



Prolegómenos. Derechos y Valores

ISSN: 0121-182X

derechos.valores@umng.edu.co

Universidad Militar Nueva Granada

Colombia

Ostau de Lafont de León, Francisco Rafael; Niño Chavarro, Leidy Ángela
LAS CLÁUSULAS SELF - EXECUTING DE LOS CONVENIOS DE LA ORGANIZACIÓN
INTERNACIONAL DEL TRABAJO EN MATERIA DE DERECHO LABORAL COLECTIVO
(CONVENIOS 87 Y 98)

Prolegómenos. Derechos y Valores, vol. XVI, núm. 32, julio-diciembre, 2013, pp. 123-134
Universidad Militar Nueva Granada
Bogotá, Colombia

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=87629921008>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal

Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

LAS CLÁUSULAS *SELF - EXECUTING* DE LOS CONVENIOS DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO EN MATERIA DE DERECHO LABORAL COLECTIVO (CONVENIOS 87 Y 98)*

Francisco Rafael Ostau de Lafont de León**
Leidy Ángela Niño Chavarro***

Fecha de recibido: 18 de junio de 2013
Fecha de aprobado: 18 de octubre de 2013
Artículo de reflexión

Forma de citación: Ostau, F. & Niño, L. (2013). Las cláusulas Self-Executing de los convenios de la Organización Internacional del Trabajo en materia de Derecho Laboral Colectivo (Convenios 87 y 98). *Revista Prolegómenos. Derechos y Valores*, 16, 32, 123-134.

Resumen

El artículo hace referencia a la aplicabilidad interna de los Convenios de la Organización Internacional de Trabajo (OIT) en cuanto a la condición de que sus cláusulas deben de ser claras y precisas para que los operadores judiciales puedan darle aplicabilidad directa en la solución de conflictos. La tesis apunta a que las cláusulas *self executing* y *non self executing*, cuando se trata de convenios sobre Derechos Humanos, pueden ser aplicables directamente por el operador judicial sin tener en cuenta los criterios de auto ejecución. El interrogante que se plantea en el presente caso consiste en que si los convenios en materia de derechos laboral colectivo contemplan cláusulas *non self executing* o, en caso de que las contemplen por ser convenios sobre derechos humanos, ¿estos convenios podrían ser de aplicación auto ejecutiva?

Palabras clave:

Aplicación directa de convenios, Cláusulas *self executing*, Convenios internacionales de la OIT, Derechos Humanos, Operadores judiciales.

* El presente artículo es producto de la investigación adelantada en el año 2012 dentro del proyecto titulado “La influencia de los Convenios de la OIT en la legislación laboral colombiana” del Grupo de Investigación Socio Jurídico del Centro de Investigaciones de la Universidad Libre, dentro de la línea de investigación titulada “El mundo del trabajo en el siglo XXI”.

** Doctor en Derecho y Ciencias políticas de la Universidad La Gran Colombia, especializado en Derecho laboral y Acción social de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Colombia. Doctor en Derecho de la Universidad Javeriana, del Rosario y Externado de Colombia, y Doctor en Sociología jurídica e Instituciones políticas de la Universidad Externado de Colombia. Filósofo de la Universidad Libre de Colombia. Director de la Línea de investigación de derecho público del Grupo de investigación socio-jurídico del Centro de Investigaciones de la Universidad Libre. Correo electrónico: paco_syares@yahoo.es

*** Abogada de la Universidad Libre de Colombia, especializada en Derecho laboral y Seguridad social de la Universidad del Rosario, estudiante de la Maestría en Derecho del Trabajo de la Universidad Externado de Colombia. Correo electrónico: angie_nomore@yahoo.es

CLAUSES SELF - EXECUTING CONVENTIONS OF THE INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION, IN LABOR LAW COLLECTIVE (CONVENTIONS 87 AND 98)

Abstract

This research report analyzes the domestic applicability of ILO Conventions regarding the condition that its terms must be clear and precise so that the judicial can give direct applicability in solving conflicts. The thesis is intended to demonstrate that the clauses self executing and non self executing when it comes to human rights conventions, can be applied directly by the operator court regardless autorun criteria. The question that arises in this case is: If the Conventions on collective labor rights have clauses non self executing or, if that be contemplated by human rights conventions do these conventions could be applicable executive order?

