
Papel jurisdiccional en la aplicación de las normas internacionales laborales en el derecho interno colombiano*

*Édgar Hernán Fuentes Contreras***

Resumen

El presente texto parte de la realidad fáctica, relacionada con la internacionalización del derecho; situación que implica la existencia de normas jurídicas distintas a las pertenecientes a los ordenamientos jurídicos internos que pueden ostentar niveles de vinculaciones para los organismos nacionales. En este sentido, se presentan las indagaciones más frecuentes relacionadas con la inserción y fuerza vinculante de las normas jurídicas internacionales en el marco del sistema jurídico colombiano, e examina sobre el papel del juez en dicho sentido.

Desde esta perspectiva, e iniciando con un ámbito general, relacionado con el concepto de Constitución y el tratamiento de las disposiciones internacionales, para proseguir con el ámbito de aplicación de las mismas, y finalizando, con el caso de las normas producidas por la Organización Internacional del Trabajo, la investigación efectuada pretende

* Documento elaborado como parte del desarrollo del seminario de la Maestría en Derecho de la Universidad Nacional de Colombia, denominado «Líneas de investigación», a cargo de la profesora María Cristina Patiño González. Asimismo, en partes, se exhibe como resultado de la investigación de tesis de Maestría, referida a la «Materialidad de la Constitución colombiana de 1991», y trabajos investigativos anteriores, entre los cuales se destaca el titulado «Aplicación de normas internacionales». Adicionalmente, se observa que el mismo fue objeto de críticas eminentemente constructivas por parte del doctor Byron Adolfo Valdivieso Valdivieso, abogado especialista en instituciones jurídico procesales y aspirante a magister en Derecho (actualmente) de la Universidad Nacional de Colombia. Asimismo, sujeto a las observaciones de los profesores Santiago Sastre Ariza (catedrático en la Universidad de Castilla-La Mancha) y Rómulo Perdomo Márquez (profesor titular jubilado en las cátedras de Filosofía, Metodología, y Lógica Jurídica de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad de Los Andes (ULA), Mérida).

** Abogado de la Universidad de Antioquia. Magister en Derecho de la Universidad Nacional de Colombia. En estudios de Especialización de Derecho Constitucional de la Universidad Externado de Colombia. Docente e investigador. Actualmente se desempeña como director del Área de Derecho Público y profesor de tiempo completo de la Universidad Jorge Tadeo Lozano.

ofrecer criterios básicos frente a la aplicación de normas jurídicas internacionales dentro del marco normativo colombiano; y el papel interpretativo adquirido por los jueces, en observancia del sentido amplio de la Constitución Política, so pena a que su desconocimiento genere que la Constitución, como norma de normas, se convierte, de nuevo, en una visualización ya superada de un conjunto de mandatos meramente programáticos.

Palabras clave: normas internacionales, teorías de inserción de los Tratados, normas auto-ejecutivas, normas programáticas, organización internacional del trabajo (OIT).

Abstract

The present text departs from the factual reality, related to the internationalization of the law; situation that implies the existence of juridical procedures different from the belonging ones to the juridical internal classifications that can show levels of links for the national organisms. In this sense, it presents the most frequent investigations related to the insertion and binding force of the juridical international procedure in the frame of the juridical Colombian system, and it examines on the role of the judge in the above mentioned sense.

From this perspective, and initiating with a general area, related to the concept of Constitution and the treatment of the international regulations, to continue with the area of application of the same ones, and finishing, with the case of the procedure produced by the International Labor Organization, the effected research tries to offer basic criteria referred to the application of juridical international procedures inside the normative Colombian frame; And the interpretive role acquired by the judges, in observance of the wide sense of the Political Constitution, under the punishment that its ignorance generates that the Constitution, as norm of procedure, turns, again, into a visualization already overcome of a set of merely programmatic mandates.

Key words: international procedure, theories of treaty insertion, auto-executive procedures, programmatic procedures, International Labor Organization (ILO).

Introducción

Desde la aparición del Estado, como un ente abstracto sometido al derecho, se han abierto una serie de discusiones ineludibles para determinar la fuerza vinculante de las distintas normatividades que pueden converger en un mismo territorio. Sin embargo, ninguna de ellas tan permanente y relevante, hasta el día de hoy, como la problemática de la internacionalización del derecho.

Si bien la expuesta temática resulta ser extensa y compleja, sin mencionar que intentar hacer un recorrido histórico estricto se hace casi un imposible, el siguiente estudio aborda, y procura mostrar de manera sistemática y expositiva, las preguntas más frecuentes

sobre el tema de la proyección de las normas internacionales en el ámbito colombiano, y en específico, de las normas internacionales laborales producidas por la Organización Internacional del Trabajo; para lo cual se partirá de una reconstrucción de criterios básicos que se han proporcionado, primordialmente, por parte de la jurisprudencia y la doctrina, esto permite indagar y ocuparse del papel del juez dentro del marco de un Estado constitucional frente a las disposiciones internacionales. Para lograr dicho objetivo, este trabajo enlazará elementos que indagan sobre la fuerza vinculante de las normas internacionales, su recepción y la estimación del momento en el cual se hace necesario que el Estado cumpla su función de administrar justicia.

No obstante, debe aclararse que el presente estudio no pretende establecer, en estricto sentido, un estado del arte, ni tampoco crear un manual que oriente la decisión judicial. Por el contrario, si bien, encuentra su fundamento en recopilaciones de información, trata de plantear, desde aproximaciones a las prácticas jurisprudenciales, formulaciones teóricas deductivas que fortalezcan una construcción racional con un alto grado de generalidad. En este aspecto, se puede decir que el actual trabajo, fundamentalmente con un carácter cualitativo, no se constituye como una mera presentación de la situación actual de las discusiones de vinculación del derecho internacional, sino que por el contrario, partiendo de la bifurcación que genera la normatividad existente y su interpretación, expone ideas propias.

Partiendo de autores clásicos, como los profesores Hans Kelsen y Alfred Verdross, y recurriendo a publicaciones más recientes, se consigue congrega enunciaciones previas y conscientes que permiten abordar de mejor manera los temas propuestos. Este diseño permite, además, la revisión de temáticas tales como la idea de la necesidad de reglamentar los pronunciamientos internacionales ya ratificados, la solución de conflictos normativos del sistema jurídico interno frente a normas internacionales, entre otros.

Si bien se constituye en un trabajo realmente ambicioso, sólo queda comprometido con una presentación breve que provoque nuevas dudas e implique posteriores desarrollos. En congruencia con esto, el trabajo se divide básicamente en tres secciones: la primera de ellas se encarga de desenvolver el contexto de las relaciones entre derecho interno y normas internacionales, desde un ámbito guiado por el concepto de Constitución; en un segundo momento, se abordará la problemática acaecida en relación con la aplicación de las normas contenidas, en términos generales, en los Tratados internacionales y, en la tercera parte, se acude a formular bases teóricas frente a los pronunciamientos de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), en su calidad de máximo organismo internacional regulador de condiciones laborales; por último, se presentan las conclusiones, o utilizando un mejor vocablo recapitulaciones, que hacen pensar que, más allá de la potestad legislativa y la reglamentaria, es el papel de la rama jurisdiccional el que encamina el funcionamiento, aplicación, desarrollo y efectividad de la legislación internacional ratificada.

Cada una de las anteriores divisiones o capítulos señalados se congregan como temas completos y acreedores de una individualidad propia, los cuales permiten al lector indagar distintos intereses a los propuestos expresamente en el inicio del presente estudio, pero que fueron observándose como necesarios; o en su defecto, el lector puede encontrar, en conjunto, una exposición de carácter deductivo que tiene como punto de llegada la situación de las normas internacionales labores dispuestas por la OIT.

1. Relaciones entre el orden interno colombiano y los Tratados internacionales

Las relaciones internacionales, dentro del marco constitucional establecido en 1991, se han configurado como una directriz que debe seguir el Estado colombiano. La Constitución Política de 1991 (C.P.) no sólo trajo consigo cambios importantes en las concepciones jurisdiccionales y valorativas, sino que además, adelantó una alteración, por lo menos desde el ámbito normativo, de la política exterior, donde se procura la promoción de las relaciones internacionales y reconoce de manera explícita la existencia de organizaciones supranacionales de integración, a las cuales se les podría transferir determinadas atribuciones propias del Estado, con el fin de fortalecer la cooperación económica y promover la creación de una comunidad latinoamericana de naciones.

En esta medida, hablar sobre una temática donde converjan el derecho interno y el derecho internacional público, implica siempre una alusión inevitable a la Constitución Política como primera norma del ordenamiento jurídico y como directriz de las relaciones internacionales del Estado colombiano. Debido a ello, antes de hablar acerca del papel jurisdiccional en la aplicación de las normas internacionales se hace necesario hacer una presentación de conceptos generales.

En consecuencia, la primera parte de este trabajo inicia con el acercamiento a conceptos claves como Constitución y sus sentidos, Tratados internacionales y las teorías de recepción.

1.1. La Constitución como primera norma del ordenamiento interno y su concepto

La Constitución como norma jurídica y como objeto de estudio directo del derecho constitucional ha sido entendida desde diferentes perspectivas de acuerdo al marco cronotopológico dentro del cual se ha desarrollado y fundamentado. Sin embargo, se ha procurado inscribir las diversas tesis dentro de los dos modelos o versiones clásicas del constitucionalismo, tal como se presentará seguidamente:

Por una parte, el modelo del constitucionalismo europeo continental de origen francés que, bajo un enfoque garantista, procuró establecer una determinada forma de orga-

nización del Estado, conforme al principio de separación de poderes, donde la función de creación de la norma estuviese completamente desligada al ejercicio del operador jurisdiccional en los casos concretos; suceso que no implicó, de cualquier forma, realmente un sometimiento de los poderes públicos a una norma de ámbito superior en estricto sentido, sino por el contrario a la adopción de un modelo basado y enriquecido bajo el presupuesto del imperio de la ley, tal como menciona el profesor Ignacio de Otto haciendo referencia al régimen constitucional francés en desarrollo de la III República, donde la Constitución no era considerada nada distinto a una ley, que en el fondo no vinculaba de forma jurídica al órgano legislativo (De Otto, 2001: 13).

Por otro lado, se encontró el modelo del constitucionalismo angloamericano, consentido desde la perspectiva del sistema de precedente judicial y la prevalencia del *common law*, el cual desde sus inicios consideró de gran relevancia la preeminencia de los derechos individuales. Desde la mencionada visualización, especialmente, los norteamericanos, sin ser estos los únicos,¹ se encaminaron a realizar el planteamiento de un medio idóneo que pudiese dar perfeccionamiento a la existencia de unos derechos en cabeza de toda persona, por el hecho de serlo,² y que al mismo tiempo garantizara la defensa de un régimen preestablecido del Estado federal, dentro de la vertiginosa regulación propia de los nacientes estados federados. En este sentido, la postulación norteamericana, tanto con la producción constitucional de 1787, acompañada por las diez enmiendas realizadas en 1791, como el desarrollo jurisprudencial en 1803 por parte del juez Marshall, en el caso *Madison vs. Marbury*,³ consagraron un modelo que refrendara el orden estatal, con poderes claramente definidos, al tiempo que limitaba sus actuaciones a una serie de garantías que eran reconocibles a los seres humanos, que hacía ostensible la idea de la supremacía constitucional como primera norma del ordenamiento jurídico, y no como mera postulación que no tuviese fuerza vinculante.

No obstante, las tendencias constitucionales que aparecieron al final de la segunda guerra mundial orientaron la creación de un *neo-constitucionalismo*, que emprendió la tarea de unificar los dos modelos tradicionales del derecho y en especial del derecho constitucional: el *modelo anglosajón o insular*, o en mejor denominación angloamericano, y el *modelo continental o romano-germánico*, los cuales estuvieron separados, tal como fueron presentados, no solo geográficamente sino conceptualmente. Las novedosas propensiones, que además de tomar los aportes de los modelos constitucionales anteriores vincula-

1 Debe hacer alusión que en dicha tendencia norteamericana hubo una clara influencia de algunos textos ingleses, como «Petition of Rights» (1628) y «Declaration of Rights» (1688), entre otros.

2 Si bien existe una discusión frente a si ésta es una idea propia del modelo angloamericano, dado que en la «Declaración de derechos del hombre y el ciudadano» (1789) ya aparecía la señalada consignación, se ha planteado que el desarrollo fáctico del mismo es propio de las colonias norteamericanas; en concordancia con la presentación que se hará del modelo continental.

3 “[...] Si los tribunales deben tener en cuenta la Constitución y ésta es superior a cualquier ley ordinaria, es la Constitución y no la ley la que debe regir el caso al que ambas normas son aplicables”. Véase: Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos de Norteamérica, «Sentencia *Marbury vs. Madison*», en *Textos básicos de la historia constitucional comparada*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998. p. 94.

ron la variante diseñada por el profesor vienés Hans Kelsen y plasmada en la Constitución austríaca de 1920, terminarían confluyendo en la expedición y promulgación de la Ley Fundamental de la República Federal Alemana el 23 de mayo de 1949. Dicha Ley Fundamental recogería en su haber, con múltiples e importantes variaciones, tanto el ámbito organizativo, con la calificación del país como un Estado federal democrático pero en esta ocasión con un mayor nivel de autoridad y autonomía de los estados federados, como el ámbito dogmático, respecto al catálogo de derechos fundamentales, que se habían consagrado en Alemania dentro la Constitución de Weimar de 1919.

La nueva producción normativa creada para la Alemania de la post-guerra ostentaba con claridad las influencias nombradas del subsiguiente modo:

1) Del modelo anglosajón cimentado en los fundamentos iusnaturalistas de corte racional del siglo XVIII, donde impera el paradigma de un derecho preexistente al ordenamiento jurídico positivo, obtuvo la consignación de un catálogo de derechos humanos;

2) Del romano-germánico referenciado clásicamente con un tono estrictamente positivista, la relevancia de un marco organizativo despejado, lúcido y claro, que permitiera un preestablecimiento de las competencias para los organismos del Estado, y de las capacidades para los ciudadanos; por su parte,

3) Del austríaco con la directriz de una construcción de la justicia constitucional de forma concentrada en un órgano que garantizara el estricto cumplimiento constitucional de la producción legislativa, la institucionalización del Tribunal Constitucional Federal como tribunal superior e intérprete final de la obra del constituyente en cualquiera que sea el litigio.

Empero, la fusión presentada no tuvo como único producto estimable la promulgación de la Ley Fundamental de la República Federal Alemana sino que por el contrario, también permitió la formulación de un constitucionalismo *mixto funcional*, que se perfilaría como el modelo a seguir para gran parte de los países cimentados en la tendencia de un sistema legislado. Fue a partir de ello, que el modelo *mixto funcional* se acogió efectivamente por los constituyentes españoles en 1978 y a través de su obra por la Asamblea Nacional Constituyente colombiana en 1991.

La Constitución, bajo este postulado, abandonaría y dejaría de lado la concepción de “Ley de Leyes” para considerarse como la carta de navegación de los poderes constituidos en un Estado de Derecho, el cual se encuentra limitado por los principios, valores y derechos que le sirven de fundamento.

Dicha conceptualización, ha tomado vida propia en cada uno de los Estados, los cuales la han adoptado como suya, produciendo, en ocasiones, semejanzas estructurales y dogmáticas, que, sin embargo, requieren una vinculación contextual para hablar del concepto de Constitución en un ámbito específico; acaecimiento que ocasiona que sea necesario para aludir a las relaciones entre el derecho interno, regido por la obra constitucional, y las

normas internacionales, se efectuó, previamente, una aproximación de la noción ejercida en el contexto colombiano de la Constitución.

1.2. Aproximación al concepto de Constitución de la Carta Política de 1991

Una primera visualización del concepto de Constitución faculta estimarla como aquel conjunto de normas jurídicas de superior jerarquía, denominadas como tal, dentro de un orden jurídico determinado, las cuales someten, en primera instancia, al poder legislativo y con él a todos aquellos poderes u órganos constituidos para la creación del derecho, sea por el mecanismo de la repetición o de la decisión.⁴ Por tanto, ese conjunto supremo de normas jurídicas se dispone como un instrumento que hace alusión en un primer momento a la configuración y ordenamiento de los poderes del Estado, y en segunda instancia, al establecimiento de los límites para el ejercicio y el actuar de éstos, en otras palabras, en la edificación y determinación de la capacidad, del ámbito de libertad y derechos fundamentales del ciudadano, y de las competencias de los órganos que conforman el Estado; ambos consignados en un texto normativo que definirá, del mismo modo, el sistema de fuentes formales del derecho bajo una pretensión de permanencia o durabilidad de aquello que allí se ha consignado y estipulado por el constituyente primario. Sin embargo, este primer concepto presenta sólo un sentido de la Constitución: *la Constitución en sentido formal*.

