

Bogotá, D.C., 20 de agosto de 2019

Honorable Magistrado
Alejandro Linares Cantillo
Corte Constitucional
E.S.D.

Referencia: Intervención ciudadana en el proceso T-7.421.275, correspondiente a la acción de tutela interpuesta por Edwin Rafael Aponte Tuarez contra Crisanto Páez Vargas, “propietario del establecimiento de comercio depósito de materiales Páez Vargas”. Vinculados Rosa del Carmen Vargas de Páez, propietaria del establecimiento comercial Ferretería Páez Vargas, administradora de los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (ADRES) y el Ministerio del Trabajo.

Asunto constitucional en discusión: protección de los derechos de acceso a la seguridad social por parte de ciudadano extranjero no afiliado al sistema de seguridad social y de acceso a servicios de salud adecuados.

Carolina Moreno Velásquez, Gracy Pelacani y Juan Manuel Amaya Castro, profesores del Centro de Estudio en Migración (CEM) y de la Clínica Jurídica para Migrantes de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes; Laura Ostos Saavedra y Néstor Javier Ortíz Díaz, estudiante y asesor, respectivamente, del Área de Derecho Laboral 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 nuestra intervención argumentamos que las normas laborales aplicables al presente caso tienen que interpretarse a la luz de los principios constitucionales y del bloque de constitucionalidad. Además, sostenemos que la persona migrante es un sujeto en situación de vulnerabilidad y que esto conlleva una obligación de especial protección de sus derechos por parte del Estado colombiano. Finalmente, sostenemos que la protección de los derechos de las personas migrantes en el ámbito de las relaciones laborales, especialmente si se encuentran en situación de irregularidad, está íntimamente conectada con el objetivo de la más amplia regularización de su situación migratoria.

La presente intervención se estructura de la siguiente forma: en primer lugar, se afirma la relevancia del derecho de los trabajadores migrantes a no ser discriminados por su situación migratoria y se evidencian los obstáculos en el acceso a la justicia por parte de las personas

migrantes, especialmente cuando se encuentran irregularmente presentes en el territorio. En segundo lugar, se sostiene que la Convención internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares tiene que ser parte fundamental del marco normativo a la luz del cual se decidirá la presente acción de tutela. Luego, se argumenta que los migrantes son, *per se*, sujetos en situación de vulnerabilidad y que dicha situación se acentúa cuando se encuentran irregularmente presentes en el territorio nacional. En cuarto lugar, se explica cómo el gobierno del Estado colombiano ha reconocido que la tutela de los trabajadores migrantes está íntimamente conectada con la regularización de su situación migratoria. Finalmente, se concluye poniendo de manifiesto que este caso es representativo de una situación estructural y que esta misma Corte lo reconoce a través de la amplitud de sus requerimientos a las autoridades consultadas en el marco de este proceso.

A la luz de los argumentos aportados, se solicita que se ordene a los accionados a que, dentro de las 48 horas siguientes a la notificación de la sentencia, cumplan con todas las obligaciones laborales pendientes, dentro de estas, el goce pleno de las prestaciones económicas y asistenciales que cubre el sistema general de riesgos laborales y el sistema de salud, en caso de que padezca alguna enfermedad de origen común. Asimismo, que se exhorte a las autoridades que, en caso de encontrarse el accionante en situación de irregularidad, no sea sancionado, sino que se reconozca su situación de vulnerabilidad y la especial protección de la que debe ser beneficiario.

Esta solicitud se apoya en los siguientes argumentos:

1. Las normas laborales aplicables al caso tienen que interpretarse a la luz de los principios constitucionales

El derecho a las acreencias laborales mínimas¹ y los mecanismos procesales para su obtención derivan de disposiciones infra constitucionales². Esto implica, en principio, que las discusiones jurídicas relacionadas con la garantía de tales acreencias no son de raigambre constitucional. No obstante, cualquier asunto que involucre el reconocimiento y efectividad de derechos derivados de relaciones laborales tiene relevancia constitucional, al menos por dos razones: en primer lugar, porque los principios consagrados en los artículos 53 y 48 de la Constitución vigente tienen carácter vinculante e irradian todo el ordenamiento jurídico laboral³; en segundo lugar, porque otros principios y derechos fundamentales inciden en la garantía de las acreencias laborales mínimas. De estos, destacamos en este tipo de casos⁴:

¹ Con acreencias laborales mínimas hacemos referencia a aquellas consagradas en la legislación laboral, derivadas de las relaciones de trabajo subordinadas, es decir, aquellas en las cuales hay una continuada subordinación y dependencia del trabajador frente a su empleador. Dichas acreencias pueden dividirse en: aquellas que se pagan directamente a los trabajadores y aquellas que vinculan al Sistema General de Seguridad Social. En las primeras ubicamos: cesantías (aunque se consignan en un fondo, el destinatario directo es el trabajador), intereses a las cesantías, prima de servicios e indemnizaciones por incumplimiento. En las segundas ubicamos a las derivadas de los subsistemas de salud, pensiones, riesgos laborales y subsidio familiar.

