren al tratado jerarquía supraconstitucional, de paridad constitucional o suprallegal, la ley posterior deberá ser declarada

inexequible o nula, en lo que sea contraria al tratado. Pero si existe paridad entre tratados y leyes, dicha ley dejará sin efectos el tratado, en el orden interno, en lo que le sea contrario (también aplicando los criterios para la solución de antinomias). Igual cosa ha de decirse si la incorporación del convenio ha sido **especial**.

3.2 Las implicaciones, en el campo externo, del incumplimiento del tratado o convenio internacional.

Obviamente la derogación o subrogación de las normas de un tratado en el ámbito interno pondrá al respectivo Estado en situación de incumplimiento de sus compromisos internacionales, con la consiguiente responsabilidad.

En efecto, el artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, establece: “*Pacta sunt servanda*. Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe”.

Y el artículo 27 de la misma Convención prescribe: “(...) 1. Un Estado parte en un tratado no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento del tratado”.

Estas dos normas han sido interpretadas de manera diversa. En algunos Estados, que se acogen a la tesis **monista extrema**, ellas sustentan la preeminencia de los tratados sobre las normas internas, incluida la propia Constitución. Pero en otros Estados, que confieren *status* de paridad constitucional, suprallegalidad o equivalencia legal a los tratados, esos preceptos son interpretados en el sentido de que, cuando el Estado emita normas internas (constitucionales o legales, según el caso), que se opongan a lo dispuesto en el tratado, las normas de éste pueden perder vigencia en el orden interno, aunque el tratado conserve su plena validez en el campo internacional. En tal caso, el Estado comete un ilícito internacional, e incurre en la consiguiente responsabilidad ante los Estados u organizaciones con las que adquirió el compromiso de cumplirlo.

Colombia se afilia a un **monismo moderado**, que otorga a **ciertos tratados** una jerarquía paritaria con la Constitución. Es decir, no todos los tratados prevalecen sobre las leyes. Nuestra Corte Constitucional dijo al pronunciarse sobre la exequibilidad de la Ley No. 406 de 1997, que aprobó la “Convención de Viena sobre el derecho de los tratados entre Estados y organizaciones internacionales, o entre organizaciones internacionales”, en lo atinente a la vigencia en Colombia de esos dos artículos, que “la primacía de los tratados prevista por el Derecho Internacional no implica una invalidación

automática de todas las normas internas contrarias a un convenio⁽¹³⁾”.

Sobre el tema de la responsabilidad de los Estados que incumplan un tratado, Verdross anota: “Los Estados son también responsables de la promulgación de leyes opuestas al Derecho Internacional, dándose incluso esta responsabilidad en el caso de una ley constitucional⁽¹⁴⁾”.

Y Charles Rousseau dice: “en principio, la jurisdicción internacional no es una jurisdicción de anulación, sino solamente una jurisdicción de reparación. Si una norma interna es contraria a una norma internacional, el Estado responsable podrá ser requerido a abonar una indemnización o a proporcionar una satisfacción adecuada, pero la norma (o decisión) interna internacionalmente irregular seguirá en vigor hasta su derogación (o modificación) por el Estado interesado⁽¹⁵⁾”.

Lo anterior es predicable del incumplimiento de los Estados a los compromisos adquiridos por virtud de tratados en general. Tratándose de Estados miembro de la OIT, que han ratificado un convenio, pero luego lo incumplen al poner en vigencia normas internas contrarias, o por no aplicar medidas consistentes con ellas, aquellos se exponen a ser objeto de los mecanismos de reclamación o queja, que pueden conducir a sanciones directas de tipo moral e indirectas de tipo económico, cuya descripción no es propósito de este ensayo⁽¹⁶⁾.

4 Las dos vías de incorporación de las Normas Internacionales del Trabajo al ordenamiento interno de Colombia.

Mientras estuvo vigente la Constitución de 1886 y sus sucesivas reformas, mucho se debatió sobre si los convenios o tratados internacionales del trabajo se incorporaban directamente al ordenamiento jurídico interno, una vez fueran ratificados, o si era necesaria la

expedición de leyes posteriores que los desarrollaran en el mismo. Una concepción “dualista”, predominante y muy tradicional en la mayoría de los operadores jurídicos colombianos a la sazón, inclinó el debate en este último sentido⁽¹⁷⁾, aunque algunos ocasionales pronunciamientos jurisprudenciales sostenían la primera posición⁽¹⁸⁾.

A partir de la Constitución de 1991, en Colombia esas normas se introducen en el sistema jurídico interno de forma **automática**.

Esta incorporación **automática** tiene en nuestro país dos modalidades, a nuestro entender: la incorporación automática al **bloque de legalidad laboral** y la incorporación automática al **bloque de constitucionalidad**.

El que las normas de un convenio o tratado internacional del trabajo se inserten en uno u otro “bloque”, dependerá de la naturaleza de las mismas. Es lo que estudiaremos a continuación.

4.1 La incorporación automática al bloque de legalidad laboral (artículo 53 de la Constitución nacional).

En las deliberaciones de la Asamblea Nacional Constituyente que a la postre expidió la actual Constitución, fueron reiterativas las críticas contra la concepción dualista. Hubo vehementes propuestas de que los convenios internacionales del trabajo, una vez ratificados, se incorporaran de forma inmediata a la legislación, sin necesidad de emitir leyes o reglamentos posteriores que adoptaran sus normas, trámite éste que dilataba -en muchos casos excesivamente⁽¹⁹⁾- la efectiva entrada en vigor de las normas laborales que Colombia se comprometía internacionalmente a aplicar en su ámbito interno⁽²⁰⁾.

La modalidad de incorporación automática al “bloque de legalidad laboral” quedó finalmente ordenada en un inciso del artículo 53 de la Constitución

(13) Sentencia C-400 del 10 de agosto de 1998.

(14) VERDROSS, Alfred. *Derecho Internacional Público*. Aguilar, 1980. p. 361.

(15) ROUSSEAU, Charles. *Derecho Internacional Público*. Tercera edición. Barcelona: Ariel, 1966.

(16) Ver al respecto VON POTOBSKY, Geraldo y BARTOLOMEI DE LA CRUZ, Héctor G. Op. cit.; pp. 112 y ss. Igualmente, VÁLTICOS, Nicolás. Op. cit.; pp. 518 y ss.

(17) Es dicente, por ejemplo, que el actual Código Sustantivo del Trabajo, en su artículo 19, otorgue a “los convenios y recomendaciones adoptadas por la organización y las conferencias internacionales del trabajo” un mero carácter de “normas de aplicación supletoria”, al lado de la jurisprudencia, la costumbre y la doctrina, “cuando no haya norma exactamente aplicable al caso controvertido”.

(18) Por ejemplo, la sentencia que, en este sentido, expidió el Consejo de Estado, Sección Segunda, el 21 de octubre de 1980.

(19) Por ejemplo, el Convenio de 1948 de OIT. (número 87, sobre libertad sindical y protección del derecho de sindicación), fue ratificado por Colombia en 1976, pero sólo 14 años después, por medio de la Ley 50 de 1990, se introdujeron algunas de sus disposiciones al orden interno.

(20) Sobre este aspecto fueron claras las intervenciones en la Asamblea Constituyente de 1991, de Tulio Cuevas (Marzo 20), Álvaro Leyva D. (Mayo 1), Angelino Garzón (Mayo 7), Aida Abella (Mayo 8) y Augusto Ramírez Ocampo (Mayo 9).

Política, con la siguiente redacción: “(l)os convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna”.

Sin embargo, esta norma suscita varias interrogantes: ¿Qué se entiende por la expresión “convenios internacionales del trabajo”? ¿Comprende ella sólo los convenios de la OIT, o abarca todas las Normas Internacionales del Trabajo? Una vez que forman “parte de la legislación interna”, ¿qué jerarquía adquieren esos “convenios” dentro del ordenamiento interno según este precepto? Según el mismo, ¿puede una ley posterior a un “convenio internacional del trabajo”, derogar éste? ¿Puede efectivamente la sola ratificación de un tratado incorporar automáticamente sus normas al ordenamiento interno?

4.1.1 El significado de la expresión “convenios internacionales del trabajo”.

Comúnmente, a la expresión “convenios internacionales del trabajo”, se le da una interpretación restrictiva, al entender comprendidos solamente los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo, OIT, que, como hemos visto al iniciar este ensayo, son sólo parte -muy importante sin duda- de las NIT. Sin embargo, al aplicar los principios de interpretación constitucional, encontramos que la expresión tiene un significado más amplio. Veamos.