Las diferentes circunstancias acontecidas en la historia de Europa, que impidieron la construcción de un concepto unívoco sobre la Constitución, asistido por el incidente de que no todo Estado Constitucional contaba con una Constitución en sentido formal, condujo a exaltar un segundo sentido de las Cartas Políticas designado como *material*. Si bien las normas que se consagraban como constitucionales no se alejaban, en todo momento, de las posibles regulaciones de otras normas respecto a su objeto y/o destinatarios, las normas constitucionales exhibían siempre un rango de mayor jerarquía frente a las demás disposiciones normativas, sin que se hiciera relevante donde se consignaran explícitamente; ya que “lo que hace que una norma sea constitucional es que el ordenamiento le atribuya una posición suprema en el sentido de situarla jerárquicamente por encima de la legislación”.⁵

El intento de unificar la noción de Constitución como norma vinculante de superior jerarquía y el entendimiento de ambos sentidos, provocó una reformulación desde la postura del *modelo constitucional mixto funcional*, donde no se omitía las normas que sin aparecer dentro del articulado y texto de las disposiciones tituladas como Constitución, resultan imprescindibles para determinar y dirigir el proceso de construcción y creación

4 “La creación de derecho puede tener lugar de dos modos distintos: por *repetición* y por *decisión*. Existe un derecho creado por la repetición de conductas hasta dar lugar a la creación de una regla, de una normalidad, a la que la conciencia jurídica atribuye fuerza de obligar en virtud de que siempre se ha hecho así. [...] El derecho se crea también a través de la decisión del legislador, a través de las leyes y, en mayor o menor medida según las épocas y sistemas jurídicos, a través de las decisiones de los jueces” (De Otto, 2001: 20).

5 *Ibid.* p. 18.

normativa por los demás órganos estatales. En consecuencia, las Constituciones contemporáneas que se vertieron siguiendo el nuevo paradigma del Estado Constitucional, entre ellas la colombiana de 1991, tomaron esa nueva percepción que significaría una vinculación de normas por su naturaleza misma y no por experiencias meramente formales.

Desde esta perspectiva, el concepto de Constitución Colombiana ha girado, a partir de 1991 con mayor claridad, en torno a los dos sentidos antes referenciados: el *formal*⁶ referido al texto jurídico que comprende el articulado permanente y transitorio de cambio institucional, y el *material*, el cual se separa de la Constitución en *strictu sensu* y añade a esta toda disposición de carácter normativo fundamental, que es necesario tener en cuenta para emitir juicios de constitucionalidad de las normas que se encuentran dentro del ordenamiento jurídico.

De esta manera, una de las grandes discusiones a las cuales se ha incursionado dentro de la dogmática colombiana con la expedición de la Constitución 1991, ha tenido que ver con la determinación de cuáles normas hacen parte de la Constitución en su sentido material. Dicha tarea tiene razón de ser y en ningún sentido puede ser considerada como inocua, ya que, como bien asevera el profesor Tulio Elí Chinchilla: “Una lectura cuidadosa de la nueva Carta Colombiana nos revela que ella contiene algunos triunfos políticos importantes, fundados en un gran consenso social” (Chinchilla Herrera, 1991: 8), entre los cuales se puede destacar como la primera y más importante característica “su radical autoafirmación como norma jurídica en un sentido pleno, dejando superadas las precedentes vacilaciones que, en esta materia, asumían la Constitución como un simple marco de principios políticos organizadores del poder, o como un laudable conjunto de ideales programáticos” (Chinchilla Herrera, 1991: 11-12). En este sentido, el artículo 4º de la Constitución presenta una autodefinición de la misma mediante la expresión “norma de normas”, planteando que cada una de las proposiciones contenidas en el texto constitucional, al igual que aquellas que se consideren parte integrante para los juicios de constitucionalidad (*Constitución en sentido material*), tienen en sí mismas una fuerza vinculante, permitiendo que de ellas se desprendan consecuencias jurídicas.

Asimismo, dicha autodefinición, presenta a las normas constitucionales como primeras piezas del razonamiento jurídico práctico y como primordial materia generadora de obligaciones y derechos del ordenamiento, que irradia de validez (en su sentido de pertenencia) a las demás normas que integran el sistema de derecho interno colombiano.

La misma carta constitucional, en su artículo 93, ha dado por entendido que la prevalencia normativa que de ella se despliega, no se limita a su texto sino que puede ser

6 “[...] La Constitución debe considerarse como una unidad de regulación, está compuesta por una parte dogmática, que comprende los valores, principios y derechos fundamentales, y por una parte orgánica en la cual se establecen, entre otras, la estructura fundamental del Estado y las atribuciones y potestades básicas otorgadas a los órganos y autoridades estatales para permitirles cumplir con sus funciones”. Iván Humberto Escruera Mayolo (comp.). «Teoría y práctica constitucional», en *Diplomado en Derecho Internacional del Trabajo* (Medellín, ago. 22-5 dic., 2003), Medellín, Facultad de Derecho, Universidad Autónoma Latinoamericana / Escuela Nacional Sindical Área de Derechos Humanos y Laborales, 2003.

ampliada a una normatividad no incluida en el articulado de la obra del constituyente, pero indispensable para desarrollar el papel de creación normativa. A partir de ello, y con fundamento en la distinción entre Constitución en sentido formal y material, la Corte Constitucional Colombiana, en cumplimiento de su calidad de máximo intérprete de la Carta Política de 1991, ha asumido dos conceptos generalizados: la *cláusula de los derechos innominados*, aunque en menor medida, y el del *bloque de constitucionalidad*.

Cuando se hace alusión al bloque de constitucionalidad se está hablando de aquellas normas positivas, nacionales o internacionales, que sin haberse incluido dentro del texto constitucional, en un sentido estricto, éste mismo señala una remisión hacia ellos sea de manera directa, cuando exhorta expresamente a la norma, o indirecta, en el momento que se infiere que la norma tiene un rango constitucional en un ámbito concreto. De manera gráfica y descriptiva, el bloque de constitucionalidad no es más que aquellas hojas sueltas que se pueden introducir al ejemplar de la Constitución, dado que ellas no la contrarían sino que la complementan.

La Corte Constitucional, en su calidad de guardián de la supremacía e integridad de la Constitución, según lo establecido en el artículo 241 C.P., ha puesto de manifiesto la conformación del bloque de constitucionalidad; integrándolo en las siguientes materias:

– Convenios internacionales del trabajo, debidamente ratificados; convenios y Tratados internacionales ratificados por el Congreso que se refieren a derechos humanos; derechos inherentes a la condición humana; leyes orgánicas, estatutarias y de convocatoria, todo ello que se expresó anteriormente.

– Derechos que por su naturaleza no son fundamentales pero que a través de un caso específico y por conexidad se tornan en derechos de aplicación directa del texto constitucional, así no sean catalogados como tales en la norma superior.

– Los Tratados y convenios de derecho internacional humanitario así no hayan sido ratificados por el Congreso, siempre que designen al derecho como “*derecho humano*”.

– Tratados y Convenios internacionales de derechos humanos, designados como tales en el texto, así no hayan sido ratificados por Colombia.

– Tratados referidos a límites territoriales.

Debe hacerse mención, por ser conducente en el tema que compete al siguiente texto, que la Corte Constitucional es enfática en establecer que los Tratados internacionales, por el sólo hecho de serlo, no forman parte del bloque de constitucionalidad y, por tanto, no ostentan una jerarquía normativa superior a la de las leyes ordinarias.⁷ De igual modo, la jurisprudencia de dicha Corporación ha dejado abiertas las puertas para incluir convenios internacionales distintos a los mencionados en el artículo 93 de la Carta dentro del bloque

7 Véase, entre otros pronunciamientos: Corte Constitucional, Sentencia C-191 de 1998, M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz, Bogotá, mayo 6 de 1998.

de constitucionalidad si alguna norma constitucional, por expresa referencia, los incluye dentro del mismo.⁸

Dado la anterior insinuación se hace necesario la pregunta de cuáles pronunciamientos internacionales hacen parte exclusiva de la legislación interna y cuáles, también, del bloque de constitucionalidad.

1.3. Los Tratados y actos de organismos de carácter internacional

Los Tratados internacionales, de forma generalizada por la doctrina, se han considerado como la fuente principal del derecho internacional contemporáneo⁹ y la mejor forma de consagrar por escrito las normas jurídicas internacionales. A su vez, los Tratados se constituyen como el mecanismo idóneo para plasmar fórmulas de concertación, integración y promoción de comunidades globalizadas, que se interesan por mantener relaciones de tipo político-económico, que procuran establecer un orden jurídico supranacional que armonice los intereses de los Estados u organizaciones involucradas, mediante el desarrollo esencial del concepto de soberanía estatal.

La forma jurídica conocida como Tratados incluye la clasificación de *convenios o convenciones y negocios jurídicos*. Los primeros, también llamados *Tratados-leyes*, establecen normas de conducta general y abstracta, mientras los segundos o *Tratados-contratos* regulan asuntos concretos y particulares; no obstante, con un alto grado de generalidad los Tratados acogen disposiciones tanto de una como de otra. Asimismo, los Tratados pueden tener como objeto de regulación los más diversos asuntos: comerciales, penales, políticos, sociales, territoriales, ambientales, entre otros; pese a ello, confluyen sin distanciamiento alguno en la existencia de un acuerdo de voluntades estatales para adquirir obligaciones, situación que permite hablar de una teoría general de los Tratados internacionales.

Pero hacer mención a una teoría general de los pronunciamientos internacionales debe partir de uno de los temas más relevantes frente al derecho internacional público: el concepto de soberanía nacional. La soberanía del Estado, desde dicho aspecto, se manifiesta en forma dual: una a nivel internacional consistente, entre otras cosas, en la facultad del Estado de participar en el concierto internacional mediante la creación y adopción de normas internacionales, la iniciación y mantenimiento de relaciones diplomáticas con otros Estados y organizaciones de derecho internacional, entre otras, y la otra a nivel in-

8 *Idem.*

9 Si bien existe aún discusiones en la doctrina frente a las fuentes del derecho internacional, parece haberse llegado a un acuerdo tácito, en ocasión al contenido del numeral 1º del artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, que señala: “La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar: a. las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes; b. la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho; c. los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas; d. las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 59”.

terno, en donde la soberanía consiste en la posibilidad del Estado de darse sus propias normas dentro del territorio con total independencia de otros Estados.¹⁰

La conjugación de las manifestaciones de la soberanía ha permitido que se hable, desde diferentes puntos de vista, de la vinculación, obligatoriedad y relación de los Tratados internacionales frente al derecho interno, mediante la exposición de las teorías de ratificación.

1.3.1. Teorías de inserción de los Tratados

Acerca de la relación existente entre el derecho internacional y derecho nacional, a lo largo de los años, y con mayor ahínco en las últimas décadas, se han presentado diversas teorías que tratan de explicar las reciprocidades entre ambos derechos; desarrollándose en dos ámbitos básicos: en la existencia de ordenamientos y en la primacía como fuentes de derecho. Entre dichas teorías se encuentran: la dualista y la monista.¹¹

En un primer aspecto se entiende por *teoría monista*, la formulación en la cual existe sólo un ordenamiento jurídico denominado internacional, el cual supedita al orden nacional con la mera ratificación de un convenio, que incorpora al ordenamiento jurídico propio o al derecho interno sin que exista la necesidad de ningún paso intermedio, como una ley aprobatoria, y en caso de su existencia, éste se considera como contingente. La justificación del supuesto monista, puede encontrarse en el planteamiento realizado por el profesor Hans Kelsen, al explicar que dentro de los sistemas jurídicos existe una norma fundante básica que puede provenir ya sea del derecho internacional (teoría monista) o del derecho interno (teoría dualista). En cuanto al primero, Kelsen asevera:

[Cuando] no se ve en el derecho internacional una parte integrante del orden jurídico estatal, sino un orden jurídico supraordenado a todos los órdenes jurídicos estatales, como un orden jurídico únicamente soberano que delimita a los órdenes estatales en sus respectivos dominios de validez; si no se parte de la primacía del orden jurídico de un Estado, sino de la primacía del orden jurídico internacional. Este orden contiene, en los hechos, una norma que representa el fundamento de validez de los órdenes jurídicos de los Estados particulares. De ahí que pueda encontrarse el fundamento de validez de los órdenes jurídicos estatales particulares en el derecho positivo internacional (Kelsen, 1968: 225-226).

En esta medida, la jerarquía normativa, que comúnmente se estipula con las Constituciones Nacionales como la norma de mayor rango, estaría modificada por la existencia de normatividad internacional que se configuraría como la primera base, por encima del derecho interno. Sin embargo, por las implicaciones que contiene la acogida de dicha

¹⁰ *Idem.*

¹¹ Si bien ambas soluciones teóricas admiten clasificaciones, en especial la teoría monista, para efectos prácticos se ha tratado de unificar las posiciones de diversos autores a partir de los parámetros ofrecidos.

teoría de forma absoluta, la mayor parte de los países restringe la aplicación plena de un orden internacional al conjunto de normas nacionales; y en gran medida, se acercan en la práctica a una aplicación de la teoría monista moderada.

De otro lado, está la *teoría dualista*, que parte de la idea que no es posible incorporar al derecho interno los convenios internacionales hasta tanto el órgano legislativo correspondiente (Congreso o Parlamento) no haya dictado una norma expresa que así lo determine. Prosiguiendo con las proposiciones del profesor vienés:

Si se considera también el orden jurídico internacional en su relación con los órdenes jurídicos estatales particulares, y si se supone –como muchas veces sucede– que el derecho internacional a lo sumo vale frente a un Estado, fundándose en la constitución estatal, lo reconoce, entonces puede mantenerse la respuesta dada a la pregunta por el fundamento de validez del derecho: se trata de una norma fundante básica, presupuesta y referida a la constitución vigente del Estado. Puesto que así el derecho internacional no es más que parte integrante del orden jurídico estatal, representado como soberano, cuyo fundamento de validez está dado por la norma fundante básica referida a la constitución vigente (Kelsen, 1968: 275).

Los Estados nacionales que defienden esta vertiente del pensamiento jurídico contemporáneo se vinculan de manera inevitable con los supuestos que se derivan de la soberanía nacional y la autonomía de la legislación interna. Además, confluyen con la tesis tradicional¹² del sistema jurídico, en la cual la Constitución se presenta como la primera norma que irradia de validez a todo el resto de la normatividad del sistema; y por ende, que requiere que sea un órgano competente, mediante un procedimiento previamente estipulado, aquel que adopte las normas con carácter vinculante dentro del territorio nacional, vengan de donde vengan.

Doctrinantes clásicos sobre derecho internacional, entre los cuales se cuenta con Alfred Verdross, han promulgado la tesis de monismo moderado,¹³ que partiendo de un estudio detallado se podría ver, más allá de una coordinación entre ambas teorías, como una tesis que ostenta mayor cercanía a la tesis dual, ya que una visualización más amplia de ésta presenta la idea que la Constitución, como fundamento del ordenamiento, va a supeditar la inserción de los Tratados internacionales en la legislación nacional a aquellos que no contraríen su texto normativo. En este aspecto, se puede reconocer la existencia de dos órdenes jurídicos paralelos, donde uno puede pertenecer a la legislación del otro siempre y cuando sea adoptado por medio de una legislación nacional, tal como sucede

12 La afirmación aquí presentada toma como tesis tradicional, para la actualidad, la adoptada por los neo-constitucionalistas; si bien el término tradicional sería más adecuado para aquel sistema jerárquico que aparece con el Estado de derecho, en donde la Ley es aquella figura que realmente marca los límites de validez de las normas inferiores y donde la Constitución, si existía, era una postulación ajena a la fuerza vinculante más cercana a las aspiraciones de una Nación (Favoreau: 2000).

13 Tesis que ha sido adoptada por la Corte Constitucional. Véase Sentencia C-400 de 1998. M.P.: Alejandro Martínez Caballero.

en el caso colombiano cuando los Tratados que se insertan en el derecho nacional dejan de ser, en cierto sentido derecho internacional para constituirse como normas internas, expedidas y promulgadas por medio de una legislación especial conocida como ley aprobatoria de tratado.

Empero, la doctrina dualista aquí planteada, puede sólo considerarse a nivel interno como una regla general en cuanto a derecho internacional, en la medida que existen normas pertenecientes al orden interno que no requirieron ningún tipo de ratificación por parte del Congreso, manteniendo de alguna manera la tesis iusnaturalista-racionalista, que se adopta en parte por la Constitución en relación con el tema de derechos humanos.

De esta manera, y siguiendo la exposición arriba reseñada de la doctrina de la Corte Constitucional frente al bloque de constitucionalidad, se advierte que de acuerdo a la temática se acoge una de las dos teorías:

Teoría	
Dualista	Monista
Convenios internacionales del trabajo. ¹⁴	Tratados y convenios internacionales de derecho internacional humanitario.
Convenios y Tratados internacionales ratificados por el Congreso.	Tratados y Convenios internacionales de derechos humanos, designados como tales en el texto.

14 Sin embargo, los mismos y su establecimiento en la teoría dualista debe estar reducido o si se prefiere limitada por el concepto de cláusulas sociales, entendido como “derechos internacionalmente reconocidos a los trabajadores” o “normas laborales internacionalmente mínimas”, entre otras denominaciones. La Organización Internacional del Trabajo, mediante a la Declaración relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo, en 1998, estableció la existencia de temas que obligan a los Estados miembros a ser respetados y garantizados en los términos de los pronunciamientos dictados, así ellos no hayan sido ratificados sino por el hecho mismo de ser miembros; dichos temas son: (a) a 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. Sobre el tema, véase: Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento, en http://www.ilo.org/dyn/declaris/DECLARATIONWEB.static_jump?Var_Language=SP&var_pagename=DECLARATIONTEXT (consultado: 08, jul., 2008) y Luis Lizama Portal, Valentina Da Costa Palma y Germana Ramírez Pérez, «Las cláusulas sociales en el derecho laboral internacional», trabajo de tesis, Facultad de Derecho, Departamento de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, Universidad de Chile, Santiago, 2003. Versión electrónica en: http://www.cybertesis.cl/tesis/uchile/2003/costa_v/html/index-frames.html (consultado: 08, jul., 2008).

