

PROTECCIÓN A LA MUJER TRABAJADORA MIGRANTE

ANDREA DE LAS LAJAS ANGULO

**UNIVERSIDAD ICESI
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS
ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO LABORAL Y SEGURIDAD SOCIAL
SANTIAGO DE CALI
2013**

PROTECCIÓN A LA MUJER TRABAJADORA MIGRANTE

ANDREA DE LAS LAJAS ANGULO

**Caso para Optar al Título de
ESPECIALISTA EN DERECHO LABORAL Y SEGURIDAD SOCIAL**

**Asesor de la Especialización
Dr. JORGE ANDRES ILLERA CAJIAO**

**UNIVERSIDAD ICESI
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO LABORAL Y SEGURIDAD SOCIAL
SANTIAGO DE CALI
2013**

CONTENIDO

	pág.
FICHA TÉCNICA	4
INTRODUCCIÓN	6
1. HECHOS	10
2. NORMAS, INSTRUMENTOS RELEVANTES Y FUENTES BIBLIOGRÁFICAS	14
3. PROBLEMA JURÍDICO	16
4. ANÁLISIS	17
5. SOLUCION DEL CASO	37
6. CONCLUSIONES	39

FICHA TÉCNICA

ITEM	VARIABLE	DESCRIPCIÓN
1	Nombre del caso	Protección a la mujer trabajadora migrante
2	Autor	Andrea de las Lajas Angulo
3	Dirección	Carrera 69 No.16-60 Apto. 802 Torre C Balcones del Limonar III
4	Fecha de revisión	Abril 13 de 2012
5	Revisor	Jorge Andrés Illera
6	Cursos donde podría utilizarse	Laboral individual (pregrado – postgrado); derecho constitucional; derechos humanos
7	Investigador	Dra. Andrea de las Lajas Angulo
8	Nombre real de la empresa	Familia Uribe Santos
9	Dirección de la empresa	Carrera 101 No. 15-160 callejón de la Escopeta, Barrio Ciudad Jardín – Cali, Valle del Cauca.
10	Temas	Migración laboral, Seguridad social, Derechos laborales, Derecho a la igualdad, Derecho a la no discriminación, Dignidad humana, Protección a la familia de los trabajadores migratorios, Despido injustificado.
11	Resumen del caso	Mujer ecuatoriana de 32 años, madre cabeza de familia, inmigra a Colombia, en donde permanece en situación migratoria irregular. Se vincula laboralmente al servicio de una familia sin que se encuentre afiliada al Sistema de Seguridad Social Integral ni se le reconozcan las prestaciones sociales señaladas en la ley. Luego de 4 años de vinculación le diagnostican una condición médica muy grave que puede dejarla en condición de invalidez.

TEMAS:

- Migración laboral
- Seguridad social

- Derechos laborales
- Derecho a la igualdad
- Derecho a la no discriminación
- Dignidad humana
- Protección a la familia de los trabajadores migratorios
- Despido injustificado

INTRODUCCIÓN

La aceleración de la globalización económica ha generado más trabajadores migrantes que lo ocurrido en cualquier otro tiempo. El desempleo y la creciente pobreza han determinado que muchos trabajadores de los países en desarrollo busquen trabajo en el extranjero. Como consecuencia de ello, son millones los trabajadores y sus familias que viajan a otros países para encontrar trabajo.

Se estima que actualmente existen en el mundo 175 millones de migrantes, de los que aproximadamente la mitad son trabajadores, y que alrededor de un 15 por ciento de éstos se encuentra en situación irregular. Las mujeres representan casi la mitad de los migrantes.¹

La Organización Internacional del Trabajo ha analizado a profundidad el problema de la migración laboral, en especial el caso de las mujeres, pues es cada vez mayor el número de trabajadoras que deben radicarse en países distintos al de origen en busca de nuevos horizontes laborales para ellas y sus familias, esto debido no solo al creciente papel de la mujer en la economía familiar, sino también al importante número de familias monoparentales en donde es la madre quien está a cargo de las obligaciones con los hijos.

“Las trabajadoras migrantes migran de un país a otro en busca de oportunidades de empleo distintas a las ofrecidas en su país de origen. Las trabajadoras migrantes tienden a ser empleadas en una gama muy restringida de ocupaciones, sobre todo, en puestos de trabajo relacionados con los estereotipos alusivos a la función de las mujeres como prestadoras de cuidados, enfermeras, trabajadoras del servicio doméstico y trabajadoras de bajo nivel en la hotelería. Por la naturaleza misma del trabajo que realizan, las mujeres y las niñas son particularmente vulnerables cuando son empleadas para trabajar fuera de su país de origen. Pueden verse sometidas a explotación y a malos tratos no sólo por el hecho de trabajar en el extranjero y encontrarse fuera de la jurisdicción de su propio país, sino también porque a menudo ocupan puestos de trabajo escasamente protegidos por la legislación social. Su situación se ve agravada a

¹ <http://www.ilo.org/global/standards/subjects-covered-by-international-labour-standards/migrant-workers/lang--es/index.htm>

menudo por la falta de autonomía y la fuerte relación de subordinación típica de los puestos que ocupan. Pueden ser objeto de violencia por razón de género y de abuso sexual.”²

Es frecuente que los trabajadores migrantes tengan una escasa protección social y sean vulnerables a la explotación y al tráfico de personas. Además desconocen que tienen unos derechos que están siendo conculcados y, en general, no saben adónde recurrir por ayuda. Todos los trabajadores migrantes, sin distinción de sexo, deben tener derecho a un trato no menos favorable que el que se aplica a los trabajadores nacionales.

Es claro que para el gobierno no es fácil la tarea de identificar en número exacto los inmigrantes que se encuentran en situación irregular dado que estos al ser conscientes de su incumplimiento con las leyes del país, tienden a permanecer en la clandestinidad, lo que a su vez los predispone para que su situación social y laboral se desarrolle en condiciones de marginalidad, exclusión, desigualdad y abuso; y lleva a que personas indiscriminadas, ciudadanos en general e incluso funcionarios del gobierno aprovechen esta circunstancia para proceder a chantajes, arbitrariedades, tráfico e injusticias, cerrando así un círculo de ilegalidad y violaciones de los derechos humanos.

Colombia como país en vía de desarrollo ha constituido un semillero de emigrantes. Han sido muchos los destinos escogidos por nuestros compatriotas para ir a buscar principalmente mejores opciones laborales y socioeconómicas para ellos y sus familias. Todos tenemos algún familiar que se dejó picar por el bichito de volar hacia un nuevo rumbo en el extranjero, el destino, como todo en este país era por moda, alguna vez fue Venezuela y Panamá; Estados Unidos ha sido el destino por excelencia, sin embargo fue desplazado por España; y dependiendo de las habilidades *especiales* de muchos el lugar ideal era Italia o Costa Rica; hasta hace poco se hablaba mucho de Chile; con la dolarización muchos pensaron en el Ecuador; pero en general los colombianos no son tímidos al momento de migrar para probar *suerte*, por algo dicen que no hay país a donde vayas en donde no te encuentres un hermano colombiano. Este fenómeno no podemos decir que fue cosa del pasado porque las crisis económicas y sociales

² OIT -ABC de los derechos de las trabajadoras y la igualdad de género. Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, 2008

en nuestro país son recurrentes, la violencia generada por el narcotráfico, la guerrilla o los paramilitares, el desempleo en cifras escandalosas, el poco crecimiento económico, la devaluación de la tasa de cambio, salarios empobrecidos, la inflación, han sido entre otras las principales razones para muchos al tomar la decisión de abandonar el país que los vio nacer, sea de manera temporal o definitiva, y como la gran mayoría de estas condiciones siguen estando presentes en mayor o menor medida en nuestra realidad actual, no podemos asegurar que Colombia dejará de exportar nacionales. En el caso contrario, es decir frente a los inmigrantes, en principio parecería que Colombia no resulta muy atractivo como nuevo destino para migrar, sin embargo al profundizar en el estudio de este tema encontramos que ha existido un flujo migratorio constante hacia nuestro país,

“(...) Colombia es un país con una población extranjera relativamente estable, radicada en diferentes lugares del país, en su mayoría compuesta por inmigrantes laborales de países limítrofes que fue disminuyendo progresivamente en función de las fluctuaciones económicas consignadas. (...)”