Desde el punto de vista gramatical o literal, el término “convenios”, sin más calificación, es sinónimo de “tratado”, según lo establece claramente el artículo 2, literal a, de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados entre Estados y organizaciones internacionales o entre organizaciones internacionales, hecha en Viena el 21 de marzo de 1986 y aprobada por el Congreso de Colombia mediante la Ley No. 406 de 1997⁽²¹⁾.

De otro lado, cuando se mira el elemento teleológico o finalista, es decir, los fines perseguidos con la norma, tampoco hay duda de que la intención es abarcar todas las Normas Internacionales del Trabajo.

En efecto, durante las deliberaciones de la Asamblea Nacional Constituyente de 1991 se evidenció que los constituyentes querían darle a esa expresión un efecto amplio⁽²²⁾ y que el giro “convenios internacionales del trabajo”, finalmente adoptado en la sesión plenaria del 29 de junio de 1991, tenía el espíritu de comprender **cualquier** instrumento internacional ratificado por Colombia, que contemplara normas de tipo laboral, y no solamente los convenios de la OIT.

Finalmente, el examen lógico-sistemático. No sería razonable que solamente los Convenios de OIT se incorporaran automáticamente a la legislación interna, dejando por fuera importantes instrumentos internacionales en materia laboral, enumerados antes.

De manera que la expresión “convenios internacionales del trabajo”, utilizada por el artículo 53 de la Carta, es comprensiva de todos los instrumentos internacionales, cualquiera que sea su denominación (convenciones, pactos, etcétera), que tengan naturaleza de tratados, que contengan normas de índole laboral, y que hayan sido ratificados por Colombia. La enumeración de esos instrumentos se encuentra en el punto 2.2 de este trabajo.

4.1.2 La jerarquía de los convenios internacionales del trabajo en el ordenamiento interno colombiano. El significado de las expresiones “debidamente ratificados” y “hacen parte de la legislación interna”, en el artículo 53 de la Constitución nacional.

Hasta la promulgación de la Constitución de 1991, arduos debates se libraron por más de ochenta años, sobre el tema de la jerarquía de los tratados internacionales en Colombia. La interpretación de los artículos 214 y 215 de la Constitución anterior dividió a la jurisprudencia y la doctrina constitucionales, desde su introducción original en 1910. Para unos, los tratados internacionales tenían el carácter de intangibles -así parecieran inconstitucionales-, y prevalecían sobre las

(21) “Se entiende por ‘tratado’ un acuerdo internacional regido por el Derecho Internacional y celebrado por escrito:

i) Entre uno o varios Estados y una o varias organizaciones internacionales; o

ii) Entre organizaciones internacionales,

ya conste ese acuerdo en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y **cualquiera que sea su denominación particular**” (el sombreado no es original).

(22) Los constituyentes, comentando el artículo 7 del proyecto (que a la postre se convirtió en el actual artículo 53), expresaban que él “tiene que ver con **los convenios o tratados** internacionales, fundamentalmente aquellos convenios aprobados en la OIT, organismo tripartito del cual Colombia hace parte, y algunos tratados bilaterales...” (Comisión Quinta, 5 de mayo); y que “**los tratados** internacionales (del trabajo) hagan parte inmediatamente, si han sido suscritos(sic) por Colombia, del nivel constitucional”. Confirma, asimismo, esta interpretación, la redacción que se le dio inicialmente a dicho artículo 7, en el seno de las Comisiones Conjuntas del 9 de mayo: “**los tratados o convenios** referentes al trabajo, celebrados con otros Estados u organismos internacionales, quedan incorporados en la legislación laboral con la ley nacional que los ratifique(sic)” (lo resaltado no es original).

El efecto más importante de la jerarquía equivalente a la ley que tiene en Colombia la mayoría de los convenios internacionales del trabajo, es que sus normas, una vez ratificados y entrados en vigor para el país, derogan o modifican automáticamente las normas contenidas en leyes anteriores

leyes, aunque éstas fueran posteriores. Para otros, las leyes aprobatorias de los tratados podían ser objeto de inexecutable. Finalmente, para algunos, sólo podían declararse inconstitucionales los tratados que no hubieran sido ratificados⁽²³⁾.

El debate fue finalmente saldado por la actual Carta: la Constitución es norma de normas (artículo 4) y la Corte Constitucional es la responsable de velar por la supremacía de ésta sobre los tratados internacionales, mediante un control previo, automático e integral (artículo 241-10). Este control ha sido explicado por la propia Corte en varios pronunciamientos⁽²⁴⁾.

Cuando el artículo 53 de la Constitución nacional señala que los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados hacen parte de la legislación interna, está diciendo que ellos poseen una jerarquía equivalente a la ley (etimológicamente, “legislación” significa conjunto de las leyes de un país⁽²⁵⁾), por tanto, inferior a la Constitución, y nunca superior ni equivalente a ésta. Tampoco quiere conferirles una jerarquía suprallegal, pues el escueto texto de la norma no permite esa interpretación (como si lo permite el artículo 96-1 de la Constitución española de 1978, ejemplo de supremacía de los tratados internacionales sobre las leyes⁽²⁶⁾).

Pero aquí es importante una precisión: el texto del artículo 53 superior dice que un convenio

internacional del trabajo debidamente “ratificado” se incorpora automáticamente al “bloque de legalidad laboral”. Esta norma pareciera dar a entender que la incorporación automática se concreta cuando el tratado o convenio sea “ratificado”, es decir, cuando se verifique el canje o depósito del instrumento de ratificación. Sin embargo, como veremos ahora, ello no siempre es así, a la luz de las normas del Derecho Internacional.

En efecto: un tratado internacional tiene normalmente dos niveles de vigencia: la entrada en vigor “objetiva” y la entrada en vigor “subjéctica”. La primera se refiere al momento en que el instrumento cobra vida jurídica en el ámbito internacional. La segunda, al momento en que el tratado cobra vigencia respecto a cada Estado individualmente.

Usualmente, el mismo instrumento consagra las normas que rigen una y otra entrada en vigor. En el caso de tratados plurilaterales la entrada en vigor objetiva se da cuando transcurra un determinado lapso, contado a partir de su ratificación por parte de un cierto número de Estados. Por ejemplo, los Convenios de OIT celebrados después de 1928, establecen que ellos entran en vigencia doce meses después de la segunda ratificación. En ese mismo tipo de tratados, la entrada en vigor subjéctica opera luego de transcurrido un tiempo de su ratificación por el respectivo Estado. Por regla general, y siguiendo con el ejemplo de los Convenios de OIT, éstos cobran vigencia dentro de un Estado miembro una vez transcurran doce meses desde su ratificación por éste.

Hay algunos casos en los que la entrada en vigor subjéctica coincide con el momento en que el respectivo instrumento sea ratificado. Por ejemplo, la Convención Americana sobre los Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), entra en vigor para cada Estado, en el momento en que éste deposite el instrumento de ratificación, según lo dispone la misma convención en su artículo 74.

De todo lo expuesto fluye que el hecho de que un tratado o convenio internacional del trabajo sea “debidamente ratificado”, no lo incorpora automáticamente en Colombia al “bloque de legalidad laboral” –como pareciera quererle el mencionado artículo

(23) Un análisis de este tema se encuentra en GAVIRIA LIÉVANO, Enrique. *Derecho Internacional Público*. Segunda Edición. U. Externado de Colombia, 1985. pp. 294 y ss. Véase también PEREZ, Francisco de Paula. *Derecho constitucional colombiano*. Sexta edición. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 1992. pp. 439 y ss.

(24) Véase por ejemplo la Sentencia C-574 del 28 de octubre de 1992.

(25) CAPITANT, Henry. *Vocabulario Jurídico*. Buenos Aires: Depalma, 1977. p. 342.

(26) “96. 1. Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho Internacional”.

53 de la Constitución nacional-, pues en muchas ocasiones los mismos instrumentos definen un cierto lapso, contado desde la ratificación, para que ellos vinculen obligatoriamente al respectivo Estado. Creemos, pues, que la expresión “debidamente ratificados”, ha de interpretarse como “entrados en vigor subjetivamente”⁽²⁷⁾.

En resumen. El efecto más importante de la jerarquía equivalente a la ley que tiene en Colombia la mayoría de los convenios internacionales del trabajo, es que sus normas, **una vez ratificados y entrados en vigor para el país**, derogan o modifican automáticamente las normas contenidas en leyes anteriores, que les sean contrarias o que consagren garantías inferiores, sin necesidad de que una ley posterior las transponga y adopte.

Pero, a la inversa, una ley laboral posterior a un tratado o convenio ratificado y entrado en vigor subjetivamente, podría derogar o modificar las normas de éste en el ámbito interno.

