

El sistema normativo de la OIT. Cuestiones jurídicas y experiencias

Alfred WISSKIRCHEN*

La internacionalización y la globalización inciden desde hace tiempo y de manera creciente en múltiples ámbitos de la realidad, especialmente en las relaciones jurídicas y económicas. Aunque la Organización Internacional del Trabajo (OIT) lleva ochenta y seis años actuando en este terreno, ya que se ocupa principalmente de la política sociolaboral, en muchos Estados Miembros todavía tiene una notoriedad tan sólo discreta y su labor parece tener una influencia modesta. Ello obedece a una serie de razones que deben determinarse.

Los métodos de trabajo y los resultados prácticos de la OIT, sobre todo el contenido de las numerosas normas internacionales del trabajo que ha adoptado, no son muy conocidos ni siquiera en los propios países que las han ratificado¹. Resulta, además, sumamente difícil valorar la trascendencia de esos textos en el ordenamiento jurídico de cada Estado.

En el presente artículo procuraremos enunciar las razones de estas deficiencias. Según nuestra experiencia personal, radican hasta cierto

* Abogado, Bonn. Participó en la Conferencia Internacional del Trabajo de 1969 a 2004; fue miembro de la Comisión de Aplicación de Normas de la misma durante veintiocho años y desempeñó las funciones de portavoz del Grupo de los Empleadores y vicepresidente de esta comisión de 1983 a 2004. El presente artículo es la versión revisada de un ensayo publicado en alemán en *Zeitschrift für Arbeitsrecht* (Colonia), 2003, núm. 4, págs. 621-733; su traducción y publicación han sido autorizadas por Carl Heymanns KG, Colonia-Berlín-Bonn-Munich. El autor lo dedica con gran afecto al profesor Wolfgang Zöllner con motivo de su septuagésimo quinto cumpleaños.

¹ Pese a lo apuntado en la exhaustiva obra de Valticos titulada *Droit international du travail* (segunda edición, París, Dalloz, 1983) o, en fechas más recientes, en destacados escritos especializados como el de Niklas Dominik Wagner: *Internationaler Schutz sozialer Rechte, Die Kontrolltätigkeit des Sachverständigenausschusses der IAO* (Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Sozialrecht, Estudio núm. 23, Baden-Baden, Nomos Verlag, 2002), y el de Stefan Brupbacher: *Fundamentale Arbeitsnormen der Internationalen Arbeitsorganisation, Eine Grundlage der sozialen Dimension der Globalisierung* (Zürcher Dissertation, Berna, Stämpfli, 2002), o en aportaciones más breves escritas en lengua alemana en publicaciones conmemorativas, por ejemplo, una nuestra: A. Wisskirchen: «Ausgewählte Frangen der Normenüberwachung», en *Weltfriede durch soziale Gerechtigkeit, 75 Jahre Internationale Arbeitsorganisation*, Baden-Baden, Nomos Verlag, 1994, págs. 66-75.

punto en los referidos métodos de trabajo y los resultados que deparan, aunque también deben buscarse, en cierta medida, en la estructura y la dinámica propias del derecho internacional. Estas cuestiones forman parte del análisis detenido que haremos a continuación acerca de la génesis de estas normas y de los métodos de supervisión de su cumplimiento efectivo².

Elementos clave de la estructura de la OIT

Antecedentes y Constitución de la OIT

Los cimientos de la OIT se sentaron en la parte XIII del Tratado de Paz de Versalles³. La nueva organización fue primero parte integrante de la Sociedad de Naciones, y desde 1946 es un organismo especializado de las Naciones Unidas. Los propósitos y principios rectores de la OIT quedan fijados claramente en el preámbulo de su Constitución, en cuya primera frase se enuncia ya un concepto capital: «la paz universal y permanente sólo puede basarse en la justicia social». El anhelo de garantizar una paz duradera, manifestado en el exhaustivo tratado por el que se puso término a la Primera Guerra Mundial, era notorio y totalmente natural. Al considerarse que unas condiciones laborales injustas podían constituir una verdadera amenaza para aquella paz recién sellada, se exhortó urgentemente a mejorar esas condiciones en ámbitos tan importantes como la reglamentación de las horas de trabajo, la lucha contra el desempleo, la garantía de un salario vital suficiente, la protección de determinados colectivos de trabajadores, así como el afianzamiento del principio de la libertad sindical. En mayo de 1944, poco antes de finalizar la Segunda Guerra Mundial, la 26.^a reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo adoptó la «Declaración relativa a los fines y objetivos de la Organización Internacional del Trabajo», que enunció varias ideas fundamentales que deben inspirar la política de los países miembros. En este texto, conocido como la Declaración de Filadelfia, se reafirmaron y ampliaron los principios y responsabilidades atribuidos a la OIT por su primigenia Constitución en el ámbito de la política sociolaboral. La Declaración pasó a formar parte de la propia Constitución (párrafo 1 del artículo 1).

² William Simpson, quien trabajó durante mucho tiempo en la OIT, presenta un análisis excelente y harto crítico en *Mélanges en l'honneur de Nicolas Valticos* (Ginebra, OIT, 2004, págs. 47 y siguientes). Casi censura la producción masiva de instrumentos normativos, que, según afirma, son de escasa calidad, demasiado detallados y, por tanto, difíciles de ratificar. En resumidas cuentas, es asombrosa la coincidencia entre mis propias observaciones y las numerosas críticas y remedios que expone este especialista.

³ Segundo párrafo del preámbulo de la Constitución de la OIT.

La idea de fijar normas internacionales en los ámbitos del derecho del trabajo y de la política social se remonta, empero, al siglo XIX⁴. La Conferencia Internacional para la Protección de los Trabajadores, celebrada en Berlín en 1890, constituyó un intento cabal de alcanzar acuerdos en este terreno, aunque sólo se consiguiera aprobar allí una lista de esperanzas y recomendaciones. La importancia de este intento tuvo distintas valoraciones en su momento y también cien años después, con motivo de una reunión conmemorativa celebrada en 1990⁵.

La fijación de normas internacionales en este ámbito se acogió durante mucho tiempo con escepticismo, al no parecer posible verificar el cumplimiento efectivo de esos instrumentos y velar por él. A la postre se impuso la idea de dictar normas mínimas para impedir que los Estados con legislaciones laborales laxas cobrasen ventaja comparativa respecto de los que tenían normas rigurosas⁶. Esta misma idea de competencia leal se expresa en la Constitución de la OIT en términos algo anticuados, pero unívocos: «[...] si cualquier nación no adoptare un régimen de trabajo realmente humano, esta omisión constituiría un obstáculo a los esfuerzos de otras naciones que deseen mejorar la suerte de los trabajadores en sus propios países» (tercer párrafo del preámbulo de la Constitución). Ello no obstante, lograr unas condiciones de trabajo uniformes sigue siendo difícil en un mundo tan heterogéneo⁷.

Órganos y características particulares de la OIT

Los principales órganos de la OIT son: la Conferencia General anual, el Consejo de Administración y la Oficina Internacional del Trabajo (artículo 2 de la Constitución). La Conferencia, que es el órgano supremo, está compuesta por representantes de los ciento setenta y ocho Estados hoy Miembros; al igual que los demás órganos principales, comprende delegados de los gobiernos, de los empleadores y de los trabajadores. Cada Estado tiene derecho a estar representado por dos delegados gubernamentales, uno de los empleadores y uno de los trabajadores. Esta distribución de los votos entre las delegaciones – la mitad

⁴ Wagner, *op. cit.*, pág. 41, y Edward E. Potter: «Renewing international labour standards for the 21st century», en *Zeitschrift Arbeitsrecht*, 2001, pág. 205.

⁵ Los documentos principales y las reseñas de los debates de esta reunión de 1990 se encuentran en *Zeitschrift für Arbeitsrecht (ZfA)*, 1991, págs. 323 y siguientes. Véase también Rolf Birk: «Arbeitnehmerschutz – vom internationalen zum supranationalen Recht», *ZfA*, 1991, págs. 356 y siguientes, y Max Kern: «Zur Wirkungsgeschichte der Arbeiterschuttkonferenz in internationalen Bereich», *ZfA*, 1991, págs. 323 y siguientes.

⁶ Hay un caso parecido interesante: en el tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea (CEE), de 25 de marzo de 1957, un aspecto de la jornada de trabajo, las «vacaciones retribuidas», fue uno de los pocos derechos laborales que, junto con la igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos (artículo 119), se incluyeron – a instancia de Francia – en el artículo 120 (hoy artículo 143) del Tratado de Roma. Esta inclusión fue motivada, al igual que otras medidas, por la influencia de las normas sociales mínimas en la competencia económica.

⁷ Rolf Birk, *op. cit.*, pág. 360.

corresponde al gobierno y la otra mitad se reparte entre los empleadores y los trabajadores – también se aplica en el Consejo de Administración, que se compone de veintiocho representantes de los gobiernos, diez de los cuales proceden de los Estados de mayor importancia industrial, catorce de los empleadores y catorce de los trabajadores (artículo 7 de la Constitución). El tercer órgano, que es la Oficina Internacional del Trabajo, está encabezado por un Director General y, amén de su sede ubicada en Ginebra, tiene varias oficinas regionales y locales; cuenta actualmente con unos dos mil funcionarios.

Una de las peculiaridades y constantes de la OIT es el carácter tripartito de todos sus órganos, que se plasma en la composición de los mismos y en la atribución de los derechos de voto respectivos. Mención especial merece la independencia con que actúan los representantes de los empleadores y de los trabajadores, sobre todo respecto de sus gobiernos, independencia que hunde sus raíces en el principio de la libertad de asociación y la libertad sindical. De ahí que, a la hora de nombrar a los delegados de los empleadores y de los trabajadores a la Conferencia Internacional del Trabajo, los gobiernos deban recabar el acuerdo previo de ambos interlocutores sociales, es decir, de las organizaciones nacionales más representativas de unos y otros (párrafo 5 del artículo 3 de la Constitución). Cuando un Estado Miembro designa una delegación incompleta, en la que los representantes del Gobierno sólo van acompañados de un delegado de los empleadores o de los trabajadores, el interlocutor social presente en la Conferencia pierde el derecho de voto (párrafo 2 del artículo 4 de la Constitución). El principio del tripartismo viene complementado por la regla estricta de la autonomía de los Grupos, que aparece nítidamente en las disposiciones para la designación de los representantes de los empleadores y de los trabajadores en el Consejo de Administración (párrafo 4 del artículo 7 de la Constitución) y en numerosos artículos del Reglamento de la Conferencia Internacional del Trabajo relativos a la Mesa de la Conferencia, la composición de las comisiones de este órgano (salvo la Comisión de Cuestiones Financieras, formada únicamente por representantes de los gobiernos), las mesas de las comisiones y las reglas de votación.

Todas las comisiones de la Conferencia en las que se realiza el trabajo esencial y de fondo son tripartitas. Cada Grupo tiene en ellas derecho al mismo número de votos (párrafo 2 del artículo 65 del Reglamento de la Conferencia), de modo que si el Grupo de los Empleadores y el de los Trabajadores están de acuerdo alcanzan juntos la mayoría de dos tercios, aun cuando no cuenten con ningún voto de los representantes de los gobiernos⁸.

⁸ Véase también Brupbacher, *op. cit.*, págs. 48 y siguientes, sobre el tripartismo en cuanto característica fundamental de la OIT, el peso de los interlocutores sociales y las diferencias que cabe apreciar entre el grado de cohesión existente en el Grupo de los Empleadores y en el de los Trabajadores.

Actividad normativa

Procedimiento

Durante muchos decenios la OIT ha tenido por objetivo principal la elaboración y adopción de normas internacionales del trabajo en forma de convenios y recomendaciones. Aunque hoy existe oficialmente un *corpus* de ciento ochenta y cinco convenios, cinco protocolos y ciento noventa y seis recomendaciones, lo cierto es que algunos de los convenios no llegaron a entrar en vigor y que muchos quedaron arrumbados o fueron retirados⁹.

El procedimiento formal para la elaboración de dichas normas se articula en las siguientes etapas principales. El Consejo de Administración decide incluir el examen de un asunto concreto en el orden del día de una reunión próxima de la Conferencia, y fija las medidas preparatorias que considera apropiadas con este fin. La preparación empieza por regla general con un estudio que realiza la Oficina acerca de la legislación y la práctica vigentes en los Estados Miembros. La Oficina también pregunta a estos últimos si desean o no que se reglamenten las cuestiones planteadas y, en su caso, de qué manera. Se elabora entonces un texto provisional, que se somete a una primera lectura en la Conferencia y que puede ser modificado por la comisión técnica encargada de este punto del orden del día. El año siguiente se suele proceder a una segunda lectura, durante la cual la comisión mencionada decide la forma que ha de revestir la norma: un convenio o una recomendación (artículos 38 y 39 del Reglamento de la Conferencia). La adopción final de todo convenio o recomendación requiere una mayoría de dos tercios de los votos emitidos por los delegados presentes (párrafo 2 del artículo 19 de la Constitución). Entre la fase de las deliberaciones en el Consejo de Administración y la decisión final de la Conferencia suele mediar un período de cuatro años¹⁰.

Por lo general se alcanza la mayoría de dos tercios necesaria para que el pleno de la Conferencia adopte un nuevo instrumento, toda vez que los gobiernos (con derecho a la mitad de los votos) y los trabajadores suelen estar conformes con el texto. A veces es también posible lograr esta mayoría a pesar de que algún gobierno tenga la intención de rechazar la ratificación del instrumento correspondiente en su propio país, ya que suele prevalecer el deseo de no impedir a otros Estados que hagan suya la norma. A la inversa, también cabe que varios Estados ratifiquen un convenio que ha sido rechazado, pues el artículo 21 de la Constitución

⁹ Véanse *infra* los apartados titulados Críticas y nuevos planteamientos y Primeros intentos de emprender un nuevo rumbo.

