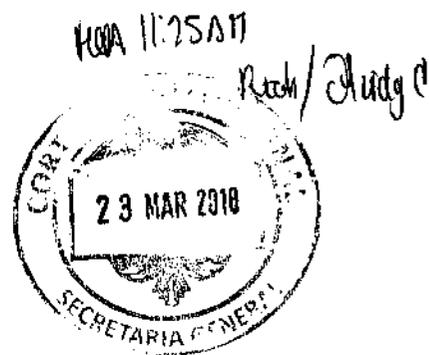


Bogotá, D.C., 23 de marzo de 2.018

Honorables Magistrados  
Corte Constitucional  
Ciudad

**Asunto:** Acción pública de inconstitucionalidad contra el "Plan de Acción de Colombia y Estados Unidos para derechos laborales" y el inciso segundo del artículo 200 de la Ley 599 de 2000 "por la cual se expide el Código Penal".

**Mauricio Pava Lugo**, ciudadano en ejercicio, identificado con la cédula de ciudadanía 75.074.185, me dirijo a ustedes de acuerdo con mi derecho político de interponer acciones públicas en defensa de la Constitución y de la ley (art. 40 CP), para presentar demanda de inconstitucionalidad contra el "Plan de Acción de Colombia y Estados Unidos para derechos laborales" y contra el inciso segundo del artículo 200 del Código Penal, por vulneración de los artículos 9º, 25, 29, 38, 53, 55, 150-16, 224, 226 y 241-10 de la Constitución Política.

## I. NORMAS DEMANDADAS

En esta demanda se impugnan las siguientes dos normas: (1) el "Plan de Acción de Colombia y Estados Unidos para derechos laborales" y (2) el inciso segundo del artículo 200 del Código Penal, que fue introducido al mismo en cumplimiento del Plan de Acción.

### 1. Transcripción del Plan de Acción

A continuación, se transmite el texto del Plan de Acción, tal como está publicado en la página web de la Presidencia de la República<sup>1</sup>:

#### Plan de acción de Colombia y Estados Unidos para derechos laborales

<sup>1</sup> <http://wsp.presidencia.gov.co/Sigep/Documentos/TLC/PlanAccionEspañol.pdf>

El Gobierno de Colombia ratifica su compromiso de proteger los derechos laborales internacionalmente reconocidos, prevenir la violencia contra sindicalistas, y castigar a los autores de estos actos violentos. En concordancia, el Gobierno de Colombia y el Gobierno de Estados Unidos acuerdan que las siguientes medidas se han adoptado o se adoptarán en los plazos indicados:

### I. Ministerio de Trabajo (hoy Ministerio de la Protección Social - MPS).

El Gobierno de Estados Unidos valora la creación de un Ministerio de Trabajo especializado, como el vehículo institucional apropiado para la implementación de una protección más amplia y efectiva de los derechos laborales. Esta decisión proporcionará la estructura para la movilización de recursos y el fortalecimiento de los programas de inspección.

El Gobierno colombiano dispondrá de partidas presupuestales para la contratación, por medio de concurso, de 480 nuevos inspectores de trabajo durante un período de cuatro años, incluyendo la contratación de al menos 100 nuevos inspectores del trabajo durante 2011. El Ministerio de Hacienda aprobará la reasignación presupuestal para financiar la contratación de los primeros 100 inspectores. Para el 22 de abril de 2011, el Ministerio de Protección Social expedirá el decreto que autoriza la contratación y capacitación de los inspectores y realizará la contratación y capacitación de estos inspectores antes del 15 de diciembre de 2011. El Gobierno de Colombia garantizará que la financiación para al menos 100 inspectores adicionales se incluya en el presupuesto del año 2012 a más tardar el 30 de mayo de 2011. Se prevé su aprobación final por el Congreso en octubre de 2011.

El Ministerio de Protección Social (MPS) mejorará el sistema de quejas y reclamos para que los ciudadanos puedan presentar denuncias, de forma anónima o directamente, en relación con trasgresiones de los derechos laborales. Este sistema mejorado incluirá una línea telefónica gratuita y una página de internet para el registro de quejas. El Ministerio llevará a cabo actividades de divulgación para promover la concientización de estos mecanismos de denuncia. El MPS dispondrá de la línea telefónica gratuita, y la página de internet a más tardar el 22 de abril de 2011, y empezará a divulgar el nuevo mecanismo de quejas, inmediatamente después de esa fecha.

El Gobierno de Colombia establecerá un plan para mejorar el sistema de conciliación y mecanismos alternos de solución de controversias del MPS en los 32 departamentos del país, mediante la asignación de recursos especializados a las oficinas regionales de MPS, capacitación de trabajadores y empleadores en



resolución de conflictos y realizará actividades de divulgación. El MPS preparará un plan de talleres para los inspectores de trabajo en conciliación y mecanismos alternativos de solución de conflictos a más tardar el 22 de abril de 2011. Los talleres comenzarán a más tardar el 15 de junio de 2011, y se habrá contemplado una fase inicial de formación para el 15 de diciembre de 2011. El MPS iniciará a más tardar el 15 de junio de 2011 la realización de actividades de divulgación para el público, empleadores y trabajadores, a través de programas de televisión y material impreso.

### Reforma al Código Penal

El Gobierno colombiano presentó al Congreso una reforma al Código Penal que establece sanciones penales para los empleadores que atenten contra el derecho de asociación sindical, reunión y el derecho de negociación colectiva. Esta reforma abarca prácticas que puedan lesionar los derechos fundamentales del trabajo. El nuevo artículo del Código Penal, castigará estas conductas con penas de hasta 5 años de prisión. El Gobierno de Colombia buscará la aprobación por el Congreso de la República antes del 15 de junio de 2011.

### Cooperativas de trabajo asociado

El Gobierno de Colombia ha presentado legislación para modificar la entrada en vigencia de la norma contenida en el artículo 63 de la ley de formalización y primer empleo de 2010, de manera que la mencionada norma entre en vigencia inmediatamente quede aprobada la ley del Plan Nacional de Desarrollo, en lugar del 1 de julio de 2013. El artículo 63 prohíbe el uso indebido de cooperativas o cualquier otra forma de relación que afecte derechos laborales, y establece multas significativas por su violación. El Gobierno de Colombia ha introducido esta modificación en el proyecto de la Ley del Plan de Desarrollo. De conformidad con los plazos establecidos por la Constitución, el Congreso de Colombia votará el proyecto de ley a más tardar a finales de mayo.

El MPS dedicará de manera exclusiva 100 de sus inspectores de trabajo para la atención de casos relacionados con cooperativas. El Decreto del MPS, mencionado en la sección I, autorizará la contratación de 100 nuevos inspectores para las direcciones regionales y señalará que 50 de los inspectores mencionados se dedicarán de manera exclusiva a la atención de casos relacionados con cooperativas. El MPS expedirá el Decreto para la contratación a más tardar el 22 de abril de 2011, y contratará y capacitará a estos inspectores a más tardar el 15





El MPS y la Superintendencia de Economía Solidaria, aplicarán estrictamente y harán cumplir los requisitos de autonomía y gestión propia de las cooperativas.

El MPS desarrollará y conducirá, a través de las Subcomisiones Departamentales de Concertación Laboral, entre otros mecanismos, un programa de divulgación para informar y asesorar a los trabajadores sobre:

- a. sus derechos bajo las leyes que rigen las cooperativas.
- b. los recursos y acciones legales disponibles para los trabajadores a través de los Tribunales, de reconocer la existencia de una relación laboral directa, especialmente cuando el inspector de trabajo del MPS los elementos que configuran esa relación y
- c. la existencia de sanciones penales a los empleadores que sean responsables de atentar contra el derecho a organizar y negociar colectivamente (una vez sean adoptadas las reformas al Código Penal por el Congreso).

Este programa empezará a más tardar el 15 de junio de 2011. La divulgación del programa será permanente y se financiará en su totalidad para el año 2012 y años siguientes. El MSP:

- a. compartirá con el Gobierno de Estados Unidos este plan de divulgación a más tardar el 22 de abril de 2011.
- b. trabajará con el Gobierno de los Estados Unidos para asegurar que los objetivos acordados sean tratados.
- c. Posteriormente pondrá en marcha el plan.

El Gobierno de Colombia presentará a las partes interesadas informes trimestrales sobre la observancia de estos resultados.

### **Empresas de Servicios Temporales**

El Gobierno de Colombia pondrá en práctica un régimen de cumplimiento para impedir que las empresas de servicios temporales sean usadas para vulnerar los derechos laborales. El régimen incluye acciones tendientes al mejoramiento del proceso de inspección, el diseño de un nuevo programa de capacitación para inspectores de trabajo y el diseño de bases de datos para identificar las regiones y sectores en los que ha habido abuso.



Adicionalmente, el régimen incluirá un mecanismo de supervisión y reporte por medio del cual todos los interesados podrán verificar el avance y cumplimiento de normas laborales. Como punto de partida en la creación de este mecanismo, el MSP realizará informes trimestrales a las partes interesadas que incluirán los resultados de las distintas medidas, como inspecciones preventivas, sanciones, multas, cancelación de las licencias y permisos y la lista de las agencias que se encuentren en transgresión. El primer informe se realizará a más tardar el 22 de abril de 2011.

El MPS:

- a. compartirá con el Gobierno de los Estados Unidos el borrador del plan de cumplimiento a más tardar el 22 de abril 2011.
- b. trabajará con el Gobierno de los Estados Unidos para asegurar que los objetivos acordados sean abordados.
- c. llevará a cabo una serie de inspecciones preventivas a más tardar para el 15 de junio del 2011.
- d. implementará el plan de cumplimiento en su totalidad a más tardar el 15 de diciembre de 2011.



### **Pactos Colectivos**

El Gobierno colombiano ha incluido en el proyecto de ley para modificar el código penal, un artículo que establece como delito con pena de prisión, la utilización de pactos colectivos para vulnerar el derecho de asociación sindical y negociación colectiva mediante el ofrecimiento de mejores condiciones a los trabajadores no sindicalizados en dichos pactos.

El MPS llevará a cabo campañas de divulgación para promover la concientización sobre el uso ilegal de pactos colectivos que vulneran el derecho a organizarse y negociar colectivamente. La campaña debe estar lista para el 15 de junio de 2011, fecha en la que se espera que la reforma al Código Penal sea aprobada. El Ministerio de Protección Social lanzará la campaña inmediatamente se adopte la reforma al Código Penal y continuará con ella durante 2011. El Gobierno colombiano dispondrá de recursos presupuestales adicionales para la campaña de divulgación en 2012.

El MPS implementará un sólido régimen de cumplimiento, incluyendo inspecciones preventivas, y la utilización de información proveniente de quejas anónimas, con el fin de detectar y perseguir violaciones. El Gobierno colombiano pondrá a disposición los informes trimestrales de la inspección preventiva con las partes interesadas.

El Gobierno colombiano buscará asistencia técnica de la OIT para monitorear el uso de los pactos colectivos en el marco de una solicitud de cooperación más amplia.

El Gobierno de Colombia desarrollará un plan y un cronograma para las campañas de divulgación, la implementación del régimen de cumplimiento y la solicitud de asistencia técnica a la OIT. Este será compartido con el Gobierno de los Estados Unidos el 22 de abril del 2011, y se trabajará conjuntamente para garantizar que los objetivos acordados sean abordados.

### **Servicios esenciales**

El MPS recopilará la doctrina, precedentes judiciales y jurisprudencia colombiana que han delimitado la definición de servicios esenciales. El MSP difundirá esta información así como las directrices pertinentes a los inspectores de trabajo, la rama judicial, los sindicatos y los empleadores, a más tardar el 22 de abril de 2011.



### **Organización Internacional del Trabajo**

El Gobierno de Colombia buscará cooperación, asesoramiento y asistencia técnica de la OIT en la aplicación de las medidas contempladas en este documento relacionadas con los derechos laborales. El gobierno trabajará con la OIT para fortalecer la presencia y ampliar la capacidad y la función de la organización en el país. Además, el gobierno colombiano solicitará la participación de la OIT para promover el proceso tripartito con el objetivo de garantizar la plena protección de los derechos laborales y el cumplimiento de las leyes laborales.

El Gobierno de Colombia consultará con la Comisión Tripartita antes del 15 de junio de 2011.

Los gobiernos de Estados Unidos y Colombia trabajarán conjuntamente para identificar los recursos necesarios y fuentes de financiación. El gobierno de Colombia presentará una solicitud formal a la OIT en relación con las actividades arriba descritas a más tardar el 15 de septiembre de 2011.

## Programa de Protección

A más tardar el 22 de abril de 2011 el Ministerio del Interior y Justicia emitirá una resolución ampliando el alcance de la cobertura del Programa de Protección, con el fin de incluir: i. activistas sindicales, ii. personas con la expectativa seria y real de asociarse como sindicato, y iii personas que han dejado de ser sindicalistas o que están bajo amenaza debido a sus actividades anteriores. El Ministerio consultará con las organizaciones sindicales pertinentes para verificar la situación de estas personas.

El Gobierno de Colombia garantizará el presupuesto adicional necesario para costear la expansión del Programa de Protección. El Gobierno de Colombia inicialmente aumentará los fondos del año fiscal 2011 mediante la adición presupuestal de 12 billones de pesos (aproximadamente \$6 millones de dólares), un aumento superior al 50% del nivel de financiación actual, para proporcionar el apoyo adecuado para la expansión del programa durante el año fiscal en curso. Posteriormente, el Gobierno de Colombia calculará el nivel de la financiación requerida para la expansión del programa durante el año fiscal 2012 e incluirá dicha financiación dentro del proyecto de ley de Presupuesto que se presentará al Congreso a más tardar el 30 de julio de 2011. Los Gobiernos de Colombia y Estados Unidos trabajarán conjuntamente para evaluar periódicamente el manejo del programa y el nivel de financiación, con el fin de asegurar que se logre el objetivo de proteger eficazmente a todos los beneficiarios del programa.

A más tardar el 30 de julio de 2011, el Ministerio del Interior y de Justicia habrá terminado un plan de choque para poner al día las solicitudes pendientes de sindicalistas, en la evaluación del riesgo en las aplicaciones al programa de protección. Una vez superado el nivel de retraso, el Gobierno de Colombia se compromete a que la Policía Nacional cumpla con el requisito legal de procesar todas las evaluaciones de riesgo en un término de 30 días. A partir del 1 de mayo de 2011, el Gobierno de Colombia pondrá a disposición de las partes interesadas reportes actualizados mensualmente.

El Gobierno de Colombia expedirá un decreto a más tardar el 15 de septiembre de 2011 mediante el cual reformará la naturaleza y funcionamiento del comité interadministrativo que revisa las evaluaciones de riesgo. Este nuevo comité incluirá representantes de la Procuraduría General de la Nación y de la Defensoría del Pueblo con el fin de lograr objetividad en el proceso de evaluación del riesgo. El Gobierno de Colombia compartirá los acápites relevantes del proyecto de decreto con el gobierno de Estados Unidos a más tardar el 22 de abril de 2011 y

trabajará con el gobierno de Estados Unidos para asegurarse que se traten los objetivos señalados. El Gobierno de Colombia pondrá a disposición a las partes interesadas una actualización mensual de las medidas tomadas para lograr estas mejoras empezando el 1 de julio de 2011.

A más tardar el 22 de abril de 2011, el Gobierno de Colombia modificará su programa de traslado y protección de maestros, establecido mediante Resolución 1240 de 2010, con el fin de garantizar que las solicitudes meritorias sean concedidas y para eliminar las sanciones pecuniarias impuestas a profesores que no se encuentren bajo riesgo extraordinario. El Gobierno de Colombia y el Gobierno de Estados Unidos trabajarán conjuntamente para evaluar el programa, la dinámica de las amenazas y los riesgos, para asegurar que se logre el objetivo de proteger efectivamente las personas cubiertas. El Gobierno de Colombia pondrá a disposición de las partes interesadas reportes trimestrales sobre el funcionamiento del programa a más tardar el 1 de julio de 2011.

### Reforma a la Justicia Penal

A más tardar el 22 de abril de 2011 el Presidente emitirá una directiva a la Policía Nacional, asignando noventa y cinco (95) investigadores de tiempo completo de la policía judicial, para apoyar a los Fiscales encargados de las investigaciones penales que involucran sindicalistas y activistas. Estos investigadores de la policía judicial estarán designados exclusivamente a las investigaciones de casos laborales. El Gobierno de Colombia completará la implementación de estos 50 de los 95 nuevos investigadores de Policía Judicial antes del 30 de julio de 2011 y el resto de los investigadores de policía judicial a más tardar el 15 de diciembre de 2011.

El Gobierno de Colombia responderá favorablemente a los requerimientos de la Fiscalía General en relación con los recursos necesarios para financiar las nuevas y el aumento de actividades para reducir la impunidad e implementar esta acción. La Fiscalía General enviará el requerimiento presupuestal a más tardar el 20 de mayo de 2011.

La Fiscalía General de la Nación ha informado al gobierno de Colombia de las siguientes acciones que ha adoptado y adoptará para combatir la impunidad en los casos que involucran a sindicalistas y activistas:

La Fiscalía General ha emitido una directiva en la que instruye a la policía judicial, al Cuerpo Técnico de Investigación (CTI), y fiscales que investigan crímenes, para que establezcan, durante la fase inicial de la investigación, si la víctima era un



miembro activo o ex miembro de una organización sindical, o si estaba involucrado de manera activa en la formación de organizaciones sindicales.

La Fiscalía General ha emitido una directiva a los jueces de la Unidad de Justicia y Paz y la Unidad de Derechos Humanos, en la que efectivamente se les obliga a intercambiar el material probatorio y la información en casos penales en los que se involucren trabajadores sindicalizados y activistas, profesores, periodistas y activistas de derechos humanos.

La Fiscalía General desarrollará un plan y determinará los requerimientos presupuestales para la capacitación de los investigadores de la Policía Judicial y los Fiscales en el manejo de la escena del crimen, así como la capacitación conjunta para entrenarlos en técnicas de investigación con referencia específica a casos laborales. La Fiscalía General enviará al Gobierno de Estados Unidos, a más tardar el 22 de abril de 2011, el programa detallado de 2011 y trabajará con el Gobierno de Estados Unidos para asegurarse que se atiendan los objetivos acordados. La Fiscalía General solicitará a la Embajada de los Estados Unidos en Bogotá su insumo (recomendación) y cooperación para perfeccionar, mejorar y apoyar el programa de formación. El gobierno de Estados Unidos brindará asistencia coordinada por su embajada en Bogotá, y con la colaboración del Departamento de Justicia de Estados Unidos y el Departamento de Trabajo.

La Fiscalía General presentará al Gobierno de Colombia, a más tardar el 20 de mayo de 2011, una solicitud de presupuesto para la financiación del programa de capacitación para incluirla en el presupuesto de 2012.

La Fiscalía General desarrollará un plan e identificará las necesidades presupuestales a más tardar el 20 de mayo de 2011, con el fin de fortalecer la capacidad institucional y el número de fiscales y policías judiciales asignados a los procesos que involucren casos laborales en las oficinas regionales, con base en una evaluación de la debilidad estructural o ausencia de recursos suficientes.

A más tardar el 15 de julio de 2011, la Fiscalía General finalizará un análisis de las sentencias de homicidios de sindicalistas y activistas, con el fin de obtener conclusiones que puedan ayudar en el mejoramiento de directivas y protocolos para la efectividad de las investigaciones y el procesamiento de casos futuros. Este análisis tendrá en cuenta lecciones aprendidas con el objeto de mejorar esfuerzos futuros en la identificación de autores intelectuales y autores materiales de estos crímenes, reincidencia, existencia de patrones metodología criminal y las pruebas de los móviles de los crímenes. Los resultados de este análisis serán públicos y ampliamente divulgados. El conocimiento adquirido de este análisis y su



amplia difusión servirán como herramientas para reducir la impunidad y prevenir futuros crímenes.

La Fiscalía General desarrollará un plan para identificar las necesidades presupuestales para el establecimiento de los centros de atención a las víctimas con asistencia especializada en casos de derechos humanos, incluidos los casos laborales. La Fiscalía General proveerá estos centros con recurso humano profesional con experiencia en derechos humanos y asuntos laborales. La Fiscalía General dirigirá estos centros donde se compartirá información con las víctimas y sus familias en relación con el estado de los casos, y pondrá a la disposición de ellas asistencia legal y psicológica. A más tardar el 15 de junio de 2011, la Fiscalía General compartirá con el Gobierno de los Estados Unidos el plan y las asignaciones presupuestales para este proyecto y trabajará con el Gobierno de Estados Unidos para asegurar de los objetivos se hubiesen atendido.

La Fiscalía General desarrollará un plan para descongestionar los casos de homicidios de sindicalistas que incluirá:

- a. reuniones periódicas con cada una de las centrales obreras y la Escuela Nacional Sindical (ENS) para lograr una conciliación de las cifras de homicidios de sindicalistas reportados por la base de datos de la ENS de la Fiscalía General. Las reuniones empezarán a más tardar el 22 de abril de 2011, con el objetivo de culminar el proceso al final del año.
- b. la expedición de una directriz interna a los fiscales para acelerar su gestión en aquellos casos con pruebas y cerrar provisionalmente casos con menor posibilidad de resolución. La directriz se emitirá a más tardar el 15 de junio de 2011.

La Fiscalía General mejorará la divulgación pública de casos de violencia a sindicalistas reportados como cerrados:

- a. Para el 15 de abril de 2011, la Fiscalía General divulgará los resultados de las sentencias emitidas después del 1 de enero de 2011, y posteriormente hará lo mismo con sentencias futuras.
- b. A más tardar el 15 de junio de 2011, la Fiscalía General identificará los métodos para publicar información agregada de todos los casos cerrados a la fecha en su página web.

El Gobierno de Colombia ha presentado al Congreso modificaciones al Código Penal, referidas arriba en la sección II, que: 1. ampliaría la definición de amenazas ilegales, incluyendo amenazas impetradas a sindicalistas y activistas con el propósito de intimidar aquellos en el ejercicio de sus derechos de libertad de reunión, asociación y negociación colectiva. 2. fortalecería las sanciones, en casos de amenazas ilegales, desde multas hasta pena de prisión.



El gobierno de Colombia está buscando la implementación de estas reformas en el Congreso para el 15 de junio de 2011.

### Mecanismos de Seguimiento

Para evaluar el avance en la implementación de este plan de acción, los Gobiernos de Estados Unidos y de Colombia han acordado que se reunirán de la siguiente manera:

En 2011, reuniones cada dos meses a nivel técnico y una de alto nivel.

En 2012, cuatro reuniones al año a nivel técnico y dos de alto nivel.

En 2013, dos reuniones semestrales del nivel técnico y una anual de alto nivel.

En la reunión de alto nivel del 2013 se decidirá si es menester programar nuevas reuniones.

## 2. Transcripción del artículo 200, inciso segundo, del Código Penal

LEY 599 DE 2000

(julio 24)



por la cual se expide el Código Penal

[...]

### **Artículo 200. Violación de los derechos de reunión y asociación.**

El que impida o perturbe una reunión lícita o el ejercicio de los derechos que conceden las leyes laborales o tome represalias con motivo de huelga, reunión o asociación legítimas, incurrirá en pena de prisión de uno (1) a dos (2) años y multa de cien (100) a trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

**En la misma pena incurrirá el que celebre pactos colectivos en los que, en su conjunto, se otorguen mejores condiciones a los trabajadores no sindicalizados, respecto de aquellas**



**condiciones convenidas en convenciones colectivas con los trabajadores sindicalizados de una misma empresa.**

[...]

## II. NORMAS CONSTITUCIONALES DESCONOCIDAS

El Plan de Acción y el inciso segundo del artículo 200 Código Penal, que lo implementa, vulneran los artículos 9º, 25, 29, 38, 53, 55, 150-16, 224, 226 y 241-10 de la Constitución Política, como se explicará en el siguiente capítulo de este documento.