Key words

Clauses Self Executing, Direct Application of Conventions, Human Rights, International Conventions of the ILO, Judicial Officials

CLÁUSULAS AUTO - EXECUÇÃO DE CONVENÇÕES DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, EM DIREITO DO TRABALHO COLETIVO (CONVENÇÕES 87 E 98)

Resumo

Este relatório de pesquisa analisa a aplicabilidade interno das Convenções da OIT sobre a condição de que seus termos devem ser claros e precisa para que o judiciário possa dar aplicabilidade directa na resolução de conflitos. A tese se destina a demonstrar que as cláusulas de auto execução e não de auto execução quando se trata de convenções de direitos humanos, pode ser aplicado diretamente pelo tribunal operador independentemente critérios autorun. A questão que se coloca neste caso é: ¿Se as convenções sobre os direitos coletivos de trabalho têm cláusulas de não auto-execução ou, se esse for contemplado por convenções de direitos humanos que estas convenções poderiam ser ordem executiva aplicável?

Palavras-chave

Cláusulas de auto execução, Aplicação direta de convenções, Direitos Humanos, Convenções Internacionais da OIT, Funcionários judiciais

1. INTRODUCCIÓN

Los convenios de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) se caracterizan por ser adoptados dentro del tripartismo en que actúa esta organización. Desde el Tratado de Paz de Versailles de 1919 (Dipúblico, 2002) se estableció en su preámbulo que:

(...) a fin de desarrollar la cooperación entre las naciones y garantizarles la paz y la seguridad, importa aceptar ciertas obligaciones de no recurrir a la guerra, mantener a plena luz relaciones internacionales fundadas sobre la justicia y el honor, observar rigurosamente las prescripciones del dere-

cho internacional reconocidas de hoy en adelante como regla de conducta efectiva de los gobiernos, hacer reinar la justicia y respetar escrupulosamente todas las obligaciones de los tratados en las relaciones mutuas de los pueblos organizados.

En el artículo 387 del citado tratado se establece:

Art. 387. Se funda una organización permanente encargada de trabajar en la realización del programa expuesto en el preámbulo.

Los miembros originarios de la Sociedad de las Naciones, serán miembros originarios de esta organización, y, en adelante, la calidad de miembro de la Sociedad de las Naciones traerá consigo la de miembro de dicha organización.”

Art. 389. La conferencia general de los representantes de los miembros celebrará sesiones cada vez que sea necesario, y, por lo menos, una vez por año. Ella se compondrá de cuatro representantes de cada uno de los miembros, de los cuales dos serán los delegados del gobierno, y los otros dos representarán, respectivamente, por una parte a los empleadores y por la otra parte a los trabajadores dependientes de cada uno de los miembros. (...)

Art. 405. Si la conferencia se pronuncia por la adopción de proposiciones relativas a un objeto en la orden del día, tendrá que determinar si dichas proposiciones deberán tomar la forma: a) de una “recomendación” a someter al examen de los miembros, con el fin de llevarla a efecto bajo forma de ley nacional o de otra manera; b) o bien, de un proyecto de convención internacional a ratificar por los miembros.

En los dos casos, para que una recomendación o un proyecto de convención sea adoptado en votación final por la conferencia, se requiere una mayoría de los dos tercios de votos de los delegados presentes.

Al formular una recomendación o un proyecto de convención de aplicación general la conferencia deberá tener en cuenta los países cuyo clima, desarrollo incompleto de la organización industrial u otras circunstancias particulares hagan las condiciones de la industria esencialmente diferentes, y ella deberá sugerir aquellas modificaciones que considerara necesarias para responder a las condiciones propias de esos países.

Un ejemplar de la recomendación o del proyecto de convención será firmado por el presidente de la conferencia y el director y depositado en manos del secretario general de la Sociedad de las Naciones. Este comunicará a cada uno de los miembros una copia certificada conforme a la recomendación o al proyecto de convención.

Cada uno de los miembros se compromete a someter, en el plazo de un año, a contar sobre la clausura de la sesión de la conferencia (o si a consecuencia de circunstancias excepcionales es imposible proceder en el término de un año, desde que sea posible, pero nunca después de los dieciocho meses después de la clausura de la sesión de la conferencia), la recomendación o el proyecto de convención a la autoridad o autoridades en cuya competencia entre la materia, a fin de transformarla en ley o adoptar medidas de otro orden.

En términos de la Convención de Viena (Americanos, 2012) sobre el derecho de los tratados de 1969 ratificada por Colombia mediante la Ley 32 de 1985 (Ministerio de Comercio, 2012), los convenios que produce la Conferencia Internacional del Trabajo son considerados como tratados internacionales, a la luz de lo establecido en

la parte I, numeral 2 literal a)¹. Su característica principal radica en que nacen de la voluntad de los estados miembros de la organización internacional, representados a través del tripartismo (trabajadores, empleadores y gobierno), y hacen surgir dos obligaciones jurídicas: la primera, frente a la organización misma y la segunda, frente a los demás estados miembros.