¹⁰ Véase información más detallada en Alfred Wisskirchen y Christian Hess: *Actividades normativas y conexas de la Organización Internacional del Trabajo. Manual para empleadores* (Oficina de Actividades para los Empleadores (ACT/EMP) de la Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2001, págs. 15-22); en las págs. 18 y 19 figura un calendario explicativo.

faculta a los Miembros que así lo deseen a concertar entre sí convenios aun cuando no hayan obtenido el apoyo de la mayoría de dos tercios de los votos emitidos. Todo convenio así concertado deberá ser transmitido por los gobiernos firmantes al Director General de la Oficina Internacional del Trabajo y al Secretario General de las Naciones Unidas para que sea registrado en virtud del artículo 102 de la Carta de las Naciones Unidas. Cabe añadir que muchos gobiernos de países en desarrollo tienen una actitud asombrosa, ya que no suelen tener reparos en aceptar las nuevas normas – aunque en ellas se preceptúen altos niveles de exigencia – ni en ratificarlas¹¹.

De conformidad con las disposiciones finales que figuran en los convenios desde la undécima reunión de la Conferencia, de 1928¹², todo acuerdo entra en vigor doce meses después de la fecha en que la segunda ratificación de un Estado Miembro haya sido registrada por el Director General de la Oficina Internacional del Trabajo. Esta regla fundamental admite, sin embargo, algunas excepciones, entre las que destacan sobre todo los convenios marítimos¹³; asimismo, en dos convenios¹⁴ se dispuso que sólo entrarían en vigor si los ratificaban al menos dos de los siete Estados europeos expresamente mencionados.

Los convenios adquieren carácter obligatorio para todos los Estados Miembros que los han ratificado, aunque el efecto que la ratificación surte en cada Estado depende de lo previsto en la constitución política respectiva. En Alemania, por ejemplo, la ratificación de un acuerdo internacional y su ulterior trasposición en el ordenamiento jurídico nacional presuponen un acto legislativo (párrafo 2 del artículo 59 de la Ley Fundamental). Esta cuestión suscita opiniones sumamente contrastadas en derecho internacional, y a lo largo de los años los órganos de la OIT han variado su postura sobre el particular¹⁵. Sólo cabe prescindir de las leyes de desarrollo en los contados casos en que las disposiciones de un convenio internacional son de aplicación directa en el plano nacional¹⁶.

¹¹ Rolf Birk, *op. cit.*, pág. 360, nota núm. 33: «Bei manchen Staaten wundert man sich über die Ratifizierungseifer», es decir: «Resulta asombroso el afán de ratificación que manifiestan muchos Estados».

¹² Véase *Convenios y recomendaciones internacionales del trabajo, 1919-1984* (Ginebra, OIT, 1985), anexo, pág. 1743.

¹³ Así, por ejemplo, para entrar en vigor, el Convenio sobre la marina mercante (normas mínimas), 1976 (núm. 147), requería la ratificación de al menos diez Estados Miembros que posesen en conjunto el 25 por ciento del tonelaje bruto de la flota mercante mundial. Desde un punto de vista jurídico, este Convenio resulta ser muy interesante, porque en última instancia también tiene trascendencia en los Estados Miembros que no lo han ratificado.

¹⁴ El Convenio sobre las horas de trabajo (minas de carbón), 1931 (núm. 31), y el Convenio (revisado) sobre las horas de trabajo (minas de carbón), 1935 (núm. 46).

¹⁵ Para más detalles, véase Wagner, *op. cit.*, págs. 102 y siguientes.

¹⁶ Rolf Birk: *Münchener Handbuch Arbeitsrecht* (Munich, C.H. Beck, 2000, vol. I), párrafo 17, nota al margen 52.

Respecto a la puesta en práctica de un convenio en el ámbito nacional, en el párrafo 5 del artículo 19 de la Constitución se dispone que los Miembros deben comunicar la ratificación al Director General y adoptar «las medidas necesarias para hacer efectivas las disposiciones de dicho convenio». No todos los convenios emplean la misma formulación a estos efectos, si bien en su mayoría especifican que los cauces de aplicación son la ley, los convenios colectivos, el arbitraje y las resoluciones judiciales.

Las recomendaciones, que hasta 1970 venían tan sólo a complementar convenios, no pueden ser objeto de ratificación ni, por definición, tener carácter vinculante. Cada uno de los temas planteados se somete a la comisión técnica competente de la Conferencia, donde la redacción de cada frase suele suscitar arduas e intensas negociaciones hasta el último momento. Ahora bien, después de superada la dificultad de lograr un acuerdo sobre el contenido del convenio, la escasez de tiempo ha obligado a veces a acomodar en la recomendación complementaria, sin examen previo y detenido, todas las cuestiones que habían quedado todavía pendientes. De ahí que buen número de recomendaciones no puedan calificarse realmente de coherentes y bien fundadas.

Universalidad y flexibilidad

Si las normas establecidas en los instrumentos de la Oficina Internacional del Trabajo tienen vocación de universalidad no es sólo por el hecho de estar formalmente destinadas a todos los Estados. Para que sean de verdad universales es indispensable que estas normas tengan un mínimo de flexibilidad, debido a la diversidad de las condiciones imperantes en todo el mundo. Según se declara expresamente en el párrafo 3 del artículo 19 de la Constitución, el imperativo de flexibilidad puede y debe tenerse presente a la hora de elaborar las normas. El principio de universalidad, aunque esté atemperado por esta necesidad opuesta de flexibilidad, tiene por corolario el que las normas deben ser de aplicación uniforme, sin que quepan «dobles raseros». Ello plantea con frecuencia un problema espinoso a los países en desarrollo pues, según explicamos anteriormente, los gobiernos de estos países suelen dar su apoyo a la elaboración de nuevos convenios y ratificarlos después. Pero al cabo de unos años, cuando los informes de la OIT acerca del cumplimiento de los mismos revelan que no se han llevado a la práctica en su legislación y práctica nacionales, no tienen reparos en aducir que los países en desarrollo no pueden cumplir los requisitos preceptuados y piden que se les conceda un trato especial.

Existen muchas maneras de conferir flexibilidad a los instrumentos normativos de la OIT. Una consiste en sentar en ellos principios de aceptación general, sin establecer demasiados pormenores técnicos. Si hay que fijar los objetivos concretos de la política sociolaboral y unas normas

mínimas, deberían plasmarse en documentos complementarios, dejando a los Estados Miembros una libertad de actuación amplia para elegir los medios oportunos de puesta en práctica. Dichos documentos complementarios tendrían siempre por objeto fomentar actuaciones que coadyuvaran a la consecución de los objetivos especificados, para lo cual habría que adoptar medidas particulares según los países, que se traducirían en las síntesis de políticas propias de cada caso. También conviene reflexionar sobre la posibilidad de establecer disposiciones transitorias, que abarquen todo el instrumento que se esté elaborando o una parte del mismo. Es preciso valerse más a menudo de las cláusulas flexibles autorizadas en el párrafo 3 del artículo 19 de la Constitución, que admite adaptaciones de los convenios por razón del «clima», del «desarrollo incompleto de la organización industrial» y de otras «circunstancias particulares» de los países; es conveniente también fijar con más frecuencia cláusulas «de equivalencia» u otros dispositivos que autoricen determinados ajustes, excepciones o alternativas¹⁷.

Hoy más que nunca es preciso examinar los instrumentos de la OIT en función de su coherencia con los objetivos de crear empleos y de promover la competitividad de las empresas. No puede tolerarse nada que entorpezca la consecución de estas metas prioritarias. De ello era consciente el entonces Director General de la OIT, David Morse, cuando en 1969, con ocasión del quincuagésimo aniversario de la OIT, declaró con referencia a los objetivos y propósitos del Programa Mundial del Empleo que lo esencial ya no era mejorar las condiciones de trabajo y de empleo de las personas que ya tenían una ocupación, sino el destino de aquellas que carecían de unas posibilidades de trabajo decorosas¹⁸.

Buen indicador de si una nueva norma de la OIT reúne los requisitos antes mencionados es si logra un consenso amplio de las tres partes constituyentes en la fase de redacción. El proceso se inicia con la elección del tema en el seno del Consejo de Administración. La siguiente labor preparativa, que es fundamental y compete a la Oficina, es la confección de una lista de temas con base en un informe sobre la legislación y la práctica vigentes en los Estados Miembros y de un análisis cuidadoso e imparcial de las respuestas facilitadas por estos últimos. Luego se celebra en la comisión técnica competente un debate, que es determinante; si las decisiones se adoptan por una mayoría exigua (los gobiernos, los empleadores y los trabajadores detentan respectivamente un tercio del número de votos), suelen dar lugar a textos que, a juicio de los empleadores, distan de reunir el criterio indicado.

¹⁷ Véase a este respecto Wisskirchen y Hess, *op. cit.*, pág. 18.

¹⁸ OIT: *Programa Mundial del Empleo*, Memoria del Director General a la 53.ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo (Ginebra, 1969); véase también David Morse: «El Programa Mundial del Empleo», *Revista Internacional del Trabajo* (Ginebra), vol. 77 (1968), núm. 6, págs. 575-583.

Hoy día ya no parece aconsejable que un convenio entre en vigor tras haber cosechado tan sólo dos ratificaciones¹⁹, ni que el plazo de espera para denunciarlo sea de diez años, con un año de aviso previo, ni que, a falta de preaviso, los Estados Miembros permanezcan sujetos a él durante otros diez años. Aunque esta regla no tiene fundamento ni en la Constitución de la OIT ni en el Reglamento de la Conferencia, se viene estableciendo desde 1928 en las disposiciones finales tipo que figuran en todos los convenios. Por lo tanto, la Conferencia puede y debe hacer uso de su facultad de decidir acerca del contenido de las disposiciones finales de todos y cada uno de los convenios futuros. En el momento de fijar el número de ratificaciones necesario para que un convenio entre en vigor y de determinar los supuestos en que éste pueda ser denunciado, sería deseable y apropiado prever más flexibilidad en los detalles y mayor adaptabilidad en función del asunto que se esté reglamentando.

Alemania ha ratificado ochenta y tres de los ciento ochenta y cinco convenios existentes²⁰, de los cuales setenta y cuatro están todavía en vigor. En este país, al igual que en otros muchos Estados industrializados, lo que suele motivar la decisión de no ratificar un instrumento no es tanto el hecho de que lo efectivamente prescrito en él suponga un grado de protección demasiado elevado, sino el excesivo número de detalles jurídicos y técnicos que contraindican su integración en el ordenamiento jurídico nacional. Existe, sin embargo, una excepción importante a esta afirmación: el Convenio sobre la protección de la maternidad (revisado), 1952 (núm. 103), pues lo que disuadió de su ratificación no fueron tanto los pormenores de sus disposiciones jurídicas como su tenor. Así, el párrafo 8 del artículo 4 dispone que en ningún caso el empleador deberá estar personalmente obligado a costear las prestaciones debidas a las mujeres que trabajan para él. En cambio, el artículo 14 de la Ley de Protección de la Maternidad alemana fija una aportación que el empleador debe realizar a la prestación por maternidad – que en muchos casos representa la mayor parte del subsidio abonado en lugar del sueldo –, por lo que ésta resulta incompatible con el tenor del Convenio núm. 103; debido a ello, Alemania no lo ha ratificado.

Muchas normas vigentes de la OIT han caído en desuso, lo cual no sorprende al tratarse de instrumentos que datan de sus primeros años de existencia, cuando la industria y el mundo del trabajo poco tenían que ver con lo que son hoy día. También existen, sin embargo, normas mucho más recientes que adolecen a todas luces de fallos graves, como

¹⁹ A modo de comparación, el Estatuto de la Corte Penal Internacional exige la ratificación por sesenta Estados para que ésta se constituya, y el Convenio Marco de la Organización Mundial de la Salud para el Control del Tabaco tuvo que alcanzar cuarenta ratificaciones para entrar en vigor.

²⁰ Hasta la fecha, los Estados Unidos han ratificado catorce convenios, Francia ciento veinticuatro y el Japón cuarenta y siete.

lo revela la pronunciada caída del número de ratificaciones cosechadas por convenios de los últimos decenios. De los veintidós instrumentos adoptados entre 1980 y 1995, sólo ocho han logrado más de diez ratificaciones, mientras que doce no han alcanzado este número²¹. Ello indujo al Director General a manifestar en 1999 lo siguiente²²:

Los convenios y recomendaciones de la OIT son una fuente capital de protección de los trabajadores de todo el mundo. Ahora bien, con la salvedad de unos pocos convenios, la mayoría de las normas de la OIT no se conocen bien. La ratificación plantea igualmente un problema cada vez más agudo, debido a la plétora de tratados. Solamente tres de los veintitrés convenios y dos protocolos adoptados a lo largo de quince años, de 1983 a 1998, han sido objeto de veinte ratificaciones a lo sumo, y un buen número de convenios ratificados apenas se aplican.

Quizás baste echar un vistazo a los informes de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (Comisión de Expertos) para confirmar la impresión del Director General de que no se adoptan suficientes medidas para velar por el cumplimiento efectivo de los convenios ratificados²³. Con los años ha aumentado considerablemente el número de comentarios, la mayoría de los cuales son desabrogatorios: el informe anual de la Comisión de Expertos no cesa de alargarse, pues en 1983 constaba de 332 páginas, en 1995 pasó a 499, y en 2003 a 852²⁴. Pese a que se eleva el número de ratificaciones, se multiplican las críticas relativas a la deficiente aplicación de los acuerdos ratificados y conviene no olvidar que, desde hace unos años, este órgano de supervisión de la OIT procura abreviar los comentarios referentes a cada caso.

Críticas y nuevos planteamientos

Desde que finalizó el conflicto Este-Oeste, los representantes de los empleadores ante muchas comisiones de la institución han venido señalando, con mayor frecuencia y creciente intensidad, los defectos del entramado normativo de la OIT. También han advertido con insistencia del despropósito que supone seguir elaborando normas internacionales del trabajo con el mismo contenido sustantivo y las mismas reglas de procedimiento que otras anteriores. A su modo de ver, la menguante aceptación de los instrumentos así elaborados demuestra que la OIT corre el riesgo de perder toda influencia en las prácticas de

²¹ Para más detalles, véase el artículo de Christian Hess en *Arbeitgeber* (Berlín), 1995, núm. 11, págs. 414 y siguientes.

²² OIT: *Trabajo decente*, Memoria del Director General a la 87.ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo (Ginebra, 1999), pág. 20.

²³ Para más información, véase después la parte relativa a la Comisión de Expertos.

²⁴ Si no mencionamos el informe de 2004 es porque este año comenzó a publicarse en un formato más grande, lo cual nos impide hacer la comparación.

empleo y de trabajo y, cuando menos, de ver empañadas su reputación y credibilidad.

