Sentencia C-834/07

DERECHOS DE EXTRANJEROS EN COLOMBIA-Fuentes/DERECHOS DE EXTRANJEROS EN COLOMBIA-Contenido/DERECHOS DE EXTRANJEROS EN COLOMBIA-Alcance

MARGEN DE CONFIGURACION DEL LEGISLADOR-Ampliación del sistema de protección social hacia los extranjeros

PROTECCION SOCIAL-Definición/SEGURIDAD SOCIAL-Doble connotación/SEGURIDAD SOCIAL Y PROTECCION SOCIAL-Diferencias

En nuestro ordenamiento constitucional la seguridad social tiene una doble connotación. Por una parte, se trata de un derecho irrenunciable de todas las personas, que adquiere el carácter de fundamental por conexidad, cuando resulten afectados derechos tales como la salud, la vida digna y la integridad física y moral, entre otros; por otra, es un servicio público, de carácter obligatorio, que pueden prestar las entidades públicas o privadas, según lo establezca la ley, bajo la dirección, coordinación y control del Estado y con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. El concepto de "protección social" que manejó el Congreso de la República en la Ley 789 de 2002 resulta ser distinto de aquel de "seguridad social", por cuanto, aquél es simplemente un conjunto de políticas públicas orientadas a disminuir la vulnerabilidad y a mejorar la calidad de vida de los colombianos, especialmente de los más desprotegidos, para obtener como mínimo los derechos a la salud, la pensión y al trabajo; por el contrario, la seguridad social es, a su vez, un servicio público, y un derecho irrenunciable de toda persona, que adquiere el carácter de fundamental por conexidad, cuando resulten afectados derechos tales como la salud, la vida digna y la integridad física y moral, entre otros, y al mencionar a los colombianos como destinatarios de un sistema de protección social el legislador no discriminó a los extranjeros, ni les vulneró sus derechos al trabajo y a la seguridad social.

Referencia: expediente D-6748

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 1 (parcial) de la Ley 789 de 2002.

Demandante: Luz Enith Álvarez Waltero y Yully Damaris Bohórquez Pulido.

Magistrado Ponente:

Dr. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Bogotá, D.C., diez (10) de octubre de dos mil siete (2007).

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

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción pública consagrada en el artículo 241 de la Constitución Política, las ciudadanas Luz Enith Álvarez Waltero y Yully Damaris Bohórquez Pulido demandaron la inexequibilidad de la expresión “los colombianos” del artículo 1 de la Ley 789 de 2002, por considerar que viola los artículos 13, 25 y 48 constitucionales.

II. DISPOSICIONES DEMANDADAS.

A continuación se transcribe la integridad de las disposiciones acusadas, tal y como aparecen publicadas en el Diario Oficial núm. 45.046 del 27 de Diciembre de 2002, p. 32, subrayando los apartes acusados.

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.

El Congreso de Colombia,

DECRETA:

DEFINICION SISTEMA DE PROTECCION SOCIAL

“Artículo 1°. Sistema de Protección Social. El sistema de protección social se constituye como el conjunto de políticas públicas orientadas a disminuir la vulnerabilidad y a mejorar la calidad de vida de los colombianos, especialmente de los más desprotegidos. Para obtener como mínimo el derecho a: la salud, la pensión y al trabajo.

El objeto fundamental, en el área de las pensiones, es crear un sistema viable que garantice unos ingresos aceptables a los presentes y futuros pensionados.

En salud, los programas están enfocados a permitir que los colombianos puedan acceder en condiciones de calidad y oportunidad, a los servicios básicos.

III. LA DEMANDA

Las ciudadanas Luz Enith Álvarez Waltero y Yully Damaris Bohórquez Pulido alegan que la expresión “los colombianos” del artículo 1 de la Ley 789 de 2002 vulnera los artículos 13, 25 y 48 de la Carta Política.

En lo que concierne al artículo 13 Superior estiman las demandantes que “la expresión “de los colombianos” del artículo primero inciso 3 de la ley 789 del 2002 es contradictorio del texto constitucional por cuanto es notoria la discriminación de origen extranjero pues se limita la protección social por parte del Estado a ello. Como es bien sabido nuestro estado social de derecho es fundado dentro de los lineamientos del bien común, de la igualdad y reconocimiento de los derechos y garantías que se desprenden del derecho al trabajo como un derecho fundamental y universal para todas las personas trabajadoras de Colombia sin importar su nacionalidad, sino, simplemente ver la calidad que ostenta para la constitución el hecho de que se encuentren desempeñando una actividad laboral conforme a lo preceptuado por la ley”.

Aseguran igualmente que la expresión demandada vulnera el artículo 25 constitucional, por cuanto el Estado debe velar por la protección del derecho al trabajo de todos los habitantes del territorio nacional, en tanto que “las disposiciones acusadas desconocen la protección al derecho al trabajo y el derecho a la igualdad al consagrar una discriminación surgida por el origen nacional, ya que al consagrar “los colombianos” está dejando por fuera aquellos trabajadores extranjeros que realizan la actividad en nuestro territorio”.

Por otra parte, en relación con el artículo 48 Superior consideran las demandantes que también se encuentra vulnerado por la expresión acusada, ya que desconoce que la seguridad social es un servicio público de carácter obligatorio, que se garantiza a todos los habitantes del territorio nacional, incluyendo por supuesto a los extranjeros que se encuentran en Colombia.

IV. INTERVENCIONES.

1. Defensoría del Pueblo.

Karin Irina Kuhfeldt Salazar, actuando en representación de la Defensoría del Pueblo, interviene en el proceso de la referencia para solicitarle a la Corte declarar la exequibilidad condicionada de la expresión acusada, “bajo el entendido que el Sistema de Protección Social es aplicable también a los extranjeros que se encuentren en el territorio nacional, teniendo en cuenta que una declaratoria de inconstitucionalidad pura y simple, en la forma como se solicitó, dejaría sin sentido las normas objeto del juicio de constitucionalidad”.

Asegura que el elemento personal que integra desde el punto de vista normativo el concepto de habitantes del territorio nacional, comprende a los nacionales colombianos por nacimiento o integración primaria, a los nacionales colombianos por adopción o integración secundaria y a los extranjeros. Así lo regulan los artículos 96 a 100 de la Constitución.

Señala que los extranjeros gozan de los mismos derechos civiles y garantías que se le conceden a los colombianos; que por razones de orden público se les puede limitar o negar el ejercicio de determinados derechos civiles y garantías y que los derechos políticos, esto es, el derecho a participar en las elecciones (ius sufragio) con las excepciones señaladas constitucionalmente, y el derecho a ocupar cargos que lleven anexa jurisdicción o autoridad (ius honorum) ya sea por elección o nombramiento, “se les reservan a los colombianos”.

Indica que el Sistema de Protección Social, como conjunto de políticas públicas tiene como destinatarios a todos los habitantes del territorio nacional, sin distinción alguna; “que los deberes y obligaciones estatales que se desprenden de esas políticas son inherentes a la finalidad social del Estado y por su naturaleza deben tener un carácter universal, integral, solidario y eficiente”.

Así mismo explica que los deberes y obligaciones estatales que se derivan del Sistema de Protección Social participan más en el concepto de derechos prestacionales o asistenciales que el de los civiles, en tanto que se traducen en los derechos de los ciudadanos dentro de una comunidad política, no siendo concebidos como simples posibilidades del individuo sino

que exigen para su realización la acción programática del Estado; “en este caso, todos los habitantes del territorio, nacionales o extranjeros, pueden exigir del Estado su prestación cuando no pueda proveerlos por sí mismos”.