² Cabe citar el Código Sustantivo del Trabajo, el Código Procesal del Trabajo, la Ley 100 de 1993, la Ley 776 de 2002, la Ley 1562 de 2012, entre otras.

³ Los artículos de la constitución que de forma explícita se ocupan del derecho del trabajo y de la seguridad social son los arts. 25, 26, 39, 48, 53 y 55.

⁴ Casos relacionados con población migrante de los cuales se tuvo conocimiento en el marco de la asistencia legal prestada por el Consultorio Jurídico de la Universidad de los Andes. Por ejemplo: Raiza Figueredo, migrante en situación irregular, quien trabajó como recepcionista en una empresa, la cual no pagó ninguna acreencia laboral

la igualdad y el acceso a la administración de justicia (tutela judicial efectiva)⁵. A continuación, desarrollamos esos dos aspectos, en relación al caso seleccionado por la Corte.

Aunque el artículo 53 constitucional contiene una exhortación al Congreso para que expida el estatuto del trabajo que tenga como base los principios allí mencionados, se ha entendido que aquellos son aplicables directamente, aunque el legislador no haya cumplido con la orden dada por el constituyente⁶. Así, los principios constitucionales que regulan el derecho del trabajo y la seguridad social gozan de poder vinculante⁷. Una consecuencia de este carácter es la obligación de que las normas de inferior rango y su aplicación se orienten a la satisfacción de lo dispuesto en los principios. Por otro lado, el mismo artículo 53 es, junto con el artículo 93 de la Constitución, la puerta de entrada al ordenamiento interno de la normatividad internacional del trabajo, dentro de la cual se incluye la relacionada con la Organización Internacional del Trabajo y la de otros entes multilaterales que expiden normas de derechos humanos aplicables al trabajo.

Es pertinente mencionar que el artículo 93 de la Constitución Política ordena que los convenios que integran el bloque de constitucionalidad en sentido estricto deben prevalecer en el orden interno. Por su parte, el inciso cuarto del artículo 53 constitucional reconoce que los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados hacen parte de la legislación interna. La lectura armónica de esas dos normas constitucionales viene desde la sentencia C-401 de 2005⁸, la cual analizó el alcance del artículo 19 del Código Sustantivo de Trabajo. En esta oportunidad, la Corte consideró que aquellos convenios que integren el bloque de constitucionalidad deben ser aplicados por todas las autoridades colombianas, con categoría de norma constitucional por formar parte del bloque de constitucionalidad.

De acuerdo con lo anterior, la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, ratificada por Colombia mediante la Ley 146 de 1994, debe aplicarse de esa manera. Ésta, en su numeral 1 del artículo 2 define al trabajador migratorio como: “toda persona que vaya a realizar, realice o haya realizado una actividad remunerada en un Estado del que no sea nacional”. Aun cuando en su artículo 5

ni afilió a la trabajadora a seguridad social. O el caso de Yenice Guerrero, quien estaba en una situación similar. Aquí se encontró una barrera de acceso frente a la posibilidad de conferir un poder con el requisito de la autenticación, el cual se hace en una notaría. Otros casos, de personas migrantes con Permiso Especial de Permanencia (PEP), requieren de representación en los estrados judiciales para obtener el pago de acreencias laborales mínimas. Un rasgo fundamental de este tipo de casos es la informalidad.

⁵ Aparte de estos, merecen atención: la irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales y la garantía a la seguridad social. El caso seleccionado por la Corte plantea justamente el desconocimiento de los beneficios mínimos garantizados por normas laborales y también la vulneración de la garantía de la seguridad social. De los hechos narrados por el accionante se infiere la falta de afiliación y pago al Subsistema de Riesgos Laborales e irregularidades en el reporte de un accidente de trabajo; esta situación, que en primera medida refleja la violación de normas legales (Ley 776 de 2002 y Ley 1562 de 2012), impacta en los principios constitucionales, haciéndolos inocuos.

⁶ Al respecto, ver la sentencia C-479 de 1992. Otra sentencia de especial importancia frente a la naturaleza de los principios del derecho del trabajo y su aplicación, es la sentencia C-028 de 2019, la cual analizó el principio constitucional de estabilidad laboral reforzada. Corte Constitucional, Sentencia C-479 de 1992, 13 de agosto de 1992, M.P. José Gregorio Hernández Galindo y Alejandro Martínez Caballero; Sentencia C-028 de 2019, 30 de enero de 2019, M.P. Alberto Rojas Ríos.