## III. RAZONES DE LA DEMANDA

### 1. Introducción

Colombia es el único país en el mundo que amenaza con pena de prisión a los trabajadores que deciden negociar con sus empleadores sin afiliarse a un sindicato. Lo hace a través del inciso segundo del artículo 200 del Código Penal que fue introducido por el Gobierno Nacional en el proyecto que eventualmente fue aprobado como Ley 1453 de 2011, como forma de cumplir el "Plan de Acción de Colombia y Estados Unidos para derechos laborales", un tratado internacional suscrito entre los presidentes de Colombia y Estados Unidos, que no surtió el procedimiento complejo de ratificación de tratados en Colombia.

Las dos normas que se demandan en esta oportunidad son (i) el Plan de Acción y (ii) el peculiar tipo penal que se introdujo en nuestra legislación como consecuencia de ese Plan de Acción.

El Plan de Acción se demanda por dos motivos. Primero, porque es un tratado internacional que no fue sometido a aprobación del Congreso ni revisado por la Corte Constitucional. Segundo, porque carece absolutamente de reciprocidad, ya que solo contiene obligaciones para Colombia y no tiene obligaciones en materia laboral para Estados Unidos, país que tiene tasas de afiliación sindical similares a las de Colombia. Con esto, se vulneran las normas constitucionales que señalan el procedimiento complejo de aprobación de tratados en Colombia, así como el artículo 226 que establece el principio de *reciprocidad* en los tratados internacionales.

Por otra parte, el inciso segundo del artículo 200 del Código Penal es inconstitucional por cinco motivos. En primer lugar, porque desconoce el principio

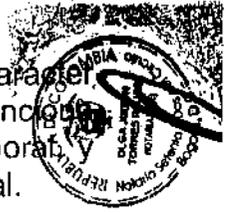


constitucional de unidad de materia, ya que regula la negociación colectiva en materia laboral en una ley enfocada exclusivamente en la seguridad ciudadana, y que se concibió para luchar contra el terrorismo y la criminalidad organizada.

En segundo lugar, porque vulnera la libertad de asociación y el derecho de negociación colectiva de los trabajadores no sindicalizados, al amenazarlos con pena de prisión por el hecho de negociar las condiciones laborales con el empleador. De esta forma, la norma desconoce que los pactos colectivos han sido considerados como una forma legítima de negociación colectiva por la jurisprudencia constitucional.

En tercer lugar, porque desconoce el principio de progresividad de los DESC, al recortar el ámbito sustantivo de protección del derecho a la negociación colectiva previsto en el artículo 55 de la Constitución. Este recorte de protección se adoptó sin un mínimo de deliberación legislativa y desconociendo también el principio de proporcionalidad. En este punto, se demostrará que la medida penal introducida en el segundo inciso del artículo 200 del Código Penal no supera un juicio estricto de proporcionalidad.

En cuarto lugar, porque es contraria al principio de necesidad, y al carácter subsidiario, fragmentario y de *ultima ratio* del derecho penal, ya que sanciona penalmente una conducta que se encuentra autorizada en el derecho laboral sobre la cual habrían podido usarse otros medios de control distintos al penal.



Por último, y en quinto lugar, porque desconoce el principio de tipicidad estricta, ya que usa el término "*pactos colectivos*", cuyo significado no es claro ni autoevidente, y genera una indeterminación insuperable que no puede resolverse por medio de una interpretación razonable. Lo anterior se debe a que la legislación laboral tiene una acepción del pacto colectivo (documento escrito, bilateral, firmado por empleador y empleados) mientras que la jurisprudencia constitucional tiene una acepción distinta y más amplia (beneficio extralegal ofrecido unilateralmente por el empleador). Razón por la cual el legislador debió precisar el significado del término "*pactos colectivos*".

Para desarrollar los cargos, este escrito tiene el siguiente orden. En el capítulo 2 se aborda la ausencia de cosa juzgada constitucional, teniendo en cuenta que la Corte ya se pronunció sobre algunos cargos contra el artículo 200 del Código Penal, pero no lo hizo respecto de los mismos cargos que aquí se plantean. En el capítulo 3 se ofrece una información de contexto sobre las normas demandadas. En el capítulo 4 se precisa la competencia de la Corte Constitucional sobre tratados internacionales no ratificados, como el Plan de Acción en este caso. En el

capítulo 5 se desarrollan los cargos concretos contra el Plan de Acción. En el capítulo 6 se analiza el contenido del inciso segundo del artículo 200 del Código Penal. En el capítulo 7 se desarrollan los cinco cargos contra ese inciso. En el capítulo 8 se hace una precisión concreta respecto de las recomendaciones del Comité de Libertad Sindical de la OIT. Finalmente, en el Capítulo 9 se concluye.

## 2. Aspecto preliminar: ausencia de cosa juzgada constitucional

La Corte Constitucional tuvo ocasión de pronunciarse sobre el artículo 200 del Código Penal en la sentencia C-571 de 2012, en la cual decidió

*"Declarar **EXEQUIBLE** el artículo 200 del Código Penal en los términos en que fue modificado por el artículo 26 de la ley 1453 de 2011" Por medio de la cual se reforma el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal, el Código de Infancia y Adolescencia, las reglas sobre extinción de dominio y se dictan otras disposiciones en materia de seguridad", **por los cargos analizados.**"*

La jurisprudencia constitucional ha establecido que, en las sentencias de constitucionalidad, la cosa juzgada es absoluta a menos que en la parte resolutiva expresamente se limite el pronunciamiento de la Corte a los cargos analizados. En estos casos se encuentra una cosa juzgada relativa explícita, la cual, al presentarse, permite que "a futuro se formulen nuevas demandas de inconstitucionalidad contra la misma norma que ha sido objeto de control"<sup>2</sup>.



En la sentencia C-571 de 2012, la Corte analizó un cargo relativo a la posible violación de los principios de consecutividad y unidad de materia en el trámite legislativo, debido a que la norma que modificó el artículo 200 del Código Penal, fue introducida en el tercer debate en la Cámara de Representantes en el trámite del proyecto que se convertiría en Ley 1453 de 2011. Frente a esos cargos, la Corte se planteó el siguiente problema jurídico:

*"¿desconoció el legislador los principios constitucionales de consecutividad y de identidad flexible (art. 157, CP), por una parte, y de unidad de materia (art. 158), por otra, al haber incluido la cámara de destino (Cámara de Representantes) **modificaciones a un tipo penal -violación de los derechos de reunión y asociación (art. 200, Código Penal)-**, que no fueron consideradas por la cámara de origen (Senado), dentro de una ley por medio de la cual se reforma el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal, el Código de Infancia y Adolescencia, las reglas*

<sup>2</sup> Sentencia C-541 de 2016, M.P. Alberto Rojas Ríos.

sobre extinción de dominio y se dictan otras disposiciones en materia de seguridad? " (Énfasis añadido)

La Corte respondió a este problema jurídico negativamente. Al considerar en concreto el trámite que se dio a esa norma en el tercer y cuarto debate, la Corte se pronunció exclusivamente sobre la introducción de modificaciones al *tipo penal de violación de los derechos de reunión y asociación*. Por ejemplo, al resumir el trámite legislativo la Corte mencionó lo siguiente:

"3.2.5. Durante el tercer debate, el primero en la cámara de destino, en la Comisión Primera de la Cámara de Representantes, el Gobierno Nacional presentó a consideración de la Corporación una propuesta aditiva, en la cual se modificaba el delito de violación del derecho de reunión y de asociación, con el fin de implementar adecuadamente la política criminal propuesta. Se dijo que uno de los más graves crímenes que cometen los actores que recurren al terrorismo en Colombia así como las bandas y mafias organizadas, es la violación del derecho de reunión y de asociación, en especial de trabajadores y miembros de sindicatos.

[...]

3.2.6. Los ponentes para el cuarto y último debate del proyecto de ley, ante la Plenaria de la Cámara de Representantes consideraron que modificaciones como la referente al artículo 200 del Código Penal, son cambios que enriquecen el proyecto. Esto es, se trata de normas que guardan y confirman el propósito que el Gobierno y la Fiscalía General de la Nación se propusieron todo el tiempo en materia penal. Asegurar la aplicación de severos tipos y reglas penales, que disuadan e impongan la adecuada responsabilidad a las personas que cometan actos terroristas o delitos en el contexto de grupos de crimen organizado.

[...]

3.2.7. La Comisión de conciliación designada para unificar los textos del proyecto de ley aprobados en cada cámara, resolvió adoptar la modificación al proyecto de ley propuesto por la Cámara de Representantes, entre otros aspectos, con relación al aumento de las penas a las violaciones de los derechos de reunión y asociación. La propuesta de incluir tal disposición penal dentro de aquellas que, por política criminal, deberían ser objeto de endurecimiento, fue sometida a votación a las dos plenarios del Congreso. Ambas corporaciones estuvieron de acuerdo.





3.3. Así, el Congreso de la República resolvió endurecer la política criminal en cuanto a aquellas acciones de carácter terrorista o de bandas y grupos organizados, con capacidad de intimidar y afectar el correcto funcionamiento del Estado de derecho. Dentro de este contexto, una de las cámaras parlamentarias, aquella que debatió en segundo lugar, consideró adecuada la propuesta del Gobierno Nacional de el Gobierno Nacional presentó a consideración de la Corporación una propuesta aditiva, en la cual se modificaba el delito de violación del derecho de reunión y de asociación. [...]” (Énfasis añadido)

Luego, al considerar si se había desconocido el principio de consecutividad, la Corte señaló que

“[...] la modificación del tipo penal de ‘violación de los derechos de reunión y asociación’ fue un cambio introducido al texto del proyecto de ley por la Cámara de Representantes, de acuerdo con el debate y sentido dado a la ley, según fue establecido por el Senado de la República. En tal medida, si bien la modificación del artículo 200 del Código Penal fue una cuestión que apareció literalmente en la cámara de destino del parlamento, se trató de un ajuste al texto general propuesto, para asegurar y materializar la política legislativa que se había decidido establecer. Se aprobó, desde el inicio del debate parlamentario en la Comisión Primera del Senado de la República, aumentar las penas de aquellos delitos que comenten actores delincuenciales que recurren al terror como medio de intimidación social. En otras palabras, aumentar las penas de las violaciones a los derechos de reunión y asociación, en un contexto en el cual las organizaciones de personas trabajadoras enfrentan violaciones y amenazas mediante acciones terroristas y violentas como pocos lugares en el mundo y de distintos espectros ideológicos y políticos, en un proyecto que pretende, entre otras cosas, implementar una política criminal de aumento de penas que asegure la adecuada imposición de la responsabilidad de los actores ilegales organizados que recurren a la violencia y el terror como medio de afectación social, al grado tal de afectar el estado de derecho, lejos de ser una media legislativa que tan sólo logre enriquecer el proyecto de ley, se trata de una disposición que prácticamente es indispensable incluir para lograr, efectivamente, la consecución de la política criminal anunciada.” (Énfasis añadido)



Finalmente, al considerar el cargo de violación del principio de unidad de materia, la Corte indicó que

“El aumento de penas al delito de violación de los derechos de reunión y asociación no es una norma ajena a un proyecto de ley mediante el cual el Gobierno y la Fiscalía promueven una política criminal



*que contempla, entre otras cosas, el aumento de penas a varios delitos. Por tanto, que no sólo se trata de una disposición que guarda relación con la materia del proyecto, sino que lo desarrolla de forma concreta y específica.” (Énfasis añadido)*

Como se observa, la Corte Constitucional solo se pronunció sobre dos cargos (violación del principio de consecutividad y violación del principio de unidad de materia), y respecto de solo una parte del artículo 200 del Código Penal. Dicho artículo contiene *dos tipos penales*: (i) el tipo penal de violación de los derechos de reunión y asociación, el cual, desde la reforma de 2011 tiene cuatro agravantes y (ii) el tipo penal de suscripción de pactos colectivos. Esta demanda versa sobre el segundo tipo penal, el cual no fue objeto de pronunciamiento por la Corte en la sentencia C-571 de 2012.

Dicha sentencia no configura cosa juzgada frente a esta nueva demanda. Esta demanda plantea cargos de inconstitucionalidad contra el Plan de Acción suscrito entre Colombia y Estados Unidos, el cual no ha sido objeto de pronunciamiento por la Corte Constitucional, y contra el segundo inciso del artículo 200 del Código Penal. Respecto del Plan de Acción no hay cosa juzgada constitucional porque no hay ninguna sentencia sobre el mismo. Respecto de los cargos contra el inciso segundo del artículo 200 del Código Penal, tampoco hay cosa juzgada, porque se plantean cargos distintos, no relacionados con el trámite legislativo sino con el contenido de la norma y (ii) el cargo de unidad de materia se presenta contra el inciso segundo, el cual no fue objeto de pronunciamiento en la sentencia C-571 de 2012.



En efecto, la Corte se pronunció en esa ocasión sobre una violación del principio de unidad de materia, pero solo se refirió al tipo penal de violación de los derechos de reunión y asociación. Ese tipo penal ya existía con anterioridad en el Código Penal, y el efecto de la Ley 1453 de 2011 en relación con ese tipo penal fue el de endurecer las penas. La Corte consideró que el aumento de penas y la introducción de agravantes a ese tipo penal, cuyos verbos rectores aparecen en el inciso primero del artículo 200—y que no es objeto de demanda—, tenía una conexión suficiente con el objetivo principal de la Ley 1453 de 2011 que fue el de aumentar las penas a varios delitos.

Pero la Corte no dijo nada sobre el *segundo tipo penal* contenido en el artículo 200, y que fue introducido por primera vez en el Código Penal mediante la Ley 1453 de 2011, como una forma de cumplir la obligación internacional adquirida a través del Plan de Acción Laboral entre Colombia y Estados Unidos. El segundo tipo penal contiene verbos rectores distintos, y configura una prohibición penal completamente novedosa. La descripción completa de la tipicidad objetiva y

El  
del  
del  
D.C.

subjetiva así como las razones por las cuales se considera que este es materialmente inconstitucional, se desarrollan más adelante. Por ahora, baste señalar que este tipo penal no sanciona las conductas violentas contra las organizaciones sindicales, sino que prohíbe que las empresas negocien colectivamente las condiciones laborales con grupos de trabajadores no sindicalizados. Sobre este tipo penal, la Corte no se pronunció en la sentencia C-571 de 2012. Si se revisa cuidadosamente la parte motiva de la sentencia, se verá que cada vez que la Corte se refiere a la reforma al artículo 200 del Código Penal, la resume como un endurecimiento de penas al *primer tipo penal* (violación de derechos de reunión y asociación), pero nada dice sobre el inciso segundo. Dice la Corte, por ejemplo, que *"el Gobierno Nacional presentó a consideración de la Corporación una propuesta aditiva, en la cual se modificaba el delito de violación del derecho de reunión y de asociación"*, que la norma consistió en el *"aumento de las penas a las violaciones de los derechos de reunión y asociación"*, que el Congreso consideró adecuado *"el Gobierno Nacional presentó a consideración de la Corporación una propuesta aditiva, en la cual se modificaba el delito de violación del derecho de reunión y de asociación"*, y que el objeto de la norma demandada era *"aumentar las penas de las violaciones a los derechos de reunión y asociación"*. Las consideraciones de la Corte nada dicen sobre el segundo tipo penal, consistente en celebrar pactos colectivos. De hecho, la expresión *"pactos colectivos"* está completamente ausente del texto de la sentencia C-571 de 2012.

Así, para concluir este apartado preliminar, es claro que:

- (i) Respecto del Plan de Acción Laboral no hay cosa juzgada constitucional porque ninguna sentencia se ha pronunciado al respecto.
- (ii) Sobre los cargos contra el inciso segundo del artículo 200 del Código Penal no hay cosa juzgada constitucional porque la sentencia C-571 de 2012 delimitó expresamente el ámbito material de su pronunciamiento, y no se pronunció en absoluto sobre el tipo penal de celebración de pactos colectivos, sino que limitó su análisis al endurecimiento de las penas del tipo penal preexistente de violación de los derechos de reunión y asociación. En ese sentido, compete a la Corte ahora pronunciarse sobre si la introducción del segundo tipo penal del artículo 200—la prohibición de celebrar pactos colectivos—respeto el principio de unidad de materia frente al tema dominante de la Ley 1453 de 2011.
- (iii) En todo caso, la sentencia C-571 de 2012 solo se pronunció sobre cargos relacionados con el trámite legislativo y no sobre los aspectos sustanciales que se presentan en esta demanda, incluyendo el



desconocimiento de la libertad de asociación de los trabajadores no sindicalizados, la violación del principio de progresividad de los DESC, el desconocimiento del Convenio 154 de la OIT que forma parte del bloque de constitucionalidad, la vulneración del principio de libertad y derecho pena como *ultima ratio* y el desconocimiento del principio de tipicidad estricta.

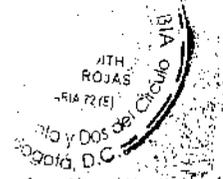
### 3. Contexto de las normas demandadas

#### a. Colombia es el único país del mundo que sanciona penalmente la suscripción de pactos colectivos

La legislación en el mundo no es uniforme respecto de los derechos de negociación colectiva. Cuarenta y siete Estados en el mundo—incluyendo Colombia—acogen los principios del Convenio 154 de la OIT, que busca fomentar la negociación colectiva. Dicho Convenio, sin embargo, admite un margen de apreciación para las autoridades nacionales, ya que no regula con exactitud todas las características de la negociación colectiva. Por ejemplo, el Convenio 154 no establece que todas las negociaciones deban realizarse entre las empresas y los sindicatos. Por el contrario, el artículo 3(1) del Convenio contempla la posibilidad de que las negociaciones colectivas se realicen con representantes sindicales o con otros representantes de los trabajadores, y permite que sea la ley nacional que determine *“hasta qué punto la expresión negociación colectiva se extiende igualmente, a los fines del presente Convenio, a las negociaciones con dichos representantes.”*

Dentro del margen que admiten los estándares internacionales, en el mundo se han adoptado diversas aproximaciones a la regulación precisa de la negociación colectiva. En Colombia se prohíbe extender automáticamente los beneficios de una convención colectiva a trabajadores que no son miembros del sindicato minoritario, pero esta no es la aproximación mayoritaria. En un estudio del año 2016, la OCDE encontró que 28 de sus países miembros y en proceso de adhesión permiten la extensión de beneficios de las convenciones colectivas a todos los trabajadores (por ejemplo Bélgica, Canadá, Francia, Países Bajos, Noruega, Suecia). Cuatro permiten extender los beneficios a los trabajadores no sindicalizados que adhieran a la convención—sin unirse al sindicato— (Chile, Portugal, Suiza y Nueva Zelanda), y seis restringen los beneficios exclusivamente a los miembros del sindicato (Alemania, Corea, Japón, Suecia, Turquía y Colombia)<sup>3</sup>. También existe un número importante de países en que las

<sup>3</sup> OECD, “Use of erga omnes clauses” en [http://www.oecd.org/employment/emp/Use\\_of\\_erga\\_omnes\\_clauses.pdf](http://www.oecd.org/employment/emp/Use_of_erga_omnes_clauses.pdf).



disposiciones de las convenciones colectivas pueden ser extendidas por las autoridades administrativas a trabajadores no sindicalizados<sup>4</sup>. De acuerdo con la OCDE *"las cláusulas erga omnes extienden las condiciones de una convención colectiva a todos los trabajadores, no solo a los miembros de los sindicatos que la suscriben. [...] Las cláusulas erga omnes simplifican el sistema (pues las mismas condiciones aplican a todos los trabajadores), incrementan la equidad, limitan las rivalidades, mantienen la paz social y contribuyen a reducir los costos de transacción. Sin embargo, las cláusulas erga omnes también pueden representar un desincentivo para que los trabajadores se sindicalicen (un típico problema del polizón)"*<sup>5</sup>. Como se puede ver, no existe una sola aproximación en el mundo a la cuestión de la extensión de beneficios a trabajadores no sindicalizados, sino que los distintos países han contrapesado las ventajas y desventajas de cada enfoque.

Tampoco existe una sola aproximación a la cuestión de la representación de los trabajadores. Desde algunos sectores, específicamente desde los movimientos sindicales, se ha promovido la noción de que los sindicatos son el único interlocutor válido de los empleadores para la realización de una negociación colectiva. Sin embargo, los Convenios 135 y 154 de la OIT admiten la posibilidad de que se realicen negociaciones con representantes de los trabajadores que no pertenecen a los sindicatos<sup>6</sup>. Esta posibilidad la reconoció la Corte Constitucional en la sentencia C-1234 de 2005 (M.P. Alfredo Beltrán Sierra) cuando indicó que:



<sup>4</sup> OECD, "Use and coverage of extensions" en <http://www.oecd.org/employment/emp/Use-and-coverage-of-extensions.pdf>

<sup>5</sup> OECD, "OECD Employment Outlook 2017", p. 141.

<sup>6</sup> Convenio C135 de la OIT "Convenio relativo a la protección y facilidades que deben otorgarse a los representantes de los trabajadores en la empresa" del 23 de junio de 1971, artículo 3: "A los efectos de este Convenio, la expresión representantes de los trabajadores comprende las personas reconocidas como tales en virtud de la legislación o la práctica nacionales, ya se trate: || (a) de representantes sindicales, es decir, representantes nombrados o elegidos por los sindicatos o por los afiliados a ellos; o || (b) de representantes electos, es decir, **representantes libremente elegidos por los trabajadores de la empresa**, de conformidad con las disposiciones de la legislación nacional o de los contratos colectivos, y **cuyas funciones no se extiendan a actividades que sean reconocidas en el país como prerrogativas exclusivas de los sindicatos.**" Incorporado por remisión del Convenio C154 de la OIT "Convenio sobre la negociación colectiva" del 3 de junio de 1981, artículo 3: "1. Cuando la ley o la práctica nacionales reconozcan la existencia de representantes de trabajadores que respondan a la definición del apartado b) del artículo 3 del Convenio sobre los representantes de los trabajadores, 1971, **la ley o la práctica nacionales podrán determinar hasta qué punto la expresión negociación colectiva se extiende igualmente, a los fines del presente Convenio, a las negociaciones con dichos representantes.** || 2. Cuando en virtud del párrafo 1 de este artículo la expresión negociación colectiva incluya igualmente las negociaciones con los representantes de los trabajadores a que se refiere dicho párrafo, deberán adoptarse, si fuese necesario, medidas apropiadas para garantizar que la existencia de estos representantes no se utilice en menoscabo de la posición de las organizaciones de trabajadores interesadas."



expresión “*negociación colectiva*” en el artículo 55 de la Constitución “*no se reduce a pliegos de peticiones o convenciones colectivas, sino que abarca todas las negociaciones que tienen lugar entre un empleador, un grupo de empleadores o una organización o varias organizaciones de empleadores, por una parte, y una organización o varias organizaciones de trabajadores, por otra, con el fin de: fijar las condiciones de trabajo y empleo, o regular las relaciones entre empleadores y trabajadores, o regular las relaciones entre empleadores o sus organizaciones y una organización o varias organizaciones de trabajadores, o lograr todos estos fines a la vez.*”(art. 2º Convenio 154 de la OIT).” (Énfasis fuera del texto)

De esta forma, en varios países de América Latina la legislación laboral permite que las negociaciones colectivas no se realicen exclusivamente entre los empleadores y un sindicato, sino también entre los empleadores y empleados no sindicalizados. Así ocurre, por ejemplo, en México y Chile<sup>7</sup>.

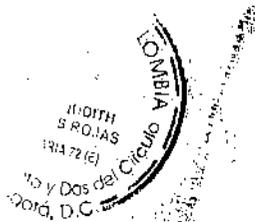
En Chile, además, la posibilidad de realizar negociaciones colectivas entre los empleadores y grupos no sindicalizados de trabajadores se considera protegida por la Constitución. En sentencia del 9 de mayo de 2016, el Tribunal Constitucional de Chile declaró inconstitucionales las normas de un proyecto de reforma laboral que pretendían restringir los derechos de negociación colectiva de los sindicatos, impidiendo a grupos de trabajadores no sindicalizados realizar negociaciones colectivas con el empleador<sup>8</sup>.