Uno de los consejos prácticos que cabría dar a la Organización para salir adelante sería que centrarse sus actividades normativas en los puntos esenciales. Ello significa, por ejemplo, que no es necesario reglamentar todos y cada uno de los detalles posibles, sino que convendría más bien buscar con cautela la mejor manera de afrontar los problemas planteados y, sobre todo, estudiar cuáles son las disposiciones vigentes en donde pueden encontrarse soluciones. Estos principios deberían aplicarse siempre que se prepare un instrumento que haya de revestir la forma de un convenio²⁵. Amén de analizar el contenido eventual del instrumento, se debería averiguar ante todo si es realmente necesario o no adoptar una norma vinculante como lo es el típico convenio. Los empleadores opinan que en el futuro la OIT deberá aprovechar mucho más las numerosas y diversas fórmulas que hasta ahora ha descartado, como las recomendaciones independientes (es decir, que no complementan un convenio); los repertorios de recomendaciones prácticas o de conducta; los manuales y las directrices técnicas; las resoluciones y conclusiones fruto de consultas previas exhaustivas, así como las decisiones que pueden adoptarse en las conferencias a modo de declaraciones sobre cuestiones de capital importancia en las que se señale el camino para la labor consiguiente²⁶.

Un hecho sintomático es que el Director General haya decidido abordar en sus memorias anuales a la Conferencia el asunto de la transformación que vive el mundo y de las diversas maneras en que la OIT debe reaccionar. Sus análisis cada vez más críticos – especialmente los de sus memorias de 1997 y 1999, dedicadas, respectivamente, a la actividad normativa de la OIT en la era de la mundialización y al trabajo decente – han ido acompañados de sugerencias para mejorar las normas vigentes y de posibles pautas de actuación de cara al futuro.

Como consecuencia de estos debates, en 1995 se constituyó un «Grupo de Trabajo tripartito sobre política de revisión de normas», encargado de dilucidar si las normas adoptadas hasta 1985 eran válidas todavía y, de ser así, hasta qué punto. Por muy dignas de encomio que fueran las conclusiones y propuestas de este grupo (que fueron aprobadas por el Consejo de Administración y algunas de las cuales ya han sido seguidas por la Conferencia), no sorprendieron a la gente conocedora de la OIT. De los ciento ochenta y cuatro convenios sobre los que versaban las conclusiones, tan sólo setenta y uno merecieron la consideración de «actuales», aunque en realidad sólo se habían analizado ciento

²⁵ Véase *supra* el apartado relativo a la universalidad y la flexibilidad.

²⁶ Véanse los pormenores en la toma de posición de la Organización Internacional de Empleadores de junio de 2000, que se reproduce en el anexo 8 de Wisskirchen y Hess, *op. cit.*, págs. 121 y siguientes.

cincuenta y nueve, ya que en la decisión por la que se constituyó el mencionado grupo de trabajo se resolvió que los veinticinco convenios restantes eran «actuales» por definición, al haberse adoptado después de 1985. Sin embargo, el valor práctico de esas últimas normas, que, de modo arbitrario, se consideró que estaban en sintonía con el mundo actual, es dudoso en muchos casos, como lo demuestra el hecho de que, salvo sólo unas cuantas excepciones, los convenios adoptados en los veinte últimos años sólo han logrado un número de ratificaciones catastróficamente bajo. El referido grupo estimó que veinticuatro convenios debían ser reconsiderados y que cincuenta y cuatro «habían perdido vigencia». El tenor de las conclusiones relativas a las recomendaciones fue similar, salvo que se declararon obsoletos sesenta y siete textos. El Grupo de Trabajo pidió más información antes de clasificar con carácter definitivo otra serie de instrumentos. Muy pocos fueron los que se libraron de un veredicto por falta de consenso. Se han desechado ya veinticuatro convenios, cuya ratificación no se volverá a solicitar y sobre cuyo cumplimiento no volverán a pedirse memorias.

El Consejo de Administración propuso que retirasen once convenios que no habían llegado a entrar en vigor. Se retiraron así cinco convenios en la 88.^a reunión de la Conferencia (año 2000), veinte recomendaciones en la 90.^a reunión (2002), y otras dieciséis en la 92.^a reunión (2004)²⁷.

Enmiendas a la Constitución

El retiro de un convenio es un paso inicial o intermedio previo a su derogación. En la Constitución de la OIT no se contempla (todavía) la posibilidad de derogar un convenio que, una vez ratificado, ha entrado en vigor. En este sentido, las normas de la OIT se diferencian de las leyes nacionales y las disposiciones supranacionales de la Unión Europea no por el hecho de tener la consideración de verdades eternas a prueba de revisión – aunque en última instancia es probable que ésta sea a veces la opinión real –, sino porque hay división de pareceres a escala internacional sobre la índole jurídica de las normas que revisten la forma de convenio.

Hay quienes sostienen que la adopción de un convenio es un acto de construcción de derecho internacional, tesis abonada por el hecho de que los delegados en la Conferencia están facultados para votar a título individual y configurar así el contenido de los proyectos propuestos. Pueden decidir, en particular, si éstos han de revestir la forma de un convenio, una recomendación u otro instrumento (párrafo 1 del artículo 4 y párrafo 1 del artículo 19 de la Constitución). El pleno de la Conferencia resuelve,

²⁷ Pueden consultarse todas estas cifras y más información en el trabajo que el Consejo de Administración examinó en su 283.^a reunión, en marzo de 2002 (documento GB.283/LILS/WP/PRS/1/2).

por tanto, a modo de órgano legislativo, sobre la aceptación o el rechazo de un acuerdo. Los convenios empiezan a generar obligaciones para los Estados Miembros en cuanto la Conferencia los adopta por la preceptiva mayoría de dos tercios, es decir, antes de la ratificación. Todo convenio adoptado debe ser sometido a la autoridad competente de cada Estado Miembro (por lo general, el parlamento) en un plazo máximo de doce a dieciocho meses (párrafo 5, apartado *b*), del artículo 19 de la Constitución). Esta sumisión y la correspondiente decisión de la autoridad competente deben comunicarse a la OIT (párrafo 5, apartado *c*), del artículo 19 de la Constitución). Los Estados Miembros deben presentar, además, con la frecuencia señalada por el Consejo de Administración, una memoria sobre el estado de su legislación y práctica referentes a los asuntos tratados en los convenios que no han ratificado (párrafo 5, apartado *e*), del artículo 19 de la Constitución). Con estas memorias la Comisión de Expertos elabora un estudio general que versa normalmente cada año sobre un convenio o dos y la recomendación o recomendaciones complementarias.

Por otra parte, un convenio de la OIT reúne todas las características esenciales de un tratado internacional concertado entre Estados. La propia denominación de «convenio» remite a la noción de consentimiento, presupuesto necesario de todo tratado, y las disposiciones finales tipo antes mencionadas, que forman parte integrante de todos los convenios, confirman que éstos son tratados internacionales. Las obligaciones dimanantes del propio tenor de los convenios no vinculan pues a los Estados a partir de su adopción por el «órgano legislativo», es decir, por el pleno de la Conferencia, ni desde su entrada en vigor, doce meses después de que dos Estados Miembros hayan notificado su ratificación, sino cuando el Estado se compromete a asumir esas obligaciones por el acto de ratificación. Del mismo modo, una versión nueva de un acuerdo no conlleva la sustitución automática de la anterior, según suele ocurrir en derecho nacional, sino que se precisa la ratificación expresa, que entraña la denuncia del acuerdo anterior. Este último no puede ser ratificado una vez que ha entrado en vigor el nuevo.

Estos pocos comentarios indican que los convenios de la OIT tienen en definitiva un carácter bifronte: son como las leyes, por su génesis y las obligaciones que imponen a los Estados Miembros respecto de la OIT, al tiempo que reúnen los elementos característicos del tratado internacional, en la medida en que imponen a la OIT y a los Estados contratantes²⁸ unas obligaciones sustantivas que no entran en vigor hasta la ratificación voluntaria del acuerdo²⁹.

²⁸ Por ejemplo, la presentación de una queja contra otro Miembro por el cumplimiento insatisfactorio de un convenio sólo está permitida cuando ambos Estados han ratificado el convenio de que se trate (párrafo 1 del artículo 26 de la Constitución).

²⁹ Puede consultarse un comentario detallado sobre todo este asunto y muchos ejemplos en apoyo de esta opinión en Wagner, *op. cit.*, págs. 27-36.

En el fondo, no nos parece indispensable determinar si los convenios de la OIT comprenden una parte de derecho legislado y otra de derecho convencional, o si es preferible considerar que son de índole híbrida. Dado el elevado número de acuerdos totalmente caducos que se había llegado a registrar, no era solamente factible desde un punto de vista jurídico, sino que estaba justificado en el plano práctico que en 1997 la Conferencia resolviera enmendar el artículo 19 de la Constitución de la OIT con miras a admitir la posibilidad de que el pleno de la propia Conferencia derogue determinados acuerdos, bien por consenso, bien por mayoría de dos tercios. Para actuar con precaución y buen criterio se han previsto varias medidas que permitirán en su momento sondear a fondo la opinión general. Después, cuando se considere la conveniencia de derogar un convenio, el Consejo de Administración deberá inscribir la cuestión, por consenso o por mayoría de cuatro quintos, en el orden del día de la Conferencia (artículo 11 del Reglamento de la Conferencia). De esta manera, el Grupo de los Trabajadores, que según lo demuestra la experiencia es siempre prudente cuando se trata de derogar normas de la Oficina Internacional del Trabajo, tendrá todavía la posibilidad de bloquear toda iniciativa de este tipo en el seno del Consejo de Administración.

Estas enmiendas a la Constitución y al Reglamento se adoptaron, con las preceptivas mayorías, durante la 85.^a reunión de la Conferencia, en 1997. Sin embargo, las enmiendas a la Constitución no entran en vigor hasta que no hayan sido ratificadas por dos tercios de los Miembros, incluidos cinco de los diez países de mayor importancia industrial (artículo 36 de la propia Constitución); a finales de 2004 sólo se habían recibido ochenta de los ciento dieciocho instrumentos de ratificación necesarios. Algunos de los Estados Miembros no han ratificado las enmiendas debido a que opinan que, desde un punto de vista jurídico, la OIT no puede influir en las obligaciones internacionales dimanantes de sus propios acuerdos una vez que están ratificados. Ello no impidió, sin embargo, que los gobiernos, cuyos representantes defendieron esta opinión en la Comisión de Aplicación de Normas de la Conferencia, votasen en favor de las referidas enmiendas en la susodicha sesión plenaria de la Conferencia de 1997. La Corte Internacional de Justicia (CIJ) es la única instancia facultada con carácter permanente para aclarar de modo definitivo esta duda referente a la interpretación de la Constitución de la OIT, según lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 37 de la propia Constitución.

Primeros intentos de emprender un nuevo rumbo

En los últimos años la OIT ha realizado diversos esfuerzos para afrontar con más eficacia los retos contemporáneos. Este ejercicio requiere a la vez recapacitar sobre las normas internacionales del trabajo antiguas y voluntad para desechar las que se han quedado anticuadas.

Según explicamos anteriormente, ya se están arrumbando o retirando los instrumentos obsoletos, que con toda seguridad se derogarán en cuanto entren en vigor las enmiendas pertinentes a la Constitución. También ha cambiado mucho la manera de elaborar las normas, hecho acreditado principalmente por el número de instrumentos de nueva planta: si hubo una época en que se adoptaban dos instrumentos casi todos los años, desde principios del decenio de los noventa este ritmo se ha reducido a la mitad. El año 1996 fue una excepción, ya que se adoptaron tres convenios sobre la gente de mar, aunque el sector marítimo suele ser un caso aparte, toda vez que sus problemas se examinan en conferencias específicas. Cabe añadir que se ha decidido refundir más de cuarenta instrumentos marítimos en uno solo y que están en marcha los preparativos para hacerlo.

Los cambios en curso no se circunscriben al número de instrumentos adoptados, sino que son también de procedimiento y de contenido normativo. Se perfilan varias tendencias en este sentido. Respecto al contenido de los nuevos instrumentos, un ejemplo positivo es el Convenio sobre las peores formas de trabajo infantil, 1999 (núm. 182). Adoptado por unanimidad por la Conferencia, versa sobre un problema que debe tratarse con carácter urgente en muchos lugares del mundo. Entró ya en vigor el 19 de noviembre de 2000, el 31 de diciembre de 2002 lo habían ratificado ciento treinta y dos Estados Miembros y a finales de 2004 éstos eran ya ciento cincuenta. Ningún acuerdo ha cosechado tantas ratificaciones en tan breve lapso de tiempo³⁰. Varios años antes se había constituido el Programa Internacional para la Erradicación del Trabajo Infantil (IPEC), que Alemania respalda enérgicamente y que apunta a sentar las condiciones idóneas para que los niños vayan a la escuela y reciban formación profesional, en vez de realizar arduas faenas físicas. Uno de sus objetivos esenciales es prestar ayuda a las familias que dependen del trabajo de los hijos para subsistir.

Otro aspecto digno de mención puede resumirse con el lema «más ayuda en pro del desarrollo». El Centro Internacional de Formación de Turín, que desde antiguo ha venido mostrando su valía en este ámbito, también presta asistencia formativa a escala nacional, es decir, en los Estados Miembros. Gran parte de ella se brinda en forma de seminarios y cursos prácticos destinados a explicar las normas de la OIT y a indicar los caminos que pueden seguirse para darles efecto y ponerlas en práctica. Los equipos consultivos multidisciplinarios adscritos o vinculados a las oficinas regionales constituyen una red muy cercana a los Estados Miembros y brindan a éstos otras clases de apoyo. Se constituyeron en los últimos decenios, junto con otros dispositivos de asistencia técnica y

³⁰ Véase *Lista de ratificaciones por convenio y por país*, 91.ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo (CIT), Ginebra, 2003.

de cooperación – consideradas en el sentido amplio –, y se les encomendó hace unos años la consecución de los cuatro objetivos estratégicos de la OIT³¹.