En otras palabras, en nuestro país el criterio para resolver los conflictos entre normas laborales legales y sus similares provenientes de tratados ratificados, que se inserten en el “bloque de legalidad laboral”, es la aplicación del principio *lex posterior derogat priori*.

El artículo 53 de la Constitución nacional establece la inserción en el “bloque de legalidad laboral” **como regla general** para la incorporación automática de las Normas Internacionales de Trabajo al ordenamiento interno colombiano. Esta regla general se aplica a **la mayoría** de ellas, una vez tengan vigencia subjetiva los instrumentos internacionales que las contienen, vigencia que, como se ha expresado, no siempre se da con la sola ratificación. Las restantes Normas Internacionales de Trabajo (que constituyen una minoría), una vez entradas en vigor subjetivo, no ingresan automáticamente al “bloque de legalidad laboral” sino, como veremos ahora, al “bloque de constitucionalidad”.

4.2 La incorporación automática al bloque de constitucionalidad (artículos 93 y 94 de la Constitución nacional).

Los artículos 93 y 94 superiores instauran la segunda vía de incorporación automática al

ordenamiento interno colombiano, de los tratados o convenios internacionales que versen sobre materias laborales: la inserción automática al “bloque de constitucionalidad”.

Por esta vía ingresan, como veremos, únicamente las Normas Internacionales de Trabajo que ostenten el carácter de “derechos humanos fundamentales o intangibles”. Las demás NIT, que no revistan tal carácter, se incorporan -por virtud del artículo 53 de la Constitución nacional-, al “bloque de legalidad laboral”, como ya se ha explicado.

4.2.1 La naturaleza de las normas que ingresan al bloque de constitucionalidad.

El artículo 93 de la Constitución nacional establece que: “(l)os 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”.

Dos condiciones exige, pues, el artículo 93 citado, para que se produzca en Colombia la prevalencia en el orden interno de los tratados y convenios internacionales ratificados⁽²⁸⁾: (i) que desarrollen los derechos humanos y, (ii) que prohíban su limitación en los estados de excepción⁽²⁹⁾.

Estas dos condiciones son, ni más ni menos, las que caracterizan a los “derechos fundamentales” o “intangibles”.

En efecto, según la doctrina, “derechos humanos” son aquellos que dimanen de la propia naturaleza humana y, por tanto, son esenciales a ella. Su ejercicio es necesario para poder satisfacer las necesidades individuales y sociales del ser humano, tanto en lo físico como en lo espiritual. No obstante, dentro del gran conjunto de derechos humanos, existen unos derechos básicos o fundamentales, llamados también personalísimos, que constituyen su núcleo esencial o mínimo. Esos derechos son originarios o innatos; son propios del ser humano, no por ser ciudadano de un Estado o habitante de su territorio, sino por ser persona humana; es decir, no son creados por el Estado, sino reconocidos por él. Son absolutos,

(27) Creemos que se presenta una evidente contradicción entre la norma del artículo 53 superior, que incorpora las Normas Internacionales de Trabajo a la legislación interna, como hemos visto, con su ratificación y entrada en vigor subjetivo, y el artículo 2 de la Ley 7a. de 1944, que dicta normas sobre la vigencia en Colombia de los tratados internacionales, pues esta última exige, luego de la ratificación, la expedición de un decreto de promulgación que inserte las normas del tratado en el orden interno.

(28) A la expresión ratificados, que utiliza el artículo 93 superior, debe aplicarse en nuestro concepto la interpretación que, para la misma palabra, sostenemos para el caso del artículo 53 (supra 4.1.2).

(29) La Constitución colombiana regula los estados de excepción en sus artículos 212 a 215. Estos estados son tres: de guerra, de conmoción interior y de emergencia económica y social.

oponibles *erga omnes*, extrapatrimoniales, irrenunciables e imprescriptibles. Es decir, son “intangibles”.

La “intangibilidad” de ciertos derechos humanos es la característica que los hace invulnerables frente al Estado. Esta característica cobra especial relieve en las situaciones de crisis del Estado, o sea, cuando está en peligro la existencia misma de éste. Estas situaciones son los denominados “estados de excepción”. Cuando un Estado democrático ve en riesgo grave su propia existencia, o la de su sistema político, es lícito que tome algunas medidas transitorias, que afecten el disfrute pleno de los derechos, pero que le permitan superar la emergencia. Entre esas medidas se admite la “suspensión” (el ejercicio del derecho es temporalmente prohibido), o la “limitación” (el ejercicio del derecho se reduce a una expresión inferior a la plena, es decir, a su “núcleo esencial”). Sin embargo, existen derechos cuyo ejercicio no puede suspenderse o limitarse, ni aun durante los estados de excepción. Esos derechos son los derechos humanos “intangibles” o “fundamentales”.

En nuestro caso, este aserto cobra especial fundamento con el artículo 5 de la Constitución nacional: “El Estado reconoce, sin discriminación alguna, **la primacía de los derechos inalienables de la persona (...)**” (el sombreado es nuestro).

Esos derechos fundamentales, consagrados en los tratados o convenios a que se refiere el artículo 93 superior, son adicionales o complementarios a los contemplados por la propia Constitución (Título II, Capítulo I). Son, básicamente, los contemplados por el artículo 4.2. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y por el artículo 27.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, esto es, derecho a la vida, prohibición de tortura y tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, la prohibición de la esclavitud, trata de blancas y servidumbre, la prohibición de la prisión por incumplimiento de obligaciones contractuales, la observancia del principio penal de que no habrá pena ni crimen sin ley que previamente los establezca y del principio de aplicación de la pena más favorable al reo; el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, libertad de pensamiento y religión, protección a la familia, derecho al nombre, derechos del niño, derecho a la nacionalidad, derechos políticos y garantías judiciales necesarias para proteger los derechos intangibles. Debe agregarse la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (que en su

artículo 2, inciso 2 los prohíbe, aun en circunstancias excepcionales).

También conforman este conjunto, en nuestro concepto, otros instrumentos del Derecho Internacional convencional que, por la naturaleza de sus contenidos, o por combinarse complementaria o sistemáticamente con los primeramente mencionados, conciernen a derechos esenciales del ser humano, aunque no contemplen expresamente en sus textos la prohibición de suspenderlos, como por ejemplo la Convención sobre los derechos del niño, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, la Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, la Convención internacional sobre la represión y el castigo del crimen de *apartheid*, etcétera. La definición concreta de esos instrumentos es una asignatura en alguna parte pendiente para nuestra jurisprudencia y doctrina.

4.2.2 El concepto de prevalencia en el orden interno.

Ahora bien, el artículo 93 superior preceptúa que los convenios y tratados internacionales ratificados que reúnan las dos condiciones antes señaladas, “prevalecen” en el orden interno. Significa, a la inversa, que aquellos que no ostenten esas dos características, no prevalecen. Estos últimos son aquellos a los que se refiere el artículo 53 de la Constitución nacional y que ya hemos examinado.

¿Qué significa que esos tratados o convenios tengan “prevalencia” en nuestro ordenamiento interno? ¿Esa “prevalencia” significará que ellos poseen una jerarquía “supraconstitucional”?

La Corte Constitucional, muy atinadamente a nuestro parecer, ha interpretado esa “prevalencia”, en el sentido de que los tratados y convenios que reúnan la doble condición descrita, hacen parte del “bloque de constitucionalidad”⁽³⁰⁾.

El bloque de constitucionalidad (por algunos llamado también “bloque de suprallegalidad”), es una elaboración académica, que surge en el derecho público francés a principios de los años setenta del pasado siglo.

El bloque de constitucionalidad es el conjunto de principios y reglas de valor constitucional, conjunto que no puede ser escindido. En términos del Consejo Constitucional Francés, es el conjunto de “principios de valor constitucional”. En Francia, el bloque de constitucionalidad comprende actualmente los 92

(30) En este sentido se pronunció la Corte Constitucional, entre otras, en su sentencia C-400, del 10 de agosto de 1998.

artículos de la Constitución vigente (1958), las disposiciones de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, las disposiciones del Preámbulo de la Constitución de 1946 (declaración de derechos económicos y sociales, que complementa la de 1789), y los principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República Francesa (libertad de asociación, derechos de defensa, libertad individual, libertad de enseñanza, libertad de conciencia, entre otros)⁽³¹⁾.

Esta noción, que ha hecho carrera en el Derecho Público de muchos países, comprenderá conceptos diferentes, según el país en que se adopte⁽³²⁾.

