

459490

Cartilla guía utilización NIT en
decisiones judiciales
Proyecto Promoción de Principios
y Derechos Fundamentales en el Trabajo – OIT

Fanny Ramírez

Copyright © Oficina Internacional del Trabajo 2010
Primera edición 2010

Las publicaciones de la Oficina Internacional del Trabajo gozan de la protección de los derechos de propiedad intelectual en virtud del protocolo 2 anexo a la Convención Universal sobre Derecho de Autor. No obstante, ciertos extractos breves de estas publicaciones pueden reproducirse sin autorización, con la condición de que se mencione la fuente. Para obtener los derechos de reproducción o de traducción, deben formularse las correspondientes solicitudes a Publicaciones de la OIT (Derechos de autor y licencias), Oficina Internacional del Trabajo, CH-1211 Ginebra 22, Suiza, o por correo electrónico a pubdroit@ilo.org, solicitudes que serán bien acogidas.

Las bibliotecas, instituciones y otros usuarios registrados ante una organización de derechos de reproducción pueden hacer copias de acuerdo con las licencias que se les hayan expedido con ese fin. En www.ifrro.org puede encontrar la organización de derechos de reproducción de su país.

RAMÍREZ, Fanny

Cortilla guía utilización NIT en decisiones judiciales. Proyecto Promoción de Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo – OIT.

Bogotá: OIT / Proyecto Promoción de Principios Fundamentales en el Trabajo, 2010. 114 p.

Normas Internacionales del Trabajo, procedimiento judicial, administración de justicia, derechos de los trabajadores, guía, Colombia.

ISBN: 978-92-2-323570-3 (print)

ISBN: 978-92-2-323571-0 (web pdf)

Datos de catalogación de la OIT

Las denominaciones empleadas, en concordancia con la práctica seguida en las Naciones Unidas, y la forma en que aparecen presentados los datos en las publicaciones de la OIT no implican juicio alguno por parte de la Oficina Internacional del Trabajo sobre la condición jurídica de ninguno de los países, zonas o territorios citados o de sus autoridades, ni respecto de la delimitación de sus fronteras.

La responsabilidad de las opiniones expresadas en los artículos, estudios y otras colaboraciones firmados incumbe exclusivamente a sus autores, y su publicación no significa que la OIT las sancione.

Las referencias a firmas o a procesos o productos comerciales no implican aprobación alguna por la Oficina Internacional del Trabajo, y el hecho de que no se mencionen firmas o procesos o productos comerciales no implica desaprobación alguna.

Las publicaciones de la OIT pueden obtenerse en las principales librerías y en las oficinas locales que tiene en diversos países o pidiéndolas a: Publicaciones de la OIT, Oficina Internacional del Trabajo, CH-1211 Ginebra 22, Suiza o a: Oficina Regional de la OIT para América Latina y el Caribe, Las Flores 275, San Isidro, Lima 27, Apartado Postal 14-124, Lima, Perú. También pueden solicitarse catálogos o listas de nuevas publicaciones a las direcciones antes mencionadas o por correo electrónico a: pubvente@ilo.org o biblioteca_regional@oit.org.pe.

Vea nuestros sitios en la red: www.ilo.org/publns o www.oit.org.pe/publ [sitio web regional]

Impreso en Colombia

ADVERTENCIA

El uso de un lenguaje que no discrimine ni marque diferencias entre hombres y mujeres es una de nuestras preocupaciones de nuestra Organización. Sin embargo, no hay acuerdo entre los lingüistas sobre la manera de hacerlo en nuestro idioma.

En tal sentido y con el fin de evitar la sobrecarga gráfica que supondría utilizar en español o/a para marcar la existencia de ambos sexos, hemos optado por emplear el masculino genérico clásico, en el entendido de que todas las menciones en tal género representan siempre a hombres y mujeres.



Oficina
Internacional
del Trabajo

Oficina Internacional del Trabajo

Oficina Regional para los Países Andinos
Proyecto Promoción de Principios y Derechos Fundamentales
en el Trabajo

ISBN: 978-92-2-323570-3

José Luis Daza

Director Oficina Regional para los Países Andinos

Xavier Beaudonnet

Experto en Normas Internacionales - Revisión y aprobación de
contenidos

Katerine Bermúdez Alarcón

Coordinadora Nacional de Proyecto

María Fernanda Cuarán Bermúdez

Asistente Administrativa de Proyecto

Fanny Ramírez Araque

Colaboradora Externa – Autora de la cartilla

Editorial Gente Nueva

Impresión

Agradecemos al Consejo Superior de la Judicatura y especialmente a su Presidente Francisco Escobar Henríquez, por su colaboración y especial apoyo en el desarrollo de los talleres con magistrados y jueces laborales del país, con quienes se práctico y validó la presente cartilla.

Contenido

Presentación	9
A. Fuerza vinculante de los Convenios y Recomendaciones internacionales del trabajo en el derecho colombiano	13
a) Los convenios internacionales del trabajo	13
b) Las recomendaciones internacionales del trabajo adoptadas por la Conferencia Internacional del Trabajo	14
1. Obligatoriedad de los convenios de la OIT debidamente ratificados	17
2. Jerarquización de las NIT: bloque de constitucionalidad y bloque de legalidad	20
2.1. <i>Bloque de constitucionalidad</i>	22
2.2. <i>Bloque de Legalidad</i>	23
2.3. <i>Bloque de constitucionalidad en sentido estricto</i>	24
2.4. <i>Bloque de constitucionalidad en sentido lato</i>	24
2.5. <i>Función supletoria de los convenios de la OIT debidamente ratificados</i>	24
3. Solución de antinomias entre los convenios de la OIT debidamente ratificados y una norma de origen nacional	26
4. Fuerza vinculante de las recomendaciones de la Conferencia Internacional del Trabajo	28
B. Convenios de la OIT que hacen parte del bloque de constitucionalidad ...	29
1. Convenios utilizados por la Corte Constitucional sin decir expresamente que hacen parte del bloque de constitucionalidad	30
1.1. <i>Convenio 111 sobre la no discriminación en el empleo y la ocupación y Convenio 100 sobre la igualdad de remuneración de hombres y mujeres por trabajo de igual valor</i>	30
2. Convenios utilizados por la Corte Constitucional como bloque de constitucionalidad en sentido estricto	36
2.1. <i>Convenio 87 sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, y Convenio 98 sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva</i>	36
2.2. <i>Convenios 138 sobre la edad mínimo y 182 sobre los peores formas de trabajo infantil</i>	39

3. Convenios utilizadas por la Corte Constitucional como bloque de constitucionalidad en sentido lato	41
3.1 Las convenios de la OIT ratificados sobre derechos humanos.....	41
4. Convenios utilizadas por la Corte Constitucional como bloque de constitucionalidad sin especificar en qué sentido.....	43
4.1 Convenio 95 sobre la protección del salario	43
4.2 Convenio 132 sobre las vacaciones pagadas	44
4.3 Convenios 151 sobre las relaciones de trabajo en la administración y 154 sobre negociación colectiva.....	45
C. Talleres	53
1. Taller Guiado para la solución de un conflicto jurídico sobre libertad sindical.....	53
1.1. Objetivos específicos	53
1.2. Contexto del caso	53
1.3. Hechos de la parte demandante	54
1.4. Posición de la parte demandada	54
1.5. Decisión de primera instancia	54
1.6. Apelación del demandado.....	55
1.7. Fuentes jurídicas nacionales e internacionales utilizadas en los argumentos sugeridos.....	55
1.8. Reglas guía extraíbles de las fuentes nacionales e internacionales utilizadas en la solución sugerida.....	56
1.9. Argumentos que permiten dar solución al caso, basados tanto en el derecho de origen nacional como en el de origen internacional... ..	56
1.10. Solución sugerida	57
1.11. Argumentos.....	57
1.11.1. El fuero sindical como garantía constitucional; intereses que protege; elementos del derecho de asociación sindical.	57
1.11.2. Objetivo específico del proceso de levantamiento de fuero sindical	59
1.11.3. La sola autorización para despido colectivo no es justa causa para autorizar el levantamiento del fuero.....	60
1.11.4. Los despidos colectivos por razones económicas conllevan un riesgo muy alto de discriminación sindical encubierta... ..	62
1.11.5. El reintegro como medida de reparación por la discriminación sindical.....	65
1.11.6. La atribución al empleador de la carga de probar la justa causa del despido constituye una medida adecuada de protección de la libertad sindical.	67
1.12. Temas específicos tratados	68
1.13. Conclusiones.....	69

2. Taller Guiado para solución de un conflicto jurídico sobre discriminación en el empleo y la ocupación (C111).....	70
2.1. Objetivos específicos	70
2.2. Contexto del caso	70
2.3. Hechos de la parte demandante	70
2.4. Posición de la parte demandada	71
2.5. Decisión de primera instancia	71
2.6. Apelación de la parte demandante	71
2.7. Fuentes jurídicas de origen nacional e internacional utilizables en los argumentos sugeridos	72
2.8. Reglas guía extraíbles de las fuentes nacionales e internacionales utilizadas en la solución propuesta	73
2.9. Argumentos que permiten dar solución al caso, basados tanto en el derecho de origen nacional como en el de origen internacional.. ..	74
2.10. Solución sugerida	75
2.11. Argumentos.....	75
2.11.1. De la igualdad en el empleo y la ocupación, como derecho fundamental y principio constitucional: Exclusión de toda discriminación	75
2.11.2. Las calificaciones exigidas para un empleo determinado no son discriminatorias, si son necesarias e inherentes para el ejercicio del cargo	78
2.11.3. La discriminación indirecta como una de las formas de discriminación	79
a) Discriminación en derecho	80
b) Discriminación en la práctica	80
c) Discriminación directa.....	80
d) Discriminación indirecta	80
2.11.4. La exigencia de una estatura determinada para las mujeres como requisito para desempeñar el cargo, puede constituir una discriminación indirecta por motivos de sexo	82
2.11.5. El despido sin justa causa, aún cuando se haya pagado la indemnización, pueden ser demandada con miras a evitar el riesgo de una discriminación implícita (o encubierta)....	88
2.11.6. La atribución al empleador de la carga de probar las razones objetivas que justifican el requisito de estatura para el cargo constituye una medida adecuada de protección contra la no discriminación en el empleo.....	94
2.11.7. El reintegro como medida de reparación adecuada ante una discriminación producida por un despido con motivos ilícitos.....	98
2.12. Temas específicos tratados	100
2.13. Conclusiones.....	101

3. Taller abierto: Uso de los Convenios sobre libertad sindical y negociación colectiva	102
3.1. Contexto del caso	102
3.2. Hechos de la parte demandante	102
3.3. Contestación de la parte demandada	102
3.4. Solución de primera instancia	103
4. Taller abierto: Uso del Convenio sobre no discriminación en el empleo y la ocupación	104
4.1. Contexto del caso	104
4.2. Hechos de la parte demandante	104
4.3. Contestación de la parte demandada	104
4.4. Solución de primera instancia	105
5. Taller abierto: Libertad sindical y medidas de protección a la libertad sindical utilizando las NIT y las técnicas de argumentación oral	106
Bibliografía	109



Presentación

La presente cartilla ha sido producida dentro del proyecto “Promoción de principios y derechos fundamentales en el trabajo” liderado por la OIT para Colombia.

Su contenido recoge pronunciamientos de la Corte Constitucional donde se refleja el uso de las normas internacionales del trabajo (NIT) en las decisiones de constitucionalidad de las leyes, así como en las que resuelven sobre la protección de los derechos fundamentales. Seguramente, en la medida en que las partes invoquen las NIT ante los jueces laborales en sus procesos, y que, en las decisiones de primera y segunda instancia, estos operadores judiciales las utilicen, se abrirá una oportunidad para que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia también enriquezca con sus pronunciamientos el estudio sobre el tema.

Con esta cartilla se pretende suministrar una herramienta teórico-práctica para los jueces y magistrados laborales, sobre el uso de las NIT como fuentes de aplicación directa, para la solución de los conflictos jurídicos en Colombia, a fin de ofrecerles un instrumento guía y apoyo adicional para la argumentación oral que establece la Ley 1149 de 2007. Como también, estimularlos a profundizar su conocimiento en la materia e incrementar su uso en el momento de proferir sus decisiones judiciales, brindando la oportunidad al juez, como máximo director del proceso, de contar con más y mejores instrumentos jurídicos para sustentar y reforzar sus decisiones.

Así pues, el objetivo general de la presente cartilla es promover el entorno y la capacidad apropiados para incrementar las buenas prácticas judiciales de aplicación de los principios y derechos fundamentales comprendidos en la Declaración de 1998 de la OIT; en particular, la libertad sindical y la no discriminación en el empleo y la ocupación.

Según el artículo 53 de la Constitución colombiana, los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados hacen parte de la legislación interna, de lo cual se puede afirmar, con toda seguridad, que su utilización

se torna obligatoria y directa, como cualquier otra norma de origen nacional, una vez ocurrida su ratificación. Además, que hay convenios que por tratar sobre derechos humanos hacen parte del bloque de constitucionalidad (art. 93 *ibídem*).

De acuerdo con lo anterior, los convenios de la OIT ratificados por Colombia deben ser tenidos en cuenta por todas las autoridades del Estado, entre ellas los jueces laborales, puesto que sus sentencias constituyen ámbitos ordinarios de reconocimiento y realización de los derechos, tanto los fundamentales como los legales.

La Corte Constitucional ha señalado que:

La administración de justicia, en general, es una instancia estatal de aplicación del derecho, que en cumplimiento de su rol debe atenerse a la Constitución y a la ley y que todo su obrar debe dirigirse, entre otras cosas, a garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, incluidos, obviamente, los derechos fundamentales. Si esto es así, lo obvio es que las sentencias judiciales se asuman como supuestos específicos de aplicación del derecho y que se reconozca su legitimidad en tanto ámbitos de realización de fines estatales y, en particular, de la garantía de los derechos constitucionales.¹

En este orden de ideas, el presente trabajo se justifica en la medida en que proporciona una ayuda pedagógica para la aplicación de los convenios de la OIT, de conformidad con la Constitución.

En atención a lo anterior, la presente cartilla consta de tres partes. La primera parte titulada “A. Fuerza vinculante de los convenios y recomendaciones internacionales del trabajo en el derecho colombiano” corresponde a un estudio teórico de las razones jurídicas que conducen a sustentar la obligatoriedad de los convenios de la OIT debidamente ratificados. Al comienzo, se refiere a cómo se incorpora esta normatividad en la legislación interna colombiana; a continuación, se determina el lugar que entran a ocupar dichos instrumentos dentro del orden jurídico nacional, lo que se denomina la jerarquización de las NIT; y por último, con base en la Constitución de Colombia, la Constitución de la OIT y la Convención de Viena sobre los tratados (ratificada mediante Ley 32 de 1985), se presentan unas reglas para efectos de solucionar las antinomias que se pueden presentar entre los convenios de la OIT y las demás normas nacionales.

1 Corte Constitucional, sentencia C-S90 de 2005.

En la segunda parte, “B. Convenios de la OIT que hacen parte del bloque de constitucionalidad” se da inicio a la construcción de una relación de convenios de la OIT que son considerados por la Corte Constitucional como parte del bloque de constitucionalidad, con el fin de facilitar su uso por los operadores judiciales y trazar el camino para que se siga alimentando con los demás pronunciamientos que la Corte Constitucional haya hecho o haga sobre el tema.

Y en la tercera parte, se encuentran dos talleres guiados con el fin de servir de ayuda pedagógica para la utilización de las NIT en las decisiones judiciales. El primero trata un tema de libertad sindical donde se sugiere una solución construida con argumentos basados en la Constitución, el Código Sustantivo del Trabajo y los Convenios 87 y 98 de la OIT. El segundo corresponde a un tema de discriminación en el empleo, cuyos argumentos propuestos se basan en la Constitución, el Código Sustantivo del Trabajo, el Convenio 111 y la Recomendación 111. Al final de esta parte, se presentan dos talleres, uno sobre libertad sindical y otro sobre no discriminación en el empleo y la ocupación, para que los operadores judiciales pongan en práctica la información suministrada en la presente herramienta.

El anhelo de la autora al culminar este trabajo es el que esta cartilla sea un instrumento de amigable consulta y que sea de gran utilidad para fortalecer el hábito de uso de las NIT en las decisiones judiciales, de la misma manera que ocurre con las demás normas nacionales, para que se incrementen las buenas prácticas judiciales de aplicación de las NIT.

Fanny Ramírez Araque
Junio de 2009

A. Fuerza vinculante de los convenios y recomendaciones internacionales del trabajo en el derecho colombiano

En esta parte se precisará la fuerza vinculante de los convenios y recomendaciones internacionales del trabajo adoptadas por la OIT en el derecho colombiano, con base en los artículos 4º, 53, 93 y 230 de la Constitución Política de Colombia y en las consideraciones de la sentencia C-401 de 2005 de la Corte Constitucional, la cual declaró la constitucionalidad condicionada del artículo 19 del Código Sustantivo del Trabajo (CST) que le otorgaba a los convenios de la OIT, sin hacer ninguna distinción, el carácter de fuente supletoria². Como también, en las contenidas en la sentencia C-468 de 1997³, en relación con las recomendaciones.

Antes de entrar en materia, es necesario recordar qué son cada uno de estos instrumentos internacionales.

a) Los convenios internacionales del trabajo

Los convenios de la OIT son tratados internacionales⁴. Los Estados que hayan ratificado un convenio de la OIT están entonces jurídicamente obligados por el contenido de dicho instrumento, por lo cual, según los términos del parágrafo 5 d) del artículo 19 de la Constitución de la OIT, deben adoptar "las medidas necesarias para hacer efectivas las disposiciones de dicho convenio"⁵. Y los que no lo ratifiquen están en la obligación de rendir un informe al Director General de la Oficina Internacional del Trabajo, con la frecuencia que indique

2 En esta sentencia, la Corte decidió que el artículo 19 era exigible, en el entendido de que no exista convenio aplicable al caso controvertido, y el convenio que se aplique supletoriamente esté debidamente ratificado por Colombia.

3 Mediante la sentencia C-468 de 1997 se hizo control automático de la Ley 347 de 1997 por medio de la cual se aprobaban las recomendaciones 171, 172, 173, 174, 176, 178 y 179 adoptadas por la Conferencia General de la Organización, donde se inhibió de conocer el contenido de las recomendaciones, por cuanto las recomendaciones no son susceptibles de ratificación, dado que no son tratados.

4 El artículo 5 de la Convención de Viena, sobre el Derecho de los Tratados, confirma que dicha Convención es aplicable "a todo tratado que sea un instrumento constitutivo de una organización interna nacional y a todo tratado adoptado en el ámbito de una organización internacional, sin perjuicio de cualquier norma pertinente de la organización".

5 Véase OIT, *Derecho Internacional del Trabajo y Derecho Interno. Manual de formación para jueces, juristas y docentes en derecho*, Xavier Beaudonnet, 2009, p. 46.

el Consejo de Administración de la OIT (en adelante Consejo de Administración), sobre el estado de su legislación y la práctica interna relativa al contenido de dicho convenio, así como sobre las perspectivas de ratificación⁶.

Los convenios de la OIT, una vez ratificados por Colombia, generan obligaciones al Estado colombiano, en virtud del principio *pacta sunt servanda* contenido en la Convención de Viena, sobre el Derecho de los Tratados⁷. Y en desarrollo de este principio, Colombia debe adaptar su legislación interna al contenido de los convenios ratificados.⁸

b) Las recomendaciones internacionales del trabajo adoptadas por la Conferencia Internacional del Trabajo

En relación con las recomendaciones de la Conferencia hay que decir que estas, para su adopción en la OIT, requieren de la misma votación prevista para los convenios (las dos terceras partes de los asistentes), pero se diferencian de estos (al no ser tratados internacionales), en cuanto no son susceptibles de ratificación; sin embargo, a pesar de no ser un instrumento jurídicamente vinculante, los Estados tienen la obligación de someter la recomendación a la autoridad legislativa interna dentro de un plazo de 18 meses, con el fin de que le dé forma de ley o adopte medidas, y de presentar una memoria de seguimiento del estado de la legislación y de la puesta en práctica del contenido de la misma a solicitud del Consejo de Administración.

En el derecho interno colombiano (no solo en el derecho colombiano) las recomendaciones no se consideran verdaderos tratados, y su fuerza normativa dependerá de una ley ordinaria que la incorpore o haga suyo su contenido, en cuyo evento la ley no tendrá control automático ni previo por el máximo tribunal constitucional, por no ser ley aprobatoria de tratado. Sin embargo, la Corte Constitucional ha considerado que cuando una recomendación guarda estrecha relación con un convenio sí es susceptible de ratificación; y la ley que la adopte tendrá el consecuente control previo y automático. Si la recomendación no tiene esta naturaleza, la ley que la adopte en forma de tratado será inexecutable por vicios de forma⁹.

6 Ver artículo 19 de la Constitución de la OIT.

7 **Artículo 26. 'Pacta sunt servanda'**. Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe". (Convención de Viena, sobre el Derecho de los Tratados).

8 **Artículo 27. El derecho interno y la observancia de los tratados**. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado". (Convención de Viena, sobre el Derecho de los Tratados).

9 Ver la sentencia C-468 de 1997.

En la sentencia C-280 de 1997, la Corte Constitucional declaró executable la Ley 320 de 1996, por medio de la cual fueron aprobados el "Convenio 174 sobre la prevención de accidentes industriales mayores" y la "Recomendación 181 sobre la prevención de accidentes industriales mayores", adoptados en la 80ª Reunión de la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo en Ginebra, el 22 de junio de 1993, luego de hacer el estudio de fondo tanto del Convenio 174, como de la Recomendación 181.

Sostuvo la Corte en dicha oportunidad:

En este orden de ideas, dado el carácter de instrumento internacional que compromete la voluntad de los Estados y le impone obligaciones, los convenios de la OIT deben ser objeto de control constitucional formal y material por parte de esta Corporación.

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.

En efecto, teniendo en cuenta que en el presente asunto, la recomendación No. 181 se ajusta a las normas constitucionales, en particular como se demostrará a continuación, a lo dispuesto en los artículos 2 y 25 que consagran el derecho al trabajo, y que igualmente, está en relación conexas e inescindible con el contenido del Convenio No. 174, pues constituye pleno desarrollo y concreción del mismo, y que por lo mismo impone ciertas obligaciones al Estado colombiano que se derivan de las normas del Convenio 174, es por lo que esta Corte estima que dicha Recomendación es susceptible de ser materia de revisión constitucional.¹⁰

Por otra parte, en la sentencia C-468 de 1997, la Corte Constitucional declaró inexecutable la Ley 347 del 16 de enero de 1997, por medio de la cual se aprobaban las Recomendaciones 171 sobre los servicios de salud en el trabajo; 172 sobre la utilización del asbesto en condiciones de seguridad; 173 sobre el bienestar de la gente de mar en el mar y en puerto; 174 sobre la repatriación de la gente de mar; 176 sobre el fomento del empleo y la protección contra el desempleo; 178 sobre el trabajo nocturno; 179 sobre las condiciones de trabajo en los hoteles, restaurantes y establecimientos similares y 180 sobre la protección de los créditos laborales en caso de insolvencia del empleador,

10 Corte Constitucional, sentencia C-280 de 1997, Magistrado Ponente: Hernando Herrera Vergara.

adoptadas por la Asamblea General de la Organización Internacional del Trabajo, por vicios de forma, ya que el proyecto se tramitó como una ley aprobatoria de un tratado, con lo cual se limitó el propio debate legislativo pues, debido a que el Gobierno escogió esa forma legal, el Congreso no podía introducir modificaciones en el texto de las recomendaciones. Además se inhibió de conocer el contenido sustancial de las recomendaciones, dado que no era procedente el control automático y previo propio de los tratados.

Así lo manifestó:

Conforme a todo lo anterior, la Corte concluye que tienen razón los intervinientes en señalar que las recomendaciones de la OIT no son tratados, por lo cual no son normas sujetas a la ratificación por el Estado colombiano, ni a la revisión previa y automática por la Corte Constitucional, por lo cual esta Corporación deberá inhibirse de conocer su contenido material. En efecto, en relación con la revisión automática de los convenios de la OIT, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha reconocido que “si bien es cierto que tales actos [los tratados] no reúnen ni por su forma de adopción ni por su trámite las exigencias establecidas por la Convención de Viena para los tratados que se celebran entre Estados, sí pueden tenerse como tales a pesar de sus diferencias”¹¹. En cambio, las recomendaciones de la OIT, de acuerdo con la jurisprudencia de esta Corporación, solamente deben someterse a control cuando están en relación conexa e inescindible con los convenios¹², en razón a que la fuerza vinculante del tratado internacional está sujeta en tal evento a la correcta aplicación de la respectiva recomendación.

De acuerdo con lo anterior, las recomendaciones no son susceptibles de ratificación, y su coercibilidad dependerá de una ley ordinaria que desarrolle su contenido. Lo anterior no obsta para que sirvan como fuente auxiliar de interpretación, o de fuente supletoria de conformidad con el artículo 19 del CST¹³.

11 Corte Constitucional, sentencia C-562 de 1992, M.P. Jaime Sanin Greiffestein. Sobre el tema también puede consultarse la sentencia T-147 de 1994. M.P. Jorge Arango Mejía.

12 Corte Constitucional, sentencias C-049 de 1994, M.P. Antonio Barrera Carbonell y C-280 de 1997, M.P. Hernando Herrera Vergara.

13 Artículo 19: Normas de aplicación supletoria. Cuando no haya norma exactamente aplicable al caso controvertido, se aplican las que regulen casos o materias semejantes, los principios que se deriven de este código, la jurisprudencia, la costumbre o el uso, la doctrina, (los convenios) y recomendaciones adoptadas por la organización y las conferencias internacionales del trabajo, en cuanto no se opongan a las leyes sociales del país, los principios del derecho común que no sean contrarios a los del derecho del trabajo, todo dentro de un espíritu de equidad. (Nota: el texto entre paréntesis fue declarado exequible mediante sentencia C-401 de 2005, en el entendido de que no exista convenio aplicable directamente, como fuente principal o prevalente, al caso controvertido, y que el convenio que se aplique supletoriamente esté debidamente ratificado por Colombia).

1. Obligatoriedad de los convenios de la OIT debidamente ratificados

Para empezar, debemos tener en cuenta que según el artículo 230 de la Constitución, los jueces, en sus providencias, están sometidos al imperio de la ley.

Por otra parte, el artículo 53 ibídem señala que los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados hacen parte del derecho interno, lo cual indica que su incorporación al derecho interno se da de manera automática, una vez son ratificados, sin necesidad de otra ley que los integre al derecho nacional.

En este mismo sentido se ha pronunciado la Corte Constitucional en distintas sentencias, entre otras en la sentencia C-401 de 2005, mediante la cual declaró la constitucionalidad condicionada del artículo 19 del CST. En esta oportunidad, señaló, refiriéndose a los convenios de la OIT debidamente ratificados, que “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”¹⁴. De acuerdo con esto, no cabe diferenciar derecho nacional y derecho internacional desde el punto de vista de su obligatoriedad, porque este último, en virtud de la ratificación, es igualmente obligatorio, dado que se ha nacionalizado.

En relación con la obligatoriedad de los convenios debidamente ratificados de la OIT, la Corte Constitucional precisó, en la misma sentencia, que

... tales convenios son norma aplicable de manera principal y directa, y han de incidir en la determinación del alcance de las normas legales que también sean aplicables. Adicionalmente, los convenios que integran el bloque de constitucionalidad en sentido estricto han de prevalecer en el orden interno (C.P., art. 93, inc. 1), lo cual ha de ser reconocido y respetado al resolver ‘el caso controvertido’.

Lo anterior nos permite afirmar que si los jueces, en sus providencias, están sometidos al imperio de la ley, deberán utilizar como fuente principal en las decisiones judiciales los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados por Colombia, al igual que lo hacen con las leyes de origen nacional.

Es de aclarar que dentro del concepto de convenios internacionales del trabajo la doctrina¹⁵ ha considerado que entre ellos están comprendidos no

14 Corte Constitucional, sentencia C-401 de 2005, M.P. Manuel José Cepeda.

15 Ver Constitución Política de Colombia comentada de Legis S.A., artículo 53 [0706], envío 59, octubre de 2008. También, Canessa Montejo, Miguel Francisco, *La protección internacional de los derechos humanos laborales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

solo los convenios de la OIT, sino también otros instrumentos que contienen normas de carácter laboral, tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CESR), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (CCPR), la Convención Internacional sobre la eliminación de todas formas de discriminación racial (CERD); y la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW), entre otros. Esta cartilla, sin embargo, se concentrará especialmente en los convenios y recomendaciones de la OIT.