La inmigración al país ha sufrido una disminución importante, pero la inmigración procedente de la región andina es muy significativa, se habla de un 41% del total de ciudadanos extranjeros en territorio colombiano, sobresaliendo en primer lugar la de los países limítrofes. (...)”³

Observamos pues, que Colombia recibe principalmente nacionales de las hermanas repúblicas de la región andina, sin embargo ello no quiere decir que ciudadanos de países anglosajones u orientales no nos encuentren atractivos, en especial durante la última década cuando la situación económica y laboral del país exhaló un tufillo de mejoría, con un aparente control de la crisis generada por el conflicto armado interno y el narcotráfico, tornándose un país atrayente para inversionistas y nacionales de todas las latitudes. Según el último censo del Dane (2005), en Colombia hay 120.000 extranjeros, lo que equivale a una tasa del 0,3 por ciento de inmigrantes.⁴

³ OIT, Estudio sobre migraciones internacionales – Migraciones laborales en Sudamérica: La Comunidad Andina, pags.22-23.

⁴ Informe OIM –Misión Colombia, 2007

Así mismo, la globalización ha marcado un nuevo agente para la migración entre países; naciones desarrolladas, en vía de desarrollo, economías emergentes, países subdesarrollados y cualquier otro que se le parezca hacen parte de este panorama, la premisa *un mundo sin fronteras* se está haciendo realidad, somos ciudadanos del mundo, un mundo que negocia, invierte y trabaja sin parar en cada rincón, donde las empresas grandes o pequeñas quieren y necesitan hacer presencia si no quieren ser extintas; donde con cada acuerdo, convenio, tratado, se borran fronteras, se amplían mercados, se mejoran condiciones pero sobre todo se crean oportunidades de negocio y laborales, con lo cual viene la migración de personas, mano de obra cualificada, obreros rasos, o trabajadores con condiciones excepcionales, que migran de manera legal o ilegal con miras a legitimar su situación migratoria en un futuro y eliminar el fantasma permanente de la deportación.

1. HECHOS

Miranda Toscana es una mujer de 34 años de edad, originaria de la ciudad de Cuenca en el Ecuador, se graduó como Auxiliar de Enfermería en el Centro Tecnológico Ecuatoriano hace 12 años; inició su vida laboral en su ciudad de origen trabajando en la Clínica Rosales donde estuvo vinculada por contrato laboral desde el 3 de abril de 2000 hasta el 16 de julio de 2004, fecha en la cual dieron por terminado su contrato laboral por recorte de personal dentro de la institución. Se encontraba cotizando con el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social para los riesgos de salud, pensiones y riesgos profesionales.

Miranda es madre soltera de una niña de 13 años de edad de nombre Marbella, cuyo cuidado, protección y sustento se encuentran exclusivamente en cabeza de su madre. Al quedarse sin un empleo fijo, Miranda estuvo trabajando de manera informal, haciendo algunos turnos esporádicos en hospitales y centros de salud de la ciudad y ciudades vecinas, colaborando por eventos en consultorios de medicina estética e incluso aplicando a domicilio inyecciones, sueros y demás similares; sin embargo esto no representaba un salario real. Intentó cumplir con las cotizaciones en salud y pensiones, principalmente preocupada por su pequeña hija, sin embargo al carecer de una vinculación e ingresos constantes únicamente logró cotizar para pensiones 75 semanas discontinuas.

Para finales de 2007, la situación económica de Miranda era muy precaria y las posibilidades de empleo se acortaban con el pasar de los años. Para las festividades decembrinas se reencuentra con una amiga y excompañera de estudios, quien le comenta que vive en Cali, Colombia, desde hace ya 5 años y que le ha ido muy bien; que consiguió empleo con tan solo tres semanas de haber llegado, y que desde entonces está trabajando en una prestigiosa Clínica estética de la ciudad, con un contrato estable y muy buen salario; también la invita para que explore nuevos horizontes laborales. Tentada por esta llamativa oportunidad, Miranda decide trasladarse hacia Cali con su hija para probar suerte. Llegan a Cali el 25 de enero de 2008, y tan solo las identifica su cédula de ciudadanía como ecuatoriana y el registro civil de su niña; no portan pasaporte pues no les fue exigido para salir de su país de origen, ni para entrar a Colombia.

El 6 de febrero de 2008 Miranda ingresa a trabajar al servicio de la familia Uribe Santos, socios de la Clínica Estética donde labora su amiga, desempeñándose como niñera del pequeño Jerónimo Uribe Santos, quien padece parálisis cerebral ocasionada por una hipoxia neonatal, por lo cual necesita de cuidados especializados debido a sus limitaciones físicas y mentales.

Miranda debe cumplir un horario que va de lunes a viernes (exceptuando los días festivos), con un horario de 7:00 a.m a 6:00 p.m y los sábados de 7:00 a.m a 2:00 p.m, no labora los domingos. Su paga es mensual, recibe una suma de \$2.000.000 de los cuales se le entregan en efectivo \$1.700.000 y \$300.000 en especie, representados en la alimentación (desayuno y almuerzo) que recibe en el lugar de trabajo. Ha sido contratada por medio de un documento denominado "Contrato de Prestación de servicios profesionales" por un término inicial de 1 año, el cual se ha ido prorrogando hasta la fecha, de tal suerte que ya ha tenido 3 prorrogas. Las funciones de Miranda comprenden baño y aseo diario del niño, darle los alimentos, suministrarle los medicamentos, realizar las terapias y masajes especiales, llevarlo a las citas de terapia física y ocupacional, llevarlo a salidas al parque, acompañarlo a las fiestas infantiles y eventos a los que haya sido invitado, cuidado en general del pequeño. Por indicación de los padres de Jerónimo, Miranda debe llevar una bitácora diaria del niño, donde quede registrado los medicamentos suministrados y los horarios, las terapias realizadas, los alimentos tomados y cualquier otra novedad con relación al niño.

Miranda recibe en el mes de diciembre el equivalente a un mes de honorarios por concepto de "*prima*" y goza de 15 días calendarios pagados para vacaciones, contados a partir del día 23 y hasta el 6 de enero del año siguiente, periodo que coincide con la temporada de vacaciones de la familia. Recibe dotación de vestido y calzado acordes con su oficio tres veces al año.

Según lo manifestado por sus empleadores por su naturaleza de extranjero indocumentado en nuestro país, no es posible suscribir con ella otro tipo de contrato, así como tampoco es posible afiliarla al sistema de seguridad social integral en salud, pensiones o riesgos profesionales. Por lo tanto Miranda y su hija van al médico particular cuando presentan alguna dolencia, en estos casos la familia Uribe Santos les ha colaborado con algún dinero extra para los medicamentos, exámenes de laboratorio y similares.

Hace tres semanas Miranda fue diagnosticada con *Espondilitis Anquilosante*, una enfermedad autoinmune reumática y degenerativa, que puede causarle en un futuro cercano parálisis total. Así mismo le es informado que deberá someterse a tratamiento y terapias por un periodo de mínimo 18 meses, para lograr detener el avance de la enfermedad y posteriormente deberá consumir medicación de manera permanente.

Miranda completamente aterrada por lo que le sobreviene y pensando en el futuro e integridad y supervivencia suya y de su hija, saliendo del consultorio médico se dirige a la Nueva EPS con el fin de afiliarse al POS como independiente, sin embargo en esta entidad le niegan el servicio alegando su condición migratoria “irregular” y le exigen que aclare su estatus migratorio para poder brindarle la afiliación. Mucho más confusa y desesperada comenta a sus empleadores su situación, y ellos proceden a solicitar la afiliación como empleadores a pensiones en el ISS, sin embargo luego de casi una semana de espera les informan que no es posible afiliarla pues no acredita la condición de ciudadana o alguna otra que certifique que no se encuentra como trabajador indocumentado en el país. Esta situación se repite en todas las otras EPS y Fondos de Pensiones a los cuales se dirigen para hacer la afiliación. Ya por último, Miranda es informada por un familiar que vive en el Ecuador, que en el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, donde cotizó parte de su vida laboral, permiten hacer una afiliación voluntaria para cotizar para el riesgo de pensiones a los nacionales ecuatorianos que viven fuera del país, sin embargo al explorar esta posibilidad se enfrenta con que la institución le exige certificación médica o declaración juramentada donde indique que no adolece de enfermedades crónico degenerativas o invalidantes adquiridas con anterioridad a la solicitud de afiliación, requisito que por supuesto no cumple.