Lo anterior surge del artículo 405 del Tratado de Paz de Versalles y, por esto, el mismo Tratado establece en su artículo 411 la posibilidad de que cada uno de los miembros podrá interponer una queja en la Oficina Internacional del Trabajo contra otro miembro que a su parecer no asegure, de una manera satisfactoria, la ejecución de una convención que uno y otro hubiera ratificado. Por ello, se podría decir que la naturaleza jurídica de los convenios internacionales de la OIT, además de ser tratados internacionales con todos los elementos jurídicos de la convención de Viena que esto significa, tienen la característica de ser aprobados por los estados representados por el tripartismo, surgiendo obligaciones jurídicas en el marco de la relación entre los estados y de la organización internacional del trabajo como control externo e internacional del cumplimiento de dichos convenios² (Corte Constitucional de Colombia, 2012).

Esta naturaleza jurídica especial surge inclusive antes de los llamados convenios de Derechos Humanos que se producen en las Naciones Unidas junto con lo que se conoce como la Declaración de Filadelfia de 1944 (Organización Internacional del Trabajo, 2012) en la cual la Conferencia General de la OIT adopta, en su vigésima sexta reunión el 10 de mayo, los fines y objetivos de la OIT y los principios que deberían inspirar la política de sus miembros, de este modo se señaló en su título I:

La Conferencia reafirma los principios fundamentales sobre los cuales está basada la Organización y, en especial, los siguientes:

- (a) el trabajo no es una mercancía;
- (b) la libertad de expresión y de asociación es esencial para el progreso constante;
- (c) la pobreza, en cualquier lugar, constituye un peligro para la prosperidad de todos;
- (d) la lucha contra la necesidad debe proseguirse con incesante energía dentro de cada nación y mediante un esfuerzo internacional continuo y concertado, en el cual los representantes de los trabajadores y de

¹ 2. Términos empleados. 1. Para los efectos de la presente Convención:

a) se entiende por “tratado” un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular (...)

² La Corte Constitucional mediante la Sentencia 562/92 señaló: “De acuerdo con lo estipulado en el artículo 241-10 de la Carta Política cuando la norma alude al término “TRATADOS PUBLICOS” su significación es la de “proyecto de tratado” es decir, de “instrumento internacional que está cumpliendo un proceso de celebración y perfeccionamiento y respecto del cual ya se han realizado las fases de negociación, adopción, autenticación y confirmación presidencial del texto celebrado por su plenipotenciario; de sometimiento al Congreso para su aprobación por éste, pero cuyo perfeccionamiento está pendiente, por no haberse aún producido el acto ejecutivo que perfecciona en el ámbito internacional la manifestación de la voluntad del Estado en obligarse por el tratado”. Agregando, que las etapas posteriores a la sanción presidencial de la ley aprobatoria del tratado internacional, al tenor de la

norma, sólo pueden cumplirse según sean los resultados del control. (...)”

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

los empleadores, colaborando en un pie de igualdad con los representantes de los gobiernos, participen en discusiones libres y en decisiones de carácter democrático, a fin de promover el bienestar común.

La anterior Declaración da paso a las características jurídicas especiales en que se mueven los convenios de la organización, constituyendo elementos de los derechos humanos. En palabras de Geraldo Von Potobsky (2012, p. 2) la naturaleza de los convenios tiene categoría de tratados con características propias, mencionadas anteriormente. La Corte Constitucional (2012) ha reafirmado estos principios sobre la naturaleza jurídica de los convenios de la OIT mediante la sentencia C – 562/92

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

2. RESULTADOS

En el derecho internacional se han establecido como características relacionadas con la efec-

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

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

Claudio Nash (2012) sostiene que las normas *self executing* contenidas en los tratados de Derechos Humanos deben ser aplicables sin necesidad de una legislación reglamentaria, no se requiere que adpote legislaciones internas para su efectiva aplicación. Malcolm Shaw (1995, p.121) sostiene que la cuestión de cuáles son los tratados autoejecutivos y cuáles no lo son, le corresponde al poder judicial. Para Eduardo Jimenez de Aréchaga (1988,)

El concepto de disposiciones auto-ejecutivas y las razones fundamentales que originan esa noción, han sido elaborados por la doctrina y la práctica del Derecho Internacional con respecto a la aplicación de estipulaciones contenidas en tratados internacionales invocados por un individuo ante un juez. No obstante, ese concepto puede también extenderse a las normas del Derecho Internacional consuetudinario.