⁷ La aplicación de los principios del trabajo a materias de seguridad social es posible en virtud del Artículo 272 de la Ley 100 de 1993.

⁸ Corte Constitucional, Sentencia C-401 de 2005, 14 de abril de 2005, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

reconozca que los trabajadores migratorios pueden ser considerados como documentados y no documentados, esta clasificación no es utilizada en la convención como un criterio diferenciador para otorgar derechos o deberes a cada uno de estos individuos. Por el contrario, acuña el término trabajador migratorio, en aras de integrar estos dos grupos. Es así como los numerales 1 y 2 del artículo 25 de la Convención otorgan un trato igualitario a los nacionales y a los trabajadores migratorios frente a lo relacionado con remuneración, condiciones de trabajo, horario, horas extraordinarias, descanso semanal, seguridad en salud, edad mínima de empleo, entre otros. También, en su numeral 3, exhorta a los Estados parte a tomar las medidas necesarias para que los trabajadores migratorios no vean un menoscabo en el goce efectivo de sus derechos laborales a causa de irregularidades en su permanencia en el Estado o en su empleo. A la vez que los empleadores no deben estar exentos de ninguna obligación frente a estos trabajadores, por estas mismas razones.

Ahora bien, tanto del artículo 53 Constitucional como de la Convención, surge la obligación de tratar como iguales a todos los trabajadores de Colombia; por su parte, el artículo 48 Constitucional garantiza a todos los habitantes de Colombia el derecho irrenunciable a la Seguridad Social⁹. Esos mandatos constitucionales encarnan el sentido y la orientación de las actuaciones de las autoridades estatales, al tiempo que permiten entender por qué una disputa que aparentemente no trasciende de disposiciones legales de derecho laboral y de seguridad social termina concretizando las disposiciones constitucionales. Esto es así, en tanto que la garantía de los derechos prestacionales, desde su reconocimiento hasta su protección frente a abusos de los particulares (empleadores), se concibe dentro del marco constitucional y su desconocimiento o la ineficacia de su garantía significa el reconocimiento inocuo de unos derechos, claros en el papel, pero inoperantes en una realidad específica.

Otro derecho que viene de la Constitución es el acceso a la administración de justicia, materializado en el derecho a la tutela judicial efectiva. No hay forma de garantizar la efectividad de todos esos derechos de los que hemos venido hablando, garantizados a los nacionales y a los migrantes, regulares y en situación de irregularidad, si no contamos con mecanismos idóneos y eficaces que conduzcan a la satisfacción de las acreencias laborales mínimas a las que hicimos referencia.

La tutela judicial efectiva implica la posibilidad de acceder a los órganos jurisdiccionales que administran justicia para obtener una pronta y adecuada protección de derechos amenazados o vulnerados¹⁰. Una consecuencia importante de esta concepción de la tutela judicial efectiva y del acceso a la administración de justicia es la obligación del Estado (en cumplimiento de

⁹ La seguridad social tiene relevancia particular cuando se trata de menores de edad. La protección especial a los menores deriva del Artículo 44 constitucional, el cual también merece un desarrollo especial cuando el trabajador tiene a cargo a menores cuya dignidad depende del trabajo.

¹⁰ La tutela judicial efectiva parte del derecho fundamental de acceso a la administración de justicia (también puede hablarse indistintamente de uno y otro), el cual se plasma en el artículo 229 de la constitución así: se garantiza el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia. Según la Corte Constitucional: "(...) *Este derecho ha sido entendido como la posibilidad reconocida a todas las personas de poder acudir, en condiciones de igualdad, ante las instancias que ejerzan funciones de naturaleza jurisdiccional que tengan la potestad de incidir de una y otra manera, en la determinación de los derechos que el ordenamiento jurídico les reconoce, para propugnar por la integridad del orden jurídico y por la debida protección o 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 la Constitución y la ley*". Corte Constitucional, Sentencia T-799 de 2011, 21 de octubre de 2011, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

los principios constitucionales y de las normas que hacen parte del bloque de constitucionalidad) de remover cualquier barrera de acceso a esa tutela judicial efectiva¹¹.