En vez de formular las normas según las pautas habituales, durante los últimos años la Conferencia ha traído a colación en las discusiones generales algunas ideas que introducen un nuevo elemento: el enfoque integrado. Se trata sencillamente de un planteamiento en virtud del cual no puede tratarse un tema de modo aislado como una cuestión jurídica, sino con el objetivo de mejorar la coherencia de las normas y de las actividades correspondientes, así como su pertinencia y trascendencia. Ello exige analizar primero y en profundidad las normas, las medidas de apoyo y la asistencia técnica existentes de suerte que, en una segunda fase, previa discusión en la Conferencia, el Consejo de Administración pueda preparar un plan de acción de cara a la posible elaboración de una norma o a la adopción de otras medidas. Estas consisten en revisar o refundir normas existentes, difundir información, realizar campañas de sensibilización, consolidar la cooperación técnica o proponer la realización cuidadosa de nuevas investigaciones³². En la 91.^a reunión de la Conferencia (2003) se debatió ampliamente sobre la seguridad y la salud en el trabajo, y en la 92.^a reunión (2004), sobre el tema de la migración. Aunque resulta todavía prematuro predecir con certeza qué valor y qué trascendencia tendrá en general este nuevo enfoque integrado, parece que va por el buen camino.

La «Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo», adoptada en la 86.^a reunión de la Conferencia, en 1998, reviste particular importancia en esta nueva percepción de las actividades que deben emprenderse. Lo fundamental de esta Declaración es que obliga a todos los Estados Miembros a respetar, promover y hacer realidad los principios siguientes:

- La libertad de asociación y la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva.
- La eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio.
- La abolición efectiva del trabajo infantil.
- La eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación.

La Declaración no es un acuerdo que pueda ratificarse; en ella no se establecen normas específicas y detalladas, sino que consiste esencialmente en principios enunciados en los convenios relativos a los asuntos mencionados, en el preámbulo de la Constitución de la OIT y en la Declaración de Filadelfia. Las medidas especiales previstas con miras al segui-

³¹ Véanse *Trabajo decente*, Memoria del Director General, CIT, 87.^a reunión, Ginebra, 1999, págs. 65-71, y Wisskirchen y Hess, *op. cit.*, págs. 53 y siguientes.

³² Wisskirchen y Hess, *op. cit.*, pág. 59.

miento de esta Declaración se apartan del sistema de supervisión vigente para los convenios ratificados y ponen de relieve el valor puramente promocional de este instrumento. No obstante, el informe que debe elaborarse anualmente sobre el avance hacia el cumplimiento de los principios enunciados en la Declaración y el informe global dedicado cada año a una de las cuatro categorías de principios fundamentales se redactan sobre la base de las memorias nacionales correspondientes. La libertad de asociación y la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva fue el tema que despertó más interés en la reunión de la Conferencia de 2004, y el informe al respecto suscitó un acalorado debate³³.

En la reunión de la Conferencia del año anterior (2003), se mantuvo una discusión general sobre la relación de trabajo³⁴. Se reanudó así el empeño (interrumpido en 1998) de lograr un acuerdo sobre el «trabajo en régimen de subcontratación», mas el intento se frustró por la imprecisión y el ámbito extremadamente amplio de las relaciones jurídicas que debían abarcarse, entre las que figuraban las relaciones de trabajo encubiertas y triangulares, los «falsos trabajadores por cuenta propia» y otros regímenes de trabajo independiente, como los contratos de obra o de servicios, todos los cuales se querían reglamentar dentro de la normativa laboral. Si bien durante dicho debate se limaron las discrepancias, en las conclusiones adoptadas quedaron muchos puntos controvertidos y confusos por resolver. Será preciso abordar el asunto nuevamente en una reunión de la Conferencia venidera, pero todavía sin programar.

Según el Director General, uno de los instrumentos con porvenir es la «Declaración tripartita de principios sobre las empresas multinacionales y la política social»³⁵, que ya ha sido revisada y cuyo valor se considera por lo general demostrado.

La locución «responsabilidad social de la empresa», hoy tan de moda, se refiere a un tema bastante actual, pero todavía no se ha logrado determinar por consenso la institución más idónea para examinar y tratar este asunto. Entre las posibilidades que se barajan figuran la Unión Europea, institutos de normalización europeos y la OIT.

Evaluación inicial

Las tendencias acaecidas en los últimos años y recién reseñadas demuestran que la OIT, es decir, los Miembros que la integran, está a punto de abandonar unos caminos trillados para explorar otros nuevos,

³³ CIT, 92.^a reunión, 2004, *Actas*, vol. I, págs. 14/1-14/44.

³⁴ Véase *El ámbito de la relación de trabajo*, CIT, 91.^a reunión, 2003, Informe V.

³⁵ *Reducir el déficit de trabajo decente: un desafío global*, Memoria del Director General, CIT, 89.^a reunión, 2001, pág. 49.

con el propósito de descubrir las necesidades presentes y futuras de los empleadores y los trabajadores en un mundo globalizado. Hace falta una reacción acertada que dé respuestas tanto en el plano sustantivo como en el de los medios de acción. Además de valerse de los convenios en el sentido estricto y tradicional del término, habrá que servirse más de otras muchas medidas y vías de actuación al alcance de la OIT. En lo referente al aspecto sustantivo, en este mundo que evoluciona a gran velocidad es capital determinar los principios básicos y fijar las normas mínimas que sean realmente indispensables, sin privar a las empresas y a los trabajadores del margen de maniobra que precisan.

La conclusión de que se tiende hacia mayor movilidad, apuntada anteriormente, no es fruto de una revelación súbita, sino de un análisis meditado de la disparidad cada vez más honda que aparece entre las actividades de la OIT y sus efectos, que quedan al descubierto, verbigracia, si se compara el número de convenios adoptados con el resquebrajamiento acelerado de la voluntad de los países de ratificarlos y de velar por su cumplimiento efectivo. En lo relativo a los medios y procedimientos, este nuevo rumbo requiere la celebración de múltiples consultas oficiosas y oficiales entre todas las partes interesadas, es decir, los tres mandantes: gobiernos, empleadores y trabajadores. Pese a los muchos progresos conseguidos hasta ahora en este sentido, todavía no ha culminado el proceso, que bien podría llegar a cobrar un carácter permanente. Convendría no subestimar el peso y la influencia de una autoridad tan importante como la Organización Internacional del Trabajo.

Aunque se ha logrado cierto grado de consenso básico sobre numerosos cambios que son indispensables, los trabajadores se quejan con gran preocupación y cada vez más de que la OIT produce un «derecho blando», es decir, unas normas semijurídicas carentes de fuerza vinculante. También los empleadores deben reflexionar en profundidad sobre este nuevo enfoque, pues bien podría desembocar en una ampliación insidiosa del ámbito de competencia de la OIT, con arreglo a las mismas pautas que el «método de coordinación abierto» existente en la Unión Europea. Es lo que ocurre sobre todo con algunas normas nuevas, que, contrariamente a lo que se conocía hasta ahora, ya no tienen por destinatarios principales a los Estados Miembros, sino a las empresas, a las que tratan de imponer directamente determinados tipos de conducta. Este viraje hará mella inexorablemente en el sistema de supervisión de la OIT.

El sistema de supervisión

Introducción

Para «controlar» la aplicación de las normas, la OIT se ha dotado de un sistema que se considera como el mejor – el más eficaz – de los

existentes en los diversos organismos de las Naciones Unidas. Esta afirmación es ciertamente relativa, pero no hay que perder de vista que, en el ámbito internacional, la potestad para velar por el cumplimiento efectivo de las normas es también relativa por definición³⁶. En efecto, a diferencia de los Estados y también, hasta cierto punto, de las Naciones Unidas en determinados ámbitos relativos a la guerra y la paz, la OIT no dispone de medidas verdaderamente coercitivas para velar por el respeto efectivo de las normas que aprueba.

La posibilidad de más trascendencia en este sentido viene recogida en el artículo 33 de la Constitución, en virtud del cual la Conferencia puede adoptar «las medidas que estime convenientes» – y que no se especifican – para que se cumplan las recomendaciones de una comisión de encuesta o se acate una decisión de la Corte Internacional de Justicia. Esta vía se siguió por primera vez contra Myanmar (antigua Birmania) en la reunión de la Conferencia del año 2000. Pese a las exhaustivas recomendaciones presentadas en el informe de una comisión de encuesta de 1998, el Gobierno no había cumplido la obligación de erradicar la práctica sistemática y muy extensa del trabajo forzoso que se registraba en el país desde hacía muchos años. La resolución adoptada en virtud del artículo 33 de la Constitución dispuso que la Organización suspendiera toda asistencia al país y, entre otras cosas, exhortó a los Estados Miembros a reconsiderar sus relaciones económicas con Myanmar. En la misma resolución, la Conferencia dio instrucciones a la Comisión de Aplicación de Normas para que celebrara una reunión anual de carácter especial a fin de determinar si Myanmar cumplía sus obligaciones y hasta qué punto lo hacía³⁷. Varios contactos y acuerdos llevados a cabo durante los cuatro últimos años entre la OIT y el Gobierno de Myanmar han propiciado algunos cambios en la dirección deseada, aunque en la práctica falta todavía mucho para lograr un avance significativo hacia la erradicación del trabajo forzoso³⁸.

La eficacia del sistema de supervisión de la OIT descansa básicamente en una serie de medidas, algunas de las cuales logran un efecto acumulativo. El punto de partida radica, a tenor del artículo 408 del Tratado de Paz de Versalles, en las memorias que los Estados Miembros remiten anualmente sobre las medidas adoptadas para llevar a efecto los convenios que han ratificado. Las obligaciones más importantes al respecto, que se han ampliado en algunos casos, dimanar de los artículos 19, 22 y 35 de la Constitución. Después de las reformas introducidas en 1959, 1976, 1993 y 2000, las memorias sobre los convenios

³⁶ Véanse Birk (1991), pág. 361; Birk (2000), vol. I, 2000, párrafo 17, nota al margen 63; y Nicolas Valticos: «Porvenir de las normas internacionales del trabajo», *Revista Internacional del Trabajo* (Ginebra), vol. 98, núm. 4, octubre/diciembre de 1979, págs. 445-464.

³⁷ Para más información sobre la evolución del caso, véase Brupbacher, *op. cit.*, págs. 60 y siguientes.

³⁸ CIT, 92.^a reunión, 2004, *Actas*, vol. II, tercera parte, págs. 3/1-3/65.

ratificados estipuladas en el artículo 22, que antes debían presentarse cada año, se someten hoy con frecuencia bienal para los convenios «prioritarios» y quinquenal para todos los demás³⁹.

La presencia en los informes de la Comisión de Expertos de comentarios sobre las memorias de los gobiernos depende de las evaluaciones realizadas por los propios expertos. Las solicitudes manifestadas por las asociaciones de empleadores y de trabajadores suelen constituir la base de estas evaluaciones y cuentan mucho para impulsar el estudio de la cuestión de que se trate.

Las conclusiones de la Comisión de Expertos, de la Comisión de la Conferencia⁴⁰ y del pleno de la Conferencia se consignan en sendos informes escritos que cualquiera puede consultar. Por tanto, la fiscalización pública y repetida del cumplimiento que cada Estado Miembro da a las normas de la OIT es lo que realmente ejerce una presión política y moral en los gobiernos señalados. La fuerza de esta presión depende, a su vez, del ascendiente que tenga la OIT en el país de que se trate y de cuán presente esté en la vida sociopolítica del mismo.

Junto con las medidas de supervisión regular y en varios niveles que hemos reseñado brevemente, existen también procedimientos especiales, como la posibilidad de que gozan las organizaciones de empleadores y de trabajadores de presentar una reclamación si consideran que un Estado no ha adoptado medidas para el cumplimiento satisfactorio de un convenio determinado (artículo 24 de la Constitución). El número de reclamaciones presentadas por este cauce ha aumentado considerablemente con los años, aunque cunde la impresión de que se está instrumentalizando esta posibilidad para ventilar en la tribuna internacional conflictos políticos de ámbito interno. Sobre este particular, y aduciendo algunos ejemplos de Alemania, Rolf Birk opina que cuando se afirma que el derecho sustantivo de un Estado no se ajusta a las normas de la OIT lo que se pretende, en realidad, es reforzar indirectamente, por conducto de la OIT, la presión que los sindicatos ejercen en el legislador nacional⁴¹.

Otro procedimiento especial estriba en la posibilidad de presentar quejas contra un Estado Miembro, aunque para ello sólo están legitimados los Estados Miembros que han ratificado el convenio de que se trate, los delegados en la Conferencia o bien el Consejo de Administración por decisión propia. Cuando se considera que una queja es admisible a trámite, se constituye una comisión de encuesta (artículo 26 de la Constitución). Este procedimiento de presentación de quejas es muy engorroso; no se hizo uso de él en absoluto durante los cuarenta prime-

³⁹ Wisskirchen y Hess, *op. cit.*, págs. 25 y siguientes.

⁴⁰ Véase después la parte relativa a la Comisión de Aplicación de Normas de la Conferencia.

⁴¹ Birk (1991), pág. 363.

ros años de existencia de la OIT, y sólo se ha aplicado rara vez a partir de entonces. La última vez ha sido en 2003-2004 contra Belarús⁴².

Si los problemas planteados se refieren a la libertad de asociación y a la libertad sindical, cabe deferir su tramitación a un órgano constituido expresamente para tratar estos asuntos: el Comité de Libertad Sindical⁴³.

Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones

Institución y mandato

La OIT constituyó la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones para encauzar el creciente caudal de información recibido en sus primeros años de vida a raíz de la obligación de los Estados Miembros de comunicar memorias en virtud del artículo 408 del Tratado de Paz de Versalles. A propuesta de una comisión constituida a tenor de esa misma disposición, la octava reunión de la Conferencia, celebrada en 1926, resolvió instituir la Comisión de Expertos, que empezó a funcionar con carácter probatorio.

En lo que respecta al cometido de este nuevo órgano, en el debate y la consiguiente resolución se dejó bien sentado que desempeñaría tareas meramente técnicas, pero no judiciales⁴⁴. La Comisión de Expertos tendría por mandato asesorar a la Conferencia y a sus comisiones «acerca de los hechos», mientras que correspondería a la Conferencia decidir acerca de su propia postura y de las medidas idóneas que resolviera adoptar o señalar⁴⁵. Por otra parte, se dispuso que «no tendrá facultades judiciales, ni será competente para dar interpretaciones de los convenios ni para resolver a favor de una interpretación respecto de otra»⁴⁶.