Así las cosas, considera la Defensoría del Pueblo que al no tratarse de derechos civiles sino prestacionales, la ley no podía restringirlos, limitarlos o negarlos.

1. Comisión Colombiana de Juristas.

Gustavo Gallón Giraldo, Director de la Comisión Colombiana de Juristas, interviene en el proceso de la referencia para solicitarle a la Corte declarar inexequible la expresión acusada.

Afirma que efectivamente se presenta una discriminación entre nacionales y extranjeros, sin que exista un fin legítimo que lo justifique. En tal sentido, los extranjeros, en los términos de la Ley 789 de 2002, quedan excluidos del subsidio familiar y de desempleo, no pudiendo ser beneficiarios de cursos para capacitación profesional.

Así las cosas, explica que la norma acusada vulnera el artículo 13 constitucional; 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, referentes a los derechos al trabajo y a la seguridad social.

Agrega que no existen bases suficientes para concluir que la diferencia de trato sobre los beneficiarios del sistema de protección social entre nacionales y extranjeros se encuentre justificada por razones de orden público. Tampoco logra superar los tres pasos del test de igualdad, referentes a la legitimidad del fin, la necesidad y la proporcionalidad en sentido estricto, por cuanto “si bien existe un objetivo legítimo, como lo es promover la calidad de vida de los colombianos, no es necesario para lograr este fin dejar de cobijar a los extranjeros que cumplen con los mismos requisitos de los nacionales para la obtención de las prestaciones del sistema de protección social, con lo cual no se supera el segundo elemento del test.”

Así mismo, indica que el Estado colombiano aprobó mediante Ley 46 de 1994, la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migrantes y sus familias, la cual consagra un conjunto de obligaciones relevantes para decidir este caso; tratado internacional que fue declarado exequible mediante sentencia C- 106 de 1995. En tal sentido, el instrumento internacional dispone que no podrán los Estados Partes establecer diferencias entre nacionales y extranjeros en materia de remuneración salarial y prestaciones sociales.

Por último, el interviniente alude a la opinión consultiva núm. 18, proferida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, referente a los derechos de los trabajadores inmigrantes indocumentados.

1. Universidad Jorge Tadeo Lozano.

La ciudadana Carolina Sáchica Moreno, Directora de la Cátedra de Pedagogía Constitucional de la Universidad Jorge Tadeo Lozano, interviene en el proceso de la referencia para solicitarle a la Corte declarar inexequible la expresión acusada.

En relación con el artículo 13 Superior, argumenta la interviniente que la norma acusada excluye, sin razón alguna, a los habitantes extranjeros del territorio nacional en materia de seguridad social. Así mismo, vulnera el artículo 25 constitucional según el cual el trabajo es un derecho fundamental, por cuanto se excluye al extranjero de dicha protección. En igual sentido, el artículo 48 Superior, ya que la seguridad social es un servicio público irrenunciable, que cobija a todos los habitantes del país.

Por último, señala que el sistema de seguridad social integral, conformado por los regímenes generales establecidos para pensiones, salud, riesgos profesionales y servicios sociales complementarios de que trata la Ley 100 de 1993, fue creado en desarrollo del artículo 48 de la Constitución, con la intención de mejorar la calidad de vida de los habitantes del territorio nacional, basado en el principio de la universalidad, entre otros, que garantiza la protección para todas las personas, sin ninguna discriminación, y no exclusivamente para los colombianos.

1. Fundación Esperanza.

Germán Alberto Cuestas Cepeda, obrando en representación de la Fundación Esperanza, interviene en el proceso de la referencia para solicitarle a la Corte declarar la inconstitucionalidad parcial de la norma acusada.

Sostiene que el artículo 53 constitucional, al consagrar el derecho fundamental al trabajo, no hace distinción alguna entre los trabajadores. De igual manera, afirma que es preciso tomar en cuenta el artículo 13 Superior concerniente al derecho a la igualdad ante la ley, para concluir que no pueden existir discriminaciones entre los trabajadores en razón de su origen.

De igual manera, asevera que la disposición acusada vulnera el artículo 100 de la Carta Política, debido a que no existe razón alguna para excluir a determinadas personas por su nacionalidad.

1. Universidad de Cartagena.

Sostiene que la expresión “de los colombianos” del artículo primero inciso 3º de la Ley 789 de 2002 vulnera el texto constitucional por cuanto es notoria la discriminación por el origen extranjero, pues limita la cobertura de la seguridad social brindada por el Estado. En tal sentido, afirma que la cláusula del Estado Social de Derecho se funda en los lineamientos del bien común, la igualdad y el reconocimiento de los derechos y garantías que se desprenden del derecho al trabajo de todos los trabajadores en Colombia, sin distingos de nacionalidad.

Recuerda asimismo que el artículo 25 de la constitución alude al trabajo como un derecho y

obligación social, reconocido a favor de todas las personas que habitan el país. De igual manera, el artículo 48 Superior dispone que la seguridad social es un servicio público de carácter obligatorio, que debe ser garantizado para todos los habitantes del territorio nacional.

V. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN.

El Procurador General de la Nación conceptúa en el sentido de que la Corte debe declarar exequible la expresión “los colombianos” del artículo 1º, incisos 1 y 3 de la Ley 789 de 2002, bajo el entendido que ninguna autoridad puede, so pretexto de beneficiar a los nacionales y amparándose exclusivamente en el origen de la persona, desconocer los derechos fundamentales de los extranjeros que transiten o habiten en el territorio nacional.

Inicia la Vista Fiscal por recordar que el territorio nacional es habitado y transitado por dos grupos de personas: los nacionales y los extranjeros, destinatarios ambos de las disposiciones que integran el ordenamiento jurídico interno, razón por la cual el artículo 4º Superior les establece el imperativo de obedecer la Constitución y la ley.

Afirma que la nacionalidad, más que un criterio diferenciador entre las personas que se hallan en un territorio, es una manifestación de la soberanía del Estado al cual se vincula el individuo que la adquiere y es ese nexo que permite establecer diferencias entre los derechos y los deberes de los nacionales y extranjeros, que sean acordes con los derechos humanos, aún en materia laboral y social.

Sostiene que el sometimiento de los extranjeros al ordenamiento nacional implica que, de acuerdo con el artículo 100 constitucional, ellos disfrutan en el territorio de los mismos derechos civiles concedidos a los colombianos, aunque la ley puede, por razones concretas de orden público, negar o subordinar su ejercicio a condiciones especiales. En cuanto a los derechos políticos, la Carta autoriza al legislador para otorgarles únicamente derecho al voto en las elecciones y consultas populares de carácter municipal o distrital, pues los demás derechos son reservados a los nacionales.

De igual manera, indica que la disposición constitucional en cita señala que los extranjeros gozarán de las mismas garantías concedidas a los nacionales “salvo las limitaciones que establezcan la Constitución y la ley”. Recuerda asimismo que la Corte en sentencia C- 768 de 1998 señaló que no en todos los casos el derecho a la igualdad opera de la misma manera y con similar arraigo para los nacionales y los extranjeros. De allí que la intensidad del examen de igualdad en los casos en que se encuentren comprometidos derechos de los extranjeros dependerá de la clase de derecho y la situación concreta por analizar.