El Tribunal Constitucional señaló que la Constitución chilena garantiza la negociación colectiva como un derecho cuya titularidad “*es de todos y cada uno de los trabajadores*”. Indicó que la norma era inconstitucional porque “*el Proyecto implica una intervención legislativa extrema que afecta la esencia del derecho de los trabajadores a negociar colectivamente, a través de grupos negociadores no sindicalizados. En efecto, el Proyecto cambia el foco de la negociación. En vez de*

<sup>7</sup> En Chile se denomina “*instrumento colectivo*” la convención celebrada entre “*empleadores y trabajadores*”, independientemente de si estos están representados por un sindicato. Esto incluye a los denominados “*grupos negociadores*”, agrupaciones de trabajadores que no conforman sindicatos pero que se organizan exclusivamente para negociar los instrumentos colectivos. Una reforma legislativa intentó eliminar la capacidad de los grupos negociadores para negociar los instrumentos colectivos, reservando la negociación colectiva exclusivamente a los sindicatos, pero fue declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional de Chile en la sentencia STC 3016-16 del 9 de mayo de 2016.

<sup>8</sup> Ver, Tribunal Constitucional de Chile, Sentencia STC 3016-16 del 9 de mayo de 2016, en <http://www.tribunalconstitucional.cl/ver.php?id=3251>. Ver resumen de la sentencia en <http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/wp-content/uploads/Sintesis-STC-3016-16-3026-16-parte-que-acoge.pdf>.





colocar el acento en quienes tienen el derecho de acuerdo a la norma constitucional ya citada, lo ponen en las organizaciones sindicales." El Tribunal agregó que la norma también vulneraba el derecho de asociación, ya que "la agrupación voluntaria de trabajadores que se conforma para efectos de una negociación colectiva es reflejo del derecho de asociación", por lo cual no podía restringirse la negociación colectiva solamente a los sindicatos con personería jurídica. También consideró que esta norma violaba el derecho de las personas a conformar sindicatos—denominado en Chile un derecho a *sindicarse*—debido a constreñía a los trabajadores a hacerse miembros de un sindicato con el fin de acceder a los beneficios de los denominados contratos colectivos.

Por último, el Tribunal Constitucional agregó que los Convenios 87, 98 y 154 de la OIT no otorgan una "pretación excluyente" a los sindicatos. Reconoció que el Comité de Libertad Sindical se ha pronunciado en contra de la negociación directa y sus trabajadores, pero resaltó que, según el mismo Comité, dicha forma de negociación es contraria a la negociación colectiva solo en "ciertos casos", y finalizó afirmando que "no existe norma en los Convenios N°s 87 y 98 de la OIT que obligue a excluir de la legislación interna a los grupos negociadores".

El Tribunal emitió un voto dividido respecto de una nueva regla que calificó por una práctica antisindical del empleador la conducta de "[o]torgar o convenir con trabajadores no afiliados a la organización u organizaciones que los hubieren negociado, los mismos beneficios pactados en un instrumento colectivo [...]". Una mitad de los ministros del Tribunal Constitucional consideró que esta norma era constitucional. La otra mitad señaló que esta norma, que modificaba el ordenamiento preexistente chileno, el cual permitía al empleador extender unilateralmente los beneficios de un contrato colectivo a trabajadores no sindicalizados, "vulnera la libertad sindical que, en su aspecto individual consiste en el respeto a la voluntad del trabajador de afiliarse o no al sindicato de su empresa". El empate fue dirimido por el voto del presidente del Tribunal Constitucional, que fue a favor de mantener la constitucionalidad de la norma.

Las normas declaradas inconstitucionales en Chile tenían una orientación muy similar a la norma que ahora se demanda, con la diferencia de que las normas en Chile eran propuestas modificatorias del Código del Trabajo, mientras que en Colombia se trata de una norma penal, que busca criminalizar lo que hasta el año 2011 se consideraba una conducta protegida por el Código Sustantivo del Trabajo colombiano.

Por otra parte, en Estados Unidos, la negociación colectiva se restringe exclusivamente a los sindicatos mayoritarios. De esta forma, en estas



negociaciones se admite un solo vocero por todos los trabajadores, y los acuerdos que se logren se aplican para todos los trabajadores.

Lo anterior demuestra que existen varias aproximaciones al tema de la negociación colectiva y existen varias formas de concebirla. Algunos sectores consideran que solo los sindicatos deberían tener la posibilidad de dialogar con las empresas para fijar las condiciones de trabajo. Estos sectores consideran que no puede haber interlocución por fuera de las organizaciones sindicales, y que instrumentos como los pactos colectivos—previstos en nuestro Código Sustantivo del Trabajo desde 1951—debilitan las organizaciones sindicales y deberían ser prohibidos.

Otros sectores consideran que la prerrogativa exclusiva de los sindicatos solo debería existir si estos representan a la mayoría de los trabajadores. De lo contrario, se estaría permitiendo a una minoría apoderarse de la vocería de todos los empleados de la empresa. Esa es la posición del Código Sustantivo del Trabajo, que en el artículo 480 permite al empleador suscribir pactos colectivos, siempre que en la empresa no exista un sindicato mayoritario. Esta posibilidad ha sido objeto de crítica por los congresistas demócratas en Estados Unidos (ver siguiente sección), por la OCDE al revisar el proceso de adhesión de Colombia, por la Escuela Nacional Sindical, entre otros actores. Pero no es un exotismo de Colombia. Esta misma posibilidad la admiten, según la misma OCDE, México y Chile<sup>9</sup>, países con los cuales Colombia comparte tradiciones jurídicas y que tienen constituciones que también aseguran derechos sociales, económicos y culturales.

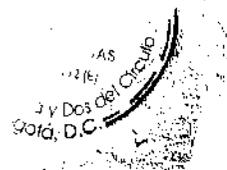
Todo lo anterior sirve para contextualizar la discusión que plantea esta demanda. Se trata de un tema en el cual no hay una aproximación global uniforme, sino que existen diversas tendencias, dependiendo de si el Estado correspondiente prefiere proteger las reivindicaciones laborales, independientemente de cómo se negocien, o si por el contrario prefiere tratar a los sindicatos como un fin en sí mismo y prohibir otras formas de interacción entre el empleador y los empleados.

En el contexto de esta discusión global, Colombia es uno de los pocos países que (i) reserva los beneficios de las convenciones colectivas exclusivamente a los miembros de los sindicatos<sup>10</sup> y (ii) prohíbe extender dichos beneficios automáticamente a otros trabajadores de la empresa. Esta posición la ubica dentro de siete países de la OCDE que privilegian la posición de los sindicatos, frente a 31 países que, más allá de mantener o incrementar las tasas de afiliación a los sindicatos, consideran importante otorgar beneficios a los trabajadores.

<sup>9</sup> *Ibíd.*

<sup>10</sup> (cuando se trata de sindicatos minoritarios, según art xxx CST)

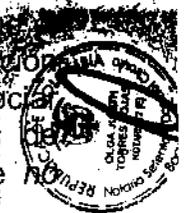




Todo lo anterior refleja un debate de política pública cuya conveniencia y oportunidad no corresponde juzgar a la Corte Constitucional. Sin embargo, además de ser uno de los siete países que toma la posición extrema de restringir el otorgamiento de beneficios a los trabajadores por fuera de lo dispuesto en las convenciones colectivas, es el **único país en el mundo** que elevó a la categoría de delito la conducta de negociar condiciones laborales con trabajadores no sindicalizados y otorgarles condiciones iguales o mejores a las de una convención colectiva de trabajo.

Este tipo penal es único en el mundo, y fue impuesto por el gobierno de los Estados Unidos mediante un tratado no ratificado—el Plan de Acción Laboral—que exigió a Colombia introducir un tipo penal que no existe, ni en la legislación de Estados Unidos, ni en la de ningún otro país del mundo.

En Estados Unidos existen prohibiciones de carácter administrativo, como la prohibición de otorgar condiciones a los trabajadores con el objetivo de desincentivar su afiliación a un sindicato<sup>11</sup>. Pero esta prohibición, a diferencia del tipo penal introducido en el artículo 200, por exigencia de Estados Unidos, no es de carácter penal, y además requiere un elemento subjetivo consistente en que el objetivo del beneficio sea desincentivar la afiliación. Por otra parte, la legislación de Estados Unidos permite a los trabajadores organizarse para negociar colectivamente, a través de sindicatos o a través de otras clases de organizaciones, y expresamente protege la libertad de los trabajadores de *asociarse a sindicatos*<sup>12</sup>.



A modo de síntesis, existen las siguientes aproximaciones en el mundo:

Enfoque de la negociación colectiva	Países
Los beneficios de la convención colectiva aplican para todos los	Australia, Austria, Bélgica, Canadá, Costa Rica, República Checa,

<sup>11</sup> *National Labor Relations Act, 1935*, en <https://www.nlr.gov/resources/national-labor-relations-act>, Sección 8(a)(3): "It shall be an unfair labor practice for an employer [...] (3) by discrimination in regard to hire or tenure of employment or any term or condition of employment to encourage or discourage membership in any labor organization [...]".

<sup>12</sup> *National Labor Relations Act, 1935*, en <https://www.nlr.gov/resources/national-labor-relations-act>, Sección 7: "Employees shall have the right to self-organization, to form, join, or assist labor organizations, to bargain collectively through representatives of their own choosing, and to engage in other concerted activities for the purpose of collective bargaining or other mutual aid or protection, **and shall also have the right to refrain from any or all of such activities** except to the extent that such right may be affected by an agreement requiring membership in a labor organization as a condition of employment as authorized in section 8(a)(3)".

trabajadores.	Dinamarca, Estonia, Finlandia, Francia, Hungría, Islandia, Irlanda, Israel, Italia, Letonia, Lituania, Luxemburgo, México, Noruega, Países Bajos, Polonia, Eslovenia, Eslovaquia, España, Reino Unido, Estados Unidos.
Los trabajadores no sindicalizados pueden adherirse a la convención colectiva, sin unirse al sindicato.	Chile, Portugal, Suiza, Nueva Zelanda.
La convención colectiva solo aplica a los miembros del sindicato.	Alemania, Corea del Sur, Japón, Suecia, Turquía.
La convención colectiva solo aplica a los miembros del sindicato <sup>13</sup> , <b>y pactar beneficios con trabajadores no sindicalizados es un delito.</b>	Colombia.

El peculiar tipo penal contenido en el inciso segundo del artículo 200 del Código Penal, no solo prohíbe al empleador extender beneficios unilateralmente a sus empleados, sino que le impide equiparar a los trabajadores no sindicalizados a los sindicalizados, ya que en estas condiciones el trabajador sindicalizado debe pagar una cuota sindical y el no sindicalizado está exento de dicha cuota<sup>14</sup>. Si esto ocurre, la norma demandada prevé una pena de prisión, no solo para el empleador sino también para los empleados que suscriben los pactos colectivos. En suma, Colombia es el único país democrático en el cual un empleado puede enfrentar una investigación penal por celebrar un acuerdo con su empleador para mejorar las condiciones de trabajo.

**b. El Plan de Acción Laboral como condición para la ratificación del Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos**

¿Cómo llegó nuestro Código Penal a incorporar ese peculiar tipo penal? La respuesta está en el Plan de Acción Laboral, un tratado internacional suscrito entre Estados Unidos y Colombia en el año 2011, el cual nunca fue enviado al Congreso para su aprobación ni a la Corte Constitucional para la realización de un control constitucional automático.

<sup>13</sup> Cuando se trata de un sindicato minoritario, de acuerdo con el artículo 470 del Código Sustantivo del Trabajo.

<sup>14</sup> Escuela Nacional Sindical, "Criterios para identificar el uso indebido de pactos colectivos" en <http://www.ens.org.co/wp-content/uploads/2016/11/CRITERIOS-USO-INDEBIDO-DE-PACTOS-COLECTIVOS-1.pdf>.

En el año 2007, el Congreso de la República aprobó mediante la Ley 1143 el "Acuerdo de Promoción Comercial entre la República de Colombia y los Estados Unidos de América", más conocido como Tratado de Libre Comercio o TLC. El mismo año, el Congreso aprobó el protocolo modificadorio del TLC, mediante la Ley 1166 de 2007. El TLC, su protocolo modificadorio y las respectivas leyes aprobatorias, fueron objeto de control constitucional automático en las sentencias C-750 y C-715 de 2008.

No obstante, las modificaciones realizadas al Acuerdo, y que este fue rápidamente aprobado en Colombia, el mismo acuerdo inicialmente no pudo ser ratificado por Estados Unidos. En abril de 2008, el gobierno del presidente saliente George W. Bush envió el acuerdo al Congreso de Estados Unidos<sup>15</sup>, el cual se negó a aprobarlo, debido a la oposición de los congresistas demócratas, quienes exigían de Colombia mayores compromisos en materia sindical. A finales de ese mismo año, el entonces candidato presidencial Barack Obama indicó su oposición al TLC entre Estados Unidos y Colombia, debido a que en Colombia "se ha asesinado a sindicalistas de manera más o menos constante y no ha habido sanciones"<sup>16</sup>. Obama agregó que "el tratado de libre comercio tiene protecciones laborales y ambientales, pero tenemos que asegurarnos que no se esté perpetrando violencia contra los trabajadores que simplemente están tratando de organizarse para defender sus derechos"<sup>17</sup>.

Con la entrada del gobierno Obama en Estados Unidos no hubo avances en la ratificación del TLC, hasta que en una reunión en Washington, en abril de 2011, los presidentes Barack Obama y Juan Manuel Santos acordaron un "Plan de Acción de Colombia y Estados Unidos para derechos laborales". En dicho Plan se adquirieron nuevos compromisos por parte de Colombia en materia sindical, para los cuales se establecieron plazos y un mecanismo de seguimiento. El Plan permitió al Gobierno de Barack Obama ratificar el tratado, y se constituyó en la condición necesaria para la entrada en vigor del mismo. Así lo dijo el Presidente Juan Manuel Santos en una declaración pública del 7 de abril de 2011:

*"[...] lo más importante para Colombia —es una noticia muy, muy satisfactoria— es el Tratado de Libre Comercio. Llevamos cinco años tratando de buscar la luz verde para este tratado, para que sea presentado ante el Congreso. Y finalmente hoy hemos tenido esa luz verde.*

<sup>15</sup> Reuters, "Bush sending Colombia free trade pact to Congress", 7 de abril de 2008, en <https://www.reuters.com/article/us-trade-colombia-bush/bush-sending-colombia-free-trade-pact-to-congress-idUSWAT00926320080407>

<sup>16</sup> CNN, "McCain, Obama go head to head in last debate", 15 de octubre de 2008, en <http://edition.cnn.com/2008/POLITICS/10/15/debate.transcript/>

<sup>17</sup> Ibid.

[...]

**El plan de acción que logró esta luz verde para el Tratado de Libre Comercio tiene que ver con la protección de los derechos laborales y la protección física de los trabajadores en Colombia, algo que para nosotros también es un objetivo; desde el primer día lo dijimos. Y lo que hicimos en ese plan de acción fue poner en blanco y negro una serie de objetivos con fechas para irlos cumpliendo.** Y eso es lo que vamos a hacer.

La primera fecha es el 22 de abril, donde **vamos a cumplir con una serie de requisitos o de compromisos** que acordamos en materia de protección de los trabajadores, en materia de protección de los derechos de los trabajadores y de fortalecimiento de nuestra justicia. Y a partir de esa fecha, del 22 de abril, lo que tenemos entendido es que inicia el proceso para la presentación al Congreso del Tratado de Libre Comercio. [...]”<sup>18</sup> (Énfasis fuera del texto)

En el mismo escenario, el Presidente Barack Obama afirmó que:

“Me agrada anunciar que **tenemos un plan concreto para que se defiendan los derechos laborales en Colombia**, en consecuencia con nuestros valores y sobre todo, con la visión del Presidente Santos de una sociedad justa y equitativa dentro de Colombia. Y **esto nos sirve como avance para seguir hacia adelante con un Tratado de Libre Comercio** entre Colombia y los Estados Unidos.”<sup>19</sup> (Énfasis fuera del texto)

Con la suscripción del Plan de Acción, se hizo posible la aprobación del Tratado de Libre Comercio por el Congreso de Estados Unidos, y la ratificación del mismo por medio del canje de notas del 15 de abril de 2012 entre el Representante Comercial de Estados Unidos y la Ministra de Relaciones Exteriores de Colombia<sup>20</sup>.

El Plan de Acción, al ser un acuerdo entre dos Estados, regido por el derecho internacional, mediante el cual se adquirieron nuevas obligaciones internacionales,

<sup>18</sup> Presidencia de la República, “Declaración del Presidente Juan Manuel Santos luego de su reunión con el Presidente de EEUU, Barack Obama”, 7 de abril de 2011, en [http://wsp.presidencia.gov.co/Prensa/2011/Abril/Paginas/20110407\\_05.aspx](http://wsp.presidencia.gov.co/Prensa/2011/Abril/Paginas/20110407_05.aspx).

<sup>19</sup> Presidencia de la República, “Declaración del Presidente de Estados Unidos, Barack Obama, tras la reunión con el Jefe de Estado de Colombia”, 7 de abril de 2011, en [http://wsp.presidencia.gov.co/Prensa/2011/Abril/Paginas/20110407\\_09.aspx](http://wsp.presidencia.gov.co/Prensa/2011/Abril/Paginas/20110407_09.aspx).

<sup>20</sup> Ver Canje de Notas entre la Ministra María Ángela Holguín Cuéllar y el Representante Comercial de Estados Unidos, Embajador Ron Kirk, del 15 de abril de 2012, en [http://www.tlc.gov.co/loader.php?lServicio=Documentos&lFuncion=verPdf&id=63032&name=Canje\\_de\\_notas.pdf&prefijo=fiie](http://www.tlc.gov.co/loader.php?lServicio=Documentos&lFuncion=verPdf&id=63032&name=Canje_de_notas.pdf&prefijo=fiie)



y que constituyó la condición para permitir la ratificación del TLC, es un tratado internacional. Dicho tratado contiene una serie de obligaciones para Colombia, algunas de las cuales son positivas para la defensa de los derechos laborales y del derecho de asociación sindical. Dichas obligaciones, sin embargo, nunca fueron aprobadas por el Congreso ni controladas por la Corte Constitucional. Otras obligaciones—como la obligación de criminalizar la suscripción de pactos colectivos (Capítulo V del Plan de Acción)—son materialmente inconstitucionales. La naturaleza del Plan de Acción como tratado internacional se explica a fondo en la sección 5 de la demanda.

Los Capítulos II y V del Plan de Acción Laboral establecieron:

*"II. Reforma al Código Penal*

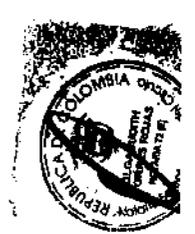
*El Gobierno colombiano presentó al Congreso una reforma al Código Penal que establece sanciones penales para los empleadores que atenten contra el derecho de asociación sindical, reunión y el derecho de negociación colectiva. Esta reforma abarca prácticas que puedan lesionar los derechos fundamentales del trabajo. El nuevo artículo del Código Penal, castigará estas conductas con penas de hasta 5 años de prisión. El Gobierno de Colombia buscará la aprobación por el Congreso de la República antes del 15 de junio de 2011.*

[...]

*V. Pactos Colectivos*

*El Gobierno colombiano ha incluido en el proyecto de ley para modificar el código penal, un artículo que establece como delito con pena de prisión, la utilización de pactos colectivos para vulnerar el derecho de asociación sindical y negociación colectiva mediante el ofrecimiento de mejores condiciones a los trabajadores no sindicalizados en dichos pactos.*

*El MPS llevará a cabo campañas de divulgación para promover la concientización sobre el uso ilegal de pactos colectivos que vulneran el derecho a organizarse y negociar colectivamente. La campaña debe estar lista para el 15 de junio de 2011, fecha en la que se espera que la reforma al Código Penal sea aprobada. El Ministerio de Protección Social lanzará la campaña inmediatamente se adopte*



*la reforma al Código Penal y continuará con ella durante 2011. El Gobierno colombiano dispondrá de recursos presupuestales adicionales para la campaña de divulgación en 2012."*

### **c. Legislación preexistente a la norma demandada**

Antes de la introducción del inciso segundo en el artículo 200 del Código Penal, la legislación colombiana permitía negociar pactos colectivos con organizaciones no sindicalizadas, cuando en la empresa no existe un sindicato que agrupe a más de la tercera parte de los trabajadores. Esta posibilidad se encuentra aún en el artículo 481 del Código Sustantivo del Trabajo, y fue considerada en varios casos por la Corte Constitucional como una opción legítima para empleadores y trabajadores.

El Título III de la Parte Segunda del Código Sustantivo del Trabajo se titula "*Convenciones, pactos colectivos y contratos sindicales*". Los artículos 467 a 480 regulan las convenciones colectivas, y tratan dos hipótesis en relación con la representatividad de los sindicatos que las suscriben. Si el sindicato representa a más de un tercio de los trabajadores de la empresa, la convención colectiva beneficia a todos los trabajadores, estén o no afiliados al sindicato. Si, por el contrario, el sindicato no logra esa representatividad, la empresa puede negociar adicionalmente un pacto colectivo. Esta posibilidad se encuentra prevista en el artículo 481, que dice: "*Los pactos entre patronos y trabajadores no sindicalizados se rigen por las disposiciones establecidas en los títulos II y III, capítulo segunda del Código Sustantivo del Trabajo, pero solamente son aplicables quienes los hayan suscrito o adhieran posteriormente a ellos*".

Estas normas admiten, entonces, la coexistencia entre convenciones colectivas de trabajo y pactos colectivos. Dicha coexistencia naturalmente debe llevar a una diferencia entre las condiciones pactadas en cada instrumento.

La Corte Constitucional ha considerado que la coexistencia de convenciones colectivas y pactos colectivos no es contraria a la Constitución. En la sentencia C-1491 de 2000 (M.P. Fabio Morón Díaz), la Corte resolvió desfavorablemente los cargos propuestos contra el artículo 70 de la Ley 50 de 1990, consistentes en que al permitir dicha coexistencia, se desconocía el derecho de asociación sindical. Dijo la Corte que

*"[...] los Convenios y Recomendaciones suscritos por Colombia, obligan a la protección del sindicalismo, y es innegable que la coexistencia, dentro de una misma empresa del pacto colectivo y la convención colectiva, lo único que hace es desarrollar estos instrumentos internacionales ya que los*

*pactos colectivos y las convenciones colectivas constituyen fuente de derecho laboral encaminadas a desarrollar la libertad sindical y por lo mismo no son violatorias de la contratación colectiva, sino lo contrario, como en múltiples oportunidades esta Corporación, ha tenido oportunidad de pronunciarse, en el sentido de proteger a los sindicatos minoritarios (T-136 y T-143 de 1995)."*

Con el fin de proteger a los sindicatos, la jurisprudencia de la Corte, sin embargo, introdujo algunas limitaciones a las posibilidades de negociar pactos colectivos. En ese sentido, ha establecido que si bien pueden coexistir las convenciones y los pactos colectivos, y en principio estos pueden contener regulaciones distintas, las diferencias deben obedecer a criterios objetivos y razonables:

*"Se afecta el derecho a la igualdad, cuando el pacto colectivo contiene cláusulas que crean condiciones de trabajo para los trabajadores no sindicalizados, diferentes a las previstas para los trabajadores sindicalizados, y las circunstancias fácticas no justifican desde el punto de vista de su diferencia, racionalidad, razonabilidad y finalidad un tratamiento distinto. Así mismo se viola el derecho a la asociación sindical, porque las aludidas diferencias en las condiciones de trabajo estimulan la deserción de los miembros del sindicato, con el resultado de que un sindicato que antes era mayoritario se puede tornar en minoritario con las consecuencias jurídicas que ello implica e incluso puede llegar a desaparecer. De esta manera el ejercicio omnimodo, absoluto y sin cortapisa de ninguna clase de la libertad patronal para celebrar pactos colectivos se traduce en violación de los derechos fundamentales de los trabajadores y de la organización sindical."<sup>21</sup> (Énfasis fuera del texto)*

Sin embargo, en sentencias posteriores la Corte precisó que la sola suscripción del pacto colectivo no violaba los derechos del sindicato, sino que tenía que demostrarse en cada caso una finalidad de discriminar y reducir al sindicato:

*"La Corte Constitucional ha considerado que la ventaja que se concede a los trabajadores que adhieren a un pacto colectivo en la fecha en que se hacen efectivas los incrementos y beneficios acordados, en relación con los operarios afiliados al sindicato y cuya relación laboral se rige por una convención colectiva de trabajo, deviene contraria a la Carta y a la efectiva vigencia de los derechos constitucionales fundamentales, cuando de manera arbitraria el patrono utiliza ese mecanismo para golpear a unas*

<sup>21</sup> Sentencia SU-342 de 1995, M.P. Antonio Barrera Carbonell. Con salvamento de voto de los magistrados Hernando Herrera Vergara, Fabio Morón Díaz, Vladimiro Naranjo Mesa y Jorge Arango Mejía.