Se puede hablar también de reglas de la costumbre internacional ejecutables por sí mismas (*self-executing*).

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

La Corte Constitucional ha señalado en varias oportunidades sobre la doctrina *non self executing*³ que es necesario, tratándose de Convenios sobre Derechos Humanos que contengan cláusulas *non self executing*, las cuales deben ser aplicadas previa reglamentación de las autoridades correspondientes⁴. La sentencia C 291/07 en el salvamento de voto del Magistrado Humberto Sierra Porto señala que las cláusulas *non-self-executing* en los Convenios sobre Derechos Humanos como los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y el Protocolo II de Ginebra de 1977, son disposiciones convencionales que requieren que los respectivos legisladores internos las desarrollen, en ejercicio de su libertad de configuración normativa.

Para Nicolás Valticos (1977, p. 509) las principales dificultades que han surgido en la aplicación en el derecho interno de los convenios de la OIT han sido, entre otras, algunas cláusulas *non self executing* toda vez que han sido argumentos por parte de algunos estados para no aplicar algunas cláusulas de los Convenios

de la OIT, recordando Valticos, que la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones en su informe de 2003 sobre la observación individual del Convenio 120 higiene comercio y oficina de 1964 ratificado por Jordania en 1965 señaló “que aunque en general las disposiciones de los convenios de la OIT no son *self-executing*, el convenio 4 del Convenio requiere, expresamente, la adopción de una legislación a nivel nacional para garantizar la aplicación de las medidas básicas de higiene establecida en la parte segunda”.

De aquí que Valticos (1977, p. 496) sostiene la tesis que, para que un convenio ratificado tenga efectos jurídicos internos y pueda ser invocado por cualquier persona ante los tribunales nacionales, y no este redactado en términos que sea necesario la responsabilidad internacional del Estado, sus disposiciones deben tener un carácter autoejecutivo, es decir, permita su aplicación inmediata en el derecho interno, y muchos de los convenios de la OIT, dice Valticos, carecen de este carácter, exigiéndose una adopción de legislación reglamentaria o complementaria.

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

- 1) la intención de las partes de adoptar disposiciones que no requieren legislación previa para su puesta en práctica;
- 2) la precisión y el detalle de los términos utilizados por el tratado;
- 3) la competencia de los tribunales frente a los sujetos cubiertos por el tratado en el respeto de la separación de poderes. (p. 19).

En consecuencia, para este autor, coincidiendo con Valticos, los convenios de la OIT en su mayoría contienen cláusulas *non self executing* que requiere reglamentación por parte de los Estados, permitiendo este argumento el in-

³ Sentencias C – 031/09, C – 608/10, C- 941/10, C – 291/07, C – 1076/02, C -255/03

⁴ Véase al respecto: Sentencia C 255/03

cumplimiento de los convenios de la OIT (Beaudonnet, 2006, p. 9).

Sin embargo, ninguno de los autores anteriores hace claridad sobre las cláusulas de los convenios sobre derechos humanos producidas por la OIT o sobre los convenios que se refieren a los principios fundamentales, sobre los cuales no cabe duda que a pesar de que contengan algunas cláusulas *non self executing*, estos, dado su carácter de convenios fundamentales o de derechos humanos, reglamentarlos o no, no exime al estado de su aplicación.

En el caso colombiano, la Corte Constitucional claramente ha establecido mediante la Sentencia C 291/07 que

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

La Corte Constitucional ha considerado que los Convenios 87, 98, 151 y 154⁵ son parte del

