

Sentencia C-783/07

COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL-Configuración

Referencia: expediente D-6740

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 11º parcial de la Ley 789 de 2002.

Demandantes: Nathaly Yohana Yanquén Correa y Andrés Alejandro Torres Téllez.

Magistrado Ponente:

Dr. RODRIGO ESCOBAR GIL

Bogotá, Veintiséis (26) de septiembre de dos mil siete (2007)

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en cumplimiento de sus atribuciones constitucionales y de los requisitos y trámites establecidos en el Decreto 2067 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, los ciudadanos Nathaly Yohana Yanquén Correa y Andrés Alejandro Torres Téllez presentaron demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 11º parcial de la Ley 789 de 2002, “por la cual se dictan normas para apoyar el empleo y ampliar la protección social y se modifican algunos artículos del Código Sustantivo de Trabajo”.

Mediante Auto del veintitrés (23) de marzo de dos mil siete (2007), el Magistrado Sustanciador decidió admitir la demanda radicada bajo el número D-6740, fijar en lista la norma acusada por el término de diez (10) días, y dar traslado al Procurador General de la Nación para que rindiera el concepto a su cargo, de acuerdo con el artículo 7 del decreto 2067 de 1991. En el Auto también se ordenó comunicar la demanda al Ministro del Interior y de Justicia, al Ministerio de la Protección Social y a los decanos de las Facultades de Derecho de las Universidades Rosario y Nacional, para que si lo estimaban conveniente, intervinieran dentro del proceso con el propósito de impugnar o defender las disposiciones acusadas.

Una vez cumplidos los trámites previstos en el artículo 242 de la Constitución Política y en el Decreto 2067 de 1991, la Corte Constitucional procede a decidir acerca de la demanda en referencia.

II. TEXTO DE LA NORMA ACUSADA

A continuación se transcribe el artículo 11 de la Ley 789 de 2002, conforme a su publicación en el Diario Oficial No 45.046 de 27 de diciembre de 2002, destacando con negrilla y subraya la disposición acusada:

“LEY 789 DE 2002

‘por la cual se dictan normas para apoyar el empleo y ampliar la protección social y se modifican algunos artículos del Código Sustantivo de Trabajo’

“Artículo 11. Régimen de Apoyo para Desempleados sin Vinculación anterior a Cajas de Compensación Familiar. Con cargo al cinco por ciento (5%) del fondo para el fomento del empleo y la protección del desempleo de que trata el artículo 6 de la presente ley, las Cajas establecerán un régimen de apoyo y fomento al empleo para jefes cabeza de hogar sin vinculación anterior a las Cajas de Compensación Familiar, que se concretará en un subsidio equivalente a un salario y medio mínimo legal mensual, el cual se otorgará en seis cuotas mensuales iguales, las cuales se podrán hacer efectivas a través de aportes al sistema de salud, o bonos alimenticios o educación, según la elección que haga el beneficiario. Tendrán prioridad frente a las Cajas de Compensación Familiar, los artistas, escritores y deportistas afiliados a las correspondientes asociaciones o quienes acrediten esta condición en los términos en que se defina por el Gobierno Nacional. Para acceder a esta prestación, se deberá acreditar falta de capacidad de pago, conforme términos y condiciones que disponga el reglamento en materia de organización y funcionamiento de este beneficio”.

III. FUNDAMENTOS DE LA DEMANDA

Los actores consideran que la disposición acusada vulnera el derecho a la igualdad consagrado en el preámbulo y en los artículos 2 y 13 de la Constitución Política, como quiera que da un trato privilegiado a los artistas, escritores y deportistas, en el acceso al régimen de apoyo y fomento al empleo, sin más justificación que esa simple condición.

En efecto, los demandantes señalan que el otorgamiento de un subsidio no puede obedecer a la calidad que ostente una persona, sino a sus necesidades y a su condición de vulnerabilidad, sin que se encuentre demostrado que los escritores, artistas y deportistas sean más vulnerables que el resto de la población, por lo que la prioridad consagrada en la norma demandada establece una presunción que viola el derecho a la igualdad, de manera que solicita que sea declarada inexecutable.