Las barreras de acceso de los migrantes, en especial de quienes están en situación de irregularidad, pueden explicarse de al menos dos maneras. Primero, por la falta de adecuación de las instituciones relacionadas con la administración de justicia para atender a quienes no cuentan con documentos que permitan ejercer los derechos. Aquí, por ejemplo, podemos mencionar la dificultad de radicar una demanda o una acción de tutela por falta del documento que es aceptado por el sistema informático de la rama jurisdiccional y la imposibilidad de conferir un poder con nota de presentación personal en una notaría, como también por falta del documento aceptado por estas entidades. Otro aspecto a considerar es el temor de los migrantes en situación irregular de acudir a las entidades administrativas o judiciales porque eventualmente podrían ser denunciados y conducidos a la deportación o a la expulsión¹².

Segundo, por la falta de idoneidad o eficacia de los mecanismos ordinarios destinados por el Estado para la protección de los derechos derivados del trabajo. En este punto queremos cuestionar la idoneidad y la eficacia de un proceso ordinario¹³ para cuyo inicio se requiere, por regla general, la representación de un abogado titulado, que dura años en su resolución¹⁴ y que implica una carga probatoria significativa en cabeza de los trabajadores. Cuestionamos esos aspectos por las siguientes razones: la situación de vulnerabilidad de los migrantes, la cual puede significar, entre otras cosas, dificultad para contratar abogados titulados; la situación de tránsito de algunos migrantes, la cual lleva a que el proceso ordinario no alcance a garantizar los derechos durante su permanencia en el país. Su retorno al país de origen o la migración hacia otros países pueden significar, en muchas situaciones, el abandono de los

¹¹ La Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado sobre el derecho a la tutela judicial efectiva respecto de "Inmigrantes indocumentados". Por ejemplo: "(...) Los Estados deben velar por el estricto cumplimiento de la normativa de carácter laboral que mejor proteja a los trabajadores, independientemente de su nacionalidad, origen social, étnico o racial, y de su condición migratoria y, por lo tanto, tienen la obligación de tomar cuantas medidas de orden administrativo, legislativo o judicial sean necesarias, para enmendar situaciones discriminatorias de jure y para erradicar las prácticas discriminatorias realizadas por determinado empleador o grupo de empleadores, a nivel local, regional, nacional o internacional, en perjuicio de trabajadores migrantes (...) En muchas ocasiones sucede que no se reconocen a los trabajadores migrantes indocumentados los derechos laborales ya mencionados. Por ejemplo, muchos empleadores los contratan para que presten determinado servicio a cambio de una remuneración más baja a la que les correspondería; los despiden por formar parte de sindicatos; los amenazan con deportarlos, entre otras situaciones. Incluso, en algunas ocasiones los trabajadores migrantes indocumentados no pueden acudir a los tribunales de justicia para reclamar sus derechos por temor a su situación irregular (...)". Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *El Acceso a la Justicia como Garantía de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Estudio de los Estándares Fijados por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. OEA/Ser.LV/II.129, Doc. 4, 7 septiembre 2007. Disponible en: <https://www.cidh.oas.org/countryrep/AccessoDESC07sp/Accessodescv.sp.htm>

¹² Algunas de estas situaciones fueron vividas o manifestadas por clientes del Consultorio Jurídico de la Universidad de los Andes, quienes acudieron por asesoría o representación.

¹³ Aquel diseñado por la legislación para que el juez declare la existencia de los derechos laborales en cabeza del trabajador y condene a su pago.

¹⁴ Según el Consejo Superior de la Judicatura, un proceso ordinario laboral dura (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

casos ya iniciados, sin que se vean satisfechas sus pretensiones. Además, la informalidad de las relaciones laborales de los migrantes en situación de irregularidad dificulta el ejercicio del litigio, por aspectos probatorios.

Lo anterior, consideramos, implica para el Estado: asumir la tarea seria de eliminar las barreras operativas administrativas de acceso a la administración de justicia, ordenando incluso a las notarías y demás entes particulares involucrados que garanticen los mecanismos de atención, sin ningún tipo de obstáculo a todos los migrantes, en especial a aquellos en situación irregular. También implica que los jueces sean conscientes de la especial situación de estas personas y que actúen en consecuencia. Esto significa, principalmente, acudir a las facultades oficiosas para obtener pruebas; fallar *ultra* y *extra petita*; usar la figura de la carga dinámica de la prueba; actuar en plena armonía con otras entidades del Estado y analizar la posible vulneración de derechos cuando actúan como jueces constitucionales. En este aspecto adquiere especial consideración prestar atención a los requisitos de procedibilidad de la acción de tutela. Es inaceptable la ligereza con la que, en algunas ocasiones se procede remitiendo a los accionantes a los procesos ordinarios, sin mayor cuidado con las especiales condiciones de la población migrante.

El presente caso es una oportunidad fundamental para que se fijen los derroteros de actuación en ambos sentidos y exijan en el marco de las competencias de las entidades involucradas la adopción de medidas concretas, de cara a la garantía de los derechos fundamentales reconocidos a todos los migrantes.