Adicionalmente, sus empleadores le notifican verbalmente a Miranda que únicamente necesitaran de sus servicios hasta el 31 de julio del presente año, por lo que van a dar por terminado anticipadamente el contrato que los vincula.

Muy asustada con su situación y en especial por el futuro que les depara para ella y su hija, sabiendo que quizás va a ser muy difícil encontrar nuevamente un empleo y con el temor de enfrentarse a una deportación o quizás la cárcel, Miranda acude al consultorio de un abogado para que le indique ¿cuáles son sus

derechos y que puede hacer en su situación frente a sus empleadores, su situación médica, su situación pensional, su estatus migratorio y sobre qué pasaría con su hija si ella falleciera, acaso tendría derecho a reclamar en calidad de beneficiaria?

2. NORMAS, INSTRUMENTOS RELEVANTES Y FUENTES BIBLIOGRÁFICAS

Por tratarse de un caso en donde se tratan temas de derechos fundamentales, derechos laborales y normatividad migratoria, es necesario el estudio de legislación nacional e internacional sobre esta materia, sobre todo esta última es la que ha tenido un mayor desarrollo. Se analizaron los siguientes textos legales:

- Constitución Política de Colombia 1991, preámbulo, arts. 9, 24, 48, 53, 96, 97, 100, 189, 227, 289, 337.
- Código Sustantivo del Trabajo
- Decreto 4000 de 2004 sobre la expedición de visas, control y regularización de extranjeros y disposiciones en materia de inmigración, modificado y adicionado mediante los decretos 4248 de 2004; 164 de 2005 y 2622 de 2009.
- Decreto 2268 de 1995 que sentó las bases de la política migratoria en Colombia.
- Acuerdo de Cartagena arts. 1, 3, 12, 16 y 30
- Decisión 545 de la CAN, Instrumento andino de migración laboral
- Decisión 583 de 2004 de la CAN, que sustituyó la decisión 546 instrumento andino de seguridad social en materia laboral.
- Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familias, 1990 – ONU.
- Modelo de migración laboral, temporal y circular, propuesto por la Organización Internacional de Migraciones – Misión Colombia.
- Sentencias C-106 de 1995; C-288 de 2009.
- Ley 100 de 1993
- Ley 146 de 1994 aprobatoria de la Convención Internacional sobre protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familias.
- Ley 1203 de 2008 aprobatoria del Estatuto Migratorio Permanente entre Colombia y Ecuador (2000)
- Convención Internacional sobre protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familias – ONU
- Convenios 97 y 143 OIT – Sobre trabajadores migrantes
- Convenio 111 OIT – Sobre la discriminación
- Convenio 118 OIT – Sobre igualdad del trato
- Convenio 102 OIT – Sobre la seguridad social

- Convenio 128 OIT – Sobre las prestaciones de invalidez
- Convenio 130 OIT – Sobre asistencia médica y prestaciones monetarias de enfermedad.
- Convenio 156 OIT – Sobre los trabajadores con responsabilidades familiares
- Convenio 157 OIT – Sobre la conservación de los derechos en materia de seguridad social
- Convenio 189 OIT – Sobre trabajadoras y trabajadores domésticos
- Recomendación 97 OIT – Sobre la protección de la salud de los trabajadores
- Recomendación 123 OIT – Sobre el empleo de mujeres con responsabilidades familiares
- Recomendación 167 OIT – Sobre la conservación de los derechos en materia de seguridad social
- Constitución de la OIT arts. 19 y 35
- Resolución 03 de 2008, Derechos Humanos de los migrantes – Estándares internacionales y Directiva Europea sobre retorno – OEA, CIDH
- Estudio sobre migraciones internacionales- Migraciones laborales en Sudamérica: La Comunidad Andina. OIT- Sector de la Protección social, Programa de migraciones internacionales (Ponciano Morales, M. Estela González, Nora Pérez Vichich).
- Opinión consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003, Condición Jurídica y derechos de los migrantes indocumentados – Corte IDH.
- ✓ Documento de Trabajo - La Migraciones intracomunitarias y extracomunitarias en la agenda de la Comunidad Andina, Secretaría General CAN.
- ✓ Caso Vélez Loo vs Panamá, CIDH.
- ✓ Informe de progreso sobre la situación de los trabajadores migratorios y miembros de sus familias en el hemisferio, Relatoría Especial sobre trabajadores Migratorios y miembros de sus familias. CIDH- OEA, 16 de abril de 1999.
- ✓ Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Capítulo V- Estudios especiales – Segundo informe de progreso de la relatoría sobre trabajadores migratorios y sus familias. IV- Migración y Derechos Humanos. CIDH – OEA 16 de abril de 2001.

3. PROBLEMA JURÍDICO

¿Tiene derecho Miranda Toscana a que se le haga valer la figura del contrato realidad y en consecuencia se cumplan por parte de sus empleadores las obligaciones de una relación laboral como son afiliación al Sistema de Seguridad Social Integral (salud, pensiones, riesgos profesionales), cumplimiento de jornada máxima laboral, pago de prestaciones sociales, estabilidad en el empleo y en caso contrario las respectivas indemnizaciones por despido injustificado, aun cuando es una ciudadana extranjera que se encuentra en nuestro país sin cumplir con los requisitos exigidos por la ley?

4. ANÁLISIS

Para responder el interrogante propuesto es preciso indagar sobre la migración en Colombia, las leyes, acuerdos, convenios y tratados a los que se encuentra sujeto para poder concluir si Miranda Toscana gozaba o no de los derechos laborales que le asisten a los ciudadanos y migrantes legales que se encuentran en nuestro país.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, al conceptuar sobre la migración señala:

“(...) De conformidad con la Real Academia de la Lengua Española, migración se define como “acción y efecto de pasar de un país a otro para establecerse en él. Desplazamiento geográfico de individuos o grupos, generalmente por causas económicas o sociales”. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha acogido como concepto de emigrar o migrar “dejar a un Estado con el propósito de trasladarse a otro y establecerse en él”. (...)”⁵

Referente al estatus migratorio de la señora Miranda Toscana y su hija menor de edad, Marbella, sea lo primero decir que las naciones de Colombia y Ecuador, pertenecen a la Comunidad Andina de Naciones (CAN)⁶, subregión de carácter principalmente comercial y económico, cuya constitución está derivada del denominado Acuerdo de Cartagena (mayo, 1969), pero que además de plantear la formación de un mercado común latinoamericano, tiene un propósito integracionista entre los países miembros a largo plazo. En el ámbito del derecho de los “*ciudadanos andinos*”, en relación a su circulación en el espacio comunitario, la CAN ha venido desarrollando acciones normativas concordadas en procura del libre movimiento de los ciudadanos en los territorios de los países miembros, considerándose éstos como un solo territorio⁷.

⁵ Opinión consultiva OC-18 de 2003 Corte IDH

⁶ La Comunidad Andina (CAN) está conformada por cuatro países miembros (Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú) que tienen como objetivo común alcanzar un desarrollo más acelerado, más equilibrado y autónomo, mediante la integración andina, sudamericana y latinoamericana.