El mandato de la Comisión de Expertos, que el Consejo de Administración modificó por última vez en 1947⁴⁷, aparece en los primeros párrafos de todos sus informes: su función consiste en examinar las informaciones y memorias comunicadas por los Estados Miembros, en

⁴² Véase OIT: *Derechos sindicales en Belarús*. Informe de la Comisión de Encuesta instituida en virtud del artículo 26 de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo para examinar la observancia por parte del Gobierno de la República de Belarús de los Convenios sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948 (núm. 87), y sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, 1949 (núm. 98). Ginebra, 2004.

⁴³ Véase después el apartado relativo a la interpretación del Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948 (núm. 87).

⁴⁴ CIT, octava reunión, 1926, *First Record*, anexo V, pág. 395.

⁴⁵ *Ibíd.*, pág. 398.

⁴⁶ *Ibíd.*, pág. 405.

⁴⁷ La modificación fue sólo fruto de las enmiendas introducidas en la Constitución en 1946 para imponer nuevas obligaciones a los Estados Miembros en materia de comunicación de memorias e información. Esas memorias se sumaron a las que ya debía examinar la Comisión de Expertos.

cumplimiento de los artículos 19, 22 y 35 de la Constitución, sobre las medidas adoptadas por esos Estados en lo concerniente a los convenios y recomendaciones.

El Consejo de Administración sigue estableciendo algunas reglas sobre los métodos de trabajo de la Comisión de Expertos, en sintonía con la decisión inicial de la Conferencia a este respecto. No existen reglas procesales escritas ni reglamento aplicables a la Comisión, cuyo mandato primigenio sigue intacto, según manifestó expresamente el Consejo de Administración⁴⁸, que siempre ha velado por que se respete el mandato fijado por la Conferencia. Así, por ejemplo, en el segundo informe de la Comisión de Expertos, presentado en 1928, se sustituyó el título de la versión francesa que decía «critiques» («críticas») por el de «observations» («observaciones»)⁴⁹, término este que todavía se emplea hoy día. También la propia Comisión ha puesto de relieve de modo reiterado que su mandato se mantiene inalterado, y lo recalcó con firmeza en los comentarios que hizo con ocasión de su quincuagésimo aniversario⁵⁰.

Con todo, ha intentado desde entonces ampliar su ámbito de competencia en el sistema de supervisión a expensas de otros órganos, sobre todo de la Comisión de la Conferencia, donde el Grupo de los Empleadores critica a veces abiertamente las conclusiones de los expertos. Valga señalar a este respecto que, cuando los representantes gubernamentales disienten en la Comisión de la Conferencia de lo comentado por los expertos, lo hacen en términos diplomáticos. Por su parte, los delegados de los trabajadores encomian casi siempre sin reservas las observaciones de los expertos, a las que suelen atribuir un valor prácticamente sacrosanto. Ello no les impide sostener a veces posturas muy alejadas de las opiniones de los expertos, como ocurre, por ejemplo, cuando estos últimos no consideran que la legislación o la práctica de un país determinado vulnere gravemente un convenio, mientras que los trabajadores sostienen lo contrario.

En 1990 se planteó la cuestión de si las conclusiones de la Comisión de Expertos tenían carácter vinculante. El tenor del párrafo 1 del artículo 37 de la Constitución es terminante: es prácticamente indiscutible que la Corte Internacional de Justicia es la única institución competente para dar una interpretación vinculante de la Constitución y de los convenios de la OIT⁵¹. Las conclusiones e interpretaciones de los expertos no revisten,

⁴⁸ Véase *Actas*, 103.^a reunión del Consejo de Administración, 12-15 de diciembre de 1947, en donde se recuerda que la Comisión de Expertos prepara el terreno para facilitar el trabajo de la Comisión de la Conferencia.

⁴⁹ Wagner, *op. cit.*, pág. 65.

⁵⁰ CIT, 63.^a reunión, 1977, Informe III (parte 4A), párrafo 29.

⁵¹ A excepción de un caso registrado en 1932, nunca se ha incoado ante la Corte Internacional de Justicia este procedimiento complejo, dilatado y oneroso. Véase también Brupbacher, *op. cit.*, pág. 95.

por tanto, carácter obligatorio⁵². Sorprende, sin embargo, que en su informe de 1990 la Comisión dijera que sus interpretaciones eran vinculantes siempre que la Corte no las contradijese⁵³. Esta tesis suscitó un acalorado debate, no exento de reprobaciones, en la reunión de la Conferencia de junio de 1990. En su informe del año siguiente, los expertos matizaron su propia tesis y llegaron a la conclusión, que siguen manteniendo actualmente, de que las opiniones de la Comisión de Expertos no pueden considerarse como dictámenes obligatorios, de que sus apreciaciones no tienen efectos *erga omnes*⁵⁴ y de que el hecho de que los miembros empleadores de la Comisión de la Conferencia se reserven el derecho a contradecir las opiniones de la Comisión de Expertos no es incompatible con los enunciados de esta Comisión⁵⁵. Incluso a tenor del razonamiento de la Comisión de Expertos, la Comisión de la Conferencia en su conjunto debe tener el más absoluto derecho a discrepar⁵⁶.

Posteriormente ha habido algunas iniciativas audaces que podrían interpretarse como tentativas de la Comisión de Expertos de ampliar su mandato, cuando menos de hecho. En un estudio general referente al Convenio sobre la protección del salario, 1949 (núm. 95), sometido a la reunión de la Conferencia en 2003 (que fue elaborado con las memorias remitidas por los Estados Miembros en virtud del párrafo 5, apartado e), del artículo 19, y del artículo 22 de la Constitución), la Comisión atribuyó a dicho instrumento la consideración de «fundamental»⁵⁷.

El hecho de clasificar un convenio en la categoría de los instrumentos fundamentales o prioritarios, o bien de atribuirle otras cualidades, aumenta la frecuencia con que los Estados Miembros deben informar sobre su puesta en práctica. Ello suele alentar polémicas en el seno del Consejo de Administración de la OIT, que es el órgano competente para resolver al respecto y que hasta ahora no ha atribuido al Convenio núm. 95 la categoría de fundamental o prioritario.

La Comisión de Expertos también se excedió en el ejercicio de sus atribuciones cuando, en el mismo estudio general, instó a los Estados Miembros que no habían ratificado el citado Convenio núm. 95 a que se

⁵² Birk (2000), nota al margen núm. 63; R. Birk, H. Konzen, M. Löwisch, T. Raiser y H. Seiter: *Gesetz zur Regelung kollektiver Arbeitskonflikte*, Tubinga, 1988, págs. 28 y siguientes; Markus Heintzen: «Die Neuregelung des § 116 AFG und das internationale Recht», en *Der Betrieb* (DB), 1987, pág. 483; M. Löwisch y V. Rieble: *Arbeitsrecht* (AR)-Blattei, vol. 17: *Schlichtung und Arbeitskampf*, pág. 62; M. Martinek: «Verfassung und Arbeitsweise der IAO in Bewegung», en *Festschrift für Gerhard Schnoor*, 1988, pág. 156.

⁵³ CIT, 77.^a reunión, 1990, Informe III (parte 1 A), párrafo 7.

⁵⁴ *Erga omnes* significa que se trata de una obligación vinculante para todos.

⁵⁵ CIT, 78.^a reunión, 1991, Informe III (parte 1 A), párrafos 11-13.

⁵⁶ Respecto a la relación entre la Comisión de la Conferencia y la Comisión de Expertos, véase más adelante la parte relativa a la Comisión de la Conferencia.

⁵⁷ *Protección del salario. Normas y salvaguardias relativas al pago de la remuneración de los trabajadores*. Estudio general de las memorias relativas al Convenio (núm. 95) y a la Recomendación (núm. 85) sobre la protección del salario, 1949, CIT, 91.^a reunión, 2003, Informe III (parte 1B), párrafo 511.

planteasen la posibilidad de hacerlo en un futuro inmediato⁵⁸. Este tipo de recomendaciones manifestadas en materia de ratificación suelen causar polémica en los órganos políticos como el Consejo de Administración, que en este caso concreto no había formulado recomendaciones tan radicales para que se ratificase el citado instrumento.

De cuando en cuando, la Comisión de Expertos reconsidera sus métodos de trabajo, al igual que cualquier otro órgano. Después de anunciar este ejercicio con dos años de antelación, en su informe a la reunión de la Conferencia del año 2003 indicó que había acordado «algunas modificaciones de importancia en relación con sus métodos de trabajo»; ahora bien, no detalló los cambios, sino sólo los objetivos. Al mismo tiempo, los expertos expresaron interés en «participar periódicamente en las misiones que se llevan a cabo en el terreno» con el fin declarado de «incrementar la visibilidad y la influencia de la Comisión»⁵⁹. Cabría preguntarse si los expertos pueden participar en las actividades prácticas de la Oficina Internacional del Trabajo por conducto de misiones sin que ello redunde en detrimento de la independencia, la imparcialidad y la objetividad con la que siempre han recalcado que actuaban. Además, la Comisión de Expertos parece tener ya suficiente influencia, en vista de su rango institucional y de las funciones consiguientes que desempeña.

También suscita dudas el que, en su informe general, los expertos no se limiten a examinar, sino que entren a evaluar muchas actividades de la Oficina y de sus diversos órganos, amén de la cooperación con otras organizaciones internacionales o regionales. Gran parte de esta información, que suele conformar el grueso de su informe general, resultaría más interesante si se presentase en un mensaje de la Oficina o del Director General, pues poco tiene que ver con las obligaciones de la Comisión, consistentes en examinar las memorias de los Estados Miembros para determinar si éstos han adoptado las medidas necesarias para cumplir los convenios que han ratificado y valorar el alcance de las mismas. Lo más probable es que esta manera de proceder termine sembrando confusión en el mandato de la Comisión y que ello ponga en peligro su independencia. Por tanto, no se puede sino celebrar el cambio de rumbo iniciado en 2004: en el informe que presentó a la 92.^a reunión de la Conferencia, la Comisión de Expertos ya dio un gran paso para alejarse de tan indeseable tendencia, pues se abstuvo de hacer valoraciones acerca de la política de elaboración de normas, de las ratificaciones y de las denuncias, como tenía por costumbre desde hacía varios decenios. Esta información se recoge ahora en un nuevo volumen preparado por la Oficina, en el que también convendría incluir los comentarios relativos a la cooperación de la misma con otras organizaciones internacionales o regionales. En efecto,

⁵⁸ *Ibíd.*

⁵⁹ CIT, 91.^a reunión, 2003, Informe III (parte 1 A), párrafo 8; véase también la nota 57.

la Comisión de Expertos participa, por ejemplo, en el análisis de los sistemas normativos europeos, aunque esta actividad no guarda la menor relación con el mandato que la Conferencia le atribuyera en 1926, que se limita al examen de las memorias de los Miembros relativas a la puesta en práctica de las normas de la OIT; en este caso concreto, la Comisión actúa en nombre de instituciones europeas en virtud de un acuerdo administrativo concertado entre la OIT y estas últimas. La información al respecto no tiene cabida en el informe de la Comisión, como tampoco la tienen los comentarios generales sobre la interpretación genérica de las normas presentados bajo el epígrafe «Hechos destacados y grandes tendencias en lo que respecta a la aplicación de las normas internacionales del trabajo en ciertos ámbitos», por no atenerse a las características de un estudio general elaborado en cumplimiento del párrafo 5, apartado e), del artículo 19 de la Constitución. Finalmente, valga observar que el título atribuido a los dos volúmenes, *Aplicación de las normas internacionales del trabajo, 2004 (I) y (II)*, es tan desafortunado como el símbolo de la balanza que orna su portada, pues hace pensar, equivocadamente, que se trata de una publicación dimanante de un órgano judicial.

Métodos de trabajo y de interpretación

La Comisión de Expertos y la Comisión de la Conferencia deben analizar las medidas adoptadas por los Estados Miembros a fin de llevar a efecto los convenios que han ratificado. Para ello deben verificar el tema sobre el que versa el convenio y la manera en que éste lo reglamenta; a veces también puede resultar necesario que interpreten algunas de sus disposiciones⁶⁰.

Al principio de los informes anuales, los expertos insisten desde hace mucho tiempo en que su labor viene presidida por los principios de objetividad, imparcialidad e independencia⁶¹. Hubo, sin embargo, una época en que, indudablemente, algunos miembros de la Comisión no eran tan independientes como lo exigía su mandato, a causa del clima político general o, más concretamente, del conflicto Este-Oeste. Éste se manifestaba con mayor o menor frecuencia en «opiniones discrepantes» sobre los principios básicos que sustentaban algunos convenios especialmente importantes, en particular el Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948 (núm. 87), el Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, 1949 (núm. 98), el Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958 (núm. 111), así como los Convenios sobre el trabajo forzoso, 1930 (núm. 29), y sobre la abolición del trabajo forzoso, 1957 (núm. 105). La Comisión de Expertos salió quizá un tanto afectada de este período, y acaso este tipo de experiencias explique la presencia de la frase, repetida en sus informes

⁶⁰ Wagner, *op. cit.*, págs. 204 y 205.

⁶¹ Véase, por ejemplo, CIT, 91.^a reunión, 2003, Informe III (parte 1A), párrafo 8.

desde hace muchos años y de forma casi dogmática, que dice: «Las decisiones relativas a los comentarios son adoptadas por consenso»⁶². Pero es bastante inhabitual y, desde luego, cada vez más excepcional que los veinte eximios juristas presentes logren siempre un consenso, y cuando lo alcanzan probablemente sea por la manera en que la Comisión ha decidido organizar sus labores. La Comisión se ciñe al principio según el cual cada uno de sus miembros es responsable de determinados temas, de forma que cada uno prepara un «proyecto de conclusiones» escrito con la ayuda de un especialista de la Oficina. Este texto, del que el único responsable es el miembro respectivo, es aprobado después por el pleno de la Comisión⁶³, y el procedimiento desemboca por lo general, y de modo casi automático, en la adopción de la totalidad del informe por unanimidad.

