

Bogotá D.C., 18 de febrero de 2020

Honorable Magistrado
JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS
Corte Constitucional
E.S.D.

SECRETARIA GENERAL
CORTE CONSTITUCIONAL
18 FEB 19 A 3 43

Referencia: Intervención ciudadana en el proceso T-7.613.918 correspondiente a la acción de tutela interpuesta por Johagly Amparo Sarmiento Varela contra Jorge Casas Hincapie

Asunto constitucional en discusión: protección de los derechos fundamentales a la protección laboral reforzada de las mujeres en estado de embarazo y a la seguridad social para los extranjeros

Carolina Moreno Velásquez, Gracy Pelacani y Laura Cristina Dib Ayesta, profesoras de la Clínica Jurídica para Migrantes de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes; Néstor Javier Ortíz Díaz, Ingrid Natalia Molano Saavedra, María Ximena Acosta Sánchez, Mariana Salvatierra Muñoz, asesores y estudiante, respectivamente, del Consultorio Jurídico de la Universidad de los Andes, identificados como aparece al pie de nuestras firmas y actuando como ciudadanos/as, presentamos la siguiente intervención dentro del proceso de referencia.

En esta intervención explicamos las razones por las cuales consideramos que el tratamiento dado al caso por los jueces de instancia no fue adecuado y argumentamos que la acción de tutela es el mecanismo idóneo en este caso. Además, afirmamos que la accionante es una persona especialmente vulnerable y un sujeto de especial protección constitucional. Finalmente, sostenemos que considerar la acción de tutela como mecanismo idóneo equivale a garantizar el derecho de acceso a la justicia de la accionante.

La presente intervención se estructura en seis partes: en la primera, argumentamos que las normas laborales aplicables al caso tienen que ser interpretadas a la luz de los principios constitucionales y que la tutela es un mecanismo idóneo. En la segunda, hacemos énfasis en las obligaciones que derivan para el Estado colombiano de la Convención Internacional para la Protección de los Trabajadores Migratorios y sus Familiares, especialmente cuando estén en situación migratoria irregular. Luego, en la tercera parte, sostenemos que la accionante es una persona en situación de especial vulnerabilidad por ser mujer migrante en situación irregular, trabajadora, en estado de embarazo y cabeza de hogar. Por ende, es un sujeto de especial protección constitucional y debe gozar de la protección laboral reforzada que le otorga el reconocimiento del fuero de maternidad. En la cuarta parte, explicamos que se ha reconocido en múltiples ocasiones que es considerablemente complejo para las personas de nacionalidad venezolana regularizar su situación migratoria en Colombia y que los mecanismos creados para

ello son insuficientes. En la quinta parte, analizamos las múltiples barreras a las que se enfrentan las personas migrantes en ejercer su derecho de acceso a la justicia en el país de residencia y hacemos un llamado a que se considere la tutela como mecanismo idóneo en este caso. Finalmente, en la sexta y última parte, exponemos nuestras solicitudes respecto al caso.

1. Las normas laborales aplicables al caso tienen que interpretarse a la luz de los principios constitucionales. La tutela es un mecanismo idóneo.

El Estado colombiano, mediante la Ley 146 de 1994, acogió la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (CMW por su sigla en inglés), obligándose a la protección de un amplio abanico de derechos para éstos, independientemente de su situación migratoria (artículo 7). La CMW hace énfasis en que “los trabajadores no documentados o que se hallan en situación irregular son empleados frecuentemente en condiciones de trabajo menos favorables que las de otros trabajadores” y es por ello que se establece que deben gozar “de un trato que no sea menos favorable que el que reciben los nacionales del Estado de empleo en lo tocante a remuneración” y a otras condiciones de trabajo y de empleo.

Lo mencionado implica una obligación para el Estado colombiano de adoptar las medidas adecuadas para asegurar que los trabajadores migratorios no sean privados de ninguno de los derechos derivados de este principio a causa de irregularidades en su permanencia o empleo. Lo anterior, en armonía con principios y derechos fundamentales reconocidos por el derecho interno colombiano, en especial el acceso a la justicia¹ y la igualdad², demanda de los jueces un especial cuidado en el análisis del caso, respecto a dos aspectos fundamentales: la subsidiariedad³ y la especial situación de la accionante y su hijo.

Frente al primer aspecto, consideramos que el tratamiento dado por los jueces constitucionales de primera y segunda instancia no es adecuado, por lo siguiente: en primer lugar, porque el análisis de la subsidiariedad en las sentencias de instancia giró en torno a la dificultad probatoria del caso; con esto, los jueces de instancia esquivaron el análisis específico y pormenorizado de los aspectos subjetivos de la accionante, como por ejemplo, el hecho de que sea una mujer en estado de embarazo y desempleada⁴, los cuales pueden llevar a considerar que el mecanismo ordinario instaurado (proceso ordinario laboral) no sea eficaz. Tampoco se tuvieron en cuenta aspectos objetivos que pueden tornar ineficaz el proceso ordinario laboral, por ejemplo, su

¹ Art. 229 C.P. Este derecho implica tres grupos de garantías: i) la posibilidad de acudir al sistema judicial, ii) el respeto de las garantías propias del proceso y iii) la existencia de los mecanismos necesarios para hacer efectivas las decisiones judiciales. Para este caso, consideramos relevante hacer énfasis en el primer grupo de garantías, el cual, su vez, contiene: el derecho de acción, el establecimiento de acciones y procedimientos eficaces y la cobertura de oferta en todo el territorio nacional. (Ver: sentencia T-799 de 2011)

² Art. 13 C.P.