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

La Convención internacional sobre la Convención internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares¹⁵ tiene que ser parte fundamental del marco normativo a la luz del cual se resolverá el presente caso. El Estado colombiano se obligó al respecto de la misma con la Ley 146 de 1994¹⁶. En su preámbulo, la Convención reconoce la situación de vulnerabilidad en la que se encuentran los trabajadores migratorios y sus familiares, aun más cuando están en situación de irregularidad. Asimismo, reconoce 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 que “la práctica de emplear a trabajadores migratorios que se hallen en situación irregular será desalentada si se reconocen más ampliamente los derechos humanos fundamentales de todos los trabajadores migratorios (...)”.

¹⁵ Adoptada por la Asamblea General en su resolución 45/158, de 18 de diciembre de 1990, ha entrado en vigor el 1 de Julio de 2003. United Nations, Treaty Series, vol. 2220, p. 3; Doc. A/RES/45/158.

¹⁶ Ley 146 de 1994 (julio 13) por medio de la cual se aprueba "Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares", hecha en Nueva York el 18 de diciembre de 1990. Diario Oficial No. 41.444, del 15 de julio de 1994. La Convención fue promulgada por el Decreto No 2084 de 1995, Diario Oficial No 42.129 de 29 de noviembre de 1995. La Ley No 146 de 13 de julio de 1994 fue declarada exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C-106 de 1995, 15 de marzo de 1995, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

La Convención obliga al Estado colombiano a la protección de un amplio abanico de derechos de los trabajadores migratorios y de sus familiares, independientemente de su situación migratoria (art. 7). En particular, estos “gozarán 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. Consecuentemente, la Convención obliga al Estado a 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. En particular, los empleadores no quedarán exentos de ninguna obligación jurídica ni contractual, ni sus obligaciones se verán limitadas en forma alguna a causa de cualquiera de esas irregularidades” (art. 25).

En este contexto, se recomienda a la Corte a tener en cuenta los tres informes periódicos presentados por el Estado colombiano en 2008, 2011 y 2018 respectivamente, los cuales dan cuenta de las medidas adoptadas, con el fin de hacer efectivas las disposiciones de la Convención (art. 73). En particular, se sugiere a la Corte considerar los párrafos 50 a 55 del tercer Informe¹⁷, el cual, refiriéndose a las medidas adoptadas respecto al empleo de personas migrantes en situación de irregularidad, se limita a mencionar las acciones de Inspección, Vigilancia y Control (IVC) realizadas por el Ministerio del Trabajo hasta abril de 2018. A este respecto, preocupa que no se haga mención de las medidas adoptadas con el fin de proteger los derechos de los trabajadores migratorios en situación de irregularidad, ya que su vulnerabilidad requiere una especial protección por parte del Estado.

3. Los migrantes son sujetos en situación de vulnerabilidad, aún más cuando se encuentran irregularmente presentes en el territorio

Se considera fundamental que la Corte asuma como punto de partida de su pronunciamiento frente al caso, que las personas migrantes son sujetos en situación de vulnerabilidad, aun más cuando se encuentran irregularmente presentes en el territorio; y que, esto implica otorgarles especial protección¹⁸.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH) y órganos de Naciones Unidas han reconocido, en múltiples ocasiones, que la persona migrante se encuentra en situación de vulnerabilidad como sujeto de derechos humanos. Esta situación se origina por su falta de poder y por encontrarse fuera de su país de origen, entre otros factores¹⁹. De esta situación deriva, en palabras de la Asamblea General de Naciones Unidas,

¹⁷ Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares. Examen del tercer informe periódico que Colombia debía presentar en 2018 en virtud del artículo 73 de la Convención. CMW/C/COL/3. 19 de julio de 2018. Disponible en: <http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2fPPRiCAqhKb7yhsmxpvceg4fTY8dv%2fqThh5tcp8SfWGk34Aqdp6EfdSuPKT3St%2bFj0cvQAcM6AuldGG%2bXcolQapdVEgwlmZvFr%2bhYf7sbOvOdB%2fEbX7UWpdMW>

¹⁸ 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>

¹⁹ Corte IDH. Opinión Consultiva OC--18/03. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. Resolución de 17 de septiembre de 2003, párr. 112. Caso Vélez Loor vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010, párr. 98.

“la necesidad de que todos los Estados protejan plenamente los derechos humanos universalmente reconocidos de los migrantes, en particular de las mujeres y los niños, independientemente de su situación jurídica [...]”²⁰. Asimismo, los migrantes indocumentados o en situación de irregularidad se encuentran en una situación de especial vulnerabilidad, por estar “más expuestos a las violaciones potenciales o reales de sus derechos”²¹.