Otro factor que debe tenerse presente es que en 2003 el informe de la Comisión de Expertos, que constó de 854 páginas, se elaboró con más de mil quinientas memorias remitidas por los Estados Miembros⁶⁴ y expuso comentarios de fondo sobre casi setecientos casos individuales⁶⁵. Y el informe anual podría ser considerablemente más largo, porque se envían solicitudes directas sobre muchas memorias nacionales de contenido vago o incompleto que no se publican en el mismo; en 2003, por ejemplo, se enviaron más de mil doscientas solicitudes de este tipo⁶⁶. La Comisión de Expertos dispone cada año de dos semanas de reunión en Ginebra para hacer su trabajo. Desde 1999, los expertos dedican medio día a deliberar con los portavoces de los empleadores y de los trabajadores de la Comisión de la Conferencia. Todas estas cifras dan una idea del volumen y la intensidad de la labor preparatoria que debe realizar la Oficina, y cuya responsabilidad recae esencialmente en los mismos funcionarios que desempeñan tareas preparatorias de otros procedimientos de control, las cuales no deben subestimarse.

Como es lógico, la Comisión de Expertos rara vez se pronuncia sobre cuestiones de método⁶⁷. En vista de que los convenios son tratados internacionales⁶⁸, las disposiciones que rigen las dudas de interpretación son el artículo 31 (Regla general de interpretación) y, en algunos supuestos, el artículo 32 (Medios de interpretación complementarios) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 1969⁶⁹. En virtud

⁶² *Ibid.*, párrafo 102.

⁶³ CIT, 73.^a reunión, 1987, Informe III (parte 1 A), párrafo 43.

⁶⁴ CIT, 91.^a reunión, 2003, Informe III (parte 1 A), anexo II, págs. 795-808.

⁶⁵ CIT, 91.^a reunión, 2003, *Actas*, vol. II, pág. 24/2, párrafo 8.

⁶⁶ *Ibid.*

⁶⁷ Sin embargo, hay una excepción en el informe de la Comisión de Expertos a la 78.^a reunión de la CIT, de 1991, en cuyo párrafo 13 se manifiesta: «sin embargo, la Comisión tiene siempre presente el conjunto de los métodos de interpretación de los tratados».

⁶⁸ Véase *supra* el apartado relativo a las enmiendas a la Constitución de la OIT.

⁶⁹ Naciones Unidas, documento A/CONF.39/27 (1969), Viena, 23 de mayo de 1969 [puede consultarse en la dirección <<http://www.derechos.org/nizkos/ley/viena.html>>].

del artículo 31, el texto de un tratado reviste una importancia capital, al igual que todo acuerdo celebrado con motivo del mismo y cualquier otra práctica seguida ulteriormente por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del articulado. De conformidad con el artículo 32, se podrá acudir a los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración para confirmar el sentido resultante de la aplicación del artículo 31. No hay ninguna discrepancia fundamental en cuanto a que los convenios de la OIT deben ser interpretados con arreglo a la Convención de 1969⁷⁰. La prohibición de la retroactividad, prevista en el artículo 4, no impide la aplicación de la propia Convención de Viena, ya que de esa prohibición quedan eximidas expresamente las reglas de aplicación a los tratados en virtud del derecho internacional. Esas reglas comprenden las disposiciones y los medios de interpretación antedichos, tal como vienen codificados en el derecho internacional consuetudinario⁷¹. Además, como la Constitución de la OIT (artículo 37) no prevé reglas de interpretación, sino tan sólo cuál es la instancia competente para resolver en la materia, no plantea ningún obstáculo el artículo 5 de la Convención de Viena, según el cual prevalecen las eventuales normas de interpretación fijadas por la organización internacional de que se trate. Algunos órganos rectores de la OIT, entre ellos la Conferencia, que es el órgano supremo, se han pronunciado ya en favor de la aplicación de la Convención de Viena. Los expertos se remitieron expresamente dos veces a las normas de interpretación de la misma en un estudio general acerca del Convenio sobre la marina mercante (normas mínimas), 1976 (núm. 147)⁷², que es uno de los instrumentos más interesantes desde el punto de vista jurídico. La Comisión de Reglamento y de Aplicación de Convenios y Recomendaciones del Consejo de Administración abundó en el mismo sentido⁷³.

Finalmente, con motivo de la confirmación de la Convención de Viena de 1986 sobre el Derecho de los Tratados entre los Estados y las Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales (que las Naciones Unidas ya había ratificado), la propia Conferencia Internacional del Trabajo manifestó en el año 2000 que la Convención

⁷⁰ Véanse Markus Heintzen y S. Eilers: *Die Völkerrechtskonformität der geplanten Änderung des Neutralitätsparagraphen des AFG*, DB, 1986, pág. 271 (273); M. Heintzen: *Die Nuregelung des § 116 AFG und das internationale Recht*, DB, 1987, pág. 482 (483); Birk (2000), párrafo 17, nota al margen núm. 49, con una limitación que todavía debe ser examinada; Wisskirchen, *op. cit.*, págs. 70 y siguientes; y Wagner, *op. cit.*, pág. 206.

⁷¹ Véanse Heintzen y Eilers, *op. cit.*, pág. 272, nota al pie de página núm. 20; Heintzen, *op. cit.*, pág. 483, nota al pie de página núm. 16; Ralf Günter Wetzel y Dietrich Rauschning: *Viena Convention on the Law of Treaties*, 1978, págs. 253 y siguientes; y Wolfram Kart: *Vertrag und spätere Praxis im Völkerrecht*, 1993, págs. 353 y siguientes.

⁷² CIT, 77.ª reunión, 1990, Informe III (parte 4B), párrafo 54, nota al pie de página núm. 7, y párrafo 244, nota al pie de página núm. 13.

⁷³ Documento GB 256/SC/2/2, mayo de 1993, párrafo 44.

de Viena de 1969 era el instrumento que debía aplicarse para interpretar los convenios de la OIT⁷⁴.

La Comisión de Aplicación de Normas de la Conferencia

Institución y mandato

La Comisión de Aplicación de Normas, al igual que la Comisión de Expertos, fue instituida en la octava reunión de la Conferencia, en 1926. Hunde sus raíces no tanto en una resolución de la misma como en el artículo 7 del propio Reglamento de la Conferencia⁷⁵. Sus obligaciones y características obedecen a su génesis. Es una de las pocas comisiones permanentes de la Conferencia (el órgano supremo de la OIT), por lo que forma parte integrante de la misma. Tiene un mandato claro y muy genérico de analizar las actuaciones y las memorias, y, en último término, debe informar por escrito en sesión plenaria. En la práctica, aunque el Reglamento de la Conferencia no lo especifique así, su informe se adopta después de haber sido debatido en la sesión plenaria.

Se han hecho a veces conjeturas un tanto nebulosas sobre la relación existente entre los dos órganos de supervisión, la Comisión de la Conferencia y la Comisión de Expertos. Así, por ejemplo, el Grupo de los Trabajadores de la primera señala a menudo que, aunque ambos órganos desempeñan funciones complementarias, o se completan entre sí, el deslinde de las respectivas atribuciones se presta todavía a discusión. De cuando en cuando se contrasta la labor de la Comisión de Expertos, que se supone es de índole estrictamente jurídica, con la labor presuntamente política de la Comisión de la Conferencia. Quizá se pretenda conferir así más autoridad a las observaciones y valoraciones no vinculantes de la Comisión de Expertos. En realidad, ambas comisiones tienen encomendada una labor casi idéntica. Sólo los criterios jurídicos permiten determinar si un Estado Miembro cumple las obligaciones dimanantes de la Constitución y de los convenios de la OIT que ha ratificado; a lo sumo, puede añadirse que también es posible, y a veces conveniente, tener en cuenta consideraciones políticas para averiguar el porqué de ese incumplimiento o de esa aplicación imperfecta. Además, según explicamos anteriormente, las decisiones relativas al nombramiento de las dos comisiones muestran con claridad que las conclusio-

⁷⁴ CIT, 88.^a reunión, 2000, *Actas*, vol. I, págs. 5/3 y 5/4, párrafos 7 y 11.

⁷⁵ El artículo 7 del Reglamento de la Conferencia tenía el siguiente tenor en 1926: «Comisión de Aplicación de Convenios y Recomendaciones: 1. La Conferencia constituirá, tan pronto como sea posible, una comisión encargada de examinar: a) las medidas adoptadas por los Miembros para dar efecto a las disposiciones de los convenios en que sean parte, así como las informaciones proporcionadas por los Miembros sobre el resultado de las inspecciones; b) las informaciones y memorias relativas a los convenios y a las recomendaciones, enviadas por los Miembros de conformidad con el artículo 19 de la Constitución; c) las medidas adoptadas por los Miembros de conformidad con el artículo 35 de la Constitución. 2. La Comisión presentará un informe a la Conferencia».

nes de la Comisión de Expertos no deberían prejuzgar en modo alguno las de la Comisión de la Conferencia. Sin embargo, debe entenderse que ambos órganos de control actúan en fases distintas. La Comisión de Expertos realiza una suerte de examen preliminar. Sus observaciones suelen constituir el punto de partida, que no siempre de desenlace, de las consultas que celebra después la Comisión de la Conferencia, a la que no vinculan; de lo contrario, resultaría superfluo, y un desperdicio de recursos, que ésta efectuase un segundo análisis del mismo caso. En realidad, la Comisión de la Conferencia recibe con frecuencia información adicional a la que constituye la base del informe de la Comisión de Expertos, información que esclarece los hechos o, en su caso, modifica en mayor o menor medida la constancia que de ellos se tenía. Según dijimos anteriormente, el pleno de la Conferencia no se limita a examinar todo el informe de la Comisión de Expertos y sus conclusiones sobre casos determinados, sino que procede a su adopción, de modo que las conclusiones de la Comisión de la Conferencia son aprobadas por el órgano legislativo supremo de la OIT⁷⁶.

En definitiva, respecto a la relación entre la Comisión de la Conferencia y la Comisión de Expertos, es un hecho reconocido que la primera, presente en todas las reuniones de la Conferencia, forma parte integrante del órgano supremo de la OIT. Sus declaraciones y conclusiones priman claramente sobre las observaciones del órgano «preparatorio». Si la Comisión de la Conferencia no refrenda expresamente los comentarios de la Comisión de Expertos, éstos no salen del proceso orgánico interno, por lo que carecen de trascendencia externa y de toda fuerza vinculante. Ahora bien, desde fuera la situación ofrece una perspectiva algo distinta: todos los años se da amplia difusión al informe de la Comisión de Expertos que aparece en una edición atractiva y de buena calidad; en cambio, el informe de la Comisión de la Conferencia se imprime en papel gris y reciclable, y suele terminar sumergido entre las miles de páginas, menos consultadas, en que se consignan las labores de la Conferencia.

Métodos de trabajo

Ninguna normativa procesal regula los múltiples detalles de los métodos de trabajo que aplica en la práctica la Comisión de la Conferencia.

⁷⁶ Todavía está por dilucidar si es necesario y aconsejable tomar medidas, y de qué alcance, para reforzar a la Comisión de la Conferencia frente a la Comisión de Expertos y a la Oficina. A estos efectos, Brupbacher (*op. cit.*, págs. 91 y siguientes) considera conveniente modificar una serie de normas de procedimiento a fin de facultar a la Comisión de la Conferencia a interpretar la mayoría de las cuestiones, a fin de que sus conclusiones cobren carácter vinculante (véase, en particular, *ibid.*, págs. 94 y siguientes). Con todo, algunas de sus propuestas limitarían – y, por tanto, debilitarían – el mandato de la Comisión de la Conferencia; nos referimos a la elaboración de una lista por el Consejo de Administración y a la idea de facultar a un representante de la Comisión de Expertos para someter un informe o formular una solicitud a la Comisión de la Conferencia. En cualquier caso, lo más probable es que estas medidas resulten imposibles de adoptar sin enmendar previamente el Reglamento de la Conferencia.

Todos los años, al inicio de su reunión, adopta algunas reglas generales de índole técnica para organizar su labor, si bien se guía en gran parte por el principio de la «práctica establecida»⁷⁷. Para quien se estrena en la Comisión, el procedimiento resulta un tanto desconcertante y no se vuelve comprensible hasta después de participar en varias reuniones. Mucha gente puede quedar también sorprendida por las dimensiones de la Comisión, que en los últimos años contó entre doscientos y doscientos cincuenta miembros de pleno derecho, además de un número sumamente elevado de suplentes, lo cual la convierte en la mayor comisión de la Conferencia. Hablamos de delegados de cien o ciento veinte gobiernos, de ochenta a cien representantes del Grupo de los Trabajadores y de veinticinco a treinta y cinco representantes del Grupo de los Empleadores.

La Comisión empieza su labor de fondo con una discusión general sobre las actividades normativas y sobre una nutrida gama de asuntos tratados en el informe general de la Comisión de Expertos. Por lo común se comprueba, con gran pesar, que muchos gobiernos no han cumplido debidamente sus obligaciones de información. Sólo un 20 o un 25 por ciento de las memorias se presenta con puntualidad, es decir, hasta el 1.º de septiembre de cada año. En el momento de la reunión de la Comisión de Expertos, a finales de noviembre, se han recibido alrededor de dos tercios de las memorias, aunque ésta sólo puede tramitar una pequeña parte. Por último, alrededor de siete de cada diez memorias han llegado cuando comienza la Conferencia, el primer martes de junio.

El sistema de supervisión de la OIT, tan encomiado, depende mucho del cumplimiento de esta obligación fundamental de enviar las preceptivas memorias en los plazos señalados. Cada prórroga de los plazos concedida en los últimos años ha supuesto un alivio tan sólo provisional. El próximo paso en esta serie de reformas, que debe proseguir, consistirá en conferir un carácter más sencillo y preciso al cuestionario que deben rellenar los gobiernos.

La segunda parte de la discusión general que se celebra en la Comisión de la Conferencia se dedica al «estudio general», que confecciona anualmente la Comisión de Expertos sobre uno o varios convenios a la luz de las memorias presentadas por los Estados Miembros en virtud del párrafo 5, apartado e), del artículo 19 de la Constitución. En este informe también se estudian las memorias de los Estados que no han ratificado los convenios en cuestión, los cuales explican los obstáculos que les impiden proceder a la ratificación. Este ejercicio puede ser indicativo de qué normas deberían ser enmendadas o derogadas porque ya son incongruentes con los imperativos del mundo del trabajo actual, pero rara vez aparecen análisis objetivos de este género en los estudios generales. A este respecto cabe traer a colación el estudio general de

⁷⁷ Son tantos los detalles que no podemos consignarlos cabalmente en el presente artículo. Para hacerse una idea general, véase Wisskirchen y Hess, *op. cit.*, págs. 31 y siguientes.