El “bloque de constitucionalidad”, entonces, parte del concepto de que la Constitución no está integrada solamente por las normas formalmente incluidas en ella, sino también por otras normas, valores o principios que son fundamentales o esenciales para el Estado, a los que ella remita o en los que se fundamente.

Ha dicho la Corte Constitucional de Colombia: “(a)sí, en primer término, el artículo 4 no establece excepciones sobre la supremacía de la constitución puesto que señala que ésta prevalece sobre cualquier ‘otra norma jurídica’ y los tratados son normas jurídicas (...) si el constituyente hubiera querido consagrar la prevalencia general de los tratados, entonces hubiera debido hacerlo en forma explícita por cuanto el mandato del artículo 4 superior es terminante sobre la supremacía de la constitución, como norma de normas que es (...). En ese mismo orden de ideas si el artículo 9 hubiera consagrado que en virtud del principio *pacta sunt servanda*, todos los tratados tienen rango supraconstitucional, ¿cuál es el sentido de que el artículo 93 hubiera indicado que sólo algunos tratados -a saber aquellos que reconocen derechos humanos y prohíben su limitación en los estados de excepción- prevalecen en el orden interno? Esta última norma no tendría ningún significado propio, pues si todos los tratados son supraconstitucionales ¿por qué conferir una especial prevalencia en el orden interno a ciertos tratados de derechos humanos? Por ende, en virtud del principio hermenéutico del efecto útil, según el cual se debe preferir aquella interpretación que confiere eficacia normativa a todas las cláusulas de un texto normativo, es menester concluir que el artículo 93 superior debe tener algún alcance específico y éste no puede ser sino el siguiente: esta disposición constitucional confiere una prevalencia en el orden

interno a ciertos tratados de Derechos Humanos, prevalencia que, *contrario sensu*, no se predica de todos los tratados”.

Ahora bien, la Corte ha sido clara en señalar que en el orden interno colombiano ni siquiera los tratados de Derechos Humanos previstos por el artículo 93 de la Carta tienen jerarquía supraconstitucional por cuanto la Constitución es norma de normas (CP artículo 4). Por ello esta corporación señaló que “el único sentido razonable que se puede conferir a la noción de prevalencia de los tratados de derechos humanos y de Derecho Internacional Humanitario (CP, artículos 93 y 214 numeral 2) es que éstos forman, con el resto del texto constitucional un ‘bloque de constitucionalidad’ cuyo respeto se impone a la ley. En efecto, de esa manera se armoniza plenamente el principio de supremacía de la Constitución, como norma de normas (CP artículo 4), con la prevalencia de los tratados ratificados por Colombia, que reconocen los derechos humanos y prohíben su limitación en los estados de excepción (CP artículo 93). Por ende, si ni siquiera los tratados que reconocen derechos humanos y prohíben su limitación en los estados de excepción gozan, en nuestro ordenamiento, de rango supraconstitucional, con menor razón puede argumentarse que en general todos los tratados son superiores a la Carta pues ni siquiera alcanzan a tener rango constitucional. Por ello esta Corte había precisado que no todos los tratados internacionales forman parte del bloque de constitucionalidad.”

4.2.3 Las normas del *ius cogens* y el bloque de constitucionalidad.

Cuando la Constitución, en su artículo 93, habla de Convenios Internacionales del Trabajo “debidamente ratificados”, pareciera limitar la incorporación automática al bloque de constitucionalidad solamente a los instrumentos internacionales con los cuales el Estado se haya comprometido formalmente.

No obstante, creemos que el bloque de constitucionalidad en Colombia, aparte de las normas convencionales ratificadas a que se refiere el artículo 93 de la Constitución nacional, también está integrado por una serie de principios no necesariamente contenidos en instrumentos convencionales de Derecho Internacional, o, siendo convencionales, no necesariamente ratificados por Colombia.

(31) FAVOREU, Louis. *El bloque de constitucionalidad*. En: *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*. Madrid: número 5, enero - abril 1990. pp. 47 y ss.

(32) Al respecto puede consultarse HOYOS, Arturo. *La interpretación constitucional*. Bogotá: Temis, 1998. pp. 81 y ss.

La ratificación es el acto jurídico mediante el cual el Estado expresa su consentimiento en obligarse por un tratado o convenio internacional⁽³³⁾. Esta manifestación de voluntad se cumple mediante el canje o depósito de ratificaciones, del intercambio del instrumento, o por adhesión. Constituyendo una excepción, los convenios internacionales de OIT carecen formalmente de ratificación, pues solamente se requiere de la información a su Director General sobre la aprobación del mismo por parte del órgano interno competente, usualmente el legislativo⁽³⁴⁾.

Sin embargo, aparte de los instrumentos ratificados, ha de entenderse que en Colombia se incorporan también automáticamente al orden jurídico interno aquellas normas o principios que hacen parte del *ius cogens*. El *ius cogens* está constituido por normas imperativas de Derecho Internacional General, aceptadas y reconocidas por la comunidad internacional, que no admiten acuerdos o actos en contrario, ni son negociables, y que sólo pueden ser modificadas por una norma ulterior de Derecho Internacional que tenga el mismo carácter⁽³⁵⁾. La Convención de Viena, sobre Derecho de los Tratados, consagra este principio en su artículo 53.

El *ius cogens* se incorpora al bloque de constitucionalidad en Colombia mediante la norma contenida en el artículo 94 de la Constitución nacional: “Ampliación de derechos. La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, **no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos**” (el sombreado no hace parte del texto original).

4.2.4 Las Normas Internacionales del Trabajo integrantes del bloque de constitucionalidad en Colombia.

Según todo lo anterior, ¿qué buscó el constituyente de 1991 con las normas de los artículos

93 y 94? Indudablemente dos fines: proteger de ser derogados por una ley, derechos humanos fundamentales, que no figuraran expresamente en el texto de la Constitución, (vinculando la potestad limitativa del Estado a los desarrollos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario), y amparar esos mismos derechos con la acción de tutela⁽³⁶⁾.

¿Existen en Colombia Normas Internacionales del Trabajo que se incorporen automáticamente al bloque de constitucionalidad, por aplicación de los artículos 93 y 94 de la Constitución nacional?

Para poder responder el interrogante a la luz del canon 93, es necesario enunciar una cuestión de principio: los derechos laborales son derechos humanos, porque están íntimamente ligados a una de las características esenciales del hombre, como lo es el trabajo.

Corresponde ahora, bajo la misma norma superior, determinar si hay tratados o convenios internacionales del trabajo que consagren derechos cuya “limitación” esté prohibida por tales instrumentos durante los estados de excepción, o sea, como ya lo hemos dicho, “derechos humanos intangibles o fundamentales”, en este caso de índole laboral.

En el Derecho Internacional convencional, a juzgar por los textos de los instrumentos que los contienen, hay que decir que la **mayoría** de las NIT **no** consagran derechos de carácter “intangible”. Por tanto, esos instrumentos permitirían su **limitación** durante los estados de excepción. Y esto nos conduce a una primera afirmación: la mayoría de los derechos laborales consagrados en instrumentos internacionales ratificados por Colombia, **no hacen parte del bloque de constitucionalidad**, porque esos instrumentos no prohíben la limitación de su ejercicio durante los estados de excepción. Eso quiere decir que, en tales estados, su ejercicio puede restringirse, respetando, su núcleo esencial⁽³⁷⁾.

Y aquí es importante enfatizar que la tantas veces citada norma del artículo 93 de la Constitución

(33) En Colombia, según la Ley No.7 de 1944, los tratados internacionales corresponden ratificarlos al Presidente de la República, previa aprobación del Congreso. La ratificación es la penúltima etapa en el proceso de concertación de un tratado (negociación, firma, aprobación legislativa, ratificación y promulgación).

(34) Constitución de la OIT, artículo 19-d.

(35) Sobre el *ius cogens* en el Derecho Internacional, véase JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo. *El Derecho Internacional Contemporáneo*. Madrid: Tecnos, 1980. pp. 78 y ss. También, VERDROSS, Alfred. Op. cit.: pp. 112, 139, 157 y 162.

(36) Es necesario recordar que, contrariamente a lo establecido por otras constituciones (por ejemplo la española de 1978), en Colombia la enumeración que la Carta hace de los derechos fundamentales no es taxativa. Corresponde a la jurisdicción constitucional confeccionar la lista de esos derechos.