³ Entendida como la regla que garantiza que la acción de tutela no desplace a los mecanismos ordinarios de defensa judicial. En términos generales, la acción de tutela procede: 1) cuando no hay un mecanismo ordinario instaurado para la protección de un determinado derecho; 2) cuando habiéndolo, éste no es idóneo y eficaz; 3) cuando existe un medio idóneo y eficaz, pero el mecanismo se usa para evitar un perjuicio irremediable.

⁴ Recordemos que, según la Corte Constitucional, son sujetos de especial protección, entre otros: los niños y niñas, las madres cabeza de familia, las personas en situación de discapacidad, la población desplazada y todas aquellas personas que por su situación de debilidad manifiesta los ubican en una posición de desigualdad material con respecto al resto de la población. Frente a estas personas, el análisis de la subsidiariedad debe flexibilizarse. Ver: Corte Constitucional. Sentencia T-736/13, 17 de octubre de 2013, M.P. Alberto Royas Ríos.

duración⁵ y la necesidad de que la demandante debe contar (como regla general) con la representación de un abogado titulado y asumir los costos de un proceso.

En segundo lugar, dada la situación de desequilibrio entre trabajador y empleador reconocida por la legislación, el régimen laboral trae algunas presunciones que buscan menguar los efectos de tal subordinación. Entre estas, encontramos aquella contenida en el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo (en adelante CST), según el cual, se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo. Esta regla, desconocida por los jueces de instancia, era suficiente para alivianar la dificultad probatoria advertida y facilitar la adopción de una decisión de fondo. En tercer lugar, las sentencias de instancia no reflejan un actuar inquisitivo de los jueces; por el contrario, se dejó a las partes, entre estas a la trabajadora (con todas sus dificultades), toda la carga procedimental, cuando era su deber adoptar medidas para tomar una decisión que garantizara los derechos fundamentales invocados.

Frente al segundo aspecto, conviene reiterar, primero, que una mujer en estado de embarazo es sujeto de especial protección constitucional⁶, más si consideramos la situación migratoria de la accionante⁷. Un reflejo de tal protección es la garantía de empleo de la mujer gestante, la cual deriva de los artículos 13, 43 y 53 de la Constitución Política y del artículo 235 A y siguientes del CST; estas normas deben integrarse y, en su armonía, aplicarse al caso concreto. En otras palabras, los hechos sometidos a consideración judicial y la protección demandada por la mujer en estado de embarazo deben leerse con base en la integración normativa descrita. En segundo lugar, vale reiterar la importancia de la protección reforzada de derechos como el desarrollo armónico e integral de los niños⁸, el cual implica la protección plena del menor desde su nacimiento, la cual no es integral si los recursos para garantizar su mínimo vital y el acceso a la seguridad social se obstaculizan.

Mencionamos los dos puntos anteriores para sostener que el análisis de los jueces de tutela debió ir más allá de la existencia de la relación laboral⁹. Estos derechos, por sí solos y con independencia de la existencia de una relación laboral subordinada, dan pie para un examen de fondo de la acción de tutela y de una sentencia favorable. Estos derechos van más allá de tal discusión (sobre la relación laboral), pues incluso así no la hubiera, la protección de la mujer embarazada y del menor por nacer tiene un sustento constitucional diferente y adicional a aquel

⁵ Según el Consejo Superior de la Judicatura, un proceso ordinario laboral debería durar, de acuerdo con la legislación, 242 días corrientes para la primera instancia. No obstante, la duración real de estos hasta obtener la sentencia de primera instancia es de 366,2 días (promedio nacional). A esto, hay que sumarle los días de la segunda instancia (168,1 días corrientes-promedio nacional), más los días que duran los recursos extraordinarios (si proceden), más los días necesarios para ejecutar la decisión en caso de que la sentencia haya sido favorable para el trabajador y el empleador no la haya cumplido. Véase Consejo Superior de la Judicatura-Corporación Excelencia en la Justicia. Resultados del estudio de Tiempos procesales (Bogotá, D.C., 2016). Disponible en: https://www.ramajudicial.gov.co/documents/1545778/8829673/TOMO+I+TIEMPOS+PROCESALES_18122015.pdf/2da294fd-3ef6-4820-b9e0-7a892b1bdbf0

⁶ Además de las normas de derecho interno y la jurisprudencia nacional, la protección viene desde normas de derecho internacional del trabajo. Entre estas, encontramos el Convenio 183 de la OIT, el cual le atribuye a los Estados el deber de lograr la igualdad real de la mujer trabajadora, *“atendiendo su estado de discriminación, por el hecho de la maternidad”* (Ver: artículo 8 y siguientes). La normatividad internacional del trabajo ingresa al ordenamiento interno a través del Artículo 53 de la Constitución Política y el Artículo 19 del CST.