IV. INTERVENCIONES

1. Ministerio de la Protección Social

Mediante escrito allegado a esta Corporación el 20 de abril de 2007, el Ministerio de la Protección Social solicitó que la norma fuera declarada executable, como quiera que no se encuentran violados los artículos 2 y 13 de la Carta Política.

En efecto, el interviniente señala que, al contrario de lo que piensan los demandantes, el artículo 11 de la Ley 789 de 2002 desarrolla las normas acusadas, pues constituye una forma de servir a la comunidad mediante la realización del principio de igualdad, que no debe ser comprendido de manera formal, en el sentido de otorgar un trato igual para todos los sujetos de derecho, sino de forma sustancial, esto es, bajo el entendido de que es dable establecer un trato diferencial para garantizar a todos la igualdad de oportunidades.

Expresa el interviniente que la norma acusada no atenta contra el derecho a la igualdad por

cuanto, de una parte, es claro que este tipo de trabajadores han carecido de apoyo laboral, circunstancia que justifica esta especial protección y, de otra, precisó tener en cuenta que estos trabajadores deben cumplir como cualquier otro con los requisitos establecidos en la norma demandada y en los decretos reglamentarios.

2. Universidad del Rosario

El Decano de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario intervino en el proceso de la referencia y solicitó a esta Corporación que retirara del ordenamiento jurídico la norma acusada por encontrarla contraria al artículo 13 de la Carta Política.

Refirió que una vez consultada la historia legislativa que concluyó con la aprobación de la Ley 789 de 2002 no se encontró ningún debate ni justificación alrededor del tratamiento preferencial consagrado en la disposición acusada a favor de los artistas, deportistas y escritores en el acceso al subsidio de desempleo.

En este orden de ideas señaló que, si bien en la práctica las personas que ejercen estas actividades lo hacen por regla general sin el amparo de una relación laboral estable que provea ingresos seguros y permanentes, dicha situación es predicable, igualmente, respecto de muchas otras personas que realizan un oficio y derivan su sustento personal y familiar por su cuenta y riesgo y no bajo el amparo de una relación jurídica de contrato de trabajo.

Bajo esta consideración, el interviniente concluye que el tratamiento preferencial consagrado en la norma acusada no atiende al criterio de discriminación positiva desarrollado por la jurisprudencia constitucional en atención a las personas marginadas y discriminadas que acusan una debilidad manifiesta, por lo que el artículo 11 resulta contrario al derecho a la igualdad consagrado en el artículo 13 de la Carta Política.

V. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACION

El Procurador General de la Nación, mediante concepto No. 4314 del diecisiete de mayo de 2007, al pronunciarse sobre la demanda de inconstitucionalidad de la referencia, señaló que recientemente se había formulado otra demanda contra la misma disposición, por lo que solicita a la Corte Constitucional estarse a lo que se resuelva en el proceso de constitucionalidad D-6553, y procedió a transcribir el concepto rendido en dicho trámite, en el que solicitó a esta Corporación que declarara la exequibilidad del aparte acusado contenido en el artículo 11 de la Ley 789 de 2002.

En primer lugar, la Vista fiscal hace una aproximación al principio de igualdad, en la que determina que del artículo 13 Constitucional puede inferirse que, por regla general, los ciudadanos se encuentran en un plano de igualdad y por tanto deben recibir la misma protección y trato, circunstancia que no excluye la posibilidad de dar un tratamiento diferenciado a realidades fácticas diversas.

Ahora bien, respecto de la posibilidad de dar trato diferenciado a situaciones de hecho distintas, señala, de una parte, que los términos de comparación no se imponen naturalmente sino que deben ser libremente escogidos y, de otra, que debe existir una fundamentación racional que sustente la clasificación que se realiza y la adscripción de

consecuencias jurídicas disímiles a los sujetos clasificados, lo cual impone la carga de la argumentación para los tratamientos desiguales.