1.3.2. Recepción y procedimiento de inserción de los Tratados internacionales en el caso colombiano

Los convenios internacionales que requieren de una ratificación, por ubicarse dentro de aquellos a los que se les aplica la tesis dualista, deberán ser contenidos en una ley aprobatoria de tratado internacional, la cual se encarga de reproducir el texto para su vinculación en el derecho interno.

Estas leyes pretenden exclusivamente permitir que el país se relacione jurídicamente con otros Estados, toda vez que la aprobación por medio de una ley de un tratado es una etapa indispensable para el perfeccionamiento del acto jurídico que obliga al Estado internacionalmente. Por consiguiente, a través de este tipo de leyes se perfeccionan situaciones jurídicas con una consecuencia jurídica clara: la posibilidad de que el Ejecutivo ratifique el tratado y se generen para el país derechos y obligaciones en el campo supranacional. Así mismo, las leyes aprobatorias de Tratados son normas especiales que regulan materias específicas, pues sus objetivos están señalados expresamente en la Constitución.¹⁵

Las leyes aprobatorias de Tratados regulan las siguientes materias: promoción y/o consolidación de la integración económica, social y política con otros Estados (C.P., art. 150-16 y 227), modificación a los límites del Estado y el reconocimiento de derechos de nacionalidad a los miembros de pueblos indígenas que comparten territorios fronterizos (C.P., art. 96-c y 101), aprobación de derechos humanos que prohíben su limitación durante los estados de excepción (C.P., art. 44 y 93), y regulación de relaciones laborales en el derecho interno (C.P., art. 53).

Conforme al artículo 150, numeral 16 de la Carta Política, concordado con el artículo 224 del mismo texto, la potestad para la expedición de estas leyes que aprueban los Tratados celebrados por el Gobierno con otros Estados o entidades de derecho internacional pertenece al Congreso. El proyecto de ley aprobatoria iniciará su trámite, según lo dispuesto en el artículo 154 de la Constitución, en el Senado de la República, dado el objeto del mismo, que hace alusión a relaciones internacionales.

El trámite subsiguiente es el previsto para las leyes ordinarias (artículos 157, 158 y 160 de la Constitución), que consiste en: 1) Ser publicado oficialmente por el Congreso antes de darle curso en la comisión respectiva; 2) Surtir los correspondientes debates en las comisiones y plenarias de las Cámaras luego de que se hayan efectuado las ponencias respectivas y respetando en cada caso, el quórum previsto por los artículos 145 y 146 de la Constitución; 3) Observar los términos para los debates descritos en el artículo 160 de la C.N., de ocho (8) días entre el primer y segundo debate en cada Cámara, y quince (15) días entre la aprobación del proyecto en una de las Cámaras y la iniciación del debate en la otra; 4) Por

15 Corte Constitucional, Sentencia C-468 de 1997, M.P.: Alejandro Martínez Caballero, Bogotá, septiembre 25 de 1997.

último, haber obtenido la sanción gubernamental. 5) La ley aprobatoria del Tratado debe ser remitida dentro de los seis (6) días siguientes, para su revisión por la Corte Constitucional.¹⁶

Este tipo de normatividad sólo podrá contener en su texto el tratado, no puede incluir instrumentos jurídicos de cualquier otra naturaleza, so pena de incurrir el legislador en un abuso de los niveles de competencia que se le confieren constitucionalmente. Dicha disposición, se exceptúa en los casos en que se trate de normas que se encuentran necesariamente ligadas a un tratado aprobado por la ley bajo revisión. Asimismo, por regla general, éste tipo de leyes constan de dos artículos: el primero de ellos se afirma la aprobación del tratado y se anexa el texto de éste, y el segundo hace alusión a su vigencia, que por regularidad queda condicionada al intercambio de notas que efectúe el competente.

En el caso de las leyes aprobatorias de Tratados internacionales, el legislador goza de una libertad limitada, e incluso de menor extensión en comparación con las leyes ordinarias, debido a que se encuentra imposibilitado para incluir modificaciones o nuevas cláusulas en el contenido sustancial del tratado; sólo se le permite improbar la totalidad del tratado o de ciertas reglas. Pero además, dichas leyes no pueden ser objeto de las reglas de afectación, a través de una ley posterior o de un referendo derogatorio, de conformidad con los principios del derecho internacional aceptados por Colombia tales como el de *pacta sunt servanda*, el de la buena fe y la obligación de los Estados de no apoyarse en normas de su derecho interno, contrarias a lo dispuesto en los Tratados, para justificar su incumplimiento, al tiempo, que se vulnerarían las obligaciones y compromisos internacionales que se han adquirido por parte del Estado colombiano.

La revisión de constitucionalidad de dicha norma aprobatoria es competencia de la Corte Constitucional, como guardiana de la integridad y supremacía de la Constitución, como queda establecido en el apartado 241, numeral 10 de la Carta Política. Para que se lleve a cabo dicho control, dentro de los seis días siguientes a la sanción del texto legislativo, el gobierno deberá remitir a la Corte Constitucional la ley aprobatoria con el fin que se produzca el respectivo juicio de constitucionalidad sobre la norma, juicio en el cual podrá intervenir cualquier ciudadano. En caso de ser declarada conforme a la Constitución el gobierno queda legitimado para efectuar el respectivo canje de notas; pero en el caso de que existan una o diversas disposiciones que hayan sido declaradas inexequibles, el Presidente de la República solo contará con la competencia de manifestar el consentimiento obtenido por el Congreso con las debidas restricciones declaradas por la Corte Constitucional.

En caso de no ser remitido, por parte del gobierno, el texto legislativo dentro de los seis días siguientes, la Corte queda facultada, acorde a la finalidad que subyace en el artículo 241 de la Carta Política y a los artículos 44 y 39 del Decreto 2067 de 1991, “por el

16 Corte Constitucional, Sentencia C-376 de 1998, M.P.: Alejandro Martínez Caballero, Bogotá, julio 27 de 1998.

cual se dicta el régimen procedimental de los juicios y actuaciones que deban surtirse ante la Corte Constitucional”,¹⁷ para solicitar de oficio copia auténtica del mismo a la Secretaría de la Cámara donde se hubiese surtido el segundo debate en plenaria. No obstante, se hace factible que la Corte Constitucional carezca de conocimiento de un tratado internacional y de la expedición de su correspondiente ley aprobatoria, en dicha circunstancia sería procedente la admisión y posterior decisión de una demanda de inconstitucionalidad interpuesta, vencido el término que se le concede al poder ejecutivo para presentar objeción por inconstitucionalidad, por cualquier ciudadano. Además, debe efectuarse la aclaración que *la tardanza en el envío de la ley aprobatoria y del tratado, por parte del órgano ejecutivo, no acarrea consecuencias de orden jurídico respecto de los aspectos formales de la ley, toda vez que esa omisión se relaciona específicamente con la responsabilidad del Gobierno al incumplir un deber constitucional.*¹⁸

De la anterior presentación, se deduce que la intervención ejercida por la Corte Constitucional es un control:¹⁹

Jurisdiccional, en el sentido que no se vislumbra ningún aspecto que tenga que ver con conveniencia, oportunidad o utilidad de la adopción del tratado sino de su compatibilidad con el texto constitucional,

Posterior, dado que ya existe ley al haberse terminado el trámite legislativo con la sanción presidencial; con todo, sería *previo*, si se observa desde la perspectiva que el tratado no será vigente internacionalmente ni tampoco en el derecho interno, en principio, hasta el canje de notas, salvo si ostenta algún tipo de modalidad de aplicación provisional, ya que se encuentra condicionado al cumplimiento del compromiso internacional; ocasionando que sea una ley válida pero que no ostenta ningún efecto porque la materialidad de su contenido no es exigible mientras no exista la obligación internacional,

Automático, por cuanto no se supedita a la presentación de una acción ciudadana de inconstitucionalidad, ya que la ley debe ser enviada directamente por el Presidente de la República dentro de los seis días siguientes a la sanción gubernamental, o vencido el plazo constitucional la Corte podrá solicitarla de oficio, y solo excepcionalmente podrá ser demandado el texto legislativo de acuerdo a los casos previstos con anterioridad,

Integral, en la medida que el análisis que deberá hacerse comprenderá el ámbito formal y material de la ley y del tratado confrontándolos con todo el texto constitucional,

17 *Artículo 44.* En los procesos de constitucionalidad de los tratados y de las Leyes que los aprueban de que trata el artículo 241, numeral 10 de la Constitución, se aplicará en lo pertinente lo dispuesto para el control de los proyectos de Leyes estatutarias. Si la inexequibilidad fuere parcial, se aplicará lo dispuesto en dicho artículo.

Artículo 39. El Presidente del Congreso enviará a la Corte Constitucional copia auténtica de los proyectos de Leyes estatutarias inmediatamente después de haber sido aprobados en segundo debate. Si faltare a dicho deber, el Presidente de la Corte solicitará copia auténtica del mismo a la Secretaría de la Cámara donde se hubiere surtido el segundo debate.

18 Corte Constitucional, Sentencia C-059 de 1994, M.P.: Vladimiro Naranjo Mesa, Bogotá, febrero 17 de 1994.

19 Véase sobre el tema, entre otras sentencias: C-333 de 1994, C-682 de 1996, C-468 de 1997.

Definitivo, en ocasión que el pronunciamiento de la Corte Constitucional tiene fuerza de cosa juzgada, excluyendo, en principio, de la posibilidad que la Corte vuelva a conocer de la exequibilidad de la norma a través de una acción pública, salvo cuando se ha caído en vicios posteriores al control realizado,

Preventivo, puesto que el control de constitucionalidad es un procedimiento previo al perfeccionamiento del instrumento internacional y posterior a la sanción de la ley que lo aprueba, además, sin que exista el fallo de constitucionalidad el gobierno no puede seguir adelante para perfeccionar el instrumento por ninguno de los diversos procedimientos previstos para este fin en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y en los Tratados mismos, y en caso que lo hiciese dicha norma no ostentaría ningún valor, pese a haberse agotado el trámite legislativo,

Participativo, ya que cualquier ciudadano puede intervenir para impugnar o defender la exequibilidad de la ley.

Finalmente, debe hacer hincapié que el control ejercido por la Corte Constitucional es una condición *sine qua non* para la ratificación del correspondiente acuerdo internacional, esto es, para que el respectivo convenio pueda surgir como acto jurídico en el ámbito internacional, posterior al canje de notas.

A modo de cierre, se puede apreciar que una vez cumplidos los requisitos y exigencias presentadas, o una vez recepcionadas e insertadas en el sistema jurídico colombiano, las normas internacionales que ostentan una aplicabilidad, en términos de vigencia, tienen una vinculación directa con los organismos del Estado, que estarán comprometidos, de acuerdo a sus competencias constitucionales y legales, a hacer efectivas las apreciaciones y prescripciones del pronunciamiento internacional que se instituye como parte integrante del derecho interno. En este sentido, no se encuentra de más, generar estimaciones dirigidas a indagar sobre la responsabilidad de los organismos estatales frente a la aplicación de las normas internacionales, en el ámbito colombiano. Dicha tarea impone asumir una posición, en concordancia con las formulaciones presentadas y los tipos de normas contenidas en los pronunciamientos internacionales, que será desarrollada en el siguiente acápite.

2. Ámbito de aplicación de las normas internacionales

La recepción efectuada por el sistema colombiano de una tesis mixta funcional en primera medida resuelve de manera inmediata las posibles incongruencias referidas a la interpretación del artículo 9º de la Carta Constitucional, que establece la norma *pacta sunt servanda*, debido a que el reconocimiento de las normas internacionales por medio de la ratificación y haciendo un traspaso al sistema nacional, a través de una ley aprobatoria, la incorpora al sistema de fuentes. Sin embargo, tema distinto se constituye la ubicación jerárquica y funcional de la nueva norma, ya sea una ley aprobatoria, en caso de pertenecer a la temática donde se acude a la teoría dualista, o una norma internacional, cuando

prima el monismo. En este aspecto, se hace necesario determinar en qué nivel de jerarquía se ubica cuando la norma adquiere la validez como pertenencia, habiendo cumplido las respectivas reglas de inclusión al sistema jurídico.

Habiendo clarificado, en el apartado anterior, parte de las reglas de inclusión, se puede obtener un entendimiento referente a cuando una norma internacional comienza a ser parte del sistema jurídico, y en consecuencia, desde qué momento obtiene su validez y vigencia.²⁰ Asimismo, ello permite establecer desde qué momento podrá ser objeto la norma señalada de la aplicación de los órganos estatales. Dicha implicación de manera directa vincula a dos ramas del poder público: la ejecutiva y la jurisdiccional. La primera de ellas hace referencia a la obligación del ejercicio de la potestad reglamentaria, de conformidad con el artículo 189, numeral 11 de la Constitución; mientras la segunda, en consonancia con el artículo 230 de la Constitución, al estar sometida al imperio de la ley y no poder oponerse a la aplicación de aquellas normas conocidas como disposiciones internacionales, que ya están dentro del sistema normativo al ser ratificadas por el órgano legislativo, acorde al artículo 150, numeral 16 de la Constitución, concordado con el artículo 189, numeral 2 de la misma.

2.1. Las reglas de reconocimiento de ubicación para los Tratados internacionales y el sistema de fuentes

Otro de los importantes avances obtenidos en el ordenamiento jurídico colombiano con la adopción de la Constitución de 1991, está derivado de la determinación del sistema de fuentes por parte de ésta, y que antes de ella se había encomendado a la jerarquía legislativa, donde se hace común nombrar, entre otras leyes, a la Ley 153 de 1887.

Tradicionalmente, se ha entendido como fuente de derecho, las causas que lo originan, y en particular, el derecho positivo vigente en determinado momento (Guerrero Figueroa, 1998: 59). Julio Cueto Rúa, presentando una concepción de contenido social, afirma: *“las fuentes no solo suministran orientación para resolver casos litigiosos, sino que actúan de una manera más general y silenciosa, canalizando las manifestaciones vitales de los integrantes de los grupos sociales, los pueblos, las naciones, de modo tal que se coordinen valiosamente la libertad individual de los miembros del grupo”* (Cueto Rúa, 1971: 28). Diversos autores, entre los que se incluye el autor antes citado, se encargan de clasificar las fuentes normativas en dos grandes grupos: *materiales (reales) y formales*. Las primeras se han determinado como aquellos principios o situaciones de hecho de la vida social que, por su naturaleza, adquieren tal trascendencia para la comunidad, que sirven de contenido a la norma jurídica, a

20 Debe recordarse que la norma jurídica obtiene su validez habiendo cumplido los requisitos previstos por las reglas de inclusión. Sin embargo, la obtención de validez no implica que la norma tenga vigencia, dado que la disposición puede estar sometida a algún tipo de modalidad que impida solicitar su exigibilidad, o en su defecto que tampoco cumpla con los requisitos de oponibilidad a los sujetos a quienes se les dirige.

través de una remisión de ésta. Las segundas aluden a una serie de expresiones que, con el sistema legal, se hacen imprescindibles para darles a las primeras el carácter imperativo.

Las fuentes formales del derecho se encuentran agrupadas bajo el parámetro de una concepción sistemática, en la representación que hiciera el profesor Hans Kelsen de la Pirámide Normativa, la cual ha permitido la dilucidación del concepto de jerarquía funcional que sirve de modelo de solución frente a los conflictos normativos que pudiesen presentarse, sean de carácter vertical, normas de distintas jerarquía, u horizontal, pertenecientes al mismo nivel de la pirámide.

Dentro del sistema de fuentes los pronunciamientos internacionales pueden ser ubicados dependiendo de la naturaleza que sus normas ostenten: algunas de sus disposiciones pertenecerán o harán parte integrante del bloque de constitucionalidad, mientras que en otras ocasiones, serán normas similares a la legislación ordinaria. La distinción entre unas y otras hace referencia en primera medida al tema tratado: cuando se vincula como objeto de normativización derechos humanos, la protección de estos y su reconocimiento, se considera que dichas disposiciones harán parte del bloque de constitucionalidad de conformidad con los artículos 93, 94 y 214 del texto constitucional, primando sobre las leyes ordinarias, tal como lo hacen las leyes estatutarias y orgánicas, las cuales no pueden ser entendidas como simples leyes ordinarias; por su parte, si la temática difiere de la anterior se ubicará, en principio, en la misma jerarquía de las leyes ordinarias,²¹ salvo los Tratados sobre límites. Sin embargo, ambas ostentan la necesidad de no afectar la supremacía constitucional, es decir, no contrariar la Constitución so pena de incurrir en vicios de constitucionalidad.

Pese a la ubicación de las normas, ella no siempre implica que su desarrollo sea estrictamente jurisdiccional y que por ende, puedan ser aplicadas de manera directa en la solución de un litigio concreto. Ésta situación, ha permitido el establecimiento de criterios cualificadores de la normatividad que permiten diferenciar entre las normas auto-ejecutivas y programáticas.