2001⁷⁸, relativo a varios convenios por los que se prohíbe el trabajo nocturno de las mujeres⁷⁹. La lista de denuncias de esos convenios es casi más larga que la de ratificaciones. La mayoría de los Estados miembros de la Unión Europea que ratificaron el Convenio núm. 89 lo denunciaron en 1991 o 1992 a raíz de una resolución del Tribunal de Justicia Europeo⁸⁰, según la cual la prohibición del trabajo nocturno de la mujer resulta incompatible con la Directiva de 1976 relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo⁸¹. El Convenio sobre el trabajo nocturno, 1990 (núm. 171), que no entraba oficialmente en el ámbito del estudio general, ha sido ratificado por nueve Estados en total. El Protocolo mediante el cual se enmendó el mismo año el Convenio núm. 89, de 1948, sólo ha conseguido tres ratificaciones.

Esta decisión unívoca no disuadió, sin embargo, a la Comisión de Expertos de intentar recabar, mediante su estudio general, apoyo para dichos instrumentos, que la inmensa mayoría de los Miembros de la OIT considera claramente inaceptables⁸². Esta reacción no denota verdaderamente un sentido de la realidad muy agudo, sin contar que la Comisión antedicha no es competente para formular este tipo de recomendaciones.

La mayor parte de la labor de la Comisión de la Conferencia consiste en estudiar casos individuales. El incumplimiento de las obligaciones de presentar las preceptivas memorias y de facilitar información se examina con bastante brevedad cuando se trata de los casos denominados «automáticos». Los debates se centran más bien en la cuestión sustancial de si los Estados Miembros han cumplido en el ámbito nacional las obligaciones dimanantes de los convenios que han ratificado, y hasta qué punto lo han hecho. Durante los primeros días de deliberaciones, la Comisión de la Conferencia selecciona unos veinticinco casos entre los varios cientos de observaciones individuales presentadas en el informe de la Comisión de Expertos, desglosadas por convenio y por Estado Miembro. Invita entonces a los representantes de los gobiernos respectivos a que respondan. En la mayoría de las observaciones se critican casos bastante graves de incumplimiento, ya sea en la legislación o en la práctica del Estado Miembro considerado, de las obligaciones establecidas en los convenios correspondientes.

⁷⁸ CIT, 89.^a reunión, Informe III (parte 1B).

⁷⁹ Convenio sobre el trabajo nocturno (mujeres), 1919 (núm. 4); Convenio (revisado) sobre el trabajo nocturno (mujeres), 1934 (núm. 41); Convenio (revisado) sobre el trabajo nocturno (mujeres), 1948 (núm. 89), y Protocolo de 1990 al Convenio sobre el trabajo nocturno (mujeres) (revisado), 1948.

⁸⁰ Tribunal de Justicia Europeo (TJE), 25 de julio de 1991, *Criminal proceedings against Alfred Stoeckel* (asunto C345/89).

⁸¹ Directiva 76/207/CEE.

⁸² CIT, 89.^a reunión, 2001, Informe III (parte 1B), párrafo 202.

No existen procedimientos del todo satisfactorios para confeccionar la lista de los gobiernos a los que se debe invitar a contestar. La lista presentada suele fundamentarse en una serie de consideraciones generalmente admisibles, entre ellas el principio de la distribución geográfica equitativa, que es habitual en las organizaciones internacionales. Ahora bien, la aplicación de un criterio tan general puede dar como resultado muchas listas diferentes que serán más o menos arbitrarias. No existen tampoco criterios de referencia objetivos y acreditados para determinar cabalmente la gravedad del incumplimiento de una norma. Los gobiernos que critican con insistencia la práctica antigua no han sido capaces de proponer a la Comisión una solución de repuesto convincente. El método seguido en realidad es que las principales entidades sindicales de ámbito internacional – la Confederación Internacional de Organizaciones Sindicales Libres y la Confederación Mundial del Trabajo – empiezan con meses de antelación a acordar un proyecto de lista, y luego lo comunican al Grupo de los Empleadores en la Comisión de la Conferencia. Una vez que ambos grupos se han puesto de acuerdo, la lista se presenta y se aprueba en una sesión plenaria de la Comisión. En lo futuro convendría cuidar más de que la lista incluya la mayor gama posible de convenios particularmente importantes para la industria y el mundo del trabajo en el día de hoy.

La mayoría de los casos examinados en la Comisión de la Conferencia tocan problemas de cumplimiento de los ocho convenios fundamentales, es decir, los dos relativos a la libertad de asociación y sindicación y a la negociación colectiva, los dos que disponen la prohibición y abolición del trabajo forzoso, los dos que prohíben la discriminación y fomentan la igualdad, y los dos por los que se veda el trabajo de los niños. El examen de cada caso se inicia con una exposición que realiza el delegado del Estado Miembro en cuestión, que suele estar representado cada vez más a menudo por el ministro competente o por su embajador. Intervienen seguidamente los portavoces del grupo empleador y del grupo trabajador, tras de lo cual se abre un debate general que puede durar varias horas. El representante gubernamental y los portavoces citados vuelven a tomar la palabra al final. Por último, el presidente de la Comisión presenta un proyecto de conclusiones. En los casos complejos (que no son una excepción) son el presidente y los vicepresidentes (los portavoces de uno y otro grupo) quienes redactan conjuntamente las conclusiones, sobre las que la Comisión resuelve después.

En las conclusiones figuran los comentarios de la Comisión sobre las deficiencias y los avances o retrocesos llamativos que presenta el caso respecto de los exámenes anteriores del mismo y, sobre todo, llamamientos para que se hagan los cambios necesarios en la legislación y la práctica. La Comisión suele recomendar que el gobierno interesado recabe el asesoramiento general o la asistencia técnica de la Oficina, o bien que pida una misión de contactos directos, fórmula esta que re-

quiere el consentimiento previo del país en cuestión. En algunas ocasiones, la Comisión ha abogado en sus conclusiones por la conveniencia de revisar algún convenio determinado, como sucedió con el Convenio sobre el seguro de vejez (industria, etc.), 1933 (núm. 35)⁸³.

Si un país ha incumplido un convenio de manera grave y reiterada, la Comisión presenta sus conclusiones en un párrafo especial de su informe general a la Conferencia; el hecho de mencionar el incumplimiento continuo por parte de un Estado Miembro de las obligaciones derivadas de un convenio que ha ratificado puede imprimir más fuerza a las críticas formuladas por la Comisión.

Problemas de interpretación de las normas, sobre todo del Convenio núm. 87

La Comisión de Expertos y la Comisión de la Conferencia, que son los dos órganos principales encargados de supervisar el cumplimiento de las normas, llegan por lo general a unas conclusiones idénticas o muy parecidas. Las divergencias de opinión ocasionales son algo que debe tolerarse, especialmente considerando que ninguno de los dos órganos adopta decisiones definitivas ni obligatorias (párrafo 1 del artículo 37 de la Constitución). La pretensión que la Comisión de Expertos formuló en 1990, según la cual estaba facultada para dar interpretaciones vinculantes hasta tanto la Corte Internacional de Justicia resolviese sobre el mismo particular, se desechó de inmediato, y en 1991 dicha Comisión respaldó la opinión expresada por el Grupo de los Empleadores en las conclusiones de la Comisión de la Conferencia⁸⁴.

Los expertos no han vuelto a manifestarse respecto al conflicto que suscita desde hace tiempo la interpretación del Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948 (núm. 87), en lo relativo al derecho de huelga. Sostienen que este derecho se funda en el artículo 3 del Convenio núm. 87, según el cual «las organizaciones de trabajadores y de empleadores tienen el derecho [...] de organizar su administración y sus actividades y el de formular su programa de acción», y en el artículo 10 del mismo instrumento, que dice así: «En el presente Convenio, el término ‘organización’ significa toda organización de trabajadores o de empleadores que tenga por objeto fomentar y defender los intereses de los trabajadores o de los empleadores»⁸⁵. Además de las conclusiones de orden general, los expertos analizan cada año varios casos individuales acerca de disposiciones nacionales de carácter específico que

⁸³ CIT, 82.^a reunión, 1995, *Actas*, pág. 24/75.

⁸⁴ Véase *supra*, el apartado relativo a la institución y el mandato de la Comisión de Expertos y, en particular, las notas al pie de página núms. 51-55.

⁸⁵ Consúltense minuciosamente el último estudio general de la Comisión de Expertos sobre este asunto, que se presentó a la 81.^a reunión de la CIT, en 1994: Informe III (parte 4B), párrafos 136-179.

de alguna manera son aplicables a las huelgas y restringen hasta cierto punto el derecho correspondiente. La Comisión de Expertos también analiza muchas situaciones o hechos que desembocan con regularidad en restricciones efectivas del derecho de huelga cuando se dan determinadas circunstancias. En alrededor de un 90 a un 98 por ciento de todos estos casos, los expertos concluyen que esas restricciones, ya sean de hecho o de derecho, no están en conformidad con lo dispuesto en el Convenio núm. 87. Así han elaborado un cuerpo normativo completo y minuciosamente detallado en el que se atribuye al derecho de huelga una trascendencia considerable y libre de restricciones⁸⁶. Se considera que las restricciones ocasionales, teóricas, no tienen apenas aplicación a las situaciones reales examinadas. Sin embargo, no cabe invocar el Convenio núm. 87 para tutelar el derecho de huelga, sobre todo si nos atenemos, aunque sea de manera acomodaticia, a los principios de interpretación del derecho internacional previstos en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que son los que rigen en este asunto concreto⁸⁷.

Según admiten los propios expertos, la huelga no se menciona expresamente ni en el Convenio núm. 87, ni en el preámbulo de la Constitución de la OIT, ni en la Declaración de Filadelfia. Además, ni la letra de los párrafos 1 y 2 del artículo 31 de la referida Convención de Viena, ni ningún instrumento de los mencionados allí a efectos de interpretación avalan la existencia de un entendimiento en ese sentido entre las partes en el Convenio núm. 87. Tampoco consta en la aplicación del mismo la menor práctica que demuestre la existencia de un acuerdo entre las partes contratantes para interpretar que el susodicho Convenio ampara el derecho de huelga (este posible «acuerdo ulterior» está previsto en el párrafo 3 del mismo artículo de la citada Convención de Viena). Los informes de los expertos han venido corroborando desde hace decenios que no existe tal acuerdo entre los Estados Miembros. No se puede negar, sin embargo, que las cuestiones de libertad sindical y, principalmente, las huelgas ocupan un número desproporcionado de páginas del informe. Las situaciones que fundamentan esa parte del informe evidencian con claridad que casi ningún ámbito de la política sociolaboral merece en los Estados Miembros tan nutrida gama de normas y prácticas como el derecho relativo a las medidas de fuerza en los conflictos colectivos⁸⁸. Lo más probable es que la concepción tan ideal y detallada que tienen los expertos sobre el particular no se encuentre en ningún lugar ni en las normas ni en la práctica de los conflictos co-

⁸⁶ En el último estudio general relativo al tema se dedican cuarenta y cuatro párrafos a la huelga. En su informe de 1959, los expertos se refirieron a la posibilidad de recurrir a la huelga en tan sólo un párrafo: Conferencia Internacional del Trabajo, 43.^a reunión, 1959, Informe III (parte IV), parte 3, párrafo 68.

⁸⁷ Véase *supra* el apartado relativo a los métodos de trabajo y de interpretación de la Comisión de Expertos.

⁸⁸ CIT, 81.^a reunión, 1994, Informe III (parte 4B), párrafo 144.

lectivos. No cabe pues suponer que haya llegado a desarrollarse un derecho consuetudinario acerca de una concepción específica del derecho de huelga⁸⁹.

Por tanto, la interpretación con arreglo al artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados nos lleva a deducir que el Convenio núm. 87 no regula el derecho de huelga. Esta conclusión viene perfectamente confirmada por la labor preparatoria y las circunstancias de su concertación, de conformidad con el artículo 32 de la misma Convención. En su último estudio general dedicado a este tema (mencionado anteriormente), los expertos destacaron con acierto que, si bien el derecho de huelga se había mencionado en varias ocasiones en la labor preparatoria del Convenio núm. 87, no llegó a presentarse expresamente la menor propuesta en ese sentido durante las deliberaciones celebradas en varias reuniones de la Conferencia⁹⁰. Los comentarios que los expertos formularon sobre la génesis del Convenio son, por decirlo con diplomacia, incompletos, porque en el informe preparatorio que la Oficina elaboró sobre el proyecto de convenio relativo a la libertad sindical se excluyó expresamente toda reglamentación del derecho de huelga después de analizarse las respuestas de los gobiernos:

Varios gobiernos, al dar su asentimiento a la fórmula de que se trata, han subrayado sin embargo, al parecer con razón, que el proyecto de convenio no trata más que de la libertad de asociación y no del derecho de huelga, problema que será examinado a propósito del punto VIII (Conciliación y arbitraje) del orden del día de la Conferencia. En tal virtud, se ha juzgado preferible no hacer figurar una disposición en este sentido en el proyecto de convenio sobre la libertad de asociación⁹¹.

Esta postura se ratificó durante los debates celebrados en sesión plenaria el mismo año 1948: «El Presidente de la Comisión declaró a este propósito que el Convenio no pretende ser una reglamentación integral del derecho sindical, sino que se limita a enunciar en un texto sucinto ciertos principios fundamentales»⁹².

Cuando el año siguiente se adoptó el Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, 1949 (núm. 98), se volvió a examinar el tema expresamente. Durante los debates que siguieron, dos delegados de los trabajadores y uno gubernamental propusieron en vano que el ejercicio del derecho de huelga quedase garantizado en este instrumento, pues ambas propuestas fueron rechazadas. En las *Actas* se apuntó: «El Presidente consideró inaceptable esta enmienda, aduciendo que la cuestión del derecho de huelga no estaba prevista en el proyecto de texto,

⁸⁹ Bernd von Maydell dejó esta cuestión abierta a debate en «The concept of political strikes in Germany and in international labour law», en J.R. Bellace y M.G. Roods (directores): *Labour law at the Crossroads: Changing Employment Relationships. Studies in honour of Benjamin Aaron* (La Haya, Kluwer Law International, 1997), pág. 117.