En la siguiente tabla se muestran los convenios de la OIT ratificados por Colombia y actualmente en vigor:

Lista de ratificaciones de convenios internacionales del trabajo por Colombia 54 en vigor (60 convenios ratificados)		
Miembro desde 1919		
Convenio No.		Ratificado el
C. 1	Convenio sobre las horas de trabajo (industria), 1919 (núm. 1)	20.06.1933
C. 2	Convenio sobre el desempleo, 1919 (núm. 2)	20.06.1933
C. 3	Convenio sobre la protección de la maternidad, 1919 (núm. 3)	20.06.1933
C. 4	Convenio sobre el trabajo nocturno (mujeres), 1919 (núm. 4)	20.06.1933
C. 6	Convenio sobre el trabajo nocturno de los menores (industria), 1919 (núm. 6)	13.04.1983
C. 8	Convenio sobre las indemnizaciones de desempleo (naufra- gio), 1920 (núm. 8)	20.06.1933
C. 9	Convenio sobre la colocación de la gente de mar, 1920 (núm. 9)	20.06.1933
C. 11	Convenio sobre el derecho de asociación (agricultura), 1921 (núm. 11)	20.06.1933
C. 12	Convenio sobre la indemnización por accidentes del trabajo (agricultura), 1921 (núm. 12)	20.06.1933
C. 13	Convenio sobre la cerusa (pintura), 1921 (núm. 13)	20.06.1933
C. 14	Convenio sobre el descanso semanal (industria), 1921 (núm. 14)	20.06.1933
C. 16	Convenio sobre el examen médico de los menores (trabajo ma- rítimo), 1921 (núm. 16)	20.06.1933
C. 17	Convenio sobre la indemnización por accidentes del trabajo, 1925 (núm. 17)	20.06.1933
C. 18	Convenio sobre las enfermedades profesionales, 1925 (núm. 18)	20.06.1933
C. 19	Convenio sobre la igualdad de trato (accidentes del trabajo), 1925 (núm. 19)	20.06.1933
C. 20	Convenio sobre el trabajo nocturno (panaderías), 1925 (núm. 20)	20.06.1933

C. 21	Convenio sobre la inspección de los emigrantes, 1926 (núm. 21)	20.06.1933
C. 22	Convenio sobre el contrato de enrolamiento de la gente de mar, 1926 (núm. 22)	20.06.1933
C. 23	Convenio sobre la repatriación de la gente de mar, 1926 (núm. 23)	20.06.1933
C. 24	Convenio sobre el seguro de enfermedad (industria), 1927 (núm. 24)	20.06.1933
C. 25	Convenio sobre el seguro de enfermedad (agricultura), 1927 (núm. 25)	20.06.1933
C. 26	Convenio sobre los métodos para la fijación de salarios míni- mos, 1928 (núm. 26)	20.06.1933
C. 29	Convenio sobre el trabajo forzoso, 1930 (núm. 29)	04.03.1969
C. 30	Convenio sobre las horas de trabajo (comercio y oficinas), 1930 (núm. 30)	04.03.1969
C. 52	Convenio sobre las vacaciones pagadas, 1936 (núm. 52)	07.06.1963
C. 80	Convenio sobre la revisión de los artículos finales, 1946 (núm. 80)	10.06.1947
C. 81	Convenio sobre la inspección del trabajo, 1947 (núm. 81) Excluyendo la parte II.	13.11.1967
C. 87	Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948 (núm. 87)	16.11.1976
C. 88	Convenio sobre el servicio del empleo, 1948 (núm. 88)	31.10.1967
C. 95	Convenio sobre la protección del salario, 1949 (núm. 95)	07.06.1963
C. 98	Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación co- lectiva, 1949 (núm. 98)	16.11.1976
C. 99	Convenio sobre los métodos para la fijación de salarios míni- mos (agricultura), 1951 (núm. 99)	04.03.1969
C. 100	Convenio sobre igualdad de remuneración, 1951 (núm. 100)	07.06.1963
C. 101	Convenio sobre las vacaciones pagadas (agricultura), 1952 (núm. 101)	04.03.1969
C. 104	Convenio sobre la abolición de las sanciones penales (trabaja- dores indígenas), 1955 (núm. 104)	04.03.1969
C. 105	Convenio sobre la abolición del trabajo forzoso, 1957 (núm. 105)	07.06.1963
C. 106	Convenio sobre el descanso semanal (comercio y oficinas), 1957 (núm. 106)	04.03.1969
C. 111	Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958 (núm. 111)	04.03.1969
C. 116	Convenio sobre la revisión de los artículos finales, 1961 (núm. 116)	04.03.1969
C. 129	Convenio sobre la inspección del trabajo (agricultura), 1969 (núm. 129)	16.11.1976
C. 136	Convenio sobre el benceno, 1971 (núm. 136)	16.11.1976
C. 138	Convenio sobre la edad mínima, 1973 (núm. 138) Edad mínima especificada: 15 años.	02.02.2001

C. 144	Convenio sobre la consulta tripartita (normas internacionales del trabajo), 1976 (número. 144)	09.11.1999
C. 151	Convenio sobre las relaciones de trabajo en la administración pública, 1978 (número. 151)	08.12.2000
C. 154	Convenio sobre la negociación colectiva, 1981 (número. 154)	08.12.2000
C. 159	Convenio sobre la readaptación profesional y el empleo (personas inválidas), 1983 (número. 159)	07.12.1989
C. 160	Convenio sobre estadísticas del trabajo, 1985 (número. 160) De conformidad con el artículo 16, párrafo 2, del Convenio, los artículos 7, 8 y 10 a 15 de la Parte II han sido aceptados.	23.03.1990
C. 161	Convenio sobre los servicios de salud en el trabajo, 1985 (número. 161)	25.01.2001
C. 162	Convenio sobre el asbesto, 1986 (número. 162)	25.01.2001
C. 167	Convenio sobre seguridad y salud en la construcción, 1988 (número. 167)	06.09.1994
C. 169	Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (número. 169)	07.08.1991
C. 170	Convenio sobre los productos químicos, 1990 (número. 170)	06.09.1994
C. 174	Convenio sobre la prevención de accidentes industriales mayores, 1993 (número. 174)	09.12.1997
C. 182	Convenio sobre la prohibición de las peores formas de trabajo infantil y la acción inmediata para su eliminación, 1999 (número. 182)	28.01.2005

6 convenios denunciados		
Denuncia en virtud de la ratificación del Convenio número. 138		
C. 5	Convenio sobre la edad mínima (industria), 1919 (número. 5) Denunciado el 2.02.2001	20.06.1933
C. 7	Convenio sobre la edad mínima (trabajo marítimo), 1920 (número. 7) Denunciado el 2.02.2001	20.06.1933
C. 10	Convenio sobre la edad mínima (agricultura), 1921 (número. 10) Denunciado el 2.02.2001	13.04.1983
C. 15	Convenio sobre la edad mínima (pañoleros y fogoneros), 1921 (número. 15) Denunciado el 2.02.2001	20.06.1933
Denuncia en virtud de la ratificación del Convenio número. 167		
C. 62	Convenio sobre las prescripciones de seguridad (edificación), 1937 (número. 62) Denunciado el 6.09.1994	4.03.1969
Denuncia en virtud de la ratificación del Convenio número. 169		
C. 107	Convenio sobre poblaciones indígenas y tribales, 1957 (número. 107) Denunciado el 7.08.1991	4.03.1969

Listing generated by APPLIS on 24 May 2009 <http://webfusion.ilo.org/public/db/standards/normes/appl/index.cfm?lang=ES>

2. Jerarquización de las NIT: bloque de constitucionalidad y bloque de legalidad

Precisado lo anterior, el segundo aspecto por tener en cuenta a la hora de utilizar los convenios debidamente ratificados de la OIT es su jerarquía, para efectos de determinar su relación con las demás normas internas.

Sobre la jerarquía de los convenios de la OIT, la Corte Constitucional, en la sentencia C-401 de 2005, frente a los argumentos de la demanda de inconstitucionalidad del artículo 19 del CST y de los intervinientes, se preguntó “si todos los convenios internacionales del trabajo deben considerarse automáticamente incorporados no solo a la legislación interna sino, además, al bloque de constitucionalidad¹⁶, sin ningún tipo de distinción o de sustentación”. A lo cual se respondió 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.¹⁷

El espectro de temas tratados en los convenios internacionales del trabajo es muy amplio y diverso. Los ámbitos que tratan se extienden 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.

La Corte Constitucional señaló que, hasta el año 2002, Colombia había ratificado 55 convenios, de los 185 que había aprobado la OIT hasta el 2003. Además, que

... 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 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).¹⁸

16 La expresión “bloque de constitucionalidad” fue utilizada antes del año 1995 en las sentencias C-089/94, C-372/94 y C-555/94. Por tal expresión se entendía, antes del 95, que la Constitución Política es un bloque armónico de preceptos que debe interpretarse de manera global y sistemática. En la sentencia C-225 de 1995, la Corte Constitucional adoptó el bloque de constitucionalidad de manera expresa para armonizar el artículo 4º que da prevalencia a la Constitución, con el 93 que da prevalencia a los tratados de derechos humanos, ambos constitucionales.

En la sentencia C-225, la Corte Constitucional estaba revisando la constitucionalidad del Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II), así como de la Ley 171 del 16 de diciembre de 1994, por medio de la cual se aprueba dicho Protocolo.

17 Corte Constitucional, sentencia C-401 de 2005 ya citada.

18 Ibídem.

En este orden de ideas, en vista de la variedad de temas de los convenios, la Corte consideró necesario que era su deber decidir de manera específica cuáles convenios ratificados por Colombia integran el bloque de constitucionalidad.

Así pues, según la Corte, hacen parte del bloque de constitucionalidad aquellos convenios que ella, después de examinarlos de manera específica, determine que pertenecen al mismo, en atención a las materias que tratan. De esta manera, concluyó que los convenios internacionales del trabajo hacen parte del bloque de constitucionalidad cuando la Corte así lo haya indicado o lo señale en forma específica.

Sobre el particular, se considera que la declaración de pertenencia al bloque de constitucionalidad tiene la finalidad de dar seguridad sobre la jerarquía de un convenio; por lo tanto, si la Corte ha considerado un convenio como parte del bloque de constitucionalidad, los demás operadores jurídicos así deberán utilizarlo. Pero la declaración que haga la Corte en este sentido respecto de unos convenios, no deberá entenderse como la negación de la jerarquía constitucional de otros que protegen derechos humanos en el ámbito laboral y respecto de los cuales la Corte no haya negado su pertenencia al bloque, pues dicho rango no depende de la declaración de la Corte, sino de los mandatos contenidos en los artículos 4º, 93 y 94 de la Constitución Política y del propio contenido de los convenios.

Ahora bien, de la sentencia C-401 de 2005, se extrae que (i) unos convenios hacen parte del bloque de constitucionalidad y (ii) otros hacen parte del bloque de legalidad. A su vez, (iii) unos hacen parte del bloque de constitucionalidad en sentido estricto y (iv) otros hacen parte del bloque en sentido lato. Además, (v) los convenios pueden tener una función supletoria en determinadas situaciones.

2.1 Bloque de constitucionalidad¹⁹

Los convenios que hacen parte del bloque de constitucionalidad se equiparan a una norma constitucional, lo que significa que sirven de parámetro de constitucionalidad²⁰.

19 En la sentencia C-225 de 1995, M.P. Alejandro Martínez Caballero, la Corte definió el bloque de constitucionalidad como aquella unidad jurídica compuesta “par... normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulada del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución. Son pues verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, son normas situadas en el nivel constitucional, o pesar de que puedan a veces contener mecanismos de reforma diversos al de las normas del articulado constitucional *strictu sensu*”.

20 Corte Constitucional, sentencia C-401 de 2005.

La importancia del tema para los operadores jurídicos radica en que la Corte Constitucional ha señalado que los convenios que integran el bloque de constitucionalidad han de ser aplicados por todas las autoridades y los particulares, para asegurarse de que las leyes nacionales sean interpretadas de manera acorde con la Constitución y tales convenios²¹.

Con el fin de dar claridad sobre los efectos prácticos del bloque de constitucionalidad en la toma de decisiones judiciales, se considera pertinente citar lo dicho por la Corte Constitucional en la sentencia C-067 de 2003, mediante la cual declaró exequible la expresión “*En lo no previsto en esta ley se aplicarán los tratados internacionales sobre derechos humanos*”, contenida en el artículo 21 de la Ley 734 de 2002 (Régimen disciplinario de los servidores públicos), así:

Ahora bien, es claro que si los preceptos, principios y valores contenidos en el bloque de constitucionalidad irradian el texto de la normatividad interna y obligan a las autoridades a acondicionarla a sus disposiciones, también las decisiones judiciales tienen que guardar similar obediencia. Así entonces, no sólo el productor del derecho positivo, sino también el ejecutor de la norma y su intérprete autorizado, están compelidos a seguir los lineamientos del bloque de constitucionalidad, ya que en dicha sumisión reside la validez jurídica de sus actuaciones.²²

2.2 Bloque de legalidad²³

Si bien en la sentencia C-401 de 2005 la Corte no lo dice expresamente, consideramos que los convenios debidamente ratificados que no hacen parte del bloque de constitucionalidad, hacen parte del bloque de legalidad, es decir, se equiparan a una ley en sentido formal.

21 *Ibidem*.

22 “Que los jueces, y en general todos los llamados a aplicar el derecho, habrán de tomar la norma constitucional como una premisa de su decisión, igual que cualquier otra norma, con las consiguientes consecuencias: a) dado que la constitución es norma superior habrán de examinar con ella todas las leyes y cualesquiera normas para comprobar si son o no conformes con la norma constitucional; b) habrán de aplicar la norma constitucional para extraer de ella la solución del litigio o, en general, para configurar de un modo u otro una situación jurídica; c) habrán de interpretar todo el ordenamiento conforme a la Constitución. En otras palabras, si la Constitución tiene eficacia directa no será sólo norma de normas, sino norma aplicable, no será sólo fuente sobre la producción, sino también fuente de derecho sin más”. De Otto, Ignacio. *Derecha constitucional*, Barcelona: Ariel Derecho, 1999, p. 76.

23 La expresión “bloque de legalidad” no es utilizada por la Corte Constitucional, pero aquí se emplea para hacer referencia al conjunto de leyes en sentido formal. El profesor Alejandro Ramelli manifiesta que en Colombia todas las leyes tienen la misma jerarquía, aún cuando la Constitución menciona leyes orgánicas, estatutarias y ordinarias, pero esto lo hace para efectos de regular la competencia legislativa. (Apuntes de clase, Seminario de NIT para magistrados, jueces y procuradores, Medellín, 2008).

2.3 Bloque de constitucionalidad en sentido estricto

Con esta denominación, la Corte se refiere a los convenios internacionales ratificados que reconocen derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, con base en el inciso 1º del artículo 93 de la CP. Según la Corte Constitucional, a ella

... le corresponde señalar si un determinado convenio de la OIT, en razón de su materia y otros criterios objetivos, forma parte del bloque de constitucionalidad en sentido estricto [...]. Así lo hizo, como ya se vio, en la sentencia C-170 de 2004, en relación con los convenios 138, sobre la edad mínima, y 182, sobre las peores formas del trabajo infantil.²⁴

Igualmente, lo hizo en relación con los Convenios 87 y 98 de la OIT, sobre libertad sindical y derecho de negociación colectiva, al manifestar expresamente que "los Convenios 87 y 98 de la OIT, hacen parte del bloque de constitucionalidad en sentido estricto"²⁵.

2.4 Bloque de constitucionalidad en sentido lato

Según la Corte Constitucional, los convenios de la OIT que pertenecen al bloque de constitucionalidad en sentido lato son un referente para interpretar los derechos de los trabajadores y darle plena efectividad al principio fundamental de la protección del trabajador (CP, art. 1) y al derecho al trabajo (CP, arts. 25 y 53).²⁶

2.5 Función supletoria de los convenios de la OIT debidamente ratificados

Por último, para complementar lo referente a la jerarquía de los convenios de la OIT, es indispensable tener en cuenta que además de hacer la anterior categorización, la Corte Constitucional, en la sentencia C-401 de 2005, afirmó que los convenios debidamente ratificados también sirven para llenar un vacío normativo, dado que

24 Corte Constitucional, sentencia C-401 de 2005 ya citada.

25 En la sentencia C-466 de 2008, mediante la cual revisó la constitucionalidad de los artículos 391, 398, 434 y numeral 4º del 448 del Código Sustantivo del Trabajo, la Corte Constitucional dejó claro la pertenencia al bloque de constitucionalidad en sentido estricto así: "Además esta Corte, mediante reiterada jurisprudencia sobre la materia, ha señalado con claridad que la Constitución de la OIT y los Convenios 87 y 98 hacen parte del bloque de constitucionalidad, en cuanto *'versan sobre derechos que no pueden ser suspendidos ni aún bajo los estados de excepción'*".

26 "La Corte Constitucional puede, como ya lo ha hecho, de acuerdo con criterios objetivos, indicar de manera específica qué otros convenios forman parte del bloque de constitucionalidad en sentido lato (CP, art. 93, inciso 2), en razón a que son un referente para interpretar los derechos de los trabajadores y darle plena efectividad al principio fundamental de la protección del trabajador (CP, art. 1) y al derecho al trabajo (CP, arts. 25 y 53)". Corte Constitucional, sentencia C-401 de 2005.

[n]o siempre existe una norma exactamente aplicable a las controversias. Pues bien, para llenar el vacío específico, se puede también acudir a los convenios ratificados por Colombia, no porque sean normas supletorias, sino porque son fuente principal y directa de derecho que pueden servir de base para llenar el vacío. En este sentido, su aplicación, no su nivel normativo ni su fuerza jurídica, se torna, para ese caso, supletoria. En esta eventualidad, el convenio también debe haber sido ratificado por Colombia (artículo 53, C.P.).

De lo anterior podemos extraer la regla de que los convenios debidamente ratificados tienen fuerza normativa, y por tal razón son fuente principal y directa de derecho, de obligatoria aplicación. Unos hacen parte del bloque de constitucionalidad y otros hacen parte del bloque de legalidad. Y en los casos donde no haya norma exactamente aplicable al caso, se puede acudir a un convenio ratificado que regule una materia semejante en virtud de la analogía.

También es necesario destacar de la sentencia comentada otra regla que la Corte Constitucional recaló especialmente para ser tenida en cuenta por los jueces y los funcionarios administrativos, la cual consiste en que los convenios que integran el bloque de constitucionalidad en sentido lato orientan la interpretación de la norma suprema; mientras que los convenios que forman parte del bloque de constitucionalidad en sentido estricto son referentes directos que prevalecen en el orden interno²⁷.

Por último, consideramos necesario precisar que si un convenio hace parte del bloque de constitucionalidad en sentido lato, no por eso tiene menor jerarquía y aplicabilidad que aquel integrante del bloque en sentido estricto, pues en todo caso el operador jurídico debe tomar decisiones acordes con la Constitución en virtud del artículo 4º de la Constitución.

Entonces, si una ley ordinaria contradice alguno de los convenios de la OIT que hacen parte del bloque de constitucionalidad en sentido lato (en la medida que estos sirven para interpretar los derechos y deberes reconocidos en la norma constitucional), o alguno de los que hacen parte del bloque de constitucionalidad en sentido estricto (en la medida que sirven de parámetro directo de constitucionalidad), dicha ley estaría viciada de inconstitucionalidad.

Por otra parte, tanto los convenios de la OIT que hacen parte del bloque de constitucionalidad en sentido estricto, como aquellos que lo hacen en senti-

27 "Además, es importante recalcar que los convenios que integran el bloque de constitucionalidad en sentido lato orientan la interpretación de la norma suprema, y que aquellos convenios que forman parte del bloque de constitucionalidad en sentido estricto prevalecen en el orden interno. Así habrán de valorarlos especialmente los jueces y los funcionarios administrativos". Sentencia C-401 de 2005.

do lato, al igual que cualquier otra norma constitucional, han de orientar la interpretación de las leyes ordinarias.

3. Solución de antinomias entre los convenios de la OIT debidamente ratificados y una norma de origen nacional

- a. Con la aplicación del artículo 4º de la Constitución: si la contradicción es entre una ley y un convenio de la OIT que hace parte del bloque de constitucionalidad, sea en sentido estricto o en sentido lato, la norma de categoría constitucional prevalece, en virtud del artículo 4º de la Constitución.
- b. Con la aplicación de los principios de favorabilidad y *pacta sunt servanda*: según este principio, todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe (artículo 26 de la Convención de Viena sobre los tratados). Entonces, si la contradicción es entre una ley y un convenio que hace parte del bloque de legalidad, estaríamos ante dos leyes vigentes, debiéndose aplicar la norma más favorable al trabajador, con fundamento en el principio de favorabilidad previsto en el artículo 53 de la Constitución Política y en el numeral 8º del artículo 19 de la Constitución de la OIT²⁸.

Conviene precisar, en esta oportunidad, que el criterio cronológico, en virtud del cual se aplicaría la norma posterior, no es en realidad aplicable cuando una de las dos normas en competición es un tratado internacional, ya que la adopción de una ley posterior contraria al tratado no tiene el efecto de abrogar dicho tratado, el cual seguiría estando vigente hasta que no haya sido denunciado internacionalmente de conformidad con el derecho de los tratados; además, porque, en virtud de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, las reglas de derecho interno no son justificación para no aplicar las disposiciones de un tratado ratificado²⁹.

Con base en lo anterior, podemos afirmar que una norma de un convenio debidamente ratificado se puede dejar de aplicar siempre y cuando

28 Dicho artículo señala: "En ningún caso podrá considerarse que la adopción de un convenio o de una recomendación por la Conferencia, o la ratificación de un convenio por cualquier Miembro, menoscabará cualquier ley, sentencia, costumbre o acuerdo que garantice a los trabajadores condiciones más favorables que las que figuren en el convenio o en la recomendación".

29 El artículo 27 de la Convención de Viena señala: "El derecho interno y la observancia de los tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46".

lo sea por aplicar otra norma más favorable, lo cual también permite cumplir con los objetivos de los convenios de la OIT que consisten en fijar un mínimo internacional de protección que puede ser mejorado a nivel nacional.

- c. Con la aplicación de los principios de favorabilidad, de *pro hominem* y el *pacta sunt servanda*: si la contradicción es entre una norma de la constitución y un convenio que hace parte del bloque de constitucionalidad, estaríamos ante dos normas vigentes, por lo que debe preferirse la que sea más favorable, respetando el principio *pacta sunt servanda*³⁰. Si la contradicción se presenta en la interpretación, se deberá preferir la hermenéutica que armonice con los tratados ratificados por Colombia, respetando el principio *pro hominem*³¹.

Aquí es pertinente citar lo dicho por la Corte Constitucional en sentencia de revisión de la Ley de Referendo 796 de 2003, para mayor ilustración:

Y como, en virtud del principio *pacta sunt servanda*, las normas de derecho interno deben ser interpretadas de manera que armonicen con las obligaciones internacionales del Estado colombiano (CP, art. 9), tal y como esta Corte lo ha señalado, entonces entre dos interpretaciones posibles de una norma debe preferirse aquella que armonice con los tratados ratificados por Colombia³². Esto es aún más claro en materia de derechos constitucionales, puesto que la Carta expresamente establece que estos deben ser interpretados de conformidad con los tratados ratificados por Colombia (CP, art. 93), por lo que entre dos interpretaciones posibles de una disposición constitucional relativa a derechos de la persona, debe preferirse aquella que mejor armonice con los tratados de derechos humanos, dentro del respeto del principio de favorabilidad o *pro hominem*, según el cual, deben privilegiarse aquellas hermenéuticas que sean más favorables a la vigencia de los derechos de la persona. Y por ello la Corte concluye que, de ser aprobado el numeral 1º, debe entenderse que la segunda frase del mismo hace referencia a que la culpa grave o el dolo del servidor público fue establecida por una sentencia judicial ejecutoriada

30 El artículo 9 de la Constitución Política señala que las relaciones exteriores del Estado se fundamentan en la soberanía nacional, en el respeto a la autodeterminación de los pueblos y en el reconocimiento de los principios del derecho internacional aceptados por Colombia.

31 Según Mónica Pinto, este principio es un "criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o a su suspensión extraordinaria". Citada por Olano García, Hernán Alejandro, *Hermenéutica constitucional*, Bogotá: Editorial Ibañez, 2009, p. 170.

32 Ver sentencia C-400 de 1998, fundamentos 40 y 48, y sentencia C-358 de 1997, fundamento 15.5.

en un proceso penal, y por ello no existe una contradicción entre el numeral 1º y la Convención Interamericana, y menos aún este numeral implica una sustitución de la Constitución.

Al existir diversas interpretaciones plausibles de la disposición cuestionada, el legislador tiene un margen para desarrollarla, en caso de ser aprobada por el pueblo, de una manera armónica con los compromisos internacionales adquiridos por Colombia y, claro está, el Estado de Colombia puede acudir a los procedimientos idóneos para conocer la interpretación que de la Convención Interamericana efectúen los órganos interamericanos competentes para fijar con autoridad el sentido del Pacto de San José.

Con base en lo anterior, podemos reiterar que una norma de un convenio debidamente ratificado se puede dejar de aplicar, siempre y cuando lo sea por aplicar otra norma más favorable, en cuyo caso se estaría cumpliendo con el objetivo del convenio, cual es el de fijar un piso mínimo de protección con la esperanza de que cada país lo mejore.

4. Fuerza vinculante de las recomendaciones de la Conferencia Internacional del Trabajo

Sobre las recomendaciones, podemos afirmar que mientras no estén contenidas en una ley, no tienen fuerza vinculante en el derecho colombiano; pero esto no es impedimento para que sí puedan servirles a los operadores jurídicos como fuente interpretativa de los convenios ratificados y de la normatividad nacional o como fuente supletoria, tal como lo señala el artículo 19 del CST.

Aquí es pertinente anotar que estas recomendaciones son diferentes a las emitidas por los órganos de control de la OIT con destino a un país determinado, como el Comité de Libertad Sindical o las Comisiones de Encuesta.

B. Convenios de la OIT que hacen parte del bloque de constitucionalidad

En este aparte se tratará de ofrecer una relación, lo más exhaustiva posible, de los convenios de la OIT que han sido considerados por la Corte Constitucional como parte del bloque de constitucionalidad, para facilitar la respuesta a una de las preguntas que les surgen a los operadores jurídicos a la hora de aplicar un convenio determinado, acerca de qué jerarquía tienen los convenios de la OIT frente a las demás normas del orden interno. Se hace la salvedad de que los convenios que no se relacionen en esta oportunidad, no necesariamente están excluidos del bloque de constitucionalidad; puede ser que no se mencionen porque la Corte Constitucional no haya tenido la oportunidad de darles esa categoría todavía; o porque en el momento de hacer esta relación se pase por alto alguna sentencia al respecto, lo cual se explica porque esta labor compiladora se ha hecho en muy corto tiempo y a la fecha la Corte Constitucional no ha realizado un trabajo semejante³³. Lo que sí se puede asegurar es que la presente relación es un buen punto de partida para quienes deseen continuar en esta dispendiosa tarea.

De la lectura detenida de la sentencia C-401 de 2005, como bien lo anota la Corte allí mismo, se puede deducir que la jurisprudencia del máximo tribunal constitucional colombiano, sobre los convenios internacionales del trabajo ratificados por Colombia,

... ha ido evolucionando gradualmente en la dirección de considerar que [algunos convenios] forman parte del bloque de constitucionalidad. 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.³⁴

33 Ver las aclaraciones de voto de los magistrados Jaime Córdoba Triviño y Manuel José Cepeda Espinosa de la sentencia C-401 de 2005.

34 Corte Constitucional, sentencia C-401 de 2005 ya citada.

Según lo anterior, hay convenios que la Corte Constitucional ha utilizado en sus fallos de tutela o de constitucionalidad, sin decir expresamente que hacen parte del bloque de constitucionalidad; y otros convenios de los que sí lo ha dicho: unos con la precisión de que lo hacen en sentido lato; otros, en sentido estricto; y otros sin especificar en qué sentido.

1. Convenios utilizados por la Corte Constitucional sin decir expresamente que hacen parte del bloque de constitucionalidad

1.1 Convenio 111 sobre la no discriminación en el empleo y la ocupación y Convenio 100 sobre la igualdad de remuneración de hombres y mujeres por trabajo de igual valor

La Corte Constitucional, en la sentencia C-221 de 1992³⁵, utilizó estos convenios, además de otras normas internacionales, de la siguiente manera:

“El trabajo es una actividad que goza en todas sus modalidades de la especial protección del Estado. Una de las garantías es el estatuto del trabajo, que contiene unos principios mínimos fundamentales (artículo 53), cuya protección es de tal naturaleza, que es inmune incluso ante el estado de excepción por hechos que perturben o amenacen perturbar en forma grave e inminente el orden social, económico y ecológico. El gobierno, con las facultades excepcionales que le otorga la declaratoria de dicho estado, no puede desmejorar los derechos sociales de los trabajadores (artículo 215).

El mandato Constitucional de proteger el trabajo como derecho-deber, afecta a todas las ramas y poderes públicos, para el cumplimiento de uno de los fines esenciales del Estado: garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes que genera esa labor humana (artículo 2º).

Entre los principios mínimos fundamentales del estatuto del trabajo se encuentra “... la igualdad de oportunidades para los trabajadores (...) y la remuneración (...) proporcional a la cantidad y calidad del trabajo”.

35 Mediante esta sentencia se declaró exequible la expresión “la naturaleza de los asuntos que le sean confiados”, contenida en el artículo 6 del DL 119 de 1991, como criterio para fijar los viáticos en el SENA. En este caso, el demandante afirmaba que de los tres criterios señalados en el Decreto 119 de 1991, para efectos de la fijación de viáticos (remuneración básica, naturaleza de los asuntos confiados y lugar donde se realiza la comisión), el segundo de ellos desconoce la igualdad porque habría discriminación entre el trabajo intelectual y el trabajo material.

La Corte consideró que el actor se equivocaba, pues la norma atacada no violaba la igualdad. Más aun, de no establecerse dicho criterio se atentaría, ahí sí, contra el principio de igualdad en su generalidad concreta, pues los viáticos de una comisión deben apuntar, en sana lógica y justicia, a proporcionar al trabajador manutención y alojamiento, y no a constituirse como retribución por el servicio prestado.

El principio de igualdad de oportunidades para los trabajadores es una especie del principio de igualdad genérico consagrado en el artículo 13 de la Constitución. La igualdad de oportunidades permite además el desarrollo de la dignidad que genera la persona humana a partir de sus derechos inalienables (artículo 5º) e inherentes (artículo 94).

[...]

El principio constitucional de igualdad de los trabajadores está desarrollado por el Convenio Internacional del Trabajo número 111 –aprobado por Colombia mediante la Ley 22 de 1967 y ratificado en 1969–, relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación. 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.

- En estos apartes de la sentencia, especialmente el último, si bien la Corte Constitucional no utiliza expresamente el término ‘bloque de constitucionalidad’, sí se vislumbra la aplicación de esta noción respecto del Convenio 111, pues la Corte le reconoce expresamente el carácter de fuente de derecho de aplicación directa en el orden nacional (con base en el artículo 53, CP), y de contenido interpretativo de los derechos constitucionales (en virtud del artículo 93, *ibídem*).
- También se ha de destacar de lo anterior que la Corte Constitucional, con base en el inciso noveno del artículo 215 de la Constitución, que regula los estados de emergencia³⁶, consideró que los derechos sociales de los trabajadores gozan de especial protección, y esa protección es de tal naturaleza, que es inmune incluso ante el estado de excepción por hechos que perturben o amenacen perturbar en forma grave e inminente el orden social, económico y ecológico.
- Del Convenio 111, la Corte Constitucional extrajo el principio de igualdad de los trabajadores.

En la misma sentencia que nos ocupa, tenemos además un ejemplo de uso de otra norma internacional, de la cual también extrae el principio de la igualdad en el empleo y la ocupación, así:

36 Dicho inciso señala: “El Gobierno no podrá desmejorar los derechos sociales de los trabajadores mediante los decretos contemplados en este artículo [los decretos dictados en estado de emergencia]”.