Pasa a diferenciar entre derechos civiles y derechos económicos, sociales y culturales. Así, entiende que mientras en el primer caso son inadmisibles las restricciones, en relación con los segundos “el panorama en cierta medida es distinto como quiera que la ley puede darles un alcance distinto según el carácter de nacional o extranjero, por motivos de orden público, pero en todo caso sometidos a las reglas que impone el respeto al derecho fundamental a la igualdad, es decir, que la exclusión o trato diferente a los extranjeros no sea arbitraria, que tenga una justificación legítima”.

Acto seguido, la Vista Fiscal entra a examinar la disposición acusada, señalando que se trata de una norma programática, que revela la aspiración del legislador de generar el bienestar humano. Mediante ella se fijan unos objetivos como elementos orientadores de la actividad de la ciudadanía y de la administración, "sin que de ello se deduzca inequívocamente que excluyó a los extranjeros del alcance de todo el conjunto de políticas públicas del sistema, ni mucho menos que esas políticas comportan la negación del derecho al trabajo y de la seguridad social de los trabajadores migratorios".

Sostiene que incluso en la Constitución existen cláusulas alusivas a los colombianos, sin que pueda entenderse que excluyen a los extranjeros, como por ejemplo, cuando se le garantiza a todo colombiano el derecho a circular libremente o el artículo 51 según el cual todos los colombianos tienen derecho a la vida digna.

Así las cosas, las normas censuradas, en concepto del Procurador, tienen carácter declarativo, finalístico o propositivo mas no restrictivo o limitativo, razón por la cual "a juicio del Ministerio Público no tiene la virtualidad de afectar ningún derecho civil y por lo tanto no compromete la observancia del inciso 1º del artículo 100 constitucional, Obsérvese como de una parte la disposición no condiciona o pone límites a cualquiera de esos derechos inherentes del ser humano, y de otro lado, tampoco puede afirmarse que existe un derecho fundamental a ser destinatario de todas las políticas públicas de protección social". De allí que "desde un punto de vista teleológico, la interpretación a partir de la cual se estructura el cargo es errada y por tanto conduce a juicio del Ministerio Público, al fracaso de la demanda".

No obstante lo anterior, y con el propósito de evitar que se presenten casos en los cuales una autoridad pública les niegue los derechos a la salud o educación a los extranjeros, solicita a la Corte declarar exequible la expresión acusada, pero bajo el entendido que "ninguna autoridad puede, so pretexto de beneficiar a los nacionales y amparándose exclusivamente en el origen de la persona, desconocer los derechos fundamentales de los extranjeros que transiten o habiten en el territorio nacional".

VI. DECRETO DE PRUEBAS.

El Despacho, mediante auto del 23 de marzo de 2007, decidió admitir la demanda de la referencia, así como decretar las siguientes pruebas:

"Tercero.- Por Secretaría General SOLICITAR al Ministerio de Relaciones Exteriores que remita a esta Corporación, en el término de diez (10) días hábiles contados a partir del recibo de la solicitud, todos los textos normativos – tratados internacionales aprobados por el Congreso de la República y ratificados por el Gobierno Nacional – orientados a fijar los derechos de extranjeros en Colombia en materia de seguridad social. Debe precisar el Ministerio la forma como estos Convenios se han ejecutado en los últimos años.

Cuarto.- Por Secretaría General, OFICIAR al Departamento Administrativo Nacional de Estadísticas (DANE) a fin que remita a esta Corporación, en el término de diez (10) días hábiles contados a partir del recibo de la solicitud, información acerca del número de extranjeros que residen en Colombia, sus condiciones de vida, su impacto en el sector laboral y en el sistema de seguridad social. OFICIAR a la Subdirección Nacional de Extranjería con el

propósito de que, en el término de diez (10) días hábiles contados a partir del recibo de la solicitud, informe sobre el número de extranjeros registrados con visa de trabajo en Colombia.

En respuesta a los requerimientos del Despacho, el Departamento Administrativo de Seguridad DAS informó que “de corte 29 de marzo de 2007 se encuentran registrados con cédula de extranjería un total de 11.645 extranjeros como titulares de visa temporal trabajador”.

Por otra parte, la Cancillería informó en relación con los tratados internacionales en materia de seguridad social suscritos en beneficio de colombianos y extranjeros, lo siguiente:

“1. Acuerdo de seguridad social celebrado entre Colombia y Chile se encuentra surtiendo el trámite de aprobación interna en el Congreso de la República (aprobación mediante ley).

1. Acuerdo sobre seguridad social con Uruguay se encuentra vigente, fue aprobado por ley 826 de 2003 declarado exequible mediante la sentencia C- 279 de 2004 y en vigor desde septiembre de 2005, este Acuerdo no se ha implementado operativamente por parte de las instituciones competentes de cada Estado”.

El Departamento Administrativo Nacional de Estadísticas DANE remitió los siguientes datos en relación con los extranjeros residentes en Colombia:

“según los datos del censo general 2005, del total de población censada en hogares particulares y lugares especiales de alojamiento, 41.468.384 habitantes residentes en Colombia, 109.980 personas declararon haber nacido en otro país.

* El 51,7% son hombres y el 48,3% son mujeres.

* El 89,6% reside en el área urbana (cabecera) y el 10,4% en la zona rural.

* El 63,5% llegaron entre 1991 y 2005.

* El 36,5% llegaron en 1990 o antes.

* El 6,3% tienen nivel educativo superior (maestría, especialización, doctorado).

* El 26,9% alcanzaron nivel educativo superior (profesional, técnica profesional, tecnológica).

* Con respecto a las actividades realizadas la semana anterior al censo, de la población de 5 años y más, el 29,5% estudió, el 12,2 realizó oficios del hogar, el 0,9% estaba incapacitado permanente para trabajar, el 4,3% vivió de jubilación o renta y el 10,9% estuvo en otra situación.

* El 38,8% trabajaron y el 2,1% buscaron trabajo durante la semana anterior al censo.”

VII. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Competencia

La Corte Constitucional es competente para conocer de la presente demanda en virtud del artículo 241 numeral 4 de la Carta.

2. Problemas jurídicos planteados a la Corte Constitucional.

Las ciudadanas Luz Enith Álvarez Waltero y Yully Damaris Bohórquez Pulido demandaron la inexequibilidad de la expresión “los colombianos” del artículo 1 de la Ley 789 de 2002, por considerar que viola los artículos 13, 25 y 48 constitucionales.

En relación con la vulneración al derecho a la igualdad estiman las demandantes que la expresión “de los colombianos” del artículo primero inciso 3 de la ley 789 del 2002 establece una discriminación entre las personas en razón de su origen, excluyendo a los extranjeros del disfrute del derecho a la seguridad social.

Aseguran igualmente que la expresión demandada vulnera el artículo 25 constitucional, por cuanto el Estado debe velar por la protección del derecho al trabajo de todos los habitantes del territorio nacional, en tanto que la disposición acusada desconoce la protección del derecho al trabajo, por cuanto consagra una discriminación surgida por el origen nacional, ya que al referirse a “los colombianos” está dejando por fuera aquellos trabajadores extranjeros que realizan la actividad en nuestro territorio”.

Por otra parte, en relación con el artículo 48 Superior consideran las demandantes que también se encuentra vulnerado por la expresión acusada, ya que desconoce que la seguridad social es un servicio público de carácter obligatorio, que se garantiza a todos los habitantes del territorio nacional el acceso a la misma, incluyendo por supuesto a los extranjeros que se encuentran en Colombia.