⁹⁰ CIT, 81.ª reunión, 1994, Informe III (parte 4B), párrafo 142.

⁹¹ CIT, 31.ª reunión, 1948, Informe VII, pág. 91.

⁹² CIT, 31.ª reunión, 1948, *Actas de las Sesiones*, apéndice X, pág. 460.

y, por lo tanto, su examen debería aplazarse hasta el momento en que la Conferencia abordase el quinto punto del orden del día, que se refería, entre otras cosas, a la conciliación y el arbitraje»⁹³. Como es sabido, en el párrafo 4 de la Recomendación sobre la conciliación y el arbitraje voluntarios, 1951 (núm. 92), se mencionan las huelgas y los cierres patronales en términos neutros, sin pretensión normativa alguna.

Por último, los expertos hicieron alusión muy vagamente al hecho de que en otros instrumentos internacionales se mencionaban las huelgas⁹⁴. Sin embargo, la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 no resulta aplicable; aunque proclama ciertamente muchos derechos fundamentales en términos generales, lo hace mediante recomendaciones que, por definición, no son de obligado cumplimiento⁹⁵. Más pertinentes resultan, en cambio, el párrafo 1 del artículo 22 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁹⁶, y el párrafo 1, apartado *d*), del artículo 8 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁹⁷. Durante varios años se celebraron negociaciones con el propósito de convenir en un solo Pacto de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Se rechazó, entonces, una moción por la que se proponía introducir el derecho de huelga junto al derecho de asociación. Después de dividirse el texto en los dos Pactos antes mencionados, se dio al artículo 8 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Políticos el tenor citado en la nota al pie de página núm. 97. Estas normas suelen tener, por regla general, un carácter menos vinculante que el de los convenios de la OIT, y el mecanismo de vigilancia de su ejecución es más débil que el utilizado para estos últimos⁹⁸. El Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, por decisión de 18 de julio de 1986⁹⁹ y apoyándose expresamente en las normas de interpretación de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, llegó a la conclusión de que el derecho de libertad de asociación enunciado en el artículo 22 antes citado no entrañaba automáticamente el derecho de huelga, que los autores del Pacto no tuvieron la intención de garantizar. Un estudio comparado del párrafo 1, apartado *d*), del artículo 8 confirmó que el derecho de huelga no podía considerarse implícito en el derecho de constituir sindicatos y de afiliar-

⁹³ CIT, 32.ª reunión, 1949, *Actas de las Sesiones*, pág. 451.

⁹⁴ CIT, 81.ª reunión, 1994, Informe III (parte 4B), párrafo 143.

⁹⁵ Brupbacher, *op. cit.*, pág. 10.

⁹⁶ *Derechos humanos. Recopilación de instrumentos internacionales, volumen I (primera parte)* (Nueva York y Ginebra, Naciones Unidas, 1944), pág. 29, artículo 22, párrafo 1: «Toda persona tiene derecho a asociarse libremente con otras, incluso el derecho a fundar sindicatos y afiliarse a ellos para la protección de sus intereses».

⁹⁷ *Ibid.*, pág. 11, artículo 8, párrafo 1: «Los Estados Parte en el Pacto se comprometen a garantizar: [...] *d*) el derecho de huelga, ejercido de conformidad con las leyes de cada país».

⁹⁸ Según Brupbacher, *op. cit.*, pág. 10.

⁹⁹ Asamblea General de las Naciones Unidas, 41.º período de sesiones, documento A/41/40/1986 (Nueva York, 1986).

se a ellos; en esta disposición, el derecho de huelga queda clara y expresamente subordinado a las leyes de cada país¹⁰⁰.

Durante las labores al respecto realizadas en el seno del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, los defensores de la tesis opuesta afirmaron que los órganos de la OIT habían concluido que, en virtud de los convenios de esta última, el derecho de huelga era presupuesto necesario del derecho de libertad de asociación. El citado Comité respondió que todo tratado internacional tenía vida propia y que su interpretación correspondía al órgano responsable de supervisar su cumplimiento, aunque a estas observaciones claras y precisas añadió que no tenía reparos en aceptar como correcta y justa la interpretación que de dichos tratados dieran los órganos competentes¹⁰¹. Después de las acertadas referencias del Comité de Derechos Humanos a la vida autónoma de los tratados internacionales y al hecho de que éstos deben ser interpretados por el órgano competente, el comentario anterior relativo a las normas de la OIT ha de entenderse como una declaración diplomática y acomodaticia, aunque carente de todo efecto vinculante, pues no es más que una frase incidental de un organismo que reconoce no ser competente para tratar este asunto¹⁰². Ello es tanto más cierto cuanto que, en virtud del artículo 37 de la Constitución, la Corte Internacional de Justicia es la única instancia competente para dar interpretaciones vinculantes de las normas de la OIT.

Según explicamos anteriormente, la Comisión de Expertos parte de la premisa de que existe un principio general del cual emana un derecho de huelga tan amplio que para limitarlo se requiere una justificación especial que, a su vez, debe interpretarse de manera restrictiva¹⁰³. Valga citar dos ejemplos a este respecto: la limitación del derecho de huelga por medio de los servicios «esenciales» sólo se considera permisible si la interrupción de dichos servicios puede poner en peligro la seguridad o la salud personal de toda la población o de parte de la misma. Se priva así al legislador nacional, con respecto a las consecuencias de las huelgas, del derecho a cumplir con su obligación más amplia de proteger a los ciudadanos y de asegurarles el bienestar en más aspectos que los estrictamente limitados a la vida y salud. Si bien la Comisión de Expertos considera de manera general que debe garantizarse el derecho de huelga en todas sus modalidades, cree que pueden exceptuarse las

¹⁰⁰ También Bernd von Maydell sostiene esta opinión en *loc. cit.*

¹⁰¹ A diferencia de Brupbacher, *op. cit.*, pág. 18, el Comité de Derechos Humanos no recomienda, por tanto, que se acepte la interpretación. Además, no resulta claro a qué órganos de la OIT se alude, especialmente considerando las profundas discrepancias que el derecho de huelga suscita entre la Comisión de Expertos y la Comisión de la Conferencia.

¹⁰² Esta declaración tiene la misma trascendencia que si el Tribunal Supremo de un país resolviera, en virtud de su legislación, la inexistencia del derecho de huelga en un ámbito determinado, pero añadiese que aceptaba la interpretación del Tribunal Supremo de otro Estado sujeto a otras normas jurídicas sobre el particular.

¹⁰³ CIT, 81.ª reunión, 1994, Informe III (parte 4B), párrafo 159.

huelgas puramente políticas, aunque este principio se vacía casi totalmente de contenido en sus conclusiones concretas sobre los casos que se le plantean. La Comisión de Expertos sostiene, en realidad, que siempre deberían ser legítimas las huelgas declaradas contra la política de un gobierno, incluso las que se declaran contra un proyecto de ley el mismo día que debe debatirse en el parlamento del país¹⁰⁴. Los expertos se abstienen de opinar acerca de unas huelgas de índole cuestionable dirigidas contra los parlamentos libremente elegidos en Estados donde rige el imperio de la ley.

En apoyo de su tesis, la Comisión de Expertos invoca de cuando en cuando declaraciones del Comité de Libertad Sindical. Este órgano, de carácter tripartito, fue instituido en 1951 por el Consejo de Administración de la OIT. Su mandato oficial coincide a grandes rasgos con el de la Comisión de Investigación y Conciliación en Materia de Libertad Sindical, que fue constituida en 1950 y está integrada por expertos independientes; como no puede actuar sin el consentimiento del gobierno interesado, no ha llegado a cobrar importancia real¹⁰⁵. Tiene por cometido cerciorarse de los hechos e intentar actuar de mediador y conciliador, y es innegable que también se ocupa de la libertad sindical en los Estados Miembros que no han ratificado los instrumentos pertinentes, a saber, los Convenios núms. 87 y 98. Ello explica que sus recomendaciones no puedan sentar «jurisprudencia» en cuanto criterio último de interpretación de los convenios. La labor del Comité de Libertad Sindical se fundamenta en el llamamiento dirigido en la Constitución de la OIT a que se reconozca el principio de la libertad de asociación y de sindicación¹⁰⁶. Además, sus miembros no suelen ser juristas y, sobre todo, no actúan en representación de ningún mandante de la OIT, sino a título personal.

Los empleadores protestaron sin ambigüedades en cuanto advirtieron las primeras aberraciones¹⁰⁷. Por razones evidentes, no plantearon ni esta cuestión ni otras muchas discrepancias surgidas durante el largo período de la Guerra Fría, pero las cosas cambiaron muy rápidamente después, a raíz del giro que dio la política mundial. El firmante de este artículo explicó repetidas veces en la Comisión de la Conferencia y en el pleno

¹⁰⁴ Nos referimos, por ejemplo, a las observaciones de los expertos acerca de las huelgas registradas en Alemania durante el debate parlamentario sobre la enmienda al artículo 116 de la Ley de Promoción del Empleo (AFG), en 1986. Los tribunales de lo social prohibieron entonces a los sindicatos convocar nuevas huelgas, y algunos empleadores amenazaron a los trabajadores con despedirlos si iban a la huelga (CIT, 73.^a reunión, 1987, Informe III (parte 1 A), págs. 155-157, y CIT, 76.^a reunión, 1989, Informe III (parte 1 A), págs. 135 y 136).

¹⁰⁵ Consejo de Administración, 110.^a reunión, 1950, *Actas*, apéndice VI, párrafo 4, y CIT, 33.^a reunión, 1950, *Actas de las Sesiones*, págs. 168 y 249.

¹⁰⁶ Ello no ha impedido al Comité expresarse sobre cientos de cuestiones detalladas relativas a la libertad sindical y el derecho de huelga, como lo demuestra la *Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*, cuya cuarta edición, publicada en 1996 y de carácter exhaustivo, tiene 268 páginas.

¹⁰⁷ Véanse las declaraciones del Sr. Waline, *Actas*, 121.^a reunión del Consejo de Administración, 3-6 de marzo de 1953, págs. 38, 39 y 45.

de la misma – y con sumo lujo de detalles en 1994 – la postura que los empleadores mantenían al respecto ¹⁰⁸. Se sugirió al propio tiempo que, tras una preparación cuidadosa, el tema se retirase de la zona gris de las interpretaciones no vinculantes *extra* o *contra legem*, y se sometiese oficialmente a debate ante el órgano legislativo de la OIT por antonomasia: el pleno de la Conferencia Internacional del Trabajo. La propuesta no ha tenido ningún eco hasta ahora. También es sorprendente que los expertos no hayan decidido nunca estudiar los muchos argumentos que se han aducido acerca de este asunto ante los órganos de la OIT y en escritos jurídicos. Parecen más bien empeñados en reiterar las observaciones manidas de sus informes y estudios generales anteriores, y en citarlas al pie de la letra como si fuesen ley escrita.

Balance de la situación

La OIT está inmersa en una transformación profunda, lo cual no resulta sorprendente, ya que, cuando menos en algunos ámbitos, parece haber consumido excesivo tesón y demasiados años en materializar unas ideas de finales del siglo XIX, en vez de adoptar las medidas internacionales innovadoras en el terreno de la política sociolaboral que son necesarias en la fase avanzada de la globalización a que ha llegado el planeta. Si la OIT se empeña en regular minuciosamente todas y cada una de las condiciones laborales concebibles, con la esperanza de garantizarles una validez eterna, no logrará una aceptación universal. Sería más bien conveniente que los instrumentos y su articulado fueran muy flexibles. La búsqueda de unas reglas y condiciones fundamentales que promuevan la creación de empleo y la competitividad de las empresas en vez de obstaculizarlas es hoy más urgente que nunca. A menos que se encuentren soluciones aceptables, la vía actual seguirá encerrando el riesgo de que las reglas no se cumplan en la práctica, como ocurre ya con muchas de las normas tradicionales de la OIT.

Si la OIT quiere cambiar de rumbo, no podrá hacer caso omiso del asunto del comercio internacional. Detrás de estas palabras clave, que no podemos entrar a examinar con detenimiento en este artículo, se ocultan las dificultades organizativas y de fondo que surgen al decidir si procede o no vincular los principios del comercio mundial libre y equitativo con el propósito de asegurar unas condiciones de trabajo mínimas apropiadas.

Hoy en día, ciento setenta y ocho Estados pertenecen a la OIT, pero es previsible que, a medida que se forman agrupaciones regionales, los Estados dejen de ser las únicas instituciones encargadas de fijar las normas y reglamentos en materia laboral y social, y que se vean obligados a

¹⁰⁸ CIT, 81.ª reunión, 1994, Informe de la Comisión de Aplicación de Normas, *Actas*, págs. 25/36-25/43, párrafos 115-134; CIT, 81.ª reunión, 1994, *Actas*, págs. 28/9-28/12.

someterse a un derecho supranacional, cediendo previamente una parte de la soberanía nacional. Este proceso modificará probablemente el modo tradicional de elaborar normas jurídicas por medio de tratados, es decir, el derecho convencional internacional que ha sido hasta la fecha el método de trabajo característico de la OIT.

La OIT debe explorar nuevos derroteros, cosa que ha empezado a hacer según se apuntó anteriormente. Deben elaborarse para ello nuevos instrumentos más concisos y actuales, a la vez que se hace mucho más hincapié en consolidar los servicios que presta. Este nuevo rumbo debe plasmarse también en las actividades de supervisión del cumplimiento de las normas. Los principios de carácter general, los derechos humanos fundamentales del ámbito sociolaboral y tales o cuales soluciones alcanzadas por consenso no pueden convertirse, por arte de interpretación, en un elenco de normas detalladas. Es más, buena parte del sistema de supervisión se convertirá en un mecanismo de seguimiento organizado con arreglo a otros criterios, aunque todos estos cambios tardarán en materializarse. También es necesario examinar si sería sensato y, en su caso, hasta qué punto que las disposiciones fundamentales dejaran de aplicarse solamente a los Estados Miembros, y lo fuesen también a nuevos destinatarios. Pese a todos estos cambios, no cabe duda de que, al seguir siendo insuficientes las medidas disciplinarias, es decir, las posibilidades coercitivas – como ocurre habitualmente en el derecho internacional –, mantener un diálogo franco y de buena fe revestirá tanta más importancia en el porvenir.