⁷ La situación migratoria de la accionante y su implicación en este caso se desarrolla en el acápite 3.

⁸ Ver Corte Constitucional. Sentencia T-068/11, 7 de febrero de 2011, M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

⁹ A pesar de que había elementos para su definición, tal como lo explicamos en los párrafos anteriores.

que surge de la regulación de la relación de trabajo en los términos del CST¹⁰.

2. El Estado colombiano está obligado a respetar la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares

Colombia firmó y ratificó la CMW en 1995, incorporándola a su derecho interno mediante la aprobación de la Ley 146 de 1994, sobre cuya exequibilidad se pronunció la Corte Constitucional en su sentencia C-106 de 1995¹¹. En virtud de este tratado, el Estado colombiano se comprometió a respetar y asegurar los derechos allí consagrados a todos los trabajadores migratorios y sus familiares bajo su jurisdicción, sin distinción alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición (artículo 7).

Cabe destacar que el artículo 7 abarca la discriminación *de iure* y la discriminación *de facto* y, en particular frente a esta última, el Estado tiene la obligación de adoptar medidas positivas para “prevenir, reducir y eliminar las condiciones y actitudes que causen o perpetúen la discriminación de hecho contra esas personas”¹². También queda prohibida la discriminación tanto directa como indirecta de los trabajadores migratorios y de sus familias, lo que implica que no pueden aplicarse normas que repercutan de manera desproporcionada sobre los derechos de estas personas¹³, como es la exigencia de requisitos de imposible cumplimiento para personas migrantes.

El artículo 25 de la Convención establece que los trabajadores migratorios “gozarán de un trato que no sea menos favorable que el que reciben los nacionales del Estado de empleo”, en relación con la remuneración, las condiciones de trabajo y las condiciones de empleo. En el mismo sentido, dispone en su artículo 27 que estos gozarán del mismo trato que los nacionales con respecto a la seguridad social, en la medida en que cumplan con los requisitos previstos en la legislación aplicable. Lo anterior es compatible con el artículo 100 de la Constitución Política.

El Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (en adelante Comité) en su Observación General No. 2 sobre los derechos de los trabajadores migratorios en situación irregular y de sus familiares, ha sido enfático al recordar que “cualquiera sea la modalidad de su estancia, los trabajadores migratorios no pueden ser privados jamás de los derechos fundamentales que les asisten en virtud de la parte III de la Convención debido a su situación irregular”¹⁴. Los derechos consagrados en esa parte de la Convención coinciden con los protegidos por otros tratados internacionales de los cuales

¹⁰ Ver, por ejemplo: Corte Constitucional. Sentencia T-030 de 2018, 12 de febrero de 2018, M. P. José Fernando Reyes Cuartas; Sentencia T-092 de 2016, 25 de febrero de 2016, M.P. Alejandro Linares Cantillo.

¹¹ Corte Constitucional. Sentencia C-106 de 1995, 15 de marzo de 1995, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Cabe destacar que Colombia formuló reservas a los artículos 15, 46 y 47, y no ha realizado las declaraciones previstas en los artículos 76 y 77 de la Convención. El Comité ha instado al Estado colombiano a retirar las reservas y a hacer las referidas declaraciones. Véase: ONU, Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares. (27 de enero de 2020) *Observaciones finales sobre el tercer informe periódico de Colombia*. Doc. CMW/C/COL/CO/3, párr. 13

¹² ONU, Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares. (28 de agosto de 2013). Observación general No. 2 sobre los derechos de los trabajadores migratorios en situación irregular y de sus familiares. Doc. CM2/C/GC/2, párr. 19.

¹³ *Ibid.*, párr. 20.

¹⁴ *Ibid.*, párr. 5.

Colombia también es parte, como es el caso del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, por lo que el Comité ha entendido que se trata de instrumentos que “si bien son autónomos e independientes, son complementarios y se refuerzan entre sí”¹⁵.

Por tal razón, el Comité ha entendido que “cualquier diferencia de trato basada en la nacionalidad o la situación migratoria constituye una discriminación, a menos que los motivos de dicha diferenciación estén establecidos por ley, persigan un fin legítimo en virtud de la Convención, sean necesarios en esas circunstancias concretas y sean proporcionales al fin legítimo que se persigue”¹⁶.

En el caso concreto, queda claro que el despido de Johagly Amparo Sarmiento Varela, quien es una mujer gestante, trabajadora, cabeza de hogar y migrante en situación irregular, así como el desconocimiento de sus derechos derivados de la relación laboral que sostuvo con el Sr. Jorge Casas Hincapie, constituye una vulneración de las obligaciones internacionales adquiridas por el Estado colombiano al ratificar la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares.