(37) La Corte Constitucional, en varias sentencias, ha tratado el tema del núcleo esencial de los derechos fundamentales. Una de las más recientes es, por ejemplo, la sentencia T-1011/2001. De otro lado, la Ley Estatutaria 137 de 1994, que regula los estados de excepción en Colombia, permite en su artículo 5 la limitación de la libertad de asociación y del derecho al trabajo, entre otros. Y en su artículo 6 la vuelve a admitir para aquellos derechos no mencionados expresamente por ella, que no tengan carácter intangible.

nacional constituye un “criterio” para definir cuáles derechos hacen parte del bloque de constitucionalidad (o sea, el “criterio de intangibilidad” para esos derechos, establecido en algunos instrumentos internacionales). Pero las disposiciones legales internas que regulen los estados de excepción pueden, de hecho, reconocer carácter “intangible” a derechos laborales que no reciban ese tratamiento en los instrumentos internacionales. Así sucede, por ejemplo, con la Ley Estatutaria 137 de 1994, que regula los estados de excepción, en su artículo 38-f)⁽³⁸⁾. Sin embargo, este reconocimiento infraconstitucional de intangibilidad no los erige, *per se*, en derechos de jerarquía constitucional y, por tanto, en integrantes del bloque de constitucionalidad, pues los instrumentos que los consagran no prohíben su limitación en los estados de excepción.

Ahora bien, como hemos dicho ya, dentro del Derecho Internacional Consuetudinario, las normas del *ius cogens*, por su inmanencia, también deben hacer parte del bloque de constitucionalidad, en aplicación del artículo 94 de la Constitución nacional.

Al *ius cogens* en materia laboral, pertenecen aquellos principios relativos al trabajo que hacen parte del patrimonio ético y jurídico de la humanidad. Es tal su fuerza vinculante para los Estados, que obligan a éstos a su observancia, aun cuando no hayan ratificado los instrumentos que puedan contenerlos. O sea, esos principios o normas obligan a los Estados, independientemente de su voluntad.

Un claro ejemplo de *ius cogens* en materia laboral es la Declaración de la OIT relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo, adoptada por la octogésima sexta reunión de la Conferencia Internacional de ese organismo (18 de junio de 1998). En dicho instrumento se declara que, “(t)odos los Miembros, **aun cuando no hayan ratificado los convenios aludidos**, 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; c) la abolición efectiva del trabajo infantil; y d) la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación” (el sombreado no hace parte del texto original).

Los anteriores elementos conceptuales nos permiten ahora determinar cuáles son los derechos laborales que hacen parte del bloque de constitucionalidad en Colombia. Sin pretender ser exhaustivos, y dejando el campo abierto a la investigación y desde luego al debate, afirmamos que son los contenidos en las siguientes Normas Internacionales del Trabajo⁽³⁹⁾:

a) El “núcleo esencial” del Convenio OIT, relativo a la libertad sindical y a la protección del derecho de sindicación, No. 87, de 1948 y del Convenio OIT, relativo a la aplicación de los principios del derecho de sindicación y de negociación colectiva, No. 98, de 1949. Los órganos de control de OIT han considerado consistentemente que no son tolerables en general las restricciones a estos derechos fundamentales, “salvo circunstancias de gravedad extrema que constituyan un caso de fuerza mayor”, y aunque han aceptado limitaciones a algunas libertades civiles, como el derecho de reunión pública o el de manifestación en vías públicas, no considera admisibles las aboliciones, suspensiones o limitaciones de las garantías relativas a la seguridad de las personas, con relación a las actividades sindicales⁽⁴⁰⁾.

b) El Convenio relativo a la abolición del trabajo forzoso, No. 105, de 1957, con muy escasas y justificadas excepciones. La Comisión de Expertos ha indicado en su estudio general de 1968 que las medidas que afecten la observancia de este Convenio, no pueden justificarse sino en circunstancias de extrema gravedad⁽⁴¹⁾. El Convenio relativo al trabajo forzoso u obligatorio, No. 29, de 1930, no ingresaría a esta categoría, por la atribución que se otorga a los Estados miembro de imponerlo “en casos de fuerza mayor, es decir, guerra, siniestros o amenaza de siniestros (...)” (artículo 2-2,d).

(38) (Durante los estados de excepción) “no se podrá restringir el derecho de huelga en los servicios públicos no esenciales. Durante la conmoción interior tendrán vigencia los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo”.

(39) Sobre este tema se toman en cuenta valiosas observaciones del profesor Gerd von Potobsky, en correspondencia personal sostenida con el autor, advirtiendo que la clasificación aquí expresada sólo compromete al segundo.

(40) VON POTOBSKY, Gerd y BARTOLOMEI DE LA CRUZ, Hector G. Op. cit.: pp. 236 y 237.

(41) *Ibid.*: pp. 176 y ss.

(42) Véanse, por ejemplo, las sentencias C-225/95, T-562/96 (debido proceso), T-260/99 (hábeas corpus), T-1430/2000 (principio de igualdad) y sobre todo la C-400/98.

c) En forma plena, el Convenio relativo a la igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina, por un trabajo de igual valor, No. 100, de 1951.

d) En forma plena, el Convenio relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación, No. 111, de 1958.

e) En forma plena el Convenio sobre peores formas de trabajo infantil, No. 182, de 1999, que, aunque no ha sido ratificado por el Estado colombiano, constituye norma de *ius cogens* y por tanto su observancia es obligatoria para el Estado colombiano.

Las anteriores NIT son, a nuestro entender, las únicas que prohíben su limitación durante los estados de excepción, que es requisito para predicar su prevalencia, según los artículos 93 y 94 Constitución nacional.

Al hacerse parte del bloque de constitucionalidad, estas normas se integran a la llamada por los constitucionalistas “Carta de Derechos”, o sea, al paquete de derechos fundamentales o intangibles. Estas normas tienen prevalencia sobre las normas infraconstitucionales que les sean contrarias, existentes o posteriores a su entrada en vigor. También, por esa misma jerarquía, constituyen derechos cuya protección puede impetrarse mediante la acción de tutela. Al reunir las dos características exigidas por el artículo 93 superior, marcan diferencia sustancial con respecto a las NIT que se incorporan al bloque de legalidad laboral, por efectos del artículo 53 de la Constitución nacional.

4.3 La posición de la Corte Constitucional.

Con respecto a la prevalencia en el orden interno de los tratados internacionales sobre derechos humanos, la Corte Constitucional ha mantenido, en general, una posición consistente en el tiempo: solamente hacen parte del bloque de constitucionalidad aquellos instrumentos

que reúnen las dos condiciones del artículo 93 del estatuto fundamental (reconocer los derechos humanos y prohibir su limitación en los estados de excepción)⁽⁴²⁾.

Curiosamente, sin embargo, con respecto a tratados internacionales relativos a “materias laborales”, la línea jurisprudencial no ha sido uniforme.

Y todo parte, nos parece, de no distinguir entre convenios y tratados ratificados que se incorporan automáticamente al bloque de legalidad laboral, de aquellos otros que se insertan de la misma manera en el bloque de constitucionalidad, según lo hemos explicado. Incluso, varios de esos pronunciamientos sostienen la tesis de que **todos** los convenios y tratados de índole laboral, en particular los de OIT, se incorporan automáticamente al bloque de constitucionalidad, por ser reconocedores de **derechos humanos**, sin poner mientes en la otra condición que impone el artículo 93 de la Constitución nacional, es decir, que ellos prohíban su limitación durante los estados de excepción⁽⁴³⁾.

Por reiterar y desbordar extravagantemente esa postura, es inevitable mencionar aquí la famosa y muy polémica sentencia de revisión de ese alto tribunal (T-568/99 -Empresas Varias de Medellín-, M.P. Carlos Gaviria Díaz), quizás la más emblemática de todas ellas. En esa sentencia, como se recordará, no solamente se sostiene que todos los convenios internacionales de OIT hacen parte del “bloque de constitucionalidad”⁽⁴⁴⁾, sino que, recurriendo a cierta prestidigitación no muy convincente, hace aparecer también como parte de él a las recomendaciones del Comité de Libertad Sindical de ese mismo organismo. Esto último, no sólo en contra de los preceptos de la misma OIT, que otorga poder vinculante únicamente a sus Convenios ratificados y entrados en vigor, sino también en contra de la doctrina del mencionado órgano de control, que niega tal poder a esos, sus propios actos⁽⁴⁵⁾. No es objeto de este ensayo

(43) En el examen que el autor hizo sobre este tema, encontró 11 sentencias en materias laborales, en las que la Corte Constitucional sostiene esa tesis: C-546/92, T-652/98, C-271/99, T-568 /99, SU-995/99, C-381/2000, T-439/2000, T-620/2000, C-381/2000, C-797/2000 y T-1211/2000.