Por otra parte el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales de 16 de diciembre de 1966, que entró en vigor el 3 de enero de 1976, fue aprobado por Colombia mediante la Ley 74 de 1968 y ratificado el 29 de octubre de 1969 que consagra:

“Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que le aseguren en especial:

[...]

c) Igual oportunidad para todos de ser promovidos, dentro de su trabajo, a la categoría superior que les corresponda, sin más consideraciones que los factores de tiempo de servicio y capacidad”.

De las simples lecturas de las normas se comprende su sentido de consagrar la igualdad de oportunidades en materia de empleo y de ocupación.

Como se podrá observar las diferencias objetivas no generan discriminación, a partir del principio según el cual las situaciones comparables no se tratan en forma diferente y las situaciones diferentes se tratan en forma desigual.

Así se deduce claramente tanto del texto del artículo 1º numeral 2º del Convenio OIT, que permite establecer distinciones, exclusiones o preferencias basadas en las calificaciones exigidas para el empleo, como de las consideraciones de tiempo de servicio y capacidad, de acuerdo con el artículo 7º del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

- Aquí la Corte Constitucional utilizó el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, junto con el Convenio 111, como fuente directa para extraer el principio de “igualdad de oportunidades en materia de empleo y de ocupación”. Como también la regla de que “las diferencias objetivas no generan discriminación, a partir del principio según el cual las situaciones comparables no se tratan en forma diferente y las situaciones diferentes se tratan en forma desigual”.³⁷

En la sentencia en cuestión, la Corte Constitucional también utilizó el Convenio 100, sobre la igualdad de remuneración entre hombres y mujeres por trabajo de igual valor:

Así se deduce claramente tanto del texto del artículo 1º numeral 2º del Convenio OIT, que permite establecer distinciones, exclusiones o preferencias basadas en las calificaciones exigidas para el empleo, como de las consideraciones de tiempo de servicio y capacidad, de acuerdo con el artículo 7º del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

37 Corte Constitucional, sentencia C-221 de 1992, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

Trato diferente que no contraría el principio de imparcialidad que consagra el artículo 209 de la Constitución, que consiste en el deber general de razonabilidad y en el parámetro adecuado para apreciar la legitimidad en el ejercicio de cualquier poder discrecional.

La anterior interpretación es concordante con el principio “remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo”, que consagra como garantía mínima paralela el artículo 53 de la Carta.

La proporcionalidad de la remuneración por la cantidad y calidad del trabajo, está igualmente consagrada por la Organización Internacional del Trabajo en el Convenio número 100 –aprobado mediante Ley 54 de 1962–, relativo a la igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor y por el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 16 de diciembre de 1966, que entró en vigor el 3 de enero de 1976, fue aprobado por Colombia mediante la Ley 74 de 1968 y ratificado el 29 de octubre de 1969 que reconoce el derecho de toda persona al goce de condiciones equitativas y satisfactorias que le aseguren en especial un salario equitativo e igual por trabajo de igual valor, sin distinciones de ninguna especie.

Concluyendo, la Corte Constitucional considera que el caso *sub examine* debe analizarse a la luz del nuevo marco axiológico de la Constitución en general y de los alcances de la igualdad material en particular.

[...]

Si en la Carta de 1886 la igualdad material estaba implícita, en la nueva Constitución de 1991 ella está explícita en el artículo 13. Ahora la jurisprudencia constitucional no está forzada a desentrañarla sino a desarrollarla a partir de la construcción de una dogmática en la que se establezcan criterios para determinar las diferencias relevantes que justifiquen un tratamiento diferente en un caso concreto.

- Otro punto por destacar de la sentencia C-221 de 1992 es el hecho de que la Corte Constitucional también utilizó el Convenio 100, junto con el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 16 de diciembre de 1966, como fuente directa y principal (en virtud del artículo 53) para efectos de interpretar el principio constitucional de “remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo”, que consagra como garantía mínima el artículo 53 de la Carta. Lo cual corresponde al bloque de constitucionalidad, así ella no lo haya manifestado expresamente.
- Así mismo, con base en el artículo 13 de la Constitución Política, utilizando los Convenios 100 y 111, y el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, como fuente directa de interpreta-

ción, la Corte reconoció que en Colombia estaba consagrado el principio de igualdad material, como parámetro de constitucionalidad.

En la sentencia de revisión T-102 de 1995, la Corte Constitucional también utilizó el Convenio 111, frente a un caso de 17 accionantes, quienes tenían la calidad de sindicalizados y, además, no habían renunciado a la retroactividad de las cesantías (Ley 50 de 1990), a los cuales no se les hacía ningún aumento salarial desde 1991, mientras que a los no sindicalizados se les había realizado un aumento del 28%, motivo por el cual se consideraban discriminados. En este caso, la Corte ordenó reajustar el salario tomando el índice de inflación, como mecanismo transitorio, para los trabajadores que estaban adelantando el proceso ordinario ante los jueces laborales; aclaró que no ordenó el aumento del 28%, porque eso lo debía decidir el juez laboral que venía conociendo de los procesos, "con base en el principio a trabajo igual salario igual y de acuerdo con los parámetros ya indicados sobre la manera como debe entenderse la igualdad salarial".³⁸

Dentro de los argumentos de la anterior decisión, se encuentra uno que utiliza el Convenio 111 como fuente directa interpretativa, en consideración de los artículos 53 y 93 de la Constitución Política:

[...]

6. El rango constitucional del principio: a trabajo igual salario igual.³⁹

Esta Sala de Revisión, el 28 de febrero del presente año, se refirió extensamente a la igualdad salarial, a la prohibición de los tratos discriminatorios, a la diferenciación entre discriminación y distinción y a la carga de la prueba.

En esa sentencia se explicó:

"Las personas nacen iguales ante la ley y no puede haber discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica; esta enumeración hecha por el artículo 13 CP, no es taxativa y, tratándose de aspectos relativos al trabajo, el artículo 53 ibidem reitera que debe haber 'igualdad de oportunidades para los trabajadores'. La Corte en sentencia C-071/93 dijo que este principio aplicable al trabajo 'es una especie del principio genérico de igualdad consagrado en el artículo 13 de la Constitución'.

38 Corte Constitucional, sentencia T-102 de 1995, M.P. Alejandro Martínez Caballero, que se viene comentando.

39 Es de anotar que el Convenio 100 de la OIT tiene como objetivo garantizar igual remuneración frente a **trabajo de igual valor**, entre hombres y mujeres. Lo que significa que, para efectos de la comparación, se deberá tomar en cuenta todo lo que corresponde a la remuneración (sea o no factor salarial), como también hacerla entre trabajos de igual valor, así no correspondan a las mismas tareas.

Es más, la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), aprobado en 1919, expresamente consagra en el Preámbulo el "reconocimiento del principio de salario igual por un trabajo de igual valor" y el Convenio 111 de la OIT⁴⁰ se refiere concretamente a la NO DISCRIMINACIÓN en materia de "oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación" (art. 1), aclarándose que "los términos empleo y ocupación incluyen tanto el acceso a los medios de formación profesional, y a la admisión en el empleo y en las diversas ocupaciones, como también las condiciones de trabajo" (ibídem).

Por eso, al referirse al derecho al trabajo la sentencia C-71/92 indicó:

"El principio constitucional de igualdad de los trabajadores está desarrollado por el Convenio Internacional del Trabajo número 111 –aprobado por Colombia mediante la Ley 22 de 1967 y ratificado en 1969–, relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación. 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".⁴¹

El ex-constituyente Guillermo Guerrero Figueroa, y en el mismo sentido se expresa al mexicano Mario De la Cueva, incluyen dentro del calificativo CONDICIONES DE TRABAJO todos "los beneficios, cualquiera que sea su naturaleza, que se concedan a un trabajador" los cuales "deben extenderse a quienes cumplan un trabajo igual, de ahí la acción llamada de nivelación de condiciones de trabajo".⁴²

Es obvio que la discriminación salarial atenta contra la IGUALDAD como derecho fundamental constitucionalmente protegido e inherente a la relación laboral. Lo cual implica, en principio, que habrá discriminación cuando ante situaciones iguales se da un trato jurídico diferente, por eso se proclama el principio A TRABAJO IGUAL SALARIO IGUAL".

Y luego se aclaró:

"Surge como factible la perspectiva de salarios distintos siempre y cuando la diferenciación sea razonable (cantidad y calidad del trabajo, art. 53, CP), y sea objetiva y rigurosamente probada por el empleador.

El tratadista español Alfredo Montoya Melgar dice al respecto:

En cuanto compensación de un trabajo, la cuantía del salario ha de fijarse atendiendo a la calidad y cantidad de dicho trabajo, prohibiéndose las discriminaciones y tratos de favor basados en circunstancias personales, tales como sexo, origen, estado civil, raza, condición social, ideas religiosas o políticas,

40 Aprobado mediante Ley 22/67.

41 Magistrado ponente: Alejandro Martínez Caballero.

42 Guerrero Figueroa, Guillermo. *Compendio de derecho laboral*, T. I., Bogotá: Editorial Leyer, 2000, p. 214.

etc. (art. 17.1 ET); específicamente, el art. 28 ET dispone, en la línea del art. 35.1 Const., que el empresario está obligado a ‘pagar por la prestación de un trabajo igual el mismo salario, tanto por salario como por los complementos salariales, sin discriminación alguna por razón de sexo’; principio acogido en el Conv. de la OIT N° 100, en la Carta Social Europea, en el Tratado de la C.E.E. (art. 119) y Directiva de 102. 1975⁴³. Por otra parte, la legislación equipara los salarios de extranjeros y nacionales (art. 32 D. 1.119/1986, de 26.5).

Pero, hay que ser muy cuidadosos en la calificación de la calidad y la cantidad del trabajo. Debe haber parámetros objetivos serios para evaluación. Y, por otro aspecto, la búsqueda de eficiencia no puede llegar al extremo de destruir la vida privada del asalariado”.

En la mencionada sentencia se reafirmó que la igualdad salarial en las condiciones anotadas tiene rango constitucional y no simplemente legal, puesto que la igualdad de oportunidades para los trabajadores es un derecho fundamental sustentado en los artículos 1º, 13, 25 y 53 de la CP. Y, en otro fallo reciente se dijo: “Esta igualdad implica que el trabajador, en lo relativo a su retribución, depende de sus habilidades y de la labor que desempeña, y no de las condiciones o circunstancias de su patrono. Esto es el fundamento de una de las máximas del derecho laboral: a trabajo igual, salario igual.”⁴⁴

De esta sentencia se destaca la reiteración que hace la Corte Constitucional de que el Convenio 111 hace parte de la legislación interna (art. 53, CP) y es norma interpretativa de los derechos y deberes reconocidos en la Carta, de conformidad con el artículo 93 CP. Así reitera la categoría de tratado sobre derechos humanos, como ya lo había hecho en la sentencia C-221 de 1992.

- De conformidad con lo anterior, no cabe duda de que los Convenios 100 y 111 hacen parte del bloque de constitucionalidad (sentencias C-221 de 1992 y T-102 de 1995, entre otras).

2. Convenios utilizados por la Corte Constitucional como bloque de constitucionalidad en sentido estricto

2.1 *Convenio 87 sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, y Convenio 98 sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva*

En la sentencia T-568 de 1999, la Corte Constitucional planteó por primera vez la integración de los convenios internacionales del trabajo al bloque de

43 Sobre la Directiva y Jurisprudencia, ver Mantaya, A.; Galiana, J. y Sempere, A. *Instituciones de Derecha Social Europeo*, Madrid: Tecnos, 1988, pp. 20 y ss. Cfr. también Ss. TJCE 4.2.88 (Casa Murphy) y 17.10.89 (casa Danfoss).

44 Corte Constitucional, sentencia T-51, 16 de febrero de 1995, M.P. Jorge Arango Mejía.

constitucionalidad para tratar sobre asuntos estrictamente laborales. Esta sentencia versó sobre el despido de trabajadores sindicalizados de las Empresas Varias de Medellín que continuaron participando en un cese de labores (a pesar de que la asamblea permanente que habían convocado había sido declarada ilegal por el Ministerio del Trabajo). Mediante esta sentencia se concedió el amparo impetrado.

En esta sentencia, la Corte consideró como parte del bloque de constitucionalidad los Convenios 87 y 98 sobre libertad sindical y negociación colectiva. Así lo manifestó:

Comparada con la legislación anterior, la Constitución de 1991 significó un notorio avance en cuanto a la concesión y garantía de las prerrogativas laborales. El derecho de asociación y el de sindicalización se reconocen; el de huelga mantuvo su rango constitucional, y se limitó su ejercicio únicamente para los servicios públicos *esenciales*. Además, se estableció que los Convenios en materia laboral forman parte de la legislación interna (art. 53), y con ello, los jueces de la República adquirieron la obligación de tenerlos en cuenta y aplicarlos cuando sea pertinente (art. 230, CP)⁴⁵.

El corolario de estas disposiciones se encuentra en el artículo 93 de la Constitución, que indica la prevalencia de los Tratados Internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia, en el orden interno. Este último artículo resuelve cualquier inquietud sobre monismo y dualismo en el tema: simplemente, con la ley aprobatoria de tratado internacional, las disposiciones de los convenios sobre derechos humanos que el Estado ratifica —el texto, y por ende, el compromiso internacional— ingresan al ordenamiento interno con jerarquía superior.

Todo esto implica que las actuaciones de la empresa, del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, y posteriormente, de los jueces de la República, han debido estudiar TODA la legislación aplicable, y optar, luego de un examen crítico, por la decisión más ajustada a la Constitución.

[...]

En este orden de ideas, para la revisión de los fallos de instancia proferidos en el trámite de este proceso, es claro que el bloque de constitucionalidad debe construirse a partir del Preámbulo de la Carta Política, e incluir los artículos 1º, 5º, 39, 53, 56 y 93 de ese Estatuto Superior, pues en esas normas están consagrados los derechos que reclama el Sindicato actor como violados; también procede incluir la Constitución de la OIT y los Convenios 87 y 98 sobre libertad sindical (tratado y convenios debidamente ratificados por el Congreso, que

45 Constitución Política de Colombia, “Artículo 230. Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidas al imperio de la ley”.

versan sobre derechos que no pueden ser suspendidos ni aún bajo los estados de excepción); además, los artículos pertinentes de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y la Convención Americana de Derechos Humanos. Se confrontarán con ellos los artículos 430 y el 450 del Código Laboral, subrogado por el artículo 65 de la Ley 50 de 1990 (*“casos de ilegalidad y sanciones”*), puesto que en ellos se basaron el despido, los fallos de los jueces ordinarios y, en parte, las providencias bajo revisión; (...)

En el Auto 078A/99, mediante el cual se resolvió la nulidad presentada contra la sentencia T-568 de 1999, la Sala Plena de la Corte Constitucional estuvo de acuerdo con la construcción del bloque de constitucionalidad que se hizo en la sentencia T-568 de 1999, por lo que reiteró la consideración de que los Convenios 87 y 98 hacen parte del bloque de constitucionalidad, de conformidad con los artículos 53 y 93 de la Constitución.

Así, queda aclarado que el bloque de constitucionalidad se construyó para interpretar las normas que fijan el alcance de los derechos comprometidos en este caso, y el de la protección que les brindan, tanto las normas internacionales como los convenios incorporados a la legislación nacional, según lo establece el artículo 53 Superior.

Es decir, el bloque de constitucionalidad se usó para los fines precisos que señala el artículo 93 de la Carta Política: para interpretar el alcance de los derechos consagrados en ella *“de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”*. Y los Convenios 87 y 98 son parte de la legislación interna en cuanto fueron debidamente ratificados (art. 53, CP), por lo que son normas aplicables en cuya interpretación deben los jueces atender el criterio de los órganos de la OIT que son sus intérpretes legítimos y autoridades competentes para vigilar el cumplimiento de las obligaciones que se desprenden de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo.

De la misma manera, en la sentencia C-1491 de 2000, que declaró la constitucionalidad de la norma que prohíbe suscribir o prorrogar pactos colectivos en las empresas cuyos sindicatos agrupen más de la tercera parte de los trabajadores, se determinó declarar exequible el segmento normativo acusado del artículo 70 de la Ley 50 de 1990, *“por no ser violatorio de los artículos 13, 39, 55, 92 y 93 Superiores, así como por no contradecir las Convenciones 87 y 98 de la OIT, que conforman, se reitera, el bloque de constitucionalidad, según lo ha precisado y reiterado múltiples veces esta Corporación, entre otras, en las sentencias C-385/2000, C-797/2000, T-441/92, SU-342/95 C-567/2000”*.

También, en la sentencia C-551 de 2003, que estudió la constitucionalidad de la Ley 796 de 2003, por la cual se convocó al referendo sobre el proyecto de reforma constitucional, la Corte utilizó los convenios sobre las prestaciones de invalidez, vejez y sobrevivientes (convenio 128⁴⁶) y sobre la negociación colectiva (convenios 98, 151 y 154), los informes de la Comisión de Expertos de la OIT y los informes de casos adelantados ante el Comité de Libertad Sindical, para efectuar el control de constitucionalidad de algunas normas de contenido laboral de la ley de referendo que fijaban topes máximos a las pensiones con cargo a recursos públicos, eliminaban los regímenes pensionales especiales, determinaban la edad mínima para jubilarse, ordenaban la revisión de las pensiones otorgadas en contra del ordenamiento vigente y congelaban por un período determinado los sueldos y pensiones pagados con recursos públicos.

Por otra parte, tal y como lo anotamos anteriormente, la Corte Constitucional, en la sentencia C-466 de 2008, mediante la cual revisó la constitucionalidad de los artículos 391, 398, 434 y numeral 4º del 448 del Código Sustantivo del Trabajo, dejó clara la pertenencia al bloque de constitucionalidad en sentido estricto de los Convenios 87 y 98, así: *“Además esta Corte, mediante reiterada jurisprudencia sobre la materia, ha señalado con claridad que la Constitución de la OIT y los Convenios 87 y 98 hacen parte del bloque de constitucionalidad, en cuanto ‘versan sobre derechos que no pueden ser suspendidos ni aún bajo los estados de excepción’”*.⁴⁷

- Los convenios 87 y 98 hacen parte del bloque de constitucionalidad en sentido estricto (sentencia C-466 de 2008).

2.2 Convenios 138 sobre la edad mínima y 182 sobre las peores formas de trabajo infantil

En la sentencia C-170 de 2004 se examinó una demanda de inconstitucionalidad contra las normas del Código del Menor que prohíben el trabajo de los menores de 14 años y contemplan que, excepcionalmente, determinadas autoridades podrían permitir el trabajo de niños mayores de 12 años, luego de obtener el concepto favorable del defensor de familia; por cuanto se consideraba que la autorización del trabajo infantil vulneraba los derechos fundamentales de los niños. En dicha sentencia, se declaró exequible la expresión *“Prohíbese el trabajo de los menores de catorce (14) años y es obligación de*

46 Este convenio no ha sido ratificado por Colombia.

47 Corte Constitucional, sentencia T-568 de 1999, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

sus padres disponer que acudan a los centros de enseñanza”, contenida en el inciso 2° del artículo 238 del Decreto-Ley 2737 de 1989,

... siempre y cuando se entienda que la prestación subordinada de servicios por parte de menores de quince (15) años y mayores de catorce (14), se encuentra sujeta a las condiciones previstas en los Convenios Nos. 138 ‘sobre la edad mínima de admisión al empleo’ y 182 ‘sobre la prohibición de las peores formas de trabajo infantil’ de la OIT, desarrolladas en los fundamentos Nos. 31 y 33 de esta providencia.

Y la expresión “Excepcionalmente y en atención a circunstancias especiales calificadas por el defensor de familia, los mayores de doce años (12) podrán ser autorizados para trabajar por las autoridades señaladas en este artículo”, en el entendido de que

... los mayores de 12 años podrán trabajar, siempre y cuando se le dé estricto cumplimiento a las edades mínimas y a los requisitos contenidos en el Convenio No. 138 de la OIT, declarado exequible por la sentencia C-325 de 2000 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa), y que no podrán hacerlo en las actividades a que se refiere el Convenio 183⁴⁸ (sic) de la OIT, declarado exequible por la sentencia C-535 de 2002 (M.P. Jaime Araújo Rentería), según lo previsto en los fundamentos Nos. 31, 33 y 34 de esta providencia. Además, la constitucionalidad de la norma reseñada, se sujeta a que Colombia continúe acogándose a la edad de 14 años.

Para llegar a la anterior conclusión, la Corte señaló, en relación con los Convenios 138 y 182 de la OIT, lo siguiente:

[...]

19. En desarrollo de estas últimas disposiciones, es decir, de los artículos 93 y 94 de la Carta Fundamental, la Corte Constitucional ha reconocido que las normas contenidas en la Convención sobre los Derechos de Niño (Ley 12 de 1991), el Convenio 138 sobre la “Edad Mínima de Admisión de Empleo” (Ley 515 de 1999) y el Convenio 182 sobre la “Prohibición de las Peores Formas de Trabajo Infantil y la Acción Inmediata para su Eliminación” (Ley 704 de 2001), forman parte del bloque de constitucionalidad *strictu sensu* y, por lo mismo, no sólo sirven de parámetros de validez constitucional de los preceptos legales, sino que también tienen fuerza vinculante.

[...]

27. En este orden de ideas, los parámetros de validez del trabajo infantil y, por ende, la normatividad referente al señalamiento de la edad mínima para

48 La referencia corresponde al Convenio 182, y no al 183 como se dice en esa sentencia.

acceder a la vida productiva, tienen su determinación en un marco constitucional compuesto por el preámbulo y los artículos 44, 45, 67, 93 y 94 del Texto Superior, en armonía con las disposiciones previstas en la Convención sobre los Derechos del Niño (Ley 12 de 1991) y en los Convenios No. 138 sobre la ‘Edad Mínima de Admisión de Empleo’ (Ley 515 de 1999) y No. 182 sobre la ‘Prohibición de las Peores Formas de Trabajo Infantil y la Acción Inmediata para su Eliminación’ (Ley 704 de 2001), ambos proferidos por la OIT.

- Los convenios 138 y 182 hacen parte del bloque de constitucionalidad en sentido estricto (sentencia C-170 de 2004).

3. Convenios utilizados por la Corte Constitucional como bloque de constitucionalidad en sentido lato

3.1 Los convenios de la OIT ratificados sobre derechos humanos

En la sentencia C-038 de 2004, que versó sobre la demanda de inconstitucionalidad contra diversos artículos de la Ley 789 de 2002, que reformaban el Código Sustantivo del Trabajo, se expresó que los convenios de la OIT, ratificados por Colombia, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) y el Protocolo de San Salvador, hacen parte del bloque de constitucionalidad en virtud del artículo 93-2 de la Constitución, por ser tratados de derechos humanos. Así lo manifestó:

[...]

20. Ahora bien, y conforme a reiterada jurisprudencia de esta Corte, para determinar cuáles son esos principios constitucionales mínimos del trabajo que deben ser respetados por cualquier reforma laboral, es necesario tomar en cuenta también los tratados internacionales que integran el bloque de constitucionalidad. En particular, en esta materia tienen mucha importancia los límites y deberes al Estado impuestos por los convenios de la OIT ratificados por Colombia, por el PIDESC, y por el Protocolo de San Salvador, todos los cuales hacen parte del bloque de constitucionalidad, de conformidad con lo ordenado por el artículo 93 de la Carta, que establece que los “derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”. Y es que esta Corporación ha precisado que todo tratado de derechos humanos ratificado por Colombia, que se refiera a derechos constitucionales, tiene rango constitucional y hace parte del bloque de constitucionalidad para efectos de determinar el alcance y contenido de los derechos constitucionales, pues no otro puede ser el sentido de la cláusula de remisión del inciso segundo del artículo 93 Superior. Ha dicho al respecto esta Corporación que el inciso segundo del artículo 93-2 “constitucionaliza todos los tratados de derechos

*humanos ratificados por Colombia y referidos a derechos que ya aparecen en la Carta y, en virtud de la regla hermenéutica sobre favorabilidad, el intérprete debe escoger y aplicar la regulación que sea más favorable a la vigencia de los derechos humanos*⁴⁹. Y específicamente sobre la integración de los convenios de la OIT al bloque de constitucionalidad, la sentencia T-1303, fundamento 3°, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, señaló al respecto:

“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 1°, 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 2° del artículo 93 que los Convenios 87 y 98 de la OIT hacen parte del bloque de constitucionalidad (Ver C-010/2000). La otra objeción consistente en que los Convenios de la OIT no harían parte del bloque de constitucionalidad porque el artículo 53 de la C.P. los ubica dentro de la legislación interna, es inconsistente porque el inciso 4° del artículo 53 de la C.P. cuando determina que ‘Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados hacen parte de la legislación interna’, lo que hace es reafirmar aún más el deber de interpretar los derechos humanos (dentro de ellos los derechos sociales) de conformidad con los tratados internacionales. No tendría coherencia que se protegieran todos los derechos humanos menos los que se refirieran al derecho al trabajo, cuando en la Constitución de 1991 el trabajo es un derecho fundante (artículo 1°, CP), una finalidad de la propia Carta (Preámbulo), un derecho fundamental (artículo 25). En consecuencia, los Convenios de la OIT integran el bloque de constitucionalidad en virtud del inciso 2° del artículo 93 de la C.P. y tal característica se refuerza con lo determinado en el inciso 4° del artículo 53 *ibidem*”.

Según esta sentencia, todos los convenios de la OIT que versen sobre derechos humanos hacen parte del bloque de constitucionalidad en sentido lato. Con esto no contradice lo dicho por ella misma, respecto de que los Convenios 87, 98, 138 y 182 hacen parte del bloque de constitucionalidad en sentido estricto; sino que ha de entenderse que, dentro de los convenios de la OIT que integran el bloque en sentido lato, hay convenios que también integran

49 Sentencia T-1319 de 2001, MP Rodrigo Uprimny Yepes, Fundamento 12., tesis reiterada en las sentencias T-235ª de 2002 y C-04 de 2003.

el bloque en sentido estricto; es decir que los que tengan esa doble naturaleza servirán tanto de parámetro directo de constitucionalidad como también para interpretar los derechos y deberes contenidos en la Constitución.

- Los convenios de la OIT que versen sobre derechos humanos hacen parte del bloque de constitucionalidad en sentido lato, en virtud del inciso 2° del artículo 93 de la Constitución; además, los que consagren derechos humanos que no puedan ser limitados en los estados de excepción, como los Convenios 87, 98, 138, y 182, u otros que tengan contenido semejante, también hacen parte del bloque de constitucionalidad en sentido estricto, en virtud del inciso 1° del artículo 93 de la Constitución.

4. Convenios utilizados por la Corte Constitucional como bloque de constitucionalidad sin especificar en qué sentido

4.1 Convenio 95 sobre la protección del salario

En la sentencia SU-995 de 1999 se concedió el amparo solicitado por numerosos docentes de un municipio que reclamaban el pago de sus salarios y prestaciones sociales. En esta ocasión, se recurrió al Convenio 95 de la OIT, como parte del bloque de constitucionalidad para interpretar el contenido del vocablo salario, con el fin determinar la amplitud de la protección que pueden recibir a través de la acción de tutela los funcionarios que no han recibido los pagos que les corresponden:

Las fuentes positivas que permiten desarrollar la noción integral del salario, no sólo se encuentran en los artículos de la Constitución y la legislación interna; es menester acudir a instrumentos de derecho internacional que se encargan de desarrollar materias laborales y que, por virtud del artículo 93 de la Carta Política, hacen parte de la normatividad iusfundamental vigente en nuestro país, a través de lo que se ha denominado *bloque de constitucionalidad*...

[...]

En este orden de ideas, la noción de salario ha de entenderse en los términos del Convenio 95 de la Organización Internacional del Trabajo –relativo a la protección del salario–, ratificado por la Ley 54 de 1992, que en el artículo 1° señala:

“El término ‘salario’ significa la remuneración o ganancia, sea cual fuere su denominación o método de cálculo, siempre que pueda evaluarse en efectivo, fijada por acuerdo o por la legislación nacional, y debida por un empleador

a un trabajador en virtud de un contrato de trabajo, escrito o verbal, por el trabajo que éste último haya efectuado o deba efectuar o por servicios que haya prestado o deba prestar”.

Esto quiere decir que para efectos del significado que en nuestro ordenamiento ha de tener la voz *salario* y, sobre todo, para la protección judicial del derecho a su pago cumplido, deben integrarse todas las sumas que sean generadas en virtud de la labor desarrollada por el trabajador, sin importar las modalidades o denominaciones que puedan asignarles la ley o las partes contratantes. Así, no sólo se hace referencia a la cifra quincenal o mensual percibida por el empleado –sentido restringido y común del vocablo–, sino a todas las cantidades que por concepto de primas, vacaciones, cesantías, horas extras –entre otras denominaciones–, tienen origen en la relación laboral y constituyen remuneración o contraprestación por la labor realizada o el servicio prestado.

Las razones para adoptar una noción de salario expresada en estos términos, no sólo se encuentran en la ya referida necesidad de integración de los diferentes órdenes normativos que conforman el bloque de constitucionalidad, sino que son el reflejo de una concepción *garantista* de los derechos fundamentales, que en materia laboral constituye uno de los pilares esenciales del Estado Social de Derecho...

- El Convenio 95 relativo a la protección del salario hace parte del bloque de constitucionalidad.

4.2 *Convenio 132 sobre las vacaciones pagadas*

En la sentencia C-035 de 2005, que examinó la demanda de inconstitucionalidad incoada contra una norma de la Ley 789 de 2002, por cuanto establecía que cuando terminara el contrato de trabajo sólo procedía compensar en dinero las vacaciones no disfrutadas, “por año cumplido de servicio y proporcionalmente por fracción de año”, la Corte Constitucional declaró la inexequibilidad de la expresión “por año cumplido de servicio”, de manera que la compensación deberá hacerse por la fracción de año que indique el Congreso, sin que pueda ser superior a seis (6) meses. En la providencia la Corte se expresó acerca de los convenios de la OIT y el bloque de constitucionalidad así:

... esta Corporación igualmente ha reconocido que dada la naturaleza abierta e indeterminada de las normas constitucionales, es una labor compleja para el legislador desentrañar el sentido y finalidades de cada institución jurídica que pretende regular.

Sin embargo, de igual manera se ha reiterado, que el legislador puede acudir a los Convenios proferidos al amparo de la Organización Internacional del Trabajo, para encontrar en ellos guías ineludibles que le permitirán establecer, si la regulación que se pretende realizar se adecua o no a la finalidad que se persigue con cada acreencia laboral o prestación social y, adicionalmente, si las condiciones impuestas logran asegurar su adquisición, goce y disfrute al amparo de los hechos que le sirven de fundamento.