Tras hacer unas consideraciones generales respecto del principio de solidaridad y de las contribuciones parafiscales, la Vista Fiscal aborda concretamente el cargo de inconstitucionalidad elevado contra el artículo 11 parcial de la Ley 789 de 2002, para lo cual refiere que dicha norma contempla tres criterios de diferenciación en la asignación de los subsidios del desempleo: i) la existencia o inexistencia de vinculación anterior a una caja de compensación familiar, ii) dentro de la categoría de desempleados sin vinculación anterior a una caja de compensación familiar, la ley les otorga prioridad en la asignación a los artistas, deportistas o escritores y, iii) asignación y pago de subsidios de acuerdo a fecha de presentación de la solicitud.

En lo que concierne a la presente demanda de inconstitucionalidad, el Ministerio Público considera que la prelación establecida en el artículo acusado a favor de los artistas, escritores y deportistas no vulnera el derecho a la igualdad, como quiera que dicha población tradicionalmente ha representado un grupo marginado, por lo que requiere, en pos de la igualdad, de la adopción de medidas afirmativas o de discriminación positiva por sus especiales circunstancias de necesidad manifiesta, tal como lo ha reconocido el legislador a través de la Ley 100 de 1993 y la Organización Internacional del Trabajo.

VI. CONSIDERACIONES

1. Competencia

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 241, numeral 4 de la Constitución Política, la Corte Constitucional es competente para conocer y decidir sobre la demanda de inconstitucionalidad de la referencia.

2. Análisis de la existencia de cosa juzgada respecto del texto demandado del artículo 11 de la Ley 789 de 2002

Como ya quedo expresado, la acción pública de inconstitucionalidad se dirigió en este caso, contra la disposición del artículo 11 de la Ley 789 de 2002, la cual establece que gozarán de prioridad para la asignación del subsidio de desempleo por parte de las cajas de compensación familiar, dentro del grupo de desempleados, los artistas, escritores y deportistas afiliados a éstas o que acrediten su condición de acuerdo con lo que disponga para el caso el Gobierno Nacional.

Los demandantes presentan como único cargo de su demanda, para la eventual declaratoria de inconstitucionalidad de la disposición referida, la violación que esta comporta, del derecho a la igualdad, reconocido en el Preámbulo y en los artículos 2 y 13 de la Carta.

Lo anterior debido a que para ellos, “al dar un trato prioritario a los artistas, escritores y periodistas, que deseen acceder al régimen de apoyo para los desempleados sin vinculación anterior a cajas de compensación familiar, sin más justificación que esa simple condición, se vulnera el derecho a la igualdad puesto que el otorgamiento de un subsidio no puede obedecer a la condición que ostente una persona, sino a sus necesidades y, como lo señala al

artículo primero de la ley en mención, a la vulnerabilidad del posible beneficiario del sistema de protección social contenido en esta norma”

Con posterioridad a la admisión de esta demanda, la Corte se pronunció con respecto a la constitucionalidad de esta norma en la Sentencia C- 393 de 2007, declarando la exequibilidad de la misma en los siguientes términos:

“Primero.- Declarar la EXEQUIBILIDAD, por los cargos analizados, de las siguientes expresiones:”

(...)

“e) “Tendrán prioridad frente a las Cajas de Compensación Familiar, los artistas, escritores y deportistas afiliados a las correspondientes asociaciones o quienes acrediten esta condición en los términos en que se defina por el Gobierno Nacional”, contenida en el artículo 11 de la Ley 789 de 2002.”

Como quiera que en esta sentencia la Corte limita los efectos del fallo a los cargos analizados en esa oportunidad, se debe establecer si en relación con la presente demanda ha operado el fenómeno de la cosa juzgada constitucional, por tanto es preciso determinar si existe efectivamente identidad entre los cargos de la demanda que originaron dicha Sentencia y los presentados en la demanda bajo estudio. Para ello, esta Corporación repasará las razones de la decisión expuestas en la Sentencia referida.

Al respecto dijo la Corte:

“El actor considera también que vulnera el principio de igualdad la disposición del artículo 11 de la Ley 789 de 2002 que establece que, dentro del grupo de los desempleados sin vinculación anterior a cajas de compensación familiar, tendrán prioridad en el acceso al subsidio al desempleo los artistas, escritores y deportistas afiliados a las correspondientes asociaciones o que acrediten su condición en los términos que defina el Gobierno Nacional.”