3. Las mujeres migrantes son sujetos en situación de especial vulnerabilidad

Es de suprema importancia que la decisión que se tome en este caso se fundamente en el reconocimiento de la mujer migrante como un sujeto en situación de especial vulnerabilidad y, por ende, de especial protección. Una situación de vulnerabilidad que, en el caso concreto que nos ocupa, es aún más acentuada, por tratarse de una mujer cabeza de hogar, en estado de embarazo y en condición migratoria irregular.

La Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución sobre “Protección de los migrantes” (2000) reconoce la situación de vulnerabilidad en que se encuentran las personas migrantes y las dificultades a las que se enfrentan quienes no tienen documentación alguna o están en situación migratoria irregular. En especial, preocupan “las manifestaciones de violencia, racismo, xenofobia y otras formas de discriminación y trato inhumano y degradante de que son objeto los migrantes, especialmente las mujeres y los niños, en diferentes partes del mundo”¹⁷.

Asimismo, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer ha reconocido que las mujeres migrantes trabajadoras “son víctimas de desigualdades que ponen en peligro su salud, ya sea porque carecen de acceso a los servicios de salud, incluidos los servicios de salud reproductiva, o porque no están amparadas por seguros médicos o planes nacionales de salud ni tienen cómo pagar sus elevados costos”. De igual manera, afirma que la discriminación hacia la trabajadora migratoria en estado de embarazo puede ser especialmente aguda. Finalmente, reconoce que la trabajadora migratoria indocumentada es particularmente vulnerable “a la explotación y el abuso en razón de su estatus migratorio irregular; esto exacerba su exclusión y

¹⁵ *Ibid.*, párr. 7.

¹⁶ *Ibid.*, párr. 18 citando Observación general Nº 18 (1989) del Comité de Derechos Humanos sobre la no discriminación, párr. 13; y la Observación general Nº 20 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales sobre el derecho a la educación, párr. 13.

¹⁷ Asamblea General de Naciones Unidas, Resolución A/RES/54/166 sobre “Protección de los migrantes” de 24 de febrero de 2000.

el riesgo de explotación”¹⁸.

La situación de particular vulnerabilidad en la que se encuentra la mujer migrante en estado de embarazo y en situación socioeconómica precaria ha sido también reconocida expresamente por la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (“Convención De Belém Do Pará”, 1994), que en el artículo 9 establece que:

[L]os Estados Partes tendrán especialmente en cuenta la situación de vulnerabilidad a la violencia que pueda sufrir la mujer en razón, entre otras, de su raza o de su condición étnica, de migrante, refugiada o desplazada. En igual sentido se considerará a la mujer que es objeto de violencia cuando está embarazada, es discapacitada, menor de edad, anciana, o está en situación socioeconómica desfavorable o afectada por situaciones de conflictos armados o de privación de su libertad.

Igualmente, como reconocido por esta Corte Constitucional, en el contexto de la migración de personas provenientes de Venezuela, “la delicada situación humanitaria que viven los migrantes en situación irregular, los pone en una situación de vulnerabilidad, exclusión y desventaja que demanda la adopción de medidas especiales por parte del Estado y su tratamiento como sujetos de especial protección constitucional”¹⁹.

La situación de Johagly Amparo Sarmiento Varela es la de una persona con múltiples vulnerabilidades y requiere, por lo tanto, especial protección por parte del poder público.

3.1. La necesidad de una protección reforzada de los derechos de la mujer migrante en estado de embarazo, aún más cuando está en situación migratoria irregular

Históricamente los sistemas sociales han mantenido una diferencia evidente entre hombres y mujeres. Estas últimas han representado unos roles de desventaja en ámbitos como la educación, el trabajo y la familia. Hecho infortunado que no ha pasado desapercibido para nuestras autoridades judiciales, quienes a través de varios pronunciamientos han buscado una protección especial para ellas.

Ahora bien, si a lo largo de este transitar histórico ha sido difícil permear los sistemas con la bandera de la igualdad de géneros y sexos, sumémosle a esto una característica que afecta de manera puntual a la mujer y específicamente a la mujer migrante en situación migratoria irregular en estado de gestación. Ésta se ha visto sometida a todo tipo de vejámenes que afectan su dignidad humana y que ponen en riesgo, no solo su salud, sino también la de su hijo. Por ello, es evidente que se hace necesario una protección reforzada de sus derechos, es decir un reconocimiento de sus derechos fundamentales con un enfoque diferencial.

Para ello, es necesario hacer un acercamiento al fuero de maternidad que desarrolla el derecho fundamental a la estabilidad laboral reforzada de las mujeres gestantes y lactantes, fuero que se compone de varias medidas de protección, entre ellas la que busca no excluir a la misma del mercado laboral colombiano. Pero se debe hacer énfasis en que estos sistemas solo protegen a la mujer colombiana o extranjera en estado migratorio regular, dejando en una situación de

¹⁸ Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Recomendación general No. 26 sobre las trabajadoras migratorias, Cuadragésima segunda sesión, 2008, véase párrafos 17-20 y 22.