**organización sindical presionando, merced al otorgamiento de mejores condiciones, el retiro de quienes la conforman.**<sup>22</sup>

En la sentencia SU-569 de 1996, la Sala Plena reiteró el criterio que requiere una intención discriminatoria:

**"El empleador puede libremente convenir con sus trabajadores, el salario, las prestaciones sociales y demás condiciones materiales de trabajo.** Y para efectos de garantizar el principio a trabajo igual salario igual que se traduce en la fórmula de que el valor del trabajo debe corresponder al valor del salario, puede establecer diferencias salariales, siempre que exista una justificación razonable, basada en la cantidad, calidad y eficiencia en el trabajo, en la jornada de trabajo o en otras circunstancias relevantes, aun cuando se trate de trabajadores que desempeñen una misma labor. También puede, con respecto al personal directivo que no se beneficia de la Convención establecer condiciones de trabajo diferentes a las que deben regir para los trabajadores sindicalizados. Pero lo que si no le es permitido, como se dijo en la sentencia SU-342/95, porque se violan los derechos a la igualdad, a la asociación sindical y a la negociación colectiva, es que el patrono escudado en su libertad para convenir y contratar y para disponer libremente de su patrimonio, desconozca los derechos, principios y valores constitucionales, otorgando a los trabajadores no sindicalizados, mejores condiciones de trabajo, beneficios o garantías que las que se reconocen a los sindicalizados, sin un fundamento serio, objetivo, racional y razonable que justifique un tratamiento diferente, **y con la finalidad de lesionar los derechos de los trabajadores sindicalizados y de la organización sindical.**"<sup>23</sup>

Así, durante al menos dos décadas, en Colombia se permitió la suscripción de pactos laborales de manera simultánea con las convenciones colectivas, y la Corte Constitucional en el año 2000 estableció que esta era una posibilidad permitida por la Constitución, pues ambos instrumentos garantizaban la libertad de asociación. A partir del año 1995, la Corte restringió la posibilidad de negociar pactos colectivos, señalando que serían inconstitucionales los pactos en los cuales (i) se establecieran diferencias sin fundamento serio, objetivo, racional y razonable y (ii) se verificara una finalidad de lesionar al sindicato. Es decir que, si bien se permitió el ejercicio del derecho de negociación colectiva a través de los pactos sindicales, la Constitución de 1991 prohibió el abuso del mismo.

<sup>22</sup> Sentencia T-201 de 1996, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

<sup>23</sup> Sentencia SU-569 de 1996, M.P. Antonio Barrera Carbonell. Con salvamento de voto de los magistrados Hernando Herrera Vergara, Fabio Morón Díaz, Vladimiro Naranjo Mesa y Jorge Arango Mejía. En el mismo sentido, sentencia SU-570 de 1996, M.P. Antonio Barrera Carbonell.

#### **d. Introducción de la norma penal y ausencia de deliberación legislativa**

La anterior situación cambió en el año 2011 con la introducción del inciso segundo del artículo 200 del Código Penal. La norma introdujo una prohibición *per se* de los pactos colectivos y de otras formas de beneficiar a los trabajadores, como los beneficios extralegales. Y lo hizo, no a través de una reforma de la legislación laboral, sino por medio de un inciso introducido en un tercer debate en una gran reforma penal, criminalizando lo que hasta el momento se consideraba un derecho legítimo e inherente a la negociación colectiva.

La prohibición penal de celebrar pactos colectivos se introdujo inicialmente en una proposición del Gobierno Nacional en el tercer debate de un proyecto de ley sobre política criminal. Esto ocurrió el 24 de marzo de 2011, cuando ya se estaba negociando el Plan de Acción Laboral pero aún no se había terminado de acordar entre los gobiernos de Colombia y Estados Unidos<sup>24</sup>. El Gobierno Nacional no estableció por qué era necesario crear un nuevo tipo penal. Simplemente indicó que se proponía un artículo nuevo *“para tipificar una conducta de quienes atentan y violan los derechos de reunión y de asociación, es una circunstancia que se está presentando con mucha regularidad, esta es una protección a los derechos de organizar sindicatos. [...] Es un artículo que el Gobierno quiere, me encarecidamente, solicitarles se incluya en este proyecto. Lo ponga en consideración de la Comisión”*<sup>25</sup>.

Entre el tercer y cuarto debate ocurrió la firma del Plan de Acción Laboral entre los Presidentes Santos y Obama. Es por eso que el Capítulo II constata que el Gobierno Nacional *“presentó al Congreso una reforma al Código Penal que establece sanciones penales para los empleadores que atenten contra el derecho de asociación sindical, reunión y el derecho de negociación colectiva”*.

Así, el 13 de abril de 2011, dos días después de la firma del Plan de Acción Laboral, la norma se mantuvo en la ponencia para cuarto debate, aunque en la justificación de la ponencia no se hizo ninguna alusión al nuevo tipo penal referido a los pactos colectivos<sup>26</sup>. Ya en el cuarto debate, se presentó una proposición que modificó el artículo y lo dejó en los términos en que finalmente quedó aprobado. Como la proposición se votó en bloque con otras proposiciones que tenían aval del Gobierno, ningún Representante a la Cámara se pronunció a favor o en contra

<sup>24</sup> Gaceta del Congreso No. 263 de 2011.

<sup>25</sup> *Ibid.*

<sup>26</sup> Gaceta del Congreso No. 194 de 2011.

de la decisión de criminalizar los pactos colectivos<sup>27</sup>. De hecho, en el acta de la Sesión Plenaria en que se aprobó la Ley 1453 de 2011 en cuarto debate, no aparecen las palabras "pactos colectivos"<sup>28</sup>.

Así, a través de un inciso introducido subrepticamente en el tercer debate en la Cámara de Representantes, y con la única finalidad de cumplir un tratado internacional no ratificado, el Congreso modificó radicalmente la ley laboral colombiana. Antes de esta reforma del año 2011, la empresa y los empleados no sindicalizados podían celebrar pactos colectivos, incluso con condiciones distintas a las de los sindicatos, siempre que no se verificara una diferenciación carente de objetividad ni una finalidad de lesionar al sindicato. Después de la reforma, los pactos colectivos no solo quedaron prohibidos, sino que quedaron prohibidos por medio de una norma penal. Frente a esta modificación radical, tanto de la ley penal como de la ley laboral, no hubo ninguna voz a favor ni en contra en el tercer y cuarto debate ante la Cámara de Representantes.

#### 4. Competencia de la Corte Constitucional para controlar acuerdos simplificados que materialmente asumen nuevas obligaciones

El Plan de Acción Laboral no es una ley, pero esto ocurre como consecuencia de la omisión del Gobierno Nacional en presentar ese tratado internacional al Congreso de la República. Este es un típico caso de *elusión constitucional*, que ocurre cuando un poder público utiliza aparentes lagunas en la Constitución Política para sustraer sus actos al control constitucional<sup>29</sup>. La elusión consistió en firmar documentos con otros Estados, sin designarlos formalmente como tratados, pero asumiendo materialmente nuevas obligaciones internacionales, fue objeto de debate en la Corte Constitucional durante varios años, que durante varios años rechazó demandas contra actos internacionales del Gobierno Nacional que correspondían materialmente a tratados internacionales.

El debate fue clausurado con el Auto A-288 de 2010 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio), en que la Corte concluyó que esta era competente para conocer demandas contra los tratados internacionales que no hubieran sido enviados al Congreso. En esa sentencia, la Corte determinó que el "Acuerdo complementario para la Cooperación y Asistencia Técnica en Defensa y Seguridad entre los Gobiernos de la República de Colombia y de los Estados Unidos de América", que

<sup>27</sup> Gaceta del Congreso No. 669 de 2011.

<sup>28</sup> Ibid.

<sup>29</sup> Manuel Fernando Quinche Ramírez, *La elusión constitucional: una política de evasión del control constitucional en Colombia*, 2009, pp. 94-126 (Capítulo III – La elusión constitucional con los tratados públicos).

permitía a Estados Unidos utilizar bases militares en Colombia, no era un acuerdo simplificado, pues creaba nuevas obligaciones para el Estado. De esta forma, debió ser avalado por el Congreso y controlado por la Corte Constitucional. Por lo tanto, la Corte declaró que dicho tratado *"no puede surtir efectos en el ordenamiento interno colombiano hasta tanto cumpla con el trámite constitucional previsto para los tratados en forma solemne, de conformidad con lo establecido en los artículos 150.16, 154, 157, 158, 160, 165, 224 y 241 numeral 10 de la Carta Política"*.

En dicho Auto, que configura un precedente plenamente aplicable a este caso, la Corte estableció, de conformidad con el derecho internacional público, que los tratados internacionales son independientes de su denominación formal, de acuerdo con la definición amplia de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

En la siguiente sección se aborda la naturaleza del Plan de Acción Laboral como tratado internacional. Para concluir la presente sección, se reitera que la Corte Constitucional es competente para conocer de esta demanda contra el Plan de Acción Laboral porque, a pesar de no estar contenido en una ley de la República, este debió haber sido aprobado por el Congreso mediante una ley aprobatoria de tratado y remitido a la Corte Constitucional.

## 5. Cargos contra el "Plan de Acción de Colombia y Estados Unidos para los derechos laborales"

### a. El Plan de Acción corresponde materialmente a un tratado internacional

La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 dice:

*"se entiende por "tratado" un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular"* (Artículo 2(1)(a))

En el comentario autorizado de la Convención de Viena, elaborado por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas en 1966, cuando esta Convención había sido elaborada en forma de un proyecto de artículos, indicó que esta definición pretendía cubrir de manera genérica todos los acuerdos entre Estados:

*"El término "tratado" se usa a lo largo de todo el proyecto de artículos como un término genérico que cubre toda forma de acuerdo internacional escrito que se concluye entre los Estados. [...] una variedad de instrumentos usados diariamente, tales como "minuta de acuerdo" o "memorando de entendimiento", no podrían denominarse adecuadamente instrumentos formales, pero sin duda son acuerdos internacionales sujetos al derecho de los tratados."<sup>30</sup>*

La Corte Constitucional ya ha acogido esta definición amplia de tratado. En la sentencia C-785 de 1999 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo) afirmó que *"no es el nombre o denominación de un instrumento internacional sino su contenido lo que define su naturaleza de Tratado"*, razón por la cual consideró que un "Acta" firmada por el Gobierno materialmente correspondía a un tratado, debido a que creaba nuevas obligaciones internacionales para los Estados firmantes.

**b. El Plan de Acción no es un acuerdo simplificado**

La Corte no ha exigido que todo acuerdo internacional sea llevado al Congreso. Ha admitido la existencia de acuerdos simplificados, destinados a desarrollar las obligaciones de tratados preexistentes. En el Auto A-288 de 2010, este aspecto fue objeto de una amplia discusión, debido a que el acuerdo entre Estados Unidos y Colombia, se refería a una variedad de tratados preexistentes entre los países, que según el Gobierno fundamentaban las nuevas obligaciones asumidas por Colombia. La Corte estuvo en desacuerdo. Afirmó que

*"[...] es plausible aceptar acuerdos complementarios que concreten, precisen o desarrollen esas obligaciones; justamente por ello la Corte ha avalado la existencia de acuerdos simplificados. Sin embargo, esto no implica que un tratado sea una norma habilitante o en blanco para que en un Acuerdo Simplificado se pueda consagrar cualquier tipo de obligaciones por el sólo hecho de que guarden cierto grado de conexidad con el tratado al cual se adscriben (tratado principal). Aceptar esta hipótesis*

<sup>30</sup> International Law Commission, *Yearbook of the International Law Commission*, 1966, Vol. II, p. 188. Traducción libre. Texto original en inglés: *"The term "treaty" is used throughout the draft articles as a generic term covering all forms of international agreement in writing concluded between States. Although the term "treaty" in one sense connotes only the single formal instrument, there also exist international agreements, such as exchanges of notes, which are not a single formal instrument, and yet are certainly agreements to which the law of treaties applies. Similarly, very many single instruments in daily use, such as an "agreed minute" or a "memorandum of understanding", could not appropriately be called formal instruments, but they are undoubtedly international agreements subject to the law of treaties. A general convention on the law of treaties must cover all such agreements, and the question whether, for the purpose of describing them, the expression "treaties" should be employed rather than "international agreements" is a question of terminology rather than of substance."*



*desnaturalizaría la esencia de los acuerdos simplificados como instrumentos para desarrollar el contenido de un tratado solemne, excediendo los límites que de ellos emanan.*

*Ahora bien, un "Acuerdo Simplificado" regula asuntos propios de un "tratado solemne" en aquellos eventos en los cuales impone obligaciones diferentes o que exceden el alcance de los compromisos adquiridos con anterioridad. La jurisprudencia de esta Corporación ha señalado diversos criterios constitucionales para determinar si un acuerdo de esta naturaleza ha desbordado dicha órbita, a saber:*

*(i) Cuando el Acuerdo no es "desarrollo directo de un tratado negociado, suscrito, aprobado y revisado en la forma prevista en la Constitución Política".*

*(ii) Cuando el Acuerdo no busca "dar cumplimiento a las cláusulas sustantivas de un tratado vigente", de manera que excede "las ya contraídas por el Estado colombiano".*

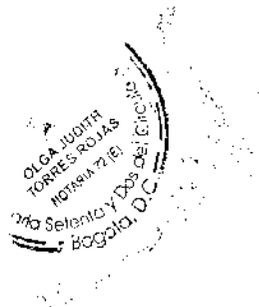
*(iii) Cuando el Acuerdo se refiere a materias que no corresponden a la "órbita exclusiva del Presidente de la República, directamente o por delegación, como director de las relaciones internacionales".*

*(iv) Cuando el Acuerdo no es un instrumento de ejecución de un proyecto específico dentro del marco de un tratado ratificado por Colombia, sino que implica "la asunción de compromisos adicionales a los estipulados en el tratado principal".*

*(v) Cuando el Acuerdo no se enmarca "dentro de los propósitos y objetivos" del tratado principal.*

*(vi) Cuando el Acuerdo pretenda modificar el alcance del tratado principal o alterar una obligación en él definida para convertirla en una sustancialmente distinta de la originaria. Lo mismo ocurre en asuntos sometidos a reserva de ley o respecto de los cuales la Constitución señala un trámite específico para su aprobación, porque ello implicaría modificar el contenido del tratado sin las formalidades que la propia Constitución exige.*

*En definitiva, en un Acuerdo Simplificado no es admisible regular obligaciones que no emanan de forma clara y directa del tratado principal o que son ajenos a sus objetivos, en tanto significaría crear o modificar un compromiso internacional. De esta manera, "cuando los denominados convenios complementarios impliquen la asunción de obligaciones nuevas, diferentes o adicionales a las del tratado de cooperación inicial, no tendrían la calidad de acuerdos simplificados sino de tratados internacionales que*



*de conformidad con la Constitución, deben ser sometidos a la aprobación del Congreso y al control automático de constitucionalidad”.*

El Plan de Acción Laboral cumple con varios de los criterios enunciados por la Corte en la cita anterior:

- (i) No se trata del desarrollo directo de un tratado previamente ratificado por Colombia. De hecho, el Plan de Acción no menciona ningún tratado sino que directamente establece nuevas obligaciones para Colombia.
- (ii) Tampoco busca dar cumplimiento a las cláusulas sustantivas de un tratado vigente, sino que crea nuevas obligaciones.
- (iii) Las materias a las que se refiere el tratado no corresponden a la órbita exclusiva del Presidente. El Plan de Acción, entre otros elementos, trata la creación de un Ministerio de Trabajo, la reforma al Código Penal, la regulación legal de las cooperativas de trabajo asociado y de las empresas de servicios temporales y la reforma a la justicia penal. Todos estos elementos competen exclusivamente al Congreso de la República a través de su función de hacer las leyes (art. 150 CP), por lo cual el Presidente de la República solamente podría comprometer la voluntad del Estado colombiano presentando al Congreso el tratado a ratificar.
- (iv) El Plan de Acción Laboral implica la asunción de compromisos adicionales a los estipulados en tratados preexistentes. Se trata de compromisos concretos, relacionados con acciones ejecutivas y legislativas.
- (v) El Plan de Acción no se enmarca dentro de los propósitos y objetivos de ningún tratado preexistente, y no identifica ningún tratado principal del cual sea un desarrollo.
- (vi) El Plan de Acción Laboral compromete a Colombia en asuntos sometidos a reserva de ley, como la reforma al Código Penal, al régimen de las cooperativas de trabajo asociado y la reforma a la justicia penal.

Teniendo en cuenta todos los criterios indicativos identificados por la Corte Constitucional en el Auto A-288 de 2010 es claro que el Plan de Acción Laboral no es un acuerdo simplificado, sino un tratado internacional que debió ser remitido al Congreso.

A lo anterior podría objetarse que el Plan de Acción Laboral no es un documento jurídico sino una serie de compromisos políticos asumidos por Colombia, que no crean derechos y obligaciones bajo el derecho internacional. Sin embargo, como ya se indicó, en el derecho internacional no es determinante la denominación formal del documento para establecer si es un tratado internacional. El aspecto clave es que se trate de (i) un acuerdo entre sujetos de derecho internacional, y (ii) regido por el derecho internacional.

En el caso de la *Plataforma Continental del Mar Egeo*, la Corte Internacional de Justicia tuvo que determinar si un comunicado conjunto entre los Jefes de Gobierno de Grecia y Turquía constituía un acuerdo vinculante para conferir jurisdicción a la Corte. Sobre este punto, Turquía argumentó que era *"evidente que un comunicado conjunto no equivale a un acuerdo bajo el derecho internacional"*<sup>31</sup>. A este argumento formal, la Corte respondió que

*"[...] la Corte solo debe observar que no conoce ninguna regla de derecho internacional que pueda impedir que un comunicado conjunto constituya un acuerdo internacional de someter una controversia a arbitraje o solución judicial (cf. artículos 2, 3 y 11 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados). De acuerdo con lo anterior, la pregunta de si el Comunicado de Bruselas del 31 de mayo de 1975 constituye o no tal acuerdo depende esencialmente de la naturaleza del acto o transacción reflejada en el Comunicado; y la cuestión no se resuelve simplemente refiriéndose a la forma en que tal acto o transacción está incorporado—en este caso un comunicado. Por el contrario, al determinar cuál fue en efecto la naturaleza del acto o transacción reflejada en el Comunicado de Bruselas, la Corte debe tener en cuenta, sobre todo, sus términos y las circunstancias particulares en que fue concluido"*<sup>32</sup>.

<sup>31</sup> CIJ, *Aegean Sea Continental Shelf (Greece v. Turkey)*, Judgment, I.C.J. Reports 1978, p. 3., párrafo 95. Traducción libre. Texto original en inglés: "[...]The Turkish Government, in the observations which it transmitted to the Court on 25 August 1976, considered it "evident that a joint communiqué does not amount to an agreement under international law", adding that "If it were one, it would need to be ratified at least on the part of Turkey" [...]"

<sup>32</sup> *Ibid.*, párrafo 96. Traducción libre. Texto original en inglés: "the Court need only observe that it knows of no rule of international law which might preclude a joint communiqué from constituting an international agreement to submit a dispute to arbitration or judicial settlement (cf. Arts. 2, 3 and 11 of the Vienna Convention on the Law of Treaties). Accordingly, whether the Brussels Communiqué of 31 May 1975 does or does not constitute such an agreement essentially depends on the nature of the act or transaction to which the Communiqué gives expression; and it does not settle the question simply to refer to the form-a communiqué-in which that act or transaction is embodied. On the contrary, in determining what was indeed the nature of the act or transaction embodied in the Brussels Communiqué, the Court must have regard above all to its actual terms and to the particular circumstances in which it was drawn up."



Posteriormente, en el caso de la *Delimitación Marítima y Cuestiones Territoriales entre Qatar y Bahrein*, la Corte consideró la pregunta de si las minutas de una reunión entre Qatar, Bahrein y Arabia Saudita constituían o no un acuerdo jurídicamente vinculante de llevar la cuestión territorial y marítima a la Corte. La Corte indicó que "los acuerdos internacionales pueden tomar un número de formas y pueden recibir una diversidad de nombres"<sup>33</sup>. En ese sentido, reiteró el precedente de la Plataforma Continental del Mar Egeo, sosteniendo que se debían considerar (i) los términos del documento y (ii) las circunstancias particulares en las que fue construido. La Corte indicó que las Minutas registraron un acuerdo al que llegaron los Estados luego de una ronda de consultas, estableciendo específicamente los puntos que estos habían acordado:

"Por lo tanto, las Minutas de 1990 incluyen una reafirmación de las obligaciones previamente establecidas; confían al Rey Fahd con la tarea de buscar una solución a la controversia dentro de un periodo de seis meses; y, finalmente, contemplan las circunstancias bajo las cuales podría recurrirse a la Corte después de mayo de 1990. || De acuerdo con lo anterior, y contrario a los argumentos de Bahrein, las Minutas no son un simple registro de una reunión [...]; estas no se limitan a dar cuenta de las discusiones y a resumir puntos de acuerdo y de desacuerdo. Estas enumeran los compromisos a los cuales las Partes han consentido. Por lo tanto crean derechos y obligaciones en derecho internacional para las Partes. Constituyen un acuerdo internacional."<sup>34</sup>

La Corte consideró irrelevante que el Ministro de Relaciones Exteriores de Bahrein hubiera señalado, posteriormente, que al suscribir las Minutas no había tenido la intención de obligar jurídicamente a su país. Dijo la Corte que

"no es necesario considerar cuáles pueden haber sido las intenciones del Ministerio de Relaciones Exteriores de Bahrein ni, tampoco, aquellas del Ministro de Relaciones Exteriores de Qatar. Los dos Ministros suscribieron un texto registrando compromisos aceptados por sus gobiernos, algunos de los cuales fueron aplicados inmediatamente. Habiendo suscrito dicho

<sup>33</sup> CIJ, *Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain, Jurisdiction and Admissibility, Judgment*, I. C. J. Reports 1994, p. 112, párrafo 23.

<sup>34</sup> *Ibid.*, párrafo 25. Traducción libre. Texto original en inglés: "Thus the 1990 Minutes include a reaffirmation of obligations previously entered into; they entrust King Fahd with the task of attempting to find a solution to the dispute during a period of six months; and, lastly, they address the circumstances under which the Court could be seised after May 1991. || Accordingly, and contrary to the contentions of Bahrain, the Minutes are not a simple record of a meeting, similar to those drawn up within the framework of the Tripartite Committee; they do not merely give an account of discussions and summarize points of agreement and disagreement. They enumerate the commitments to which the Parties have consented. They thus create rights and obligations in international law for the Parties. They constitute an international agreement."



texto, el Ministro de Relaciones Exteriores de Bahr in no puede posteriormente afirmar que solo pretendia suscribir una "declaración registrando un acuerdo político", y no un acuerdo internacional"<sup>35</sup>.