La Corte inicia su análisis indicando su postura con respecto al problema jurídico:

“13. La Corte comparte la posición que afirma la constitucionalidad de este trato prioritario. La Constitución le asigna a la cultura un lugar destacado en la comunidad política. En su art. 70 dispone que es deber del Estado “promover el acceso a la cultura” y que “la cultura en sus diversas manifestaciones es fundamento de la nacionalidad.” A su vez, el artículo 71 establece que “[e]l Estado creará incentivos para personas e instituciones que desarrollen y fomenten la ciencia y la tecnología y las demás manifestaciones culturales y ofrecerá estímulos especiales a personas que ejerzan estas actividades.”

“De la misma manera, el artículo 52 de la Constitución establece que las personas tienen el derecho a la recreación, al deporte y al aprovechamiento del tiempo libre y que “el Estado fomentará estas actividades.”

“Lo anterior significa que la cultura y el deporte constituyen actividades que fueron valoradas de manera especial por el Constituyente. Ello justifica que se preste una particular atención a las personas que se dedican al ejercicio de esas actividades. Pero, además, el mismo artículo

11 dispone que el subsidio se brindará a los jefes cabeza de hogar que acrediten su “falta de capacidad de pago.” Es decir, el subsidio no se entregará a los artistas, los escritores y los deportistas que dispongan en su hogar de los medios suficientes para subsistir. Él se brinda únicamente a las personas dedicadas a la cultura y el deporte que, a pesar de sus difíciles condiciones económicas y sabedoras de que muy frecuentemente la sociedad no valora debidamente su trabajo, persisten en su dedicación a estas actividades. Es decir, tal como lo plantean los intervinientes, el subsidio se brindaría a un grupo social que se encuentra frecuentemente al margen de las actividades económicas ordinarias de la sociedad, a pesar de la importancia de su labor para la comunidad.”

Para la Corte, un tratamiento preferente a quienes desarrollan estas actividades no resulta extraño al ordenamiento jurídico colombiano, y presenta en la citada Sentencia varios ejemplos de normas legales que ya han dado un tratamiento especial a este sector de la población. Así, la Corte expresó:

“14. Al respecto es importante precisar que no es ésta la primera vez que el Legislador intenta crear mecanismos de acción positiva en favor de estos grupos sociales. En la Ley 100 de 1993 se destacó a los artistas y los deportistas dentro del grupo de personas que podrían acceder a subsidios para los aportes pensionales con dineros del Fondo de Solidaridad Pensional.

“Luego, la Ley 181 de 1995, “Por la cual se dictan disposiciones para el fomento del deporte, la recreación, el aprovechamiento del tiempo libre y la Educación Física y se crea el Sistema Nacional del Deporte”, estableció que el Estado debía “[f]omentar la adecuada seguridad social de los deportistas y velar por su permanente aplicación” (art. 13, num. 16). También dispuso que los deportistas que recibieran reconocimientos en su actividad obtendrían una serie de estímulos en materia de seguros de vida, invalidez y salud. De la misma manera, determinó que ellos gozarían de programas especiales para la asignación de créditos educativos y que obtendrían oportunidades laborales y la exoneración de derechos de estudio en los establecimientos oficiales y (arts. 36-40), e incluso ordenó que el Estado le garantizara una pensión vitalicia a las glorias del deporte.¹

“En el mismo sentido, en la Ley 397 de 1997, “Por la cual se desarrollan los artículos 70, 71 y 72 y demás artículos concordantes de la Constitución Política y se dictan normas sobre patrimonio cultural, fomentos y estímulos a la cultura, se crea el Ministerio de la Cultura y se trasladan algunas dependencias”, se estableció un tratamiento especial en materia de afiliación al régimen subsidiado de salud para los artistas, autores y compositores de escasos recursos (art. 30), y en punto al acceso a una pensión vitalicia para los creadores o gestores culturales (art. 31).

“Importa indicar que el artículo 31 de la ley 397 de 1997 fue demandado ante la Corte Constitucional. Entre los argumentos expuestos se encontraba el de que el trato preferencial brindado a los gestores culturales para el acceso a una pensión vitalicia vulneraba el principio de igualdad, por cuanto si bien los gestores culturales cumplían con una labor destacada por la Constitución, también lo hacían las personas que colaboraban al desarrollo social con sus esfuerzos”.