¹⁹ Corte Constitucional. Sentencia T-210/18, 1 de junio de 2018, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, párr. 43.

desprotección a la mujer que, por diversas razones, hace ingreso en territorio colombiano sin contar con los documentos necesarios para que su ingreso y permanencia en el mismo sean regulares. En particular, la situación de las migrantes de nacionalidad venezolana en estado de gestación es particularmente gravosa y la situación de exclusión y vulnerabilidad en la que se encuentran atenta contra su dignidad.

Ahora, si bien es cierto que el Estado colombiano por medio de su sistema de salud les brinda una atención de urgencias y el acceso a los controles prenatales²⁰, las mismas, por temor a sanciones administrativas, evitan acceder a los centros hospitalarios poniendo en riesgo su salud y su vida. Además, muchas de ellas por su condición irregular no reciben controles prenatales, sufren de desnutrición, anemia y violencia de género, entre otros²¹.

4. Imposibilidad de regularizar el estatus migratorio para los migrantes provenientes de Venezuela

Tal como lo señala la reciente Resolución 240 de 2020 del Ministerio de Relaciones Exteriores “por el cual se establece un nuevo término para acceder al Permiso Especial de Permanencia – PEP [...]”, se han adoptado estas medidas temporales “teniendo en cuenta el alto flujo migratorio de nacionales venezolanos que continúan ingresando al territorio colombiano, con vocación de permanencia en el país (...), a fin de que puedan permanecer en Colombia de manera regular y ordenada”. Sin embargo, tales medidas han resultado insuficientes por al menos dos razones: (i) se trata de medidas temporales y fragmentarias, que no han permanecido en el tiempo de manera ininterrumpida desde su creación en el 2017 (Ver anexos 1 y 2) y (ii) tienen como requisito haber ingresado por puesto de control migratorio habilitado con pasaporte; cosa que, por las razones que aquí se exponen, constituye un requisito de difícil o imposible cumplimiento para la población venezolana.

En torno al primer punto, se afirma que el marco normativo en materia migratoria es fragmentario en la medida en que está compuesto por decisiones administrativas adoptadas en distintos niveles de jerarquía y en diversos momentos. A la fecha no existe en Colombia una ley migratoria con un enfoque de derechos, que contemple una política pública integral que permita articular y delimitar la actuación de las autoridades²². Por el contrario, actualmente se cuenta con medidas que responden a una coyuntura, mas no con un marco legislativo coherente y con visión de largo plazo, que comprenda al fenómeno migratorio como un

²⁰ Véase, en particular, las sentencias de la Corte Constitucional, SU-677/17, 15 de noviembre de 2017, M.P.: Gloria Stella Ortiz Delgado; T-210/18, 1 de junio de 2018, M.P.: Gloria Stella Ortiz Delgado.

²¹ Véase: Profamilia e International Planned Parenthood Federation (IPPF), *Evaluación de las necesidades insatisfechas en salud sexual y reproductiva de la población migrantes venezolana en cuatro ciudades de la frontera colombo-venezolana*, febrero 2019, disponible en: <https://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/LIBRO%20Evaluación%20de%20las%20necesidades%20insatisfechas%20SSR%20v%20Migrantes%20Venezolanos%20-%20Digital.pdf>; Natalia Arenas, *Para las venezolanas el embarazo es una encrucijada*, 12 julio de 2019, CeroSetenta, disponible en: <https://cerosetenta.uniandes.edu.co/para-las-venezolanas-el-embarazo-es-una-encrucijada/>; Estefanía Palacios Araújo, *Migrantes sin alternativas: cuando la planificación es un privilegio*, Migravenezuela, 8 de noviembre de 2019, disponible en: <https://migravenezuela.com/web/articulo/embarazos-y-salud-sexual-y-reproductiva-de-los-migrantes-venezolanos/1565>

²² Véase: Amaya-Castro, Juan Manuel, Moreno, Carolina, Pelacani, Gracy. *“La gestión de la migración en Colombia hoy: Propuesta de diálogo para una política pública migratoria con enfoque de derechos en educación y salud”*. Informes CEM. Informe No. 1-2019. Centro de Estudios en Migración (CEM). Julio 2019. Págs. 19-22. Disponible en <https://derecho.uniandes.edu.co/sites/default/files/Informe-cem.pdf>

fenómeno global y permanente.

Tanto la Comisión Interamericana de Derechos Humanos²³ como el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos²⁴ han dado cuenta de la imposibilidad que tienen las personas de nacionalidad venezolana para acceder a documentos oficiales. En ese sentido, han reconocido que la imposibilidad de obtener o legalizar su documentación vulnera los derechos a la personalidad jurídica e identidad, con un impacto negativo en los derechos a la libre circulación y residencia, a adquirir una nacionalidad o a vivir en familia.

Adicionalmente, en su Resolución No. 2/18, la CIDH señaló que:

En el marco de la crisis de migración forzada que enfrentan las personas venezolanas existen vacíos de protección para el goce efectivo de los derechos humanos de estas personas. Entre ellas, preocupan a la CIDH prácticas tales como rechazos en frontera, expulsiones o deportaciones colectivas, la dificultad de muchas personas venezolanas para obtener pasaportes u otros documentos oficiales exigidos por algunos Estados para regularizarse o ingresar de forma regular a sus territorios, pagar los costos de las solicitudes de visas y el acceso igualitario a derechos en los países de destino²⁵ (subrayado fuera del texto).