Algunos intervinientes coadyuvan la demanda de inconstitucionalidad por estimar que efectivamente la expresión acusada vulnera los artículos 13, 25 y 48 constitucionales. La Defensoría del Pueblo, por su parte, estima que la Corte debería emitir una sentencia de constitucionalidad condicionada, en el sentido de entender que el Sistema de Protección Social se extiende igualmente a los extranjeros que habiten en el territorio nacional; en tanto que la Vista Fiscal solicita la Corte declarar exequible la expresión “los colombianos” del artículo 1º, incisos 1 y 3 de la Ley 789 de 2002, bajo el entendido que ninguna autoridad puede, so pretexto de beneficiar a los nacionales y amparándose exclusivamente en el origen de la persona, desconocer los derechos fundamentales de los extranjeros que transiten o habiten en el territorio nacional.

En este orden de ideas, le corresponde a la Corte establecer si el legislador incurrió en un caso de inconstitucionalidad por omisión relativa debido al desconocimiento de los derechos a la igualdad, el trabajo y la seguridad social, debido a que estableció que (i) el sistema de protección social se encamina a disminuir la vulnerabilidad y mejorar la calidad de vida de los colombianos más desprotegidos, excluyendo de esta forma a los extranjeros que residen en Colombia; y (ii) en materia de salud, los programas estarían enfocados igualmente a permitir

que los colombianos puedan acceder en condiciones de calidad y oportunidad a los servicios básicos, excluyendo asimismo de tal protección a los extranjeros residentes en Colombia.

Para tales efectos, la Corte (i) examinará el contenido y el alcance de los derechos fundamentales de los extranjeros en Colombia; y (ii) interpretará la norma legal acusada; y (iii) resolverá el caso concreto.

3. Asunto procesal previo: ausencia de cosa juzgada constitucional.

La Corte en sentencias C- 658 de 2003 y C- 038 de 2004 se pronunció en relación con la constitucionalidad del artículo 1º de la Ley 789 de 2002, motivo por el cual es necesario examinar la operancia del principio de la cosa juzgada constitucional.

Al respecto, cabe señalar que en la sentencia C- 658 de 2003 esta Corporación se limitó a examinar la totalidad de la Ley 789 de 2002 por la ocurrencia de supuestos vicios de procedimiento en su formación, habiendo declarado la exequibilidad de aquélla "en cuanto no se vulneraron los términos establecidos en el artículo 160 de la Constitución." Tratándose en este caso de un asunto material, no se predica la ocurrencia del fenómeno de la cosa juzgada constitucional.

Ahora bien, en relación con el artículo 1º de la Ley 789 de 2002, la Corte examinó in extenso los cargos planteados por el demandante, los cuales no guardaban relación alguna con el derecho a la seguridad social de los extranjeros en Colombia. En palabras de esta Corporación:

"El segundo problema bajo revisión: el artículo 1º y la posible distorsión del sistema de seguridad social.

53- El actor cuestiona el artículo 1º, pues considera que éste incorpora una definición de un sistema de protección social, que desconoce el sistema de seguridad social establecido por el artículo 48 de la Carta y desarrollado por la Ley 100 de 1993. Además, según su parecer, la creación del Fondo de Protección Social es inconstitucional pues permite el desvío de los recursos de la seguridad social a fines distintos y el traslado de recursos de las entidades territoriales a la Nación. Por el contrario, los intervinientes y la Vista Fiscal consideran que la creación del sistema de protección social y del Fondo de protección social son desarrollos legítimos de la libertad de configuración del Congreso en este campo, y que esta norma no permite desvíos de recursos de la seguridad social ni autoriza traslados indebidos de recursos de las entidades territoriales a la Nación.

Como se puede ver, la demanda contra el artículo 1º plantea básicamente tres problemas constitucionales: (i) si esa norma, al definir el sistema de protección social, desconoce el diseño constitucional de la seguridad social; (ii) si esa disposición permite un inconstitucional desvío de los recursos de la seguridad social, que viole el mandato del artículo 48 de la Carta, según el cual, no se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la Seguridad Social para fines diferentes a ella; y (iii) finalmente, si esa disposición autoriza un traslado a la Nación de los recursos de las entidades territoriales, que viole la prohibición constitucional establecida por el artículo 362 superior. Para responder a esos interrogantes, la Corte comenzará por recordar brevemente los alcances de la libertad del legislador en la

configuración de la seguridad social.

54- La seguridad social constituye no sólo un servicio público obligatorio sino también un derecho irrenunciable de toda persona, que puede ser prestado directamente por el Estado o por intermedio de los particulares, con sujeción a los principios de universalidad, solidaridad y eficiencia, siempre bajo la dirección, coordinación y control del Estado (CP. arts 48, 49 y 365). Teniendo en cuenta su naturaleza de derecho prestacional, la Constitución no optó por un único modelo en esta materia sino que confió al Legislador la tarea de configurar su diseño, por ser éste el foro de discusión política y democrática por excelencia donde deben ser analizadas reposadamente las diferentes alternativas a la luz de las condiciones económicas, los esquemas institucionales y las necesidades insatisfechas (entre otros factores), teniendo siempre como norte su realización progresiva en cuanto a calidad y cobertura se refiere. Así, por ejemplo, la Carta no establece un sistema de salud y seguridad social estrictamente público ni prefiere uno de carácter privado, sino que deja a la ley la regulación de ese punto.

Reiteradamente ha explicado la jurisprudencia que el Legislador tiene un rol primordial en materia de derechos prestacionales como la vivienda, la salud o la educación1. Una simple lectura de los artículos 48, 49 y 365 de la Carta demuestra que corresponde a la ley determinar los elementos estructurales del sistema de seguridad social, tales como (i) concretar los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, (ii) regular el servicio, (iii) autorizar o no su prestación por particulares, (iv) fijar las competencias de la Nación y las entidades territoriales, (v) determinar el monto de los aportes y, (vi) señalar los componentes de la atención básica que será obligatoria y gratuita, entre otros.

Sin embargo, lo anterior no significa que la decisión legislativa sea completamente libre, ni que la reglamentación adoptada esté ajena al control constitucional, pues es obvio que existen límites, tanto de carácter formal (competencia, procedimiento y forma) como de carácter material (valores y principios en que se funda el Estado Social de Derecho), señalados directamente por el Constituyente y que restringen esa discrecionalidad2. “Por consiguiente, si el Legislador opta, por ejemplo, por una regulación en virtud de la cual las personas pueden escoger entre afiliarse o no a la seguridad social, ese diseño sería inconstitucional por desconocer el carácter irrenunciable de la seguridad social”3. Lo mismo ocurriría si el Estado se desentendiera de las funciones de dirección, coordinación y control a la seguridad social, porque esas fueron precisamente algunas de las tareas expresamente asignadas en la Carta.

55- Conforme a lo anterior, el actor acierta en señalar que un determinado desarrollo legal de la seguridad social puede ser contrario a la Carta, si vulnera los principios y diseños constitucionales de la misma. Sin embargo, la Corte no encuentra que el artículo 1º contenga definiciones, diseños o instrumentos que vulneren específicamente los principios constitucionales de la seguridad social.

56- El argumento según el cual, la definición del sistema de protección social introduce desorden institucional, en la medida en que altera el sistema de seguridad social diseñado por la Ley 100 de 1993, no es convincente, pues una ley nueva puede modificar, derogar o complementar desarrollos previos en materia de seguridad social. No corresponde a esta

Corte determinar en esta sentencia hasta qué punto la creación del sistema de protección social implica o no la derogación de ciertos aspectos del sistema de seguridad social diseñado por la Ley 100 de 1993, pues no es función de esta Corporación indicar las condiciones de vigencia de las disposiciones legales. Basta señalar que el hecho de que el artículo 1º de la Ley 789 de 2002 haya eventualmente modificado la Ley 100 de 1993 no representa un cargo de constitucionalidad que pueda prosperar, pues el Legislador mantiene su libertad de configuración en este campo. El cargo es entonces rechazado.