Por ello, en varias oportunidades, esta Corporación le ha concedido a los convenios y tratados internacionales del trabajo, la naturaleza de normas constitutivas del bloque de constitucionalidad por vía de interpretación, cuyo propósito consiste precisamente en servir de herramienta para desentrañar la naturaleza abierta e indeterminada de los conceptos jurídicos previstos en el Texto Superior...

[...]

Para desentrañar el límite máximo que tiene el legislador para proceder a su establecimiento, los Convenios Internacionales de protección al trabajador se convierten en la herramienta apropiada para precisar el contenido abierto e indeterminado que en dicha materia reviste la Constitución Política (art. 93, inciso 2°, CP)⁵⁰. Luego, y en virtud de lo previsto en los artículos 5° y 11° del Convenio 132⁵¹ de la OIT, es indiscutible que cualquier plazo que fije el Congreso de la República, en ningún caso, puede superar el lapso de seis (6) meses de prestación de servicios para tener derecho a vacaciones pagadas de forma proporcional.

- El convenio 132 (no ratificado por Colombia) ha sido utilizado por la Corte Constitucional para desentrañar el límite del legislador a la hora de fijar el contenido de los conceptos de contenido abierto de la Constitución, en el tema de las vacaciones.

4.3 *Convenios 151 sobre las relaciones de trabajo en la administración y 154 sobre negociación colectiva*

En relación con los convenios 151 y 154 se tiene que la Corte Constitucional, en la sentencia C-1234 de 2005, los utilizó para examinar la constitucionalidad de una parte del artículo 416 del Código Sustantivo del Trabajo, que prohíbe la presentación de pliego de peticiones y la celebración de convenciones colectivas a los empleados públicos y señaló:

50 Determina la citada norma: “Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”.

51 Es de anotar que el convenio 132 relativo a las vacaciones anuales pagadas no ha sido ratificado por Colombia, lo que indica que la Corte Constitucional ha aplicado el inciso 2° del artículo 93 de la Constitución, no sólo frente a los convenios sobre derechos humanos ratificados, sino también respecto de los no ratificados.

El Estado colombiano se comprometió con la suscripción de los Convenios 151 y 154 de la OIT, incorporados a la legislación interna, a que los empleados públicos se puedan organizar en sindicatos, y que, en tal virtud, gocen del derecho a la negociación colectiva, con el fin de lograr la solución concertada de los conflictos laborales que se presenten, pues, estas organizaciones sindicales, de conformidad con la Constitución en los artículos 39 y 55, tienen derecho a ser parte de las negociaciones y de participar en las decisiones que los afecten (art. 2º de la Carta), entendido el concepto de negociación colectiva, en la forma amplia de la expresión, como se acaba de anotar. En el seno de las negociaciones, se deben buscar fórmulas que concilien los intereses de las partes dentro de los límites impuestos por la Constitución y la ley.

El estudio de constitucionalidad de la expresión demandada del artículo 416 del CST culminó con la declaratoria de constitucionalidad condicionando su interpretación al contenido de los Convenios 151 y 154 del OIT, así:

Declarar exequible la expresión “Los sindicatos de empleados públicos no pueden presentar pliego de peticiones ni celebrar convenciones colectivas” contenida en el artículo 416 del Código Sustantivo del Trabajo, bajo el entendido que para hacer efectivo el derecho a la negociación colectiva consagrado en el artículo 55 de la Constitución Política, y de conformidad con los Convenios 151 y 154 de la OIT, las organizaciones sindicales de empleados públicos podrán acudir a otros medios que garanticen la concertación en las condiciones de trabajo, a partir de la solicitud que al respecto formulen estos sindicatos, mientras el Congreso de la República regule el procedimiento para el efecto.

De lo anterior se desprende que, si bien la Corte no anotó expresamente que los Convenios 151 y 154 hacen parte del bloque de constitucionalidad, de la forma como se refirió a ellos se puede deducir que dichos convenios hacen parte de bloque de constitucionalidad.

- Los Convenios 151 y 154 hacen parte del bloque de constitucionalidad (sentencia C-1234 de 2005).

La Corte Constitucional ha considerado que el Convenio 154 hace parte del bloque de constitucionalidad, pero no en sentido estricto. En la sentencia C-280 de 2007, expresamente dispuso:

4. El Convenio 154 de la OIT y el bloque de constitucionalidad.

En la sentencia C-401 de 2005 esta Corporación realizó un pormenorizado recuento de la jurisprudencia relacionada con los convenios de la OIT, del cual dedujo que la postura sobre este tema “... ha ido evolucionando gradualmente en la dirección de considerar que forman parte del bloque de constitucio-

nalidad. 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”.

La anterior constatación no significa que todos los convenios de la OIT ratificados por Colombia hagan parte del bloque de constitucionalidad, porque en la misma sentencia se afirma que una decisión de esta naturaleza debe ser adoptada por la Corte Constitucional “de manera específica, caso por caso”, una vez verificado que el convenio en cuestión cumpla los requisitos señalados por el artículo 93 constitucional. En tal sentido en la sentencia C-401 de 2005 se hace mención de algunos convenios que la jurisprudencia constitucional ha considerado incorporados al bloque de constitucionalidad tales como el Convenio 169, sobre pueblos indígenas y tribales, los Convenios 87 y 98, sobre la libertad sindical y sobre la aplicación de los principios de derechos de sindicalización colectiva, el Convenio 138, sobre la edad mínima, y el Convenio 182 sobre las peores formas del trabajo infantil.

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 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 pleno efectividad al principio fundamental de la protección del trabajador (art. 1, CP) y al derecho al trabajo (arts. 25 y 53, CP)”⁵³.

52 Corte Constitucional, sentencia C-401 de 2005.

53 *Ibidem*.

Ahora bien, en lo que hace referencia al Convenio 154 de la OIT no cabe duda de 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 1999⁵⁴, 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.

En efecto, en la sentencia C-161 de 2000 en la cual se examinó la exequibilidad del Convenio 154 y de su ley aprobatoria no hubo un pronunciamiento de esta Corporación, y sentencias posteriores en las cuales se ha hecho alusión al mismo tampoco han dilucidado el extremo en cuestión⁵⁵.

No obstante, a pesar que expresamente no se ha hecho una manifestación en tal sentido es posible verificar que esta Corporación en algunas decisiones ha empleado sus estipulaciones para establecer el alcance del derecho de negociación colectiva⁵⁶, tal como ocurre por ejemplo en las sentencias C-1234 de 2005⁵⁷ y SU-1185 de 2001⁵⁸. Esta Corporación entiende que tal utilización se ajusta al carácter del Convenio 154 de la OIT pues si bien es un tratado internacional sobre un derecho humano –el derecho de negociación colectiva– no prohíbe su suspensión bajo los estados de excepción y en consecuencia no hace parte del bloque de constitucionalidad en sentido estricto. Con el fin de delimitar el alcance del derecho de negociación colectiva, a continuación se hará una breve descripción de las disposiciones de este instrumento internacional.

En la sentencia C-466 de 2008, la Corte reiteró la pertenencia del Convenio 154 al bloque de constitucionalidad (sin especificar en qué sentido) así:

De conformidad con lo anterior, es claro para la Corte que el Convenio 154 de la OIT hace parte del bloque de constitucionalidad, esto es, sirve como referente necesario para la interpretación de los derechos de los trabajadores, en aras de darle plena efectividad a la libertad sindical, al principio fundamental de protección a los trabajadores y al derecho al trabajo. Lo anterior, no sólo se demuestra por la naturaleza misma de este tratado sobre el fomento de la

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

55 Al citado Convenio 154 se hace alusión entre otras decisiones en las sentencias 5U-1185 de 2001, C-551 de 2003, T-809 de 2005, T-1235 de 2005 y C-1234 de 2005.

56 Precisamente, la jurisprudencia constitucional ha entendido que el derecho de negociación colectiva no se agota en la celebración de convenciones o pactos colectivos en virtud de la definición amplia del derecho en cuestión contenida en los artículos 2º y 6º del Convenio. Sobre este aspecto son esclarecedoras las sentencias 5U-1185 de 2001 y C-1234 de 2005.

57 En esta decisión la Corte se pronuncia in extenso sobre el alcance del Convenio 154 de la OIT para establecer el alcance del derecho a la negociación sindical con ocasión del examen de constitucionalidad del artículo 416 del CST.

58 En esta sentencia se emplea el artículo 2º del Convenio 154 para definir el derecho de negociación colectiva.

negociación colectiva como expresión tanto de la libertad sindical como del derecho fundamental de asociación sindical, sino en la utilización que esta misma Corporación ha hecho del Convenio en cuestión en reiteradas decisiones como patrón normativo para el restablecimiento de los derechos de los trabajadores y del orden constitucional.⁵⁹

De acuerdo con lo anterior, para la Corte Constitucional, como el Convenio 154 reconoce un derecho humano cuya suspensión no se prohíbe durante los estados de excepción, no hace parte del bloque de constitucionalidad en sentido estricto. Entonces podemos afirmar que al menos hace parte del bloque de constitucionalidad en sentido lato, así la Corte no lo haya dicho expresamente.

- El Convenio 154 hace parte del bloque de constitucionalidad (sentencias C-280 de 2007 y C-466 de 2008).

4.4 *Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales*

En la sentencia SU-039 de 1997, M.P. Antonio Barrera Carbonell, en la cual se concedió el amparo impetrado por el Defensor del Pueblo en favor de la comunidad indígena UWA, con el fin de que fuera consultada en relación con una licencia ambiental que había sido concedida para un proyecto de explotación petrolera en tierras de su resguardo, se afirmó que el Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales hacía parte del bloque de constitucionalidad y se utilizó para fijar los alcances de dicha consulta:

El derecho de participación de la comunidad indígena como derecho fundamental (art. 40-2, CP), tiene un reforzamiento en el Convenio número 169, aprobado por la Ley 21 de 1991, el cual está destinado a asegurar los derechos de los pueblos indígenas a su territorio y a la protección de sus valores culturales, sociales y económicos, como medio para asegurar su subsistencia como grupos humanos. De este modo, el citado Convenio, que hace parte del ordenamiento jurídico en virtud de los arts. 93 y 94 de la Constitución, integra junto con la aludida norma un bloque de constitucionalidad que tiende a asegurar y hacer efectiva dicha participación.

[...]

Con fundamento en los arts. 40-2, 330 parágrafo de la Constitución y las normas del Convenio 169 antes citadas, estima la Corte que la institución de la consulta a las comunidades indígenas que pueden resultar afectadas con motivo de la explotación de los recursos naturales, comporta la adopción de rela-

59 Ver, por ejemplo, las sentencias C-1234 de 2005 y 5U-1185 de 2001.

ciones de comunicación y entendimiento, signadas por el mutuo respeto y la buena fe entre aquéllas y las autoridades públicas...

Con base en ello, se declaró que no se había configurado realmente una consulta, razón por la cual se concedió la tutela y se ordenó que se practicara la mencionada consulta con la comunidad indígena.

En la sentencia C-575 de 2006, la Corte revisó la constitucionalidad del artículo 41 de la Ley 975 de 2005. Allí los demandantes argumentaban que el legislador, al expedir el artículo 41 de la Ley 975 de 2005,⁶⁰ incurrió en una omisión legislativa en la medida en que no incorporaba como personas de especial protección a los grupos indígenas y minorías étnicas, quienes, de conformidad con lo previsto en el artículo 7° Superior, gozan de reconocimiento especial, el cual trae consigo una serie de obligaciones inexorables para el Estado y, por tanto, si tal reconocimiento se desconoce, ello da lugar a que se vulneren los derechos fundamentales de un sector de la población que de por sí se encuentra en una especial de situación de debilidad.

En esa oportunidad, los demandantes al respecto invocaron tanto el artículo 7° de la Constitución como el Convenio 169 de la OIT.

Frente a estos argumentos, la Corte consideró:

Debe entonces examinarse si dicha obligación específica se encuentra establecida en el Convenio 169 de la OIT. Previamente, empero, debe dilucidarse si dicho Convenio y concretamente las obligaciones que en él puedan establecerse constituyen disposiciones de aquellas que por referirse a tratados y convenios de derechos humanos ratificados por el Congreso y que prohíben su limitación en estados de excepción integran el bloque de constitucionalidad, pues solamente en ese caso ellas podrían ser tomadas en cuenta como referente de control para efectos del examen de constitucionalidad de la disposición acusada.

Al respecto, la Corte constata que el Convenio 169 de la OIT se encuentra dentro de aquellos textos internacionales de derechos humanos que han sido ratificados por el Congreso. En efecto, dicho texto internacional fue aprobado mediante la Ley 21 de 1991 y en él se contienen diferentes disposiciones relativas a los derechos humanos reconocidos a los pueblos indígenas. Empero, ninguna de sus disposiciones prohíbe la suspensión de las mismas en los

60 "Artículo 41. Atención a necesidades especiales. Tanto los órganos judiciales como las entidades de apoyo técnico y la Procuraduría Judicial para la Justicia y la Paz, tendrán en cuenta las necesidades especiales de las mujeres, de las niñas, niños, personas mayores de edad o con discapacidad que participen en el proceso".

estados de excepción. Tampoco este figura dentro de los textos a que alude el artículo 4 de la Ley estatutaria de estados de excepción como aquellos que no pueden ser objeto de suspensión. Si bien la Corte ha señalado que dicho Convenio constituye, en armonía con el artículo 93 Superior, claramente criterio de interpretación de los derechos y deberes señalados en la Constitución y en materia de acciones de tutela ha incluso afirmado que para esos efectos se integra al bloque de constitucionalidad –particularmente en lo relativo al derecho a ser consultados–, es claro que por tratarse de una norma que puede ser suspendida durante los estados de excepción no puede ser tomada como referente de control en materia de control abstracto de constitucionalidad. A ello debe sumarse que de su texto no se desprende tampoco una obligación específica para el Estado en relación con la materia concreta a que alude el artículo acusado. Desde esta perspectiva, encuentra la Corte que ante la ausencia de uno de los presupuestos necesarios para poder entenderse configurada una omisión relativa del Legislador –específicamente la existencia de una obligación constitucional concreta que se esté incumpliendo– no puede entenderse configurada dicha omisión en el presente caso.

En esta sentencia, la Corte Constitucional admite que el Convenio 169 hace parte del bloque de constitucionalidad y, por tal razón, se puede utilizar para interpretar los derechos y deberes contenidos en la Constitución, según lo ordenado en el inciso 2° del artículo 93 de la Constitución.

Más adelante encontramos la sentencia C-461 de 2008, en la que la Corte utiliza el Convenio 169 como parte del bloque de constitucionalidad, así:

4.1.1. La Carta Política otorga especial protección al derecho de participación de los pueblos indígenas del país en las decisiones que los afectan, en virtud de la definición de Colombia como república democrática, participativa y pluralista (art. 1, CP), y del reconocimiento de la diversidad cultural como valor constitucional y fundamento de la nacionalidad colombiana (arts. 7° y 70, CP). Esta especial protección "se traduce en el deber de adelantar procesos de consulta con las comunidades indígenas y tribales para la adopción y la ejecución de decisiones que puedan afectarles", procesos de consulta que constituyen una forma de participación democrática específicamente regulada en el artículo 330 Superior, y con un sustento adicional en el Convenio 169 de la OIT, aprobado por Colombia mediante Ley 21 de 1991, que forma parte del bloque de constitucionalidad.

- El Convenio 169 ha sido considerado parte del bloque de constitucionalidad (sentencia C-461 de 2008).

5. Relación de convenios que la Corte Constitucional ha utilizado como bloque de constitucionalidad⁶¹

En esta parte, se hace la presentación de los convenios que ha utilizado la Corte Constitucional como bloque de constitucionalidad (sin entrar a analizar la interpretación que ha realizado de los respectivos convenios), con el fin de que el operador jurídico pueda determinar fácilmente la jerarquía del convenio en el momento de utilizarlo en sus decisiones judiciales.

Relación de convenios de la OIT utilizados por la Corte Constitucional como bloque de constitucionalidad (art. 93, CP) (en construcción).	
Convenio N°	Sentencias
C 87	T-568 de 1999, auto 078ª/99, C-1491 de 2000, C-551 de 2003, C-466 de 2008
C 95	SU-995 de 1999
C 98	T-568 de 1999, auto 078ª/99, C-1491 de 2000, C-551 de 2003, C-466 de 2008
C 100	C-221 de 1992, T-102 de 1995
C 111*	C-221 de 1992, T-102 de 1995,
C 132**	C-035 de 2005
C 138	C-170 de 2004
C 151	C-1234 de 2005
C 154	C-280 de 2007, C-466 de 2008
C 169	SU-039 de 1997, C-575 de 2006, C-461 de 2008
C 182	C-170 de 2004
Todos los convenios oit ratificados sobre derechos humanos	C-038 de 2004

* En la sentencia T-1266 de 2008, la Corte Constitucional no menciona expresamente el Convenio 111, pero señala que el principio fundamental de igualdad y no discriminación, en el Derecho Internacional, ha ingresado en el dominio del *Jus Cogens*: "Sobre él descansa el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y permea todo el ordenamiento jurídico".

** Este convenio no ha sido ratificado por Colombia, sin embargo, la Corte lo utilizó como parte del bloque de constitucionalidad, así:

Para desentrañar el límite máximo que tiene el legislador para proceder a su establecimiento, los Convenios Internacionales de protección al trabajador se convierten en la herramienta apropiada para precisar el contenido abierto e indeterminado que en dicha materia reviste la Constitución Política (art. 93, inciso 2°, CP). Luego, y en virtud de lo previsto en los artículos 5° y 11° del Convenio 132 de la OIT, es indiscutible que cualquier plazo que fije el Congreso de la República, en ningún caso, puede superar el lapso de seis (6) meses de prestación de servicios para tener derecho a vacaciones pagadas de forma proporcional.

61 Es posible que haya otras sentencias donde la Corte Constitucional se haya referido a los convenios aquí relacionados, o a otros convenios como bloque de constitucionalidad. Con esta tabla se pretende dar una guía de los convenios que hacen parte del bloque de constitucionalidad para facilitar su uso.

C. Talleres

1. Taller guiado para la solución de un conflicto jurídico sobre libertad sindical

1.1 Objetivos específicos

Con la solución guiada se pretende ilustrar cómo se pueden usar las normas internacionales del trabajo (NIT) en las soluciones de controversias sobre libertad sindical, con ejemplos de:

- Elaboración de argumentos con utilización de normas de origen nacional y de las NIT.
- Uso del bloque de constitucionalidad.
- Uso de convenios y recomendaciones de la OIT, junto con las normas del Código Sustantivo del Trabajo, para determinar medidas de protección adecuada contra la discriminación antisindical⁶².
- Interpretación de las normas procesales y sustantivas del fuero sindical de acuerdo con el artículo 39 de la Constitución Política y los Convenios 87 y 98 de la OIT y los pronunciamientos de los órganos de control de la OIT.

1.2 Contexto del caso

La empresa Z presenta una demanda de levantamiento de fuero sindical, en la que solicita autorización para despedir al trabajador Y, quien tiene fuero dada su calidad de directivo sindical, con fundamento en una autorización de despido colectivo por razones económicas concedida por el Ministerio de la Protección Social (en adelante el Ministerio).

62 Equivale a decir discriminación por motivos sindicales

1.3 Hechos de la parte demandante

La parte demandante afirma que el trabajador tiene fuero sindical por ser miembro de la junta directiva del sindicato.

La empresa invoca como justa causa para obtener la autorización del despido el haber obtenido autorización del Ministerio para un despido colectivo por razones económicas.

1.4 Posición de la parte demandada

El trabajador aforado y la organización sindical se oponen a las pretensiones de la demanda, apoyándose en el argumento de que, según el artículo 410 del CST⁶³, la autorización concedida por el Ministerio a la empresa Z no es una justa causa para despedir.

Adicionalmente, la parte demandada considera que autorizar el levantamiento de fuero sindical con base en una autorización ministerial para realizar un despido colectivo desconoce la protección adecuada que debe brindar el Estado contra todo acto de discriminación tendiente a menoscabar la libertad sindical en relación con su empleo, contenida en el artículo 1º del Convenio 98 de la OIT⁶⁴ que hace parte del bloque de constitucionalidad, de conformidad con los artículos 53, 93 y 94 de la Constitución Política.

1.5 Decisión de primera instancia

El fallo de primera instancia concluye que concedido, mediante acto administrativo que goza de la presunción de legalidad, el permiso a la empresa

63 **Artículo 410. Justas causas del despido.** [Artículo modificado por el artículo 8o. del Decreto Legislativo 204 de 1957. El nuevo texto es el siguiente:] Son justas causas para que el Juez autorice el despido de un trabajador amparado por el fuero:

- a) La liquidación o clausura definitiva de las empresa o establecimiento y la suspensión total o parcial de actividades por parte del {empleador} durante más de ciento veinte (120) días, y
- b) Las causales enumeradas en los artículos 62 y 63 del Código Sustantivo del Trabajo para dar por terminado el contrato.

64 "Artículo 1.

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

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

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

para reducir su planta de personal en 30 trabajadores, discriminados en 10 del área administrativa, 5 del área comercial y 15 del área técnico operativa, última sección a la que pertenece el trabajador Y, la determinación patronal no está afectada de ilicitud alguna como quiera que cuenta con el visto bueno del Estado a través del Ministerio.

1.6 Apelación del demandado

La parte demandada apela y argumenta que el juez dio una autorización de levantamiento de fuero que no podía conceder, dado que no se probó alguna de las justas causas previstas en el artículo 410 del CST. Con tal decisión se están violando los Convenios 87 y 98 de la OIT, afirma dicha parte.

1.7 Fuentes jurídicas nacionales e internacionales utilizadas en los argumentos sugeridos

Constitución Nacional: artículos 4º, 39, 53, 93, 94; Convenio 87 de la OIT: artículos 1º, 2º, 3º, 4º, 11; Convenio 98: artículo 1º; Código Sustantivo del Trabajo: artículos 405, 406, 408, 410 del CST; 113 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social .

Pronunciamientos de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones⁶⁵ (en adelante la CEACR): los párrafos 202, 203, 204, 208, 210, 211, 212, 213, 214, 216, 217, 218, 219, 220, 221, 222, 223, 224 del Estudio General de 1994 de la CEACR sobre libertad sindical y negociación colectiva.

Pronunciamientos del Comité de Libertad Sindical⁶⁶: los párrafos 769-854 de la recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical, quinta edición (revisada).

Algunos antecedentes jurisprudenciales sobre el tema: de la Corte Constitucional: sentencias C381 de 2000; T-249 de 2008. Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, radicación No. 13.886, del 25 de julio de 2000, M.P. Rafael Méndez Arango.

65 OIT. *Libertad sindical y negociación colectiva. Estudio General de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones.* Conferencia Internacional del Trabajo, 81ª reunión, 1994. http://training.ilo.org/ils/foa/library/general_surveys_es/surlist.htm

66 OIT. *La libertad sindical. Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*, quinta edición (revisada), Ginebra, 2006. http://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/2006/106B09_30S_span.pdf

1.8 Reglas guía extraíbles de las fuentes nacionales e internacionales utilizadas en la solución sugerida

- a. Según el artículo 39 CP, la libertad sindical es un derecho fundamental y el fuero sindical es un mecanismo constitucional para proteger la libertad sindical y el derecho de los trabajadores contra la afectación que puedan sufrir por el despido, traslado o desmejoramiento de las condiciones de trabajo.
- b. Según el artículo 1º del Convenio 98 de la OIT, parte del bloque de constitucionalidad en sentido estricto (sentencias T-568 de 1999⁶⁷ y C-466 de 2008), los trabajadores deberán gozar de una adecuada protección contra todo acto de discriminación tendiente a menoscabar la libertad sindical que tenga por objeto sujetar el ingreso y la permanencia en el empleo a la condición de que no se afilie a un sindicato o a la dejar de ser afiliado.
- c. La autorización de levantamiento de fuero sindical debe ser judicial. Dicha autorización es necesaria para el traslado, retiro o desmejora del trabajador, y debe darse de conformidad con la ley, como garantía y protección a la figura del fuero sindical y en atención a las necesidades legítimas del empleador.
- d. La autorización judicial de levantamiento de fuero sindical debe tener como fundamento una justa causa que desvirtúe la sospecha de discriminación antisindical.
- e. El proceso de levantamiento de fuero sindical es un instrumento para proteger la libertad sindical frente a violaciones que puedan surgir del ejercicio de la libertad de empresa.
- f. La interpretación de las normas ordinarias sobre fuero sindical que se adopte, debe ser acorde con la naturaleza de la figura, con miras a alcanzar una protección efectiva de la libertad sindical (artículo 39 de la CP, Convenios 87 y 98 de la OIT).

1.9 Argumentos que permiten dar solución al caso, basados tanto en el derecho de origen nacional como en el de origen internacional⁶⁸

En el caso presentado, encontramos que la cuestión central objeto de decisión será si la sola autorización administrativa para el despido colectivo otor-

67 En la sentencia T-568 de 1999, la Corte Constitucional, con base en los artículos 53 y 93 de la Constitución consideró que los Convenios 87 y 98 hacen parte del bloque de constitucionalidad, lo cual ha sido reiterado en sentencias posteriores. Para mayor ilustración sobre la ubicación de los convenios de la OIT dentro del bloque de constitucionalidad, ver la sentencia C-401 de 2005, donde la Corte concluyó que los convenios de la OIT debidamente ratificados por Colombia hacen parte del derecho interno y como tal son normas de obligatorio cumplimiento. Y precisó que unos convenios, según su contenido, hacen parte del bloque de constitucionalidad de conformidad con el artículo 93 de la CP.

68 Cabe recordar, en el momento de utilizar las NIT, que los convenios tienen disposiciones de distinto contenido: sin pretender ser exhaustivos, hay las que reconocen derechos subjetivos con mayor o menor determinación; otras pueden ser programáticas, otras definen conceptos jurídicos. De acuer-

gada a la empresa es una justa causa para autorizar el despido de un aforado por parte del juez, dado que el despido se autoriza cuando existen razones legales para ello.

1.10 Solución sugerida

La respuesta a la que se llega, es que dicha causal *per se* no es justa, y, en consecuencia, no se puede conceder la autorización de levantamiento de fuero sindical.

En la elaboración de esta conclusión se han utilizado los artículos 39, 53, 93 y 94 de la CP; 405 y 408 del CST; 2º y 11⁶⁹ del Convenio 87, y 1º del Convenio 98 de la OIT (con apoyo en las interpretaciones sobre el tema de la CEACR y del Comité de Libertad Sindical).

Esta respuesta la sustentan los siguientes argumentos:

1.11 Argumentos⁷⁰

1.11.1 El fuero sindical como garantía constitucional: intereses que protege, elemento del derecho de asociación sindical

La Corte Constitucional, en la sentencia C-381 de 2000, al resolver el problema de si la conciliación judicial prevista en el artículo 114 del CPL y SS para los procesos de fuero sindical era constitucional, consideró que la Constitución de 1991 le otorgó “una especial jerarquía a esta figura [fuero sindical], que ya no es una institución puramente legal, puesto que se ha convertido en un mecanismo de rango constitucional para proteger la libertad sindical y el derecho de asociación de los trabajadores”⁷¹.

do con el contenido de las NIT, el operador jurídico puede optar por el uso que mejor se adapte al caso; por ejemplo, utilizarlas para solucionar directamente el caso, o para interpretar una norma nacional, o para reforzar una decisión con base en una norma nacional, o para extraer un principio. Además, que los párrafos de las publicaciones de la OIT corresponden a pronunciamientos de los órganos de control respecto de casos reales sometidos a su estudio; y tales pronunciamientos, si bien no tienen la categoría de norma, sí pueden servir de base, como doctrina autorizada, de los razonamientos necesarios para la solución de situaciones jurídicas que encuadran en un convenio determinado. (Véase OIT. *Derecho Internacional del Trabajo y derecho interno. Manual de formación para jueces, juristas y docentes en derecho*. Xavier Beaudonnet, 2009).

69 El fuero sindical puede ser visto como una de las medidas apropiadas y necesarias mencionadas por el artículo 11 del Convenio 87.

70 En los argumentos de la Corte Constitucional tomados en cuenta para la solución del caso, se aprecian consideraciones que se adaptan a los Convenios 87 y 98 de la OIT.

71 Corte Constitucional, sentencia C-381 de 2000, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

De lo anterior se destaca que el fuero sindical es una garantía constitucional (art. 39, CP) para el ejercicio de la libertad sindical por los representantes sindicales. Siguiendo esta orientación, la Corte Constitucional “ha resaltado, en numerosas ocasiones, que la garantía foral busca impedir que, mediante el despido, el traslado o el desmejoramiento de las condiciones de trabajo, el empleador pueda perturbar indebidamente la acción legítima que la Carta reconoce a los sindicatos”^{72, 73}.

Para la OIT, si no se protege de manera adecuada, particularmente, a los trabajadores aforados contra actos de discriminación sindical, se podría presentar en la práctica la negación de las garantías previstas en el Convenio 87 sobre libertad sindical⁷⁴. Por tal razón, encontramos que el artículo 1º del Convenio 98 reconoce el derecho subjetivo de los trabajadores a gozar de adecuada protección contra todo acto de discriminación tendiente a menoscabar la libertad sindical, en relación con su empleo.

Así, tenemos que la consagración del fuero en la propia Constitución para los representantes sindicales corresponde a las medidas adecuadas de que trata el artículo 1º del Convenio 98 de la OIT para hacer efectiva la libertad sindical reconocida por el Convenio 87 de la OIT y el artículo 39 Superior. Igualmente, constituye un acatamiento a la directiva/obligación contenida en el artículo 11⁷⁵ del Convenio 87. A esta normatividad deben adecuarse tanto las leyes ordinarias como las interpretaciones que de ellas hagan los operadores jurídicos.

Más allá de la situación personal del dirigente sindical, el fuero sindical protege esencialmente los intereses de la organización sindical⁷⁶ y de los miembros que esta representa. Así lo ha manifestado la Corte Constitucional en diversas formas⁷⁷:

...la ley refuerza la protección a la estabilidad laboral de los representantes sindicales como un medio para amparar la libertad de acción de los sindicatos.

72 Ver, entre otras, las sentencias T-326 de 1999, SU-036 de 1999, T-728 de 1998, T-297 de 1994, C-593 de 1993 de la Corte Constitucional.