Esta misma Corte ha reconocido, en el contexto de la migración de personas provenientes de Venezuela, que los migrantes, y los migrantes en situación irregular en especial, se encuentran 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”²². De la misma manera, el impacto de la situación de especial vulnerabilidad de los migrantes en la protección de sus derechos es reconocido por el Gobierno colombiano, de acuerdo con las consideraciones incorporadas en el proyecto de Ley Migratoria, presentado el 24 de julio de 2019. En dicho proyecto se afirma que se tendrá en cuenta “el carácter especial de la condición de extranjero y el impacto de tal condición en el ejercicio de los derechos fundamentales de esta población”²³. Por ende, y a pesar de que la situación migratoria del señor Edwin Rafael Aponte Tuarez no se encuentra determinada en el Auto, su situación de vulnerabilidad, acentuada eventualmente por la falta de recursos económicos y por el estado de embarazo de su esposa, tendrá que ser un elemento fundamental en la sentencia de la Corte.

Finalmente, la situación de vulnerabilidad, y eventualmente de irregularidad del accionante, afecta el alcance y la efectividad de su acceso a los servicios de salud. Suponiendo que este haya recibido únicamente atención médica por urgencias, la misma sería muy limitada ya que podría alegarse que al ser este un accidente de trabajo, no está cubierto por el sistema de seguridad social en salud. Los trabajadores migratorios en esta situación de irregularidad se encuentran en una situación de desprotección aun mayor, considerando que los accidentes que sufren en el marco de su actividad laboral informal no están cubiertos por el sistema de seguridad social en salud. Esta situación, por lo tanto, se torna en un mecanismo expedito para negar la atención en salud.

4. El Estado colombiano reconoce que un estatus migratorio regular es fundamental para la protección efectiva de los derechos de los migrantes

El Estado colombiano ha manifestado una clara intención de buscar la más amplia

²⁰ Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución A/RES/54/166 sobre “Protección de los migrantes” de 24 de febrero de 2000.

²¹ Naciones Unidas, Consejo Económico y Social, Grupos específicos e individuos: Trabajadores migrantes. Derechos humanos de los migrantes, Informe presentado por la Relatora Especial, Sra. Gabriela Rodríguez Pizarro, de conformidad con la Resolución 1999/44 de la Comisión de Derechos Humanos, E/CN.4/2000/82, 6 de enero de 2000, párr. 28.

²² Corte Constitucional, Sentencia SU-677 de 2017, 15 de noviembre de 2017, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. Sentencia T-210 de 2018, 1 de julio de 2018, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

²³ Proyecto de Ley 036 de 2019, 24 de julio de 2019, “Por medio de la cual se establece la política integral migratoria del Estado colombiano”, pág. 36. Disponible en: <http://leyes.senado.gov.co/proyectos/images/documentos/Textos%20Radicados/proyectos%20de%20ley/2019%20-%202020/PL%20036-19%20Politica%20Migratoria.docx>

regularización de los nacionales venezolanos que se encuentran en el territorio nacional. Con ese fin se han expedido los Permisos Especiales de Permanencia (PEP). Además, recientemente, el Gobierno, como fruto de una colaboración entre el Ministerio de Trabajo, el Ministerio de Relaciones Exteriores y Migración Colombia, ha presentado la propuesta de creación de un Permiso Especial Temporal de Trabajo (PETT)²⁴. Este busca ofrecer la posibilidad a los nacionales venezolanos que se encuentran en una situación de irregularidad de acceder al trabajo formal. Según afirma el Ministerio de Trabajo: “Queremos que los venezolanos y migrantes en general, puedan acceder a un empleo formal y que no suceda lo que actualmente ocurre: frecuentes abusos en la contratación, donde éstos son contratados por menor valor (...)”²⁵. A pesar de que se trata de un proyecto de decreto y, por lo tanto, no de una norma vinculante, lo cierto es que manifiesta de manera clara la postura del gobierno colombiano frente a la situación de explotación a la que están expuestos los trabajadores migrantes y las barreras a los que estos se enfrentan por el solo hecho de ser migrantes, más aun cuando se trata de quienes están en situación irregular, como lo hemos venido señalando a lo largo de esta intervención.

Esta puede considerarse una política pragmática y coherente con el objetivo general del actual gobierno de fortalecer la economía formal, concretamente en todo lo relacionado con el trabajo. Además, existe una consciencia de que la población migrante, como grupo vulnerable, requiere de una especial protección de sus derechos, especialmente en el contexto de las relaciones laborales. Este propósito es consistente con lo afirmado por el gobierno en su Proyecto de Ley Migratoria, donde explicita que uno de sus objetivos es “propender por una migración segura, ordenada y digna”²⁶.