⁵ Anexo a estos convenios existen una serie de disposiciones que hace relación a la libertad sindical y a la negociación colectiva como: Declaración de Filadelfia, Convenio sobre el derecho de asociación (agricultura), 1921 (núm. 11), Convenio sobre el derecho de asociación (territorios no metropolitanos), 1947 (núm. 84), Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948 (núm. 87), Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, 1949 (núm. 98), Convenio sobre los representantes de los trabajadores, 1971 (núm. 135), Recomendación sobre los representantes de los trabajadores, 1971 (núm. 143), Convenio sobre las organizaciones de trabajadores rurales, 1975 (núm. 141), Recomendación sobre las organizaciones de trabajadores rurales, 1975 (núm. 149), Convenio sobre las relaciones de trabajo en la administración pública, 1978 (núm. 151), Recomendación sobre las relaciones de trabajo en la administración pública, 1978 (núm. 159), Convenio sobre el fomento de la negociación colectiva, 1981 (núm. 154), Convenio sobre los trabajadores migrantes, 1939 (núm. 66), Recomendación sobre la protección de los trabajadores migrantes (países insuficientemente desarrollados), 1955 (núm. 100), Convenio sobre los trabajadores migrantes (revisado), 1949 (núm. 97), Recomendación sobre los trabajadores migrantes, 1975 (núm. 151), Recomendación sobre la política social en los territorios dependientes, 1944 (núm. 70), Recomendación sobre el fomento de la negociación colectiva, 1981 (núm. 163), Convenio sobre política social (territorios no metropolitanos), 1947 (núm. 82), Convenio sobre política social (normas y objetivos básicos), 1962 (núm. 117), Convenio sobre poblaciones indígenas y tribales, 1957 (núm. 107), Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169), Convenio sobre las plantaciones, 1958 (núm. 110), Convenio sobre el personal de enfermería, 1977 (núm. 149), Recomendación sobre las condiciones sociales y de seguridad de la gente de mar, 1958 (núm. 108), Recomendación sobre el trabajo portuario, 1973 (núm. 145), Convenio sobre la licencia pagada de estudios, 1974 (núm. 140), Recomendación sobre la licencia pagada de estudios, 1974 (núm. 148), Recomendación sobre desarrollo de los recursos humanos, 1975 (núm. 150), Convenio sobre el personal de enfermería, 1977 (núm. 149), Recomendación sobre el personal de enfermería, 1977 (núm. 157), Convenio sobre el trabajo a tiempo parcial, 1994 (núm. 175), Convenio sobre la abolición del trabajo forzoso, 1957 (núm. 105), Recomendación sobre los contratos colectivos, 1951 (núm. 91), Recomendación sobre la conciliación y el arbitraje voluntarios, 1951 (núm. 92), Recomendación sobre la colaboración en el ámbito de la empresa, 1952 (núm.

bloque de constitucionalidad (Ostau De Lafont & Niño Chavarro, 2010) por ser convenios sobre Derechos Humanos, conteniendo cláusulas *non self executing*, pero dada su característica especial de fundamentales, no pueden ser consideradas estas cláusulas no aplicables o no ejecutivas, todas vez que no puede ser excusa de la responsabilidad del Estado la falta de reglamentación para no aplicarla.

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

94), Recomendación sobre la consulta (ramas de actividad económica y ámbito nacional), 1960 (núm. 113), Recomendación sobre las comunicaciones dentro de la empresa, 1967 (núm. 129), Recomendación sobre el examen de reclamaciones, 1967 (núm. 130), Convenio sobre la terminación de la relación de trabajo, 1982 (núm. 158), Recomendación sobre la terminación de la relación de trabajo, 1982 (núm. 166), Convenio sobre la consulta tripartita (normas internacionales del trabajo), 1976 (núm. 144), Recomendación sobre la consulta tripartita (actividades de la Organización Internacional del Trabajo), 1976 (núm. 152), Recomendación relativa a la situación del personal docente (Extractos), Declaración tripartita de principios sobre las empresas multinacionales y la política social (Extractos), Resoluciones de la Conferencia Internacional del Trabajo, Resolución sobre la independencia del movimiento sindical, Resolución sobre los derechos sindicales y su relación con las libertades civiles

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

3. EL CONVENIO 87 Y 98 DE LA OIT

En el Convenio 87 de la OIT sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación (Oficina Internacional del Trabajo, 1995), radicado por Colombia mediante la Ley 26 de 1976 en su artículo 2 dispone:

Los trabajadores y los empleadores, sin ninguna distinción y sin autorización previa, tienen el derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes, así como el de afiliarse a estas organizaciones, con la sola condición de observar los estatutos de las mismas (p. 13).

El análisis de este artículo o cláusula del Convenio, tiene como característica que determina para los trabajadores y empleadores el derecho de constituir y de afiliarse a una organización con la sola condición de observar los estatutos de la misma. Por lo tanto, no consagra ningún condicionamiento a su aplicación. De lo anterior, se puede afirmar que este artículo es de aplicación inmediata, genera derechos exigibles ante los operadores judiciales, es decir, se trata de una cláusula *self executing* al igual que los artículos 3, 4, 5, 6, 7, 8, 10, 11⁶ del citado convenio.