⁷ Las migraciones intracomunitarias y extracomunitarias en la agenda de la Comunidad Andina – Documentos de trabajo, Secretaría General CAN

Frente a la migración la Corte Constitucional ha manifestado:

*“(...) La migración comprende distintos ámbitos como el laboral, la reunificación familiar, la seguridad, la migración irregular, el comercio, los derechos de los migrantes, la salud, la integración y el desarrollo. Adicionalmente, su ámbito en cuanto a los sujetos incluye a los niños, las mujeres, los discapacitados, las personas de la tercera edad, los desplazados, entre otros (...)”*⁸

De conformidad con lo previsto en la Decisión 503 “Reconocimiento de documentos nacionales de identificación”, vigente desde el 1 de enero de 2002, se eliminaron las visas y la necesidad de circular con pasaportes al interior del espacio comunitario andino. Es decir que los nacionales de los países miembros pueden circular libremente con cualquiera de los documentos de identidad válidos y vigentes reconocidos en la referida norma⁹. Adicionalmente la citada norma establece que el documento de identidad con el que se ingresó al país miembro receptor, deberá ser reconocido para todos los efectos civiles y migratorios, incluyendo trámites judiciales y administrativos.¹⁰

Así mismo la Decisión 545, Instrumento Andino de Migración Laboral, tiene como objetivo el establecimiento de normas que permitan de manera progresiva y gradual la libre circulación y permanencia de los nacionales andinos en la Subregión con fines laborales bajo relación de dependencia. Se aplica a los trabajadores migrantes andinos, quedando excluidos de la misma los trabajadores de la Administración Pública, así como aquellas actividades contrarias a la moral, a la preservación del orden público, a la vida y a la salud de las personas, y a los intereses esenciales de la seguridad nacional.¹¹

Así mismo el Estatuto Migratorio Permanente entre Colombia y Ecuador, aprobado por la Ley 1203 de 2008, en su artículo 1 señala:

⁸ Sentencia C-288/09 Corte Constitucional

⁹ Artículo 1, Decisión 503 CAN

¹⁰ Artículo 5, Decisión 503 CAN

¹¹ Decisión 545 artículos 1 y 2.

“ARTÍCULO 1o. Los ecuatorianos y colombianos podrán ingresar sin necesidad de visa de uno a otro país, hasta por el término de 180 días en un año, de conformidad con las disposiciones vigentes en la materia en cada país, portando el documento de identidad, para desarrollar actividades con fines lícitos tales como: comercio itinerante, deporte, cultura, tratamiento médico, estudio, ciencia y para ejecutar actos de comercio en concordancia con el artículo 56 del Reglamento de Tránsito Transfronterizo Aéreo y Terrestres Ecuatoriano-Colombiano.”

Lo que nos permite concluir, que al momento de ingresar Miranda y Marbella al territorio colombiano, lo hicieron con sujeción a las normas vigentes, es decir como inmigrantes legales.

La condición de Miranda es irregular pues ingresa en aparente situación de turista, cuando realmente no lo es; legalmente su estatus real se asemeja más al de *trabajadora con desplazamiento individual*¹², es decir aquella persona nacional de un país miembro que migra a otro país miembro con fines laborales ya sea por haber suscrito un contrato de trabajo bajo relación de dependencia, o por tener o responder a una oferta de empleo desde el País de inmigración, bajo relación de dependencia.

Ahora bien, las decisiones de la Comunidad Andina de Naciones son de aplicación automática, es decir, sin que exista un acto previo del Congreso para que sean aprobadas, ya que según el Tratado de creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, las decisiones adoptadas por la CAN hacen parte del ordenamiento jurídico colombiano, por lo que serán directamente aplicables por los países miembros a partir de su publicación.¹³

¹² Decisión 545, “Artículo 4.- A los fines de esta Decisión, se establece la siguiente clasificación de los trabajadores migrantes andinos:

- a) Trabajador con desplazamiento individual;
- b) Trabajador de empresa;
- c) Trabajador de temporada; y,
- d) Trabajador fronterizo.”

¹³ Tratado de Creación Tribunal de Justicia CAN art. 2

Así las cosas, es atinente apreciar su situación como trabajador inmigrante, lo primero sea decir que nuestra constitución política que es en sí misma una carta de derechos fundamentales, prohíbe de manera expresa todo tipo de trato discriminatorio cualquiera sea su razón, entre ellas, la nacionalidad. La jurisprudencia ha realizado un amplio desarrollo en cuanto a este derecho fundamental teniendo en cuenta los antecedentes internacionales sobre esta materia. De tal suerte que la migración hoy en día es un asunto regulado por múltiples instrumentos internacionales y objeto de vigilancia por parte de la comunidad internacional, que procuran que al inmigrante le sean respetados todos los derechos fundamentales de los que goza un ser humano y se hace responsable de su violación u omisión al Estado en el cual sean infringidos.

Por su parte la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sido enfática en su posición frente a las políticas migratorias y los migrantes indocumentados, afirmando que su condición de extranjeros irregulares no puede ser pretexto para que se les vulneren los derechos humanos, al respecto la Corte Interamericana realiza un sentido análisis en el caso **Velez Lloor vs Panamá**, del cual cito un extracto:

“(…) La Corte Interamericana recordó que en el ejercicio de su facultad de fijar políticas migratorias, los Estados pueden establecer mecanismos de control del ingreso a su territorio y la salida de él con respecto a personas que no sean nacionales suyas, siempre que dichas políticas sean compatibles con las normas de protección de los derechos humanos establecidas en la Convención Americana. En tal sentido, señaló que de las obligaciones generales de respetar y garantizar los derechos, derivan deberes especiales, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho. Al respecto, se refirió a la situación de vulnerabilidad en que se encuentran los migrantes indocumentados o en situación irregular por ser “los más expuestos a las violaciones potenciales o reales de sus derechos” y sufrir, a consecuencia de su situación, un nivel elevado de desprotección de sus derechos y diferencias en el acceso a los recursos públicos administrados por el Estado con relación a los nacionales o residentes. El Tribunal también observó que las violaciones de derechos humanos cometidas en contra de los migrantes quedan muchas veces en impunidad debido, inter alia, a la existencia de factores culturales que justifican estos hechos, la falta de acceso a las estructuras de poder en una sociedad

*determinada, y a impedimentos normativos y fácticos que tornan ilusorios un efectivo acceso a la justicia. (...)*¹⁴

Así mismo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos por medio de su Opinión Consultiva OC-18/03, en solicitud realizada por los Estados Unidos Mexicanos, acerca de la incompatibilidad de las legislaciones, interpretaciones y prácticas por parte de algunos Estados de la región y el sistema de derechos humanos de la OEA, que frente a los derechos laborales en particular, tienden a ser discriminatorios so pretexto de la condición migratoria irregular del trabajador. Al respecto ha manifestado:

“(...) 85. Existe un vínculo indisoluble entre la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos y el principio de igualdad y no discriminación. Los Estados están obligados a respetar y garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos y libertades sin discriminación alguna. El incumplimiento por el Estado, mediante cualquier tratamiento discriminatorio, de la obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos, le genera responsabilidad internacional.(...).

112. Generalmente los migrantes se encuentran en una situación de vulnerabilidad como sujetos de derechos humanos, en una condición individual de ausencia o diferencia de poder con respecto a los no-migrantes (nacionales o residentes). Esta condición de vulnerabilidad tiene una dimensión ideológica y se presenta en un contexto histórico que es distinto para cada Estado, y es mantenida por situaciones de jure (desigualdades entre nacionales y extranjeros en las leyes) y de facto (desigualdades estructurales). Esta situación conduce al establecimiento de diferencias en el acceso de unos y otros a los recursos públicos administrados por el Estado.

118. Se debe señalar que la situación regular de una persona en un Estado no es condición necesaria para que dicho Estado respete y garantice el principio de la igualdad y no discriminación, puesto que, como ya se mencionó, dicho principio tiene carácter fundamental y todos los Estados deben garantizarlo a sus ciudadanos y a toda persona extranjera que se encuentre en su territorio. Esto no

¹⁴ CIDH- Caso Vélez Loor vs Panamá. Sentencia 23 de noviembre de 2010.