2.2. Distinción entre normas auto-ejecutivas y programáticas

En el fondo, una de las problemáticas de mayor importancia, subsanada la necesidad de ratificación por parte del órgano legislativo para que un pronunciamiento internacional se incluyera en el derecho interno colombiano, se deriva de la indagación sobre la contingencia o necesidad de que exista una reglamentación para que los pronunciamientos internacionales tengan aplicación material en el marco institucional.

21 Un buen recurso metodológico para garantizar cuáles normas internacionales corresponden o pertenecen al bloque de constitucionalidad tiene que ver con el hecho de cuál teoría atiende para ingresar al ordenamiento jurídico colombiano, sea la monista o la dualista. Sin embargo, debe hacerse hincapié que buena parte de las normas que ingresan desde la sustentación monista también cuenta con ley aprobatoria.

Si bien, entre las disposiciones de carácter internacional se cuentan con dictámenes precisos y concretos, una gran parte de ellos tienen como característica fundamental de su redacción, la manifestación de aquello que se conoce en el ámbito lingüístico y de la filosofía analítica como “*textura abierta*”. Sin embargo, dicha consagración, que en ocasiones resulta asemejarse a aspiraciones o fundamentos programáticos carentes de vinculación directa, no son, en realidad, una actitud meramente accidental, ya que el fin dispuesto es abrir un amplio margen de apreciación para que los Estados adheridos al tratado, al momento de su ratificación, cuenten con la posibilidad de una interpretación acorde al ordenamiento interno. Resultan, de ésta forma, las normas internacionales como directrices que adquieren una “*libertad*” en la interpretación para el logro de la efectividad real de los derechos fundamentales. Algunos pudieran inferir que realmente se parte para la redacción de las disposiciones internacionales del postulado aristotélico según el cual, los meros conceptos legales, en ocasiones, resultan insuficientes para el logro de la justicia real y efectiva.

El problema de la aplicación de cualquier tipo de normas se relaciona estrechamente con el concepto de margen de acción jurisdiccional. Dicho margen ha tratado de depurarse mediante la distinción de *normas de aplicación directa o auto-ejecutivas (self-executing)* y *normas de desarrollo legal o programáticas (non self-executing)*.

El concepto de *normas de aplicación directa* tiene su origen, principalmente, en el derecho norteamericano, y son aquellas normas que, de acuerdo a criterios y a directrices que se presentarán seguidamente, hacen parte del conglomerado de normas que pueden y deben ser utilizadas por el poder jurisdiccional para la solución del litigio en un caso concreto, es decir, hacen parte del margen de acción jurisdiccional por ostentar calidades que impiden que sea otro el órgano a quienes va dirigidas. En 1829, la Corte Suprema de Justicia Norteamericana se refirió, por primera vez, al concepto de las normas auto-ejecutivas,²² en contraposición con las normas de desarrollo legal, decidiendo, precisamente, frente a la temática de los Tratados internacionales. En dicha ocasión, y aún sabiendo que en su Constitución se aseveraba que los Tratados son la suprema ley de la Nación, dijo que no todos los Tratados ratificados creaban derechos y obligaciones vinculantes en las Cortes, sino que solo lo hacían aquellos Tratados que no requirieran como tal desarrollo legislativo.

A partir de dicha jurisprudencia se han esgrimido unos criterios para determinar, especialmente en cuanto a normatividad internacional, cuáles normas son de aplicación directa. El primero de ellos asevera que para ser auto-ejecutiva una norma debe tener un contenido claro, incondicional y preciso. En segundo lugar, la doctrina y jurisprudencia norteamericanas han señalado tres directrices adicionales para efectuar dicha determinación:

– La intención de las partes, para cuyo hallazgo ha de recurrirse al lenguaje utilizado en el tratado,

22 Carlos Ernesto Molina M., «Demanda de Inconstitucionalidad al artículo 19 del Código Sustantivo del Trabajo». Radicado D-5355 (julio 29 de 2004). M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa.

- La precisión y los detalles de los términos utilizados, y
- La relación del tema con las facultades de las ramas ejecutiva o legislativa, más que con las de la rama judicial.²³

Otros doctrinantes han exigido, además, que el tratado:

- Consagre derechos y deberes subjetivos, es decir, normas que no tengan carácter general y abstracto;
- Se refieran a una materia que no requiera una acción legislativa especial, prevista expresamente por la Constitución; y
- Que su cumplimiento no quede a descripción de las partes (Uribe Restrepo, 1991: 81-82).

Empero, se hace necesario destacar que la calidad de *norma auto-ejecutiva*, en la mayor parte de los casos, corresponde definirla al derecho interno, particularmente a la jurisprudencia. Por ejemplo, en el caso colombiano, la Corte Suprema de Justicia ha recurrido recientemente a las normas internacionales del trabajo en algunas ocasiones, como normas directamente aplicables, al lado de otras de origen nacional, al resolver recursos de casación o de homologación (hoy anulación) de laudos arbitrales que resuelven conflictos colectivos de índole económica.²⁴ No obstante, no ha sido esta la línea general, pues comúnmente ha acogido las primeras como criterios supletorios,²⁵ muy en la línea del artículo 19 del Código Sustantivo del Trabajo.

Por su parte, las *normas programáticas* son aquellas en cuyo texto no contienen derechos inmediatamente aplicables o exigibles por sus titulares. Necesitan sin duda una transposición especial por parte de un organismo del Estado, sea por aquel que la produjo u otro distinto, diferente al jurisdiccional. Las normas programáticas requieren que se desarrolle su virtualidad. Generalmente, son normas que plantean unos objetivos o principios, que el respectivo Estado deberá perseguir y concretar normativamente, antes de ser subjetivamente exigibles. Algunas de ellas pueden implicar un programa de acción, o la definición de políticas a cargo de los gobiernos, pero siempre se constituyen como normas que responden al modelo de una *orden marco*.

Las órdenes marco se caracterizan por estar conformadas por el establecimiento de unos límites de actuación, dentro de los cuales existe un ámbito o margen de discrecionalidad, por parte del operador normativo que procede a efectuar la primera parte de la

23 Virginia A. Leary, *International labour conventions and national law: The effectiveness of the automatic incorporation of treaties in national legal systems*. London: Marthinus Nijhoff, 1982. p. 57 y ss. Citado en: Carlos Ernesto Molina M., «Demanda de inconstitucionalidad al artículo 19 del Código Sustantivo del Trabajo». Radicado D-5355 (julio 29 de 2004). M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa.

24 Por ejemplo, entre otras sentencias, Radicado 10008, de junio 20 de 1997, y 11859, de enero 28 de 1999.

25 Véase, a manera de ejemplo, las sentencias: Radicado 10659, de junio 19 de 1998; 11982, de abril 13 de 1999; 11859, de enero 28 de 1999; 12090, de octubre 25 de 1999; entre otras.

labor propia de un *acto mixto*.²⁶ Dicho margen de discrecionalidad no puede ser confundido con la existencia de arbitrariedad frente a la aplicación de una norma jurídica, dado que la discrecionalidad (conductas posibles), en este tipo de casos, se encuentra limitada por el principio de legalidad, constituido por la presencia de prohibiciones (conductas imposibles) y/u órdenes (conductas necesarias), las cuales dejan un espacio para la interpretación normativa.

Las normas programáticas son utilizadas, con un alto grado de regularidad, en las disposiciones internacionales; las cuales, desde el punto de vista jurídico, exigen a los Estados que se obligan con los Tratados que las contienen, efectuar un desarrollo legislativo o reglamentario interno de las mismas, para que puedan aplicarse individualizada y directamente en sus ámbitos territoriales.

Normalmente, se caracterizan por utilizar conjugaciones verbales que entrañan acciones futuras: el Estado “promoverá”, “fortalecerá”, “garantizará”, entre otras, el respectivo derecho; o por utilizar términos que imputan al Estado la obligación de adaptarlas (sintagmas tales como “... la legislación de la práctica nacional podrá fijar modalidades particulares...”, o “... la legislación que se adopte de conformidad con el artículo... del presente convenio...”).

Empero, el hecho de que una norma programática no genere, per se, derechos subjetivos no la despoja de su carácter de norma jurídica. Por el contrario, se afirma que tiene efectos vinculantes de dos clases: de un lado, son limitantes de la acción estatal, pues implican una prohibición a éste de actuar contrariamente al propósito perseguido por la norma programática; de otro lado, son obligacionales, en el sentido de generar la obligación de adoptar medidas tendientes a concretar y hacer efectiva la norma programática. Es decir, cuando se hace referencia a normas internacionales programáticas, éstas exigen a los Estados, no solamente abstenerse (*non facere*) de ejecutar actos que vayan en contravía del fin perseguido por la norma ratificada y convertida en norma interna, sino también actuar eficazmente (*facere*), emprendiendo las acciones necesarias para poder alcanzarlo.

Pero, no todas las normas que ostentan un carácter programático carecen, estrictamente hablando, de la posibilidad de ser empleadas desde el ámbito jurisdiccional. Existen normas programáticas, que dado su contenido o las obligaciones que de ellas se desprenden, implican un deber de ser aplicadas o desarrolladas en ámbito jurisdiccional. En consecuencia, se puede hablar que algunas de las normas programáticas pueden ser aplicables al caso concreto dependiendo si pertenecen a la categoría de *orden meramente programática* o de *orden programática fundamental*.

26 Entre las diferentes formas existentes para clasificar los actos normativos se encuentra la distinción entre actos puros y actos mixtos. Los primeros hacen referencia a dos tipos de actos que solo llevan a cabo una función, sea ésta la de creación, en el caso de una sustitución constitucional que da vida a una nueva (primera) Constitución, o la de aplicación, cuando se está frente a una norma que implica la mera ejecución de un acto, por ejemplo la realización efectiva de una orden de captura. Por su parte, los actos mixtos se comportan con una doble función, donde se aplica y, posteriormente, se crea derecho, es decir, cuando el nacimiento de una nueva norma proviene de la aplicación de una norma de superior jerarquía que, de igual forma, pertenece al sistema normativo.

Una norma marco pertenece a la categoría de *norma meramente programática* cuando el margen de acción del operador jurisdiccional está sujeto al ejercicio de un órgano distinto, el cual ostenta la potestad directa de desarrollar la norma. Por su parte, las normas se consideran como *normas programáticas fundamentales* cuando éstas, pese a caracterizarse por la textura abierta de su lenguaje y a la ausencia de una regulación del órgano competente, deben ser objeto de aplicación por parte de los operadores jurisdiccionales, en la medida de lo posible, tal como los mandatos de optimización, con el fin de garantizar que la omisión de un desarrollo normativo implique la vulneración del sistema jurídico.

No obstante, los anteriores conceptos pueden ser desarrollados con mayor claridad empleando un ejemplo práctico del sistema jurídico colombiano. Dentro de éste se pueden citar dos casos, sin perjuicio de que estos no sean los únicos, que se acercan al modelo formulativo de las órdenes programáticas: las leyes cuadro y algunas disposiciones constitucionales.²⁷

El texto de la Carta Política de Colombia conserva, en la actualidad, la vigencia de las leyes, que desde la reforma de 1968, son conocidas como “*Leyes-Cuadro*” (artículo 150 N° 19). La categoría de las denominadas “*Leyes Marco*” o “*Leyes Cuadro*” se ha caracterizado por los siguientes rasgos distintivos:

1. El legislador debe circunscribir su actuación a fijar la política, los criterios y los principios que guiarán la acción del ejecutivo al desarrollar la materia que constituye su objeto.
2. Estas leyes limitan la función legislativa del Congreso en cuanto que dicho poder se contrae a trazar las normas generales, a enunciar los principios generales y a dar las orientaciones globales a que debe ceñirse el ejecutivo en la adopción de regulaciones y medidas en los campos específicos de la actividad estatal que constitucionalmente se reservan a esta clase de estatutos normativos; de ahí que su materia escape a la regulación de la ley ordinaria.
3. Para expedirlas o modificarlas se requiere de iniciativa gubernamental, si bien el legislativo decide autónomamente sobre su contenido.
4. En virtud de esta clase de leyes, se deja al Congreso el señalamiento de la política general y al ejecutivo su regulación particular y su aplicación concreta.
5. Revisadas las materias que la reforma de 1968 reservó a este tipo de leyes, como rasgo común todas ellas se refieren a cuestiones técnico-administrativas de difícil manejo; a fenómenos económicos que por su condición esencialmente mutable, exigen una regulación flexible o dúctil que permita responder a circunstancias cambiantes; o a asuntos que ameritan decisiones inmediatas y que, por tanto, resulta

27 Por el simple hecho de ser una disposición constitucional no implica que siempre ostente el valor de programática; por el contrario, dentro de los textos constitucionales existen normas de aplicación directa, tal como se explicitará posteriormente.

inadecuado y engorroso manejar por el accidentado proceso de la deliberación y votación parlamentaria pública.

6. Al Gobierno incumbe concretar la normatividad jurídica que dichas materias reclaman y lo hace por medio de decretos que deben ajustarse a los parámetros o “marcos” dados por el legislador en la respectiva Ley.²⁸

Como se puede apreciar en las indicaciones realizadas, es fundamental en este tipo de leyes que se limiten a dar las reglas generales y los aspectos normativos restantes sean confiados al ejecutivo, quien deberá desarrollarlos a través de decretos reglamentarios ampliados; permitiendo incluirlas dentro de la categoría de normas meramente programáticas.²⁹

Respecto a las *disposiciones constitucionales*, la adopción que se realiza de éstas como verdaderas normas, a las cuales se les derivan consecuencias jurídicas, ha marcado un margen importante a distinguir en el momento de su aplicación directa. Dentro de las mencionadas disposiciones se encuentran las reglas, los principios y valores constitucionales. En el caso de las normas se entiende como de aplicación directa; mientras en materia de los principios y valores constitucionales se debe realizar una previa distinción:

A diferencia de los valores que establecen fines, consagran prescripciones jurídicas generales que suponen una delimitación política y axiológica reconocida y, en consecuencia, restringen el espacio de interpretación, lo cual hace de ellos normas de aplicación inmediata, tanto por el legislador como por el juez constitucional.

[...]

Su alcance normativo no consiste en la enunciación de ideales que deben guiar los destinos institucionales y sociales con el objeto de que algún día se llegue a ellos; su valor normativo debe ser entendido de tal manera que signifiquen una definición en el presente, una base axiológico-jurídica sin la cual cambiaría la naturaleza misma de la Constitución y por lo tanto toda la parte organizativa perdería su significado y su razón de ser. Los principios expresan normas jurídicas para el presente; son el inicio del nuevo orden. Los valores, en cambio, expresan fines jurídicos para el futuro; son la mira que jalona hacia el orden del mañana.

Los principios fundamentales del Estado son una pauta de interpretación ineludible por la simple razón de que son parte de la Constitución misma y están dotados de toda la fuerza normativa que les otorga el artículo cuarto del texto fundamental. Sin embargo, no siempre son suficientes por sí solos para determinar la solución necesaria en un caso concreto. No obstante, el hecho de poseer valor normativo,

28 Corte Constitucional, Sentencia C-465 de 1992, M.P.: Ciro Angarita Barón, Bogotá, julio 16 de 1992.

29 Cabe destacar que la regulación que lleva a cabo el Congreso de la República mediante leyes cuadro, adquiere un alto grado de abstracción fundamentado en la propiedad cambiante que tienen los asuntos regulados en ellas, los cuales solo permiten que se formulen directrices, de forma muy etérea, con el fin de que el órgano ejecutivo sea quien trámite el proceso de concretización, como agente coordinador de la administración pública.

siguen teniendo un carácter general y por lo tanto una textura abierta, lo cual, en ocasiones, limita la eficacia directa de los mismos. En estos casos se trata de un problema relativo a la eficacia más o menos directa de los principios y no a un asunto relacionado con su falta de fuerza normativa. En síntesis, un principio constitucional jamás puede ser desconocido en beneficio de otra norma legal o constitucional o de otro principio no expresamente señalado en la Constitución, pero puede, en ciertos casos, necesitar de otras normas constitucionales para poder fundamentar la decisión judicial.³⁰

De tal suerte, las normas que poseen una “*textura abierta*” demasiado amplia, como es el caso de los valores constitucionales, los cuales no pueden ser considerados como normas de aplicación directa, ya que su aplicación depende del desarrollo de los principios y demás normas constitucionalmente establecidas, configurándose así como normas meramente programáticas. Por su parte, los principios se constituyen como normas de aplicación directa (*auto-ejecutivas*), en algunos casos, o como directrices operacionales de la actividad jurisdiccional (programáticas fundamentales), en todos ellos.

En consecuencia, la optimización de los principios bajo la estructura de la eficacia, ha creado, como bien la Corte Constitucional ha reiterado, una nueva relación entre derechos fundamentales, principios y jueces; en la cual el logro de la eficacia de los derechos está dada por el otorgamiento, de manera prioritaria, al juez, y no ya a la administración o al legislador, la responsabilidad de que ellos sean aplicados. Si bien en el sistema anterior la eficacia de los derechos fundamentales terminaba reduciéndose a su fuerza simbólica, hoy, es innegable, que con la Constitución de 1991 los derechos fundamentales y los principios constitucionales, cuando son normas programáticas fundamentales, son aquello que los jueces dictan a través de las sentencias de tutela, principalmente.