73 Corte Constitucional, sentencia C-381 de 2000.

74 Véase OIT. *Derecho Internacional del Trabajo y derecho interno. Manual de formación para jueces, juristas y docentes en derecho*. Xavier Beaudonnet, 2009.

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

76 Para el Profesor Mario Ackerman, el sindicato aparece como respuesta a la necesidad de poder negociar con un representante. El sindicato no es un fin en sí mismo sino que es un instrumento al servicio de las necesidades de los trabajadores creado para la negociación colectiva; por esto, un sindicato al que no se le permita la negociación colectiva es un sindicato sin fin. (Apuntes de clase, Seminario de NIT para magistrados, jueces y procuradores, Medellín, 2008).

77 Fragmentos tomados de la sentencia C-381 de 2000.

El estudio precedente ha mostrado que el problema de la expresión acusada del artículo 114 del C de PL no es tanto su contenido intrínseco, esto es, que prevea la conciliación en los juicios por fuero sindical, sino que ese mandato hace parte de una regulación mayor, que presenta defectos constitucionales, en la medida en que excluye a los sindicatos de participar en estos procesos, a pesar de que el fuero sindical existe esencialmente para amparar el derecho de asociación de los trabajadores.

1.11.2 Objetivo específico del proceso de levantamiento de fuero sindical

El objetivo específico del proceso de levantamiento de fuero sindical es ser requisito previo al despido, como medida de protección del fuero (lo que permite atender las necesidades legítimas del empleador), para garantizar la libertad sindical:

La Corte Constitucional, en la sentencia C-381 de 2000, consideró:

Ahora bien, en el caso del levantamiento del fuero, lo que se pretende es consumir un requisito necesario para lograr esa autorización de traslado, retiro o desmejora del trabajador, ajustada a la ley, precisamente como garantía y protección a la figura del fuero sindical y en atención a las necesidades del empleador.⁷⁸

En efecto, es claro que la ambición de dicha norma [art. 113], es resolver entonces, la tensión entre las potestades del empleador y la protección al fuero sindical, en atención a unos y otros intereses.⁷⁹

De tales premisas se desprende que el proceso de levantamiento de fuero sindical es un mecanismo judicial previsto en la ley procesal, a favor del trabajador, con el fin de hacer efectivo el fuero sindical reconocido como garantía constitucional del derecho fundamental de la libertad sindical. De tal forma que, en esencia, constituye una medida adecuada de protección de la libertad sindical, ordenada en el artículo 1º del Convenio 98 de la OIT.

Desde el punto de vista de la libertad de empresa, se puede afirmar que su ejercicio debe respetar la libertad sindical, de tal manera que si el empleador tiene una necesidad legítima para despedir a un directivo sindical, tiene el derecho de accionar judicialmente para obtener la autorización del levantamiento del fuero sindical, debiendo comprobar la justa causa para obtener una decisión favorable.

78 Corte Constitucional, sentencia C-381 de 2000.

79 *Ibidem*.

1.11.3 La sola autorización para despido colectivo no es justa causa para autorizar el levantamiento del fuero

En este punto se debe tener presente que las razones que autoriza la ley sustantiva laboral para la autorización de despido colectivo⁸⁰ corresponden a necesidades del empleador que son ajenas a la conducta del trabajador; por tal razón, hay jurisprudencia reiterada de la Corte Suprema de Justicia de que estas no son una justa causa de despido⁸¹.

Ahora bien, con referencia a la circunstancia de que el despido colectivo obedezca a imperativos de carácter económico controlados por la autoridad administrativa, ella no desvirtúa la naturaleza de decisión unilateral en lo que toca a la desvinculación de cada uno de los damnificados con la medida, pues fuera de que sólo el empleador decide a quién retira y a quién no, es claro que materialmente debe comunicar a cada interesado su determinación para que produzca el efecto rescisorio buscado. “Otro tema es el de si el despido colectivo puede calificarse como justo o injusto frente a cada uno de los trabajadores y al respecto, en sentir mayoritario de la Sala, es patente que se trata de una terminación unilateral sin justa causa (así lo ha entendido de antaño esta Corporación en sus dos extinguidas secciones, antes y después de la vigencia de la Ley 50 de 1990; ver, entre otras, las sentencias de 23 de octubre de 1989, Rad. 3120, y 27 de marzo de 1995, Rad. 7425) pues el mismo artículo 67-1 define que debe obedecer a motivos diversos de las justas causas contempladas en la ley para terminar los contratos de trabajo, lo cual es natural pues eventos de tipo económico y organizacional como los que contempla el ordinal 3° del aludido artículo, mal pueden constituir justa causa de terminación contractual por parte del empleador en tanto provienen de éste, máxime si se toma en consideración a que con arreglo al artículo 28 del CST, el trabajador nunca asume los riesgos o pérdidas del empresario”.

Si el despido colectivo no es una justa causa de despido, la sola autorización que obtenga el empleador de parte del Ministerio para tales efectos no sirve para habilitar el levantamiento del fuero sindical por parte del juez; por tal razón, se considera, no fue incluida como tal en el artículo 410 del CST. Sobre el particular, la Corte Constitucional ha dicho⁸²:

80 Artículo 67, Ley 50 de 1990.

81 Sala de Casación Laboral, radicación 13.886, sentencia de 25 de julio de 2000, M.P. Rafael Méndez Arango.

82 Mediante la sentencia T-249 de 2008, la Corte Constitucional dejó sin efecto una sentencia de segunda instancia de fuero sindical, por haber autorizado el levantamiento del fuero con base en un despido colectivo; y decidió conceder la protección a la asociación sindical, a la igualdad, al debido proceso, al trabajo y a los derechos humanos reconocidos por los tratados internacionales ratificados por Colombia.

Es de anotar, entonces, que el ordenamiento no prevé el despido de trabajadores aforados “en los casos en que el empleador se vea afectado por hechos tales como la necesidad de adecuarse a la modernización de procesos, equipos y sistemas de trabajo que tengan por objeto incrementar la productividad o calidad de sus productos; la supresión de procesos, equipos o sistemas de trabajo y unidades de producción; o cuando éstos sean obsoletos o ineficientes, o que hayan arrojado pérdidas sistemáticas, o los coloquen en desventaja desde el punto de vista competitivo con empresas o productos similares que se comercialicen en el país o con los que deba competir en el exterior; o cuando se encuentre en una situación financiera que lo coloque en peligro de entrar en estado de cesación de pagos, o que de hecho así haya ocurrido; o por razones de carácter técnico o económico como la falta de materias primas u otras causas que se puedan asimilar en cuanto a sus efectos; y en general los que tengan como causa la consecución de objetivos similares”.⁸³

Lo anterior, porque si bien el artículo 67 del Decreto-Ley 2351 de 1965 faculta al Ministerio de la Protección Social para autorizar el despido colectivo de trabajadores, en los casos antes señalados, la medida no comprende a dirigentes y militantes sindicales aforados, porque el artículo 410 del Código Sustantivo del Trabajo no lo considera. Sin perjuicio de las actuaciones que el empleador interesado debe adelantar ante las autoridades administrativas del trabajo para conformar la justa causa de despido, por terminación o suspensión de labores, a que se refiere la misma disposición.⁸⁴

Las facultades conferidas al Ministerio de la Protección Social, en materia de autorización de despidos por el artículo 67 de la Ley 2351 de 1965, han sido consideradas por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia con el propósito de distinguir la terminación de los contratos de trabajo por el cierre o suspensión de labores, definitivos o parciales, de la decisión del empleador de adelantar procesos de reestructuración, porque, en este último caso, “la empresa como unidad de explotación económica sigue funcionando así como sus establecimientos, sub-unidades o frentes de trabajo”.⁸⁵

Quiere decir, entonces, que la decisión del empleador de realizar despidos colectivos por razones económicas, técnicas, financieras, operativas, de producción o análogas no desplaza el derecho de los representantes de los trabajadores a permanecer en el empleo, así la medida cuente con la aquiescencia de las autoridades administrativas del trabajo.⁸⁶

Lo anterior si se considera que los artículos 39, 53 y 93 de la Constitución Política conceden a los activistas sindicales protección contra el despido arbi-

83 Corte Constitucional, sentencia T-249 de 2008. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

84 *Ibidem*

85 Sala de Casación Laboral, radicación 13.886, Sentencia de 25 de julio de 2000, M.P. Rafael Méndez Arango.

86 Corte Constitucional, sentencia T-249 de 2008.

trario y los Códigos Sustantivos y Procesal del Trabajo no consideran justo que el empleador pueda promover, por su propia iniciativa, el levantamiento de la garantía constitucional concedida a los representantes de los trabajadores para el ejercicio de su gestión sindical.⁸⁷

La eficacia de la protección constitucional a la gestión de los representantes de los trabajadores, establecida en el artículo 39 de la Carta Política y en los Convenios 87 y 98 de la OIT, depende en gran medida de la rigurosidad de los jueces en la aplicación de las formalidades extraordinarias con que el ordenamiento protege la estabilidad de los trabajadores, en razón de su militancia sindical. (Negrillas extra texto).⁸⁸

Efectivamente, al tenor de los artículos 406 y 410 del Código Sustantivo del Trabajo, los jueces del trabajo deberán tener presente que no pueden autorizar despidos de trabajadores con cargos representativos en las organizaciones sindicales, pues la medida se considera discriminatoria y por ello contraria a los principios constitucionales sobre libertad y asociación sindical, salvo que el despido obedezca a la terminación o suspensión total o parcial de labores, por más de ciento veinte días o al incumplimiento grave y culpable de las obligaciones laborales del trabajador aforado.⁸⁹

Por último se debe tener en cuenta que el juez es el único que puede verificar la existencia de la justa causa para efectos de levantar el fuero que desvirtúa el despido sospechoso de discriminación, y de ninguna manera lo es la autoridad administrativa.

1.11.4 *Los despidos colectivos por razones económicas conllevan un riesgo muy alto de discriminación sindical encubierta*

El artículo 410 del CST no incluye el despido colectivo por razones económicas como justa causa de despido. Esto podría ser suficiente para ilustrar la solución sugerida para el caso en cuestión. Sin embargo, para reforzarla, se considera pertinente ahondar en el tema.

Recordemos que el artículo 11 del Convenio 87 de la OIT señala una directiva a los Estados para los cuales está en vigor dicho convenio, consistente en la obligación que tienen de adoptar todas las medidas necesarias y apropiadas para garantizar a los trabajadores y a los empleadores el libre ejercicio del derecho de sindicación. Adicionalmente, el artículo 1º del Convenio 98 dispone que los trabajadores deberán gozar de adecuada protección contra todo acto

87 Ibidem

88 Ibidem

89 Ibidem

de discriminación tendiente a menoscabar la libertad sindical en relación con su empleo.

Lo anterior significa que no basta con reconocer el derecho a la libertad sindical, sino que se requiere que el Estado tome todas las medidas necesarias para proteger y hacer efectiva esta libertad. Por tal razón, la legislación colombiana debe garantizar el ejercicio efectivo de esta libertad, con medidas como la de tomar controles para evitar prácticas que disuadan de su ejercicio, como sería la de despedir a los trabajadores sindicalizados con argumentos aparentemente legítimos, pero, en el fondo, discriminatorios en relación con su condición de sindicalizados.

No se debe perder de vista que en el derecho colombiano la regulación del despido de los directivos sindicales parte de la presunción de que este ocurre por motivos antisindicales; razón por la cual, la ley prevé la necesidad de adelantar, previamente al despido, un proceso de levantamiento de fuero sindical para que el juez valore si en verdad se dio la justa causa que el empleador pretende hacer valer, en cuyo evento autoriza el despido. Y si el empleador despide al trabajador sin agotar este proceso previo, existe la acción judicial especial para que el trabajador despedido y la organización sindical reclamen judicialmente el reintegro al puesto de trabajo; orden de reintegro que deberá dar el juez, ante la sola comprobación de que el trabajador tenía fuero y que fue despedido sin permiso judicial.

Así pues, una de las medidas colombianas de protección contra los actos de discriminación sindical consiste en la carga del empleador de adelantar un proceso judicial previo para poder hacer valer una causa que desvirtúe dicho indicio. Esta medida lleva implícito el principio de estabilidad reforzada que se traduce en la verificación por un juez de la existencia de una causa justa como presupuesto necesario de la decisión de despido.

En razón de que la estabilidad laboral del aforado no puede ser absoluta, si el empleador demuestra una causa justa, el juez deberá autorizar el despido para dejar a salvo los intereses legítimos del empleador, pues la protección sindical no ha de implicar “necesariamente que el hecho de tener un mandato sindical confiera a su titular una inmunidad contra un eventual despido cualquiera que sea la causa”.⁹⁰

De esta manera, la justa causa constituye el elemento habilitante del permiso para despedir y es lo que, a la postre, le quita la sospecha de ser discrimina-

90 Párrafo 801, ibidem.

torio. Por tal razón, dicha justa causa debe estar exenta de una posible forma de discriminación encubierta.

La OIT, líder en la defensa de la libertad sindical desde su fundación, con el fin de asegurar la justicia social, como fundamento de una paz universal permanente, ha estado atenta para desaprobado situaciones que tengan como resultado cualquier exclusión por motivos sindicales; por ello, tanto sus normas (Recomendación N° 143) como los pronunciamientos de sus órganos de control resaltan que los procesos de despidos colectivos por motivos económicos conllevan un riesgo muy alto de discriminación sindical encubierta, lo cual requiere y justifica, para dar cumplimiento a los artículos 11 del Convenio 87 y 1° del Convenio 98, una protección reforzada tal como aquella brindada por los artículos 113 del CPL y 410 del CST.

El Comité de libertad sindical de la OIT ha manifestado de distintas maneras que los Estados deben prever una protección adecuada contra los riesgos de despidos antisindicales en caso de despidos colectivos⁹¹:

795. No se deberían autorizar los actos de discriminación antisindical bajo pretexto de despidos por razones económicas. (Véanse *Recopilación* de 1996, párrafo 718; 304.º informe, caso núm. 1853, párrafo 299; 332.º informe, caso núm. 2187, párrafo 725 y 335.º informe, caso núm. 2303, párrafo 1371.)

796. Los programas de reducción de personal no deben utilizarse para llevar a cabo actos de discriminación antisindical. (Véase 304.º informe, caso núm. 1796, párrafo 458 y 305.º informe, caso núm. 1855, párrafo 431.)

797. La reestructuración de una empresa no debería menoscabar directa ni indirectamente la situación de los trabajadores sindicalizados y de sus organizaciones. (Véase 320.º informe, caso núm. 1963, párrafo 226.)

Igualmente, la CEACR ha considerado que los motivos económicos pueden dar lugar con frecuencia a discriminaciones encubiertas por motivos sindicales. Para evitar esto propone que a los representantes de los trabajadores se les dé la prioridad de conservar su empleo en los casos de reducción de personal⁹².

213. Una medida que plantea problemas particulares es el despido por motivos económicos, que puede tener repercusiones negativas para los trabajadores sindicalizados, especialmente para los dirigentes sindicales, cuando se

91 OIT. *La libertad sindical. Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*, quinta edición (revisada), Ginebra, 2006.

92 OIT. *Libertad sindical y negociación colectiva. Estudio General de la Comisión de Expertas en Aplicación de Convenios y Recomendaciones. Conferencia Internacional del Trabajo 81ª reunión*, 1994.

utiliza como un medio encubierto para cometer actos de discriminación anti-sindical contra dichos trabajadores so pretexto de que se trata de un despido de carácter económico (Nota 19)⁹³. Entre las medidas propuestas en la Recomendación núm. 143 sobre los representantes de los trabajadores, se sugiere, en el apartado f) del subpárrafo 2 del párrafo 6, una disposición tendente a reforzar la protección en la materia al establecer que ha de darse prioridad a los representantes de los trabajadores respecto de su continuación en el empleo en caso de reducción del personal. Además, en el Convenio sobre la terminación de la relación de trabajo, 1982 (núm. 158), se impone al empleador que prevea terminaciones de la relación de trabajo por motivos económicos, tecnológicos, estructurales o análogos la obligación de consultar a los representantes de los trabajadores (artículo 13) y de notificar a la autoridad competente (artículo 14). Aunque estas dos disposiciones no conceden una protección específica a los trabajadores sindicalizados y a los dirigentes sindicales en caso de despido por motivos económicos, pueden no obstante contribuir a protegerlos contra los actos de discriminación antisindical (Nota 20)⁹⁴.

1.11.5 El reintegro como medida de reparación por la discriminación sindical

Aunque no hay ninguna duda de que en el derecho colombiano se prevé el reintegro del directivo sindical a su puesto de trabajo o a otro de la misma condición, junto con el pago de salarios y prestaciones dejados de percibir, con la ficción jurídica de que no ha habido solución de continuidad⁹⁵, resulta de todos modos muy útil referirnos a los pronunciamientos de los órganos de control de la OIT, para tener luces sobre las medidas de compensación que recomiendan contra la discriminación antisindical, en aplicación del Convenio 98.

En primer lugar tenemos que el Comité de Libertad Sindical plantea la necesidad de una protección rápida y eficaz⁹⁶, señalando que es preciso que el país cuente con una legislación que establezca “de manera explícita recursos⁹⁷ y sanciones contra actos de discriminación antisindical con objeto de asegurar la eficacia práctica del artículo 1º del Convenio núm. 98”.⁹⁸

93 http://training.itcilo.it/ILS/FOA/library/ils_es/fac08_es.html#Nota19

94 http://training.itcilo.it/ILS/FOA/library/ils_es/fac08_es.html#Nota20

95 Artículo 408, CST.

96 OIT. *La libertad sindical. Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*, quinta edición (revisada), Ginebra, 2006, párrafos 813-853.

97 Equivale a decir procedimientos judiciales.

98 OIT. *La libertad sindical. Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*, quinta edición (revisada), Ginebra, 2006, párrafa 813.

A su vez ha considerado que “[e]s necesario que estos recursos y sanciones sean suficientemente disuasivos contra los actos de discriminación antisindical, a fin de garantizar la eficacia práctica de los artículo 1º y 2º del Convenio 98”.⁹⁹

Es importante destacar, como una regla útil aplicable en los asuntos de fuero sindical, que el Comité de Libertad Sindical –al igual que la CEACR–, recomienda el reintegro, con base en el artículo 1º del Convenio 98, como medida de reparación en casos de discriminación antisindical, no sólo para los directivos sindicales, sino para cualquiera que sea víctima de ella, al señalar¹⁰⁰:

837. Nadie debería ser objeto de discriminación antisindical por la realización de actividades sindicales legítimas y la posibilidad del reintegro en el puesto de trabajo debería estar a disposición de los interesados en tales casos de discriminación antisindical.¹⁰¹

Por su parte, la CEACR considera que la forma de reparación por discriminación antisindical que se adopte en un país debería ser “la reparación total, tanto en el plano económico como en el profesional, del perjuicio sufrido por un trabajador a causa de un acto de discriminación antisindical, ya que se trata de un caso de violación de un derecho fundamental”.¹⁰²

En esta misma línea, la CEACR considera que “la mejor solución es el reintegro del trabajador en sus funciones con una indemnización retroactiva y el mantenimiento de los derechos adquiridos”.¹⁰³ Y considera que para que esto se dé,

99 *Ibidem*, párrafo 822,

100 Así pues, si estuviéramos en otro caso, donde fuera objeto de debate la existencia del fuero sindical de fundadores, este punto se podría resolver haciendo una interpretación extensiva del término de duración del fuero prevista en el artículo 406 del CST, para hacer efectiva la protección contra la discriminación antisindical, en cumplimiento a lo previsto en el artículo 1º del Convenio 98.

Por otra parte, apartándonos brevemente del caso en cuestión, recordemos que las normas nacionales sólo prevén el reintegro como medida efectiva de la garantía del fuero sindical, sin que nada digan para el caso de los trabajadores sin fuero que sufran una discriminación sindical. En este caso, creemos que es posible utilizar el artículo 1º del Convenio 98, de manera directa, para llenar un vacío normativo, junto con el artículo 39 Constitucional que consagra la libertad sindical, para que se reconozca en tales eventos el reintegro al puesto, junto con el pago de salarios y prestaciones, con la ficción de la no interrupción (utilizando los pronunciamientos de los órganos de control como fuente interpretativa), y de esta manera darle contenido y eficacia a la garantía constitucional de libertad sindical.

101 OIT. *Lo libertad sindical. Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*, quinta edición (revisada), Ginebra, 2006, párrafo 837.

102 OIT. *Libertad sindical y negociación colectiva. Estudio General de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones*. Conferencia Internacional del Trabajo, 81ª reunión, 1994, párrafo 219.

103 *Ibidem*.

“... las autoridades encargadas de examinar el caso, ya sean tribunales ordinarios u organismos especializados, deben disponer de todas las facultades necesarias para poder emitir rápidamente su fallo con total independencia y, sobre todo, para que puedan decidir cuál es la solución más apropiada en función de las circunstancias (Nota 30)¹⁰⁴, incluido el reintegro en el empleo si el trabajador lo solicita”.¹⁰⁵

Para la Comisión, permitir al empleador poner término al empleo de un trabajador a cambio del pago de una indemnización prevista en la ley para el caso de los despidos injustos en general, en vez del reintegro, cuando en verdad el motivo del despido es su afiliación o sus actividades sindicales, es una protección insuficiente, a la luz del artículo 1º del Convenio, y teniendo en cuenta que el reintegro es la medida más apropiada de protección.¹⁰⁶

Por supuesto que ella no ignora las situaciones en donde por razones objetivas es imposible el reintegro, en cuyo caso recomienda que “las indemnizaciones por despido antisindical deberían ser más elevadas que las previstas para los demás tipos de despido”.¹⁰⁷

1.11.6 *La atribución al empleador de la carga de probar la justa causa del despido constituye una medida adecuada de protección de la libertad sindical*

De la lectura del primer inciso del artículo 408 del CST se desprende que para obtener el permiso de levantamiento de fuero sindical, el empleador debe cumplir con la carga de probar la justa causa; previsión esta que guarda plena consonancia con los artículos 1º del Convenio 98 y 39 de la Constitución, pues constituye una medida adecuada contra todo acto de discriminación antisindical a favor de los directivos sindicales.

La OIT, en la recomendación 143 sobre los representantes de los trabajadores, adoptó una proposición sobre la carga de la prueba, como medida de protección contra la discriminación en el empleo, que vale la pena citar en esta oportunidad:

6.

1) Cuando no existan suficientes medidas apropiadas de protección aplicables a los trabajadores en general, deberían adoptarse disposiciones específicas

104 http://training.ilo.it/ILS/FOA/library/ils_es/fac08_es.html#Nota30

105 *Ibidem*.

106 *Ibidem*, párrafo 220.

107 *Ibidem*, párrafo 221.

para garantizar la protección efectiva de los representantes de los trabajadores.

2) Tales disposiciones podrían incluir medidas como las siguientes:

[...]

e) imponer al empleador, cuando se alegue que el despido de un representante de los trabajadores o cualquier cambio desfavorable en sus condiciones de empleo tiene un carácter discriminatorio, la obligación de probar que dicho acto estaba justificado; (...)

Para el Comité de Libertad Sindical, "...otra forma de garantizar una protección eficaz podría consistir en obligar a los empleadores a aportar la prueba de que su decisión de despedir a un trabajador no está vinculada a las actividades sindicales del mismo".¹⁰⁸

Sobre la carga de la prueba, la CEACR ha dicho que "[u]na de las principales dificultades que se plantean a este respecto es la carga impuesta a los trabajadores de probar que el acto incriminado fue motivado por consideraciones antisindicales, lo cual puede constituir un obstáculo insalvable para la reparación del perjuicio sufrido".¹⁰⁹

1.12 Temas específicos tratados

Se utilizaron las NIT para sustentar decisiones judiciales sobre:

1. El fuero sindical como garantía constitucional; intereses que protege; elemento del derecho de asociación sindical.
2. Objetivo específico del proceso de levantamiento de fuero sindical: ser requisito necesario previo al despido, como medida de protección del

108 OIT. *La libertad sindical. Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*, quinta edición (revisada), Ginebra, 2006, párrafo 831.

109 OIT. *Libertad sindical y negociación colectiva. Estudio General de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones*. Conferencia Internacional del Trabajo, 81ª reunión, 1994, párrafo 217. Si bien el caso cuya solución hemos venido guiando se trata de una autorización de despido de un directivo sindical, sería bueno recordar, en otro momento que sea pertinente, que el principio de la carga de la prueba de la justa causa por motivos no sindicales a cargo del empleador planteado por el Comité es más amplio del previsto en el artículo 408 CST, pues la protección adecuada reconocida en el artículo 1º del Convenio 98 ha de darse a los trabajadores en general para evitar que sean víctimas de tal discriminación.

En el derecho colombiano, el principio de la carga de la prueba en cabeza del empleador de los hechos que desvirtúan el trato discriminatorio, se viene aplicando en los casos de discriminación por motivos de embarazo o de discapacidad del trabajador. De acuerdo con esto, también se podría aplicar en procesos ordinarios donde el trabajador demuestre serios indicios de ser víctima de discriminación por motivos sindicales.

fuero, y atender las necesidades legítimas del empleador, para garantizar la libertad sindical.

3. La sola autorización para despido colectivo no es justa causa para autorizar el levantamiento del fuero.
4. Los despidos colectivos por razones económicas del empleador conllevan un riesgo muy alto de discriminación sindical encubierta.
5. El reintegro como medida de reparación por la discriminación antisindical.
6. La atribución al empleador de la carga de probar la justa causa del despido constituye una medida adecuada de protección de la libertad sindical.

1.13 Conclusiones

El presente ejercicio ha servido para mostrar cómo las normas de origen internacional se integran al orden nacional, llegando a ser normas principales y obligatorias al igual que las normas de origen nacional, según la jerarquía que les otorgan los artículos 53, 93 y 94 de la Constitución Política de Colombia.

Los operadores jurídicos deben tener presente que la libertad sindical está reconocida por el artículo 39 de la Constitución Política y los Convenios 87 y 98 (bloque de constitucionalidad en sentido estricto), así como por los convenios 151 y 154 de la OIT (bloque de constitucionalidad), en atención a lo dispuesto por el artículo 93 de la Constitución.

En esta oportunidad, se ha dado una muestra de interpretación¹¹⁰ de normas sustantivas y procesales sobre libertad sindical y fuero sindical a la luz de las normas constitucionales, de la cual se deriva una protección eficaz contra los altos riesgos de discriminación sindical que conllevan los despidos colectivos, cumpliéndose así con los mandatos contenidos en los artículos 4º¹¹¹, 93 y 239¹¹² de la Constitución, y con los compromisos internacionales adquiridos por Colombia.

110 Es de anotar que los convenios de la OIT ratificados son fuente directa y obligatoria que pueden tener una interpretación para aclarar el contenido de otra norma, o pueden ser usados de modo directo.

111 Inciso primero del artículo 4º de la Constitución: "La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales".

112 Inciso primero del artículo 230 de la Constitución: "Los jueces en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley".

2. Taller guiado para solución de un conflicto jurídico sobre discriminación en el empleo y la ocupación (C111)

2.1. Objetivos específicos

Con la solución guiada se pretende dar muestras de cómo se pueden usar las NIT en las soluciones de controversias sobre discriminación en el empleo, con ejemplos de:

- Elaboración de argumentos con utilización de normas de origen nacional y las NIT.
- Uso del bloque de constitucionalidad.
- Uso de convenios y recomendaciones de la OIT, junto con las normas del Código Sustantivo del Trabajo, para reconocer la discriminación indirecta y determinar medidas de protección adecuada contra la discriminación en el empleo y la ocupación.
- Interpretación del Código Sustantivo del Trabajo de acuerdo con los artículos 13, 43, 53, 93 y 94 de la Constitución Nacional, el Convenio 111, la Recomendación 111 de la OIT y los pronunciamientos de los órganos de control de la OIT.

2.2 Contexto del caso

Las trabajadoras A, B y C presentan demanda contra la empresa Z de vigilancia, en la que solicitan su reintegro al cargo, junto con el pago de los salarios dejados de percibir, y que se tenga para todos los efectos legales que no ha habido solución de continuidad en el contrato de trabajo, por haber sido despedidas por su condición de ser mujer.

2.3 Hechos de la parte demandante

- a) La parte demandante afirma que fue víctima de un despido discriminatorio, por motivos de sexo.
- b) La empresa les indicó, al momento del despido, que de acuerdo con las nuevas políticas de la empresa, el personal de vigilancia femenino debía medir 1,60 metros de estatura; y el masculino, 1,65 metros; razón por la cual era necesario terminarles su contrato de trabajo, dado que ellas no cumplían con este requisito.

- c) El despido por no cumplir el requisito de estatura señalado por la empresa conlleva de manera implícita una discriminación indirecta por motivos de sexo, pues la mayoría del personal femenino no mide 1,60 metros.
- d) La empresa, en el momento de la terminación del contrato, les canceló la indemnización prevista para el despido injusto en el artículo 64 del CST, pero esta no es una medida que compense el perjuicio sufrido por la discriminación de la que fueron víctimas.

2.4 Posición de la parte demandada

La empresa Z manifiesta que dadas las necesidades de contar con un personal femenino de 1,60 metros de estatura para el cargo de vigilante, tomó la decisión de despedir unilateralmente a las trabajadoras y les pagó la totalidad de la indemnización legal, haciendo uso de la facultad otorgada por el artículo 64 del CST.

2.5 Decisión de primera instancia

El fallo de primera instancia concluyó, con base en las pruebas obrantes en el expediente, que la empresa decidió terminar unilateralmente el contrato de trabajo, sin justa causa, a las trabajadoras, lo cual podía hacer en virtud del artículo 64 del CST; además, encontró probado que la empresa les canceló la totalidad de la indemnización prevista en dicho artículo.

Por otra parte, negó el reintegro solicitado, dado que el despido sin justa causa sólo da derecho a la indemnización prevista en el artículo 64 del CST.

2.6 Apelación de la parte demandante

La parte demandante apeló y argumentó que el *a quo* no tuvo en cuenta que no sólo se está reclamando la reparación del derecho a la estabilidad laboral, sino también la reparación del derecho fundamental a la igualdad en el empleo y la ocupación reconocido en los artículos 10 del CST; 13, 43 y 53 de la Constitución; y en el Convenio 111 de la OIT que hace parte del bloque de constitucionalidad. Se afirma en la apelación que en el expediente está comprobado que las trabajadoras sufrieron una discriminación indirecta por motivo de sexo, pues hay constancia de que al aplicarse las nuevas exigencias de estatura, el resultado es que ellas no lo cumplen, pues la estatura fijada difícilmente la puede cumplir el personal femenino.