*significa que no se podrá iniciar acción alguna contra las personas migrantes que no cumplan con el ordenamiento jurídico estatal. Lo importante es que, al tomar las medidas que correspondan, los Estados respeten sus derechos humanos y garanticen su ejercicio y goce a toda persona que se encuentre en su territorio, sin discriminación alguna por su regular o irregular estancia, nacionalidad, raza, género o cualquier otra causa. (...)*¹⁵

Por su parte la OIT ha señalado en la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familiares, como se observa en:

*“Artículo 7. Los Estados Partes se comprometerán, de conformidad con los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, a respetar y asegurar a todos los trabajadores migratorios y sus familiares que se hallen dentro de su territorio o sometidos a su jurisdicción los derechos previstos en la presente Convención, sin distinción alguna por motivos de sexo, raza, color, idioma, religión o convicción, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, nacionalidad, edad, situación económica, patrimonio, estado civil, nacimiento o cualquier otra condición.”*¹⁶

La Comunidad Andina de Naciones a través de la Decisión 583 CAN ha dispuesto que:

“(…) Artículo 1.- La presente Decisión tiene como objetivos:

a) Garantizar a los migrantes laborales, así como a sus beneficiarios, la plena aplicación del principio de igualdad de trato o trato nacional dentro de la Subregión, y la eliminación de toda forma de discriminación; (...)

¹⁷

¹⁵ CIDH Opinión Consultiva OC-18/03

¹⁶ Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familiares -OIT

¹⁷ Decisión 583 CAN – sobre seguridad social

Al sentir de la Corte Constitucional, hace parte de la finalidad del Estado Social de Derecho la protección del trabajador migrante, así como también ha resaltado la importancia del reconocimiento y protección a la dignidad humana; y que así lo expuso en sentencia por medio de la cual se revisó la constitucionalidad de la Ley 146 de 1994, por medio de la cual se aprobó la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familiares.

*“(...) Uno de los fines esenciales del Estado Social de Derecho consiste en garantizar la seguridad y la libertad de los habitantes del territorio nacional. Dadas las especiales condiciones de los trabajadores migratorios y en concordancia con el principio de igualdad material, se puede afirmar que el Estado Colombiano tiene una obligación especial de proteger a este grupo, en aquellos casos en los cuales se encuentran en circunstancias de inferioridad y vulnerabilidad debido a su condición de extranjeros.”*¹⁸

*“(...) En cuanto al concepto y alcance de la dignidad humana, la Corte le ha reconocido un carácter absoluto por su triple naturaleza de valor, principio y derecho fundamental autónomo que soporta la totalidad de los derechos constitucionales. Principio fundamental que ha sido definido como el “merecimiento de un trato especial que tiene toda persona por el hecho de ser tal y así se convierte en la facultad...de exigir de los demás un trato acorde con su condición humana (...).”*¹⁹

Igualmente ha sostenido la Corte Constitucional que los extranjeros tienen igualdad de derechos que los nacionales, así lo ha sentado en su jurisprudencia, ello se colige de las disquisiciones plasmadas en sentencias de revisión de constitucionalidad del Estatuto Migratorio permanente entre Colombia y Ecuador y su ley aprobatoria, Ley 1203 de 2008:

“(...) Toda vez que la migración toca esencialmente con los derechos de los extranjeros, la Corte debe empezar por recordar su doctrina constitucional en la materia atendiendo los mandatos constitucionales como internacionales, por lo que resulta indiscutible que en principio le asisten a los extranjeros los mismos derechos que a los nacionales, y en la medida que los extranjeros gozan en el

¹⁸ Sentencia C-106 de 1995 Corte Constitucional

¹⁹ Ibidem

*territorio colombiano de las garantías concedidas a los nacionales salvo las limitaciones constitucionales y legales, dicho reconocimiento genera a la vez la responsabilidad de los extranjeros de cumplir los deberes que la misma normatividad consagra para los nacionales, conforme al artículo 4 de la Constitución (...).*²⁰

He mencionado instrucciones, conceptos y legislación nacional e internacional, asimilada a nuestra legislación, como es el caso de las leyes 146/94 y 1203/08 por medio de las cuales se adoptaron la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de los trabajadores migratorios y sus familiares, y el Estatuto Migratorio entre Colombia y Ecuador, respectivamente; así como jurisprudencia de la H. Corte Constitucional, para recalcar que sea cual fuere el estatus migratorio de Miranda Toscana, gozaba de idénticos derechos fundamentales reconocidos a los nacionales colombianos en cuanto a lo que tiene que ver con sus derechos laborales y conexos, más concretamente hago referencia a los derechos a la vida, la salud, la igualdad, no discriminación, al mínimo vital, a la seguridad social y el principio fundamental de la dignidad humana; por lo tanto no es errado decir que debió recibir igualdad de trato al que se le brinda a un nacional colombiano al momento de vincularse laboralmente, es decir ser beneficiaria de un contrato de trabajo, jornada máxima de trabajo, pago de horas extras, vacaciones, prestaciones sociales, afiliación al sistema de seguridad social integral, y demás derechos consagrados en la legislación laboral colombiana.

Según esto Miranda Toscana, se encuentra vinculada a través de un contrato laboral (contrato realidad) a término indefinido desde el 6 de febrero de 2008, con un salario base de \$2.000.000, en una jornada que excede la máxima legal permitida (8 horas diarias y 48 semanales) razón por la cual se contarán como horas extras todo lo que exceda dicha jornada, tiene derecho a cesantías e intereses a la cesantías, pero no a prima ya que trabaja al servicio de una unidad económica familiar, así mismo debe gozar de un periodo de 15 días de vacaciones pagados por cada anualidad laborada, recibir dotación de calzado y vestido de labor tres veces al año, y por supuesto desde el inicio de la relación laboral debió haber sido afiliada al sistema de seguridad social integral con el fin de cubrir los riesgos en salud, pensiones y riesgos profesionales.

²⁰ Sentencia C-288 de 2009 Corte Constitucional

Ley 100 de 1993: “Artículo 161. Deberes de los empleadores. Como integrantes del Sistema General de Seguridad Social en Salud, cualquiera que sea la entidad o institución en nombre de la cual vinculen a los trabajadores, deberán entre otros:

1. Inscribir en alguna Entidad Promotora de Salud a todas las personas que tengan alguna vinculación laboral, sea ésta, verbal o escrita, temporal o permanente. La afiliación colectiva en ningún caso podrá coartar la libertad de elección del trabajador sobre la Entidad Promotora de Salud, a la cual prefiera afiliarse, de conformidad con el reglamento.

2. En consonancia con el artículo 22 de esta Ley, contribuir al financiamiento del Sistema General de Seguridad Social en Salud, mediante acciones como las siguientes:

a) Pagar cumplidamente los aportes que le corresponden, de acuerdo con el artículo 204.

b) Descontar de los ingresos laborales las cotizaciones que corresponden a los trabajadores a su servicio; (...)

PARÁGRAFO. Los empleadores que no observen lo dispuesto en el presente artículo estarán sujetos a las mismas sanciones previstas en los artículos 22 y 23 del Libro Primero de esta Ley. Además, los perjuicios por la negligencia en la información laboral, incluyendo la subdeclaración de ingresos, corren a cargo del patrono. La atención de los accidentes de trabajo, riesgos y eventualidades por enfermedad general, maternidad y ATEP serán cubiertos en su totalidad por el patrono en caso de no haberse efectuado la inscripción del trabajador o no gire oportunamente las cotizaciones en la entidad de seguridad social correspondiente.²¹

Específicamente frente a la condición de salud de Miranda y la no afiliación al sistema de seguridad social integral, me permitiré hacer las siguientes precisiones, observando a todos los agentes dentro del proceso, es decir, las entidades que

²¹ Ley 100 de 1993

negaron la afiliación y los patronos que omitieron el deber de realizar las cotizaciones.

La Seguridad social tiene especial importancia, primero porque se encuentra como uno de los derechos derivados de la vinculación laboral, es decir, el encontrarse vinculado laboralmente de inmediato te da el derecho a estar afiliado a salud, pensiones y riesgos profesionales. Por otro lado es un derecho humano derivado de la protección de derechos fundamentales como lo son la vida, salud y la dignidad humana, ya que a través del aseguramiento en estas tres áreas previstas (salud, pensiones y riesgos profesionales) se protegen de manera directa estos derechos fundamentales.