(44) Se anota en esta sentencia que: “El corolario de estas disposiciones se encuentra en el artículo 93 de la Constitución, que indica la prevalencia de los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia, en el orden interno. Este último artículo resuelve cualquier inquietud sobre monismo y dualismo en el tema: simplemente, con la ley aprobatoria de tratado internacional, **las disposiciones de los convenios sobre derechos humanos que el Estado ratifica** -el texto, y por ende, el compromiso internacional-, **ingresan al ordenamiento interno con jerarquía superior** (...)”. “Los derechos de asociación, sindicalización y huelga, como se explicó anteriormente, forman parte de la normatividad constitucional por una razón doble: están expresamente consignados en la Carta, y ella integra a su texto los tratados internacionales sobre la materia” (sombreado no es original).

(45) Ha dicho el Comité de Libertad Sindical de la OIT: “El Comité desea recordar que la influencia que puede ejercer es sobre todo moral. Esta última resulta de la objetividad del procedimiento seguido, así como del efecto persuasivo y de la autoridad que pueden tener las conclusiones unánimes, fundadas en principios constantes de un organismo que, como el Comité, está compuesto de miembros gubernamentales, empleadores y trabajadores. Dicha influencia depende, además, en cierta medida, de la publicidad que implican las conclusiones de un organismo internacional”.

profundizar en la crítica a esta sentencia, sobre la que ya se han hecho cuestionamientos muy serios por parte de otros colegas⁽⁴⁶⁾, por parte de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia⁽⁴⁷⁾ y también por dos de los siete magistrados, que expresaron su desacuerdo con el auto de la Sala Plena que confirmó la providencia⁽⁴⁸⁾, crítica que, sin embargo, no ha impedido la preocupante reiteración de la tesis en posteriores sentencias⁽⁴⁹⁾.

Creemos que, al sostener esta tendencia jurisprudencial en materia laboral, la Corte está pasando por alto principios de hermenéutica constitucional muy importantes: en primer lugar, no está aplicando íntegramente el texto de la primera parte del canon 93, al mutilarlo y tomar sólo uno de los dos requisitos que él establece (que el tratado o convenio reconozca derechos humanos), e ignorar el segundo (que el mismo instrumento prohíba su limitación en los estados de excepción). La Corte debería recordar que, si bien todos los convenios y tratados de tipo laboral contienen normas de derechos humanos, no todos prohíben su limitación en los estados de excepción. Por tanto, sólo algunos pocos de esos instrumentos pueden hacer parte del bloque de constitucionalidad, como lo hemos explicado.

En segundo lugar, ignora el elemento lógico sistemático, en particular el principio *ab inutilitate legis*, que indica que debe preferirse la interpretación que reconozca a todas las normas constitucionales una utilidad o fin que cumplir. O, en otras palabras, se presume que en una Constitución no hay normas inútiles. Cuando la Corte Constitucional considera que todos los tratados sobre derechos humanos (incluidos los de tipo laboral) se incorporan automáticamente al bloque de constitucionalidad, está dejando sin utilidad práctica la norma del artículo 53. Dicho de otra manera: si el constituyente del 91 hubiera querido que todos los convenios internacionales del trabajo, según lo previsto en el artículo 93, se incorporaran al orden interno con rango constitucional, ¿para qué decir en el artículo 53 que ellos, una vez ratificados, hacen parte de la legislación interna? Si esa hubiera sido la intención, el artículo 53, por no tener efectividad, no debería existir. Una interpretación adecuada de la Constitución tiene que darle significado, utilidad práctica, a ambas normas.

Ahora bien, puede intentarse una explicación - que no es justificación- a este proceder de la Corte: el inciso del artículo 93 establece que “Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”. No hay duda que es lícito, entonces, tomar en cuenta lo que digan los instrumentos internacionales en lo referente a derechos laborales que sean derechos humanos, a la hora de interpretar los derechos constitucionales. Pero eso es muy distinto a otorgarles **siempre** jerarquía constitucional a esos tratados. Una cosa es que un tratado sea “fuente de interpretación constitucional” (artículo 93, inciso 2) y otra muy distinta que sea “contenido material” constitucional (artículo 93, inciso 1). La Corte Constitucional, en los mencionados pronunciamientos, parece confundir ambos preceptos, llegando incluso a afirmar que **todos** los convenios internacionales del trabajo hacen parte del bloque de constitucionalidad.

Esta tesis, aparte del desatino hermenéutico que entraña, implica en el terreno práctico propiciar la posibilidad de un alud de acciones de tutela, que congestionaría aún más los despachos judiciales, pues la trasgresión de cualquier tratado internacional ratificado, que reconozca derechos humanos de índole laboral, llevaría según esta tesis de la Corte Constitucional, a la violación de un derecho fundamental o intangible.

5 La auto-ejecutividad de las Normas Internacionales del Trabajo.

Cuando, según los artículos 53, 93 y 94 de la Constitución nacional, las Normas Internacionales de Trabajo se incorporan automáticamente a los bloques de legalidad laboral o de constitucionalidad, se suscita de inmediato un interrogante: ¿qué grado de operatividad, es decir, de posibilidad de aplicación efectiva a un caso concreto, tienen por sí mismas las normas de un tratado o convenio entrado en vigor?

La doctrina, con el objeto de dilucidar la aplicabilidad de los tratados, ha distinguido entre las

(46) Por ejemplo, MESA C., José Gabriel. *La Corte Constitucional y los efectos de los pronunciamientos de los órganos de control de la OIT en el derecho interno*. En: *Revista Actualidad Laboral y Seguridad Social*. Número 97, enero - febrero 2000. pp. 4 y ss. y D'ACOSTA H. Andrés. *El derecho constitucional fundamental al debido proceso en la terminación del contrato de trabajo*. En: *Revista Actualidad Laboral y Seguridad Social*. Número 104, marzo - abril 2001. p. 33.

(47) Radicado 11731 (8 de octubre de 1999), M.P. Carlos Isaac Nader.

(48) Ver salvamento de voto de los magistrados Eduardo Cifuentes Muñoz y Vladimiro Naranjo Mesa.

(49) Por ejemplo, la sentencia T-1211/2000.

Normas Internacionales que consagran derechos de “aplicación directa”, o *self-executing* y las que consagran normas de “desarrollo legal”, “programáticas” o *non self-executing*.

Según Von Potobsky, la doctrina norteamericana ha elaborado tres criterios para determinar el carácter auto-ejecutivo de las disposiciones de un tratado: (i) la intención de las partes; (ii) la precisión y los detalles de los términos utilizados; y, (iii) la relación del tema con las facultades de la rama judicial, más que con las ramas ejecutiva o legislativa⁽⁵⁰⁾.

Otros doctrinarios exigen que el tratado: (i) consagre derechos y deberes subjetivos; (ii) se refiera a una materia que no requiera una acción legislativa especial prevista expresamente por la Constitución; y, (iii) que su cumplimiento no quede a discreción de las partes⁽⁵¹⁾.

Las normas programáticas, a su vez, son aquellas cuyo texto exige a los Estados que efectúen un desarrollo interno de las mismas (ley, decreto, resolución), para que puedan aplicarse directamente en sus ámbitos territoriales. Normalmente se enuncian utilizando conjugaciones verbales que entrañan acción futura: el Estado “promoverá”, “fortalecerá”, “garantizará”, etcétera, el respectivo derecho, o giros tales como “(...) la legislación o la práctica nacionales podrán fijar modalidades particulares (...)”.

Específicamente, los convenios de la OIT contienen normas de carácter general y programático, dirigidas a los Estados miembro, con el fin de que éstos las adapten o las desarrollen en sus respectivas jurisdicciones, mediante disposiciones adecuadas. También existen, desde luego, algunas normas auto-ejecutivas. La existencia de unas y otras es aceptada por la propia OIT, aunque los mecanismos de control son ejercidos sobre ambos tipos⁽⁵²⁾.

En nuestro concepto, una norma auto-ejecutiva es, por ejemplo, la contenida en el artículo 2 del Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación No. 87 de 1948: “(l)os trabajadores y los empleadores, sin ninguna distinción y sin autorización previa, tienen el derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes, así como el de afiliarse a estas organizaciones, con la sola condición de observar los estatutos de las mismas”. Obviamente esta es una norma taxativa, que no exige desarrollos nacionales posteriores



y que un operador jurídico puede aplicar directamente, sin supeditarse a reglas jurídicas vernáculas. Esta disposición, por sí misma, podría ser efectiva en el ordenamiento colombiano, sin necesidad de que existieran normas como la del artículo 353 del CST, modificado por las leyes 50 de 1990 y 584 de 2000.