La Corte Constitucional ha considerado que para que un derecho tenga la calidad de fundamental debe reunir unos requisitos esenciales: 1) conexión directa con los principios constitucionales; 2) eficacia directa y 3) contenido esencial.³¹

Con todo, el concepto de eficacia directa no puede confundirse con la noción de derechos de aplicación inmediata o de derechos humanos de primera generación. En algunos casos los derechos económicos, sociales y culturales pueden ser considerados fundamentales, es decir, objeto de una protección especial por medio de la acción de tutela; tal es el caso del artículo 50 sobre los derechos de los niños; los derechos consagrados en el inciso segundo del artículo 53 sobre principios mínimos fundamentales de los trabajadores; y el derecho establecido en el artículo 73 sobre obtención de información contenida en documentos públicos.³² Igualmente, pueden ser objeto de tutela un derecho económico, social o cultural siempre y cuando el juez considere que para el caso a resolver, por la falta de la

30 Corte Constitucional, Sentencia T-406 de 1992, M.P.: Ciro Angarita Barón, Bogotá, junio 5 de 1992.

31 Corte Constitucional, Sentencia T-406 de 1992, M.P.: Ciro Angarita Barón, Bogotá, junio 5 de 1992.

32 *Idem*.

prestación del Estado se pone en entredicho, de manera directa y evidente, un principio constitucional o uno o varios derechos fundamentales.

Con ello se concluye que la eficacia de las normas constitucionales no se puede determinar en abstracto, sino que es el juez el encargado de encontrar en la relación hecho-norma la decisión más razonable, no sólo desde el punto de vista jurídico sino también desde el punto de vista fáctico; al fin y al cabo, sin la efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales, los derechos civiles y políticos son una mascarada, y a la inversa, sin la efectividad de los derechos civiles y políticos, los derechos económicos, sociales y culturales son insignificantes.³³

En este sentido, si se acepta que la Constitución no es simplemente el conjunto de normas que se codifican en el texto constitucional, sino que, además, existe un *bloque de constitucionalidad*, donde se incluyen los Tratados internacionales y leyes con carácter específico que ayudan a la revisión de exequibilidad de las demás normas, parece congruente y no una idea descabellada que la falta de intervención legislativa o ejecutiva que desarrolle *derechos-prestación* no se convierta en un impedimento para que el juez les otorgue fuerza normativa, o por el contrario, defina el contenido de tales derechos, anticipándose al legislador. Pero esta tesis, no puede atribuirle al juez una competencia ilimitada a su libre arbitrio. El juez debe actuar con prudencia y firmeza a la vez, utilizando los criterios auxiliares:

En primer lugar, la intervención judicial en el caso de un derecho económico social o cultural es necesaria cuando ella sea indispensable para hacer respetar un principio constitucional o un derecho fundamental. En estas circunstancias, el juez actúa bajo condiciones similares a aquellas que se presentan cuando debe resolver un problema relacionado con un vacío o una incoherencia de la ley. Es claro que en todos estos casos el juez decide algo que en principio le corresponde al legislador. Sin embargo, en estas precisas condiciones, la falta de solución proveniente del órgano que tiene la facultad de decidir, implica la posibilidad de que otro órgano, en este caso el judicial, decida, para un caso específico, con la única pretensión de garantizar la validez y efectividad de la norma constitucional.

La solución opuesta –es decir, la que supone la no intervención judicial– desconoce los valores y principios constitucionales que consagran la efectividad de los derechos.

Pero quizás lo más grave de la solución que se comenta consiste en el desconocimiento del artículo cuarto de la Constitución.³⁴

No puede concebirse de otra manera, ya que si la responsabilidad de la eficacia de los derechos fundamentales se deja en las manos del legislador o del ejecutivo, la norma

33 *Idem.*

34 *Idem.*

constitucional no tendría ningún valor y la validez de la voluntad constituyente quedaría supeditada a la voluntad de los poderes constituidos. En caso contrario no se lograría: “–parafraseando a Herbert Kruger– que las leyes valgan en el ámbito de los derechos fundamentales en lugar de que los derechos fundamentales sólo valgan en el ámbito de la ley”.³⁵

De acuerdo a la presentación hasta acá realizada, se puede apreciar, a grandes rasgos, y a manera de conclusiones previas, lo siguiente:

– La “textura abierta” de la normatividad no se configura como un impedimento, en gran parte de los casos, para la aplicación directa de ella, dado que las normas no necesariamente para su aplicación deben cumplir con el requisito de ser órdenes auto-ejecutivas, ya que existen normas con un carácter programático que pueden y deben ser objeto de la decisión jurisdiccional, tal como sucede con aquellas que son órdenes programáticas fundamentales.

– La fuerza normativa de la Constitución en sentido amplio, o si se prefiere del *bloque de constitucionalidad*, no puede ser omitida y menos vulnerada, y conlleva la obligación del juez a emplear las disposiciones constitucionales en todo momento, incluso cuando exista disconformidad entre ellas y la ley u otra norma jurídica.

– Si bien la reglamentación no es necesaria en todo momento, se convierte en un instrumento preciso y complementario para conseguir los fines del Estado. Igualmente, la reglamentación no puede indagarse en abstracto sino frente a la norma concreta, ya que se hace muy factible que haya una coincidencia entre normas auto-ejecutivas y programáticas en un mismo texto. Incluso, no puede tomarse como pertenecientes a este último grupo aquellas normas que planteen, por ejemplo, que “*es deber del Estado promover...*”, debido a que los jueces en su calidad de funcionarios estatales tienen que, mediante los criterios auxiliares, determinar, así no haya una legislación que especifique dicha disposición, la protección y la promoción de dicho principio que actúa como derecho.

3. Aplicación de normas laborales internacionales

La presentación efectuada anteriormente permite un análisis general frente a una teoría sobre la aplicación de las normas internacionales, específicamente, en el ámbito colombiano desde la perspectiva de la Constitución de 1991. Pese a que la elaboración preliminar realizada contribuye a una visualización clara acerca de la temática, se hace pertinente centrar los planteamientos, desde un sentido práctico, mediante la selección de disposiciones normativas concretas frente a la variedad existente dentro de la producción normativa internacional, la cual se vio acentuada en los últimos decenios del siglo xx.

Ese interés de generar un ámbito eminentemente fáctico, que acompañara el marco teórico, llevó a un proceso de selección entre los distintos tipos de pronunciamientos de los

35 *Idem.*

sujetos de derecho internacional público, entiéndase por estos, a los Estados y demás organizaciones internacionales no estatales. Dentro del proceso de selección, en primera medida, se descarta un solo pronunciamiento, y se considera la necesidad de acceder a diversos dictámenes pero que tengan entre sí un fundamento común. De esta manera, la elección, como segundo aspecto una vez decidido que serían varios los pronunciamientos, debía recurrir a indagar sobre cuál sería el fundamento común de los dictámenes, sea desde un ámbito subjetivo (organismo que la produce) u objetivo (temática tratada). Si bien la elección de uno u otro dejaría por fuera particularidades importantes, la delimitación parecía necesaria. Con todo, la escogencia de la exigibilidad de los derechos sociales, económicos y políticos como temática, que se conjuga un tema vigente y el tratamiento sobre la textura abierta que se venía realizando, permitió establecer una base amplia que agrupara dichos requisitos. Debido a ello, el presente apartado centraliza su interés frente a los diversos tipos de pronunciamientos emitidos por la Organización Internacional del Trabajo –en adelante OIT–, como principal organismo internacional productor de normatividad adjunta a derechos laborales, frente a los derechos de los trabajadores que han sido reconocidos internacionalmente.

De este modo, en la presente sección, previamente a la realización de la confrontación con el sistema normativo colombiano, se expondrán la clase de pronunciamientos que emite la OIT.

3.1. Pronunciamientos de la OIT

A la OIT, en su calidad de máximo órgano internacional en materia laboral, se le ha garantizado, de cierta manera, un poder legislativo internacional frente a las condiciones laborales de los Estados. Dicho poder se manifiesta mediante los acuerdos que son adoptados, la mayor parte de ellos, por la Conferencia, además, de las resoluciones y recomendaciones que pueden emitir sus diferentes órganos. En este sentido, la OIT se puede manifestar a través de las siguientes formas:

– *Resoluciones*: se refieren a medidas encaminadas al mejoramiento interno del organismo. Tienen un carácter eminentemente administrativo y no vinculan, en estricto sentido, a los Estados miembros, quienes determinan libremente su fuerza jurídica. Pueden ser dictadas por cualquiera de los órganos en cumplimiento de sus funciones administrativas.

– *Recomendaciones*: se consideran como propuestas o consejos sobre temas centrales, especialmente de carácter laboral, que se interpretan como opinión indicativa, sin el deber de incorporar su contenido al derecho interno del país que la ratifica. Según el profesor Guerrero Figueroa: “Hacen conocer a los Estados miembros como expresión de un anhelo conveniente” (Guerrero Figueroa, 1998: 91). Sin embargo, su carácter voluntario para ser acogido por los Estados miembros se ve limitado en algunos casos, dependiendo, en primera medida, del órgano que las

profiera y, en un segundo momento, al hecho de tener un carácter interpretativo de los convenios.

De esta manera, se advierte que las recomendaciones expedidas por la OIT no solo son aquellas que se contemplan en el artículo 19 de su Constitución, sino que, además, existen un tipo de recomendaciones estipuladas en los artículos 24 y 25 y en los artículos 26 a 29 de su texto constitucional, que son emitidas por el Comité de Libertad Sindical y las Comisiones de Encuesta, respectivamente. Dichas recomendaciones, ponen fin a un proceso preestablecido –por las quejas de organizaciones gremiales del mismo Estado objeto de reclamo, o de organizaciones o Estados distintos al presunto infractor de los instrumentos internacionales que reconocen derechos humanos laborales– y contencioso. Una vez verificada la presunta vulneración de las normas internacionales, el órgano de control expide la recomendación, para que el Consejo de Administración, si las acoge y encuentra que el Estado no está de acuerdo a acatarlas determine la forma y la fecha de la publicación, como sanción.

Por su parte, las recomendaciones interpretativas de convenios adquieren fuerza vinculante debido a su necesidad para poder comprender y aplicar las disposiciones tomadas por la Conferencia Internacional del Trabajo.

– *Convenios o Convenciones*: Son verdaderas normas vinculantes del derecho del trabajo y de ciertos temas de la seguridad social, que obligan a los países que las ratifican a aplicarlas como a las normas de su derecho interno, además, de tener la obligación de informar sobre la aplicación y aceptación de los controles que disponga el organismo internacional.

Los convenios, en la mayoría de los casos, son propuestas legislativas aceptadas y reconocidas por la comunidad internacional como razonables, y por ello, los países que los ratifican se comprometen a incorporar las normas en la legislación local. En cambio, en los temas donde no hay consenso para configurar un convenio, se los suele anexar como una recomendación, que en palabras de Fabras Rivas, se configuran como “principios generales destinados a orientar a los gobiernos en la preparación de sus respectivas legislaciones” (Guerrero Figueroa, 1998: 92).

En general, tanto las recomendaciones como las convenciones nacen de una propuesta para que sean incorporadas al tema, en el respectivo orden del día a través del Consejo de Administración. La Oficina Internacional del Trabajo es la encargada de realizar los estudios técnicos y de elevar un informe. Se distribuyen estos informes entre los Estados miembros, en el marco de la estructura tripartita, abriéndose la posibilidad para que cada uno de ellos pueda hacer llegar sus observaciones a la Oficina Internacional del Trabajo, que receptorá las inquietudes y preparará un informe.

Las decisiones son adoptadas por la Conferencia con el voto de los dos tercios de los delegados. En ambos casos, los instrumentos son aprobados por la Conferencia Interna-

cional del Trabajo en donde son sometidos a votación y, una vez aceptados, son notificados a cada uno de los países miembros con fin a su ratificación y para que cumplan el respectivo deber de sumisión, presentado en el artículo 19 de la Constitución de la OIT, según el cual cada uno de los Estados miembros se obliga a someterse al convenio en el término de un año, a partir de la clausura de la reunión de la Conferencia.³⁶

3.2. La proyección de los pronunciamientos de la OIT en las relaciones laborales del derecho colombiano

Sin lugar a negativas, los pronunciamientos de la OIT, a lo largo de su historia, se han constituido en una “normatividad” con carácter especial, que se ha proyectado y extendido en las distintas legislaciones nacionales. Si bien, en muchas ocasiones, estos dictámenes sirven como principios para la formulación de normas de carácter nacional, en diversos casos, adquieren una fuerza vinculante frente a los diferentes ordenamientos jurídicos, al punto, que la recepción de las decisiones emitidas por la OIT se reduce a un problema tradicional del derecho internacional público, consistente en determinar si dichos pronunciamientos son directamente aplicables en el ordenamiento jurídico interno.

A partir de 1991, con la expedición de la nueva Constitución Política de Colombia por parte de la Asamblea Nacional Constituyente, con una característica eminentemente pluralista, hubo un avance sin precedentes en todo lo relacionado con el derecho del trabajo. Basta mencionar que a nivel constitucional, los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados por el Congreso de la República no solo forman parte de la legislación interna, tal como se dispone expresamente en el inciso 4º del artículo 53 de la Carta Política colombiana, que dispone: “Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados hacen parte de la legislación interna”, sino que, en casos especiales, pueden conformar el sentido estricto de aquello que se ha designado bajo el nombre del «*bloqueo de constitucionalidad*», al hacerlos prevalecer en el orden interno siempre que se traten de instrumentos que reconocen derechos humanos.

Dichas disposiciones, sumadas al hecho que Colombia hace parte del grupo de Estados fundadores, y por tanto miembro, de la OIT, desde el año de 1919,³⁷ hace necesario que se indague, de manera más clara, sobre la aplicación e interpretación de los pronunciamientos de la OIT en el derecho interno colombiano.

36 Véase, entre otros, Mesa, 1997: 10-14.

37 Entre el transcurso del período, en el cual Colombia se ha instituido como Estado Miembro de la Organización Internacional del Trabajo, se han ratificado 59 convenios, de los cuales hay 53 vigentes en la actualidad; de los cuales es importante hacer mención de los convenios N° 87 (sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación), 98 (sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva), 151 (sobre la protección del derecho de sindicación y el procedimiento para determinar las condiciones de empleo en la administración pública) y 154 (sobre el fomento de la negociación colectiva). Asimismo, en el último lapso, se han sometido a consideración del Congreso de la República, y han sido aprobados, los Convenios N° 144, sobre consulta tripartita; 151, sobre relaciones del trabajo en la administración pública; 161, sobre los servicios de salud en el trabajo; 162, sobre la utilización del asbesto en condiciones de seguridad; y 174, sobre la prevención de accidentes industriales mayores.

Para ello, y teniendo claro que la normatividad internacional, y para el caso específico aquella que expide la OIT, dentro del marco jurídico colombiano encuentra un nuevo modelo normativo a partir de la adopción de la Constitución de 1991, se hace necesario, para efectos de precisar una respuesta al planteamiento efectuado, establecer en primera medida una conceptualización de los siguientes aspectos: (a) Métodos de recepción de los pronunciamientos internacionales producidos por la OIT y (b) Ubicación de las disposiciones proferidas por la OIT dentro del sistema jurídico colombiano.

3.2.1. Métodos de recepción de los pronunciamientos internacionales producidos por la OIT

En el presente trabajo, se entiende por métodos de recepción las formas y procedimientos respectivos para la inserción de un pronunciamiento internacional. Dicha temática, tal como fue presentada en un primer momento, alude directamente a la vinculación o elección de una de las dos tesis de recepción de las disposiciones internacionales: teoría *monista* y teoría *dualista*. En Colombia, tal como se expuso en el primer acápite de la presente disertación, acoge una teoría *mixta funcional*, que no diferencia frente al organismo internacional que produce la norma sino sobre la temática que abarca ésta. No obstante, los pronunciamientos emitidos por la OIT ostentan una especial característica, derivada del hecho que las disposiciones son adoptadas por un órgano colectivo (Conferencia Internacional del Trabajo) en cuyo seno se encuentran representaciones de los Estados miembros, que obliga a ser Tratados con un mayor discernimiento.

De esta manera, se hará necesario plantear las formas de recepción de los pronunciamientos de la OIT, que no tienen un carácter administrativo interno sino que se encuentran dirigidos a los Estados: convenios y recomendaciones.

– *Recepción de los Convenios*: La naturaleza de los convenios de la OIT, con el fin de establecer su forma de inserción en los ordenamientos jurídicos internos, ha sido un tema de constante discusión, como consecuencia que, en un primer instante, los convenios fueron comparados con normas supra-constitucionales, es decir, con normas de superior jerarquía frente aquellas que se producían al interior de los sistemas jurídicos de cada país, incluso por encima de las Constituciones; posteriormente, se aludió a la teoría que dichos pronunciamientos ostentan la calidad de obras contractuales que generaban obligaciones y derechos, sí y solo sí, eran ratificados por los Estados miembros. Sin embargo, ninguna de éstas posiciones explicaba cabalmente la naturaleza de los convenios, hasta la aparición de una tesis mixta:

Georges Scelle afirma que los convenios de la OIT no tienen en absoluto naturaleza contractual, sino que constituyen “leyes internacionales” adoptadas por un “órgano legislativo internacional”, la Conferencia Internacional del Trabajo, y que para adquirir fuerza legislati-

va interna solo requieren de un acto condición, como es la ratificación, y que sería en realidad una adhesión a un acto preexistente.³⁸

Tal como plantea la Corte Constitucional, los convenios de la OIT, pese a no cumplir con los requisitos de los Tratados ordinarios establecidos en la Convención de Viena, su trámite y vinculación al derecho interno tiene semejanzas con cualquier pronunciamiento internacional, por contener normas jurídicas, haciendo las salvedades necesarias al contar con las concernientes particularidades.