La seguridad social ha sido una constante preocupación para muchos países a través de los años, de tal suerte que a la fecha es obligatoria para los trabajadores y sus dependientes en casi todos los estados, La seguridad social implica acceso a la asistencia médica y garantía de ingresos, en especial en casos de vejez, desempleo, enfermedad, invalidez, accidentes en el trabajo o enfermedades profesionales, maternidad o pérdida del principal generador de ingresos de una familia. En este tema la OIT ha sido una abanderada realizando un sinnúmero de pronunciamientos al respecto y promoviendo políticas con el objetivo de ayudar a extender la protección social a todos los miembros de la sociedad, el Convenio 102 de esta organización se convierte en la columna vertebral en esta materia.

Los trabajadores migrantes no se encuentran relegados de este sistema previsional y antes bien, organizaciones como la Organización Internacional del Trabajo (OIT), Organización de Estados Americanos (OEA) y la Organización Internacional de Migraciones (OIM), se han manifestado sobre la conveniencia y obligatoriedad de protegerlos; la Comunidad Andina de Naciones de la cual hace parte el Estado receptor y el país de origen de Miranda, también se ocupó de este tema de manera específica, a través de la Decisión 583 de 2004 donde reguló todo lo relativo a la seguridad social para los migrantes. En su parte considerativa, esboza predicados como que *“es necesario garantizar la adecuada protección social de los migrantes laborales y sus beneficiarios para que, como consecuencia*

de la migración, no vean mermados sus derechos”²² Subrayas fuera de texto. También ha dicho que:

“(...) es un factor fundamental para la conformación y desarrollo del Mercado común Andino preservar el derecho de los migrantes laborales a percibir prestaciones de seguridad social y garantizar la conservación de sus derechos adquiridos, en la totalización de los periodos de seguro; (...)”²³

Dado que Miranda es nacional de un país miembro de la CAN y que el país en el cual se encuentra trabajando, pertenece también a esta comunidad, y que los postulados y normatividades de este organismo supranacional tienen plena vigencia en ambos países, resulta pertinente aplicar los mismos a la situación de Miranda.

*“(...) **Artículo 1.-** La presente Decisión tiene como objetivos:*

- a) Garantizar a los migrantes laborales, así como a sus beneficiarios, la plena aplicación del principio de igualdad de trato o trato nacional dentro de la Subregión, y la eliminación de toda forma de discriminación;*
- b) Garantizar el derecho de los migrantes laborales y sus beneficiarios a percibir las prestaciones de seguridad social durante su residencia en otro País Miembro;*
- c) Garantizar a los migrantes laborales la conservación de los derechos adquiridos y la continuidad entre las afiliaciones a los sistemas de seguridad social de los Países Miembros; y*
- d) Reconocer el derecho a percibir las prestaciones sanitarias y económicas que correspondan, durante la residencia o estada del migrante laboral y sus beneficiarios en el territorio de otro País Miembro, de conformidad con la legislación del país receptor.”²⁴ Subrayas fuera de texto*

²² Decisión 583 de 2004 - CAN

²³ Ibídem

²⁴ Ibídem

Se colige de la lectura a la norma y previa armonización con lo ya visto acerca de la no discriminación y los derechos a la igualdad y a la dignidad humana, que esta legislación le es aplicable en todo a Miranda.

Respecto de su situación de salud, encontramos que Miranda Toscana ni su dependiente (hija menor de edad) no se encuentran afiliadas a ningún servicio de salud y que actualmente padece una enfermedad que por su tratamiento especializado y prolongado en el tiempo puede llegar a convertirse en una de alto costo. Así mismo vemos que es imperativo iniciar de manera inmediata el tratamiento para detener o retrasar la aparición de la afección, lo que significaría una importante ganancia en términos de la calidad de vida de Miranda. De la manera como se encuentra estructurado el sistema de seguridad social en Salud en nuestro país, ningún habitante del territorio debería encontrarse por fuera del mismo, *“El Estado garantiza a todos los habitantes del territorio nacional, el derecho irrenunciable a la seguridad social”*²⁵; vemos entonces que sea en el régimen contributivo o en el subsidiado, Miranda debe encontrarse cubierta.

Decisión 583 de 2004 CAN: *“Artículo 5.- El migrante laboral estará sometido a la legislación de seguridad social del País Miembro en cuyo territorio efectúe su actividad laboral, de acuerdo a la legislación del país donde se encuentre.”*²⁶

*“(…)La Seguridad Social Integral es el conjunto de instituciones, normas y procedimientos, de que disponen la persona y la comunidad para gozar de una calidad de vida, mediante el cumplimiento progresivo de los planes y programas que el Estado y la sociedad desarrollen para proporcionar la cobertura integral de las contingencias, especialmente las que menoscaban la salud y la capacidad económica, de los habitantes del territorio nacional, con el fin de lograr el bienestar individual y la integración de la comunidad.(…)”*²⁷

Ahora, Miranda es una trabajadora en una relación laboral subordinada, es decir que su empleador tenía el deber de afiliarla al sistema para los riesgos de salud desde el inicio de la relación contractual, ósea desde el 6 de febrero de 2008, y

²⁵ Ley 100 de 1993 art. 3

²⁶ Decisión 583 de 2004 CAN

²⁷ Ley 100 de 1993, Preámbulo.

concurrir con ella en los aportes, lo cual nunca hizo, lo que lo coloca en una flagrante posición de violación a las leyes laborales que impone graves consecuencias por su omisión, y que para el caso de Miranda se concretarían en que debería asumir los costos del tratamiento, indemnizarla o hasta pensionarla si las circunstancias así lo dictan.

En cuanto a las EPS que negaron la afiliación a Miranda, la normatividad es clara, tanto si acudimos a instrumentos nacionales como internacionales. Ya vimos pues la disposición del art. 3 de la Ley 100/93, que pregona seguridad social para *todos los habitantes del territorio nacional*, sin que la norma se permita hacer distinciones de ningún tipo. Y la norma de la CAN remite a las leyes nacionales.

Decisión 583: *“Artículo 7.- Las prestaciones sanitarias, incluidas las de emergencia y urgencia médica, serán otorgadas al migrante laboral, así como a sus beneficiarios que se trasladen con él, de conformidad con la legislación del País receptor.*

Las prestaciones mencionadas anteriormente podrán ser otorgadas por parte de cualquier otro País Miembro a los beneficiarios que no se trasladen junto con el migrante laboral, con base en los mecanismos previstos en el Reglamento del presente Instrumento.

Las prestaciones sanitarias en el País receptor requeridas por el migrante laboral que continúe realizando sus aportes o cotizaciones en otro País Miembro le serán proporcionadas por el País receptor con cargo a reembolso por parte del País Miembro donde continúe efectuando sus aportes o cotizaciones, de acuerdo al procedimiento establecido en el Reglamento del presente Instrumento y la legislación nacional pertinente.”²⁸

Será correcto decir que ninguna EPS podía negarle a Miranda la afiliación; el art. 178 de la Ley 100 de 1993 estableció como una de las funciones de las EPS en su numeral “3. *Organizar la forma y mecanismos a través de los cuales los afiliados y*

²⁸ Decisión 583 de 2004 CAN

sus familias puedan acceder a los servicios de salud en todo el territorio nacional. Las empresas promotoras de salud tienen la obligación de aceptar a toda persona que solicite afiliación y cumpla con los requisitos de ley.” Igualmente el art. 183, prohíbe de manera expresa el rechazo de una afiliación,

*“Las entidades promotoras de salud no podrán, en forma unilateral, terminar la relación contractual con sus afiliados, ni podrán negar la afiliación a quien desee ingresar al régimen, siempre y cuando garantice el pago de la cotización o el subsidio correspondiente, salvo los casos excepcionales por abuso o mala fe del usuario, de acuerdo con la reglamentación que para el efecto expida el Gobierno Nacional.”*²⁹

Es decir que no es facultativo, es obligatorio, y mientras que no exista motivo legalmente establecido que le impida afiliarse no puede negarse a hacerlo. Para el presente caso no existe motivo alguno, pues como se estableció en párrafos anteriores la normatividad de la CAN y otros instrumentos normativos internacionales están indicando que el hecho de ser ciudadano extranjero no es óbice para estar por fuera del régimen de salud del país de residencia; por tal motivo Miranda deberá presentar una queja ante la Superintendencia Nacional de Salud y/o una acción de tutela por violación al derecho a la seguridad social, derecho a la igualdad, por discriminación en razón de su nacionalidad y violación al debido proceso, con el fin de que se apliquen las amonestaciones previstas en la ley.