De modo que, frente a los requisitos asociados a las fechas de ingreso al país y de un pasaporte con sello de ingreso a Colombia, las barreras de acceso a los mecanismos temporales de regularización habilitados por el Ministerio de Relaciones Exteriores y Migración Colombia son imposibles de sortear en la mayoría de los casos.

Por su parte, para obtener una visa, no solo requieren presentar un pasaporte con sello de ingreso al territorio, sino también documentos apostillados, contratos laborales, entre otros, que resultan de imposible acceso para la población migrante proveniente de Venezuela en situación de vulnerabilidad. Más aún, los costos del trámite para la obtención de una visa y de una cédula de extranjería, pueden superar los USD \$300²⁶. Ello constituye una importante barrera de acceso a la posibilidad de regularizar su estatus migratorio, para los migrantes en situación de vulnerabilidad que se han visto forzados a salir de Venezuela.

Lo descrito en esta sección es especialmente relevante en el presente caso, toda vez que el Juzgado Dieciocho Civil Municipal de Oralidad de Medellín decidió negar por improcedente el amparo de sus derechos bajo el argumento de que Johagly Amparo Sarmiento Varela “no cumple con las exigencias de la Ley para poder ser contratada, razón por la cual nunca se realizó un contrato laboral con la accionante y no existió subordinación alguna.” También observó que la accionante “no refleja ningún trámite para regularizar su situación migratoria, no posee historial de extranjería, ni es titular de algún documento como permiso especial de permanencia y/o tarjeta de movilidad fronteriza.” Ello muestra un claro desconocimiento del marco normativo en materia migratoria que, por las razones expuestas, no provee una vía

²³ CIDH. *Venezuela: Informe Anual 2018. Capítulo IV.B Venezuela*, 21 de marzo 2019. Disponible en: <https://www.oas.org/es/cidh/docs/anual/2018/docs/IA2018cap.4b.VE-es.pdf>

²⁴ Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. (12 de julio de 2019). Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en la República Bolivariana de Venezuela. Doc. A/HRC/41/18.

²⁵ CIDH. (2 de marzo de 2018). Resolución 2/18 Migración Forzada de Personas Venezolanas.

²⁶ Véase: https://www.cancilleria.gov.co/tramites_servicios/visa/costos-medios-pago-oficinas-atencion

efectiva y permanente para la regularización migratoria de las personas provenientes de Venezuela.

5. Acceso a justicia para la población migrante en situación de vulnerabilidad, especialmente en situación migratoria irregular

La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha entendido el derecho al acceso a la justicia como:

[L]a posibilidad que tiene cada persona residente en Colombia de poder acudir en condiciones de igualdad ante los jueces y tribunales de justicia, para propugnar por la integridad del orden jurídico y por la debida protección o el restablecimiento de sus derechos e intereses legítimos, con estricta sujeción a los procedimientos previamente establecidos y con plena observancia de las garantías sustanciales y procedimentales previstas en las leyes²⁷.

Este derecho contemplado en el ordenamiento jurídico colombiano presenta barreras significativas cuando se trata de personas migrantes, especialmente cuando éstas no tienen estatus migratorio regular.

Estas barreras pueden ser de distinto tipo: no dominar el idioma del país de llegada; tener prácticas culturales y religiosas diversas; no contar con redes de apoyo; el desconocimiento de las instituciones, las normas y las autoridades del lugar de destino; el escaso conocimiento que los migrantes pueden tener sobre sus derechos y cómo hacerlos efectivos; el desconocimiento y poca sensibilidad que las autoridades -incluidas las de justicia- pueden tener para decidir los casos que tienen que ver con personas migrantes. Además de lo anterior, el escenario se hace más complejo con ocasión de los factores asociados a la xenofobia, la discriminación y la exclusión que, en muchos casos, acompañan las historias de las personas migrantes.

Entonces, aunque estas personas se encuentran físicamente en territorio colombiano y asumen obligaciones de distinto tipo, experimentan cómo su situación migratoria se convierte en un factor capaz de bloquear la tutela efectiva de los derechos que el ordenamiento jurídico les confiere. Esto es así, toda vez que resulta muy difícil para las personas migrantes acceder a los jueces y tribunales para el efectivo reconocimiento de sus derechos, de acuerdo con la definición antes planteada. En este sentido, la nacionalidad y especialmente el estatus migratorio -regular o irregular- se tornan en criterios sospechosos que profundizan la situación de vulnerabilidad de las personas migrantes.