En este aspecto, pese a no contar con discusiones diplomáticas sino debates “legislativos”, debe acudir como todo convenio internacional a la ratificación por parte del Estado. Empero, el término de ratificación engloba un significado distinto en materia de convenios internacionales de la OIT: por regla general, la ratificación se constituye como el acto jurídico por medio del cual un Estado manifiesta su aceptación o voluntad de obligarse con las disposiciones tomadas en un tratado; de forma práctica, la ratificación se lleva a cabo mediante el canje o depósito de ratificaciones, intercambio del instrumento y, en ocasiones, cuando se presenta una adhesión; para efectos de los convenios de la OIT, la ratificación consiste en la entrega o puesta en conocimiento del organismo, en cabeza de su Director General, de la aprobación del convenio por parte del Congreso de la República, finalizado el trámite legislativo y de control de constitucionalidad prescrito en la Carta Política colombiana. Dicha información también se le otorga al Secretario General de las Naciones Unidas, con el fin de efectuar el concerniente registro y publicación, exigido por el artículo 102 de la Carta de las Naciones Unidas.

Cumplido el proceso de ratificación en mención, surge la obligación para el Estado miembro, en este caso Colombia, de establecer las medidas necesarias y producir todas las actuaciones requeridas para dar cabal cumplimiento a las disposiciones contenidas en el pronunciamiento.³⁹ De conformidad, con el inciso 4º del artículo 53 de la Constitución Colombiana, una vez ratificados los convenios del trabajo se incluyen en la legislación interna.

38 Corte Constitucional, Sentencia C-562 de 1992, M.P.: Jaime Sanín Greiffenstein, Bogotá, octubre 22 de 1992.

39 Empero, dado que los temas desarrollados en los convenios internacionales del trabajo son de la más diversa índole, ya que abarcan desde los derechos humanos fundamentales en el trabajo hasta puntos relacionados con la administración y las estadísticas de derecho laboral, debe hacerse la aclaración, que si bien existe una regla general de ratificación, algunos convenios del trabajo, específicamente, aquellos conexos con derechos humanos fundamentales, siguiendo la postura de la Corte Constitucional, establecida en la Sentencia C-400 de 1998 con ponencia del magistrado Alejandro Martínez Caballero y en armonía con la Sentencia T-406 de 1992 del magistrado Ciro Angarita Barón, no requieren ratificación para incorporarse al orden jurídico interno, e incluso formar parte del bloque de constitucionalidad. “Para no dar lugar a dudas ni discusiones estériles, se afirma de una vez que los derechos laborales consagrados en instrumentos internacionales son derechos humanos. Así está reconocido en la doctrina y puede deducirse con facilidad del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Protocolo Adicional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La Corte Constitucional colombiana lo ha dicho de manera expresa” (Gómez, 2006: 32-33).

– *Recepción de las recomendaciones*: tal como se había manifestado, la otra forma de expresión de la OIT, ajeno a las resoluciones, son las recomendaciones, que se formulan utilizando un lenguaje que incita a considerarlas sugerencias, exhortaciones, invitaciones o proposiciones para desarrollar determinadas políticas haciendo efectiva los fines y objetivos plasmados en los Tratados o convenios internacionales del trabajo. No obstante, este carácter exhortativo depende del órgano que emita o profiera la recomendación, ya que dependiendo de la naturaleza de éste y la competencia que despliega, la recomendación podrá o no ser vinculante.

La anterior aclaración se debe, tal como se mencionó, a que la OIT no expide solo las recomendaciones que aparecen en el artículo 19 de su Constitución, proferidas por la Conferencia Internacional del Trabajo. Existen, de igual manera, un tipo de recomendaciones que inspiradas y conforme a los artículos 24 y 25 por un lado, y de los artículos 26 a 29 por el otro, tienen características distintas a las normalmente proyectadas. Este segundo tipo de recomendaciones, emitidas por el Comité de Libertad Sindical y las Comisiones de Encuesta, respectivamente, ponen fin a un proceso contencioso. Una vez verificada la presunta vulneración de las normas internacionales, el órgano de control expide la recomendación, para que el Consejo de Administración, si las acoge y encuentra que el Estado no está de acuerdo a acatarlas, como sanción, determine la forma y la fecha de la publicación. En términos de la opinión consultiva OC 02/82 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, “al aprobar estos Tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción”; así, la demanda judicial, se reemplaza por la reclamación o la queja; el auxilio policial por los órganos de control sobre el cumplimiento de la Constitución y los Convenios; y la pena impuesta por la violación de los mismos, viene a ser la exposición al escarnio internacional.⁴⁰

Nada distinto ha sostenido la Corte Constitucional sobre dicho aspecto, al sustentar en Sentencia de tutela:

[E]rróneamente, invocando [...] el artículo 19 de la Constitución de la OIT y la jurisprudencia de la Corte Constitucional al respecto, las entidades demandadas manifestaron al fallador a quo que la diferencia anotada entre recomendaciones de la OIT y las emitidas por sus órganos de control es intrascendente, puesto que para ellas ni siquiera las recomendaciones del Consejo de Administración tienen fuerza vinculante [...]. Si esta fuera la doctrina aplicable, ninguno de los derechos consagrados en los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados podrían

40 Luis Fernando Restrepo Aramburo, *Albores humanísticos en el derecho laboral colombiano del siglo XXI* (documento inédito, sin publicación).

exigirse a través del mecanismo de la queja, o de las acciones consagradas en el ordenamiento interno, y nunca alguno de ellos haría parte de la legislación interna como lo prevé el artículo 53 de la Carta Política.

[...]

[P]or lo que debe insistir en resaltar que las recomendaciones de los órganos de control y vigilancia de la OIT, no pueden ser ignoradas: cuando resultan de actuaciones del Estado contrarias a los Tratados internacionales aludidos en el artículo 93 Superior, aunque no sean vinculantes directamente, generan una triple obligación en cabeza de los Estados: deben 1) ser acogidas y aplicadas por las autoridades administrativas; 2) servir de base para la presentación de proyectos legislativos; y 3) orientar el sentido y alcance de las órdenes que el juez de tutela debe impartir para restablecer los derechos violados o amenazados en ése y los casos que sean similares.⁴¹

De tal modo, se puede aseverar que las recomendaciones de la OIT no pueden ser vistas como simples “*obligaciones morales*” para los Estados miembros, sino que por el contrario, dependiendo del caso concreto y específico, deberán asumirse como obligaciones jurídicas a responderse de manera completa, inequívoca y oportunamente. Por ende, lo que en estas formas de expresión se “recomienda” valdrá en la medida que sea normatividad vigente en el país con respecto al cual se dirigen. Es en estos términos, que se debe hacer la lectura de la Sentencia T-568 de 1999 contra Empresas Varias de Medellín.⁴²

Al interior del sistema jurídico colombiano no existe un mecanismo o proceso de recepción para las recomendaciones, tal como si sucede con los convenios que deberán tramitarse adoptando la forma de ley aprobatoria de tratado. De este modo, las recomendaciones no se encuentran sujetas al proceso de ratificación por parte del Estado colombiano, ni a la revisión que realiza la Corte Constitucional. Así, dichos pronunciamientos solo están sometidos, según el planteamiento de ésta corporación, al control constitucional en los siguientes eventos:

- Cuando el derecho interno así lo diga,
- Cuando la recomendación se incorpore en norma jurídica interna, o

41 Corte Constitucional, Sentencia C-568 de 1999, M.P.: Carlos Gaviria Díaz, Bogotá, agosto 10 de 1999.

42 Véase sobre el tema, además: Corte Constitucional, Sentencia C-280 de 1997, M.P.: Hernando Herrera Vergara, Bogotá, junio 5 de 1997: “Un convenio es un tratado internacional con fuerza vinculatoria para los Estados que ratifiquen dicho convenio. Una recomendación, en principio, no es más que una guía o aclaración a un convenio internacional y su valor jurídico es el que sirve para la interpretación de los convenios. Por tanto, los convenios de la OIT deben ser objeto de control constitucional formal y material por parte de la Corte Constitucional. En cuanto a las recomendaciones, éstas deberán ser comunicadas a los Estados para su examen, a fin de ponerlas en ejecución por medio de la legislación nacional. Respecto a la coercibilidad de las mismas, es del caso señalar que ella dependerá de la forma, términos y obligatoriedad que le den las normas del derecho interno, de acuerdo a la competencia del correspondiente Estado, y en la medida en que ella no desconozca o vulnere ningún precepto de orden constitucional; deberá declararse su conformidad con la Carta Política”.

– Cuando éstas ostenten una estrecha relación con los convenios,⁴³ en el caso de las recomendaciones del artículo 19 de la Constitución de la OIT; a ésta conclusión se llega debido a que la aplicación del convenio internacional ratificado debe hacerse valer en los términos de las recomendaciones.

De cualquier forma, las recomendaciones no pueden estar sujetas a control por sí solas ni se insertarían en el derecho colombiano sino se encuentran en ninguno de los casos anteriores, de conformidad con la interpretación del artículo 241 de la Carta Magna colombiana.

Frente al otro tipo de recomendaciones, promulgadas por el Comité de Libertad Sindical y las Comisiones de Encuestas, no tienen un control constitucional por medio de acción pública de inconstitucionalidad, pero son vinculantes en la medida que no vulneren la Constitución Política colombiana y protejan derechos humanos fundamentales, y por ende, exigibles, en el ámbito interno mediante la acción de tutela.⁴⁴

3.2.2. Ubicación normativa de los pronunciamientos de la OIT dentro del sistema jurídico colombiano

La problemática de ubicación sistemática y normativa de las disposiciones proferidas por la OIT, dentro del ordenamiento jurídico colombiano, se visualiza como un asunto de interacción entre las reglas de reconocimiento de ubicación y de jerarquización propias del orden colombiano. En este sentido, las preguntas giran en torno a saber en qué nivel se encuentran dichas normas, es decir, cuáles normas están por encima y por debajo de ellas, según la presentación kelseniana del sistema jurídico como un orden piramidal.

Desde esta perspectiva, una observación somera argumentaría que para resolver la presente indagación bastaría con citar el inciso 4º del artículo 53 de la Constitución Política de Colombia, donde se dice expresamente: “*Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna*”. Sin embargo, de la lectura del presente trabajo, se puede inducir que la solución a dicho asunto resulta un tanto más compleja que la citación del artículo 53.

Es claro, tal como lo ha manifestado la Corte Constitucional, dentro de una línea jurisprudencial estable y recopilada en la Sentencia C-401 de 2005, con ponencia del magistrado Manuel José Cepeda Espinosa, que los convenios ratificados hacen parte del orden jurídico interno. Desde sus inicios, la Corte Constitucional ha reconocido a estos convenios como parte del ordenamiento jurídico interno, mas, no siempre refiriéndose al rango jerárquico que ostentan.

43 Véase entre otras providencias: sentencias C-049 de 1994, M.P.: Antonio Barrera Carbonell y C-280 de 1997, M.P.: Hernando Herrera Vergara.

44 Debe dejarse explícito que, sin embargo, las recomendaciones proferidas por organismos que deciden quejas concretas tienen, por regla general, efectos *inter partes*, no *erga omnes* necesariamente y en todos los casos.

En un primer pronunciamiento la Corte, por medio de la Sentencia C-221 del 29 de mayo de 1992, con postura desarrollada por el magistrado Alejandro Martínez Caballero, aplicó por primera vez el rigor del inciso 4º del artículo 53 constitucional, pese a no indagar sobre la ubicación, al hacer efectivo el Convenio 111 frente a parte del artículo 6º del decreto 119 de 1991, el cual regulaba la escala de viáticos para los empleados que deban cumplir comisiones en el interior del país o en el exterior pertenecientes al Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA), cuando afirmó:

Dicho Convenio es pues en Colombia fuente de derecho de aplicación directa en virtud del artículo 53 de la Constitución Política, al decir: “los Convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna”, cuyo contenido es norma interpretativa de los derechos constitucionales en virtud del artículo 93 de la Carta Fundamental.⁴⁵

Posteriormente, en la Sentencia T-418 de 1992, la Sala de Revisión de tutelas conformada por los Magistrados Simón Rodríguez Rodríguez, Jaime Sanín Greiffenstein y Ciro Angarita Barón, y con ponencia del primero, confirmó la sentencia del Juzgado Tercero Superior de Cali del 3 de febrero de 1992, donde se negó la tutela solicitada frente a la supuesta vulneración del derecho de sindicalización, entre otros. En esta ocasión se refirió al Convenio N° 98 de la OIT, permaneciendo ausente la ubicación de dicha normatividad, de la siguiente forma:

Según el artículo 53 de la Carta Política, los convenios internacionales de trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna. Ello es aplicable al Convenio número 98 de la Organización Internacional del Trabajo, relativo al derecho de sindicalización y de negociación colectiva, aprobado por la Ley 27 de 1976 y ratificado por el Gobierno Nacional el 16 de noviembre de 1976, y el cual contempla las mismas o similares conductas del artículo 354 del C.S. del T.⁴⁶

Dichos criterios se mantendría en providencias subsecuentes, tales como la sentencias C-562 de 1992 y la C-147 de 1994.

Con todo, la tarea de ubicación de las normas internacionales surge con la inserción dentro de la doctrina constitucional colombiana del concepto de bloque de constitucionalidad, en la Sentencia C-225 de 1995, donde se armoniza las disposiciones constitucionales contenidas en los artículos 4 y 93.⁴⁷ Asimismo, se hace pertinente aclarar que a pesar de la inserción del concepto de bloque de constitucionalidad, en dicha sentencia de manera expresa no se hace mención a los convenios producidos por la OIT como parte integrante de la nueva noción.

45 Corte Constitucional, Sentencia C-221 de 1992, M.P.: Alejandro Martínez Caballero, Bogotá, mayo 29 de 1992.

46 Corte Constitucional, Sentencia T-418 de 1992, M.P.: Simón Rodríguez Rodríguez, Bogotá, junio 19 de 1992.

47 Se hace inevitable destacar, que pese a lo manifestado por algunos autores, la categoría del “Bloque de Constitucionalidad” se empieza a configurar desde 1993, cuando, mediante salvamento de voto a la Sentencia C-488/93, el magistrado Fabio Morón Díaz, hace alusión explícita a dicha categoría. Posteriormente, y antes que se asuma como categoría y fundamento de decisión, en el 1995, existen tres alusiones más en 1994, y una de ellas en la Sentencia C-555/94 donde ya se incluye dentro del texto y no precisamente en los salvamentos de voto.

Hasta la Sentencia T-568 de 1999, la Corte mantuvo la aplicación estricta del artículo 53 de la Constitución, aceptando los convenios de la OIT como legislación interna sin incluirlos expresamente, dentro de la figura del bloque de constitucionalidad. Hacia dicho año, la Corte afirmó que los convenios de la OIT que desarrollan el tema de derechos humanos fundamentales, de acuerdo a la manifestación ejecutada en la Sentencia C-181 de 1998, hacen parte del bloque de constitucionalidad. Dicha afirmación encuentra dos sustentos básicos: el primero de ellos, hace referencia, desde un sentido normativo, que si bien todo convenio del trabajo que es ratificado pertenece a la legislación interna, no solo por ese hecho hace parte integrante del bloque de constitucionalidad, y el segundo, desde una connotación fáctica, que no siempre los convenios de la OIT están encargados de regular temas relacionados estrechamente con derechos humanos fundamentales y en caso de hacerlo, se omite así expresarlo en la disposición internacional. La posición presentada fue adoptada mediante la Sentencia T-568 de 1999 y su concerniente confirmación efectuada en el auto de Sala Plena 078-A del mismo año, ambos con ponencia del magistrado Carlos Gaviria Díaz. En ellas se aseveró, por primera vez, la fijación de los convenios internacionales laborales dentro del marco del bloque de constitucionalidad, cuando de asuntos laborales se refiere.

Expresamente, la Corte Constitucional fijará en el bloque de constitucionalidad, mediante dicha sentencia:

- La Constitución de la OIT, y
- Los Convenios 87 y 98 sobre libertad sindical.

Adicionalmente, ingresa por medio del citado pronunciamiento las Recomendaciones que emiten los Órganos de Control de la OIT.

El enfoque acogido en las providencias señaladas en el párrafo anterior se ha fortalecido en posteriores dictámenes de ésta corporación, entre los cuales se cuenta con las sentencias T-1211 de 2000, T-1303 de 2001⁴⁸ y T-603 de 2003.