Tal discriminación atentó contra su derecho fundamental a la igualdad de oportunidades en el empleo, reconocido en los artículos 13, 43 y 53 de la Constitución y el Convenio 111 de la OIT; además se desconoció su derecho al trabajo garantizado en el artículo 25 de la Constitución. Su reparación debe hacerse mediante el reintegro a sus puestos de trabajo, junto con el pago de todos los salarios y prestaciones dejados de percibir, y la declaración de que sus contratos no han tenido solución de continuidad para todos los efectos, sostiene dicha parte.

2.7 Fuentes jurídicas de origen nacional e internacional utilizables en los argumentos sugeridos

Constitución Política: artículos 4, 13, 25, 39, 43, 53 y 93; Convenio 111: artículos 1.1.a), 1.2, 1.3 y 2º; Recomendación 111: artículo 2.b) iv); Código Sustantivo del Trabajo: artículos 9º, 10º, 11, 18, 19, 64.

Pronunciamientos de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones¹¹³ (CEACR): párrafos 29, 35, 36, 106, 107, 109, 118, 119, 230-233 y 298.

Leyes y Decretos: artículo 11¹¹⁴ de la Ley 51 de 1981 (por medio de la cual se adoptó la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discrimi-

113 OIT. *Igualdad en el empleo y la ocupación. Estudio General de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones*. Conferencia Internacional del Trabajo, 83ª reunión, 1996. http://training.ilo.org/ilc/CD_Use_Int_Law_web/Additional/Library/Spanish/ILO_S_B/96frset.htm

114 "Artículo 11.

1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, los mismos derechos, en particular:

- a) El derecho al trabajo como derecho inalienable de todo ser humano;
- b) El derecho a las mismas oportunidades de empleo, inclusive a la aplicación de los mismos criterios de selección en cuestiones de empleo;
- c) El derecho a elegir libremente profesión y empleo, el derecho al ascenso, a la estabilidad en el empleo y a todas las prestaciones y otras condiciones de servicio, y el derecho al acceso a la formación profesional y al readiestramiento, incluido el aprendizaje, la formación profesional superior y el adiestramiento periódico;
- d) El derecho a igual remuneración, inclusive prestaciones, y a igualdad de trato con respecto a un trabajo de igual valor, así como a la igualdad de trato con respecto a la evaluación de la calidad del trabajo;
- e) El derecho a la seguridad social, en particular en casos de jubilación, desempleo, enfermedad, invalidez, vejez u otra incapacidad para trabajar, así como el derecho a vacaciones pagadas.
- f) El derecho a la protección de la salud y a la seguridad en las condiciones de trabajo, incluso la salvaguardia de la función de reproducción.

2. A fin de impedir la discriminación contra la mujer por razones de matrimonio o maternidad y asegurar la efectividad de su derecho a trabajar, los Estados Partes tomarán medidas adecuadas para:

- a) Prohibir, bajo pena de sanciones, el despido por motivo de embarazo o licencia de maternidad y

nación contra la mujer); y artículo 1º¹¹⁵ del D.R. 1389 de 1990 (por medio del cual se desarrolla la Ley 51 de 1981).

Algunos antecedentes jurisprudenciales sobre el tema: de la Corte Constitucional: sentencias T- 638 de 1996, T-436 de 2000, C-1507 de 2000, T-1041 de 2001 y T-1266 de 2008.

2.8 Reglas guía extraíbles de las fuentes nacionales e internacionales utilizadas en la solución propuesta

- a) El artículo 13 de la Constitución consagra el derecho a la igualdad de todas las personas, sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.
- b) El artículo 1.1.a) del Convenio 111 de la OIT señala que el término "discriminación" comprende: a) cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación; b) cualquier otra distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación que podrá ser especificada por el Miembro interesado previa consulta con las organizaciones repre-

la discriminación en los despidos sobre la base del estado civil;

b) Implantar la licencia de maternidad con sueldo pagado o con prestaciones sociales comparables sin pérdida del empleo, previo la antigüedad o beneficios sociales;

c) Alentar el suministro de los servicios sociales de apoyo necesarios para permitir que los padres combinen las obligaciones para con la familia con las responsabilidades del trabajo y la participación en la vida pública, especialmente mediante el fomento de la creación y desarrollo de una red de servicios destinados al cuidado de los niños;

d) Prestar protección especial a la mujer durante el embarazo en los tipos de trabajos que se haya probado puedan resultar perjudiciales para ella.

3. La legislación protectora relacionada con las cuestiones comprendidas en este artículo será examinada periódicamente a la luz de los conocimientos científicos y tecnológicos y será revisada, derogada o ampliada según corresponda".

- 115 "Artículo 10.- Definición de discriminación. Entiéndese para los efectos del presente decreto, por 'discriminación contra la mujer', toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera.

Parágrafo- La discriminación puede ser directa o indirecta.

Existe discriminación directa cuando una persona recibe un trato menos favorable que otra por razón de pertenecer a uno u otro sexo.

Se entiende por discriminación indirecta la aplicación de condiciones de trabajo, que aunque iguales en un sentido formal, en la práctica favorecen a un sexo o al otro".

sentativas de empleadores y de trabajadores, cuando dichas organizaciones existan, y con otros organismos apropiados.

- c) Las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en las calificaciones exigidas para un empleo determinado no serán consideradas como discriminación, según el artículo 1.2 del Convenio 111.
- d) Los operadores jurídicos deben estar atentos para detectar las distintas formas de discriminación (en la ley, en la práctica, directa, indirecta, implícita, explícita) con el fin de evitarlas.
- c) La discriminación indirecta se presenta cuando al aplicarse una norma o realizarse una práctica aparentemente neutra, se rompe la igualdad por motivos ilegales.
- d) La facultad de terminación unilateral del contrato de trabajo debe ejercerse de acuerdo con los artículos 13, 43, 53 de la Constitución Política y el Convenio 111 de la OIT.
- e) El despido sin justa causa, aun cuando se haya pagado la indemnización, puede ser demandado con miras a evitar el riesgo de una discriminación implícita (o encubierta).
- f) Cuando se alega que el despido es discriminatorio, si el trabajador demuestra el trato diferente y el motivo sospechoso, le corresponderá al empleador demostrar que el despido se hizo por razones objetivas, para desvirtuar la discriminación.
- g) La medida adecuada de reparación frente al despido discriminatorio sería el reintegro, junto con el pago de los salarios dejados de percibir, como si el contrato no se hubiere interrumpido, dado que un despido discriminatorio no puede producir efectos. Esto se deduce de la aplicación directa de los artículos 13, 43 y 53 de la Constitución y del artículo 2º del Convenio 111.

2.9 Argumentos que permiten dar solución al caso, basados tanto en el derecho de origen nacional como en el de origen internacional¹¹⁶

En el caso presentado, encontramos que la cuestión central objeto de decisión será establecer si las demandantes fueron víctimas de discriminación

116 Cabe recordar, en el momento de utilizar las NIT, que los convenios tienen disposiciones de distinto contenido: sin pretender la exhaustividad, hay las que reconocen derechos subjetivos con mayor o menor determinación; otras pueden ser programáticas, otras definen conceptos jurídicos. De acuerdo con el contenido de las NIT, el operador jurídico puede optar por el uso que mejor se adapte al caso; por ejemplo utilizarlas para solucionar directamente el caso; o para interpretar una norma nacional; o para reforzar una decisión tomada con base en una norma nacional; o para extraer un principio. Además, que los párrafos de las publicaciones de la OIT corresponden a pronunciamientos de los órganos de control respecto de casos reales sometidos a su estudio; y tales pronunciamientos, si bien no tienen la categoría de norma, sí pueden servir de base, como doctrina autorizada, de los razonamientos necesarios para la solución de situaciones jurídicas que encuadran en un con-

indirecta por motivos de sexo, mediante el despido sin justa causa; y, en caso afirmativo, determinar cuál es la medida de reparación adecuada frente a tal discriminación.

2.10 Solución sugerida

Las demandantes fueron víctimas de una discriminación indirecta por motivos de sexo, razón por la cual, como medida de reparación, tienen derecho al reintegro, junto con el pago de los salarios y prestaciones sociales, como si el contrato no se hubiera interrumpido.

Esta respuesta la sustentan los siguientes argumentos:

2.11 Argumentos¹¹⁷

2.11.1 De la igualdad en el empleo y la ocupación, como derecho fundamental y principio constitucional: exclusión de toda discriminación

El artículo 13 de la Constitución Política consagra que “todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica”.

Este artículo constituye uno de los pilares constitucionales¹¹⁸ tanto del derecho fundamental a la igualdad ante la ley y de trato de las personas en todos los aspectos de la vida, sin discriminación alguna, como del principio de igualdad que ha de orientar toda la legislación nacional.

A su vez, el artículo 43 *ibidem* prevé en su primera parte que “[l]a mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades. La mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación”. De lo cual se desprende que el constituyente consideró necesario hacer énfasis respecto del derecho a la igualdad de género.

venio determinado. (Véase OIT. *Derecho Internacional del Trabajo y derecho interno. Manual de formación para jueces, juristas y docentes en derecho*. Xavier Beaudonnet, 2009).

117 En los argumentos de la Corte Constitucional tomados en cuenta para la solución del caso, se aprecian consideraciones que se adaptan al Convenio 111 y a la Recomendación 111 de la OIT.

118 Dentro del bloque de constitucionalidad encontramos que hay distintos instrumentos que también reconocen la igualdad como derecho y como principio; a manera de ejemplo, los artículos 43 y 53 de la Constitución y el Convenio 111 de la OIT, los cuales se utilizarán en la presente guía.

Así mismo, encontramos que en el artículo 53 *ibidem*, se reconoce de manera expresa que el estatuto del trabajo, dentro de otros principios fundamentales, deberá tener en cuenta el principio de igualdad de oportunidades para los trabajadores, reafirmando con esto el derecho a la igualdad en el trabajo.

Por otra parte, dentro del bloque de constitucionalidad conformado en aplicación de los artículos 53 y 93 *ibidem*, encontramos el Convenio 111¹¹⁹ de la OIT, que tiene como objetivo eliminar cualquier discriminación en el empleo y la ocupación¹²⁰, y para tales efectos, en la parte 1 del artículo 1º de ese Convenio, se define el término “discriminación” así:

Artículo 1.

1. A los efectos de este Convenio, el término “discriminación” comprende:

- a) cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación;
- b) cualquier otra distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación que podrá ser especificada por el Miembro interesado previa consulta con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores, cuando dichas organizaciones existan, y con otros organismos apropiados.

Entonces podemos afirmar que según la ley colombiana, interpretada a la luz del Convenio 111, las diferencias de trato en el trabajo subordinado o independiente, basadas en motivos tales como la raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social, o cualquier otro prohibido por una ley, como la edad¹²¹, el estado de salud¹²², o en fin cualquier otro que se considere sospechoso, se consideran discriminatorias y están proscritas.

Adicionalmente, en la parte 2 del artículo 1º, el Convenio 111 hace claridad de que “las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en las calificacio-

119 El Convenio 111 de la OIT ha sido utilizado como bloque de constitucionalidad en las sentencias C-221 de 1992, T-102 de 1995 de la Corte Constitucional, entre otras.

120 Según el artículo 2º del Convenio 111, “[t]odo Miembro para el cual este Convenio se halle en vigor se obliga a formular y llevar a cabo una política nacional que promueva, por métodos adecuados a las condiciones y a la práctica nacionales, la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y ocupación, con objeto de eliminar cualquier discriminación a este respecto”.

121 Mediante la Ley 931 de 2004 se reconoció protección especial a la no discriminación por razones de edad para acceder al empleo.

122 Mediante la Ley 982 de 2005 se reconoció protección especial a la no discriminación por ser sordo y sordociego, para acceder y conservar el empleo.

nes exigidas para un empleo determinado no serán consideradas como discriminación”. Y en la parte 3 del mismo artículo, señala que para los efectos del convenio, “los términos ‘empleo’ y ‘ocupación’ incluyen tanto el acceso a los medios de formación profesional y la admisión en el empleo y en las diversas ocupaciones como también las condiciones de trabajo”.

En este orden de ideas, para el caso que nos ocupa, tenemos que los artículos 13, 43 y 53 de la Constitución, interpretados a la luz del Convenio 111 de la OIT, reconocen el derecho fundamental a la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación entre el hombre y la mujer, sin ninguna discriminación por motivos de sexo.

Para saber en qué consiste la discriminación por motivos de sexo, resulta muy útil acudir a lo dicho sobre el tema por la CEACR¹²³:

35. Las distinciones fundadas en el sexo son las que se establecen utilizando todos los caracteres y funciones biológicas que diferencian al hombre de la mujer. Se entiende por distinciones fundadas en el sexo las que se crean en forma explícita o implícita en detrimento de uno u otro sexo. Estas discriminaciones suelen practicarse contra las mujeres, sobre todo cuando se trata de las discriminaciones indirectas, y se fundan en concepciones tradicionales de fuerte arraigo en algunas sociedades, pero que en otras se han atenuado mucho, como consecuencia de la evolución de la condición de la mujer y sobre todo del aumento de la participación femenina en todos los sectores de la vida activa. Una legislación sobre la no discriminación entre los sexos constituye un importante elemento de la política de igualdad de oportunidades y de trato en el empleo y la ocupación.

36. Las discriminaciones contra el empleo de mujeres suelen ser consecuencia de una presunción de inferioridad, cuando no están alimentadas por otras consideraciones que limitan las posibilidades de las mujeres de obtener un empleo o de conservarlo.

Para Xavier Beaudonnet,

la discriminación basada en el sexo ocurre cuando se trata a las personas de forma desigual por pertenecer al sexo masculino o al femenino e incluye el trato desigual basado en características biológicas. Por lo tanto, las distinciones por motivos del embarazo, el parto y las condiciones médicas resultantes pueden constituir discriminación contra las mujeres con base en el sexo.

123 OIT. *Igualdad en el empleo y la ocupación. Estudio General de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones*. Conferencia Internacional del Trabajo, 83ª reunión, 1996, párrafos 35 y 36.

http://training.itcilo.it/ils/CD_Use_Int_Law_web/Additional/Library/Spanish/ILO_S_B/96frset.htm

Esta clase de discriminación también abarca la desigualdad que surge de las funciones y responsabilidades creadas socialmente y asignadas a un sexo en particular según el género.¹²⁴

2.11.2 *Las calificaciones exigidas para un empleo determinado no son discriminatorias, si son necesarias e inherentes para el ejercicio del cargo*

La parte 2 del artículo 1º del Convenio 111 señala expresamente que las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en las calificaciones exigidas para un empleo determinado, no se considerarán como discriminación. Disposición que, ante la ausencia de otra norma en nuestro orden interno, nos sirve para determinar que el empleador puede señalar requisitos para un cargo determinado, sin que esto constituya discriminación *a priori*. Pero esta facultad del empleador debe interpretarse de manera restringida, y tales requisitos deben ser proporcionales a su fin, pues con ellos se está limitando el acceso al empleo de las personas que no los cumplen.

La CEACR, sobre las calificaciones exigidas para un empleo determinado, ha considerado lo siguiente¹²⁵:

118. En virtud del párrafo 2 del artículo 1º del Convenio núm. 111, "las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en las calificaciones exigidas para un empleo determinado no serán consideradas como discriminación". Esta excepción debe interpretarse en forma restrictiva. Efectivamente, cuando se exigen calificaciones para un empleo determinado, puede plantearse un problema para deslindar lo que es y lo que no es discriminatorio. Muchas veces es difícil trazar una línea de demarcación entre la legitimidad de las calificaciones exigidas para un empleo y la invocación de ciertos criterios con objeto de eliminar a determinadas categorías de trabajadores. Para comprender el verdadero alcance de esta excepción hemos de referirnos a los dos puntos siguientes: por una parte, la noción de empleo determinado y, por otra, la definición de las calificaciones exigidas a los efectos de este empleo determinado.

119. Según los trabajos preparatorios del Convenio, la noción de empleo determinado se refiere a un puesto, una función o un trabajo particular y definible. Las calificaciones exigidas pueden definirse como los requisitos que imponen las características del puesto de que se trate, y que sean proporcionados

124 Véase OIT. *Derecho Internacional del Trabajo y derecho interno. Manual de formación para jueces, juristas y docentes en derecho*. Xavier Beaudonnet, 2009, p. 46.

125 OIT. *Igualdad en el empleo y la ocupación. Estudio General de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones*. Conferencia Internacional del Trabajo, 83ª reunión, 1996, párrafos 118 y 119.
http://training.ilo.it/ils/CD_Use_Int_Law_web/Additional/Library/Spanish/ILO_S_B/96frset.htm

a los imperativos de la situación. Puede tenerse en cuenta una calificación que sea una exigencia real del empleo considerado, sin infringir el principio de la igualdad de oportunidades y de trato. Pero esa misma calificación no podrá de ningún modo extenderse a todo un sector de actividad. La aplicación de una condición de aptitud que englobe uno o varios de los criterios de discriminación enunciados en el Convenio núm. 111 no puede hacerse de manera indiferenciada, sino que requiere un cuidadoso examen caso por caso. De igual modo, las exclusiones generales de ciertos empleos u ocupaciones del campo de aplicación de las medidas destinadas a promover el principio de igualdad de oportunidades y de trato, como, por ejemplo, las que excluirían a la agricultura, las zonas francas de exportación y el servicio público, son manifiestamente contrarias al Convenio.

De acuerdo con lo anterior, para que no sean discriminatorias las calificaciones exigidas para ocupar un empleo, estas se deben señalar para un cargo específico y según las características de dicho cargo; no se pueden establecer requisitos de manera general para todos los empleos de una empresa. Así mismo, los requisitos deben ser necesarios para el desempeño de dicho cargo, pues de no ser así, resultarían ser excluyentes.

Es posible que el desempeño de un cargo determinado exija que el trabajador tenga una estatura determinada. Xavier Beaudonnet, en su manual¹²⁶, trae un ejemplo de este caso:

Discriminación indirecta (basada en el sexo)

Una fábrica sólo contrata a trabajadores de una altura superior a 1,60 metros, un criterio que se aplica a todos los trabajadores. Esta norma puede ser indirectamente discriminatoria para las mujeres, ya que es más frecuente que ellas sean más bajas que esta altura. Sin embargo, se puede demostrar que el requisito específico de la altura es una condición inherente del puesto de trabajo (por ejemplo, se necesita ser de una altura determinada para operar el tipo de maquinaria usada en la fábrica).

2.11.3 *La discriminación indirecta como una de las formas de discriminación*

Para efectos de garantizar el derecho a la igualdad en el empleo y la ocupación, libre de toda discriminación, los operadores jurídicos deben tener presente que la discriminación se puede presentar de diversas maneras.

126 Véase OIT. *Derecho Internacional del Trabajo y derecho interno. Manual de formación para jueces, juristas y docentes en derecho*. Xavier Beaudonnet, 2009, p. 158.

La CEACR ha detectado las siguientes formas de discriminación:

a) Discriminación en derecho

Se refiere a la exclusión, distinción o preferencia por motivos ilícitos que altera la igualdad, contenida en una ley. Por ejemplo, una ley que consagre que no pueden ser contratados para trabajar quienes pertenezcan a un determinado partido político, sería discriminatoria por opinión política¹²⁷.

b) Discriminación en la práctica

Se trata de una exclusión, distinción o preferencia por motivos ilícitos que altera la igualdad, contenida en actos u omisiones de una autoridad pública o personas u organismos privados. Por ejemplo, la práctica de las empresas de no contratar mujeres embarazadas¹²⁸.

c) Discriminación directa

Para Xavier Beaudonnet¹²⁹, nos encontramos ante un caso de discriminación directa “cuando el trato menos favorable ocurre con base en un motivo ilícito, o más de uno, de forma explícita o implícita”.

Así tenemos que la discriminación directa será explícita si el acto u omisión se basa en un motivo ilícito de manera clara y evidente, como se puede ver en los ejemplos antes dichos.

En cambio, “la discriminación directa implícita¹³⁰ tiene lugar cuando las circunstancias que rodean a un caso hacen posible establecer que ha habido una distinción basada en un motivo ilícito, aunque el acto u omisión no haga una referencia clara a esta causa”.

Un ejemplo de discriminación directa implícita sería el caso de no aumentar los salarios al personal femenino, alegándose razones económicas como justificación del no aumento.

d) Discriminación indirecta

En nuestra legislación de origen nacional, DR. 1398 de 1990¹³¹, encontramos una definición legal de discriminación indirecta por motivos de sexo que concuerda con la definición que de ella hace la CEACR:

127 Véase *ibídem*, p. 157.

128 *Ibídem*.

129 *Ibídem*.

130 Se la puede llamar también discriminación encubierta.

131 Decreto 1398 de 3 de julio de 1990, por el cual se desarrolla la Ley S1 de 1981, que aprueba la Con-

Artículo 1o.- Definición de discriminación. Entiéndese para los efectos del presente decreto, por “discriminación contra la mujer”, toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera.

Parágrafo- La discriminación puede ser directa o indirecta.

Existe discriminación directa cuando una persona recibe un trato menos favorable que otra por razón de pertenecer a uno u otro sexo.

Se entiende por discriminación indirecta la aplicación de condiciones de trabajo, que aunque iguales en un sentido formal, en la práctica favorecen a un sexo o al otro.

Por su parte, la CEACR ha dicho¹³²:

26. Las discriminaciones indirectas son las relacionadas con situaciones, reglamentaciones o prácticas aparentemente neutras pero que, en realidad, crean desigualdades con respecto a personas que tienen determinadas características. Tales situaciones surgen cuando idénticas condiciones, tratamientos o criterios se aplican a todos pero sus consecuencias resultan tener un impacto sumamente desfavorable en algunos por motivos basados en su raza, color, sexo o religión, y no resultan tener un vínculo directamente relacionado con los requerimientos del empleo.

De acuerdo con lo anterior, la discriminación indirecta se presenta ante el rompimiento de la igualdad por motivos ilícitos que resulta de la aplicación de una práctica o norma que cobija a todos por igual. Un ejemplo de esta forma de discriminación podría ser la decisión de una empresa de capacitar a todo el personal del área administrativa, como requisito para ascenso, en el horario de 6 de la tarde a 9 de la noche, de lunes a jueves. La práctica es aparentemente neutra, porque el curso está dirigido a todo el personal del área señalada; pero, al ser aplicada, el personal femenino muy seguramente no podrá asistir debido a sus responsabilidades familiares. Entonces, se trataría de una discriminación indirecta por motivos de sexo.

vención sobre Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, adoptada por las Naciones Unidas.

132 OIT. Igualdad en el empleo y la ocupación. Estudio General de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones. Conferencia Internacional del Trabajo, 83ª reunión, 1996, párrafo 26. http://training.itcilo.it/ils/CD_Use_Int_Law_web/Additional/Library/Spanish/ILO_S_B/96frset.htm

Uno de los ejemplos de discriminación indirecta que trae Xavier Beaudonnet, en su manual tantas veces citado¹³³, es el siguiente:

Los empleados de una compañía trabajando a tiempo parcial sólo podían obtener una pensión bajo el plan de pensiones de la empresa, si habían trabajado durante 15 años como mínimo a lo largo de un periodo total de 20 años. En este caso, el Tribunal Europeo de Justicia dictaminó que esta situación constituía un trato discriminatorio para las mujeres, desde el punto de vista de que esta exclusión del plan profesional de pensiones afecta a un mayor número de mujeres que de hombres, a no ser que la empresa pudiera demostrar que la exclusión se basa en factores objetivamente justificados y no relacionados con ninguna discriminación por motivos de sexo.¹³⁴

2.11.4 La exigencia de una estatura determinada para las mujeres como requisito para desempeñar el cargo puede constituir una discriminación indirecta por motivos de sexo

La Corte Constitucional, en la sentencia T-1266 de 2008, M.P. Mauricio González Cuervo, tuvo que resolver el caso de tres aspirantes femeninas al cargo de dragoneantes del Cuerpo de Custodia y Vigilancia, las cuales fueron excluidas del proceso de selección por cuanto no cumplieron los requisitos de estatura mínima de 1,60 metros para las mujeres y de salud establecidos en la Convocatoria 02 de 2006 para la selección de los aspirantes al grado de Dragoneantes del Cuerpo de Custodia y Vigilancia. Dicha convocatoria definió como uno de los requisitos de selección una estatura mínima de 1,65 metros para hombres y 1,60 metros para mujeres, al igual que los requerimientos en materia de salud, que las demandantes presuntamente no cumplieron.

Para resolver el problema de si el requisito de estatura de 1,60 metros exigido al personal femenino para ocupar el cargo era discriminatorio, la Corte Constitucional comenzó precisando en qué consistía el principio de la igualdad y la no discriminación, apoyándose en los pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos emitidos en una sentencia contra Nicaragua:

4.1. El principio de igualdad y no discriminación constituye uno de los pilares del Estado, en torno al cual la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reiterado que:

133 OIT. *Derecho Internacional del Trabajo y derecho interno. Manual de formación para jueces, juristas y docentes es derecho*. Xavier Beaudonnet, 2009, p. 158.

134 Caso Bilka - Kaufhaus GMBH v. Karin Weber von Hartz, 13 de mayo de 1986, C-170/84, Rec., 1986, p. 1607.

“184. El principio de la protección igualitaria y efectiva de la ley y de la no discriminación constituye un dato sobresaliente en el sistema tutelar de los derechos humanos consagrado en muchos instrumentos internacionales¹³⁵ y desarrollado por la doctrina y jurisprudencia internacionales. En la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *ius cogens*. Sobre él descansa el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y permea todo el ordenamiento jurídico.

185. Ese principio posee un carácter fundamental para la salvaguardia de los derechos humanos tanto en el derecho internacional como en el interno; se trata de un principio de derecho imperativo. Por consiguiente, los Estados tienen

135 Algunos de estos instrumentos internacionales son: Carta de la OEA (artículo 3.I); Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículos 1º y 24); Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (artículo II); Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “Protocolo de San Salvador” (artículo 3); Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (artículos 4.f, 6 y 8.b); Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (artículos I.2.a, II, III, IV y V); Carta de las Naciones Unidas (artículo 1.3); Declaración Universal de Derechos Humanos (artículos 2 y 7); Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículos 2.2 y 3); Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículos 2.1 y 26); Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (artículo 2); Convención sobre los Derechos del Niño (artículo 2); Declaración de los Derechos del Niño (Principio 1); Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (artículos 1.1, 7, 18.1, 25, 27, 28, 43.1, 43.2, 45.1, 48, SS y 70); Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (artículos 2, 3, S, 7 a 16); Declaración sobre la Eliminación de Todas las Formas de Intolerancia y Discriminación Fundadas en la Religión o las Convicciones (artículos 2 y 4); Declaración de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo y su Seguimiento (2.d); Convenio 97 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre los Trabajadores Migrantes (revisado) (artículo 6); **Convenio 111 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) relativo a la Discriminación en Materia de Empleo y Ocupación (artículos 1 a 3)**; Convenio 143 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre los Trabajadores Migrantes (disposiciones complementarias) (artículos 8 y 10); Convenio 168 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre el Fomento del Empleo y la Protección contra el Desempleo (artículo 6); Proclamación de Teherán, Conferencia Internacional de Derechos Humanos de Teherán, 13 de mayo de 1968 (párrs. 1, 2, 5, 8 y 11); Declaración y Programa de Acción de Viena, Conferencia Mundial de Derechos Humanos, 14 a 25 de junio de 1993 (I.15, I.19, I.27, I.30, II.B.1; artículos 19 a 24; II.B.2, artículos 25 a 27); Declaración sobre los Derechos de las Personas Pertenecientes a Minorías Nacionales o Étnicas, Religiosas y Lingüísticas (artículos 2, 3, 4.1 y 5); Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia, Declaración y Programa de Acción (párrafos de la Declaración: 1, 2, 7, 9, 10, 16, 25, 38, 47, 48, 51, 66 y 104); Convención Relativa a la Lucha contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza (artículos 1, 3 y 4); Declaración sobre la Raza y los Prejuicios Raciales (artículos 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8 y 9); Declaración sobre los Derechos Humanos de los Individuos que no son Nacionales de País en que Viven (artículo 5.1.b y S.1.c); Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (artículos 20 y 21); Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (artículo 14); Carta Social Europea (artículo 19.4, 19.S y 19.7); Protocolo No. 12 al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (artículo 1); Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos “Carta de Banjul” (artículos 2 y 3); Carta Árabe sobre Derechos Humanos (artículo 2); y Declaración de El Cairo sobre Derechos Humanos en el Islam (artículo 1). (Negrillas extratexto)

la obligación de no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias, eliminar las regulaciones de carácter discriminatorio, combatir las prácticas de este carácter y establecer normas y otras medidas que reconozcan y aseguren la efectiva igualdad ante la ley de todas las personas¹³⁶. Es discriminatoria una distinción que carezca de justificación objetiva y razonable¹³⁷.

186. El artículo 24 de la Convención Americana prohíbe la discriminación de derecho o de hecho, no sólo en cuanto a los derechos consagrados en dicho tratado, sino en lo que respecta a todas las leyes que apruebe el Estado y a su aplicación. Es decir, no se limita a reiterar lo dispuesto en el artículo 1.1 de la misma, respecto de la obligación de los Estados de respetar y garantizar, sin discriminación, los derechos reconocidos en dicho tratado, sino consagra un derecho que también acarrea obligaciones al Estado de respetar y garantizar el principio de igualdad y no discriminación en la salvaguardia de otros derechos y en toda la legislación interna que apruebe¹³⁸.

Como vemos, el principio fundamental de igualdad y no discriminación es reiterativo en muchos instrumentos internacionales, como lo muestra la relación insertada en el texto de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la CIDH), citada por la Corte Constitucional. Entre los relacionados por la CIDH, destacamos el Convenio 111, pues dicho instrumento es el pertinente para nuestro caso, por cuanto es el que regula la igualdad y la no discriminación en el empleo y la ocupación, y, además, el que determina que las calificaciones exigidas para un empleo determinado no serán discriminatorias.

También resulta relevante para nosotros el aparte de la sentencia de la CIDH que considera que “en la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *ius cogens*. Sobre él descansa el andamiaje jurídico del orden

136 Cfr. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, *supra* nota 150, párr. 88; Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 44; y Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización. Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984. Serie A No. 4, párr. 54.