57- El único punto en que el actor realmente ataca un aspecto del diseño del artículo 1º de la Ley 789 de 2002 es el relativo al principio de socialización de los riesgos derivados de los cambios económicos y sociales, establecido en el inciso cuarto. Según el demandante, ese principio pretende que los trabajadores asuman los riesgos del sistema, lo cual deja abierta la posibilidad para que el empleador y el Estado determinen cuáles son los riesgos que debe asumir el trabajador, lo cual lo perjudica, porque tiene que eventualmente ceder sus garantías laborales para el beneficio de la economía nacional.

58- El análisis anterior es suficiente para desestimar el cargo relativo a la supuesta desfiguración del sistema de seguridad social, por lo que la Corte entra a analizar los ataques contra la creación del Fondo de Protección Social.

El actor acierta en señalar que los recursos de la seguridad social no pueden ser destinados a otros fines (CP art. 48). Por ello esta Corte ha declarado la inconstitucionalidad de aquellas regulaciones legales que permiten el desvío de esos recursos a otras actividades4. Sin embargo, la Corte no encuentra que la regulación general del Fondo de Protección Social permita el desvío de recursos de la seguridad social, por la sencilla razón de que en ninguna parte del artículo acusado aparece que los dineros que alimentan ese fondo provengan de la seguridad social. En efecto, ese fondo es alimentado por (i) los aportes que se asignen del Presupuesto Nacional, (ii) los recursos que aporten las entidades territoriales para Planes, Programas y Proyectos de protección social, (iii) las donaciones que reciba, (iv) los rendimientos financieros generados por la inversión de los anteriores recursos, (v) los rendimientos financieros de sus excedentes de liquidez y, (vi) en general, todos los demás recursos que reciba a cualquier título. Ahora bien, con excepción de los recursos aportados por las entidades territoriales, cuya constitucionalidad será examinada específicamente en el siguiente fundamento de esta sentencia, ninguno de los otros recursos tiene por qué provenir de la seguridad social, por lo que el cargo de desvío de esos dineros carece de sustento.

59- Entra la Corte a examinar los problemas planteados por los recursos aportados al fondo por las entidades territoriales. Esa fuente de recursos al fondo plantea varios problemas constitucionales, especialmente porque la propia ley no determina ni el monto ni las características de esos recursos. En efecto, a pesar de que esa ley es la que crea el Fondo de Protección Social, la Corte no encontró en la misma ninguna norma que definiera con claridad el origen, monto y características de los recursos que las entidades territoriales aportan a ese fondo. Por consiguiente, debido a ese vacío, podría entenderse que corresponde al Gobierno definir esos temas, en virtud de lo señalado en el parágrafo del artículo atacado, que señala que el “Gobierno Nacional reglamentará el funcionamiento y la destinación de los recursos del Fondo de Protección Social”. Ahora bien, en principio no es inconstitucional que se prevea, dentro de ciertos límites, que las entidades territoriales hagan aportes a un fondo

nacional destinado a la protección social, puesto que ese mecanismo puede ser entendido como una forma de racionalización del uso de esos recursos, que permite además compensar ciertos desequilibrios regionales. Sin embargo, es necesario que la ley defina los montos y características de esos recursos, por lo que la aplicación efectiva del literal 2º de este artículo queda condicionada a la existencia de una ley complementaria que defina esos aspectos, que tienen reserva legal.

60- Por último procede la Corte a analizar el problema de la destinación de estos recursos del fondo. Ahora bien, esta Corporación encuentra que la ley no define con claridad dicha destinación sino que atribuye una competencia para tal efecto al Gobierno. Así, el inciso quinto atribuye al Gobierno la facultad de definir los programas financiados pues señala que la finalidad del fondo será la financiación "de programas sociales que el Gobierno Nacional defina como prioritarios". Por su parte, el parágrafo de ese mismo artículo reitera que el Gobierno reglamentará la destinación de los recursos del Fondo Nacional de Protección Social. Ahora bien, la Corte considera que la destinación de esos recursos no puede quedar abierta a la discreción gubernamental, pues existe reserva legal en materia del decreto y orientación del gasto público. En efecto, la Carta establece que los gastos deben estar incorporados en el presupuesto (CP art. 345), y a su vez, las partidas incorporadas en la ley de apropiaciones deben corresponder a un gasto decretado conforme a ley anterior, o a uno propuesto por el Gobierno para atender debidamente el funcionamiento de las ramas del poder público, o al servicio de la deuda, o destinado a dar cumplimiento al Plan Nacional de Desarrollo (CP art. 346). Por consiguiente, no puede el artículo acusado conferir al Gobierno la facultad de definir los programas a ser financiados con los recursos del fondo, pues dicha determinación es del resorte de la ley, por lo que resulta ineludible declarar la inexequibilidad del parágrafo de esta disposición y de la expresión "que el Gobierno Nacional defina como prioritarios". Por esa misma razón, resulta necesario precisar que los programas sociales que podrían ser financiados por ese fondo deben corresponder al Plan Nacional de Desarrollo o a leyes preexistentes, y el gasto debe haber sido incorporado previamente en el correspondiente presupuesto, tal y como lo ordenan los artículos 345 y 346 de la Carta.

En consecuencia, la Corte resolvió lo siguiente:

"Quinto. Declarar EXEQUIBLE el artículo 1º de la Ley 789 de 2002, por los cargos estudiados, en el entendido de que los programas sociales deben corresponder al Plan Nacional de Desarrollo o a leyes preexistentes, y el gasto se haya incorporado previamente en el correspondiente presupuesto; salvo las expresiones "que el Gobierno Nacional defina como prioritarios" y el parágrafo que se declaran INEXEQUIBLES.

Adviértase entonces que la Corte no se ha pronunciado en relación con las restricciones que por nacionalidad consagra el artículo 1º de la Ley 789 de 2002, motivo por el cual no ha operado el fenómeno de la cosa juzgada constitucional.

4. Los derechos fundamentales de los extranjeros en Colombia.

El catálogo de derechos fundamentales de los extranjeros en Colombia deriva de diversas fuentes: la Constitución, los tratados internacionales sobre derechos humanos y los tratados multilaterales y bilaterales que sobre la materia haya ratificado el Estado colombiano.

La Constitución de 1991 se refiere a los extranjeros en diversas disposiciones. Así, en su artículo 4º dispone que “Es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades”; el artículo 40 dispone que le corresponde al legislador reglamentar en qué casos los colombianos, por nacimiento o por adopción que tengan doble nacionalidad, no podrán acceder al desempeño de funciones y cargos públicos. De igual manera, en materia de nacionalidad, la Carta Política, en su artículo 96, establece que serán colombianos por adopción aquellos extranjeros que “soliciten y obtengan carta de naturalización, de acuerdo con la ley, la cual establecerá los casos en los cuales se pierde la nacionalidad colombiana por adopción” al igual que “Los Latinoamericanos y del Caribe por nacimiento domiciliados en Colombia, que con autorización del Gobierno y de acuerdo con la ley y el principio de reciprocidad, pidan ser inscritos como colombianos ante la municipalidad donde se establecieren”.