En relación con los trabajadores migratorios, la ausencia de un mecanismo judicial efectivo que les permita hacer valer sus derechos a través de los canales judiciales institucionales es un factor que favorece la explotación y el trato inequitativo de estas personas, en comparación con sus pares nacionales. Los trabajadores migratorios se ven doblemente victimizados en virtud de la inexistencia de un recurso judicial efectivo que ponga freno a la vulneración de sus derechos. Esto promueve situaciones de explotación, abuso y violencias de distinto tipo, las cuales, dada estas barreras de acceso efectivo a la justicia, pueden llevarse a cabo impunemente, en detrimento de las personas migrantes, quienes quedan desamparadas.

²⁷ Corte Constitucional. Sentencia T-421 de 2018, 16 de octubre de 2018, M.P.: Gloria Stella Ortiz Delgado.

La situación de los trabajadores migratorios se ve agravada, además del estatus migratorio, por otros factores que, sumados, exacerbaban la situación de vulnerabilidad de estas personas y hacen más difícil la realización de un proyecto de vida en condiciones dignas en el país de acogida. No solo se trata de barreras que impiden físicamente el acceso a la administración de justicia debido a que no se cuenta con un documento de identificación válido en Colombia, sino también, que estas personas debido a su estatus socioeconómico, enfrentan de facto dificultades para acceder a información de calidad sobre sus derechos y sobre cómo ejercerlos. Asimismo, las personas migrantes más vulnerables y socialmente excluidas no cuentan con los recursos para asumir los costos que supone un abogado profesional que represente sus intereses en los despachos judiciales, como ya lo hemos advertido en otras secciones de este escrito.

Además de la falta de documento válido en el país de acogida que les permita ser reconocidos legítimamente en el aparato de la administración de justicia y de las barreras de información y económicas para la defensa técnica, los migrantes en situación migratoria irregular se enfrentan también al permanente temor de ser destinatarios de medidas administrativas sancionatorias, debido precisamente a su estatus migratorio. Este temor se traduce en que la interacción de las personas migrantes en situación migratoria irregular con las autoridades sea escasa o nula; y por ello, que sus posibilidades de acceso real y efectivo a la jurisdicción sean muy efímeras también. Incluso, en el hipotético escenario en el que la persona trabajadora migratoria contara con la información suficiente sobre sus derechos y mecanismos para hacerlos efectivo y contara con los recursos para contratar los servicios de abogado profesional que le representara, el temor a que su estatus migratorio sea conocido por la autoridad migratoria competente para adelantar los procedimientos administrativos sancionatorios es un factor suficientemente disuasorio para desistir de la iniciación de la causa judicial.

Así, las personas migrantes se encuentran en una situación de desigualdad o asimetría frente a los nacionales colombianos en relación con el acceso a la administración de justicia. En el presente caso, el acceso a la justicia ordinaria para que sea ésta la que declare la existencia de la relación laboral y reconozca los efectos del despido injustificado y contrario a la estabilidad reforzada de la mujer trabajadora en estado de embarazo que protege el ordenamiento jurídico colombiano es inviable y profundamente revictimizante. Esto es así, debido, entre otras razones, al estatus migratorio irregular de la mujer víctima de este acto, a quien le resulta excesivamente difícil acudir a la jurisdicción ordinaria debido a las barreras que experimenta.

El caso de Johagly Amparo Sarmiento es un ejemplo de superposición de vulnerabilidades en una misma persona, conocido como interseccionalidad²⁸. Johagly es mujer, migrante, en estatus migratorio irregular, en estado de embarazo, con personas a cargo que dependen económicamente de ella. Todos estos factores, sumados, profundizan las barreras de acceso a la administración de justicia y justifican a su vez la idoneidad de la acción de tutela como el mecanismo para el reconocimiento de los derechos fundamentales vulnerados a Johagly Amparo, mujer migrante trabajadora quien ha sido despedida en estado de embarazo.

A partir de los anteriores argumentos, formulamos las siguientes,

²⁸ M. J. Magliano, "Interseccionalidad y migraciones: potencialidades y desafíos", en *Estudios Feministas*, Florianópolis, 23(3): 406, setembro-dezembro/2015; Ramon Grosfoguel, Laura Oso y Anastasia Christou, "'Racism', intersectionality and migration studies: framing some theoretical reflections", en *Identities*, 22:6, 2015, pp. 635-652.

6. Solicitudes

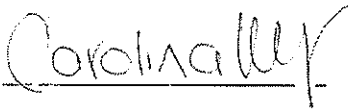
Solicitamos respetuosamente, revocar las sentencias revisadas, tutelar de manera definitiva los derechos fundamentales invocados por la accionante y, en consecuencia:

Primero: Ordenar al señor Jorge Hincapié Casas que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de la sentencia, REINTEGRE a la señora Johagly Amparo Sarmiento Valera a un cargo de igual o mejor condición que aquel que tenía cuando fue despedida, en el cual tenga en cuenta el estado de gestación de la trabajadora.

Segundo: Ordenar al señor Jorge Hincapié Casas que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de la sentencia, PAGUE a la señora Johagly Amparo Sarmiento Valera las sumas de dinero causadas entre la fecha de despido y la fecha en que se haga efectivo el reintegro, por concepto de salarios, cesantías, intereses de cesantías, prima de servicios, vacaciones y aportes a seguridad social (salud, riesgos laborales, caja de compensación familiar)

Tercero: Exhortar a los jueces constitucionales para que, dentro del marco de su autonomía judicial, aborden este tipo de casos con mayor rigor y atendiendo a las particulares condiciones de los y las accionantes frente a las barreras de acceso a la justicia.