137 Cfr. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, *supra* nota 150, párr. 89; Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, *supra* nota 156, párr. 46; y Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización, *supra* nota 156, párr. 56. Cfr. también Eur. Court H.R., Case of Willis v. The United Kingdom, Judgment of 11 June 2002, para. 39; Eur. Court H.R., Case of Wessels-Bergervoet v. The Netherlands, Judgment of 4th June 2002, para. 46; Eur. Court H.R., Case of Petrovic v. Austria, Judgment of 27th March 1998, Reports 1998-II, para. 30; y ONU, Comité de Derechos Humanos, Joseph Frank Adam c. República checa, (586/1994), dictamen de 25 de julio de 1996, párr. 12.4.

138 Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Yatama Vs. Nicaragua, sentencia de 23 de junio de 2005.

público nacional e internacional y permea todo el ordenamiento jurídico”, puesto que nos indica que el derecho a la igualdad y a la no discriminación corresponde a uno de los derechos que no pueden ser limitados en los estados de excepción, por ser parte del *ius cogens*, lo cual hace que el Convenio 111 haga parte del bloque de constitucionalidad en sentido estricto, a la vez que sirve para interpretar los derechos y deberes consagrados en nuestra Constitución, de conformidad con el artículo 93 de la Norma Superior.

Continuando con el estudio de la posición de la Corte Constitucional, encontramos que esta Corte adopta una razón jurídica para la decisión, referente al alcance de la facultad de la empresa de establecer requisitos para el cargo, que concuerda con el aparte 2 del artículo 1º del Convenio 111 de la OIT. Dice la Corte¹³⁹:

6.2. Razón jurídica de la decisión.

6.2.1. La Corte ha precisado que las entidades, tanto estatales como privadas, pueden establecer requisitos de ingreso en un proceso de selección, siempre que sean razonables, no impliquen discriminaciones injustificadas entre las personas, y sean proporcionales según las finalidades que con ellos se buscan¹⁴⁰. A contrario, es claro que se vulneran los derechos de los participantes, si se realizan los procesos de selección desconociendo los requisitos previamente fijados y publicados, o cuando dichos requerimientos son inconstitucionales en sí mismos.

Y sobre la particular exigencia de estatura de 1,60 metros para que las mujeres accedan al cargo de dragoneante, señaló la Corte¹⁴¹:

6.2.2. En el caso, no se ha demostrado que la estatura o la presencia de una escoliosis sean relevantes para valorar la aptitud que deban tener las dragoneantes en el desempeño de las funciones que deben realizar conforme al artículo 134 del Decreto 407 de 1994, esto es: “*funciones de base, seguridad, resocialización, disciplina y orden de los establecimientos penitenciarios y carcelarios*”. En consecuencia, quienes cumpliendo las demás condiciones para acceder al cargo no alcancen la estatura mínima prevista en la Convocatoria o padezcan de escoliosis, bien pueden continuar el proceso de selección y ser asignadas a labores donde la estatura o la citada enfermedad no constituyan un obstáculo.

6.2.3. Los estudios de antropometría publicados en el año 2004 muestran que: “*en promedio, los hombres colombianos que nacieron entre 1910 y 1914 alcanzaron una estatura final de 163,48 cm. En contraste, los nacidos entre*

139 Corte Constitucional, sentencia T-1266 de 2008, M.P. Mauricio González Cuervo.

140 Corte Constitucional, sentencia T-463 de 1996, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

141 Corte Constitucional, sentencia T-1266 de 2008 ya citada.

1980 y 1984 lograron una estatura promedio de 170,64 cm, lo que representa un incremento de 7,17 cm, que corresponde a un crecimiento de 4,4%. En el mismo período, las mujeres aumentaron su estatura de 150,78 a 158,65 cm. Este incremento de 7,86 cm es el 5,2% sobre la estatura inicial. En ambos casos, el incremento es de cerca de un centímetro por década, lo cual es un logro importante dentro de los estándares internacionales^{142, 143}.

Así las cosas, si la estatura promedio de los nacidos entre 1980 y 1984 es de 1,70 para los hombres y 1,58 para las mujeres, la exigencia de una estatura de 1,60 para que éstas puedan acceder al cargo de dragoneantes, reduce el universo de las aspirantes en relación con la estatura media mencionada, al tiempo que la exigencia de que los hombres deban tener una estatura de 1,65 frente a la talla promedio de 1,70 alcanzada por los nacidos entre 1980 y 1984 desvirtúa el presunto impacto que la estatura pueda tener en la conservación de la disciplina de la población carcelaria y en la seguridad de los reclusos, así como de los funcionarios responsables de su custodia¹⁴⁴.

142 Entre finales del siglo XIX y comienzos de la segunda Guerra Mundial una de las economías que más rápido creció en el mundo fue la de Japón. Desde 1892 a 1938 el promedio de la estatura entre los reclutas aumentó de 156,1 cm a 160,3 cm, un promedio de 0,91 cm por década. Ver Gail Honda. "Differential Structure, Differential Health: Industrialization in Japan, 1868-1940", en Steckel, Richard H. y Floud, Roderick (editors), Health and Welfare during Industrialization, NBER, University of Chicago Press, USA, 1997, p. 267.

143 Meisel R., Adolfo y Vega A., Margarita. "La estatura de los colombianos: un ensayo de antropometría histórica, 1910-2002", Documentos de Trabajo Sobre Economía Regional, Cartagena de Indias: Banco de la República – Sucursal Cartagena, mayo de 2004. www.banrep.gov.co

El documento en mención estudia el comportamiento de la estatura de los colombianos, tanto en hombres como en mujeres nacidos entre 1910 y 1984. Estos últimos alcanzaron su estatura final en 2002, cuando cumplieron 18 años. Es así como los datos de estatura discutidos en este documento reflejan el comportamiento desde 1910 a 2002 de los determinantes de la estatura.

144 En el pleno de la Asamblea Constituyente del Ecuador, a propósito del debate de los principios de los derechos fundamentales, se precisó que "lo bajo estatura no puede ser un elemento que sirva para excluir o impedir el acceso de los ecuatorianos/as al ejercicio de empleos públicos, especialmente en la Fuerza Pública. Por lo que, al establecerse en la nueva Constitución, de modo explícito, la no discriminación por diferencias de orden físico, se estarían inactivando los reglamentos y leyes policiales y militares que exigen, en forma innecesaria, que incluso los profesionales que aspiren a entrar como oficiales especialistas tengan determinada estatura". (Subrayas fuera del texto).

(http://209.85.215.104/search?q=cache:ybszSk8ZGEoJ:asambleaconstituyente.gov.ec/blogs/sergio_chacon/2008/03/26/no-a-la-discriminacion-por-diferencias-fisicas-la-baja-estatura-no-puede-ser-impedimento-para-el-acceso-al-desempeno-de-cargos-de-la-fuerza-publica/+derechos+%22estatura%22&hl=es&ct=clnk&cd=2&gl=co)

El Sindicato unificado de la Policía de España recordó que "en otros países de la UE se requieren estaturas inferiores para ingresar en sus Cuerpos de Seguridad, a pesar de que la estatura media de los mismos es superior.

Así, en la Policía del Estado, Guardia de Finanza y Policía Penitenciaria de Italia se exige 1,65 para hombres y 1,61 mujeres; en la Policía Nacional francesa, 1,68 y 1,60, respectivamente y en la Gendarmería francesa, 1,54 y 1,50.

También, en la Policía de Alemania se requiere una estatura de 1,66 para los hombres y 1,62 para las mujeres; en la Policía y Gendarmería de Austria 1,68 y 1,62, respectivamente; en la de Bélgica 1,54 para ambos, y en la de Andorra 1,65 y 1,60.

6.2.4. [...] Siguiendo esa línea de pensamiento ha de convenirse, entonces, en que si respecto de las mujeres la estatura de 1,60 exigida está por encima del promedio nacional (1,58) y no se ha demostrado la necesidad del requisito para el desempeño de las funciones de dragoneante, éste resulta desproporcionado tanto desde el punto de vista del derecho a acceder a los cargos públicos en condiciones de igualdad como de la restricción de oportunidades para quienes están (sic) en la estatura promedio femenina.

6.2.5. El requisito de la estatura para las dragoneantes no parece un mecanismo adecuado en tanto, si bien no representa una restricción basada en una categoría censurable en sí misma, carece de razonabilidad, porque la Sala observa la existencia de una discriminación en razón del género. En efecto, mientras la estatura requerida para los hombres dentro de la convocatoria es 1,65 mts., esto es, cinco centímetros menos que la media nacional (1,70 mt.), a las mujeres en cambio se les exige (sic) una altura de 1,60 mts., superior en dos centímetros a la media nacional para dicho sexo. No aparece probado el argumento de que el requerimiento de una determinada altura para quienes han de desempeñar el cargo de dragoneantes del INPEC, se basa en la influencia psicológica o la mayor autoridad o respetabilidad que pueda imponerse a los reclusos, con lo cual la conducta del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario deviene, a todas luces, en discriminatoria.

De lo anterior se desprende que es posible exigir como requisito una estatura específica para un cargo determinado, dependiendo de las funciones por desarrollar, por ejemplo para los cargos de policía. Pero si tal calificación no es necesaria para el ejercicio del cargo, se puede considerar discriminatoria.

Adicionalmente, se debe tener en cuenta que si para ocupar un cargo se señala un requisito de estatura para las mujeres, inferior a la de los hombres (en

Mientras, en la Policía Judicial y Guardia Nacional republicana de Portugal no se exige estatura mínima, al igual que en todos los Cuerpos del Reino Unido". (Subrayas fuera del texto).

(<http://futurospolicias.blogcindario.com/2005/06/00023-sup-pide-se-reduzca-estatura-exigida-para-ingresar-en-la-policia.html>)

Publicado por FUTUROSPOLICIAS @ 19:31

<http://209.85.215.104/search?q=cache:u4hIG-m-bSQJ:futurospolicias.blogcindario.com/2005/06/00023-sup-pide-se-reduzca-estatura-exigida-para-ingresar-en-la-policia.html+guardias+derechos+mujeres+%22estatura+m%C3%ADnima%22&hl=es&ct=clnk&cd=10&gl=co>)

En el año 2006, España, reconociendo que había existido discriminación, redujo en cinco centímetros la altura física mínima que se exigía como requisito para ingresar en el Cuerpo Nacional de Policía y en la Guardia Civil, "posando de 1,65 metros a 1,60, una estatura más acorde con la media de los españoles, la cual se sitúa en 1,61 metros. Es decir, o la mujer se le pedirá que mida como mínimo un centímetro menos que la media nacional".

(http://www.abc.es/hemeroteca/historico-08-03-2006/abc/Sociedad/el-gobierno-rebaja-la-estatura-minima-de-la-mujer-para-ser-policia-o-guardia-civil_1426S0306188.html)

atención a que está comprobado que las mujeres son de menor estatura que los hombres), tal exigencia, aparentemente objetiva y proporcional, puede resultar discriminatoria por razones de sexo si, al aplicarse, la mayoría de la población femenina resulta excluida por no cumplir el requisito de estatura.

En este orden de ideas, en el caso de las trabajadoras de la empresa de vigilancia que fueron despedidas, objeto del presente análisis, le correspondía al empleador demostrar que la exigencia de 1,60 metros de estatura era necesaria y razonable para el ejercicio del cargo, en los términos anotados por la CEACR en el párrafo 119 del Estudio General de 1996 citado anteriormente; para que no se considere por parte del operador jurídico que se trata de un caso de discriminación indirecta.

La sola afirmación del empleador de que el requisito de estatura de 1,60 metros es indispensable para el ejercicio del cargo de vigilante no es suficiente para justificar la calificación exigida. Es necesario demostrarlo con estudios objetivos. Por el contrario, como lo acabamos de ver en la sentencia T-1266 de 2008, en el estudio antropométrico del Banco de la República tomado en cuenta por la Corte Constitucional para resolver un caso similar, donde se exigía también 1,60 metros de estatura al personal femenino, para ocupar el cargo de dragoneante (por razones de autoridad frente a los reclusos), se pudo conocer que la media nacional de estatura femenina es de 1,58 metros, razón por la cual exigir una estatura por encima de la media al personal femenino es desproporcionado, y se puede afirmar que no es necesaria para el cargo de vigilante, si se observa que a los hombres se les está exigiendo la estatura de 1,65 ms., cuando la media nacional masculina es de 1,70 metros, según el mismo estudio. Se demuestra así que no es necesario exigir a las mujeres una estatura superior a la media, para ocupar el cargo de vigilante.

Con lo anterior queda demostrado que en el caso que nos ocupa se tipifica una discriminación indirecta por motivos de sexo, por resultar excluido el personal femenino al aplicársele el requisito de estatura de 1,60 metros para acceder al cargo en mención.

2.11.5 El despido sin justa causa, aún cuando se haya pagado la indemnización, pueden ser demandado con miras a evitar el riesgo de una discriminación implícita (o encubierta)

En la Constitución colombiana se reconoce el principio de la estabilidad en el empleo; no obstante lo anterior, ha hecho carrera la tesis de que la estabi-

lidad no es absoluta. Por tal razón encontramos, en el artículo 64 del CST, la facultad del empleador de terminar unilateralmente los contratos de trabajo de los trabajadores mediante el pago de una indemnización.

La facultad de terminación unilateral del contrato fue considerada ajustada a la Constitución, por la Corte Constitucional, en la sentencia C-1507 de 2000, M.P. José Gregorio Hernández Galindo. En dicha sentencia, la Corte Constitucional señaló:

Al respecto, debe decirse que el contrato que se celebra con el fin de establecer una relación laboral nace a la vida jurídica por el acuerdo de voluntades de las partes, y que nada se opone a que respecto de dicho convenio opere la condición resolutoria, pues resulta contrario a la autonomía de la voluntad, como expresión de la libertad, que ambas partes queden atadas a perpetuidad por ese vínculo. Desde el punto de vista constitucional, no se puede avalar la petrificación de los lazos contractuales. Es posible afirmar que el reconocimiento de la libertad para contratar contempla también un aspecto negativo, cual es el de la autonomía para dar por terminada la relación contractual, sin perjuicio de la asunción de las responsabilidades patrimoniales que dicho evento pueda generar respecto de la parte afectada con esa conducta.

Ahora bien, no obstante lo anterior, es importante recordar que esa autonomía de las partes contratantes no es absoluta, y que, en todo caso está morigerada por una serie de principios y preceptos constitucionales y legales que tienden a amparar especialmente al empleado.

Precisado que la autonomía de la voluntad para la celebración y terminación del contrato de trabajo no es absoluta, es menester considerar por parte de los operadores jurídicos que el ejercicio de la facultad de terminación del contrato de trabajo por parte del empleador debe tener unos controles, para contrarrestar los riesgos de una discriminación implícita.

Así pues, el empleador no podrá utilizar la facultad de terminación unilateral del contrato a cambio de una indemnización, si su ejercicio está realmente motivado en el sexo del trabajador, o cualquier otra razón que se considere sospechosa de discriminación en la ley (entiéndase por ley la Constitución, el Convenio 111, el Código Sustantivo del Trabajo u otras que regulen la materia). Si lo hace por estos motivos, no estaríamos ante el ejercicio de la facultad de terminación del contrato de la cual es titular el empleador, sino que se trataría de una discriminación implícita o encubierta, lo cual está proscrito por la ley.

La Corte Constitucional, en la sentencia T-436 de 2000, M.P. José Gregorio Hernández Galindo, con ocasión del despido de unos trabajadores sindicali-

zados de una empresa, donde el empleador alegó el uso de la facultad de terminación unilateral del contrato de trabajo, mediante el pago de una indemnización, señaló que el ejercicio de toda facultad no podía ir en detrimento de las garantías mínimas ni de los derechos fundamentales de la comunidad. En dicha sentencia, se dijo:

e) Toda facultad, en ejercicio de un derecho, está sujeta a los postulados y reglas de la Carta Política, y so pretexto de su uso no pueden afectarse las garantías mínimas ni los derechos fundamentales de los miembros de la comunidad.

Es que no hay atribuciones absolutas. No puede admitirse que la discrecionalidad, por el abuso de una prerrogativa, se convierta en arbitrariedad.

Así, la posibilidad de terminación unilateral que la ley otorga al patrono en los contratos individuales de trabajo, no debe abrir las puertas para que aquél, amparado en ella, prescinda, sin control ni medida y de manera colectiva o masiva, de los servicios de los trabajadores bajo su dependencia para mermar el número de miembros activos de los sindicatos.

Por este camino, si tal ejercicio arbitrario, desproporcionado e irrazonable de la facultad legal se admitiera como ajustado a la Constitución, independientemente del número de trabajadores afectados, todos ellos —por coincidencia— integrantes del mismo sindicato, de nada valdría la garantía de asociación que, en la Carta, los favorece, y serían apenas teóricos derechos básicos como el de fuero sindical, el de negociación colectiva y el de huelga, pues en esa hipótesis —que no acepta la Corte Constitucional— bastaría con invocar, como en este caso lo ha hecho [*nombre de la empresa*], las normas legales en referencia y la facultad patronal de despido sin justa causa mediante indemnización, para lograr, con el beneplácito de los jueces, el desmonte, el debilitamiento o la volatilización de un sindicato, o la sensible disminución de sus efectivos.

El panorama que se tendría no sería otro que el de un Estado que, no obstante tener en su Constitución claramente garantizadas las libertades de asociación sindical, de negociación colectiva y de huelga, y de consagrar la protección especial estatal al trabajo, además de hallarse obligado a acatar los convenios de la OIT y los tratados internacionales sobre derechos humanos, crearía, mediante normas legales, los instrumentos necesarios para hacerlas inútiles, vanas e inoperantes por el fácil expediente del uso masivo y caprichoso de la facultad en ellas concedida a los empleadores.

En últimas, mediante la indemnización, la empresa resultaría “comprando” la libertad de asociación sindical de sus empleados.

Si bien los argumentos de esta sentencia se refieren al límite del ejercicio de la facultad de terminación unilateral del contrato frente a la libertad sindical, perfectamente resultan aplicables respecto del derecho fundamental

a la igualdad y a la no discriminación en el empleo y la ocupación. Pues, al igual que se anotó en relación con la libertad sindical, de nada serviría que Colombia consagrara en su Constitución normas que reconocieran el derecho a la igualdad en el empleo y la ocupación, ni que ratificara el Convenio 111, si por otro lado permite leyes o admite interpretaciones de estas que ponen a disposición del empleador mecanismos que hacen nugatorios el reconocimiento del derecho a la igualdad y la proscripción de toda discriminación.

Todo lo anteriormente dicho concuerda con el Convenio 111, pues, en primer lugar, el artículo 2º de ese Convenio prevé que los Estados para los cuales éste se halle en vigor, se obligan “a formular y llevar a cabo una política nacional que promueva, por métodos adecuados a las condiciones y a la práctica nacionales, la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y ocupación, con objeto de eliminar cualquier discriminación a este respecto”.

Por su parte, la Recomendación 111, en su artículo 2º prevé:

Todo Miembro debería formular una política nacional encaminada a impedir la discriminación en materia de empleo y de ocupación. Esta política debería ser aplicada mediante medidas legislativas, contratos colectivos entre las organizaciones representativas de empleadores y trabajadores u otros métodos compatibles con las condiciones y las prácticas nacionales, teniendo plenamente en cuenta los siguientes principios:

a) el fomento de la igualdad de oportunidad y de trato en materia de empleo y ocupación es asunto de interés público;

b) todas las personas, sin discriminación, deberían gozar de igualdad de oportunidades y de trato en relación con las cuestiones siguientes:

[...]

iv) seguridad en el empleo;

[...]

Con base en los anteriores instrumentos, la CEACR considera que la seguridad en el empleo constituye una garantía de que no habrá despidos por motivos discriminatorios.¹⁴⁵

106. En el contexto de la promoción de igualdad de oportunidades y de trato en el empleo, la seguridad en el empleo se considera como una garantía de que no habrá despidos por motivos discriminatorios, sino que, cuando los haya, deberán justificarse por motivos relacionados con los imperativos de ex-

145 OIT. *Igualdad en el empleo y la ocupación. Estudio General de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones*. Conferencia Internacional del Trabajo, 83ª reunión, 1996, párrafo 106.

http://training.ilo.org/ils/CD_Use_Int_Law_web/Additional/Library/Spanish/ILO_S_B/96fset.htm

plotación de la empresa, la conducta del trabajador, o su capacidad o facultad para desempeñar sus funciones.

Según el artículo 5.d del Convenio 158 de la OIT¹⁴⁶, sobre la terminación de la relación de trabajo, no constituyen causa justificada para la terminación del contrato de trabajo, entre otros, los motivos basados en “la raza, el color, el sexo, el estado civil, las responsabilidades familiares, el embarazo, la religión, las opiniones políticas, la ascendencia nacional o el origen social”.

La CEACR se remite al Convenio 158 y la Recomendación 166, para hacer ver que los despidos no pueden justificarse, entre otros, en los motivos discriminatorios de raza, color, sexo, el estado civil, las responsabilidades familiares, el embarazo, la religión, las opiniones políticas, la ascendencia nacional o el origen social, dentro de los cuales están todos los mencionados en el Convenio 111¹⁴⁷:

107. A este respecto, el Convenio sobre la terminación de la relación de trabajo, 1982 (núm. 158), y la Recomendación (núm. 166) que lo acompaña, se refieren a la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador. En estos textos, de aplicación general, se establece que “no se pondrá término a la relación de trabajo de un trabajador a menos que exista para ello una causa justificada relacionada con su capacidad o su conducta, o basada en las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio” (artículo 4). Además, se aclara en estos textos que no constituirán causa justificada para la terminación de la relación de trabajo, entre otros, “la raza, el color, el sexo, el estado civil, las responsabilidades familiares, el embarazo, la religión, las opiniones políticas, la ascendencia nacional o el origen social” (apartado d) del artículo 5). Estas disposiciones repiten todos los criterios de discriminación prohibidos en el Convenio núm. 111 agregando algunos otros más. En su Estudio general sobre este Convenio (Nota 3)¹⁴⁸, la Comisión recordaba que había formulado comentarios acerca de la aplicación del Convenio en relación con despidos fundados en algunos de los criterios de discriminación que, a tenor del apartado d) del artículo 5 del Convenio núm. 158, no constituyen causa justificada para la terminación de la relación de trabajo. Además, en el curso de los últimos años se ha incrementado notablemente la protección contra la terminación fundada en motivos de naturaleza discri-

minatoria; por ejemplo, en la legislación de un número creciente de países está prevista la protección contra la terminación durante el embarazo o el descanso de maternidad (Nota 4)¹⁴⁹. A juicio de la Comisión, la protección del despido motivado por el embarazo o el descanso de maternidad constituye uno de los elementos esenciales de una política de igualdad en el empleo y la ocupación.

Por último, es pertinente tener en cuenta que para la CEACR, la seguridad en el empleo comprende también la protección contra las medidas adoptadas a modo de represalia que pueda sufrir una persona que ejerza un recurso ante el órgano competente para defender sus derechos en materia de igualdad de oportunidades y de trato, o que intervenga en el trámite como testigo. Así se pronunció al respecto¹⁵⁰:

109. Otro aspecto importante de la seguridad en el empleo radica en la protección de las medidas adoptadas a modo de represalia contra una persona que presenta una queja ante un órgano competente, que entabla una acción judicial para hacer respetar sus derechos en materia de igualdad de oportunidades y de trato, o que participa en la misma, por ejemplo, en calidad de testigo. Las medidas de represalia que se adopten en tales casos, en especial las que revistan la forma brutal del despido, son particularmente graves y pueden tener efectos perniciosos en la aplicación práctica de las disposiciones antidiscriminatorias. Efectivamente, las personas discriminadas o que han sido testigos de discriminaciones vacilan muchas veces antes de recurrir a los procedimientos de reparación por temor a las represalias.

232. Otro obstáculo que se opone a la aplicación efectiva del derecho a entablar una demanda ante un órgano cuasijurisdiccional, pero también ante el tribunal ordinario competente para resolver este tipo de litigios, es el temor de las víctimas, así como de los testigos, ante las eventuales represalias por parte del empleador. En el Brasil, el Gobierno atribuye la ausencia de demandas específicas en materia de discriminación por razón del sexo o del color al hecho de que las víctimas se niegan a identificarse por temor a las represalias, y también a que éstas no confían en la eficacia e imparcialidad de las autoridades públicas. Las represalias pueden revestir distintas formas, pero lo más frecuente es que se trate del despido del trabajador y de las personas que le han ayudado.

146 Este no ha sido ratificado por Colombia.

147 OIT. *Igualdad en el empleo y la ocupación. Estudio General de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones*. Conferencia Internacional del Trabajo, 83ª reunión, 1996, párrafo 107.

http://training.itcilo.it/ils/CD_Use_Int_Law_web/Additional/Library/Spanish/ILO_5_B/96frset.htm

148 [http://www.oit.org/ilolex/cgi-lex/pdconvs.pl?host=status01&textbase=ilospa&document=31&chpter=25&query=\(%23docno%3D251996G*\)+%40ref&highlight=&querytype=bool#Nota3](http://www.oit.org/ilolex/cgi-lex/pdconvs.pl?host=status01&textbase=ilospa&document=31&chpter=25&query=(%23docno%3D251996G*)+%40ref&highlight=&querytype=bool#Nota3)

149 [http://www.oit.org/ilolex/cgi-lex/pdconvs.pl?host=status01&textbase=ilospa&document=31&chpter=25&query=\(%23docno%3D251996G*\)+%40ref&highlight=&querytype=bool#Nota4](http://www.oit.org/ilolex/cgi-lex/pdconvs.pl?host=status01&textbase=ilospa&document=31&chpter=25&query=(%23docno%3D251996G*)+%40ref&highlight=&querytype=bool#Nota4)

150 *Ibidem*, párrafos 109 y 232.

2.11.6 La atribución al empleador de la carga de probar las razones objetivas que justifican el requisito de estatura para el cargo constituye una medida adecuada de protección contra la no discriminación en el empleo

De acuerdo con la experiencia, se puede afirmar que no es suficiente con que los Estados reconozcan el derecho a la igualdad y prohíban la discriminación en el empleo y la ocupación, sino que es necesario que el trabajador cuente con los recursos efectivos para que pueda exigir el respeto por la igualdad de oportunidades y de trato en el empleo y la ocupación, sin ningún asomo de discriminación.

La CEACR es consciente de que puede ser difícil probar la discriminación, sobre todo si la carga de la prueba recae sobre la víctima. Sobre el particular ha manifestado:

29. En la práctica, la delimitación de estos diferentes criterios de discriminación puede ser una tarea delicada. Por un lado, una misma persona puede ser discriminada en base a varios de estos criterios. En algunos casos, el origen social, por ejemplo, puede considerarse como presunción de determinadas opiniones políticas, y lo mismo puede suceder con respecto a la religión, la raza o el color. Por otro lado, estos criterios no siempre se manifiestan por un comportamiento exterior particular en el marco del empleo o la ocupación. En tales condiciones, puede ser difícil probar la discriminación, sobre todo cuando la carga de la prueba recae en la víctima. La Comisión dio siempre una acogida favorable a los casos en que los gobiernos hicieron que la carga de la prueba recaiga sobre el autor presunto de la discriminación.

230. La tarea principal de los órganos cuasijurisdiccionales consiste en recibir y tratar, mediante la adopción de una decisión definitiva de carácter obligatorio para las partes en el litigio, los casos de discriminación, que suelen ser individuales pero que, en ocasiones, pueden afectar a varias personas. La carga de la prueba puede suponer un obstáculo significativo para la obtención de un resultado justo y equitativo en el caso de una demanda por discriminación, ya sea directa o indirecta. Por ejemplo, cuando se trata de la contratación o promoción de un candidato a un puesto y es eliminado, puede alegar haberlo sido por un motivo discriminatorio. Normalmente, la información relativa a los criterios de selección, a las calificaciones y a las declaraciones de los diversos candidatos se encuentran principalmente en poder del empleador. Esto es particularmente cierto en los casos de discriminación indirecta, cuando los criterios actuales de selección para un puesto pueden haberse establecido varios años antes. En muchos países, la carga de la prueba recae en el demandante, sin existir obligación, por parte del empleador, de aportar pruebas que

demuestren que los motivos no son discriminatorios o el motivo de la eliminación de la persona candidata. El empleador puede ganar el caso por el simple hecho de no intervenir, o por oponerse, pura y simplemente, a las alegaciones del demandante. La Comisión toma nota con interés de que en ciertos países, una vez que las pruebas *prima facie* y elementales de discriminación son aportadas por el demandante, la carga de la prueba recae en el empleador.

231. Algunos países han respondido a este problema. Por ejemplo, en Suiza, la nueva ley federal sobre la igualdad entre hombres y mujeres, que entrará en vigor a mediados de 1996, prevé en su artículo 6 la presunción de la discriminación alegada "siempre que la persona que la invoque la haga aparecer como verosímil". La Comisión considera que hacer recaer la carga de la prueba de esta manera puede ser útil para corregir una situación que podría dar lugar a una desigualdad. Países como Alemania, Francia e Italia han optado por regímenes similares de carga de la prueba. La Comisión recuerda que en su Estudio general de 1988, subrayó que:

"uno de los problemas de procedimiento más importantes que se plantean cuando una persona alega una discriminación en el empleo o la ocupación se refiere a que con frecuencia le corresponde la carga de la prueba del motivo discriminatorio subyacente al acto incriminado, lo que puede constituir un obstáculo insuperable a la reparación del perjuicio sufrido. Si bien a veces los elementos de prueba se pueden reunir sin demasiadas dificultades (cuando se trata, por ejemplo, de ofertas de empleo que se han publicado y cuyo carácter discriminatorio es manifiesto), lo más frecuente es que la discriminación sea una acción o una actividad más presunta que patente, y difícil de demostrar, sobre todo en los casos de discriminación indirecta o sistemática, y tanto más cuanto que la información y los archivos que podrían servir de elemento de prueba están la mayor parte de las veces en manos de la persona a la que se dirige el reproche de discriminación" (Nota 10)¹⁵¹.

La Comisión tuvo la ocasión de estudiar una cuestión en lo que respecta a la protección contra los actos de discriminación antisindical en su Estudio general de 1994 sobre la libertad sindical y la negociación colectiva (véanse, en particular, los párrafos 217 y 218).