Por su parte frente al régimen de pensiones estamos en similar situación, de conformidad con lo establecido en el art. 17 de la Ley 100 de 1993, modificado por el art. 4 de la Ley 797 de 2003, durante la vigencia de la relación laboral y del contrato de prestación de servicios, deberán efectuarse cotizaciones obligatorias a los regímenes del sistema General de Pensiones por parte de los afiliados, los empleadores y contratistas con base en el salario o ingresos que devenguen.

Lo interesante frente a pensiones es que en la Decisión 583 se consagró que serían respetados los **derechos adquiridos** (por cotizaciones realizadas con

²⁹ Ley 100 de 1993 art. 183

antelación en el país de origen) lo que en materia de pensiones es muy importante, ya que el número de semanas cotizadas al sistema es determinante para acceder al beneficio pensional. Es decir, según lo previsto en la Decisión 583 de la CAN, las cotizaciones realizadas por Miranda en el fondo de Pensiones de su país pueden ser computadas a las semanas que llegare a cotizar en Colombia, para efectos de completar los requisitos exigidos, y viceversa en caso de que la pensión la solicitare al regresar a su país. El art. 48 de la Constitución Nacional consagra: “Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la seguridad social”. La protección que le otorga el ordenamiento constitucional al derecho a la seguridad social se complementa y fortalece por lo dispuesto en el ámbito internacional, son muchos los instrumentos normativos internacionales que reconocen el derecho de las personas a la seguridad social. Por ejemplo el artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Sociales y Culturales dice: “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social”.

“Declaración Americana de los Derechos de la Persona

*Artículo XVI. Toda persona tiene derecho a la seguridad social que le proteja contra las consecuencias de la desocupación, de la vejez y de la incapacidad que, proveniente de cualquier otra causa ajena a su voluntad, la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios de subsistencia”.*³⁰

“Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales prescribe:

*Artículo 9. Derecho a la Seguridad Social. 1. Toda persona tiene derecho a la seguridad social que la proteja contra las consecuencias de la vejez y de la incapacidad que la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa. En caso de muerte del beneficiario, las prestaciones de seguridad social serán aplicadas a sus dependientes”.*³¹

³⁰ Declaración Americana de los Derechos de la Persona Art. 16

³¹ Convención Americana sobre Derechos Humanos Art. 9

Así pues, queda claro que el derecho a la seguridad social, en este caso a la pensión, busca la protección de la persona que está en imposibilidad física o mental para obtener los medios de subsistencia que le permitan llevar una vida digna a causa de la vejez, el desempleo, la enfermedad o incapacidad laboral, de forma tal que puedan percibir recursos que le permita disfrutar de una vida digna. Miranda se encuentra ante una situación de salud que bien podría dejarla minusválida aun antes de llegar a la edad de retiro por lo cual y siendo ella el único sustento de su hogar, es imperativo tener asegurado su derecho pensional. En este caso donde se ha observado que existió un contrato realidad y que el patrono omitió su deber legal de realizar las cotizaciones es dable decir que llegado el momento es este (el empleador), quien deberá asumir la carga pensional que por su omisión no quiso subrogar en el fondo de pensiones; de todas formas como a la fecha Miranda aún no se encuentra inmersa en uno de los riesgos asegurados (invalidez, vejez o muerte) deberá ser afiliada por su empleador y según lo previsto en la Decisión 583 de la CAN, los periodos cotizados en el Ecuador podrán ser trasladados para ser tenidos en cuenta en el nuevo fondo de pensiones y poder así asegurar el cumplimiento de los requisitos para acceder a su derecho pensional.

“Artículo 8.- Los períodos de seguro cotizados por el migrante laboral en un País Miembro se sumarán a los períodos de seguro cotizados en los demás Países Miembros, a fin de asegurar el cumplimiento de las condiciones de acceso para la concesión de las prestaciones sanitarias o económicas, en la forma y en las condiciones establecidas en el Reglamento del presente Instrumento, el que establecerá también los mecanismos de pago de las prestaciones.

En caso que el migrante laboral o sus beneficiarios no hubieran adquirido el derecho a las prestaciones de acuerdo a las disposiciones del primer párrafo de este artículo, le serán también computables los aportes realizados en otro país extracomunitario que hubiera celebrado convenios bilaterales o multilaterales de seguridad social con alguno de los Países Miembros en los que se prevea el cómputo recíproco de períodos de seguro con cualquiera de los Países Miembros donde haya estado asegurado”.³²

³² Decisión 583 CAN

Es claro también que el Fondo de Pensiones no podía en ningún caso negar la afiliación, eso sin perjuicio a que una vez se configure el riesgo y sean revisados los requisitos exigidos por la normatividad nacional, estos sean cumplidos en su totalidad por Miranda, ya que la norma lo que busca es lograr una igualdad con los nacionales y en ningún momento se busca privilegiarles o exonerarles de requisitos frente a estos.

Tangencialmente se tocará el tema de la afiliación a Riesgos Profesionales, ya que el caso no versa sobre accidente de trabajo o enfermedad derivada del ejercicio profesional, porque de la etiología de la enfermedad de Miranda, se sabe que es una afección autoinmune, posiblemente derivada de una condición genética y que su desarrollo no se encuentra conexo con la actividad ejercida por esta. Sin embargo como es una de las obligaciones del patrono que también fueron omitidas; en el marco de las disposiciones precitadas, todo empleador que tenga a su servicio uno o más trabajadores debe afiliarse al Sistema General de Riesgos Profesionales³³ y las entidades administradoras de riesgos profesionales no podrán rechazar por ninguna razón a las empresas o empleadores ni a los trabajadores de estos, y en caso de incurrir en dicha práctica podrán ser objeto de sanción.³⁴ Concluyendo, el empleador debió haber afiliado a Miranda a una ARP durante toda la vigencia del contrato.

Por último, la notificación hecha por los empleadores a Miranda de terminar la relación de manera unilateral y sin justa causa, es ilegal, y por consiguiente deberá indemnizarse a la trabajadora por los perjuicios que tal determinación conllevan, tarifados de la forma prevista en el art. 64 del C.S.T.³⁵, o en cuantía

³³ Art. 3 Decreto 1772 de 1994

³⁴ Literal c Art. 91 Decreto 1295 de 1994

³⁵ ARTICULO 64. TERMINACION UNILATERAL DEL CONTRATO DE TRABAJO SIN JUSTA CAUSA. <Artículo modificado por el artículo 28 de la Ley 789 de 2002. El nuevo texto es el siguiente:> En todo contrato de trabajo va envuelta la condición resolutoria por incumplimiento de lo pactado, con indemnización de perjuicios a cargo de la parte responsable. Esta indemnización comprende el lucro cesante y el daño emergente.

En caso de terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa comprobada, por parte del empleador o si éste da lugar a la terminación unilateral por parte del trabajador por alguna de las justas causas contempladas en la ley, el primero deberá al segundo una indemnización en los términos que a continuación se señalan:

En los contratos a término fijo, el valor de los salarios correspondientes al tiempo que faltare para cumplir el plazo estipulado del contrato; o el del lapso determinado por la duración de la obra o la labor contratada, caso en el cual la indemnización no será inferior a quince (15) días.

En los contratos a término indefinido la indemnización se pagará así:

superior en caso de que Miranda logre demostrar un mayor valor de dichos perjuicios. No resultará difícil demostrar que la decisión de terminar el contrato no se encuentra dentro de las justas causas señaladas por la ley, y que además corresponde a una determinación generada a raíz de la condición de salud de Miranda.