⁶ **Artículo 3.** 1. Las organizaciones de trabajadores y de empleadores tienen el derecho de redactar sus estatutos y reglamentos administrativos, el de elegir libremente sus representantes, el de organizar su administración y sus actividades y el de formular su programa de acción. 2. Las autoridades públicas deberán abstenerse de toda intervención que tienda a limitar este derecho o a entorpecer su ejercicio legal.

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

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

Por el contrario, el artículo 9 establece, en su numeral primero, que “la legislación nacional deberá determinar hasta qué punto se aplicarán a las fuerzas armadas y a la policía las garantías previstas por el presente Convenio”. En términos teóricos esta sería una típica cláusula *non self executing*, toda vez que establece en la versión en español que la legislación interna **deberá** determinar. En la versión inglesa (*shall be determined*)⁷ y la francesa (*sera déterminée*)⁸ que se traduciría, serán determinadas.

En los tres idiomas, claramente está establecido que es el Estado quien determinará si a la fuerza militar y a la policía se le aplica el Convenio 87. En el caso colombiano, está claramente establecido en el artículo 39 de la Constitución

ción tiene el derecho de afiliarse a organizaciones internacionales de trabajadores y de empleadores.

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

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

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

Artículo 10. En el presente Convenio, el término organización significa toda organización de trabajadores o de empleadores que tenga por objeto fomentar y defender los intereses de los trabajadores o de los empleadores.

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

⁷ **Article 9.** 1. The extent to which the guarantees provided for in this Convention shall apply to the armed forces and the police shall be determined by national laws or regulations.

⁸ **Article 9.** 1. La mesure dans laquelle les garanties prévues par la présente convention s'appliqueront aux forces armées et à la police sera déterminée par la législation nationale.

Política que no gozan del derecho de asociación sindical los miembros de la fuerza pública, dentro de los cuales se encuentra incluida la Policía Nacional. El Convenio 98 de la OIT, igualmente, establece en su artículo 5 que la legislación nacional determinará el alcance de la negociación de las fuerzas armadas y de policía en concordancia con el artículo 1 numeral 2 del Convenio 154.

No obstante lo anterior, en algún país donde la legislación interna no haya regulado esta aplicación, no podría considerarse el artículo 9 numeral primero como una cláusula *non self executing*, so pretexto de que el Estado no hubiere determinado la no aplicación a las fuerzas militares. De aquí que si no se determina, se entenderá que en ese país las fuerzas militares gozarían del ejercicio del derecho de asociación sindical, toda vez que se trata de un convenio sobre Derechos Humanos, reconocido por lo diferentes organismos internacionales que regulan este tipo de disposiciones.

Frente al Convenio 98 de la OIT sobre el derecho de sindicación y negociación colectiva ratificado por Colombia mediante la Ley 27 de 1976 en su artículo 1, 2 y 6⁹ son cláusulas *self*

⁹ **Artículo 1.** 1. Los trabajadores deberán gozar de adecuada protección contra todo acto de discriminación tendiente a menoscabar la libertad sindical en relación con su empleo.

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

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

Artículo 2. 1. Las organizaciones de trabajadores y de empleadores deberán gozar de adecuada protección contra todo acto de injerencia de unas respecto de las otras, ya se realice directamente o por medio de sus agentes o miembros, en su constitución, funcionamiento o administración. 2. Se consideran actos de injerencia, en el sentido del presente artículo, principalmente, las medidas que tiendan a fomentar la constitución de organizaciones de trabajadores dominadas por un empleador o una organización de empleadores, o a sostener económicamente, o en otra forma, organi-

executing por ser de aplicación directa sin ningún condicionamiento. Sin embargo, el análisis de las cláusulas 3¹⁰ establece el condicionamiento según el cual deberán “crearse organismos adecuados” que, en el caso colombiano, es el Ministerio de Trabajo creado por la Ley 1444 de 2011 y el Decreto 4108 de 2011¹¹. Sin embargo, si en algún Estado donde no haya un organismo que garantice el respeto del derecho de sindicalización no quiere esto decir que el Estado que haya suscrito el convenio 98 no tenga la obligación de hacer respetar dicho derecho, lo que sucedería, igualmente, con el artículo 4¹² y el artículo 5¹³ del mencionado conve-

nio. Estos artículos que, aparentemente serían *non self executing*, deberán ser aplicables de manera directa así no tenga reglamentación de los Estados por tratarse de un convenio sobre Derechos Humanos (Ostau De Lafont & Niño Chavarro, 2010).