Asimismo, el Estado colombiano ha reconocido la importancia de proteger los derechos de los migrantes adoptando el Pacto Mundial para la Migración Segura, Ordenada y Regular²⁷. En particular, el artículo 22 del Pacto elabora el compromiso de “examinar los mecanismos de contratación existentes para asegurarnos de que sean justos y éticos, y para proteger a todos los trabajadores migrantes contra cualquier forma de explotación y abuso con el fin de garantizar el trabajo decente y maximizar las contribuciones socioeconómicas de los migrantes en los países tanto de origen como de destino”.

En breve, la política pública migratoria del Estado colombiano, al igual que los compromisos internacionales, apuntan a que las relaciones laborales de los migrantes se encuentran mejor gestionadas cuando proceden de la mano con una política amplia de regularización.

Como ya se ha explicado, además, la población migrante es una población especialmente vulnerable. Si se considera la población migrante en situación de irregularidad, su

²⁴ El proyecto de decreto ha sido preparado por el Ministerio de Trabajo y se encuentra disponible en <http://www.mintrabajo.gov.co/documents/20147/59926232/Proyecto+Decreto-+Permiso+Especial+de+Trabajo.pdf>

²⁵ Ministerio del Trabajo. “Queremos habilitar Permiso Especial Temporal de Trabajo para migrantes”: viceministro Carlos Baena. 19 de junio de 2019. Disponible en: <http://www.mintrabajo.gov.co/prensa/comunicados/2019/junio/queremos-habilitar-permiso-especial-temporal-de-trabajo-para-migrantes-viceministro-carlos-baena> .

²⁶ Artículo 17 acápite h del Proyecto de Ley 036 de 2019, 24 de julio de 2019, “Por medio de la cual se establece la política integral migratoria del Estado colombiano”.

²⁷ Resolución aprobada por la Asamblea General el 19 de diciembre de 2018, No. 73/195: Pacto Mundial para la Migración Segura, Ordenada y Regular.

vulnerabilidad puede llegar a ser acentuada y potencialmente extrema²⁸. En el contexto laboral esta vulnerabilidad acentuada se manifiesta en el riesgo real de explotación, de mal pago y de condiciones laborales más precarias respecto a los nacionales.

La propuesta de creación del PETH es un reconocimiento de que la situación de irregularidad genera un alto riesgo de informalidad laboral y que, además, esa informalidad puede afectar seriamente los derechos fundamentales de los migrantes. Asimismo, cabe señalar que la informalidad laboral atenta contra la capacidad del Estado de proteger los derechos, no solo de la población migrante, sino de todas las personas que se encuentran en el territorio nacional, ya que, en estos casos, estos individuos no están contribuyendo con sus aportes al sistema de seguridad social. Es por esta razón que la protección efectiva y eficaz de los derechos fundamentales requiere la formalización del trabajo del migrante.

5. Es importante ejercer una especial vigilancia en casos de trabajo informal que involucra a migrantes, particularmente si se encuentran en situación de irregularidad

La irregularidad en contexto de informalidad laboral genera dinámicas en las que se busca ocultar la existencia de una relación laboral de hecho. Esta requiere de controles constantes y de investigaciones rigurosas por parte de las autoridades. Estas dinámicas se ven además reforzadas por el temor que sienten las personas migrantes en situación de irregularidad de que las autoridades las sancionen al conocer su situación y, por eso, es más alta la probabilidad que desistan de hacer valer sus derechos fundamentales y laborales. Esto incrementa su vulnerabilidad y, en casos extremos, esta dinámica puede llevar a la explotación y a la trata.

El derecho internacional obliga al Estado colombiano a combatir la trata. El artículo 9 del Protocolo de Palermo²⁹ exige que los estados adopten medidas preventivas. Igualmente la Ley 985 de 2005³⁰ establece que el Estado colombiano adoptará medidas preventivas³¹. En su decisión sobre el caso que nos ocupa, la Corte en su examinación de casos de trabajo informal por parte de migrantes, particularmente de los que se encuentran en situación de irregularidad, debe verificar en su análisis la existencia de un vínculo laboral de hecho.

²⁸ Iglesias Sánchez, Sara. "Irregular Migrants in Europe: Deprivation of Status as a Type of State-Imposed Vulnerability", en Ippolito, Francesca, Iglesias Sánchez, Sara. "Protecting Vulnerable Groups. The European Human Rights Framework". Hart Publishing. Oxford, 2015. Págs. 423-451.