Para rematar las observaciones realizadas frente a los aspectos laborales y de seguridad social de la trabajadora migrante, quisiera remitirme a algunos de los artículos de la Decisión 545 de la CAN, los cuales voy a citar literalmente:

“Artículo 10.- *Se reconoce el principio de igualdad de trato y de oportunidades a todos los trabajadores migrantes andinos en el espacio comunitario. En ningún caso se les sujetará a discriminación por razones de nacionalidad, raza, sexo, credo, condición social u orientación sexual.*

Artículo 11.- *El trabajador migrante andino tendrá derecho a la sindicalización y negociación colectiva, de conformidad con la legislación nacional vigente en la materia y los Convenios Internacionales del Trabajo ratificados en el País de Inmigración.*

Artículo 12.- *Los Países Miembros adoptarán las medidas apropiadas para proteger a la familia del trabajador migrante.*

a) Para trabajadores que devenguen un salario inferior a diez (10) salarios mínimos mensuales legales:

1. Treinta (30) días de salario cuando el trabajador tuviere un tiempo de servicio no mayor de un (1) año.

2. Si el trabajador tuviere más de un (1) año de servicio continuo se le pagarán veinte (20) días adicionales de salario sobre los treinta (30) básicos del numeral 1, por cada uno de los años de servicio subsiguientes al primero y proporcionalmente por fracción;

b) Para trabajadores que devenguen un salario igual o superior a diez (10), salarios mínimos legales mensuales.

1. Veinte (20) días de salario cuando el trabajador tuviere un tiempo de servicio no mayor de un (1) año.

2. Si el trabajador tuviere más de un (1) año de servicio continuo, se le pagarán quince (15) días adicionales de salario sobre los veinte (20) días básicos del numeral 1 anterior, por cada uno de los años de servicio subsiguientes al primero y proporcionalmente por fracción.

A tal efecto, permitirán la libre movilidad para la entrada y salida del trabajador migrante y de su cónyuge o la persona que mantenga una relación que, de conformidad con el derecho aplicable en cada País de Inmigración, produzca efectos equivalentes a los del matrimonio, de los hijos menores de edad no emancipados, y de los mayores solteros en condición de discapacidad, y de sus ascendientes y dependientes, a los fines de facilitar su reunión y de conformidad con la legislación nacional del País de Inmigración.

Artículo 13.- *Los Países Miembros garantizarán al trabajador migrante andino:*

- a) La libertad de transferencia de los fondos provenientes de su trabajo, con la observancia de las disposiciones legales pertinentes en materia de obligaciones fiscales o de órdenes judiciales;*
- b) La libertad de transferencia de las sumas adeudadas por el trabajador migrante a título de una obligación alimentaria, no pudiendo ser ésta en ningún caso objeto de impedimentos;*
- c) Que las rentas provenientes de su trabajo sólo sean gravadas en el país en el cual las obtuvo;*
- d) El libre acceso ante las instancias administrativas y judiciales competentes para ejercer y defender sus derechos;*
- e) El acceso a los sistemas de seguridad social, de conformidad con la normativa comunitaria vigente; y,*
- f) El pago de las prestaciones sociales al migrante andino que trabaje o haya trabajado en los territorios de los Países Miembros, de conformidad con la legislación del País de Inmigración.*

A los efectos de lo dispuesto en el literal b) del presente artículo, los exhortos librados entre los jueces de los Países Miembros serán ejecutados sin necesidad de homologación o exequátur. La transferencia de sumas de dinero en cumplimiento de los señalados exhortos no podrá ser, en ningún caso, objeto de trabas o impedimentos.

Artículo 15.- *En ningún caso la situación migratoria de un nacional andino ni la posible repatriación del mismo menoscabará sus derechos laborales frente a su*

empleador. Estos derechos serán los determinados en la legislación nacional del País de Inmigración.”

5. SOLUCION DEL CASO

Revisado ampliamente el tema no logró encontrarse referencia de casos similares al aquí planteado resueltos por el sistema judicial colombiano, lo que es lógico ya que los inmigrantes irregulares dada su condición prefieren permanecer en la clandestinidad por miedo a ser deportados a sus países o tener que enfrentarse a prisión. Considero que los documentos de la CAN citados son claves para resolver este problema ya que para casos como el de Miranda Toscana, esa legislación le es propia.

Como abogada de la señora Miranda Toscana, y de conformidad con el análisis realizado le recomendaría:

1.- Presentarse a la Oficina de Migración Laboral (OML)³⁶ correspondiente, para efectos del registro y control subsiguiente por parte de los organismos adscritos a la Cancillería de la República de Colombia; donde deberán expedirle la documentación que acredite su status migratorio, y se le reconozca como Trabajador Migrante Andino.

2.- Acudir a la acción de Tutela para el reconocimiento de sus derechos a la igualdad, no discriminación, y que en consecuencia le sean preservados sus derechos a la salud y a la vida, frente a las entidades del sistema de seguridad social integral, logrando la afiliación inmediata a salud y pensiones, así como la consecuente prestación de los servicios médicos que necesite.

3.- Igualmente le sugeriría acudir a la acción constitucional de Tutela, para solicitar el reintegro al trabajo, si ella así lo desea.

4.- Iniciar proceso ordinario laboral contra sus empleadores para que sea reconocida la relación laboral (contrato realidad al configurarse todos los elementos del contrato de trabajo), y en consecuencia le reconozcan todos los

³⁶ Decisión 545 arts. 17, 18 y 19

derechos, como lo son horas extras laboradas, prestaciones sociales y en especial lo relacionado con las cotizaciones al sistema general de seguridad social (salud, pensiones y riesgos profesionales) dejadas de realizar. Además se le reconozcan los valores por cesantías e intereses a las cesantías que nunca fueron cancelados o consignados al fondo, junto con la sanción por no consignación de estos rubros. Así mismo la indemnización por despido injustificado y por perjuicios morales si se llegare a demostrar.

5.- Pondría en consideración la alternativa de acudir al Tribunal de Justicia de la CAN, para que ejerza función de arbitraje frente a la situación particular laboral de Miranda y sus empleadores, ya que los particulares pueden someter a arbitraje de este tribunal los contratos de carácter privado a los cuales les sean aplicables el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, el laudo emitido por este tribunal puede ser en derecho o en equidad y será obligatorio, inapelable y presta mérito ejecutivo, conforme a las disposiciones internas de cada país miembro.³⁷

³⁷ Tratado de creación Tribunal de Justicia de la CAN arts. 38 y 39.

6. CONCLUSIONES

- La protección de los intereses de los trabajadores empleados en países distintos al propio, considerando su vulnerabilidad, debe seguir la misma suerte que los derechos humanos, es decir, ser universal, los trabajadores migratorios según las disposiciones de los organismos internacionales como la OIT y organizaciones de carácter regional, como OEA y CAN, han establecido principios fundamentales, en donde sin importar el estatus migratorio, gozan de la misma protección que el estado establezca para sus nacionales, en especial en materia de seguridad social ya que en esta se encuentran inmersos los derechos a la salud, la vida y la dignidad humana.
- El trabajo migratorio conlleva una importante repercusión tanto sobre el Estado originario como en el Estado de empleo, tanto para la economía como para la situación social, por ello es de suma importancia que los Estados tengan políticas claras sobre este tema y adecuen sus legislaciones para no cometer atropellos e injusticias.
- Colombia se encuentra dentro de los países que han adquirido compromisos internacionales referentes a la protección del trabajador migratorio y su familia, sin embargo aún es precaria la difusión de estas políticas y leyes, con lo cual se facilitan los atropellos cometidos contra los trabajadores, en especial aquellos que se encuentran en situación irregular, quienes frecuentemente son víctimas de condiciones de trabajo menos favorables que las de los trabajadores nacionales o aquellos migrantes que tienen una situación migratoria definida.
- Aunque para los empleadores es sumamente atractivo el trabajador migratorio en situación irregular porque significa mano de obra más barata, el Estado debe endurecer las sanciones a los empleadores que abusen de los derechos laborales de estas personas, así como adoptar medidas adecuadas a fin de evitar y eliminar los movimientos migratorios clandestinos de trabajadores; solo así se pondrá fin a estas prácticas ilegales que van en aumento sobre todo si tenemos en cuenta que estamos ante un mundo globalizado.