En relación con el Convenio 151 sobre las relaciones de trabajo en la administración pública en su artículo 7¹⁴ se establece que “deberá adoptarse de ser necesario” las condiciones y medidas para que los funcionarios públicos puedan utilizar los procedimientos de negociación colectiva en los términos del Convenio 154 sobre la negociación colectiva que establece en su artículo 2¹⁵ que la expresión negociación colectiva significa fijar las condiciones de trabajo y de empleo y regular las relaciones entre empleadores y trabajadores y sus organizaciones.

En el caso colombiano, la negociación colectiva es aplicable a los empleados públicos en forma limitativa, toda vez que la Constitución Política establece que las condiciones de trabajo las establece el Congreso de la República. Sin embargo, en un Estado donde no existiera esta limitación, los empleados públicos tendrían derecho a una negociación colectiva sin necesi-

zaciones de trabajadores, con objeto de colocar estas organizaciones bajo el control de un empleador o de una organización de empleadores.

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

¹⁰ Artículo 3. Deberán crearse organismos adecuados a las condiciones nacionales, cuando ello sea necesario, para garantizar el respeto al derecho de sindicación definido en los artículos precedentes.

¹¹ ARTÍCULO 22. FUNCIONES DEL DESPACHO DEL VICEMINISTRO DE RELACIONES LABORALES E INSPECCIÓN. Son funciones del Despacho del Viceministro de Relaciones Laborales e Inspección, además de las establecidas en el artículo 62 de la Ley 489 de 1998, las siguientes:

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

¹² **Artículo 4.** Deberán adoptarse medidas adecuadas a las condiciones nacionales, cuando ello sea necesario, para estimular y fomentar entre los empleadores y las organizaciones de empleadores, por una parte, y las organizaciones de trabajadores, por otra, el pleno desarrollo y uso de procedimientos de negociación voluntaria, con objeto de reglamentar, por medio de contratos colectivos, las condiciones de empleo.

¹³ **Artículo 5. 1.** La legislación nacional deberá determinar el alcance de las garantías previstas en el presente Convenio en lo que se refiere a su aplicación a las fuerzas armadas y a la policía.

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

los miembros de las fuerzas armadas y de la policía las garantías prescritas en este Convenio.

¹⁴ **Artículo 7.** Deberán adoptarse, de ser necesario, medidas adecuadas a las condiciones nacionales para estimular y fomentar el pleno desarrollo y utilización de procedimientos de negociación entre las autoridades públicas competentes y las organizaciones de empleados públicos acerca de las condiciones de empleo, o de cualesquiera otros métodos que permitan a los representantes de los empleados públicos participar en la determinación de dichas condiciones.

¹⁵ A los efectos del presente Convenio, la expresión negociación colectiva comprende todas las negociaciones que tienen lugar entre un empleador, un grupo de empleadores o una organización o varias organizaciones de empleadores, por una parte, y una organización o varias organizaciones de trabajadores, por otra, con el fin de:

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

dad de que se reglamente el artículo 7 del Convenio 151, dado que es principio del Convenio 154 que las partes son las que establecen los procedimientos de negociación, sobre la base del principio de buena fe y la garantía de la autonomía de la negociación. Al ser considerados los Convenios 87, 98, 151 y 154 de la OIT como convenios de Derechos Humanos, no necesitan ser reglamentados por el Estado para lograr su aplicabilidad directa por parte de los operadores judiciales.

CONCLUSIÓN

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

Igualmente, se debe señalar que al ser los convenios normas de rango constitucional por mandato del bloque de constitucionalidad, estas normas constitucionales no requieren ser reglamentadas para ser aplicadas en la legislación interna, como en varias ocasiones lo ha sostenido la Corte Constitucional. Si se encuentra en los convenios anteriormente mencionados un artículo condicionando su reglamentación al Estado, el operador judicial deberá aplicarlo sin esperar a que se establezca su reglamentación, recordando que las normas del bloque de constitucionalidad prevalecen sobre las normas internas, ya sean por derogación tácita, por declaratoria de inconstitucionalidad o por la excepción de inconstitucionalidad.

En definitiva, los convenios 87 y 98 de la Organización Internacional del Trabajo ratificados por Colombia mediante las leyes 26 y 27 de 1976 respectivamente, son convenios sobre Derechos Humanos y, por lo tanto, son parte del régimen interno como lo establece la Constitución y hacen parte del bloque de constitucionalidad. Por lo tanto, los convenios prevalecen en su aplicación (por ser parte de la Constitución Nacional) frente a cualquier norma del código sustantivo del trabajo contraria a su contenido. Igualmente, cabe señalar, que las cláusulas de estos convenios son de aplicación inmediata, esto es, ejecutivas, así alguna de ellas condicione su aplicación por cuanto son, se insiste, Convenios de Derechos Humanos.