Adicionalmente con respecto al artículo 31 de la Ley 397 de 1997, recuerda la Corte, que se

demandó su inconstitucionalidad y que fue declarado exequible atendiendo al apoyo que el Estado debe presentar a quienes contribuyen al desarrollo cultural de la nación:

“En la sentencia C-152 de 1992 la Corte estableció la constitucionalidad de la norma acusada, en los términos indicados en la providencia. En ella se destaca que la misma Constitución había establecido que el Estado debía incentivar o estimular a las personas dedicadas a la creación o al desarrollo cultural y que si la medida adoptada a través de la Ley era adecuada mal podía ser objeto de reproche constitucional. Además, se indicó que el subsidio constituía una especie de compensación para aquellas personas que se habían dedicado al desarrollo cultural de la sociedad, a pesar de las dificultades económicas que ello les podría generar en el futuro”.

La Corte concluye la constitucionalidad de la norma demandada en los siguientes términos:

“15. Los argumentos expuestos conducen a declarar la constitucionalidad del trato prioritario brindado a los artistas, escritores y deportistas en la asignación del subsidio para los desempleados que no estuvieron afiliados a una caja de compensación familiar por lo menos un año dentro de los tres últimos años.”

Finalmente, con el objeto de que estos subsidios lleguen a quienes realmente deben ser lo beneficiarios de los mismos, la Corte enfatiza en la necesidad de acreditar los requisitos para ser beneficiario de éstos y advierte:

Ahora bien, la norma analizada dispone que el trato especial se concederá a los artistas, escritores y deportistas “afiliados a las correspondientes asociaciones o quienes acrediten esta condición en los términos en que se defina por el Gobierno Nacional.” En este caso, como en el analizado en la mencionada sentencia C-152 de 1999, se encuentra, entonces, que la norma debe ser reglamentada para establecer quiénes pueden acceder al subsidio en forma prioritaria, de manera que este trato especial se conceda a las personas respetando los criterios de ley a partir de parámetros objetivos.

Tales parámetros se refieren a las condiciones para que el solicitante del subsidio sea considerado un artista, un escritor o un deportista. Puesto que los recursos del subsidio al desempleo para las personas que no han estado afiliados a una caja son tan escasos, la vigencia del principio de igualdad exige que el trato prioritario solamente se brinde a aquellas personas que realmente acrediten una dedicación estable, no meramente ocasional, a las actividades artísticas, literarias o deportivas - además de su “falta de capacidad de pago.” Además, dentro del marco de la reglamentación dictada por el Gobierno, las cajas tomaran las medidas necesarias para evitar que personas que se hagan pasar por artistas, escritores o deportistas reciban el trato prioritario que establece la norma.

Por tanto, verificado que el cargo por el que se demanda la norma es violación del principio y derecho a la igualdad, concluimos que existe identidad en el mismo, en la presente demanda y en la demanda que fue objeto de estudio en la Sentencia C-393 de 2007.

Por lo anterior, de conformidad con el artículo 243 de la Constitución Política y el artículo 6 del decreto 2067 de 1991, lo que corresponde es ordenar estarse a lo resuelto en la Sentencia C-393 de 2007 por haber operado en relación con los cargos el fenómeno de cosa

juzgada constitucional.

Así las cosas, de conformidad con el artículo 243 de la Constitución Política y el artículo 6 del decreto 2067 de 1991, esta Corporación ordena estarse a lo resuelto en la sentencia C-393 DE 2007 por haber operado en relación con los cargos el fenómeno de cosa juzgada constitucional.

VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Plena de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

Primero. – ESTARSE A LO RESUELTO en la Sentencia C-393 de 2007 que declaró la exequibilidad, por los cargos analizados, de la expresión “Tendrán prioridad frente a las Cajas de Compensación Familiar, los artistas, escritores y los deportistas afiliados a las correspondientes asociaciones o quienes acrediten esta condición en los términos en que se defina por el Gobierno Nacional”, contenida en el artículo 11 de la ley 789 de 2002.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional, cúmplase y archívese el expediente.