Más allá de las anteriores disposiciones puntuales, el Capítulo III de la Constitución está consagrado a los derechos de los extranjeros, en los siguientes términos:

CAPITULO III.

DE LOS EXTRANJEROS

ARTICULO 100. Los extranjeros disfrutarán en Colombia de los mismos derechos civiles que se conceden a los colombianos. No obstante, la ley podrá, por razones de orden público, subordinar a condiciones especiales o negar el ejercicio de determinados derechos civiles a los extranjeros.

Así mismo, los extranjeros gozarán, en el territorio de la República, de las garantías concedidas a los nacionales, salvo las limitaciones que establezcan la Constitución o la ley.

Los derechos políticos se reservan a los nacionales, pero la ley podrá conceder a los extranjeros residentes en Colombia el derecho al voto en las elecciones y consultas populares de carácter municipal o distrital.

De igual manera, determinadas cláusulas constitucionales se refieren, de una u otra forma, a los derechos de los extranjeros en Colombia. Así, el artículo 13 Superior consagra el derecho a la igualdad en el sentido de que “Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica”; el artículo 36 constitucional establece el derecho de asilo “en los términos previstos en la ley”; el artículo 48 Superior dispone que “Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la Seguridad Social”; el artículo 49 de la Carta Política dispone, a su vez, que “La ley señalará los términos en los cuales la atención básica para todos los habitantes será gratuita y obligatoria”.

A su vez, en numerosas oportunidades5, la Corte Constitucional se ha pronunciado en relación con los contenidos y alcances de estos derechos fundamentales de los cuales son titulares los extranjeros en Colombia.

En tal sentido, esta Corporación ha considerado que (i) cualquier persona, sea colombiana o extranjera, puede instaurar una acción de tutela, por cuanto “Los sujetos de la protección no lo son por virtud del vínculo político que exista con el Estado colombiano sino por ser personas”6; (ii) si la medida de expulsión del territorio opera durante los estados de normalidad, con mayor razón puede el legislador de excepción proceder a decretarla, cuando sean los extranjeros quienes estén perturbando el orden público, pues está encaminada precisamente a restablecer el orden alterado y evitar la extensión de sus efectos7; (iii) en ningún caso el legislador esta habilitado para desconocer la vigencia y el alcance de los derechos fundamentales garantizados en la Carta Política y en los tratados internacionales en el caso de los extranjeros, así aquéllos se encuentren en condiciones de permanencia irregular en el país8; (iv) bajo la vigencia de la nueva Constitución es claro que las autoridades colombianas no pueden desatender el deber de garantizar la vigencia y el respeto de los derechos constitucionales de los extranjeros y de sus hijos menores9; (v) la Constitución o la Ley pueden establecer limitaciones con respecto a los extranjeros para los efectos de su permanencia o residencia en el territorio nacional10; (vi) cuando es la propia Constitución la que de manera expresa señala las condiciones para acceder a ciertos cargos públicos, no puede la ley adicionarle requisito o condición alguna…así entonces, si para ser Presidente o Vicepresidente de la República, Senador de la República, Magistrado de las Altas Corporaciones de justicia, Fiscal General de la Nación, Magistrado del Consejo Superior de la Judicatura, miembro del Consejo Nacional Electoral, Registrador Nacional del Estado Civil, Contralor General de la República, Contralor Distrital y Municipal y Procurador General de la Nación, la Carta Política sólo exige la condición de ser colombiano por nacimiento, no le es dable a la ley inhabilitar al natural colombiano por el hecho de que éste tenga otra nacionalidad11; (vii) la ley no puede restringir, en razón de la nacionalidad los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución y en los tratados y convenios internacionales sobre derechos humanos, dado que ellos son inherentes a la persona y tienen un carácter universal12; (viii) el mismo artículo 100 de la Constitución atenúa la fuerza de la expresión “origen nacional” contenida en el artículo 13, cuando ella se aplica a las situaciones en que estén involucrados los extranjeros13; (ix) no en todos los casos el derecho de igualdad opera de la misma manera y con similar arraigo para los nacionales y los extranjeros…ello implica que cuando las autoridades debatan acerca del tratamiento que se debe brindar a los extranjeros en una situación particular, para el efecto de preservar el derecho de igualdad, habrán de determinar en primera instancia cuál es el ámbito en el que se establece la regulación, con el objeto de esclarecer si éste permite realizar diferenciaciones entre los extranjeros y los nacionales…por lo tanto, la intensidad del examen de igualdad sobre casos en los que estén comprometidos los derechos de los extranjeros dependerá del tipo de derecho y de la situación concreta por analizar14; (x) el derecho fundamental de asociación sindical se reconoce como derecho humano, universal, a todas las personas que tengan la condición de trabajadores para que puedan agruparse en organizaciones que representen los intereses que son comunes a todas ellas en el ámbito laboral, nada interesa, por consiguiente, el origen nacional de las personas para que puedan gozar del referido derecho, pues lo relevante es que se trate de trabajadores15; (xi) en materia de derechos de los extranjeros en Colombia, no hay un derecho de origen constitucional a recibir un trato preferencial en el campo tributario, a no pagar un impuesto o a deducir de su cuantía determinado monto o porcentaje16; (xii) el reconocimiento de los derechos de los extranjeros no implica que en nuestro ordenamiento esté proscrita la posibilidad de desarrollar un

tratamiento diferenciado en relación con los nacionales17; (xiii) la sola existencia de un tratamiento legal diferenciado entre los trabajadores nacionales y los trabajadores extranjeros no tiene por qué reputarse inconstitucional pues la Carta Política, recogiendo el contenido que hoy se le imprime a la igualdad como valor superior, como principio y como derecho, ha contemplado la posibilidad de que se configure un tratamiento diferenciado… lo importante es, entonces, determinar si ese tratamiento diferenciado es legítimo o si está proscrito por el Texto Fundamental18; (xiv) la aplicación de un tratamiento diferente debe estar justificado por situaciones de hecho diferentes, una finalidad objetiva y razonable y una proporcionalidad entre el tratamiento y la finalidad perseguida19; (xv) la reserva de titularidad de los derechos políticos para los nacionales tiene su fundamento en el hecho de que por razones de soberanía es necesario limitar su ejercicio, situación que está en concordancia con el artículo 9° de la Carta, que prescribe que las relaciones exteriores del Estado colombiano deben cimentarse en la soberanía nacional20; (xvi) cuando el legislador establezca un trato diferente entre el extranjero y el nacional, será preciso examinar si el objeto regulado permite realizar tales distinciones, la clase de derecho que se encuentre comprometido, el carácter objetivo y razonable de la medida, la no afectación de derechos fundamentales, la no violación de normas internacionales y las particularidades del caso concreto21; y (xvii) el legislador no está impedido para instituir un determinado trato diferencial entre nacionales y extranjeros, si existen razones constitucionales legítimas que así lo justifiquen22.

Más allá de la Constitución, los tratados internacionales sobre derechos humanos consagran derechos a los extranjeros en Colombia. Así, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su artículo 1 dispone lo siguiente:

Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos

Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social (negrillas agregadas).

En igual sentido, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 2.1 establece lo siguiente:

Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. (negrillas agregadas).

En materia de derechos económicos, sociales y culturales, de igual manera, los tratados internacionales consagran la obligación de no discriminar por el origen nacional.23 En tal sentido, el Protocolo de San Salvador, el cual fue declarado exequible por la Corte en sentencia C- 251 de 1997, consagra el derecho a la seguridad social, en los siguientes términos:

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.