Seguidamente, en diversas providencias se han reconocido una serie de convenios como criterios fundamentales y necesarios para emitir juicios de constitucionalidad. Entre dichos convenios se cuentan, entre otros, los siguientes: 87, 95, 98 y 138.⁴⁹

48 La opinión de que los convenios internacionales que tienen que ver con el derecho al trabajo quedarían por fuera del bloque de constitucionalidad porque en los Convenios de la OIT no hay mención expresa de que queda prohibida su limitación en los estados de excepción y porque su prevalencia es en el orden interno (inciso 1º, artículo 93 de la Constitución Política), es una opinión que se cae de su peso si se considera que el bloque de constitucional se fundamenta en los dos incisos del artículo 93, el segundo de los cuales dice: “Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”, lo cual significa que es en virtud del inciso 2º del artículo 93 que los convenios 87 y 98 de la OIT hacen parte del bloque de constitucionalidad, en Corte Constitucional, Sentencia T-1303 de 2001, M.P.: Marco Gerardo Monroy Cabra, Bogotá, diciembre 06 de 2001.

49 Véase entre otras: C-567 de 2000, M.P.: Alfredo Beltrán Sierra, C-797 de 2000, M.P.: Antonio Barrera Carbonell, C-1491 de 2000 M.P.: Fabio Morón Díaz, C-170 de 2004 M.P.: Rodrigo Escobar Gil.

En el 2005, la Corte Constitucional dedicó su trabajo a realizar reafirmaciones sobre el desarrollo jurisprudencial en materia de convenios laborales,⁵⁰ que resumen la perspectiva adelantada en los siguientes términos:

Así, en un primer momento se enfatizó que todos los convenios internacionales del trabajo hacen parte de la legislación interna –en armonía con lo establecido en el inciso 4 del artículo 53 de la Constitución. Luego, varias sentencias empezaron a señalar que varios convenios de la OIT hacen parte del bloque de constitucionalidad y, posteriormente, se hizo una distinción entre ellos para señalar que algunos pertenecen al bloque de constitucionalidad en sentido estricto y otros al bloque de constitucionalidad en sentido lato.

No ofrece ninguna duda que todos los convenios internacionales del trabajo ratificados por Colombia fueron integrados a la legislación interna, por disposición expresa del inciso cuarto del artículo 53 de la Constitución. Esto significa que, de manera general, todos estos convenios adquieren el carácter de normas jurídicas obligatorias en el derecho interno por el solo hecho de su ratificación, sin que sea necesario que se dicten nuevas leyes para incorporar su contenido específico en el ordenamiento jurídico del país o para desarrollarlo.

[...]

La Corte considera que la inclusión de los convenios internacionales del trabajo dentro del bloque de constitucionalidad debe hacerse de manera diferenciada y fundamentada. Si bien todos los convenios internacionales del trabajo ratificados por Colombia forman parte de la legislación interna, varios integran también el bloque de constitucionalidad, en sentido lato o en sentido estricto.

El espectro de temas Tratados en los convenios internacionales del trabajo es muy amplio y diverso. El ámbito que tratan se extiende desde el relacionado con los derechos humanos fundamentales en el trabajo hasta el referido a puntos como la administración y las estadísticas del trabajo, pasando por el de la protección contra riesgos específicos como la cerusa en la pintura, el benceno, el asbesto, la maquinaria y el peso máximo por cargar.

Hasta el año 2002, Colombia había ratificado 55 convenios, de los 185 que había aprobado la OIT hasta 2003. Pues bien, los convenios ratificados por Colombia también se refieren a una amplia diversidad de temas, que abarcan desde los derechos humanos fundamentales en el trabajo (como los convenios Nos. 87 y 98, relativos a la libertad sindical, al derecho de sindicación y a la negociación colectiva; los Nos. 29 y 105, relativos a la abolición del trabajo forzoso, etc.) hasta las estadísticas del trabajo (convenio 160), pasando por los asuntos de la simplificación de la inspección de los emigrantes (convenio 21), de la inspección del trabajo (convenios

50 Frente al tema ver: C-035 de 2005, M.P.: Rodrigo Escobar Gil y C-401 de 2005 M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa.

81 y 129) y de la preparación de las memorias sobre la aplicación de convenios por parte del Consejo de Administración de la OIT (convenio 116).

Ello sugiere que para establecer cuáles convenios ratificados por Colombia integran el bloque de constitucionalidad es necesario que la Corte proceda a decidirlo de manera específica, caso por caso, tal como lo ha venido haciendo en las sentencias anteriormente citadas.⁵¹

La línea de pensamiento constitucional anteriormente presentada, permite establecer las siguientes conclusiones:

- Los convenios producidos por la OIT y ratificados debidamente por Colombia pertenecen, de conformidad al inciso 4º del artículo 53 de la Constitución, a la legislación interna, en el mismo rango de una ley ordinaria.

- No obstante, aquellos convenios laborales que desarrollan y contienen en sus disposiciones derechos humanos fundamentales, estén o no ratificados, forman parte, con la Constitución, en sentido formal, y otras disposiciones que ostentan un carácter constitucional, del *bloque de constitucionalidad*, sea este tomado, dependiendo del caso concreto, en *stricto* o *lato sensu*. Por ende, se encontraría, siempre que cumplan la condición mencionada, al mismo nivel de la Constitución Política.

En los años subsiguientes, no se van a presentar cambios de relevancia respecto al precedente sostenido. No obstante, se hace necesario referirse a la Sentencia C-280 de 2007; la cual, con ponencia de Humberto Antonio Sierra Porto, citando la Sentencia C-401 de 2005, reitera la posición del bloque bajo los dos (2) incisos y recalca que no todos los convenios de la OIT hacen parte del bloque; para ello se requerirá un pronunciamiento expreso de la Corte Constitucional para que se incluyan; en este sentido el Convenio 154 no ha satisfecho dicho requerimiento:

Entonces, al tenor de la decisión en comento, en relación a los convenios de la OIT se debe aclarar que si bien todos los que han sido “*debidamente ratificados*” por Colombia, “hacen parte de la legislación interna” (tal como consigna textualmente el artículo 53 constitucional) y en consecuencia “son normas jurídicas principales y obligatorias para todos los habitantes del territorio nacional, sin necesidad de que una ley posterior los desarrolle en el derecho interno”,⁵² no todos los convenios de la OIT forman parte del bloque de constitucionalidad, pues para que esto último suceda se requiere verificar si cumple las condiciones establecidas por el ordenamiento constitucional.

Adicionalmente, habría que distinguir entre aquellos convenios que hacen parte del bloque de constitucionalidad en sentido estricto (inciso primero del artículo 93

51 Corte Constitucional, Sentencia C-401 de 2005, M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa, Bogotá, abril 14 de 2005.

52 Sentencia C-401 de 2005.

constitucional), porque prohíben la limitación de un derecho humano bajo los estados de excepción y en consecuencia hacen parte del parámetro de control constitucional de las normas legales que regulan la materia y aquellos convenios que forman parte del bloque de constitucionalidad en sentido lato (inciso segundo del artículo 93 constitucional), los cuales “sirven como referente para interpretar los derechos de los trabajadores y darle plena efectividad al principio fundamental de la protección del trabajador (C.P., art. 1) y al derecho al trabajo (C.P. arts. 25 y 53)”.⁵³

Ahora bien, en lo que hace referencia al Convenio 154 de la OIT no cabe duda que hace parte de la legislación interna, tanto a la luz del artículo 53 constitucional, como por haber sido aprobado por medio de la Ley 524 de 1999,⁵⁴ sin embargo, hasta la fecha esta Corporación no ha declarado que haga parte integrante del bloque de constitucionalidad ni en sentido estricto ni en sentido lato.⁵⁵

3.2.3. *La labor jurisdiccional en la aplicación de las disposiciones de la OIT*

La consagración que hace la propia Constitución, en su artículo 4º, de ser “*norma de normas*”, instaura el principio de supremacía constitucional en el sistema jurídico colombiano; el cual trae consigo, entre sus múltiples implicaciones, un deber de garantizar la armonización del orden interno que tiene como parámetro la primera norma del ordenamiento jurídico. Es en este sentido que los organismos que conforman el Estado se postulan, dentro de los límites de sus competencias, como defensores del texto constitucional, y, como bien lo dice Kelsen, “ser ‘defensor de la Constitución’ significa, en el sentido originario del término, ser garante de la Constitución” (Kelsen, 1999: 71).

Pero la garantía de la Constitución debe estar dada más allá del texto formal de su articulado, y prolongarse, en muchas ocasiones, a enunciaciones normativas que la complementan (al integrar normas que sin estar dentro de su articulado se requiere para emitir juicios de constitucionalidad) o la completan (cuando las normas a las cuales se acude ostentan un carácter interpretativo). Es por ello que se habla del concepto de bloque de constitucionalidad.

Ahora bien, si el bloque ostenta el mismo valor normativo de la Constitución, siempre y cuando las normas que lo integren no la contraríen,⁵⁶ es claro que los preceptos, principios, valores y normas que se encuentran o se agrupan en la noción de bloque de constitucionalidad, también deben ser objeto de garantía por parte de los organismos del Estado. Por ende, el bloque de constitucionalidad obliga a las autoridades estatales y a los

53 *Ibid.*

54 Así se reconoce en la Sentencia C-1234 de 2005.

55 Corte Constitucional, Sentencia C-280 de 2007, M.P.: Humberto Antonio Sierra Porto, Bogotá, abril 18 de 2007.

56 Debe recordarse que la interpretación y aplicación de las normas internacionales frente a la Constitución quedan ligada al principio *pro homine*. El cual, tal como asevera Liliana Valiña, “*impone una interpretación extensiva de los derechos protegidos y una interpretación restrictiva de toda limitación, suspensión o restricción de esos derechos*” (Gómez, 2006: 25).

particulares, de conformidad con los deberes constitucionales, a condicionar sus actuaciones y decisiones al contenido del mismo. De tal forma, el productor e intérprete de las normas deben seguir los lineamientos ofrecidos por el bloque de constitucionalidad, debido a que la validez de sus actuaciones y decisiones, como factor de congruencia con las normas de superior jerarquía, está sometida al estricto cumplimiento del mismo.

El rango constitucional que les confiere la Carta a las disposiciones que integran el bloque, tal como lo manifiesta el profesor Norberto Bobbio, cumple una cuádruple función, a saber, servir de i) regla de interpretación respecto de la dudas que puedan suscitarse al momento de su aplicación; ii) la de integrar la normatividad cuando no exista norma directamente aplicable al caso; iii) la de orientar las funciones del operador jurídico, y iv) la de limitar la validez de las regulaciones subordinadas.⁵⁷

En consecuencia, es labor del operador jurisdiccional, en el caso concreto, acorde a un control difuso, mantener la estabilidad del sistema, revisando, acudiendo al bloque de constitucionalidad, y diferenciando cuáles normas internacionales requieren ratificación, cuáles normas pueden pertenecer al sistema, en qué nivel de la pirámide normativa se consolidan y cuáles pueden ser objeto de aplicación porque no requieren una regulación administrativa posterior.

Dicha labor judicial se encamina a dar efectividad a los derechos y se constituye como un contrapeso de garantía ante las posibles omisiones legislativas, en algunos casos, y/o a las omisiones de la administración, en otros momentos, para que éstas no impidan el aprovechamiento de los derechos ciudadanos.

Si bien, como ya se ha mencionado, los convenios de la OIT incurren en las más diversas temáticas, el juez debe recurrir a examinar la norma para el caso concreto. Indagar y descubrir si existe un derecho fundamental puesto en juego pese a su desarrollo lingüístico. Allí se hace necesario, una vez más, que el juez acuda a las diferencias de las normas auto-aplicativas y las normas programáticas fundamentales frente a las normas meramente programáticas, y sobre todo cuando se trata de derechos que aparentemente son presenciales.

Pero ¿por qué hablar de derechos de prestación frente a los Tratados internacionales? La respuesta viene dada desde la lógica de su contenido lingüístico incorporado en la redacción de los pronunciamientos internacionales. Como quedó presentado, y tal como se puede apreciar en la mayor parte de los Tratados, las disposiciones de carácter internacional pueden regular una cantidad innumerable de situaciones, sean temas meramente administrativos como asuntos de derechos humanos, incluso las más variadas materias, entendiéndose por ellas, penal, laboral, familia o cualquier otro ámbito jurídico, no obstante, los Tratados coinciden, la mayor parte de ellos, en su redacción y por esto en una prime-

57 Citado en: Corte Constitucional, Sentencia C-067 de 2003, M.P.: Marco Gerardo Monroy Cabra, Bogotá, febrero 4 de 2003.

ra oportunidad no se habló sino de “textura abierta” y del compromiso jurisdiccional en indagar con qué calidad de norma se encuentra para definir un caso concreto, es decir, la definición de si es o no auto-ejecutiva o de aplicación directa. Con todo, dicha indagación sobresale y se hace necesaria cuando aquello que se involucra como objeto de la disposición, y no necesariamente de todo el contenido del tratado, es un derecho humano. Allí, el juez se encuentra con una primera premisa: cuando la norma objeto de estudio se considera como un derecho humano o perteneciente al *ius cogens* no requerirá el cumplimiento de un trámite de ratificación. Sí, por tanto, no requiere ratificación sino que se incluye en el sistema colombiano deberá entonces vincularse con su aplicación.

Los derechos humanos fundamentales, sea que estén inscritos en el texto constitucional propiamente dicho, en un tratado internacional ratificado por Colombia, en disposiciones internacionales no ratificadas o no exista en un texto normativo válido y vigente en el contexto colombiano al ser un derecho innominado, cuando constan de un carácter programático no pueden ser obviados, sino por el contrario deberá el juez llenar aquello que la textura abierta deja de lado, para conseguir una efectivización de los derechos y que estos obtenga un verdadero valor normativo. No obstante, dicha labor no está dispuesta al libre albedrío judicial o, en mejores términos, a la arbitrariedad del operador jurisdiccional. El juez, en su papel de materializador de las disposiciones que exhiben un rango constitucional o prevalente sobre la demás normatividad, debe responder a unos criterios previamente establecidos, los cuales conforman aquello que se ha denominado, a lo largo del trabajo, como bloque constitucional.⁵⁸

Como consecuencia, el juez deberá recurrir a la Constitución como primera norma del sistema jurídico y como orientadora de la interpretación jurisdiccional. Además, deberá contar con los Tratados internacionales ratificados que reconozcan los derechos humanos y prohíban su limitación durante la existencia de los estados de excepción, y con los Tratados ratificados que indaguen sobre derechos humanos, pese a que no se hable de su no limitación en los estados de excepción, siempre y cuando el texto de dichas disposiciones no contraríen la Constitución en su sentido formal, referente a un mayor nivel de garantías. Asimismo, se deberá contar principios rectores, disposiciones de organismo internacionales que permitan dar interpretaciones del derecho y demás normatividad que para el caso concreto puede ofrecer criterios de inferencia, siempre que se respete el valor de la Constitución. De cualquier forma, la aplicación del derecho humano fundamental no se encuentra sujeta a una decisión legislativa sino a una decisión del poder jurisdiccional avalada por el poder constituyente.

Asimismo, existe otra clara razón que vincula a la rama jurisdiccional en la aplicación, o si así se prefiere la efectivización, de los Tratados internacionales, independiente de su contenido, pero con mayor ahínco en la caso de hacer referencia a derechos humanos: la *obligación internacional*.

58 Véase: Corte Constitucional, Sentencia T-406 de 1992, M.P.: Ciro Angarita Barón, Bogotá, junio 5 de 1992.

Con frecuencia se cree que la única rama del poder público que puede generar responsabilidad para el Estado es la rama ejecutiva. Esta idea es absolutamente errónea. Todas las ramas del poder público comprometen la responsabilidad internacional del Estado, en todos los niveles de las mismas. En este orden de ideas, tanta responsabilidad internacional puede generar un agente de la rama ejecutiva, como uno de la legislativa o de la judicial. Para efectos de la responsabilidad internacional tampoco interesa el rango del funcionario; genera responsabilidad cualquier agente, llámese presidente, ministro, magistrado de corte, senador, o juez municipal, concejal o inspector de policía (Gómez, 2006: 60).

En consecuencia, y para el caso que compete, se hace inevitable considerar la presencia de un papel de relevancia por parte de la rama jurisdiccional en la aplicación de los pronunciamientos de la OIT, dado que, en primera instancia, una vez ratificados hacen parte de la legislación interna y adicionalmente, buena parte de ellos se hacen continente de derechos humanos y por demás, conformarán aquello que es conocido como el bloque de constitucionalidad.

Conclusiones

Cuando se llega a la lectura de ésta parte final del texto, el lector, debe haber conseguido captar el cumplimiento de los objetivos planteados, en buena medida, sin que ello implique que el presente trabajo sea la última palabra sobre una discusión jurídica que sigue en constantes modificaciones y adecuándose a las circunstancias. En consecuencia, difícil sería emitir unas conclusiones precisas sobre el asunto tratado más allá de lo que ya antes se había mencionado, por ello, más que unas conclusiones, ésta última parte se constituye en una recapitulación de la información proporcionada por el presente texto, el cual con el paso de las hojas, se convertía en más pretensioso de lo esperado.

No obstante, se debe advertir al lector que si bien el presente acápite se postula como una recapitulación del trabajo efectuado, no por ello cuenta con la misma línea planteada en su introducción para el tratamiento del problema. Sin embargo, el hecho que no se haga acreedora, en estricto sentido, a la misma línea de tratamiento no interfiere para que se presente bajo la idea de recapitulación, ya que procura no omitir ninguna de las ideas principales expuestas, sólo que estarán bajo un orden distinto.