Otro ejemplo: el Convenio sobre las vacaciones pagadas (revisado), de 1970 (No 132), fija un mínimo de 3 semanas laborables para el periodo anual de vacaciones (artículo 3, inciso 3). Colombia no ha ratificado este Convenio. Si lo ratificara, una vez entrado en vigor se subrogaría automáticamente el artículo 186 del Código Laboral que establece para el efecto un período de 15 días hábiles, tiempo que - considerando los días sábados como hábiles- es normalmente inferior a las 3 semanas fijadas por dicho convenio. Al incorporarse automáticamente al bloque de legalidad laboral, esa subrogación se daría sin necesidad de la expedición por el Congreso de una

(50) VON POTOBOSKY, Geraldo. *Los Convenios de la OIT: ¿una nueva dimensión en el orden interno?*. En: *Evolución del pensamiento justlaboralista. Estudios en homenaje al profesor Héctor-Hugo Barbagelata*. Montevideo: FCU, 1997. p. 584.

(51) URIBE RESTREPO, Fernando. *Los derechos humanos en asuntos laborales y la aplicabilidad de los tratados internacionales*. En: *El Derecho Laboral frente a la Constitución de 1991*. Medellín: Universidad Pontificia Bolivariana, 1993. p. 81.

(52) VON POTOBOSKY, Geraldo. Op. cit.: p. 585. También. VÁLTICOS, Nicolas. Op. cit.: pp. 233 y 234.

ley posterior a la ratificación que modifique el citado artículo 186.

Suiza, Italia y los Países Bajos, consideran todas o algunas de las normas del Convenio No. 87 de OIT como auto-ejecutivas. Hay sentencias en Bélgica que aplican de forma directa normas de los Convenios 87 y 98. Los jueces españoles y franceses también lo han hecho en varias ocasiones, con respecto a diversos convenios. En Latinoamérica, Uruguay es quizás el país donde jueces y tribunales aplican frecuente y pacíficamente normas auto-ejecutivas de los convenios de OIT. En Paraguay (donde los tratados, sin distinción, ostentan jerarquía suprallegal, según el artículo 137 de la Constitución), ocurre lo propio⁽⁵³⁾. En Argentina, pronunciamientos recientes permiten colegir que la jurisprudencia ya admite la aplicación directa de las normas auto-ejecutivas de los tratados, cosa que antes no aceptaba⁽⁵⁴⁾⁽⁵⁵⁾.

Un ejemplo de norma programática es, en el mencionado Convenio No. 87, la contenida en su artículo 9, inciso 1: “(l)a legislación nacional deberá determinar hasta qué punto se aplicarán a las fuerzas armadas y a la policía las garantías previstas por el presente convenio”. Acá, al contrario de los ejemplos anteriores, el operador jurídico deberá remitirse a las normas internas que, desarrollando el Convenio, determinen el grado en que esas fuerzas pueden hacer uso de la libertad sindical.

Las normas de tipo programático no dejan de ser normas jurídicas, ni pierden por ello su poder vinculante, pues tienen el efecto no sólo de limitar la acción estatal, sino también de justificar medidas a cargo del respectivo Estado. Es decir, exigen a los Estados parte, no solamente abstenerse (*non facere*) de ejecutar actos que vayan en contravía del fin perseguido por la norma ratificada, sino también actuar eficazmente (*facere*), emprendiendo las acciones necesarias para poder alcanzarlo.

Al respecto anota Verdross: “(a)sí mismo es responsable un Estado cuando su legislador no promulga una ley impuesta por el Derecho Internacional, o cuando

las leyes promulgadas son tan deficientes que las autoridades administrativas y los tribunales que a ellas han de atenerse no estén en condiciones de proceder según el Derecho Internacional”.

Y más adelante agrega, refiriéndose a la rama jurisdiccional: “(t)odo Estado es responsable de los actos de sus tribunales opuestos al Derecho Internacional, sin que modifique este principio la independencia que los tribunales suelen tener en el orden interno, puesto que también ellos son órganos de la comunidad estatal. Los tribunales pueden, en efecto, ser independientes de otros órganos del Estado, por ejemplo, del Gobierno, pero no del Estado mismo⁽⁵⁶⁾”.

Nuestra Corte Constitucional ha dicho sobre el tema: “(e)n todo caso, los Estados que los ratifican deben tener en cuenta dos asuntos fundamentales: primero, el artículo 26 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados obliga a los Estados a cumplir las disposiciones de los acuerdos que concluyan, de buena fe (principio *pacta sunt servanda*) y el 27 prohíbe a las partes invocar disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de sus obligaciones internacionales. Segundo, si bien los derechos no deben ser traducidos literalmente a leyes internas, ni en los convenios se aconsejan procedimientos determinados para invocarlos en los sistemas domésticos, el Estado debe asegurarse de que la organización o la legislación locales prevean mecanismos efectivos de protección de los derechos consagrados en los instrumentos⁽⁵⁷⁾”.

Este desarrollo del concepto de responsabilidad internacional de los Estados por incumplimiento de los tratados, puede fundamentar acciones judiciales de sus ciudadanos en contra del respectivo Estado, con la pretensión de obtener reparaciones de éste, cuando la falta de transposición concreta al orden interno de una norma internacional del trabajo, de tipo programático, les origine perjuicios.

Incluso alguna doctrina de países donde los tratados tienen jerarquía constitucional sostiene que, cuando la omisión del Estado en tomar las medidas conducentes para asegurar la efectividad de un derecho con el que se

(53) VON POTOBOSKY, Geraldo. Op. cit.: pp. 587 y ss.

(54) La Corte Suprema de Justicia argentina en fallo dictado en el caso “Ekmekdjian, Miguel A. c/ Sofovich, Gerardo y otros”, con relación al derecho de rectificación o respuesta (citado por G. VON POTOBOSKY en el artículo mencionado y por QUIROGA LAVIÉ, Humberto. *Los derechos humanos y su defensa ante la justicia*. Bogotá: Temis, 1995. p. 28), reconoció poder operativo directo al artículo 14 de la Convención Americana de DDHH (Pacto de San José de Costa Rica), con base en una opinión consultiva de la Corte Interamericana de DDHH.

(55) Sentencia No. 657 (Exp. 327224/96), del Juzgado Nacional de Primera Instancia del Trabajo No. 59, Buenos Aires, 17 de octubre de 1997 (juez Oscar Zas), publicada en la revista *Derecho Laboral*. Montevideo: tomo. XLI., número 191, julio-septiembre 1998.

(56) VERDROSS, Alfred. Op. cit.: pp. 361 y 362.

(57) Sentencia T-568 de 1999.

ha comprometido internacionalmente, lleve de hecho al desconocimiento de dicho derecho, correspondería a las autoridades judiciales una declaración de “inconstitucionalidad por omisión” y un mandamiento dirigido al poder político, para hacer respetar el derecho, o incluso para suplir la intencionada omisión política de dicho poder (*injunctio*)⁽⁵⁸⁾. Obviamente, la expedición de leyes contrarias a una norma programática constituiría, en estos casos, una vulneración al orden constitucional.

Esto significa que las normas programáticas, además de constituir una importante fuente en materia interpretativa, limitan el poder del legislador y de las autoridades administrativas nacionales.

Aludiendo de nuevo a las Normas Internacionales de Trabajo auto-ejecutivas, creemos importante hacer algunos comentarios sobre el complejo problema de la aplicación directa de aquellas normas que, por hacer parte del bloque de constitucionalidad, integran la Carta de Derechos.

La aplicación de la Carta de Derechos es un proceso jurídico que se aparta de la tradicional interpretación silogística, tan cara a los sistemas de orientación formalista, comunes en nuestros países. El juez tiene que adoptar criterios hermenéuticos diferentes cuando va a utilizar la Carta de Derechos en la solución de un caso. Debe saber, en consulta con las circunstancias concretas, combinar los distintos mandatos aplicables, desentrañando sus fines, para concluir en un orden equilibrado y adecuado que permita dilucidarlo, orden que es válido para éste, pero no necesariamente para otros casos, por más parecidos que ellos sean.

“Los artículos sobre los derechos (contenidos en la Carta de Derechos) son textos abiertos, es decir, textos que hacen afirmaciones cuyo contenido no está definido por el texto mismo. Las afirmaciones son, además, abstractas y generales; mucho mayor que en cualquier ley. La estructura de esos artículos también es diferente a las de las reglas jurídicas ordinarias. Ellos no contemplan una hipótesis de hecho, ni una consecuencia clara derivada de que esta hipótesis suceda. Son artículos que enuncian valores o sientan principios y, por tanto, traen consigo todos los problemas filosóficos, éticos y políticos asociados a ellos. Por eso no resulta extraño que en una misma situación de hecho, en un mismo caso, esté en juego más de un derecho relevante y que se presenten conflictos entre estos derechos (...). Es imposible utilizar el silogismo simple para deducir,

después de comparar la premisa mayor con la menor, una conclusión. Como hay varias normas constitucionales relevantes, no hay una premisa mayor o, si se quiere, el intérprete debe crear esa premisa después de armonizar todos los valores y principios relevantes. Es más, si el juez escoge sólo una norma relevante y descarta las demás, podría estar actuando arbitrariamente⁽⁵⁹⁾”.