2. Cuando se trate de personas que se encuentran trabajando, el derecho a la seguridad social cubrirá al menos la atención médica y el subsidio o jubilación en casos de accidentes de trabajo o de enfermedad profesional y, cuando se trate de mujeres, licencia retribuida por maternidad antes y después del parto. (negrillas agregadas).

De igual manera, la Convención de Derechos del Niño, en su artículo 2 establece lo siguiente.

"Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales. (negrillas agregadas).

Ahora bien, a propósito de los derechos fundamentales de los trabajadores extranjeros que se encuentren en situación irregular en un Estado, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su opinión consultiva núm. 18 del 17 de septiembre de 2003, en el asunto de "la condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados", consideró lo siguiente:

"la calidad migratoria de una persona no puede constituir una justificación para privarla del goce y ejercicio de sus derechos humanos, entre ellos los de carácter laboral. El migrante, al asumir una relación de trabajo, adquiere derechos por ser trabajador, que deben ser reconocidos y garantizados, independientemente de su situación regular o irregular en el Estado de empleo. Estos derechos son consecuencia de la relación laboral.

Aunado a lo anterior, la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, aprobada mediante Ley 146 de 1994 y declarada exequible por la Corte en sentencia C- 106 de 1995, establece dos disposiciones de la mayor importancia en materia de seguridad social de los trabajadores extranjeros en Colombia:

Artículo 27

1. Los trabajadores migratorios y sus familiares gozarán en el Estado de empleo, con respecto a la seguridad social, del mismo trato que los nacionales en la medida en que cumplan los requisitos previstos en la legislación aplicable de ese Estado o en los tratados bilaterales y multilaterales aplicables. Las autoridades competentes del Estado de origen y del Estado de empleo podrán tomar en cualquier momento las disposiciones necesarias para determinar las modalidades de aplicación de esta norma.

(…)

Artículo 28

Los trabajadores migratorios y sus familiares tendrán derecho a recibir cualquier tipo de atención médica urgente que resulte necesaria para preservar su vida o para evitar daños irreparables a su salud en condiciones de igualdad de trato con los nacionales del Estado de que se trate. Esa atención médica de urgencia no podrá negarse por motivos de irregularidad en lo que respecta a la permanencia o al empleo. (negrillas agregadas).

De igual manera, el Estado colombiano es parte del Código Iberoamericano de Seguridad Social de 1995, aprobado mediante Ley 516 de 1999 y declarado exequible por la Corte en sentencia C- 125 de 2000, el cual reconoce la seguridad social "como un derecho inalienable del ser humano", asumiendo los Estados un compromiso de progresividad en la materia.

Así mismo, los derechos de los extranjeros en materia de seguridad social se encuentran consagrados en tratados bilaterales suscritos por el Estado colombiano de los cuales, de conformidad con certificación expedida por el Ministerio de Relaciones Exteriores, se encuentra vigente por el momento únicamente el "Acuerdo sobre seguridad social con Uruguay", aprobado por ley 826 de 2003 y declarado exequible mediante la sentencia C- 279 de 2004.

En relación con el mencionado Acuerdo sobre Seguridad Social suscrito con Uruguay, la Corte en sentencia C- 279 de 2004 consideró que aquél se ajustaba a la Constitución, en los siguientes términos:

"Por otro lado, la Corte encuentra que de manera particular se cumple el mandato de optimización señalado en el artículo 13 de la Constitución cuando, independientemente de la proveniencia del trabajador –en virtud de la cual venía siendo cobijada por determinado régimen de seguridad social- se le reconoce un tratamiento igualitario en materia de seguridad social pensiones por parte del Estado receptor. Paralelamente, teniendo en cuenta la discriminación que puede acarrear el hecho de migrar de un país a otro para obtener empleo, se ve reforzado lo dispuesto en el artículo en mención con respecto a la promoción estatal de las condiciones para que la igualdad sea real.

Esta Corporación juzga que, en virtud de las facilidades otorgadas por el Acuerdo para la movilización de los habitantes de Colombia a Uruguay y viceversa, toda vez que este hecho no genera una desprotección en materia de seguridad social en pensiones, el presente Acuerdo desarrolla la libertad de locomoción, derecho fundamental consagrado en el artículo 24.

El anterior listado debe ser complementado con aquellos instrumentos internacionales a los cuales aludió la Corte en sentencia C- 279 de 2004, en particular, los siguientes:

"a. Protocolo sustitutorio del Convenio Simón Rodríguez de 1991

b. Convenio Iberoamericano de Seguridad Social de Quito (OISS), Ecuador, 1978 -el cual fue ratificado por Colombia el 23 de noviembre de 1981 y pretende ser desarrollado por el Acuerdo en estudio, según sus considerandos.

a. Declaración Iberoamericana de Seguridad Social de Buenos Aires, de 1972

En suma, son numerosas y concordantes las normas constitucionales e internacionales en cuanto al carácter de derecho fundamental que presenta la seguridad social, y en consecuencia, la prohibición absoluta de la discriminación debido al origen nacional. De igual manera, los instrumentos internacionales estipulan el compromiso de los Estados en respetar el principio de progresividad en lo atinente a la seguridad social. Con todo, en cualquier caso, deberá darse aplicación al principio pro homine, en el sentido de acoger la interpretación más favorable, sea interna o internacional, existente en la materia.

5. Interpretación de la expresión legal acusada.

El artículo 1º 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 del Trabajo", define el sistema de protección social como un conjunto de políticas públicas orientadas a disminuir la vulnerabilidad y a mejorar la calidad de vida de los colombianos, especialmente de los más desprotegidos, para obtener como mínimo los derechos a la salud, la pensión y al trabajo. A renglón seguido indica que el objeto fundamental, en el área de pensiones, es un crear un sistema viable que garantice unos ingresos aceptables a los presentes y futuros pensionados, en tanto que en materia de salud, los programas están enfocados a permitir que los colombianos puedan acceder, en condiciones de calidad y oportunidad, a los servicios básicos.

Ahora bien, a lo largo de su articulado, la Ley 789 de 2002 regula diversos y variados temas tales como (i) el régimen de subsidio al empleo; (ii) el régimen de subsidio familiar en dinero; (iii) los recursos para el fomento del empleo y la protección contra el desempleo; (iv) los subsidios para los desempleados pagados a través de las Cajas de Compensación Familiar; (v) el régimen especial de aportes para la promoción del empleo; (vi) el régimen de organización y funcionamiento de las Cajas de Compensación Familiar; (vii) las funciones de la Superintendencia del Subsidio Familiar; (viii) al igual que normas referentes a temas propios de las relaciones laborales, tales como el pago del trabajo nocturno, dominical y festivo; la terminación unilateral del contrato de trabajo; la indemnización por falta de pago; la jornada flexible, entre otros.

En este orden de ideas, el concepto de "protección social" que se maneja en la Ley 789 de 2002 no coincide realmente con aquel de "seguridad social", sin que por ello sea contrario al artículo 48 Superior. Así lo entendió el juez constitucional en sentencia C- 038 de 2004 cuando consideró que "Corte no encuentra que el artículo 1º contenga definiciones, diseños o instrumentos que vulneren específicamente los principios constitucionales de la seguridad social".