Los anteriores precedentes permiten examinar si el Plan de Acción Laboral es o no un tratado internacional. De acuerdo con un reconocido doctrinante, en estos casos, para determinar si las partes se obligaron mediante un acuerdo internacional, se deben revisar tres elementos: (i) el lenguaje y el contexto del documento, (ii) las circunstancias en que se concluyó el mismo y (iii) las explicaciones dadas por las partes<sup>36</sup>.

Teniendo en cuenta estos tres elementos, es claro que Plan de Acción Laboral tiene el efecto de crear obligaciones internacionales entre Colombia y Estados Unidos:

- (i) En relación con el *lenguaje y contexto* del documento, el Plan de Acción constata que las partes "*acuerdan*" la adopción de medidas en plazos específicos. Al enunciar las medidas, se utiliza un lenguaje imperativo, indicando que Colombia efectivamente queda obligada, frente a Estados Unidos, a realizar diversas acciones. Por ejemplo:

- "En concordancia, el Gobierno de Colombia y el Gobierno de Estados Unidos acuerdan que las siguientes medidas se adoptado o se adoptarn en los plazos indicados: [...]"
- "El Gobierno colombiano dispondrá de partidas presupuestales para la contratación [...]"

<sup>35</sup> Ibid., párrafo 27. Traducción libre. Texto original en inglés: "The Court does not find it necessary to consider what might have been the intentions of the Foreign Minister of Bahrain or, for that matter, those of the Foreign Minister of Qatar. The two Ministers signed a text recording commitments accepted by their Governments, some of which were to be given immediate application. Having signed such a text, the Foreign Minister of Bahrain is not in a position subsequently to say that he intended to subscribe only to a "statement recording a political understanding", and not to an international agreement".

<sup>36</sup> Malcolm Shaw, *International Law*, Cambridge University Press, 2003, p. 813: "The test will focus upon the intent of the parties as seen in the language and context of the document concerned, the circumstances of its conclusion and the explanations given by the parties: see the view of the US Assistant Legal Adviser for Treaty Affairs, 88 AJIL, 1994, p. 515. See also O. Schechter, 'The Twilight Existence of Nonbinding International Agreements', 71 AJIL, 1977, p. 296, and Rosenne, *Developments*, p. 91."

- "El Gobierno de Colombia garantizará que la financiación para al menos 100 inspectores adicionales se incluya en el presupuesto del año 2012 a más tardar el 30 de mayo de 2011."
- "El Gobierno de Colombia establecerá un plan para mejorar el sistema de [...]. Los talleres comenzarán a más tardar el 15 de junio de 2011 [...]"
- "El Gobierno de Colombia buscará la aprobación por el Congreso de la Republica antes del 15 de junio de 2011."
- "El MPS [Ministerio de Protección Social] llevará a cabo campañas de divulgación para promover la concientización sobre el uso ilegal de pactos colectivos que vulneran el derecho a organizarse y negociar colectivamente. La campaña debe estar lista para el 15 de junio de 2011, fecha en la que se espera que la reforma al Código Penal sea aprobada."

Además, el Plan de Acción incluye, en su capítulo final, un mecanismo de seguimiento para "evaluar el alcance en la implementación de este plan de acción", con reuniones técnicas y de alto nivel en los años siguientes.

- (ii) Las circunstancias de la conclusión del Plan de Acción ya fueron descritas en esta demanda. Este Plan de Acción fue la condición  *sine qua non* para la aprobación del TLC por parte de Estados Unidos y para que Colombia y Estados Unidos pudieran finalmente ratificar ese tratado en el año 2012. Los asuntos laborales habían impedido inicialmente ratificar el TLC, razón por la cual Colombia y Estados Unidos tuvieron que suscribir un protocolo que modificó el Capítulo 17 del Tratado y que fue también aprobado por el Congreso de Colombia y revisado por la Corte Constitucional<sup>37</sup>. El Gobierno de Barack Obama consideró, sin embargo, que estos nuevos compromisos eran insuficientes, por lo cual a instancias de los congresistas demócratas y los sindicatos estadounidenses, exigió *nuevos compromisos*, que son los establecidos en el Plan de Acción.

Dicho Plan de Acción no requirió ratificación interna por parte de Estado Unidos, probablemente porque el mismo no contiene ninguna obligación para ese país. Pero creó nuevas obligaciones para Colombia, que

<sup>37</sup> Ver Sentencia C-751 de 2008, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

serían verificadas posteriormente. Varias de las acciones señaladas en el Plan de Acción ya estaban siendo realizadas por Colombia—como la creación de un Ministerio de Trabajo—pero para Estados Unidos fue fundamental que dichas acciones quedaran plasmadas en un documento entre Colombia y Estados Unidos, como requisito para proceder a ratificar el TLC.

En este sentido, puede afirmarse que los compromisos laborales del TLC no fueron sujetos a aprobación y revisión de la Corte Constitucional en su totalidad. Estos tuvieron tres versiones: la versión original aprobada mediante la Ley 1143 de 2007 y revisada por la Corte en la sentencia C-750 de 2008, la segunda versión aprobada mediante la Ley 1166 de 2007 y revisada por la Corte en la sentencia C-751 de 2008, y finalmente, la tercera versión que simplemente se transcribió en el Plan de Acción Laboral y no se remitió al Congreso de la República.

- (iii) Finalmente, el *comportamiento posterior* de las partes es una prueba irrefutable de la naturaleza del Plan de Acción Laboral como tratado internacional. El artículo 17.4.5 del TLC estableció que cada una de las Partes designaría un punto de contacto para recibir las comunicaciones de personas de la otra parte “sobre asuntos relacionados con las disposiciones de este Capítulo”, es decir, del Capítulo Laboral del TLC. Estados Unidos designó, para estos efectos, a la *Office of Trade and Labor Affairs* (OTLA) de su Departamento de Trabajo.

La OTLA ha recibido y le ha dado trámite a informes de organizaciones sindicales colombianas y estadounidenses sobre el incumplimiento del Plan de Acción Laboral<sup>38</sup>.

El 11 de abril de 2016, la OTLA emitió un comunicado sobre el cumplimiento del Plan de Acción, en el cual resumió la naturaleza del Plan de Acción:

*“En el marco de la consideración del [TLC] por parte del Congreso [de Estados Unidos], el gobierno Obama **negoció** con el gobierno del Presidente colombiano Juan Manuel Santos un Plan de Acción respecto de asuntos laborales que previamente habían parecido imposibles de resolver. [...] El Plan de Acción **detalló acciones***

<sup>38</sup> Ver Department of Labor, Bureau of International Affairs, “*Submissions under the Labor Provisions of Free Trade Agreements*”, en <https://www.dol.gov/agencies/ilab/our-work/trade/fta-submissions>

**concretas que Colombia adoptaría dentro de plazos establecidos para abordar los temas laborales. Los dos gobiernos suscribieron el Plan de Acción el 7 de abril de 2011.<sup>39</sup>**

OTLA consideró los avances y retos en la implementación del Plan de Acción, con lo cual es claro que para el Gobierno de los Estados Unidos, el contenido del Plan de Acción contiene compromisos internacionales de Colombia sobre los cuales cabe hacer seguimiento bajo el Capítulo 17 del TLC.

Este entendimiento aparece también con claridad en el informe de OTLA del 11 de enero de 2017, en el cual se pronuncia sobre una denuncia enviada por organizaciones sindicales respecto del incumplimiento del Plan de Acción por parte de Colombia:

*"Desde el lanzamiento del Plan de Acción, el Departamento de Trabajo de Estados Unidos, el Representante Comercial de Estados Unidos y el Departamento de Estado, han coordinado con las autoridades del Gobierno de Colombia para **cumplir los compromisos concretos del Plan de Acción**, y más ampliamente, para lograr sus objetivos subyacentes y resolver los retos pendientes."<sup>40</sup>*

Es claro que, en opinión de las autoridades de Estados Unidos, el contenido del Plan de Acción es vinculante para Colombia. Es decir, el Plan de Acción generó obligaciones para Colombia y un derecho para

<sup>39</sup> OTLA, "The Colombian Action Plan: A Five Year Update", April 11, 2016, en [https://www.dol.gov/liab/reports/pdf/2016\\_Colombia\\_action\\_plan\\_report\\_FINAL.pdf](https://www.dol.gov/liab/reports/pdf/2016_Colombia_action_plan_report_FINAL.pdf). Traducción libre. Texto original en inglés: "In the context of congressional consideration of the CTPA, the Obama Administration negotiated with the administration of Colombian President Juan Manuel Santos an Action Plan to address labor issues that previously had seemed intractable. These issues included, among others, violence and discrimination against trade union members, impunity for acts of labor-related violence, delays and backlogs in the program to protect threatened unionists, widespread fake worker cooperatives used to undermine workers' rights, and illegal use of collective pacts negotiated with individual workers to weaken unions and avoid collective bargaining. The Action Plan detailed concrete steps that Colombia would take within specified time frames to address such major areas of labor concern. The two governments initialed the Action Plan on April 7, 2011."

<sup>40</sup> OTLA, "Public Report of Review of U.S. Submission 2016-02 (Colombia)", en [https://www.dol.gov/sites/default/files/documents/liab/PublicReportofReviewofUSSubmission2016-02\\_Final.pdf](https://www.dol.gov/sites/default/files/documents/liab/PublicReportofReviewofUSSubmission2016-02_Final.pdf), p. 3. Traducción libre. Texto original en inglés: "Since the launch of the Action Plan, USDOL, USTR, and the State Department have coordinated closely with GOC authorities on fulfilling the concrete commitments made in the Action Plan and, more broadly, on achieving its underlying goals and addressing remaining challenges".

Estados Unidos de verificar el cumplimiento de sus contenidos. De esta forma, los compromisos concretos del Plan de Acción son objeto de revisión periódica y pronunciamientos formales del Gobierno de los Estados Unidos, que en la práctica no ha distinguido entre los compromisos asumidos en el Capítulo 17 del TLC—que fue aprobado por el Congreso de Colombia y revisado por la Corte Constitucional—y los asumidos en el Plan de Acción Laboral. En el plano internacional, son tratados como una misma cosa.

El Gobierno de Colombia no ha discrepado de esta apreciación. El Ministerio de Trabajo periódicamente ha reportado a Estados Unidos sobre el “cumplimiento” del Plan de Acción. Por ejemplo, en el año 2014, el Ministerio de Trabajo presentó un “Informe de cumplimiento Plan de Acción Colombia y Estados Unidos para derechos laborales”<sup>41</sup>. En dicho documento, el Ministerio califica el Plan de Acción como un “acuerdo” sobre cuyo “cumplimiento” es necesario reportar a la contraparte. El Ministerio indicó que

***“Dentro de este plan el gobierno de Colombia se comprometió a adoptar una serie de medidas en unos plazos determinados, por ello al cumplirse tres años desde la firma del plan de acción, el presente documento da cuenta del cumplimiento del acuerdo con cada ítem establecido.”***

En el mismo documento, el Gobierno Nacional identificó expresamente la reforma al artículo 200 del Código Penal, y específicamente la introducción del inciso segundo que aquí se demanda, como una forma en que se cumplió con el acuerdo entre Colombia y Estados Unidos: “Al respecto uno de los más grandes avances del gobierno nacional en materia de protección al derecho de asociación es, sin duda, la expedición de la Ley 1453 de 2011 (de Seguridad Ciudadana), que aumenta la pena por violación al derecho de asociación y penaliza a quien celebre pactos colectivos en los que, en su conjunto, se otorguen mejores condiciones a los trabajadores no sindicalizados, respecto de aquellas condiciones convenidas en convenciones colectivas con los trabajadores sindicalizados de una misma empresa.”<sup>42</sup>

41

Ver <http://www.mintrabajo.gov.co/documents/20147/51963/Informe+Final+Plan+de+Acción+de+Colombia+y+Estados+Unidos+Para+Derechos+Laborales.pdf/42c8e97e-c484-4d95-43a8-57c11117f362>

<sup>42</sup> Ibid., p. 9.

Los anteriores elementos confluyen entonces en la calificación del Plan de Acción como un tratado internacional. En primera medida, el Plan se refirió a que los Jefes de Estado "acuerdan" unos compromisos, para los cuales se establecieron plazos específicos y se utilizaron términos categóricos e imperativos para indicar la obligación respectiva de Colombia (*dispondrá, garantizará, establecerá, buscará,* etc.) En segundo lugar, el Plan fue suscrito entre los Presidentes Santos y Obama como requisito *sine qua non* para la ratificación del TLC, lo cual demuestra que Estados Unidos no solo estaba buscando que Colombia tomara medidas en materia laboral, sino que asumiera un compromiso formal y exigible por Estados Unidos respecto de dichas medidas. En tercer lugar, tanto Estados Unidos como Colombia, asumieron posteriormente el Plan de Acción como un acuerdo que generaba derechos para una parte y obligaciones para la otra. Estados Unidos asumió competencia, a través de su punto nacional de contacto, para monitorear el cumplimiento de las obligaciones—a las cuales se refirió como "*compromisos concretos*"—y formular recomendaciones a Colombia. Colombia, por otra parte, informó a Estados Unidos sobre el "*cumplimiento del acuerdo*" e incluso identificó la reforma al artículo 200 del Código Penal como un ejemplo del cumplimiento del mismo.

Teniendo en cuenta lo anterior, se concluye que:

- (i) El Plan de Acción Laboral suscrito el 7 de abril de 2011 entre Colombia y Estados Unidos, es un tratado desde el punto de vista del derecho internacional.
- (ii) Frente a dicho tratado, el Gobierno Nacional prestó el consentimiento de Colombia sin remitirlo previamente al Congreso de la República, por lo cual no fue objeto de aprobación legislativa ni control automático de constitucionalidad.
- (iii) De acuerdo con la jurisprudencia constitucional (Auto A-288 de 2010), el Plan de Acción Laboral no es un acuerdo simplificado, pues creó nuevas obligaciones internacionales para Colombia y no se enmarcó en un tratado internacional preexistente.

Por los tres motivos anteriores, la Corte Constitucional es competente para conocer de la presente demanda, que se dirige contra el Plan de Acción Laboral.

### c. El Plan de Acción viola el principio constitucional de reciprocidad

La sola forma de conclusión del Plan de Acción—a través de la firma del Jefe de Estado y sin el procedimiento interno de ratificación—viola la Constitución. Sin embargo, se advierte adicionalmente que el Plan de Acción Laboral tiene también un importante vicio material, que es la violación del principio constitucional de reciprocidad.

El artículo 226 de la Constitución establece que

*"El Estado promoverá la internacionalización de las relaciones políticas, económicas, sociales y ecológicas **sobre bases de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional.**"*

Aunque ningún tratado internacional hasta el momento ha sido declarado inexecutable por violación de este artículo, la Corte Constitucional ha sostenido que los principios de *equidad y reciprocidad* son parámetros de constitucionalidad material de los tratados internacionales. Por ejemplo, en la sentencia C-750 de 2008 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández), la Corte indicó la metodología a seguir respecto de estos principios junto con el de conveniencia nacional:

*"4.2.5. Además, en relación con la equidad y la reciprocidad, en estos casos tampoco se puede adelantar un control aislado de las cláusulas convencionales. **Se debe examinar cada disposición en el conjunto del tratado internacional, a efectos de determinar si es equitativo y recíproco; y, solo podrán ser declaradas inexecutable cláusulas del mismo únicamente en casos donde, de manera manifiesta y grosera vulneren la Constitución.** En relación con la conveniencia del mismo, como base de la internacionalización de las relaciones políticas, económicas, sociales y ecológicas, consagrada en el artículo 226 de la Constitución, dada la naturaleza atípica del Acuerdo, su balance debió ser apreciado al momento de la celebración y aprobación del Acuerdo por los órganos políticos, a quienes incumbe de primera mano su consideración junto con la conveniencia.*

*Cabe aclarar, la posibilidad de que existan varias interpretaciones, opiniones y valoraciones sobre la equidad y conveniencia del Acuerdo, así como distintas alternativas hipotéticas de interpretación acordes con la Constitución, lo que lleva a reconocer la presunción de validez y de constitucionalidad del mismo, con base en el principio in dubio pro legislatoris.*

*En efecto, un Acuerdo como el que nos ocupa, puede presentar cláusulas desiguales en un supuesto concreto; sin embargo, desde la perspectiva global de las características de hechos diversos e intereses diferentes de*

*los países firmantes, pueden llevar a una valoración amplia del tratado, y dentro de una visión global del mismo a una conclusión diversa.*

*Sobre el concepto de equidad, a pesar de su grado de indeterminación, debe en principio entenderse como factor insustituible de la búsqueda de un trato equilibrado, objetivo y justo en la asignación de beneficios y cargas que abandone toda forma de arbitrariedad, sin que por ello pueda pretenderse un grado absoluto de perfección toda vez que se condiciona a distintos factores como el nivel de desarrollo y crecimiento económico de cada uno de los países."*

De acuerdo con lo anterior, el principio de *conveniencia nacional* no corresponde revisarlo a la Corte Constitucional sino a los órganos políticos. Sin embargo, los principios de *equidad* y *reciprocidad* sí son parámetros de constitucionalidad. Por ese motivo, se señaló que no se podía realizar un análisis aislado de las cláusulas del tratado, sino que "[s]e debe examinar cada disposición en el conjunto del tratado internacional, a efectos de determinar si es equitativo y recíproco".

En sentencias más recientes, la Corte Constitucional ha analizado tratados internacionales desde el punto de vista de la reciprocidad. En la sentencia de 2015 (M.P. Martha Victoria Sáchica Méndez), la Corte analizó un convenio de doble imposición que incluía una cláusula de nación más favorecida. En este punto, la Corte indicó que

*"Esta regla, que a priori podría resultar problemática por la aparente vulneración del principio de reciprocidad de las relaciones internacionales, no resulta inconstitucional si se atienden ciertas consideraciones. En primer lugar, es relevante tener en cuenta que en la dinámica de las negociaciones de un tratado internacional las partes configuran el instrumento sobre el que se negocia con base en concesiones que resultan convenientes para las partes y permiten llegar a un entendimiento que se presume resulta benéfico en términos generales para éstas. En segundo lugar, la reciprocidad no implica un trato igualitario entre los estados que son parte en un tratado, ni conduce necesariamente a la identidad en las cláusulas que se deban aplicar a uno y otro, sino lo que interesa es el contexto general del Convenio, en donde a partir de la respectiva negociación, cada Estado asuma obligaciones que resultan de la dinámica propia de la negociación que se muestran como equivalentes o que estabilizan las ventajas que pueda tener una de las partes."*

En la sentencia C-184 de 2016 (M.P. Alejandro Linares Cantillo), la Corte indicó que un acuerdo de promoción comercial entre Colombia y Corea del Sur aseguraba la reciprocidad en varias secciones. Por ejemplo, señaló que la

cláusula de nación más favorecida “asegura la reciprocidad comercial entre Estados”, y que las medidas de flexibilización de ingreso y permanencia de las personas en el territorio también cumplieran con este principio, “ya que los plazos establecidos por Colombia y Corea, de acuerdo con la categoría de visitantes, son idénticos.” Cuatro magistrados estuvieron en desacuerdo con el análisis de la Corte respecto de la cláusula de nación más favorecida<sup>43</sup>. Sin embargo, en lo que estuvo de acuerdo toda la Sala Plena fue en la necesidad de analizar las cláusulas del tratado internacional desde la perspectiva del principio de reciprocidad.

El Plan de Acción Laboral es claramente contrario al principio de reciprocidad. Este no contiene ninguna obligación para Estados Unidos, sino que genera obligaciones exclusivamente para Colombia. Esta circunstancia podría ser justificable si el Plan de Acción se dirigiera exclusivamente a igualar el ámbito legal de protección a los sindicatos entre los dos Estados, de manera que Colombia tuviera que alcanzar el nivel de protección ya otorgado por Estados Unidos. Sin embargo, ni Estados Unidos, ni ningún otro país del mundo, criminaliza la suscripción de acuerdos con grupos de trabajadores no sindicalizados, dirigidos a regular las condiciones laborales. De hecho, Chile y México, cuyas legislaciones prevén la posibilidad de suscribir instrumentos equivalentes a los pactos colectivos, tienen tratados de libre comercio con Estados Unidos, y a estos nunca se les ha exigido mediante un Plan de Acción Laboral que sancionen penalmente al empleado y los empleadores que negocien dichos acuerdos.

El Plan de Acción podría válidamente exigir a Colombia “alcanzar” a Estados Unidos en asuntos como los relacionados con la protección física de los líderes sindicales. Pero no en relación con temas en los cuales la legislación estadounidense no tiene ninguna previsión.

Para cumplir con el principio de reciprocidad, no habría sido necesario que el Plan de Acción contemplara exactamente la misma obligación para ambos Estados, pues “la reciprocidad no implica un trato igualitario entre los estados que son parte en un tratado, ni conduce necesariamente a la identidad en las cláusulas”<sup>44</sup>. Sin embargo, si el Plan de Acción pretendía establecer acciones para evitar conductas que, para las Partes, desincentivan la afiliación a los sindicatos, algo tendría que haberse dicho de las mismas conductas en Estados Unidos. Según la OCDE, Colombia tiene una densidad de sindicatos (porcentaje de trabajadores afiliados a

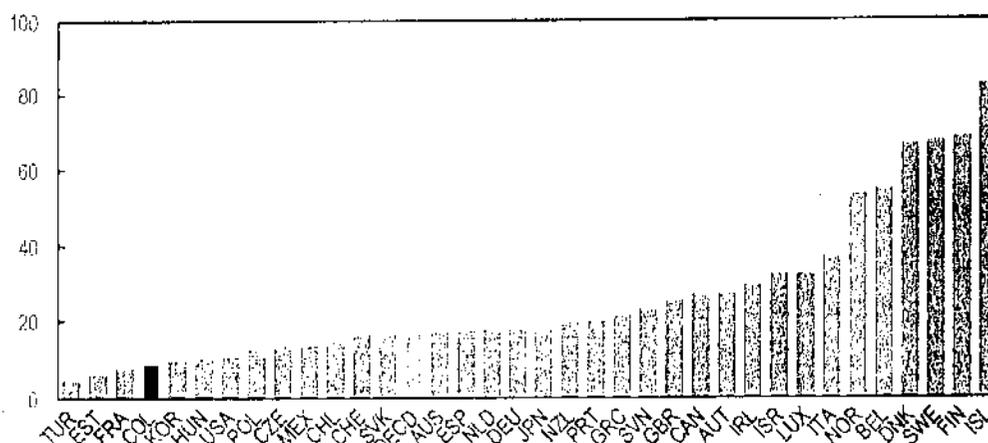
<sup>43</sup> Magistrados Jorge Iván Palacio Palacio, Luis Ernesto Vargas Silva, María Victoria Calle Correa y Gloria Stella Ortiz Delgado.

<sup>44</sup> Sentencia C-750 de 2008, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

un sindicato) de 9.2%, muy cercana a la de Estados Unidos, que es de 10.7%<sup>45</sup>. De hecho, ambos países se ubican en el extremo inferior de los países de la OCDE, como lo muestra la siguiente gráfica, extraída de un informe de dicha organización<sup>46</sup>:

Figure 3.1. Trade union density in Colombia is at the lower end of the OECD ranking

Trade union membership as a percentage of the salaried workforce, latest year available



Note: Last available year for Colombia is 2014, for Israel 2007 and for other countries 2011, 2012 or 2013.

Source: OECD Labour Force Statistics and for Colombia data provided by the National Trade Union School.