Firmantes:



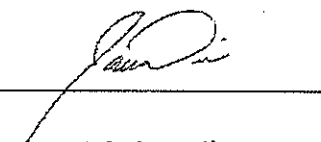
Carolina Moreno Velásquez

C.C.: 43.867.114



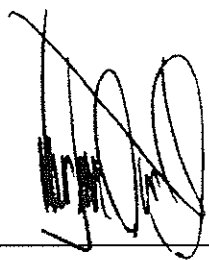
Gracy Pelacani

C.E.: 856.378



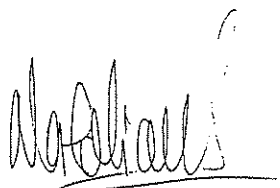
Laura Cristina Dib Ayesta

C.E.: 876.495



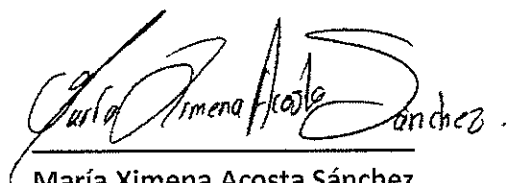
Néstor Javier Ortiz Díaz

C.C.: 1.032.388.830



Ingrid Natalia Molano Saavedra

C.C.: 1.010.166.123



María Ximena Acosta Sánchez

C.C: 53.124.989

Mariana Salvatierra Muñoz

C.C.: 1.020.816.066

ANEXOS

Anexo 1

Actos administrativos que regulan el PEP y establecen términos	Resolución 5797 de 2017 – Ministerio de Relaciones Exteriores	Resolución 0740 del 05 de febrero de 2018 – Ministerio de Relaciones Exteriores	Resolución 10677 del 18 de diciembre de 2018 – Ministerio de Relaciones Exteriores	Resolución 0240 del 23 de enero de 2020 – Ministerio de Relaciones Exteriores
Actos administrativos que implementan	Resolución 1272 de 2017 – Migración Colombia	Resolución 0361 del 06 de febrero de 2018 – Migración Colombia	Resolución 3317 del 19 de diciembre de 2018 – Migración Colombia	Resolución 0238 del 27 de enero de 2020 – Migración Colombia
Requisito temporal de permanencia en el territorio colombiano	Migrantes venezolanos que se encuentren en Colombia hasta el 28 de julio de 2017	Migrantes venezolanos que se encuentren en Colombia hasta el 02 de febrero de 2018	Migrantes venezolanos que se encuentren en Colombia hasta el 18 de diciembre de 2018	Migrantes venezolanos que se encuentren en Colombia hasta el 29 de noviembre de 2019
Plazo para solicitar el PEP	03 de agosto - 31 de octubre de 2017	07 de febrero de 2018 – 07 de junio de 2018	27 de diciembre de 2018 – 27 de abril de 2019	29 de enero de 2020 – 29 de mayo de 2020

Anexo 2

Tipo de PEP	PEP - Fuerzas Armadas y Policiales de la República Bolivariana de Venezuela	PEP - Registro Administrativo de Migrantes Venezolanos	PECP - Solicitud de refugio	PEP - Fomento de la Formalización
Actos administrativos que regulan el PEP y establecen términos	Resolución 2540 del 21 de mayo de 2019 – Ministerio de Relaciones Exteriores	Decreto 1288 de 2018 – Presidencia de la República	Resolución 3548 del 03 de julio 2019 – Ministerio de Relaciones Exteriores	Decreto 117 de 2020 – Presidencia de la República
Actos administrativos que implementan	Resolución 1465 del 21 de mayo de 2019 – Migración Colombia	Resolución 2033 del 02 de agosto de 2018	Resolución 2278 del 31 de julio de 2019 – Migración Colombia	N/A
Requisito temporal de permanencia en	Migrantes que al momento de su ingreso al territorio	Migrantes inscritos en	Haber solicitado el reconocimiento de la condición de refugiado	No tiene requisito temporal de

el territorio colombiano	hicieran parte de la Fuerza Pública de Venezuela y que se encontraran en Colombia a fecha 13 de mayo de 2019	el RAMV y que se encuentren en territorio colombiano a fecha 02 de agosto de 2018	en Colombia entre el 19 de agosto de 2015 y el 31 de diciembre de 2018 y les haya sido rechazada. Encontrarse en territorio colombiano a fecha 3 de julio de 2019.	permanencia en territorio colombiano; sin embargo, requiere presentar una oferta activa de contrato laboral o de contratación por prestación de servicios.
Plazo para solicitar el PEP	24 de mayo de 2019 – 22 de julio de 2019	02 de agosto de 2018 – 02 de diciembre de 2018	15 de septiembre de 2019 – 15 de diciembre de 2019	N/A