298. La Comisión propone igualmente que se incluya en el protocolo un segundo elemento por el que se pediría a los Estados que lo ratificaran que, en los casos de discriminación, cuando la queja cuente con pruebas plausibles o aparentes, se ponga en la persona contra la que se alega la discriminación la carga de probar que el trato desventajoso no se funda en ninguno de los criterios prohibidos. La Comisión estima que proceder así tendría grandes ventajas dadas las considerables dificultades de probar las prácticas discrimi-

151 [http://www.oit.org/ilolex/cgi-lex/pdconvs.pl?host=status01&textbase=ilospa&document=35&chapter=25&query=\(%23docno%3D251996G*\)\)+%40ref&highlight=&querytype=bool#Nota10](http://www.oit.org/ilolex/cgi-lex/pdconvs.pl?host=status01&textbase=ilospa&document=35&chapter=25&query=(%23docno%3D251996G*))+%40ref&highlight=&querytype=bool#Nota10)

natorias, como la Comisión ha señalado anteriormente (véanse los párrafos 29 y 230)¹⁵².

De acuerdo con lo anterior, para la CEACR, podría ser útil para lograr la igualdad, que la carga de probar que el trato desventajoso no obedece a ninguno de los motivos prohibidos la tenga la persona contra la que se alega la discriminación, si la víctima ha presentado pruebas aparentes de discriminación.

Por su parte, en la sentencia T- 638 de 1996, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, sobre el tema de la carga de la prueba en materia de discriminación laboral, en un caso en el que la empresa no le realizaba los dos aumentos salariales adicionales en el año, que sí le hacía a otras empleadas, a una trabajadora que no había renunciado a la retroactividad de las cesantías con la entrada en vigencia de la Ley 50 de 1990, la Corte Constitucional señaló:

3. La carga de la prueba en materia de discriminación laboral

A partir de la Constitución de 1991, es innegable que el Estado muestra gran interés en la protección de los trabajadores, buscando garantizar unas condiciones de trabajo dignas, con parámetros mínimos legales para evitar el ejercicio de la libertad patronal en forma desmedida. Así las cosas, la empresa se convierte en el medio para alcanzar los propósitos que en esta materia ha trazado la Carta Política, a través de normas consideradas como de orden público y que el empleador debe observar cabalmente para garantizar el principio de la igualdad, sin recurrir a tratamientos discriminatorios, es decir, con fines arbitrarios y contrarios a la razón, que vulneran la dignidad humana del trabajador (art. 13 de la CP).

Para que el juez pueda determinar la existencia de un trato discriminatorio, debe tener la certeza de que en la aplicación de esos principios no se actuó con equidad, por eso, a juicio de esta Corporación, cuando la discriminación se produce como consecuencia de la aplicación de la ley, el término de comparación debe ser aportado por el accionante, pues el análisis se hará sobre la norma jurídica que supuestamente impone un trato desigual.

Sin embargo, cuando la supuesta discriminación no está fundamentada en una norma jurídica, sino en elementos de hecho, surgidos de la actuación patronal, la carga de la prueba no radica en cabeza de quien la alega sino de aquel de quien proviene la actuación; en otras palabras, es el patrono quien, consultando los principios consagrados en el artículo 13 de la Carta, debe demostrar frente a un trato desigual o diferente entre los trabajadores que desarrollan el mismo trabajo, que el mismo tiene justificación.

152 [http://bravo.ilo.org/ilolex/cgi-lex/pdconvs.pl?host=status01&textbase=ilospa&document=38&chapter=25&query=\(%23docno%3D2S1996G*\)+%40ref&highlight=&querytype=bool](http://bravo.ilo.org/ilolex/cgi-lex/pdconvs.pl?host=status01&textbase=ilospa&document=38&chapter=25&query=(%23docno%3D2S1996G*)+%40ref&highlight=&querytype=bool)

Sobre este punto, la Corte, en reciente jurisprudencia, afirmó:

“5. Los elementos probatorios involucrados en la aplicación del principio de igualdad han sido definidos de la siguiente manera. Cuando se trata de un problema de igualdad ‘en’ la ley o discriminación ‘de jure’, el término de comparación o ‘patrón de igualdad’ debe ser aportado por el accionante. El análisis de la desigualdad se concentra en la norma jurídica que introduce la desigualdad de trato y no en cuestiones de hecho. En los casos de igualdad por razón de la aplicación de la ley, en cambio, corresponde al aplicador de la norma la justificación del trato diferenciado.

5.1. Cuando la diferencia de trato se enmarca dentro de una de las razones explícitamente señaladas por el artículo 13 de la Carta como discriminatorias, quien la lleve a cabo asume la carga de la prueba que justifique su actuación, pues si ello no es así, se mantiene la presunción de trato inequitativo. En todo caso el trato diferenciado es de recibo si el mismo se orienta a promover la igualdad de una categoría de personas ubicadas en situación de desigualdad.

5.2. Las condiciones laborales, si bien no se encuentran enunciadas de manera explícita dentro de las razones objeto de discriminación del artículo 13, deben tener un tratamiento similar si se tiene en cuenta la especial protección constitucional de la calidad de trabajador. En consecuencia, si el trabajador aporta los indicios generales que suministren un fundamento razonable sobre la existencia de un trato discriminatorio, o que permitan configurar una presunción de comportamiento similar, le corresponde al empleador probar la justificación de dicho trato”. (Sentencia T-230 de 1994, M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz).

Con base en este pronunciamiento de la Corte Constitucional podemos afirmar que, en Colombia, tratándose de discriminación en la práctica, tenemos antecedentes de que estando demostrada la desigualdad, al acusado de discriminador le incumbe demostrar que la desventaja producida no es discriminatoria ya sea porque ésta obedece a criterios objetivos, u otros distintos a los prohibidos por la ley, la Constitución o el Convenio 111 de la OIT.

En los casos de despido sin justa causa, dado que el empleador está eximido de la obligación de motivar el despido, el operador jurídico debe examinar, según las pruebas aportadas por el demandante, si quien sufre el despido se encuentra en una de las situaciones tradicionalmente sospechosas (por ejemplo, ser mujer, como es el caso en cuestión); y si de las circunstancias de cómo ocurrió la terminación, se desprenden indicios de que ésta se produjo por dicho motivo; en cuyo caso, se presumirá que el despido fue discriminatorio.

Sobre el particular, la Corte Constitucional, en un caso de despido sin justa causa de una trabajadora cuyo estado de salud le impedía desarrollar bien su labor, señaló¹⁵³:

Con todo, la facultad del empleador de terminar unilateralmente los contratos de trabajo sin justa causa lo exime de la obligación de motivar su decisión. Esta circunstancia dificulta probar el motivo del despido. Por supuesto, en aquellos casos en que éste sea consecuencia de una disminución de su capacidad física, no es de esperarse que el trabajador se encuentre en capacidad de probarlo. Sin embargo, su sola afirmación tampoco resulta suficiente para llegar a la conclusión de que el despido ha sido motivado con ocasión de la condición individual objeto de especial protección.

En estos casos, por lo tanto, opera una presunción a favor del trabajador, que, en todo caso, no lo exime de la carga de allegar una prueba sumaria, que le proporcione al juez los suficientes elementos de juicio para concluir que el despido se efectuó por razón de la condición de especial protección.¹⁵⁴

2.11.7 El reintegro como medida de reparación adecuada ante una discriminación producida por un despido con motivos ilícitos

Para la CEACR, una ley que permita poner fin al contrato de trabajo mediante el pago de una indemnización no es una medida adecuada de protección contra la discriminación.

233. En lo que atañe a la eficacia de las sanciones que pueden adoptar los órganos cuasijurisdiccionales, debería hacerse beneficiar a la persona que sea víctima de una discriminación de una compensación adecuada y, al mismo tiempo, que tenga un efecto disuasorio para las personas que pudieran sentir la tentación de discriminar. Conviene tener presente que, al recurrir a ese tipo de procedimiento, un trabajador se enfrenta a riesgos tanto materiales como

morales. Así por ejemplo, una legislación que contenga disposiciones protectoras pero que en la práctica permita al empleador poner fin al contrato de un trabajador pagándole una simple indemnización no confiere una protección adecuada (Nota 11)¹⁵⁵. A efectos de la eficacia de una vía de recurso en caso de discriminación, también resulta importante que la causa se resuelva rápidamente para evitar que la situación ilegal se prolongue inútilmente, lo cual acarrearía asimismo consecuencias negativas para la determinación de los hechos.¹⁵⁶

Para Xavier Beaudonnet¹⁵⁷, desde el punto de vista del derecho internacional del trabajo, se deben tener en cuenta dos aspectos importantes a la hora de tomar una decisión con respecto a la compensación por discriminación: se deben eliminar las consecuencias discriminatorias de la discriminación en materia de empleo y ocupación; y las sanciones deben tener un efecto disuasorio sobre el posible discriminador.

Allí mismo, agrega Beaudonnet:

Las compensaciones por terminación injustificada de la relación de trabajo recogidas en el Convenio núm. 158 son la readmisión o la adecuada indemnización económica. Cuando el despido injustificado es discriminatorio y, por lo tanto, viola un derecho fundamental del trabajador, la Comisión de Expertos considera que una mera indemnización económica no resarce el perjuicio de manera adecuada y que la readmisión sería la mejor compensación. Aunque dicha readmisión no es siempre posible, o no es siempre la solución deseada por el trabajador, es un fuerte incentivo para que los empleadores se abstengan de practicar la discriminación. Allí donde la ley no prevé la posibilidad de readmisión de manera explícita, es posible que sí prevenga la nulidad del acto de terminación discriminatoria, la cual debe conllevar la readmisión del trabajador.¹⁵⁸

En Colombia, hay precedentes, tanto legales como judiciales, de la orden de reintegro al puesto de trabajo anterior, junto con el pago de salarios y prestaciones sociales, sin solución de continuidad, frente a despidos discrimi-

153 Corte Constitucional, sentencia T-1040 de 2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

154 Frente a un caso similar, en el cual una entidad del Estado remová a una empleada no inscrita en carrera administrativa que alegó tener la calidad de disminuida física, la Corte estableció que “[l]a especial protección de ciertos grupos y personas por parte del Estado tiene como consecuencia la inversión de la carga de la prueba cuando la constitucionalidad de una medida administrativa sea cuestionada por afectar los derechos fundamentales de la persona directamente perjudicada. En dicho evento, es a la administración a quien corresponde demostrar por qué la circunstancia o condición de desventaja de la persona protegida por el Estado no ha sido desconocida como consecuencia de su decisión”. En este caso, sin embargo, la Corte confirmó que el demandante no tenía la calidad de disminuida física. Sin embargo, estableció como doctrina: “14. El señor [...] según conceptos médicos autorizadas, no ostenta la condición de ‘minusválida relativa’ que invocara para cuestionar la constitucionalidad de la decisión de removerlo de su carga, (...) No opera en este caso la inversión de la carga de la prueba que, de ser minusválida, le habría dispensado acreditar el supuesto de discriminación o lesión al derecho fundamental presuntamente violado. (Resaltada fuera de texto). Corte Constitucional, sentencia T-427 de 1992, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

155 [http://www.oit.org/ilalex/cgi-lex/pdconv.pl?host=status01&textbase=ilospa&document=3S&chapter=2S&query=\(%23docna%3D251996G*\)+%40ref&highlight=&querytype=baal#Nota11](http://www.oit.org/ilalex/cgi-lex/pdconv.pl?host=status01&textbase=ilospa&document=3S&chapter=2S&query=(%23docna%3D251996G*)+%40ref&highlight=&querytype=baal#Nota11)

156 OIT. *Igualdad en el empleo y la ocupación. Estudio General de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones*. Conferencia Internacional del Trabajo, 83ª reunión, 1996, párrafo 233.

http://training.ilo.org/ils/CD_Use_Int_Law_web/Additional/Library/Spanish/ILO_S_B/96frset.htm
157 Véase OIT. *Derecho Internacional del Trabajo y derecho interno. Manual de formación para jueces, juristas y docentes en derecho*. Xavier Beaudonnet, 2009, p. 171.

158 Véase OIT. *Estudio general de la Comisión de Expertos en aplicación de convenios y recomendaciones*, Informe III(4B), Conferencia Internacional del Trabajo, 82 reunión, Ginebra 1995, párrs. 218-232.

minatorios de la mujer embarazada, de los discapacitados, de los directivos sindicales y de los enfermos de sida. Las normas que regulan la terminación unilateral del contrato de trabajo guardan silencio frente a otras situaciones que puede ser discriminatorias a la luz de los artículos 13, 43 y 53 de la Constitución Política y del Convenio 111 de la OIT, lo cual se entiende en razón de que nuestro Código Sustantivo del Trabajo data de hace más de 50 años y fue expedido antes de la Constitución de 1991.

Por tal razón, el artículo 2º del Convenio 111 y los pronunciamientos pertinentes de los órganos de control de la OIT aquí citados, son útiles para este tema, por cuanto, junto con los artículos 13, 43 y 53 de la Constitución, sirven para solucionar de manera directa el caso en lo que concierne a la medida de reparación efectiva frente a un despido por los motivos ilícitos previstos en el Convenio 111 y repetidos en el artículo 13 Constitucional, a falta de norma positiva que la consagre expresamente, dado que un despido discriminatorio no puede producir efectos.

2.12 Temas específicos tratados

Se utilizaron las NIT para sustentar decisiones judiciales sobre:

1. La igualdad en el empleo y la ocupación, como derecho fundamental y principio constitucional: exclusión de toda discriminación.
2. Las calificaciones exigidas para un empleo determinado no son discriminatorias, si son necesarias e inherentes para el ejercicio del cargo.
3. La discriminación indirecta como una de las formas de discriminación.
4. La exigencia de una estatura determinada para las mujeres como requisito para desempeñar el cargo, puede constituir una discriminación indirecta por motivos de sexo.
5. El despido sin justa causa, aun cuando se haya pagado la indemnización, puede ser demandado con miras a evitar el riesgo de una discriminación implícita (o encubierta).
6. La atribución al empleador de la carga de probar las razones objetivas que justifican el requisito de estatura para el cargo constituye una medida adecuada de protección contra la no discriminación en el empleo.
7. El reintegro como medida de reparación adecuada ante una discriminación producida por un despido con motivos ilícitos.

2.13 Conclusiones

El presente ejercicio sirve para mostrar cómo las normas de origen internacional se integran al orden nacional, llegando a ser normas principales y obligatorias, al igual que las normas de origen nacional, según la jerarquía que les otorgan los artículos 53, 93 y 94 de la Constitución Política.

Los operadores jurídicos deberían tener presente que el derecho a la igualdad y a la no discriminación en el empleo y la ocupación está regulado, entre otros, por los artículos 13, 43 y 53 de la Constitución y Convenios 111 de la OIT, en virtud del artículo 93 de la Constitución.

El presente taller también enseña cómo las normas internacionales y los pronunciamientos de los órganos de control de la OIT sirven para reforzar interpretaciones de las normas internas protectoras del derecho a la igualdad y a la no discriminación en el empleo y la ocupación; también para extraer reglas como la de que las calificaciones exigidas para un empleo determinado no son discriminatorias, si son necesarias e inherentes para el ejercicio del cargo; y la de que el reintegro es la medida adecuada de protección frente a un despido discriminatorio.

3. Taller abierto: Uso de los Convenios sobre libertad sindical y negociación colectiva

3.1 Contexto del caso

La Empresa X demandó al sindicato de empresa Y, ante la Sala Laboral del Tribunal Superior, para que se declare la ilegalidad de la suspensión o paro colectivo del trabajo promovido por él.

3.2 Hechos de la parte demandante

La empresa X tiene como objeto social "las actividades de transporte ferroviario y de operación de vías férreas".

Un grupo de trabajadores de la empresa constituyó una organización sindical de base denominado sindicato Y (de carácter mayoritario según su número de afiliados).

Al cabo de unos meses de estar funcionando el sindicato, este inició un proceso de negociación colectiva, mediante la presentación de un pliego de peticiones. La etapa de arreglo directo culminó sin que las partes hubiesen llegado a un acuerdo, ante lo cual, el sindicato decidió, en asamblea, ir a la huelga, sin tener en cuenta que por ser trabajadores de una empresa que presta el servicio de transporte ferroviario no podían ir a la huelga, dado que este servicio ha sido considerado como esencial en el artículo 80 de la Ley 336 de 1996.

Por lo anterior, una vez el sindicato ha dado inicio a la huelga, la empresa solicita que se declare su ilegalidad.

3.3 Contestación de la parte demandada

El sindicato considera que la huelga llevada a cabo por los trabajadores es legal, por cuanto se agotaron las etapas de la negociación colectiva y cumplieron los requisitos de ley para su votación. No se les puede desconocer el ejercicio de su derecho constitucional de ir a la huelga, pues negarles el derecho de ir a la huelga con el pretexto de que la empresa presta un servicio público esencial es violatorio de los Convenios 87 y 98 de la OIT, alega la parte demandada. Agrega que, según los pronunciamientos del Comité de Libertad Sindical de la OIT, los servicios ferroviarios no pueden ser considerados esenciales en sentido estricto. Por tal razón, solicitan que se niegue la declaratoria de ilegalidad de la huelga.

3.4 Solución de primera instancia

(En esta parte el operador judicial resolverá el caso aplicando Constitución, Código Sustantivo del Trabajo y Convenios de la OIT).

4. Taller abierto: Uso del Convenio sobre no discriminación en el empleo y la ocupación

4.1 Contexto del caso

El trabajador X demandó a la empresa Y de servicios hoteleros, para solicitar la nivelación salarial y el reajuste de todas sus prestaciones sociales y aportes a la seguridad social, con retroactividad, desde que acreditó los requisitos para tener derecho a la prima convencional, dado que la empresa le está negando una prima convencional por estudios de posgrado.

4.2 Hechos de la parte demandante

La empresa reconoce un beneficio convencional consistente en un incremento salarial equivalente al 10% del salario para aquellos trabajadores que tengan estudios de posgrado cursados en el exterior relacionados con las funciones desempeñadas en el cargo.

El trabajador manifiesta que él ha acreditado estudios en posgrado relacionados con las funciones que desempeña, para efectos de que se le reconozca la prima mencionada; pero la empresa le ha negado tal reconocimiento con el argumento de que su posgrado no fue cursado en una universidad en el exterior.

El desconocimiento de la empresa de su posgrado para reconocer su derecho a la prima convencional mencionada, constituye una discriminación por sus condiciones económicas y responsabilidades familiares, puesto que su posgrado está relacionado con sus funciones y tiene la misma calidad que los que habría podido realizar en el exterior; sostiene el demandante.

Agrega el demandante que, dadas sus obligaciones familiares y su capacidad económica, no le ha sido posible cursar un posgrado en el exterior, por lo que lo hizo en una universidad colombiana.

4.3 Contestación de la parte demandada

La empresa demandada se opone a las pretensiones de la demanda, alegando que ella está dando cumplimiento a la cláusula convencional. Si bien es cierto que el demandante tiene un curso de posgrado relacionado con sus funciones, dichos estudios no fueron realizados en una universidad en el exterior. Por tal razón, la empresa solicita que se nieguen las pretensiones de la demanda.

4.4 Solución de primera instancia

(En esta parte el operador judicial resolverá el caso aplicando Constitución, Código Sustantivo del Trabajo y Convenios de la OIT).

5. Taller abierto: Libertad sindical y medidas de protección a la libertad sindical utilizando las NIT y las técnicas de argumentación oral

Caso

A continuación se le presentan los siguientes antecedentes fácticos:

El demandante Z presenta una demanda de fuero sindical, en la que solicita el reintegro por haber sido despedido sin autorización judicial, como medida de protección al ejercicio de su libertad sindical, a pesar de que él tenía fuero sindical de fundadores al momento del despido.

Hechos de la parte demandante

1. En la empresa X de servicios hoteleros, el 31 de mayo de 2008, 25 trabajadores se reunieron y decidieron constituir el sindicato Y, elaboraron la respectiva acta como prueba del acuerdo, adoptaron los estatutos del sindicato y eligieron la junta directiva correspondiente.
2. A la primera hora hábil del 1º de junio, se notificó la celebración de la asamblea constitutiva, tanto a la empleadora como al Ministerio de la protección Social (en adelante el Ministerio). A este último, con el fin de solicitar la inscripción en el registro sindical de la personería jurídica del sindicato.
3. En el curso de la semana siguiente se presentaron 10 trabajadores adherentes al sindicato, de lo cual se notificó de inmediato a la empresa.
4. El Ministerio negó la solicitud de inscripción, mediante resolución de fecha 30 de junio, por cuanto uno de los trabajadores fundadores tenía 17 años y no había prueba de la autorización para trabajar.
5. El sindicato agotó el recurso de apelación insistiendo en el registro y alegando que no se tuvieron en cuenta las afiliaciones de los adherentes y que con la negativa se le estaba violando el derecho de libertad sindical reconocido en la Constitución.
6. El 30 de junio se le notifica al sindicato la decisión de la apelación que confirma la negación del registro, por las mismas razones.
7. El 15 de julio, la empresa termina el contrato de trabajo de cinco trabajadores fundadores del sindicato en razón a que las ventas de la empresa han descendido en el último trimestre; por lo que hacía uso de la facultad de terminar unilateralmente el contrato de trabajo mediante el pago de una indemnización, contenida en el artículo 64 del C.S. del T.

8. El 22 de julio, la empresa despidió a seis trabajadores más que también habían participado en la fundación del sindicato, por las mismas razones.
9. Por último del demandante afirma que el despido tuvo como motivo su participación en la fundación del sindicato, lo cual constituye una violación de su derecho de libertad sindical reconocido en el artículo 39 de la Constitución.

Posición de la parte demandada

La demandada se opone a todas las pretensiones de la demanda, alegando que el demandante no tenía fuero al momento del despido. Acepta los hechos 1º al 8º del demandante; y respecto del hecho 9º, dice que es una apreciación personal del demandante que no tiene ningún fundamento por cuanto en la carta de despido se le informó que su desvinculación obedecía a razones económicas.

Solución de primera instancia

(En esta parte el operador judicial resolverá el caso aplicando Constitución, Código Sustantivo del Trabajo y Convenios de OIT).

Bibliografía

Apuntes de clase, Seminario de NIT para magistrados, jueces y procuradores, Medellín, 2008

Canessa Montejo, Miguel Francisco, *La protección internacional de los derechos humanos laborales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados

Código Sustantivo del Trabajo

Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social

Constitución Política de Colombia comentada de Legis S.A., artículo 53 [0706], envío 59, octubre de 2008.

Corte Constitucional, sentencia C-221 de 1992, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional, sentencia C-562 de 1992, M.P. Jaime Sanin Greiffestein.

Corte Constitucional, sentencia C-049 de 1994, M.P. Antonio Barrera Carbonell.

Corte Constitucional, sentencia C-089 de 1994, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional, sentencia C-372 de 1994, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa

Corte Constitucional, sentencia C-555 de 1994, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

Corte Constitucional, sentencia C-225 de 1995, M.P. Alejandro Martínez Caballero

Corte Constitucional, sentencia C-468 de 1997, M.P. Alejandro Martínez Caballero

Corte Constitucional, sentencia C-280 de 1997, M.P. Hernando Herrera Vergara.

Corte Constitucional, sentencia C-400 de 1998, M.P. Alejandro Martínez Caballero

Corte Constitucional, sentencia C-381 de 2000, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional, sentencia C-551 de 2003, M.P. Lynett Eduardo Montealegre

Corte Constitucional, sentencia C-401 de 2005, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa

Corte Constitucional, sentencia C-590 de 2005, M.P. Jaime Córdoba Triviño

Corte Constitucional, sentencia C-1234 de 2005, M.P. Alfredo Beltrán Sierra

Corte Constitucional, sentencia C-466 de 2008, M.P. Jaime Araujo Rentería

Corte Constitucional, sentencia T-427 de 1992, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional, sentencia T-147 de 1994. M.P. Jorge Arango Mejía.

Corte Constitucional, sentencia T-51 de 1995, M.P. Jorge Arango Mejía.

Corte Constitucional, sentencia T-102 de 1995, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional, sentencia T-463 de 1996, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

Corte Constitucional, sentencia T-568 de 1999, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

Corte Constitucional, sentencia T-1040 de 2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

Corte Constitucional, Sentencia T-1319 de 2001, M.P. Rodrigo Uprimny Yepes.

Corte Constitucional, sentencia T-809 de 2005, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa

Corte Constitucional, sentencia T-249 de 2008, M.P. Jaime Córdoba Triviño

Corte Constitucional, sentencia T-1266 de 2008, M.P. Mauricio González Cuervo.

Corte Constitucional, sentencia T-249 de 2008. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

Corte Constitucional, sentencia SU-1185 de 2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil

Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Yatama Vs. Nicaragua, sentencia de 23 de junio de 2005.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral, radicación 13.886, sentencia de 25 de julio de 2000, M.P. Rafael Méndez Arango.

De Otto, Ignacio. *Derecho constitucional*, Barcelona: Ariel Derecho, 1999,

Decreto 1398 de 1990

Ley 50 de 1990

Ley 931 de 2004

Ley 982 de 2005

Meisel R., Adolfo y Vega A., Margarita. "La estatura de los colombianos: un ensayo de antropometría histórica, 1910-2002", Documentos de Trabajo Sobre Economía Regional, Cartagena de Indias: Banco de la República – Sucursal Cartagena, mayo de 2004. www.banrep.gov.co

Montoya, A.; Galiana, J. y Sempere, A. *Instituciones de Derecho Social Europeo*, Madrid: Tecnos, 1988, pp. 20 y ss. Cfr. también Ss. TJCE 4.2.88 (Caso Murphy) y 17.10.89 (caso Danfoss).

OIT, Constitución de la OIT.

OIT. Convenio 87

OIT. Convenio 98

OIT. Convenio 100

OIT. Convenio 111

OIT. Convenio 132

OIT. Convenio 154

OIT, *Derecho Internacional del Trabajo y derecho interno. Manual de formación para jueces, juristas y profesores de derecho*, Xavier Beaudonnet, 2009.

OIT. *Igualdad en el empleo y la ocupación. Estudio General de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones*. Conferencia Internacional del Trabajo, 83ª reunión, 1996.

http://training.itcilo.it/ils/CD_Use_Int_Law_web/Additional/Library/Spanish/ILO_S_B/96frset.htm

OIT. *La libertad sindical. Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*, quinta edición (revisada), Ginebra, 2006.

OIT. *Libertad sindical y negociación colectiva. Estudio General de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones*. Conferencia Internacional del Trabajo, 81ª reunión, 1994. http://training.itcilo.it/ils/foa/library/general_surveys_es/surlist.htm

Olano García, Hernán Alejandro, *Hermenéutica constitucional*, Bogotá: Editorial Ibañez, 2009

<http://209.85.215.104/search?q=cache:u4hlg-m-b5QJ:futurospolicias.blogcindario.com/2005/06/00023-sup-pide-se-reduzca-estatura-exigida-para-ingresar-en-la-policia.html+guardias+derechos+mujeres+%22estatura+m%C3%ADnima%22&hl=es&ct=clnk&cd=10&gl=co>

http://www.abc.es/hemeroteca/historico-08-03-2006/abc/Sociedad/el-gobierno-rebaja-la-estatura-minima-de-la-mujer-para-ser-policia-o-guardia-civil_142650306188.html

[http://bravo.ilo.org/ilolex/cgi-lex/pdconvs.pl?host=status01&textbase=ilospa&document=38&chapter=25&query=\(%23docno%3D251996G*\)+%40ref&highlight=&querytype=bool](http://bravo.ilo.org/ilolex/cgi-lex/pdconvs.pl?host=status01&textbase=ilospa&document=38&chapter=25&query=(%23docno%3D251996G*)+%40ref&highlight=&querytype=bool)

http://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/2006/106B09_305_span.pdf

[http://www.oit.org/ilolex/cgi-lex/pdconvs.pl?host=status01&textbase=ilospa&document=35&chapter=25&query=\(%23docno%3D251996G*\)+%40ref&highlight=&querytype=bool#Nota11](http://www.oit.org/ilolex/cgi-lex/pdconvs.pl?host=status01&textbase=ilospa&document=35&chapter=25&query=(%23docno%3D251996G*)+%40ref&highlight=&querytype=bool#Nota11)

[http://209.85.215.104/search?q=cache:ybszSk8ZGEoJ:asambleaconstituyente.gov.ec/blogs/sergio_chacon/2008/03/26/no-a-la-discriminacion-por-diferencias-fisicas-la-baja-estatura-no-puede-ser-impedimento-para-el-acceso-al-desempeno-de-cargos-de-la-fuerza-publica/+derechos+%22estatura%22&hl=es&ct=clnk&cd=2&gl=co\)](http://209.85.215.104/search?q=cache:ybszSk8ZGEoJ:asambleaconstituyente.gov.ec/blogs/sergio_chacon/2008/03/26/no-a-la-discriminacion-por-diferencias-fisicas-la-baja-estatura-no-puede-ser-impedimento-para-el-acceso-al-desempeno-de-cargos-de-la-fuerza-publica/+derechos+%22estatura%22&hl=es&ct=clnk&cd=2&gl=co)

[http://www.oit.org/ilolex/cgi-lex/pdconvs.pl?host=status01&textbase=ilospa&document=31&chapter=25&query=\(%23docno%3D251996G*\)+%40ref&highlight=&querytype=bool#Nota3](http://www.oit.org/ilolex/cgi-lex/pdconvs.pl?host=status01&textbase=ilospa&document=31&chapter=25&query=(%23docno%3D251996G*)+%40ref&highlight=&querytype=bool#Nota3)

[http://www.oit.org/ilolex/cgi-lex/pdconvs.pl?host=status01&textbase=ilospa&document=31&chapter=25&query=\(%23docno%3D251996G*\)+%40ref&highlight=&querytype=bool#Nota4](http://www.oit.org/ilolex/cgi-lex/pdconvs.pl?host=status01&textbase=ilospa&document=31&chapter=25&query=(%23docno%3D251996G*)+%40ref&highlight=&querytype=bool#Nota4)

[http://www.oit.org/ilolex/cgi-lex/pdconvs.pl?host=status01&textbase=ilospa&document=35&chapter=25&query=\(%23docno%3D251996G*\)+%40ref&highlight=&querytype=bool#Nota10](http://www.oit.org/ilolex/cgi-lex/pdconvs.pl?host=status01&textbase=ilospa&document=35&chapter=25&query=(%23docno%3D251996G*)+%40ref&highlight=&querytype=bool#Nota10)

http://training.itcilo.it/ILS/FOA/library/ils_es/facb08_es.html#Nota19

http://training.itcilo.it/ILS/FOA/library/ils_es/facb08_es.html#Nota30