Fuente: *OECD Reviews of Labour Market and Social Policies: Colombia 2016*, p. 110.

Teniendo en cuenta estas circunstancias, si además de la violencia antisindical, se querían abordar los desincentivos legales para unirse a un sindicato o el nivel de sindicalización en Colombia, tendrían que haberse previsto medidas para ambos países. En lugar de eso, el Plan de Acción solo contempla obligaciones para Colombia, y dentro de dichas obligaciones se establece la reforma al Código Penal para introducir un tipo penal único en el mundo: la conducta criminal de acordar condiciones laborales por fuera de un sindicato.

<sup>45</sup> OECD Reviews of Labour Market and Social Policies: Colombia 2016, en [https://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oecd/social-issues-migration-health/oecd-reviews-of-labour-market-and-social-policies-colombia-2015\\_9789264244825-en-.Wq3P11nwZhA](https://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oecd/social-issues-migration-health/oecd-reviews-of-labour-market-and-social-policies-colombia-2015_9789264244825-en-.Wq3P11nwZhA), p. 110.

<sup>46</sup> Ibid.

La desigualdad de las condiciones del Plan de Acción Laboral es evidente. Estados Unidos no se comprometió a modificar su propia ley penal, ni su propia *National Labor Relations Act*, que tampoco prohíbe específicamente los acuerdos o los beneficios unilaterales otorgados a trabajadores no sindicalizados. De hecho, tampoco prohíbe la discriminación entre trabajadores sindicalizados y no sindicalizados, sino únicamente aquella que pueda demostrarse que se dirigió específicamente a desincentivar la afiliación sindical<sup>47</sup>.

**d. Conclusión: el Plan de Acción es inconstitucional**

Existen entonces dos motivos de peso para declarar inexecutable el Plan de Acción Laboral, o al menos ordenar al Gobierno Nacional que lo remita al Congreso para su aprobación.

En primer lugar, es un tratado internacional, mediante el cual Colombia asumió obligaciones jurídicas internacionales. Lo es porque, a pesar de no denominarse formalmente como "tratado"—aspecto que la Corte Internacional de Justicia y la Corte Constitucional no han considerado determinante—, refleja un "acuerdo" entre los Jefes de Estado, en el cual Colombia asume "compromisos" con plazos definidos, sujeto a un mecanismo de seguimiento, y sobre cuyo "cumplimiento" Colombia ha reportado y Estados Unidos se ha pronunciado formalmente.

En segundo lugar, no es un acuerdo simplificado, debido a que generó nuevas obligaciones para Colombia, incluyendo la obligación de modificar el artículo 200 del Código Penal para introducir un tipo penal único en el mundo. Por ese motivo, debió ser enviado al Congreso para su aprobación y a la Corte Constitucional para el control automático de constitucionalidad, previo a su ratificación.

En tercer lugar, vulnera el principio de reciprocidad. Entre dos Estados, ambos de los cuales tenían previamente una protección legal equivalente a los derechos de

<sup>47</sup> Ver, por ejemplo, Corte Suprema de Estados Unidos, *Radio Officers v. Labor Board*, 347 U. S. 17 (1954); *Teamsters Local v. Labor Board*, 365 U.S. 667 (1961): "The language of § 8(a)(3) is not ambiguous. The unfair labor practice is for an employer to encourage or discourage membership by means of discrimination. Thus, this section does not outlaw all encouragement or discouragement of membership in labor organizations; only such as is accomplished by discrimination is prohibited. Nor does this section outlaw discrimination in employment as such; only such discrimination as encourages or discourages membership in a labor organization is proscribed." Traducción libre: "La redacción de la sección 8(a)(3) es clara. La conducta contraria a la ley consiste en que el empleador incentive o desincentive la afiliación sindical por medio de discriminación. Por tanto, este artículo no prohíbe todo incentivo o desincentivo a la afiliación sindical, sino que se prohíben aquellos que se logran por medio de discriminación. Tampoco prohíbe la discriminación en el trabajo como tal; solamente se prohíbe tal discriminación que incentive o desincentive la afiliación a un sindicato."

negociación colectiva, y ambos de los cuales tienen tasas de afiliación sindical similar, se acordó que solo uno de ellos endurecería sus leyes para fortalecer la posición de los sindicatos. Es un tratado abiertamente desigual, que no contiene ninguna alusión a compromisos u obligaciones de los Estados Unidos en materia laboral.

Todo lo anterior, además de ser razón suficiente para un pronunciamiento de constitucionalidad por parte de la Corte, debe servir como base para evaluar la constitucionalidad material del inciso segundo del artículo 200 del Código Penal. El tipo penal de *celebración de pactos colectivos* no puede ser defendido como el cumplimiento de una obligación internacional, porque ningún Convenio de la OIT lo exige, y porque el Plan de Acción acordado entre Estados Unidos y Colombia es inconstitucional.

## 6. Contenido del artículo 200, inciso segundo, del Código Penal

Antes de presentar los motivos de inconstitucionalidad de la norma demandada del Código Penal, se presenta a continuación una explicación básica de los elementos del tipo penal. Para esos efectos, se transcribe una vez más:

*"En la misma pena incurrirá el que celebre pactos colectivos en los que, en su conjunto, se otorguen mejores condiciones a los trabajadores no sindicalizados, respecto de aquellas condiciones convenidas en convenciones colectivas con los trabajadores sindicalizados de una misma empresa."*



En primer lugar, se trata de un tipo penal *básico*, a diferencia de uno especial, subordinado, complementario o derivado. En efecto, el proceso de adecuación típica para este delito es autónomo, y el intérprete no debe recurrir a otros tipos penales para completarlo. En ese sentido, se reitera, es un tipo penal distinto al previsto en el primer inciso del artículo 200.

En segundo lugar, se trata de un tipo penal *simple*, a diferencia de un tipo penal compuesto. Este describe una sola conducta y tiene un solo verbo rector: *"el que celebre [...]"*.

En tercer lugar, es un tipo penal *plurisubjetivo*, en la medida en que exige la presencia de al menos dos personas para la realización de la conducta, ya que no es posible para un empleador celebrar un pacto colectivo consigo mismo. De acuerdo con el artículo 480 del Código Sustantivo del Trabajo, se requiere del concurso de *"patronos"* y *"trabajadores no sindicalizados"*.



En cuarto lugar, tiene dos *sujetos activos cualificados*. A pesar de que la norma utiliza el genérico “*el que*”, en realidad no cualquier persona puede cometer este delito. Debe tratarse de personas que ostenten la calidad de empleador y empleado, y este último debe ser además un trabajador no sindicalizado.

En quinto lugar, se trata de un tipo penal de *poligro abstracto* a diferencia de uno de lesión. El tipo penal se dirige a proteger los derechos de reunión y asociación de los sindicatos, pero para su configuración no requiere que se verifique la violación de los derechos del sindicato, ni que efectivamente se haya lesionado a un sindicato. Con la introducción del tipo penal, el legislador ha considerado que efectivamente se comete el delito con la sola conducta de suscribir un pacto colectivo con ciertas características, independientemente del resultado que esto tenga sobre la afiliación en el sindicato o sobre las condiciones de trabajo en la empresa.

En sexto lugar, es un delito de *mera conducta* a diferencia de uno de resultado. La sola circunstancia de *celebrar* un pacto colectivo, independientemente de que este se cumpla, o de los efectos que tenga sobre la organización, se considera reprochable desde el punto de vista penal.

En séptimo lugar, es un tipo penal de *conducta instantánea*. Se comete con la sola celebración del pacto colectivo.

En octavo lugar, es un tipo penal *abierto*, pues no precisa ni delimita la conducta de los agentes que lo cometen. Además, es un *tipo penal en blanco*, ya que requiere ser completado con normas externas al Código Penal.

Para explicar este punto, vale la pena recabar en la descripción típica:

*“el que celebre pactos colectivos en los que, en su conjunto, se otorguen mejores condiciones a los trabajadores no sindicalizados, respecto de aquellas condiciones convenidas en convenciones colectivas con los trabajadores sindicalizados de una misma empresa”*

En primer lugar, se refiere a la conducta de celebrar “*pactos colectivos*”. Sobre este punto, el tipo penal no es claro si se refiere exclusivamente a los pactos colectivos previstos en el artículo 480 del Código Sustantivo del Trabajo—es decir, documentos suscritos entre el empleador y los trabajadores no sindicalizados—o si también se refiere a los beneficios extralegales que los empleadores unilateralmente conceden a los trabajadores. Estos últimos no aparecen en el Código Sustantivo del Trabajo, pero jurisprudencialmente se han denominado “*pactos colectivos*”. Por ejemplo en la sentencia SU-569 de 1996 (M.P. Antonio

Barrera Carbonell) la Corte calificó un plan de beneficios extralegales, creado unilateralmente por el empleador, como un pacto colectivo:

*"Frente a la realidad de que da cuenta el proceso considera la Corte que desde el punto de vista material la situación es la misma, porque unilateralmente la empresa, a través del Plan Voluntario de Servicios y Beneficios, ha producido unos efectos iguales a los de un pacto colectivo, suscrito con los trabajadores no sindicalizados; ello es así, porque como el Plan contiene una oferta dirigida por la empresa a los trabajadores de acogerse o no a unas determinadas condiciones económico-laborales, la aceptación de dicha oferta por cada trabajador produce unos efectos jurídicos en el campo de las obligaciones laborales y al ser aceptado por un número plural de trabajadores, jurídica y materialmente, produce los mismos efectos de un pacto colectivo de trabajo. Es obvio, que el establecerse en el Plan mejores condiciones laborales se revela el inocultable propósito de discriminar a los trabajadores sindicalizados, desestimular su afiliación al sindicato, o promover su deserción del mismo."*

De igual forma, en la sentencia T-069 de 2015 (M.P. Martha Victoria SÁCHICA Méndez), la Corte calificó un plan de beneficios, ofrecido unilateralmente por un empleador, como un pacto colectivo:

*"La Sala considera que el Plan Voluntario de Beneficios en realidad es un pacto colectivo, toda vez que tiene los efectos de ese medio de solución de conflictos, el cual es suscrito por empleados no sindicalizados. Lo anterior, en razón de que el PVB ofrece unas condiciones laborales que la empresa dirige a los pilotos que laboran en ella, régimen que regulará el desarrollo de la relación laboral. Si bien es cierto que se ofreció tanto los trabajadores no sindicalizados como a los sindicalizados, también los es que la aceptación del PVB por parte del trabajador implica que él se adhiere de forma integral a la oferta del plan, efecto jurídico idéntico a un pacto colectivo, pues bajo esas premisas es inaplicable la convención colectiva, por incompatibilidad. [...]"*



De esta forma existen dos acepciones posibles de la expresión "pactos colectivos" contenida en el artículo 200 del Código Penal. Por un lado, se encuentra la definición legal, según el Código Sustantivo del Trabajo. Por otra parte, se encuentra la definición jurisprudencial, más amplia, de la Corte Constitucional, que considera que también es un pacto colectivo el ofrecimiento unilateral de beneficios por parte del empleador.

En segundo lugar, el tipo penal se refiere a que los pactos colectivos otorguen mejores condiciones "en su conjunto". Con esto, la norma parecería indicar que se requiere la suscripción de más de un pacto colectivo, y se requiere que el

intérprete evalúe la pluralidad de pactos colectivos para determinar si estos "en su conjunto" superan las condiciones de las convenciones colectivas de trabajo.

En tercer lugar, la expresión "en su conjunto" permite al intérprete verificar no solo el contenido de los pactos colectivos sino también su efecto comparativo sobre los trabajadores. Por ejemplo, y tal como lo ha explicado la Escuela Nacional Sindical, es posible incurrir en el delito descrito en el artículo 200 del Código Penal si se pactan con trabajadores no sindicalizados exactamente las mismas condiciones de una convención colectiva de trabajo, ya que en estos casos, los trabajadores sindicalizados están sujetos a un descuento de su salario por efecto de la cuota sindical y los no sindicalizados no<sup>48</sup>.

Por último, esta prohibición penal no tiene un ingrediente subjetivo especial, como la intención específica de perseguir al sindicato. Para la tipicidad subjetiva, solo se requiere que se actúe de manera dolosa, es decir, conociendo y queriendo la celebración del pacto colectivo. Pero no se requiere, por ejemplo, la verificación del *animus* antisindical, que la Corte Constitucional sí ha requerido para que proceda la tutela contra un empleador<sup>49</sup>. Paradójicamente, en este caso el tipo penal es más laxo que los requisitos de procedibilidad de la tutela en materia sindical.

Teniendo en cuenta el contenido del tipo penal, que conforma la premisa menor del juicio material de constitucionalidad, a continuación se formulan los cargos de inconstitucionalidad.

## 7. Cargos contra el inciso segundo del artículo 200 del Código Penal

### a. Primer cargo: La norma demandada carece de unidad de materia

En primer lugar, el inciso segundo del artículo 200 del Código Penal, introducido por el artículo 26 de la Ley 1453 de 2011, desconoce el principio de unidad de materia contemplado en el artículo 158 de la Constitución.

<sup>48</sup> Escuela Nacional Sindical, "Criterios para identificar el uso indebido de pactos colectivos" en <http://www.ens.org.co/wp-content/uploads/2016/11/CRITERIOS-USO-INDEBIDO-DE-PACTOS-COLECTIVOS-1.pdf>, Página 2: "A los trabajadores sindicalizados se les descuenta cuota sindical a los beneficiarios del pacto no."

<sup>49</sup> Sentencia T-1328 de 2001, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

La Corte ha dicho que el vicio de carencia de unidad de materia no es un vicio de forma sino un vicio material, que por lo tanto puede alegarse en todo momento<sup>50</sup>. El principio de unidad de materia existe para "garantizar el cumplimiento de exigencias básicas de transparencia y coherencia"<sup>51</sup>. Este se configura cuando una disposición legislativa carece de conexidad con el resto del proyecto de ley, de manera que no sea posible establecer una relación de conexidad causal, teleológica, temática ni sistemática entre la disposición demandada y la "materia dominante" de la ley<sup>52</sup>.

Para establecer el núcleo temático o la materia dominante de la ley, es necesario recurrir a "(i) los antecedentes legislativos -exposición de motivos del proyecto, debates en comisiones y plenarias y textos originales y definitivos-, (ii) al título o epígrafe de la ley y (iii) al contexto o contenido básico del ordenamiento legal enjuiciado"<sup>53</sup>.

Según la exposición de motivos firmada por los entonces Ministros del Interior y de Defensa, el Proyecto de Ley 164 de 2010 Senado respondía al siguiente problema:

*"El terrorismo y la criminalidad organizada son fenómenos que afectan gravemente la paz y la seguridad pública, convirtiéndose en medios para minar las bases del Estado de derecho y afectar a los ciudadanos en su vida, honra y bienes; razón por la cual, estos graves atentados contra la ciudadanía deben prevenirse y atacarse de manera decidida y ejemplar."<sup>54</sup>*



Para atacar esos problemas, el proyecto de ley originalmente propuso (i) medidas penales, incluyendo modificaciones a tipos penales y la creación de nuevos tipos penales, relacionados con el terrorismo y la criminalidad organizada (ej. porte de armas, tráfico de estupefacientes), (ii) medidas de procedimiento penal, también para facilitar la lucha contra el terrorismo y la criminalidad organizada (ej. eliminar la limitación de horario para la realización de allanamientos), (iii) medidas de extinción de dominio (ej. agilizar el procedimiento para afectar las finanzas de las bandas criminales organizadas), y (iv) reformas al Código de la Infancia y la Adolescencia para evitar la impunidad en casos de menores de edad y (v)

<sup>50</sup> Sentencias C025 de 1993, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, C-501 de 2001, M.P. Jaime Córdoba Triviño, C-486 de 2009, M.P. María Victoria Calle Correa y C-147 de 2015, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

<sup>51</sup> Sentencia C-044 de 2015, M.P. María Victoria Calle Correa.

<sup>52</sup> Ibid.

<sup>53</sup> Sentencia C-188 de 2006, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

<sup>54</sup> Gaceta del Congreso No. 737 de 2010.

reformas para la prevención del terrorismo (ej. régimen sancionatorio para empresas y medidas para prevenir el fleteo).

Los títulos de cada capítulo expresamente se refirieron a la seguridad ciudadana así:

- Capítulo I – “Medidas Penales para Garantizar la Seguridad Ciudadana”
- Capítulo II – “Medidas de Procedimiento Penal para Garantizar la Seguridad Ciudadana”
- Capítulo III – “Medidas para Garantizar la Seguridad Ciudadana Relacionadas con la Extinción de Dominio”
- Capítulo IV – “Medidas para Garantizar la Seguridad Ciudadana que Reforman en el Código de la Infancia y la Adolescencia”
- Capítulo V – “Otras medidas para garantizar la seguridad ciudadana”

En los siguientes debates se siguió la misma línea temática. En la ponencia para primer debate en el Senado se describió el proyecto presentado por el Gobierno de la siguiente manera:

*“La exposición de motivos que respalda al proyecto, tiene como argumento central para su aprobación la necesidad de prevenir y enfrentar el terrorismo y la criminalidad organizada.”<sup>55</sup>*

Luego, al describir el *“problema de política pública”*, la ponencia indicó que para el año 2009 se presentaba una tasa de 32 homicidios por cada 100.000 habitantes, que esta había aumentado en ciudades como Medellín y Barranquilla, que a nivel nacional existían seis bandas criminales y que según un estudio del año 2008 existía impunidad en el 43% de los procesos penales. La ponencia propuso modificaciones a algunos artículos pero mantuvo la misma estructura de capítulos, relacionados exclusivamente con la seguridad ciudadana.

En la ponencia para segundo debate se describió el proyecto en términos generales así:

*“Sin incurrir en una transcripción de la ponencia para primer debate, publicada en la Gaceta 850 de 2010, los aspectos más destacados del proyecto son los siguientes:*

- El proyecto concentra su atención en la lucha contra la delincuencia organizada, para ello se crea el delito de pertenencia

<sup>55</sup> Gaceta del Congreso No. 850 de 2010.

a este tipo de organizaciones, se amplían los términos de duración de los procedimientos, de la vigencia de las medidas de aseguramiento, se establece como circunstancia para determinar el grado de peligro para la comunidad la pertenencia a un grupo de delincuencia organizada. [...]”<sup>56</sup>

En la ponencia para el tercer debate ante la Cámara de Representantes, los ponentes indicaron que

“En la exposición de motivos del referido proyecto, el argumento central para su aprobación es la necesidad de **prevenir y enfrentar el terrorismo y la criminalidad organizada**. Para ello, el Estado se ha propuesto alcanzar cuatro objetivos previstos en la política de seguridad adoptada por el Gobierno Nacional que será publicada próximamente en el Plan Nacional de Desarrollo:

1. Eliminar la impunidad.
2. Luchar contra la criminalidad organizada.
3. Incrementar la efectividad del proceso penal, del proceso de extinción de dominio y la responsabilidad de los jóvenes, y
4. Vincular a la comunidad en la prevención de la criminalidad y la violencia y convivencia ciudadana.”<sup>57</sup>

Finalmente, en la ponencia para cuarto debate se incluyó exactamente el mismo texto introductorio para describir el “argumento central” del proyecto<sup>58</sup>.

Así, de acuerdo con los *antecedentes legislativos*, la materia dominante de la ley fue la lucha contra el terrorismo y la criminalidad organizada a través de normas penales, de procedimiento penal y de extinción de dominio.

El *título* de la Ley 1453 de 2011 corrobora esta materia dominante, pues la ley se titula:

**“por medio de la cual se reforma el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal, el Código de Infancia y Adolescencia, las reglas sobre extinción de dominio y se dictan otras disposiciones en materia de seguridad.”**

Por último, el *contenido básico* de la Ley 1453 de 2011 tiene que ver con reformas penales, de procedimiento penal, de extinción de dominio y otras medidas, en

<sup>56</sup> Gaceta del Congreso No. 975 de 2010.

<sup>57</sup> Gaceta del Congreso No. 43 de 2011.

<sup>58</sup> Gaceta del Congreso No. 194 de 2011.

asuntos relacionados con la seguridad ciudadana, y específicamente en la lucha contra los principales delitos que afectan la seguridad ciudadana.

En la sentencia C-571 de 2012, la Corte declaró exequible frente al cargo de unidad de materia el *aumento de penas* del delito de violación de los derechos de reunión y asociación, pero no se pronunció, en sentido favorable o desfavorable, respecto del tipo penal de *celebración de pactos colectivos*. En esa sentencia, la Corte definió el núcleo temático de la Ley 1453 de 2011 así:

*"[...] el Congreso de la República resolvió endurecer la política criminal en cuanto a aquellas acciones de carácter terrorista o de bandas y grupos organizados, con capacidad de intimidar y afectar el correcto funcionamiento del Estado de derecho."*

Consideró la Corte que la modificación del artículo 200, en cuanto previó un *endurecimiento de penas* para un delito, tenía conexidad temática con el resto de la Ley 1453 de 2011.

En suma, el núcleo temático o la materia dominante de la Ley 1453 de 2011 es la lucha contra el terrorismo y la criminalidad organizada. La introducción de un nuevo tipo penal, relacionado con la celebración de pactos colectivos entre el empleador y los trabajadores no sindicalizados, no tiene absolutamente nada que ver con el terrorismo y la criminalidad organizada. El primer tipo penal del artículo 200 puede estar relacionado con la violencia contra sindicalistas, lo efectivamente se relaciona con el terrorismo y la criminalidad organizada. Sin embargo, el segundo tipo penal, no tiene *ninguna relación* con estos temas. Los pactos colectivos no los celebran grupos terroristas ni bandas criminales; los celebran los empleadores y los empleados en el marco de procesos legítimos de negociación colectiva, y su regulación hace parte de la política laboral de cada Estado.

La criminalización de la celebración de pactos colectivos no tiene entonces ninguna conexidad, causal, teleológica, temática o sistemática, con la lucha contra el terrorismo y la criminalidad organizada.

En primer lugar, no tiene una *conexidad causal*, definida como la identidad de las razones que llevaron a expedir la ley y el artículo acusado<sup>59</sup>. Las razones que llevaron a expedir la Ley 1453 de 2011 estuvieron relacionadas con la incidencia de delitos que afectan la seguridad ciudadana, como los homicidios y los hurtos, y las falencias de la legislación existente en la lucha contra la criminalidad

<sup>59</sup> Sentencia C-400 de 2010, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

organizada. En cambio, las razones para introducir el segundo inciso del artículo 200 del Código Penal tuvieron que ver con la necesidad de ratificar el TLC, y con la opinión de algunas organizaciones sindicales en el sentido de que el régimen sustantivo laboral, al permitir la suscripción de pactos colectivos, podía estar desincentivando la afiliación sindical en Colombia.

En segundo lugar, tampoco hay *conexidad teleológica*, la cual se define como "la identidad de objetivos perseguidos por la ley vista en su conjunto general y cada una de sus disposiciones en particular"<sup>60</sup>. El objetivo central de la Ley 1453 de 2011 es fortalecer la lucha contra la criminalidad organizada a través del sistema penal, y el objetivo principal del primer capítulo de esta Ley es castigar con mayor severidad los delitos que afectan la seguridad ciudadana, o tipificar conductas que en la práctica coadyuvan la acción de las bandas criminales. En cambio, el objetivo del segundo inciso del artículo 200 es incentivar la afiliación a los sindicatos por medio de una prohibición de suscripción de pactos colectivos, y privilegiar la posición de los sindicatos en los escenarios de negociación colectiva. Este objetivo no tiene nada que ver con la seguridad ciudadana. El escenario que escoja el legislador para que los empleados y los empleadores puedan discutir las condiciones laborales, en nada afecta las tasas de homicidios, la eficiencia en los procesos penales, ni la incidencia de las bandas criminales organizadas.