RODRIGO ESCOBAR GIL

Presidente

JAIME ARAUJO RENTERÍA

Magistrado

CON ACLARACION DE VOTO

CATALINA BOTERO MARINO

Magistrada (E)

MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOZA

Magistrado

AUSENTE EN COMISION

JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

Magistrado

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Magistrado

NILSON ELIAS PINILLA PINILLA

Magistrado

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

CLARA INES VARGAS HERNANDEZ

Magistrada

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

ACLARACION DE VOTO A LA SENTENCIA C-783 DE 2007 DEL MAGISTRADO JAIME ARAUJO RENTERIA

PRINCIPIO DE IGUALDAD EN SUBSIDIO DE DESEMPLEO-Diferenciación que estableció la Ley 789/02/SUBSIDIO DE DESEMPLEO-Trato diferenciado a desempleado con base en afiliación anterior a caja de compensación familiar (Aclaración de voto)

Referencia: expedientes D-6740

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 11º parcial de la Ley 789 de 2002

Magistrado Ponente:

Dr. RODRIGO ESCOBAR GIL

Con el respeto acostumbrado por las decisiones de esta Corte, me permito aclarar mi voto a la decisión adoptada en la presente sentencia, que resuelve estarse a lo resuelto en la sentencia C-393 de 2007 que declaró la exequibilidad, por los cargos analizados, de la expresión “Tendrán prioridad frente a las Cajas de Compensación Familiar, los artistas, escritores y los deportistas afiliados a las correspondientes asociaciones o quienes acrediten esta condición en los términos en que se defina por el Gobierno Nacional”, contenida en el artículo 11 de la ley 789 de 2002, por cuanto en su momento disentí de la mencionada sentencia, con fundamento en las siguientes consideraciones, que me permito reiterar a continuación:

“[C]onsidero que las normas acusadas son inconstitucionales y por tanto han debido ser declaradas inexequibles, en lo acusado, por violar tanto el derecho a la igualdad de los desempleados que no están afiliados a una caja de compensación familiar como el principio de universalidad de la seguridad social, según el cual todos los desempleados pueden ir a reclamar el seguro de desempleo a las cajas de compensación familiar o al Gobierno Nacional, sin ninguna discriminación.

En mi concepto, los argumentos para fundamentar estas razones se encuentran contenidos y desarrollados en la sentencia T-232/05, en los apartes relacionados con el principio de

igualdad material, principio que constituye uno de los pilares esenciales del Estado Social de Derecho, y que se traduce en un mandato expreso y categórico dirigido a paliar o eliminar las condiciones reales de inequidad y marginación de las personas o de los grupos sociales y a lograr unas condiciones de vida acordes con la dignidad del ser humano, así como un orden político, económico y social justo.

En este sentido, la Constitución prevé en su artículo 2 que son fines esenciales del Estado (i) promover la prosperidad general y (ii) garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, así como (iii) asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado; y en su artículo 13 que constituye una obligación del Estado (i) promover las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva, (ii) adoptar medidas en favor de grupos discriminados o marginados y (iii) proteger especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta.

Es de recordar aquí también, que la seguridad social es un servicio público de carácter obligatorio que se presta bajo la dirección, coordinación y control del Estado, con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad.

Igualmente, considero necesario resaltar que dentro de los fines y parámetros del Estado Social de Derecho, se enmarca el régimen de protección al desempleado y los subsidios que éste establece, tendientes a garantizar un mínimo de derechos de aplicación inmediata. Entre otros, es deber del Estado Social de Derecho proveer un empleo a las personas que estén en capacidad de laborar, así como otorgar a aquellas que han perdido su trabajo y, dada la incapacidad actual del Estado para proveer empleo a todos los ciudadanos, un seguro contra el desempleo, así como la capacitación para acceder a nuevas fuentes de trabajo (art. 54 C.P.) y asegurar el acceso efectivo de todas las personas, en particular de aquéllas de menores ingresos, a los bienes y servicios básicos (art. 334 C.P.).