Proporcionada la advertencia anterior sobre cómo debe entender la presente recapitulación, se inicia la misma:

Es claro, y tal como se mostró en los primeros apartes de este trabajo, que la institucionalización y expansión masiva, durante las últimas décadas de las tendencias constitucionalistas, en los más diversos lugares del mundo, ha generado una apropiación importante sobre temáticas que se cimientan a partir de dos supuestos o tópicos relevantes, principalmente desde la configuración del Estado de Derecho: la garantía de las libertades in-

dividuales y la limitación del Estado, como el conjunto de órganos que ostentan el poder delegado. Ambos supuestos han ido conjugándose de manera gradual para la incorporación de cambios notorios frente a buena parte de las primeras obras constitucionales del siglo XVIII de los sistemas legislados. Pero dichas modificaciones no habrían tenido cabida sin que se pensase y estableciesen, en grandes términos, los mecanismos apropiados para que el texto constitucional tomara vida propia como regulación preponderante dentro del marco del ordenamiento jurídico.

Son los derechos humanos los que dan sentido a las obras de los Constituyentes Primarios, y su aplicación por medio del control constitucional, permiten que las directrices sociales no queden inscritas en un texto meramente formal. La labor de dicho control vincula a los organismos del Estado, y en especial medida al operador jurisdiccional, que siendo el que tiene mayor contacto directo con los sujetos de derechos y obligaciones, ostenta un mayor compromiso frente al control de la efectividad del texto constitucional.

Empero, su labor y compromiso no se limita ya a un texto cerrado y hermético, sino los dictámenes prevalentes para una decisión jurisdiccional están ampliados a textos distintos a los ordinariamente utilizados. El juez ya no está sometido al imperio de la ley, en estricto sentido, sino al imperio del respeto y las garantías que hacen de un individuo persona. Hoy, dentro del marco de un Estado constitucional, los principios tradicionales del Estado de Derecho se complementan bajo un nuevo principio rector: *la dignidad humana*.

La conflagración de dicho principio ha supuesto, bajo las circunstancias contemporáneas de globalización económica, social, política e incluso, jurídica, que los pronunciamientos internacionales encuentren un espacio en las discusiones de derecho interno. La recepción y aplicación de las mismas se han constituido en una temática, que pese al prolongado tiempo prestado para indagar sobre el asunto, se encuentra en período de construcción. Un claro ejemplo de dichas circunstancias se verifica dentro del contexto colombiano, donde hoy, conscientes de la vinculación con los principios señalados y del fenómeno mostrado, el texto constitucional ha abierto las puertas a la normatividad internacional en asuntos que complementan o completan la labor adelantada por los organismos del Estado.

Conceptos como derechos innominados y bloque de constitucionalidad se han insertado en la dogmática como criterios válidos de interpretación y aplicación de las normas que integran el sistema. Pero, buena parte de dicho desarrollo, como se expone en la tercera parte del texto, está dado por el aporte de la legislación internacional laboral, y en este caso la OIT, se constituye como el máximo exponente creador normativo de normas internacionales del trabajo a través de convenios y de recomendaciones, con el fin de lograr unas condiciones mínimas en materia de derechos laborales fundamentales.

En este mismo sentido, el estudio de las normas de la OIT se ha convertido en objeto del desarrollo jurisprudencial de la Corte Constitucional. Sus postulaciones son guías

orientadoras de las distintas legislaciones nacionales, consiguiendo el carácter de fuente de derecho, sin que ello implique la afirmación de la fuerza vinculante.

Dicha fuerza está dada no por su ratificación, no por las materias que desarrollan sino por la calidad de las normas que incluye, sean auto-ejecutivas o programáticas fundamentales, conceptos desarrollados en la segundo acápite del estudio, que permiten que labor judicial sea de mantener la estabilidad del sistema normativo.

Colombia, durante 85 años en los cuales ha estado bajo la órbita de preponderancia de la OIT, ratificando 59 convenios, de los cuales 53 permanecen en vigencia, sigue teniendo un problema estructural en su aplicación y la concepción sobre la vinculación de los convenios y recomendaciones de dicho organismo, haciendo inevitable que en los recorridos cronológicos que se hagan de los desarrollos normativos laborales se encuentre, sin lugar a negativas, como principal característica la heterogeneidad y el entrecortamiento.

La legislación laboral, en el caso colombiano, se ha enfrentado con los más diversos inconvenientes y los intereses contrapuestos de los gobiernos de turno, que no han permitido una uniformidad y coherencia de los planteamientos expuestos a lo largo de la historia. Ni siquiera las distintas ratificaciones de los convenios internacionales de la OIT han logrado conseguir de manera total el bienestar pretendido, y es así, como se postula, con un argumento fáctico, de nuevo, la importancia de la labor del operador jurisdiccional

Es allí, precisamente, donde el papel del juez se hace preponderante y revelador para que las instituciones no se alejen y fomenten una gran brecha con la realidad. Los argumentos constitucionales sobre la reglamentación de los convenios, la teoría interpretativa de las texturas abiertas y el marco de Estado Social de Derecho, es decir, constitucional y democrático, hacen evidente la necesidad de proteger los derechos adquiridos y vigentes de los trabajadores, y la imposibilidad de la Rama Jurisdiccional de hacer caso omiso a la defensas de estos. Los jueces han adquirido un nuevo papel interpretativo en las peticiones, y la ausencia de una norma con fuerza vinculante no sirve de excusa, mientras exista la Constitución en sentido amplio. En caso contrario, y tal como se infiere y se indica durante, buena parte, de las líneas que conforman el trabajo, la Constitución, como norma de normas, se convierte, de nuevo, en una visualización ya superada de un conjunto de mandatos meramente programáticos.

Bibliografía

AGUILÓ REGLA, Joseph. «La Constitución como fuente del derecho». En *Diplomado en Derecho Internacional del Trabajo* (Medellín, ago. 22- dic. 5, 2003). Medellín, Facultad de Derecho, Universidad Autónoma Latinoamericana / Escuela Nacional Sindical, Área de Derechos Humanos y Laborales, 2003.

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

- . *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*. Presentación y traducción de Carlos Bernal Pulido. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.
- ÁLVAREZ LONDOÑO, Luis Fernando. *Derecho internacional público*. Bogotá, Universidad Javeriana, 1998.
- ARANGO, Rodolfo. «La justiciabilidad de los derechos sociales fundamentales». En *Diplomado en Derecho Internacional del Trabajo* (Medellín, ago. 22- dic. 5, 2003). Medellín, Facultad de Derecho, Universidad Autónoma Latinoamericana / Escuela Nacional Sindical, Área de Derechos Humanos y Laborales, 2003.
- . «Protección nacional e internacional de los derechos humanos sociales». En *Diplomado en Derecho Internacional del Trabajo* (Medellín, ago. 22- dic. 5, 2003). Medellín, Facultad de Derecho, Universidad Autónoma Latinoamericana / Escuela Nacional Sindical, Área de Derechos Humanos y Laborales, 2003.
- CAVALIER, Germán. *Régimen jurídico de los Tratados internacionales en Colombia*. 3ª ed. Bogotá, Legis, 2000.
- CHINCHILLA HERRERA, Tulio Elí. «Introducción a una teoría constitucional colombiana». En revista *Estudios de Derecho*, N° 117-118 (mar.-sep. 1991), pp. 7-28. Medellín, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia.
- . *¿Qué son y cuáles son los derechos fundamentales?* Bogotá, Temis, 1999.
- CUETO RÚA, Julio. *Fuentes de derecho*. Buenos Aires, Abeledo / Perrot, 1971.
- DE OTTO, Ignacio. *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*. Barcelona, Ariel, 2001.
- DRZEWCZKI, Krzysztof. «El derecho al trabajo y los derechos en el trabajo». Traducción del inglés de Neal Toft. En *Diplomado en Derecho Internacional del Trabajo* (Medellín, ago. 22- dic. 5, 2003). Medellín, Facultad de Derecho, Universidad Autónoma Latinoamericana / Escuela Nacional Sindical, Área de Derechos Humanos y Laborales, 2003.
- ESCRUCERÍA MAYOLO, Iván Humberto (comp.). «Teoría y práctica constitucional». En *Diplomado en Derecho Internacional del Trabajo* (Medellín, ago. 22- dic. 5, 2003). Medellín, Facultad de Derecho, Universidad Autónoma Latinoamericana / Escuela Nacional Sindical, Área de Derechos Humanos y Laborales, 2003.
- FAVOREAU, Louis. *Legalidad y constitucionalidad. La constitucionalización del derecho*. Traducción de Magdalena Correa Henao. Bogotá, Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahíta, 2000.
- GÓMEZ ZULUAGA, Alberto León. «La aplicabilidad de los Tratados de Derechos Humanos por los tribunales nacionales: el derecho internacional como fuente de derechos y obligaciones en el derecho interno». En AA.VV. *La aplicación judicial de los Tratados internacionales*. Bogotá, Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos (ILSA), 2006, pp. 7-67.

- GOSEPATH, Stefan. «Consideraciones sobre las fundamentaciones de los Derechos Humanos sociales». En *Diplomado en Derecho Internacional del Trabajo* (Medellín, ago. 22- dic. 5, 2003). Medellín, Facultad de Derecho, Universidad Autónoma Latinoamericana / Escuela Nacional Sindical, Área de Derechos Humanos y Laborales, 2003.
- GUERRERO FIGUEROA, Guillermo. *Introducción al derecho del trabajo*. 2ª ed. Bogotá, Temis, 1982.
- . *Manual de derecho del trabajo*. Bogotá, Leyer, 1998.
- KELSEN, Hans. *Teoría pura del derecho*. 2ª ed. México, UNAM, 1968.
- . *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?* 2ª ed. Madrid, Tecnos, 1999.
- LEARY, Virginia A. *International Labour Conventions and National Law: The effectiveness of the automatic incorporation of treaties in national legal systems*. London, Marthinus Nijhoff, 1982. Citado en MOLINA M., Carlos Ernesto. «Demanda de inconstitucionalidad al artículo 19 del Código Sustantivo del Trabajo. Radicado D-5355 (julio 29 de 2004)». M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa (En trámite).
- MARTÍNEZ MARULANDA, Diego. *Fundamentos para una introducción al derecho*. Medellín, Universidad de Antioquia, 2000.
- MESA, José Gabriel. «El proceso de elaboración y adopción de los convenios internacionales del trabajo». En revista bimestral *Actualidad Laboral*, N° 81 (may.-jun. 1997), pp. 10-14. Bogotá, Legis.
- . «Del efecto vinculante para Colombia de ciertos pronunciamientos de la OIT». En revista bimestral *Actualidad Laboral*, N° 87. (may./jun. 1998), pp. 4-11. Bogotá, Legis.
- MONROY CABRA, Marco Gerardo. *Derecho internacional público*. 5ª ed. Bogotá, Temis, 2002.
- PÉREZ RESTREPO, Bernardita. «Los Convenios y recomendaciones de la OIT en el derecho constitucional colombiano». (Documento inédito, sin publicación).
- QUINTANA, Juan José. *Derecho internacional público contemporáneo*. Medellín, Gustavo Ibáñez, 2001.
- RAMÍREZ CLEVES, Gonzalo. *Los límites a la reforma constitucional y las garantías. Límites del poder constituyente: los derechos fundamentales como paradigma*. Bogotá, Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahíta, 2003.
- RESTREPO ARAMBURO, Luis Fernando. «Albores humanísticos en el derecho laboral colombiano del siglo XXI». (Documento inédito, sin publicación).
- SANÍN VÁSQUEZ, José Luciano. «Los derechos económicos, sociales y culturales en la jurisprudencia de la Corte Constitucional». En *Diplomado en Derecho Internacional del Trabajo* (Medellín, ago. 22- dic. 5, 2003). Medellín, Facultad de Derecho, Universidad Autónoma Latinoamericana / Escuela Nacional Sindical, Área de Derechos Humanos y Laborales, 2003.

UPRIMNY YEPES, Rodrigo. «Bloque de constitucionalidad, Derechos Humanos y nuevo procedimiento penal». En *Reflexiones sobre el nuevo sistema procesal penal*. Bogotá, Consejo Superior de la Judicatura, 2005, pp. 25-71.

VERDROSS, Alfred. *Derecho internacional público*. Madrid, Aguilar, 1967.

VERGARA CORTÉS, Rodrigo. *El bloque de constitucionalidad*. En revista *Estudios de Derecho*, vol. LIX, N° 133-134 (dic. 2000), pp. 13-36. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia.

Pronunciamientos jurisdiccionales

Corte Constitucional

Sentencia C-221 de 1992. M.P.: Alejandro Martínez Caballero. Bogotá, mayo 29 de 1992.

Sentencia T-406 de 1992. M.P.: Ciro Angarita Barón. Bogotá, junio 5 de 1992.

Sentencia C-465 de 1992. M.P.: Ciro Angarita Barón. Bogotá, julio 16 de 1992.

Sentencia T-418 de 1992. M.P.: Simón Rodríguez Rodríguez. Bogotá, junio 19 de 1992.

Sentencia C-562 de 1992. M.P.: Jaime Sanín Greiffenstein. Bogotá, octubre 22 de 1992.

Sentencia C-574 de 1992. M.P.: Ciro Angarita Barón. Bogotá, octubre 28 de 1992.

Sentencia C-049 de 1994. M.P.: Antonio Barrera Carbonell. Bogotá, febrero 10 de 1994.

Sentencia C-059 de 1994. M.P.: Vladimiro Naranjo Mesa. Bogotá, febrero 17 de 1994.

Sentencia C-147 de 1994. M.P.: Jorge Arango Mejía. Bogotá, marzo 23 de 1994.

Sentencia C-333 de 1994. M.P.: Fabio Morón Díaz. Bogotá, julio 21 de 1994.

Sentencia C-083 de 1995. M.P.: Carlos Gaviria Díaz. Bogotá, marzo 1 de 1995.

Sentencia C-225 de 1995. M.P.: Alejandro Martínez Caballero. Bogotá, mayo 18 de 1995.

Sentencia C-578 de 1995. M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz. Bogotá, diciembre 4 de 1995.

Sentencia C-682 de 1996. M.P.: Fabio Morón Díaz. Bogotá, diciembre 5 de 1996.

Sentencia C-690 de 1996. M.P.: Alejandro Martínez Caballero. Bogotá, diciembre 5 de 1996.

Sentencia C-280 de 1997. M.P.: Hernando Herrera Vergara. Bogotá, junio 5 de 1997.

Sentencia C-468 de 1997. M.P.: Alejandro Martínez Caballero. Bogotá, septiembre 25 de 1997.

Sentencia C-191 de 1998. M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz. Bogotá, mayo 6 de 1998.

Sentencia C-376 de 1998. M.P.: Alejandro Martínez Caballero. Bogotá, julio 27 de 1998.

Sentencia C-400 de 1998. M.P.: Alejandro Martínez Caballero. Bogotá, agosto 10 de 1998.

Sentencia T-568 de 1999. M.P.: Carlos Gaviria Díaz. Bogotá, agosto 10 de 1999.
Auto A-078A de 1999. M.P.: Carlos Gaviria Díaz. Bogotá, diciembre 9 de 1999.
Sentencia C-567 de 2000. M.P.: Alfredo Beltrán Sierra. Bogotá, mayo 17 de 2000.
Sentencia C-797 de 2000. M.P.: Antonio Barrera Carbonell. Bogotá, junio 29 de 2000.
Sentencia C-1491 de 2000. M.P.: Fabio Morón Díaz. Bogotá, noviembre 2 de 2000.
Sentencia T-1303 de 2001. M.P.: Marco Gerardo Monroy Cabra. Bogotá, diciembre 6 de 2001.
Sentencia C-067 de 2003. M.P.: Marco Gerardo Monroy Cabra. Bogotá, febrero 4 de 2003.
Sentencia C-170 de 2004. M.P.: Rodrigo Escobar Gil. Bogotá, marzo 2 de 2004.
Sentencia C-036 de 2005. M.P.: Humberto Antonio Sierra Porto. Bogotá, enero 25 de 2005.
Sentencia C-401 de 2005. M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa. Bogotá, abril 14 de 2005.
Sentencia C-280 de 2007. M.P.: Humberto Sierra Porto. Bogotá, abril 17 de 2007.

Corte Suprema de Justicia – Sala Laboral

Radicado 10008 de 1997. M.P.: Jorge Iván Palacio P. Bogotá, junio 20 de 1997.
Radicado 11859 de 1999. M.P.: José Roberto Herrera V. Bogotá, enero 28 de 1999.
Radicado 10659 de 1998. M.P.: Jorge Iván Palacio P. Bogotá, junio 19 de 1998.
Radicado 11982 de 1999. M.P.: Luis Gonzalo Toro C. Bogotá, abril 13 de 1999.
Radicado 12090 de 1999. M.P.: Germán Valdés S. Bogotá, octubre 25 de 1999.
Radicado 10779 de 1998. M.P.: Rafael Méndez A. Bogotá, julio 17 de 1998.
Radicado 7487 de 1995. M.P.: José Roberto Herrera V. Bogotá, julio 7 de 1995.
Radicado 13561 de 2000. M.P.: Germán Valdés S. Bogotá, mayo 11 de 2000.
Radicado 17551 de 2002. M.P.: Carlos Isaac Nader. Bogotá, mayo 9 de 2002.
Radicado 17193 de 2002. M.P.: Isaura Vargas D. Bogotá, julio 10 de 2002.