En tercer lugar, el inciso segundo del artículo 200 también carece de *conexidad temática*, entendida como "la vinculación objetiva y razonable entre la materia o el asunto general sobre el que versa una ley y la materia o el asunto sobre el que versa concretamente una disposición suya en particular"<sup>61</sup>. Desde este punto de vista, la *materia* es absolutamente distinta. Los demás tipos penales, tanto aquellos que fueron objeto de aumento de penas, como los nuevos delitos que se introdujeron en el Código Penal, tienen un elemento en común: su realización sirve como conducta preparatoria o es una consecuencia de las acciones de las bandas criminales. Esto es claro en los casos del tráfico de niños (art. 6), uso de menores de edad para cometer delitos (art. 7), utilización ilícita de redes de comunicaciones (art. 8), usurpación fraudulenta de inmuebles (art. 9), empleo de sustancias u objetos peligrosos (art. 10), tráfico de estupefacientes (art. 11), de sustancias para procesamiento de narcóticos (art. 12), simulación de investidura (art. 13), usurpación de funciones (art. 14), perturbación de actos oficiales (art. 15), financiación del terrorismo (art. 16), favorecimiento de fuga (art. 17), disparo de arma de fuego (art. 18), porte de armas (art. 19), porte de armas de uso restringido (art. 20), enajenación ilegal de medicamentos (art. 21), uso de sumergibles (art. 22), aprovechamiento ilícito de recursos naturales (art. 29), violación de fronteras

<sup>60</sup> Sentencia C-400 de 2010, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

<sup>61</sup> Ibid.



para el aprovechamiento de recursos naturales (art. 30), daño en los recursos naturales (art. 33), contaminación ambiental (arts. 34 a 36), actividad ilícita de pesca (art. 38), invasión de áreas de especial importancia ecológica (art. 39), lavado de activos (art. 42), violencia contra servidor público (art. 43), entre otros.

Aunque los distintos tipos penales se ubican en diferentes capítulos del Código Penal, estos tienen en común que, al aumentar las penas o crear nuevos tipos penales, se afectaba alguna actividad realizada por las bandas criminales—como el lavado de activos, la depredación ambiental, el uso de menores de edad para cometer delitos, etc. La celebración de pactos colectivos no es una actividad realizada por bandas criminales. Es una modalidad de negociación colectiva realizada, al amparo del Código Sustantivo del Trabajo, entre trabajador y empleador.

En cuarto lugar, tampoco hay *conexidad sistemática*, la cual se entiende como “la relación existente entre todas y cada una de las disposiciones de una ley, que hace que ellas constituyan un cuerpo ordenado que responde a una racionalidad interna”. La estructura de la Ley 1453 de 2011 está dirigida exclusivamente a la garantía de la seguridad ciudadana. Así lo establecen los títulos de cada uno de los capítulos de la ley. El tipo penal introducido en el segundo inciso del artículo 200 del Código Penal se encuentra dentro del Capítulo I, pues es el capítulo en el cual se encuentran las reformas a los tipos penales. Sin embargo, la desconexión con la materia dominante se hace evidente si se observa que el Capítulo I se titula “Medidas penales para garantizar la seguridad ciudadana”.

El segundo inciso del artículo 200 no ataca un delito que afecte la seguridad ciudadana, sino que crea el delito—único en el mundo—de negociar condiciones laborales con trabajadores no sindicalizados. La desconexión entre los dos temas es evidente.

La ausencia de unidad de materia se demuestra adicionalmente con el hecho de que el segundo inciso del artículo 200 nunca fue mencionado en los debates legislativos. No hay una alusión expresa al mismo en la ponencia para cuarto debate, ni fue mencionado por el Gobierno Nacional ni por los representantes a la Cámara en sus intervenciones durante el tercer y cuarto debate. Es un auténtico mico legislativo.

**b. Segundo cargo: La norma demandada criminaliza la libertad de asociación de los trabajadores no sindicalizados**

Para examinar la constitucionalidad de la norma demandada, es importante tener claridad sobre las situaciones en que esta efectivamente es aplicable. Los pactos colectivos solo pueden celebrarse cuando el sindicato agrupa menos de la tercera parte de los trabajadores de la empresa<sup>62</sup>. En estas circunstancias, es posible que el sindicato minoritario haya suscrito con la empresa una convención colectiva que fija las condiciones laborales. Dicha convención colectiva, a su vez, por ser la de un sindicato minoritario, solo es aplicable a los miembros del sindicato<sup>63</sup>. En estos casos, si los demás trabajadores—los que no pertenecen al sindicato minoritario—quieren negociar colectivamente con el empleador, deben conformar un sindicato o adherirse al que ya existe. Si deciden no sindicalizarse y negocian colectivamente, no pueden lograr condiciones superiores a las que ya ha establecido el sindicato minoritario en la convención colectiva. Si lo hacen, incurrir en un delito. La intención y el efecto de la norma es claro: prohibir y desincentivar toda forma de negociación colectiva que no se desarrolle a través de un sindicato, y privilegiar la posición de los sindicatos—incluso los sindicatos minoritarios—por encima de las reivindicaciones laborales que puedan lograrse por medios distintos.

Al prohibir a los empleados asociarse en formas distintas a las de un sindicato con el fin de negociar las condiciones laborales con los empleadores, la norma demandada vulnera los derechos fundamentales de los trabajadores que eligen no formar parte de un sindicato. El inciso segundo del artículo 200 privilegia una forma asociativa específica sobre otras formas posibles de negociación colectiva e impone la convención colectiva de trabajo como techo de las condiciones laborales. De esta forma, privilegia la posición del sindicato por encima de las condiciones laborales sustantivas, y en la práctica obliga a los trabajadores a pertenecer a un sindicato si quieren ejercer su derecho a la negociación colectiva.

Lo anterior constituye un desconocimiento de la faceta negativa de la libertad de asociación, que comprende el derecho a *no asociarse* a un sindicato. La Corte Constitucional ha dicho que

*“el derecho de asociación, entendido como el ejercicio libre y voluntario de los ciudadanos encaminado a fundar o integrar formalmente agrupaciones permanentes con propósitos concretos, incluye también un aspecto negativo: que nadie pueda ser obligado directa o indirectamente a formar parte de una asociación determinada. Si no fuere así, no podría hablarse del derecho de asociación en un sentido constitucional, pues es claro que*

<sup>62</sup> Código Sustantivo del Trabajo, artículo adicionado por el artículo 70 de la Ley 50 de 1990. Declarado exequible en Sentencia C-1491 de 2000, M.P. Fabio Morón Díaz.

<sup>63</sup> Código Sustantivo del Trabajo, artículo 470.

*se trata de un derecho de libertad, cuya garantía se funda en la condición de voluntariedad.*<sup>64</sup>

Esta libertad ha sido protegida por la Corte Constitucional en diversos escenarios. Por ejemplo, ha declarado inexecutable las normas legales dirigidas a obligar a profesionales a pertenecer a una determinada asociación<sup>65</sup>, ha inaplicado los estatutos de una cooperativa que no permitía la renuncia a la misma<sup>66</sup>, ha tutelado el aspecto negativo de este derecho a quienes se retiran de asociaciones de propietarios<sup>67</sup>, y ha señalado que un régimen legal de formas asociativas de propiedad no puede tener el efecto de forzar a los propietarios a asociarse con otros<sup>68</sup>. En este último caso, la Corte indicó que

*"la dimensión negativa de la libertad de asociación proscrib[e] medidas que constriñan, de alguna manera, a las personas a formar parte de una asociación. Por ello, se vulnera este derecho fundamental cuando (i) se condiciona la garantía de un derecho fundamental a la vinculación a la asociación y (ii) se exige la vinculación a determinada organización. Así pues, la vinculación de un ciudadano a una asociación debe ser reflejo de su voluntad libre e informada de hacerlo."*<sup>69</sup>

La Corte ha considerado, adicionalmente, que la libertad sindical garantizada en el artículo 39 de la Constitución es una especie del género libertad de asociación. En la sentencia C-110 de 1994 indicó que

*"El artículo 38 de la Constitución garantiza de manera general el derecho de toda persona a asociarse. El comprende tanto el aspecto positivo como el negativo de la asociación: a nadie se puede impedir ni prohibir que se asocie, mientras sea para fines lícitos, y ninguna persona puede ser forzada u obligada a asociarse, ya que el Constituyente ha garantizado la plena libertad de optar entre lo uno y lo otro."*

*El artículo 39 de la Carta es mucho más específico: alude al derecho que tienen, tanto los trabajadores como los empleadores, de constituir sindicatos o asociaciones sin intervención del Estado. Se trata no sólo de garantizar la libre asociación, derecho que se tiene según el artículo anterior, sino de asegurar que no habrá injerencia oficial de ninguna índole en la Constitución de las respectivas entidades, cuya*

<sup>64</sup> Sentencia C-606 de 1992, M.P. Ciro Angarita Barón.

<sup>65</sup> Sentencia C-606 de 1992, M.P. Ciro Angarita Barón.

<sup>66</sup> Sentencia T-374 de 1996, M.P. Antonio Barrera Carbonell.

<sup>67</sup> Sentencia T-1750 de 2000, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

<sup>68</sup> Sentencia C-077 de 2017, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

<sup>69</sup> Ibid.

*personería jurídica no dependerá, como en el pasado, de un acto administrativo que la reconozca sino que provendrá de la libre voluntad de los asociados hecha explícita mediante la simple inscripción del acta de constitución, y no podrá ser cancelada por decisión del gobierno o de la administración sino por vía judicial. Esto garantiza la independencia de los gremios y sindicatos frente al gobernante, tal como lo ha resaltado la Corte en varias de sus providencias, relativas al contenido sustancial de este derecho. [...]*<sup>70</sup> (Énfasis fuera del texto)

De lo anterior es claro que los trabajadores tienen una libertad de asociación, lo cual comprende al menos tres opciones: (i) la conformación de *sindicatos* (art. 39), (ii) la conformación de *asociaciones* (art. 39), o (iii) la no pertenencia a sindicatos ni asociaciones.

Por otra parte, el artículo 55 de la Constitución garantiza "el *derecho de negociación colectiva para regular las relaciones laborales*". Este artículo no señala que el derecho de negociación colectiva pueda ser ejercido exclusivamente por los sindicatos. Por el contrario, y de acuerdo con los Convenios de la OIT, la Corte ha establecido que

*"la expresión "negociación colectiva" de que tratan el Convenio 154 y el artículo 55 de la Carta tiene una connotación más amplia, es decir, no se reduce a pliegos de peticiones o convenciones colectivas, sino que abarca "todas las negociaciones que tienen lugar entre un empleador, un grupo de empleadores o una organización o varias organizaciones de empleadores, por una parte, y una organización o varias organizaciones de trabajadores, por otra, con el fin de : fijar las condiciones de trabajo y empleo, o regular las relaciones entre empleadores y trabajadores, o regular las relaciones entre empleadores o sus organizaciones y una organización o varias organizaciones de trabajadores, o lograr todos estos fines a la vez."*(art. 2º Convenio 154 de la OIT).

*Además, la negociación colectiva puede tener lugar "en el marco de mecanismos o de instituciones de conciliación o de arbitraje, o de ambos a la vez, en los que participen voluntariamente las partes en la negociación colectiva" (art. 6º ibídem)*

*Entonces, como se dijo en la sentencia C-161 de 2000 : "la negociación colectiva tiene un contenido claro en la convención y en el pacto colectivo, pero el Convenio 154 consagra una enumeración más variada y amplia del contenido de la negociación, como quiera que autoriza otros instrumentos de resultado de la negociación."*

<sup>70</sup> Sentencia C-110 de 1994, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

*Se puede afirmar, entonces, que la negociación colectiva es el género y la convención colectiva y el pliego de peticiones son la especie [...]*<sup>71</sup>.

Precisamente, al revisar la constitucionalidad de la ley aprobatoria del Convenio 154 de la OIT, la Corte Constitucional insistió en que el derecho fundamental a la negociación colectiva "se hace efectivo y se concreta, en nuestra legislación, a través de la celebración de convenciones o pactos colectivos"<sup>72</sup>.

Lo anterior quiere decir que la posibilidad que contempla el artículo 480 del Código Sustantivo del Trabajo, de que los trabajadores no sindicalizados negocien y acuerden condiciones laborales con el empleador, es una posibilidad garantizada por la Constitución. Se trata de una modalidad de negociación colectiva prevista en el artículo 55 de la Constitución, y es una muestra del carácter expansivo de la libertad de asociación, que comprende tanto la libertad de conformar sindicatos como la libertad de no conformarlos o no hacer parte de ellos.

Por lo anterior es claro que el inciso segundo del artículo 200 del Código Penal persigue un objetivo que es ilegítimo a la luz de la Constitución. El objetivo de esta prohibición penal es intimidar, por medio de investigación penal y eventual pena de prisión, a los trabajadores que quieran canalizar sus reivindicaciones laborales a través de medios distintos a los sindicatos, y es obligar a todos los trabajadores a asociarse en sindicatos y a utilizar la convención colectiva como el mecanismo privilegiado de negociación colectiva.

Así, aunque el artículo 38 de la Constitución Política garantiza el derecho de no pertenecer a una asociación, la norma demandada obliga a los trabajadores a afiliarse a sindicatos si quieren ejercer la negociación colectiva. Aunque el artículo 39 permite establecer sindicatos o asociaciones, la norma demandada desincentiva, por medio de una prohibición penal, la pertenencia a organizaciones no sindicales. Y a pesar de que el artículo 55 de la Constitución garantiza la amplitud de todas las formas distintas de negociación colectiva, y según la jurisprudencia de la Corte cubre los pactos colectivos, la norma demandada impone un techo a la negociación colectiva que se realice a través de dichos pactos.

De esta forma, la norma demandada es muy similar a la que declaró inconstitucional el Tribunal Constitucional de Chile hace cerca de dos años. En ese caso, al declarar inconstitucional una propuesta de reforma al Código de

<sup>71</sup> Sentencia C-1234 de 2005, M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

<sup>72</sup> Sentencia C-161 de 2000, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

Trabajo, que establecía que la negociación colectiva solo podía ser realizada por los sindicatos, determinó que:

*"el legislador está imponiendo a los trabajadores agrupados espontáneamente una condición ajena a su voluntad y de la cual depende el ejercicio del derecho a negociar colectivamente: la existencia de un sindicato en la empresa. En conclusión, se está en presencia de una intervención legislativa que bajo la apariencia de establecer una "modalidad" del derecho constitucional de los trabajadores impone condiciones que impiden su libre ejercicio [...]"<sup>73</sup>*

Como la norma ahora demandada, la norma declarada inconstitucional en Chile buscaba que los trabajadores solo pudieran negociar colectivamente a través de un sindicato. Las normas son distintas pero el efecto es el mismo: en Chile se trataba de una reforma de la legislación laboral que modificaba la definición de la negociación colectiva; en Colombia, aunque se deja intacta formalmente la legislación laboral, por medio de una norma penal se amenaza con pena de prisión a quien ejerza los derechos garantizados por el Código Sustantivo del Trabajo, con el fin de privilegiar a los sindicatos.

A lo anterior puede responderse que la norma penal no está criminalizando el ejercicio de la negociación colectiva a través de pactos colectivos, sino el abuso de la figura del pacto colectivo. Sin embargo, la norma no describe una situación de abuso, como la que se da en los casos identificados por la jurisprudencia constitucional, en los cuales, además de establecer condiciones mejores en el pacto colectivo, se adoptan otras medidas dirigidas a debilitar a un sindicato, las cuales revelan un *animus* de persecución sindical<sup>74</sup>.

La norma no sanciona el abuso de los pactos colectivos, sino que sanciona el ejercicio de la negociación colectiva a través de formas de asociación distintas al sindicato. Prohíbe, con pena de prisión, celebrar un pacto colectivo que tenga condiciones mejores que las de una convención colectiva, aunque la convención colectiva solamente sea aplicable a los trabajadores afiliados al sindicato. El tipo penal no contiene ninguna descripción de uso abusivo del pacto colectivo, sino que describe, a secas, la conducta de celebración de pactos colectivos con condiciones superiores a las de las convenciones colectivas. Considera digno de sanción penal el hecho de negociar efectivamente con el empleador por fuera de

<sup>73</sup> Ver, Tribunal Constitucional de Chile, Sentencia STC 3016-16 del 9 de mayo de 2016, en <http://www.tribunalconstitucional.cl/ver.php?id=3251>. Ver resumen de la sentencia en <http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/wp-content/uploads/Sintesis-STC-3016-16-3026-16-parte-que-acooge.pdf>.

<sup>74</sup> Sentencia SU-569 de 1996, M.P. Antonio Barrera Carbonell.

la estructura de un sindicato, lo cual claramente vulnera la libertad de asociación y el derecho a la negociación colectiva de quienes no desean sindicalizarse.

**c. Tercer cargo: La norma demandada desconoce el principio de progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales**

El inciso segundo del artículo 200 del Código Penal tiene el efecto de recortar el ámbito de protección del artículo 55 de la Constitución. Antes de la reforma al Código Penal, los trabajadores no sindicalizados tenían la posibilidad de negociar y celebrar pactos colectivos—siempre que en la empresa no hubiera un sindicato que agrupara a más de un tercio de los trabajadores—y no existía un techo para las condiciones laborales que pudieran celebrarse en estos pactos. Ahora, con la reforma al Código Penal, los pactos colectivos deben ser siempre inferiores a las convenciones colectivas, con lo cual en la práctica se elimina una de las formas en que se puede lograr mejorar las condiciones laborales. Esta medida es entonces una *medida regresiva*, prohibida por la Constitución Política. A continuación se indican los requisitos identificados por la jurisprudencia para determinar la legitimidad de las medidas que retroceden en la garantías de los derechos económicos, sociales y culturales.

**i. Requisitos para el juicio de regresividad en DESC**

En la sentencia C-507 de 2008, la Corte sistematizó los requisitos del juicio de regresividad en la constitucionalidad de las medidas regresivas. Esta sentencia ha sido reiterada en los distintos casos en que el problema de la regresividad ha sido puesto en consideración de la Corte<sup>75</sup>. En ese fallo, la Corte dijo que:

*"cuando una medida regresiva es sometida a juicio constitucional, corresponderá al Estado demostrar, con datos suficientes y pertinentes, (1) que la medida busca satisfacer una finalidad constitucional imperativa; (2) que, luego de una evaluación juiciosa, resulta demostrado que la medida es efectivamente conducente para lograr la finalidad perseguida; (3) que luego de un análisis de las distintas alternativas, la medida parece necesaria para alcanzar el fin propuesto; (4) que no afectan el contenido*

<sup>75</sup> Ver por ejemplo las sentencias C-428 de 2009, M.P. Mauricio González Cuervo, C-556 de 2009, M.P. Nilson Pinilla Pinilla, C-727 de 2009, M.P. María Victoria Calle Correa, C-228 de 2011 M.P. Juan Carlos Henao Pérez, T-482 de 2011 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, C-630 de 2011, M.P. María Victoria Calle Correa, T-428 de 2012, M.P. María Victoria Calle Correa, T-924 de 2012 M.P. Alexei Julio Estrada, T-574 de 2013, M.P. Alberto Rojas Ríos, C-313 de 2014, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, T-524 de 2014, M.P. María Victoria Calle Correa, C-493 de 2015, M.P. María Victoria Calle Correa y C-298 de 2016, M.P. Alberto Rojas Ríos;

mínimo no disponible del derecho social comprometido; (5) que el beneficio que alcanza es claramente superior al costo que aparece.<sup>76</sup>

Además precisó que

*"Una medida se entiende regresiva, al menos, en los siguientes eventos: (1) cuando recorta o limita el ámbito sustantivo de protección del respectivo derecho; (2) cuando aumentan sustancialmente los requisitos exigidos para acceder al respectivo derecho; (3) cuando disminuye o desvía sensiblemente los recursos públicos destinados a la satisfacción del derecho"*<sup>77</sup>

Adicionalmente, la Corte Constitucional ha señalado que las reformas regresivas deben *"tener un mínimo de deliberación democrática específica en el Congreso"*<sup>78</sup>. En este sentido, la Corte Constitucional ha declarado inexecutable las reformas que recortan el ámbito sustantivo de un derecho, o imponen barreras para su ejercicio efectivo, cuando estas no han tenido una deliberación suficiente. Así ocurrió, por ejemplo, en la sentencia C-776 de 2003 en la cual se declaró inexecutable la extensión del IVA a los bienes de la canasta familiar, por vulneración del derecho al mínimo vital:

*"la decisión de gravar todos los bienes y servicios de primera necesidad no obedeció a consideraciones fundadas en una deliberación mínima en torno a la legitimidad de los fines buscados por la ampliación de la base del IVA a toda una serie de bienes y servicios, que en el proyecto original se mencionaban como excluidos precisamente para justificar la razonabilidad y ecuanimidad de la reforma al IVA según la exposición de motivos presentada por el propio Gobierno ya citada, ni a la idoneidad constitucional de los medios escogidos para alcanzar tales fines generando sobre los sectores de bajos ingresos una carga tributaria que antes no tenían, exclusión que había sido justificada en el pasado con el argumento de que ello era necesario para promover la igualdad real y efectiva y beneficiar a los sectores de la población más necesitados, como ya se advirtió cuando se resumió la jurisprudencia de la Corte sobre los temas tributarios relevantes. [...]"*<sup>79</sup>

En contraste, en la sentencia C-038 de 2004, en que se declaró executable una reforma laboral que restringía el ámbito de protección del Código Sustantivo del

<sup>76</sup> Sentencia C-507 de 2008, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

<sup>77</sup> Ibid.

<sup>78</sup> Sentencia C-209 de 2016, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

<sup>79</sup> Sentencia C-776 de 2003, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

Trabajo, la Corte constató que hubo un debate democrático en el Congreso sobre esta reforma:

*“Existiendo esa oposición de visiones en torno al desempleo y a la forma de enfrentarlo, la pregunta constitucional que naturalmente surge es la siguiente: ¿cómo puede la Corte evaluar la adecuación y necesidad de esas medidas para fomentar el empleo, si entre los especialistas en la materia existen importantes controversias?”*

*La Corte considera que la respuesta adecuada a ese interrogante es la siguiente; debido a las discrepancias, es natural que el juez constitucional sea deferente con la opción tomada en el debate democrático, y por ello en principio debe aceptar los argumentos económicos propuestos en las estrategias para combatir el desempleo adoptadas por el Congreso, salvo que éstos sean manifiestamente irrazonables. Sin embargo, como se trata de medidas regresivas en la protección de un derecho social, la deferencia del juez constitucional frente al Legislador se ve reducida y el control debe ser más estricto que frente a una política económica cualquiera. De no ser así, la prohibición prima facie de retroceso en la protección de los derechos laborales carecería de verdadera eficacia jurídica. Por ello la Corte considera que en estos casos, a pesar de la deferencia hacia el debate democrático, es necesario que el juez constitucional verifique **(i) que las medidas no fueron tomadas inopinadamente sino que se basaron en un estudio cuidadoso, y (ii) que el Congreso analizó otras alternativas,** pero consideró que no existían otras igualmente eficaces que fueran menos lesivas, en términos de la protección del derecho al trabajo. Y (iii) finalmente debe el juez constitucional verificar que la medida no sea desproporcionada en estricto sentido, esto es, que el retroceso en la protección del derecho al trabajo no aparezca excesivo frente a los logros en términos de fomento del empleo.<sup>80</sup>*

En este caso, como se verá, la medida es regresiva, esta no supera el juicio estricto de proporcionalidad, y fue adoptada sin un mínimo de deliberación legislativa.