En este sentido, en la sentencia mencionada se expone que si bien el objetivo perseguido con la asignación de subsidios de desempleo es constitucionalmente legítimo, toda vez que se inscribe en la realización del mandato contenido en el artículo 48 de la Constitución Nacional, tal asignación en la forma regulada por la Ley 789 de 2002, no satisface los requisitos jurisprudenciales para ser conforme al principio de igualdad, esto es, no constituye una medida necesaria, idónea, razonable y proporcional.

De este modo, no constituye una medida necesaria e indispensable para la consecución de tal fin, pues existen otros medios que no afectan la igualdad. Por el contrario, considero que a la luz del principio de universalidad que inspira el derecho a la seguridad social, y siendo la situación de desempleo un riesgo que debe amparar el Estado Social de Derecho, el subsidio al desempleo debe asignarse en las mismas condiciones a las personas que tengan la calidad de desempleados, con el fin de garantizar un mínimo de derechos en un plano de igualdad.

En igual forma, el tratamiento diferenciado que prevé la Ley 789 de 2002, en cuanto a la prelación en la asignación y el pago de los subsidios, en función de la existencia o no de un vínculo anterior con una caja de compensación familiar, o de la condición de artista, deportista o escritor, no constituye un medio idóneo o adecuado por cuanto desconoce igualmente el principio de universalidad que inspira el derecho a la seguridad social. En

cuanto a la razonabilidad del trato diferenciado es posible señalar que la prestación efectiva de uno de los componentes del núcleo esencial del derecho a la seguridad social, como es la protección al empleo, no puede realizarse en detrimento de uno de los principios del Estado Social de Derecho, la igualdad material. Así mismo, la protección al empleo que desconoce el principio de igualdad y el de universalidad de la seguridad social, de conformidad con lo expuesto, no reviste la proporcionalidad necesaria para que la diferenciación establecida sea considerada como no discriminatoria.

En mi concepto, todas las consideraciones mencionadas anteriormente no fueron un obiter dictum sino la ratio decidendi que llevó a la Sala Primera de Revisión a revocar el fallo de instancia que no concedía la tutela, mediante la sentencia T-232/05. A mi juicio, los principios de igualdad material, solidaridad y universalidad siguen siendo válidos y esenciales para analizar la constitucionalidad de las normas parcialmente demandadas de la Ley 789 de 2002, de manera que no se puede establecer la distinción que prevé las normas sub examine frente a personas desempleadas. A mi juicio, el legislador debe brindar igual protección tanto mediante el Fondo de las cajas de compensación familiar como por parte del Gobierno.

Adicionalmente, considero que de los artículos acusados se puede predicar la vulneración del principio de igualdad, pues el artículo 11 sólo prevé la existencia de recursos en un 5% del fondo para los desempleados sin vinculación anterior a cajas de compensación familiar, de manera que agotados éstos no se brindan más auxilios, mientras que los otros desempleados afiliados a las cajas de compensación sí los reciben, lo que constituye en mi sentir una clara discriminación y una violación de la universalidad de la seguridad social.

Insisto por tanto, en que es inconstitucional la diferenciación que se establece en las normas acusadas, puesto que es obligación del Estado brindar el auxilio a todos los desempleados, afiliados o no y aún frente a recursos escasos no se debe excluir a unos y a otros no. En mi concepto, los argumentos expuestos en la sentencia T-232/05 siguen siendo por tanto válidos para este estudio abstracto de constitucionalidad de la Ley 789 de 2002.

Con fundamento en lo anterior, considero que se deben declarar inexequibles las expresiones acusadas de los artículos 6, 10 y 11 de la ley 789 de 2002 por violar el derecho a la igualdad de los desempleados que no están afiliados a una caja de compensación familiar, el principio de universalidad de la seguridad social, y el principio de solidaridad. En mi criterio, de estos principios constitucionales se desprende que todos los desempleados pueden ir a las cajas o al Gobierno sin discriminación alguna, a reclamar el seguro contra el desempleo. “

Con fundamento en las razones expuestas, salvo mi voto a la presente decisión.

Fecha ut supra.

JAIME ARAÚJO RENTERÍA

Magistrado

2 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.