En tal sentido, es preciso tener en cuenta que en nuestro ordenamiento constitucional la seguridad social tiene una doble connotación. Por una parte, se trata de un derecho irrenunciable de todas las personas, que adquiere el carácter de fundamental por conexidad, cuando resulten afectados derechos tales como la salud, la vida digna y la integridad física y moral, entre otros; por otra, es un servicio público, de carácter obligatorio, que pueden prestar las entidades públicas o privadas, según lo establezca la ley, bajo la dirección, coordinación y control del Estado y con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y

solidaridad. Por tal razón, la Corte ha sostenido que “El concepto de seguridad social hace referencia al conjunto de medios de protección institucionales frente a los riesgos que atentan contra la capacidad y oportunidad de los individuos y sus familias para generar los ingresos suficientes en orden a una subsistencia digna.”24

Cabe asimismo señalar que, tal y como se consideró en sentencia C- 230 de 1998, estructurar la seguridad social como un servicio público supone, la adopción de un conjunto de medidas por parte del Estado y la sociedad, que proporcionen medios de existencia ante las contingencias negativas en las cuales se puedan ver envueltas las actividades laborales o las condiciones físicas o de salud de las personas, como ocurre con “la enfermedad, el desempleo, los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales, las cargas de familia, la vejez, la invalidez y el fallecimiento del sostén de la familia.”.25

Así mismo, en relación con el sentido y alcance de la noción de seguridad social en la Constitución, esta Corporación en sentencia C- 125 de 2000, referente a la revisión oficiosa de la ley 516 de 1999, por la cual se aprueba el Código Iberoamericano de Seguridad Social, estimó con que aquélla se busca “no sólo la protección de la persona humana, cualquiera que sea su sexo, raza, edad, condición social, etc., sino también contribuir a su desarrollo y bienestar, con especial énfasis a las personas marginadas y a las de los sectores más vulnerables de la población para que puedan lograr su integración social.”

Por el contrario, la Corte advierte que el concepto de “protección social” que manejó el Congreso de la República en la Ley 789 de 2002 resulta ser distinto de aquel de “seguridad social”, por cuanto, como se analizó, aquél es simplemente un conjunto de políticas públicas orientadas a disminuir la vulnerabilidad y a mejorar la calidad de vida de los colombianos, especialmente de los más desprotegidos, para obtener como mínimo los derechos a la salud, la pensión y al trabajo; por el contrario, la seguridad social es, a su vez, un servicio público, y un derecho irrenunciable de toda persona, que adquiere el carácter de fundamental por conexidad, cuando resulten afectados derechos tales como la salud, la vida digna y la integridad física y moral, entre otros.

6. El legislador no vulneró los derechos a la igualdad, el trabajo y la seguridad social de los extranjeros.

La Corte considera que al mencionar a los colombianos como destinatarios de un sistema de protección social el legislador no discriminó a los extranjeros, ni les vulneró sus derechos al trabajo y a la seguridad social, como pasa a explicarse.

Sin lugar a dudas, los derechos económicos, sociales y culturales tienen un doble contenido. En primer lugar, se componen de un núcleo esencial mínimo, no negociable en el debate democrático, que otorga derechos subjetivos directamente exigibles por vía de tutela. Por otra, existe una zona complementaria, que es definida por el correspondiente órgano político de representación popular, atendiendo a la disponibilidad de recursos económicos y prioridades coyunturales.

En tal sentido, en jurisprudencia constante, la Corte ha sostenido que toda persona, incluyendo por tanto a los extranjeros que se encuentren en Colombia, tienen derecho a un mínimo vital, en tanto que manifestación de su dignidad humana, es decir, un derecho a

recibir una atención mínima por parte del Estado en casos de externa necesidad y urgencia, en aras a atender sus necesidades más elementales y primarias. De tal suerte que, al legislador le está vedado restringir el acceso de los extranjeros a esas prestaciones mínimas, en especial, en materia de salud, garantizadas en diversas cláusulas constitucionales y tratados internacionales sobre derechos humanos que vinculan al Estado colombiano.

En este orden de ideas, la Corte estima que la alusión que el legislador hizo a los colombianos en el artículo 1º de la Ley 789 de 2002 no es discriminatoria, ni tampoco atenta contra los derechos al trabajo y a la seguridad social de los extranjeros, por cuanto (i) el sentido de la expresión "protección social" no es equiparable a aquel de "seguridad social"; (ii) la alusión a los colombianos en el texto del artículo 1º de la Ley 789 de 2002, no se traduce, a lo largo de dicha normatividad, en tratamientos discriminatorios o violatorios del derecho al trabajo o a la seguridad social de los extranjeros, ya que, de manera alguna se dispone que los trabajadores formales extranjeros vinculados a una Caja de Compensación Familiar no puedan ser destinatarios del respectivo subsidio familiar; (iii) la norma legal no constituye una autorización para desconocer el derecho al mínimo vital del cual es titular toda persona, por el sólo hecho de serlo; (iv) la definición que hizo el legislador de la noción de "sistema de protección social", en sí misma, presenta un carácter programático y no de exclusión de derechos subjetivos concretos en detrimento de un determinado grupo social; (v) la disposición acusada no conduce a impedir que los extranjeros que se encuentran en Colombia ingresen y permanezcan vinculados al Sistema General de Seguridad Social, en los términos de la ley; (vi) el legislador, actuando dentro de su margen de configuración normativa, puede extender progresivamente el mencionado sistema de protección social hacia los extranjeros que se encuentren en Colombia, fijando, condiciones de acceso y permanencia en el mismo; y (vii) de igual manera, vía tratados internacionales o multilaterales, el ámbito de aplicación de los derechos económicos, sociales y culturales, cuyos titulares son los extranjeros, puede irse ampliando paulatinamente.

En este orden de ideas, la Corte declarará exequible el artículo 1º de la Ley 789 de 2002, por los cargos analizados.

VIII. DECISION

En mérito de lo expuesto, la Corte Constitucional de la República de Colombia, en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

DECLARAR EXEQUIBLE el artículo 1º de la Ley 789 de 2002, por los cargos analizados.

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

RODRIGO ESCOBAR GIL

Presidente

JAIME ARAUJO RENTERÍA

Magistrado

MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Magistrado

JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

Magistrado

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Magistrado

AUSENTE EN COMISION

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Magistrada

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MOCALEANO

Secretaria General

1 Ver, entre muchas otras, las sentencias C-130 de 2002, C-616 de 2001, C-1489 de 2001, C-542 de 1998 y C-111 de 1997.

3 Corte Constitucional, sentencia C-1489 de 2000.

4 Ver, entre otras, la sentencia C-821 de 2001.

5 Entre otras, ver T- 172 de 1993, T- 380 de 1998, C- 1259 de 2001, C- 339 de 2002, C- 395 de 2002, T- 680 de 2002, C- 523 de 2003, C- 913 de 2003, C- 1058 de 2003, C- 070 de 2004 y C- 238 de 2006.

6 Sentencia T- 172 de 1993.

7 Sentencia C- 179 de 1994.

8 Sentencia T- 215 de 1996.

9 Sentencia T- 215 de 1996.

10 Sentencia T- 321 de 1996.

11 Sentencia C- 151 de 1997.

12 Sentencia C- 385 de 2000.

13 Sentencia C- 768 de 1998.

14 Sentencia C- 768 de 1998.

15 Sentencia C- 385 de 2000.

16 Sentencia C- 485 de 2000.

17 Sentencia C- 1259 de 2001.

18 Sentencia C- 1259 de 2001.

19 Sentencia C- 395 de 2002.

20 Sentencia C-523 de 2003.

21 Sentencia C- 913 de 2003.

22 Sentencia C- 070 de 2004.

23 Art. 3 del Protocolo de San Salvador de 1988.

24 Sentencia T-116/93.

25 Sentencia C-012/94.