## ii. Retroceso en los derechos

Antes de la introducción del inciso segundo del artículo 200 del Código Penal en la Ley de Seguridad Ciudadana (Ley 1453 de 2011), los trabajadores no sindicalizados tenían la posibilidad de celebrar pactos colectivos con el empleador, sujeto a dos condiciones. En primer lugar, no podía existir un sindicato que agrupara a más de una tercera parte de los trabajadores de la empresa, pues en

<sup>80</sup> Sentencia C-038 de 2004, M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

esos casos no podría suscribiré un pacto colectivo. En segundo lugar, el pacto no podía usarse como instrumento para lesionar al sindicato. Es decir, se prohibía el abuso del derecho. Esto no quería decir que el pacto colectivo no pudiera incluir condiciones distintas a las de la convención colectiva, sino que las diferencias que hubiera tendrían que obedecer a motivos racionales. Precisamente, la jurisprudencia constitucional requería que las distinciones tuvieran un "fundamento serio, objetivo, racional y razonable que justifique un tratamiento diferente"<sup>81</sup>. En todo caso, el pacto colectivo se reconocía como un medio legítimo de negociación colectiva:

*"La Corte debe recordar una vez más que los Convenios y Recomendaciones suscritos por Colombia, obligan a la protección del sindicalismo, y es innegable que la coexistencia, dentro de una misma empresa del pacto colectivo y la convención colectiva, lo único que hace es desarrollar estos instrumentos internacionales ya que **los pactos colectivos** y las convenciones colectivas **constituyen fuente de derecho laboral encaminadas a desarrollar la libertad sindical y por lo mismo no son violatorias de la contratación colectiva**, sino lo contrario, como en múltiples oportunidades esta Corporación, ha tenido oportunidad de pronunciarse, en el sentido de proteger a los sindicatos minoritarios (T-136 y T-143 de 1995)."<sup>82</sup> (Énfasis fuera del texto)*

Después de la introducción del inciso segundo del Código Penal, es un delito utilizar los pactos colectivos si en ellos se logran condiciones mejores que las del sindicato minoritario. De esta forma se recorta la protección sustantiva del artículo 55 de la Constitución respecto de los trabajadores no sindicalizados, pues se les impone un techo para las negociaciones que puedan realizar con los trabajadores, lo cual supone que para lograr verdaderas reivindicaciones laborales, deben afiliarse al sindicato minoritario.

Ahora bien, debe aclararse el solo hecho de que se regule o condicione el ejercicio del derecho de negociación colectiva no lo hace contrario a la Constitución, pues el artículo 55 otorga un margen de configuración al Congreso. Sin embargo, en ejercicio de dicho margen, cuando se retrocede en la garantía de un derecho, se deben cumplir las condiciones señaladas por la jurisprudencia ya citada.

### iii. Ausencia de deliberación

Como se acaba de explicar, una *condición indispensable* para la legitimidad constitucional de una medida regresiva es que a esta se le dé un mínimo de

<sup>81</sup> Sentencia SU-569 de 1996, M.P. Antonio Barrera Carbonell.

<sup>82</sup> Sentencia C-1491 de 2000, M.P. Fabio Morón Díaz.

deliberación legislativa<sup>83</sup>. Esto no requiere que el Congreso le haya dedicado un número específico de horas de debate al asunto en cuestión, pues la Corte no es juez de la calidad y suficiencia del debate legislativo<sup>84</sup>, pero sí requiere que las medidas no hayan sido “tomadas inopinadamente” y que el Congreso haya analizado otras alternativas<sup>85</sup>. Este mínimo de deliberación refleja la expectativa del pluralismo político que ha sido expresada en otras oportunidades por la Corte Constitucional:

*“[E]n una democracia constitucional como la colombiana, que es esencialmente pluralista, la validez de una decisión mayoritaria no reside únicamente en que ésta haya sido adoptada por una mayoría sino además en que ésta haya sido públicamente deliberada y discutida, de tal manera que las distintas razones para justificar dicha decisión hayan sido debatidas, sopesadas y conocidas por la ciudadanía [...]”<sup>86</sup>.*

La introducción del inciso segundo del artículo 200 del Código Penal no recibió un mínimo de debate democrático. De hecho, no recibió ningún debate democrático. Hizo parte de una proposición que el Gobierno introdujo en el tercer debate sin aludir a las razones por las cuales esta era necesaria, y se mantuvo en el resto del trámite legislativo al ser aprobada por medio de votaciones en bloque. Basta referirse a las actas del tercer y del cuarto debate en la Cámara de Representantes (Gacetas 263 y 669 de 2011), para constatar que ningún congresista ni ministro se refirieron, ni siquiera de manera tangencial, a la modificación radical que se realizaba sobre el régimen de los pactos colectivos.

Es claro, entonces, que al establecer este retroceso en el derecho de negociación colectiva, la decisión del Congreso fue y este no tuvo en cuenta otras alternativas para el logro del mismo objetivo.

#### iv. Ausencia de proporcionalidad

La medida tampoco supera el juicio estricto de proporcionalidad que la jurisprudencia ha requerido en estos casos<sup>87</sup>. El juicio estricto de proporcionalidad requiere (i) que se busque satisfacer una finalidad constitucional imperativa, que (ii) la medida sea efectivamente conducente al logro de esa finalidad, (iii) que esta

<sup>83</sup> Sentencia C-209 de 2016, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

<sup>84</sup> Ver, por ejemplo, sentencia C-1040 de 2005.

<sup>85</sup> Sentencia C-038 de 2004, M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

<sup>86</sup> Sentencia C-816 de 2004, M.P. Jaime Córdoba Triviño y Rodrigo Uprimny Yepes. Reiterada en la sentencia C-332 de 2017, M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo.

<sup>87</sup> Sentencia C-507 de 2008, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

además sea necesaria y (iv) no sea desproporcionada<sup>88</sup>. Ninguno de estos elementos se cumple en la adopción del inciso segundo del artículo 200 del Código Penal.

En primer lugar, la norma no satisface un objetivo constitucionalmente imperioso. El objetivo de la norma es aumentar las tasas de afiliación sindical, haciendo que los sindicatos minoritarios en las empresas se conviertan en mayoritarios, privilegiando de esta forma los sindicatos como el único foro en el cual se puedan hacer las reclamaciones y las negociaciones laborales. Este no es un objetivo legítimo a la luz de la Constitución. La regulación de la negociación colectiva debe tener como norte la mejora en las condiciones laborales y la facilitación de la participación de los trabajadores en las decisiones que los afectan (art. 2 CP). La norma demandada no cumple esos objetivos, sino que trata los sindicatos y las tasas de afiliación sindical como fines en sí mismos.

Ahora bien, si en gracia de discusión se sostiene que el verdadero objetivo es proteger el derecho de asociación sindical, puede continuarse evaluando la medida y se verá que tampoco cumple los demás requisitos del juicio estricto de proporcionalidad.

Por una parte, se utiliza un medio prohibido por la Constitución<sup>89</sup>, que consiste en fin prohibir la libertad de asociación y el derecho de negociación colectiva de los trabajadores no sindicalizados.

Además, el medio utilizado no es efectivamente conducente al fin presuntamente buscado por la medida. En las empresas donde el sindicato es minoritario, la baja representatividad del sindicato puede darse no solamente porque exista un pacto colectivo, sino por otros factores. Por ejemplo, el sindicato puede ser inefectivo en sus negociaciones con el empleador, o puede estar cooptado por intereses políticos que son ajenos a las condiciones laborales entre los empleados y la empresa. Pueden existir muchas razones para no afiliarse a un sindicato, que no siempre se resumen en la existencia de un pacto colectivo con los trabajadores no sindicalizados. En estas situaciones, la prohibición de pactos colectivos con condiciones superiores a la de la convención colectiva minoritaria, no tendrá el efecto de lograr mayores afiliaciones al sindicato minoritario.

Por otra parte, el medio empleado claramente no es *necesario*. En este caso se ha decidido prohibir la superioridad de pactos colectivos a través de una prohibición

<sup>88</sup> Ver sentencia C-673 de 2001, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

<sup>89</sup> La proporcionalidad requiere que se revise si el medio usado está "*constitucionalmente prohibido*", ver sentencia C-673 de 2001, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

penal, que implica una pena privativa de la libertad. Existen muchas otras alternativas que no fueron exploradas por el Gobierno ni por el Congreso, como la alternativa de regular el asunto por la vía laboral—a través de una reforma al Código Sustantivo del Trabajo—de sancionar la misma conducta pero a través de medios administrativos y no penales, de sancionar con la invalidez del pacto colectivo en lugar de amenazar a trabajadores no sindicalizados con la prisión, o de fortalecer el uso de la acción de tutela, teniendo en cuenta que la jurisprudencia de la Corte Constitucional ya ha desarrollado los supuestos en que esta procede cuando existe un abuso del pacto colectivo.

Por último, la medida también es desproporcionada. Esta elimina por completo una modalidad legítima de negociación colectiva, para privilegiar otra de las modalidades posibles. Así, esta medida sacrifica la libertad personal de quienes suscriben los pactos colectivos, para obtener una posibilidad de aumento de tasas de afiliación en los sindicatos minoritarios.

#### v. Conclusión sobre el juicio de no regresividad

El Congreso tiene autonomía para regular las modalidades de la negociación colectiva. Pero no puede eliminar por completo una de dichas modalidades por medio de una prohibición penal, pues de esta forma retrocede en el ámbito sustantivo de la garantía de un derecho social. En estos casos, tendría que demostrarse que la medida tuvo un mínimo de deliberación democrática y superó un juicio estricto de proporcionalidad, requisitos que en este caso no se cumplen razón por la cual la norma demandada es inconstitucional.

#### d. Cuarto cargo: La norma demandada es contraria al principio de necesidad, y al carácter subsidiario, fragmentario y de *ultima ratio* del derecho penal

En la sentencia C-365 de 2012, la Corte sistematizó los *“valores, preceptos y principios a los cuales debe ceñirse el legislador en la elaboración de normas penales”*<sup>90</sup>. Estos son: (i) el principio de necesidad de la intervención penal relacionado a su vez con el carácter subsidiario, fragmentario y de *ultima ratio* del

<sup>90</sup> Sentencia C-365 de 2012, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Esta sentencia recogió, a su vez, las consideraciones de las sentencias C-173 de 2001, M.P. Alvaro Tafur Galvis, C-226 de 2002, M.P. Alvaro Tafur Galvis, C-317 de 2002, M.P. Clara Ines Vargas Hernández, C-238 de 2005, M.P. Jaime Araujo Rentería, C-822 de 2005, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, C-988 de 2006, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, C-636 de 2009, M.P. Mauricio González Cuervo, y C-575 de 2009, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

Derecho penal, (ii) el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, (iii) el principio de legalidad y (iv) el principio de culpabilidad.

El principio de *necesidad de la intervención penal* establece que *“dentro de una concepción conforme a la cual sólo debe acudir al derecho penal, con su efecto limitativo de las libertades individuales, cuando no exista otro medio de protección de los bienes jurídicos que resulte menos invasivo, la criminalización de una conducta solo puede operar como ultima ratio”*<sup>91</sup>.

En la sentencia C-365 de 2012, la Corte declaró inexecutable un tipo penal introducido en la Ley 1453 de 2011 con la siguiente descripción típica: *“El que transfiera o utilice a cualquier título los documentos, licencias, números de identificación de los vehículos automotores declarados en pérdida total [...]”*. Según la Corte Constitucional,

*“la norma no cumple con el principio de necesidad, pues no desarrolla el carácter subsidiario, fragmentario y de ultima ratio del derecho penal. En este sentido, el parágrafo del artículo 447 A no solamente no es subsidiario frente a otras formas de control social menos gravosas como el derecho sancionatorio, sino que además contradice lo establecido en el propio derecho de seguros, lo cual impide que su consagración sea subsidiaria y además genera la situación insostenible de penalizar una conducta admitida, regulada y desarrollada por otro sector del ordenamiento jurídico.”*<sup>92</sup>

En este punto, la Corte citó al doctrinante Claus Roxin, quien afirmó que *“sería una contradicción axiológica insoportable, y contradiría además la subsidiariedad del Derecho penal como recurso extremo de la política social, que una conducta autorizada en cualquier campo del Derecho no obstante fuera castigada penalmente”*<sup>93</sup>.

En este caso se observa exactamente el mismo fenómeno. Por un lado, la norma que criminaliza la celebración de pactos colectivos no es subsidiaria a otras formas de control menos gravosas, como puede ser el derecho laboral. En efecto, la regulación de los pactos colectivos podría realizarse a través de controles administrativos, ejercidos por el Ministerio de Trabajo, e incluso por vía judicial, a través de las acciones correspondientes ante la jurisdicción laboral. Sin embargo,

<sup>91</sup> Sentencia C-489 de 2002, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

<sup>92</sup> Sentencia C-365 de 2012, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

<sup>93</sup> ROXIN, Claus: Derecho penal, Parte general I (traducción de Diego-Manuel LUZÓN PEÑA, Miguel Díaz y García Conlledo, y de Javier de Vicente Remesal), Madrid, Civitas, 1997, p. 570. Citado en la sentencia C-365 de 2012, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

mediante la Ley 1453 de 2011, el Legislador optó por la vía más gravosa y utilizó como primer recurso para limitar los pactos colectivos lo que debería ser la *ultima ratio*.

En segundo lugar, así como en ese caso se observó una tensión insoluble entre la nueva norma penal y el derecho de seguros, en este caso la tensión existe entre el inciso segundo del artículo 200 del Código Penal y el derecho laboral colectivo. Como ya se explicó en este documento, el derecho laboral colombiano siempre ha admitido el pacto colectivo como instrumento legítimo de negociación colectiva, y los artículos 480 y 481 del Código Sustantivo del Trabajo lo siguen admitiendo. Además, la jurisprudencia constitucional sigue admitiendo que entre el pacto colectivo y la convención colectiva existan diferencias, siempre que estas sean racionales y no estén guiadas por una intención persecutoria.

La norma penal, en cambio, sanciona una conducta que el derecho laboral prohija, y amenaza con una pena privativa de la libertad a quienes utilicen un instrumento reconocido por el Código Sustantivo del Trabajo.

#### **e. Quinto cargo: La norma demandada es contraria al principio de legalidad**

El inciso segundo del artículo 200 del Código Penal también incumple el principio de tipicidad estricta, que hace parte del principio de legalidad, según el cual nadie puede ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes (art. 29 CP). Para el desarrollo de este último cargo, se toma como marco de referencia la sentencia C-742 de 2012, en la cual se precisó la metodología para evaluar los tipos penales desde el punto de vista de la tipicidad estricta. En ese caso, la Corte precisó que la sola existencia de una vaguedad interpretativa no conllevaba la inconstitucionalidad de la norma penal, pues *"según la teoría del derecho más autorizada sobre la materia de los límites del lenguaje normativo, todas las directivas expresadas en lenguaje natural, sin excepción, no sólo presentan a menudo problemas de ambigüedad semántica, sintáctica o pragmática, sino que incluso es posible aseverar que todas ellas están integradas por palabras vagas"*<sup>94</sup>.

La Corte estableció, entonces, que para declarar inconstitucional una norma penal por violación del principio de tipicidad estricta

*"ciertamente es necesario pero insuficiente evidenciar un problema de indeterminación o imprecisión, derivado de la ambigüedad, vaguedad o textura abierta del precepto. Además de eso ha resuelto que es*

<sup>94</sup> Sentencia C-742 de 2012, M.P. María Victoria Calle Correa.

*indispensable exponer argumentos suficientes para mostrar por qué esa disposición adolece de una "indeterminación insuperable" desde un punto de vista jurídico, o por qué el sentido de la misma ni siquiera "es posible determinarlo con fundamento en una interpretación razonable". Por lo cual el juicio de estricta legalidad debe entenderse como un escrutinio de constitucionalidad de la ley penal, que busca establecer si los tipos penales resultan tan imprecisos e indeterminados, que ni aun con apoyo en argumentos jurídicos razonables es posible trazar una frontera que divida con suficiente claridad el comportamiento lícito del ilícito.*<sup>95</sup>

En este caso, la norma presenta una indeterminación insuperable en el uso de la expresión "pactos colectivos". Por una parte, la norma puede estarse refiriendo a los pactos colectivos que regula el Código Sustantivo del Trabajo. Es decir, acuerdos entre el empleador y uno o varios trabajadores no sindicalizados, que además cumplen con el procedimiento de suscripción de una convención colectiva, por la remisión que hace el artículo 480 del Código.

Por otra parte, la norma podría hacer referencia a una noción más expansiva de pactos colectivos, como la que aparece en la sentencia T-069 de 2015, en la cual se señala que existen casos en que un plan de beneficios extralegales, concedidos unilateralmente por el empleador, produce "efectos iguales a los de un pacto colectivo"<sup>96</sup>.

Bajo la segunda interpretación, un empleador que ofrece beneficios a sus empleados puede ser sancionado penalmente si dichos beneficios son superiores a los de una convención colectiva celebrada con un sindicato minoritario. Así, luego de firmada una convención colectiva, el empleador no podría, por ejemplo, mejorar los horarios de trabajo, modificar favorablemente la política de permisos, o aumentar la remuneración de los empleados. No podría hacerlo, porque cualquier beneficio unilateralmente ofrecido tendría "efectos iguales a los de un pacto colectivo"<sup>97</sup>.

En cambio, bajo la primera interpretación, esto solo ocurre si el empleador y el trabajador no sindicalizado formalizan dichos beneficios en un documento denominado "pacto colectivo", el cual no es aplicable a los trabajadores del sindicato minoritario.

<sup>95</sup> *Ibid.*

<sup>96</sup> Sentencia T-069 de 2015, M.P. Martha Victoria Sáchica Méndez.

<sup>97</sup> Sentencia T-069 de 2015, M.P. Martha Victoria Sáchica Méndez.

En este caso no es claro si el tipo penal se refiere a la primera o a la segunda acepción, y la norma no provee elementos para concretar la interpretación del tipo penal. La indeterminación de la norma es una *indeterminación insuperable*, ya que no es posible acoger una o la otra acepción a través de una interpretación razonable, especialmente porque la jurisprudencia existente ha expandido el significado del término "*pactos colectivos*" pero no ha señalado ejemplos claros de las conductas que no constituyen un pacto colectivo. Es claro, entonces, que el término "*pactos colectivos*" por sí solo no es claro y autoevidente, por lo cual la norma demandada vulnera el principio de legalidad.

Cosa distinta sería si la norma hubiera precisado en qué consiste un pacto colectivo. Por ejemplo, si hubiera establecido que el pacto colectivo es un acuerdo entre un empleado y trabajadores no sindicalizados, en los términos de la legislación laboral. Pero no lo hizo, lo cual deja al intérprete en la libertad de elegir la acepción correcta del término "*pactos laborales*", violando de esta forma el principio constitucional de tipicidad estricta.

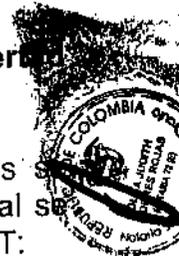
#### 8. Anotación final sobre las Recomendaciones del Comité de Libertad Sindical de la OIT

Cuando se discute la conveniencia o no de los pactos colectivos, quienes oponen a ellos con el fin de dar preeminencia a los sindicatos, por lo general refieren a la siguiente recomendación del Comité de Libertad Sindical de la OIT:

*"944. La Recomendación sobre los contratos colectivos, 1951 (núm. 91), da preeminencia, en cuanto a una de las partes de la negociación colectiva, a las organizaciones de trabajadores, refiriéndose a los representantes de los trabajadores no organizados solamente en el caso de ausencia de tales organizaciones. En estas circunstancias, la negociación directa entre la empresa y sus trabajadores, por encima de las organizaciones representativas cuando las mismas existen, puede en ciertos casos ir en detrimento del principio por el cual se debe estimular y fomentar la negociación colectiva entre empleadores y organizaciones de trabajadores.*

[...]

*946. En el Convenio sobre los representantes de los trabajadores, 1971 (núm. 135), y en el Convenio sobre la negociación colectiva, 1981 (núm. 154), figuran disposiciones expresas para garantizar que cuando en una misma empresa existan sindicatos y representantes elegidos por los trabajadores, se adopten medidas apropiadas para garantizar que la*



*existencia de representantes electos no se utilice en menoscabo de la posición de los sindicatos interesados*<sup>98</sup>

Esta recomendación no dice que deban prohibirse los pactos colectivos, y mucho menos señala que deba usarse el derecho penal para amenazar con penas de prisión a quienes los celebran. Solamente señala que la negociación directa entre la empresa y sus trabajadores, puede “en ciertos casos” ir en contra de la negociación colectiva, y que esto ocurre cuando existen “organizaciones representativas”. Además sugiere que “se adopten medidas apropiadas para garantizar que la existencia de representantes electos no se utilice en menoscabo de la posición de los sindicatos interesados”.

La recomendación, en primer lugar, se pronuncia sobre los casos en que existen *organizaciones representativas*, lo cual no ocurre cuando el sindicato es minoritario al agrupar menos de una tercera parte de los trabajadores. En este caso, el sindicato es representativo, pero de sus afiliados. No tiene el derecho a representar a todos los trabajadores.

En segundo lugar, la recomendación dice que “en ciertos casos” podría ser contraproducente la negociación con trabajadores no sindicalizados. La recomendación no precisa cuáles son esos casos, sino que la identificación de esos casos en que puede haber un abuso de los derechos de negociación corresponde a cada Estado. La norma demandada, sin embargo, no identifica esos “ciertos casos” sino que proscribe toda negociación colectiva entre empleadores y trabajadores no sindicalizados que pueda lograr condiciones superiores a las de una convención con un sindicato minoritario.

En tercer lugar, la recomendación sugiere adoptar “medidas apropiadas” pero en ninguna parte se refiere a medidas penales, como la que se demanda en este caso, que vulnera el principio de *ultima ratio* del derecho penal.

## 9. Conclusiones y solicitud a la Corte Constitucional

Por medio del Plan de Acción, el Gobierno de Estados Unidos impuso a Colombia la introducción de un tipo penal que no existe en ninguna otra parte del mundo. Este Plan de Acción es inconstitucional porque no fue enviado al Congreso para el procedimiento de aprobación, y porque incumple con el principio de reciprocidad de los tratados. Por lo tanto, y de acuerdo con el precedente del Auto A-288 de 2010, se solicita que la Corte declare que el Plan de Acción no podrá ser aplicado

<sup>98</sup> Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT, Quinta Edición, 2006.

en Colombia mientras no se surta el procedimiento interno de ratificación del mismo.

En segundo lugar, el tipo penal introducido en cumplimiento del Plan de Acción, contenido en el segundo inciso del artículo 200 del Código Penal, es inconstitucional por los cinco motivos que se han explicado a lo largo de este documento. Se solicita que por esos motivos el inciso segundo del artículo 200 del Código Penal sea declarado **inexequible**.

#### IV. COMPETENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

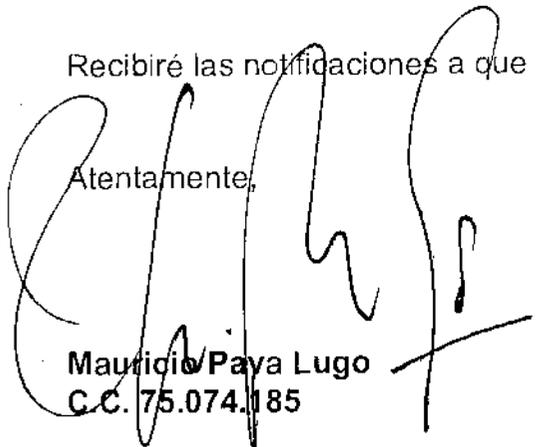
La Corte Constitucional es competente para pronunciarse sobre esta demanda de acuerdo con el artículo 241, numerales 4 y 10, de la Constitución.

Es competente para pronunciarse sobre el artículo 200, inciso segundo, del Código Penal, porque está contenido en una ley de la República, y es competente para pronunciarse sobre el "*Plan de Acción de Colombia y Estados Unidos para derechos laborales*", debido a que este debió ser aprobado por medio de una ley de la República (Auto A-288 de 2010, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio).

#### V. NOTIFICACIONES

Recibiré las notificaciones a que haya lugar en la Carrera 5 # 66-29, Bogotá.

Atentamente,

  
Mauricio Pava Lugo  
C.C. 75.074.185