REFERENCIAS

- Organización de Estados Americanos, (s.f.). *Organización de los Estados Americanos*. Recuperado el 30 de Abril de 2012, desde <http://www.oas.org>
- Bank, R. (2009). *Tratados Internacionales de Derechos Humanos bajo el ordenamiento jurídico Alemán*. Ius et Praxis, 1-8.
- Beaudonnet, X. (2009). *Derecho Internacional del Trabajo y Derecho Interno*. Turín: Centro Internacional de Formación de la OIT.
- Beaudonnet, X. (2006). *La utilización de las fuentes universales del derecho internacional del trabajo por los tribunales nacionales*. Buenos Aires: La Ley.
- Cavelier, G. (2000). *Régimen Jurídico de los Tratados Internacionales en Colombia* (Tercera edición ed.). Bogotá: Legis.
- Corte Constitucional de Colombia. (2012). Recuperado el 18 de Abril de 2012 desde <http://www.corteconstitucional.gov.co/>
- Corte Constitucional de Colombia. (2012).. Recuperado el 7 de Mayo de 2012, desde www.corteconstitucional.gov.co

Corte Constitucional de Colombia. (2012).. Recuperado el 19 de Abril de 2012, desde <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/tematico.php?todos%22=%25&sql=pacto+c olectivo&campo=%2F&pg=0&vs=0>

dipublico.com.ar. (s.f.). *dipublico.com.ar*. Recuperado el 04 de Mayo de 2012, de <http://www.dipublico.com.ar/instrumentos/8esp.html>

Gravel, E., Duplessis, I., & Gernigon, B. (2002). *El Comité de Libertad Sindical: impacto desde su creación*. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo.

Jiménez De Aréchega, E. (1988). *La Convención Americana como Derecho Interno*. Instituto Interamericano de Derecho Humanos, 7, 25-42.

Legis. (2012). *Régimen Laboral Colombiano*. Bogotá: Legis.

Ministerio de Comercio, Industri y Turismo (s.f.). Recuperado el 4 de Mayo de 2012, desde www.mincomercio.gov.co

Naciones Unidas. (2012). Recuperado el 18 de Abril de 2012, desde Consejo Económico y Social: <http://www.un.org/es/ecosoc/>

Nash Rojas, C. (7 de Mayo de 2012). *Conferencias*. Recuperado el Mayo de 2012, desde <http://www.cdh.uchile.cl>

Oficina Internacional del Trabajo. (1995). *Derecho Sindical de la OIT: normas y procedimientos*. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo.

Oficina Internacional del Trabajo. (2011). *La Comisión de aplicación de normas de la Conferencia Internacional del Trabajo. Dinámica e impacto: Décadas de diálogo y persuasión*. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo.

Organización Internacional del Trabajo. (2006). *Libertad Sindical: Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT* (Quinta

edición ed.). Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo.

Organización Internacional del Trabajo. (s.f.). Recuperado el 24 de Abril de 2012, desde <http://www.ilo.org>

Organización Internacional del Trabajo. (2012). Recuperado el 2 de Mayo de 2012, desde <http://www.ilo.org>

Ostau, F. R. (2006). *Tratado de Derecho del Trabajo. Tomo II*. Bogotá: Ibañez.

Ostau, F. R., & Niño, L. A. (2010). Aplicación de los Convenios de la OIT en materia de derecho de asociación sindical y negociación colectiva en las decisiones de los Jueces laborales en Colombia. *Prolegómenos - Derechos y Valores*, 163-175.

Presidencia República de Colombia. (2012). Recuperado el 19 de Abril de 2012, desde <http://wsp.presidencia.gov.co>

Secretaría del Senado de la República de Colombia. (2012). Recuperado el 24 de Abril de 2012, desde http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley/1997/ley_0411_1997.html

Shaw, M. (1995). *International Law*. New York: Cambridge, University Press.

Valticos, N. (1977). *Derecho Internacional del Trabajo*. Madrid: Tecnos.

Villán, C. (2002). *Curso de Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Madrid: Trotta.

Von Potobsky, G. (2012). *training.itcilo.org*. Recuperado el 02 de Mayo de 2012, desde http://training.itcilo.org/ils/cd_use_int_law_web/additional/Library/Doctrine/Convenios%20OIT_Von%20Potobsky.pdf

Von, G., & Bartolomei, H. (1990). *La organización Internacional del Trabajo*. Buenos Aires: ASTREA de Alfredo y Ricardo Depalma.