²⁹ Ley 800 de 2003, 13 de marzo de 2003, "Por medio de la cual se aprueban la "Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional" y el "Protocolo para Prevenir, Reprimir y sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional", adoptados por la Asamblea General de las Naciones Unidas el quince (15) de noviembre de dos mil (2000)". Diario Oficial 45131 del 18 de marzo de 2003.

³⁰ Ley 985 de 2005, de 26 de agosto de 2005, Por medio de la cual se adoptan medidas contra la trata de personas y normas para la atención y protección de las víctimas de la misma. Diario Oficial 46015, 29 de agosto de 2005.

³¹ Artículo 5, Ley 985 de 2005: El Estado colombiano, a través del Gobierno Nacional, de sus instituciones judiciales y de policía, y de las autoridades Compilación Normativa Sobre la Trata de Personas en Colombia 24 nacionales y territoriales, tomará medidas y adelantará campañas y programas de prevención de la trata de personas, fundamentados en la protección de los Derechos Humanos, los cuales tendrán en cuenta que la demanda es una de sus causas fundamentales; considerarán los factores que aumentan la vulnerabilidad de la trata, entre ellos la desigualdad, la pobreza y la discriminación en todas sus formas, y atenderán la diversidad cultural y étnica de las posibles víctimas.

En el presente caso, aunque el Estado ha reconocido la necesidad de dar acceso al trabajo formal a través de la propuesta de creación del PETT, aún no ha ofrecido una vía concreta para que ese acceso se materialice. Sin embargo, el derecho internacional, la Convención para la Protección de los Trabajadores Migrantes y sus Familias, así como la Constitución Política, hacen énfasis reiterado en el imperativo de la protección de los derechos de los más vulnerables, tanto en términos generales como en el contexto específico de las relaciones laborales. Por estas razones, la Corte debe tener presente las dinámicas de las relaciones laborales en el contexto de la inmigración irregular, las necesidades que se presentan en un contexto de crisis humanitaria y los riesgos que viven las personas migrantes en estado de vulnerabilidad acentuada.

6. El caso bajo examen es representativo de una situación estructural

Como último punto de esta intervención, quiere ponerse de manifiesto que el presente caso no es aislado, sino que es representativo de una situación estructural. Con esto se quiere decir, en primer lugar, que muchas personas extranjeras en el país, sobre todo provenientes de Venezuela, se encuentran, potencialmente, en una situación similar al accionante. Segundo, que la decisión de esta Corte sobre el caso sentará un precedente fundamental para el reconocimiento y la tutela de los derechos de los trabajadores migrantes, los cuales se encuentran en situación de vulnerabilidad. Reconocemos de manera muy positiva que la misma Corte reconozca el alcance estructural de esta situación, lo cual ha quedado demostrado a partir del abanico amplio y plural de los requerimientos hechos a las distintas autoridades del Estado colombiano, así como al accionante, con el fin de conocer y comprender el contexto en el que los hechos han tenido lugar.

A partir de los anteriores argumentos, formulamos las siguientes,

7. Solicitudes

Solicitamos respetuosamente, tutelar los derechos fundamentales invocados por el accionante y, en consecuencia:

1. Ordenar a los accionados a que, en el término de 48 horas siguientes a la notificación de la sentencia, cumpla con todas las obligaciones de carácter laboral que adeuden. Entre estas: el pago de cesantías, intereses de cesantías, prima de servicios y la afiliación y pago al sistema general de seguridad social. Reconocer al accionante las prestaciones de seguridad social;
2. Ordenar a las entidades de seguridad social vinculadas, el cumplimiento pleno e integral de todos los procedimientos médicos necesarios para el restablecimiento del estado de salud del accionante.
3. Ordenar a las entidades de seguridad social vinculadas, el cumplimiento pleno e integral de todas las prestaciones económicas a su cargo.
4. Exhortar a los jueces constitucionales para que revisen con especial cuidado la procedencia de la acción de tutela en casos relacionados con población migrante.
5. Exhortar a los jueces ordinarios laborales para que en el trámite de los procesos

ordinarios tengan en cuenta la situación especial de informalidad de los migrantes, al momento de decretar y practicar pruebas.

6. Reconocer su situación de particular vulnerabilidad y no sancionarlo por su situación de irregularidad.

Cordialmente,

Carolina Moreno Velásquez
C.C.: 43.867.114

Gracy Pelacani
C.E.: 856.378

Juan Manuel Amaya Castro
C.C.: 80.419.578

Néstor Javier Ortíz Díaz
C.C.: 1.032.388.830

Laura Ostos Saavedra
C.C.: 1.015.469.366



Consultorio Jurídico de la Universidad de los Andes

Recibiremos notificaciones a través de la dirección de correo electrónico:
cem@uniandes.edu.co