Con base en todos los anteriores elementos conceptuales, creemos que la efectividad en el orden interno de las Normas Internacionales de Trabajo, en Colombia, debe regirse por los siguientes criterios:

a) Si ellas se incorporan al bloque de legalidad laboral, los operadores jurídicos sólo podrán aplicar aquellas que estén vigentes y tengan carácter auto-ejecutivo, mas no las que lo tengan programático (recuérdese que en el procedimiento ordinario, propio de los litigios que se dan bajo este bloque, el juez aplica al caso la disposición legal vigente). Las conductas de órganos estatales contrarias a esas normas, vigentes por el principio *lex posterior derogat priori*, implican ilegalidad e incumplimiento del tratado (con la consiguiente responsabilidad estatal).

b) Si ellas se incorporan al bloque de constitucionalidad, que equivale en el caso colombiano, como aquí hemos sostenido, a su inserción en la Carta de Derechos Fundamentales, la operatividad de la norma deberá siempre darse -es obvio- cuando ella sea auto-ejecutiva. En el caso de una norma programática, referida a un derecho no consagrado en la Constitución, cuando la omisión del Estado en introducirla al ordenamiento interno, coloque al derecho contenido en la norma internacional entrada en vigor, en tal situación de ineffectividad, que lleve de hecho a su desconocimiento, procedería la declaratoria de una “inconstitucionalidad por omisión”, y a un mandamiento, dirigido al Estado por parte de la instancia constitucional, para que éste la desarrolle⁽⁶⁰⁾.

En resumen, el efecto de los tratados internacionales sobre los derechos humanos, incluidos los laborales, no se limita únicamente a la enunciación retórica de unos principios. Su principal efecto es volverlos exigibles en el ámbito del derecho interno, pues para eso precisamente se consagran en tales instrumentos. Si bien ellos son normas de fuente internacional, están destinados, por su naturaleza, a regular relaciones internas.

(58) QUIROGA LAVIÉ, Humberto. Op. cit.; pp. 22 y ss.

(59) CEPEDA, Manuel José. *Los derechos fundamentales en la Constitución de 1991*. Bogotá: Temis, 1992.

(60) QUIROGA LAVIÉ, Humberto. Op. cit.; p. 21; CEPEDA, Manuel José. Op. cit.; p. 12.

“Cuando los pactos ingresan al derecho interno convierten a las mismas personas en sujetos activos de los derechos reconocidos en sus normas internacionales, más allá de que éstas sean operativas o programáticas, cuestión ésta que plantea problemas diferentes al de la titularidad en sí misma⁽⁶¹⁾”.

6 Conclusiones.

La constitucionalización y la internacionalización del Derecho Laboral en Colombia, algunas de cuyas connotaciones han sido el objeto de este ensayo, no pueden pasar desapercibidas.

En particular la última -obviamente cimentada en la primera-, trae efectos muy importantes sobre el *corpus* de esta disciplina.

Las Normas Internacionales del Trabajo, a partir de la Constitución de 1991, hacen parte de nuestro ordenamiento interno, por derecho propio, de manera contundente y efectiva. Y este fenómeno tiene que llamar la atención de quienes aún persisten en la cómoda posición de que las relaciones laborales se rigen únicamente por una legislación vernácula, que de vez en cuando le hace el favor a los instrumentos internacionales de adoptar sus normas.

Las Normas Internacionales de Trabajo hacen presencia por dos vías en nuestro país: incorporándose (la mayoría de ellas) automáticamente al “bloque de legalidad laboral”, en cuyo caso se ubican en una jerarquía igual a la de las leyes, o incorporándose, también automáticamente, al “bloque de constitucionalidad”, en cuyo caso se insertan en la Carta de Derechos Fundamentales, por ende con jerarquía superior a cualquier ley.

La Corte Constitucional ha adelantado, desde sus inicios, una importante labor en materia de concretar el mandato superior de hacer efectivas las Normas Internacionales del Trabajo. Sin embargo, creemos que en varias de sus sentencias en el tema laboral ha elevado a jerarquía constitucional a todos los tratados y convenios internacionales que las contienen, con lo cual no reconoce efecto práctico a la incorporación al “bloque de legalidad laboral” ordenada por el artículo 53. A esta omisión se ha llegado, aparentemente, por confundir el carácter de fuente de interpretación de los derechos humanos (predicable para todos los instrumentos internacionales ratificados, que reconozcan los derechos humanos, según el inciso 2 del artículo 93), con el de

integrantes del “bloque de constitucionalidad” (destino privativo de aquellas cuyo ejercicio, según esos mismos instrumentos, no pueda limitarse durante los estados de excepción). Ello sin contar que en algunos pronunciamientos ha llevado su tesis hasta el extremo de conferir semejante *status* a las recomendaciones de los órganos de control de la OIT.

Nuestro estudio nos afirma en que la incorporación automática al “bloque de constitucionalidad” es un proceso **excepcional**, del que son objeto únicamente -lo hemos repetido hasta la saciedad-, aquellas normas que reúnen la doble condición de ser derechos humanos y prohibirse su restricción durante los estados de excepción (artículo 93, Constitución nacional, primer inciso). Ignorar este último requisito -como reiterada y preocupantemente lo ha hecho la Corte Constitucional-, e investir en la práctica a todas ellas con el carácter de derechos fundamentales, no solamente contraría la letra y el espíritu del canon superior, sino que cursa una invitación para que gran cantidad de conflictos laborales se tramiten mediante la acción de tutela. Por la tronera que así se abre, vendría un enorme volumen de esas acciones, que congestionaría aún más los despachos judiciales, cosa muy grave cuando de hecho los jueces y tribunales están con este procedimiento hasta las sienas. Creemos, por el contrario, que el entendimiento de que la mayoría de las Normas Internacionales de Trabajo se inserta automáticamente al “bloque de legalidad laboral”, asegura que los conflictos en los que ellas se invoquen, se canalicen, como debe ser, hacia la jurisdicción ordinaria o a instancias de conciliación.

El volver efectivos o auto-ejecutivos los derechos contenidos en las Normas Internacionales de Trabajo es un gran reto para todos los operadores jurídicos, en especial para los jueces. La Corte Constitucional no puede quedarse sola en este propósito. Se requiere, no sólo convocar, sino sobre todo, preparar, a la judicatura, con este objetivo. Es necesario enseñar a los jueces laborales que la administración de justicia puesta en sus manos, tiene que enriquecerse con la batería de instrumentos internacionales del trabajo ratificados y entrados en vigor, y no quedarse con el repertorio que les entrega el derecho interno. Hay que romper el paradigma que tienen muchos jueces del trabajo, de que, para poder ser aplicadas a un caso concreto, las normas internacionales tienen que figurar expresamente en el texto de una ley, trasunto de un dualismo hace rato

(61) HERRENDORF, Daniel y BIDART CAMPOS, Germán. *Principios de derechos humanos y garantías*. Buenos Aires: Ediciones Eliair, 1991. p. 251 (citado por CHANGALA Q., Ricardo et al. Op. cit.: p. 199).

superado. Tienen que aprender que habrá casos en los que un tratado o convenio internacional prevalecerá sobre las leyes nacionales, bien por ser posterior y más beneficioso que éstas (bloque de legalidad laboral), o bien por integrar la Carta de Derechos, que subordina cualquier ley anterior o posterior a la ratificación y entrada en vigor del tratado.

Y aquí las facultades de Derecho y la Rama Judicial tienen mucho por hacer. Hay que formar abogados y capacitar jueces con conciencia de la internacionalización del Derecho Laboral. Con

conciencia de que las Normas Internacionales del Trabajo, a partir de la Constitución del 91, no son simples normas supletorias o complementos cosméticos que añaden "*glamour*" a las sentencias. Los currículos de las primeras y los planes de formación de la segunda tienen que enriquecerse con más cátedras de filosofía y humanismo (una de las grandes falencias actuales) y profundización en conceptos de Derecho Internacional, que sirvan de substrato a las competencias hermenéuticas necesarias para salir del formalismo y del parroquialismo judiciales. 卐