

LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA COMO DERECHO CONSTITUCIONAL Y
FUNDAMENTAL PARA LOS TRABAJADORES DISCAPACITADOS

MONICA LILIANA ARTEAGA MONCAYO
SONIA MARIBEL LASSO PAZ
MARIELENA ORDOÑEZ ORDOÑEZ

UNIVERSIDAD DE NARIÑO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS
SAN JUAN DE PASTO
2007

LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA COMO DERECHO CONSTITUCIONAL Y
FUNDAMENTAL PARA LOS TRABAJADORES DISCAPACITADOS

Asesora:
Dra. MONICA HIDALGO OVIEDO

MONICA LILIANA ARTEAGA MONCAYO
SONIA MARIBEL LASSO PAZ
MARIELENA ORDOÑEZ ORDOÑEZ

Trabajo de grado presentado como requisito parcial para optar el título de abogadas.

UNIVERSIDAD DE NARIÑO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS
SAN JUAN DE PASTO
2007

“Las ideas y conclusiones aportadas en la tesis de grado, son responsabilidad exclusiva de sus autoras”

Artículo 1 del Acuerdo No. 321 de octubre 11 de 1966, emanado del Honorable Consejo Directivo de la Universidad de Nariño.

Nota de aceptación:

Firma del jurado

Firma del jurado

San Juan de Pasto, 23 de Enero de 2007.

A Dios por ser la luz que guía y orienta mi vida.

A mi familia por ser participes y forjadores de aquel sueño que hoy se convierte en realidad,
por ser mi apoyo y mi fortaleza; por ser el impulso y la razón de ser de mi vida, de la
consecución de mis metas y del compromiso de ser mejor cada día.

A mis seres queridos que aunque ya no están conmigo contribuyeron siempre en mi
formación y crecimiento personal y hoy compartirían conmigo la satisfacción de este logro.

A mis amigas porque son, fueron y serán cómplices y testigos de la consecución de mis
sueños.

Monica.

Sin duda, al Creador y Gran Maestro, fuente de inspiración fuerza de mis proyectos y razón
de mis logros.

A mis padres por sus enseñanzas, por su sacrificio, entrega y ternura.

A esa parte de mi que ilumina mi vida y la guía por nuevos horizontes.

A mi hermano, por recordarme que cada cosa que realice vale la pena.

Y a ustedes por su amistad incondicional.

Maribel.

A Dios mi compañero y mi guía inseparable.

A mi familia, por creer en mí y por ser el motor que impulsa mis sueños y alienta mis
aspiraciones

Y a ustedes por estar ahí.

Marielena.

A nuestra Alma Mater

AGRADECIMIENTOS

A Usted, Doctora Mónica Hidalgo Oviedo va dirigida toda nuestra gratitud por incentivar y encaminar nuestras perspectivas por senderos de conocimientos fructíferos, por ser la gestora, por su paciencia y dedicación hacia éste proyecto que hoy se convierte en una realidad.

Gracias porque a pesar de las dificultades su compromiso permaneció incólume; por estar allí constantemente y siempre firme a nuestro lado. Por compartir con nosotras sus conocimientos y experiencias que contribuyeron a enriquecer nuestra formación académica y personal.

Gratitud por su sacrificio, perseverancia y tenacidad.

RESUMEN

La discapacidad en materia laboral ha sido asumida a través de los tiempos desde diferentes perspectivas, siendo punto de convergencia entre ellas, la exclusión de este conglomerado.

En los orígenes de la civilización humana, la discapacidad era atribuida a fenómenos sobrenaturales, a medida que la civilización adquirió un mayor grado de complejidad y desarrollo, protegió al discapacitado; con el establecimiento formal de la religión católica se asumieron concepciones humanitaristas, mediante el tratamiento del disminuido en centros especiales; en la edad media se propugno por el tratamiento y ayuda del trabajador discapacitado, conformando gremios y cofradías. En América el trabajador discapacitado (indígena) era protegido, por leyes dictadas por la Corona Española; recibía cuidados de su tribu. La revolución industrial trajo consigo el desarrollo de políticas de prevención de la discapacidad. En el Estado liberal por tanto, la protección al trabajador discapacitado fue preventiva. Por su parte el Estado de bienestar, consideró la atención de la discapacidad, en razón a la asistencia pública. Es el Estado Social de derecho quien establece una protección integral, a favor del trabajador discapacitado, a través de los principios y derechos fundantes que constituyen su razón de existencia.

En este contexto, las diferentes ramas del poder público buscan el desarrollo de tales axiomas, a través de la ejecución de sus competencias.

El poder judicial, por medio de la Corte Constitucional, como Tribunal Constitucional y atendiendo a los requerimientos del Estado Social de Derecho, creo la figura de la estabilidad laboral reforzada a favor del trabajador discapacitado, figura que pretende ampararlo de actos de discriminación en los diferentes momentos de la relación laboral, en razón a su especial condición.

El poder legislativo, ha dictado en aras de la consecución de los principios y derechos constitucionales a favor del trabajador discapacitado, una serie de leyes que prenden integrarlo y protegerlo. Tarea que fue asumida en Colombia desde comienzos del siglo XX.

Adicionalmente el legislativo, ha ratificado una serie de tratados internacionales que amparan al trabajador discapacitado, los cuales hacen parte del bloque de constitucionalidad, por tanto son de aplicación inmediata. Por su parte el poder ejecutivo, ha integrado las disposiciones del ordenamiento jurídico, a su quehacer, proyectando una serie de planes y programas destinados a su inserción social.

ABSTRACT

In low of work, handicap subject has been assumed, through the years, using different perspectives that converge excluding this group of people.

In the origin of human civilization, handicap was attributed, to supernatural phenomenon's. However, when civilization adquired a greater grade of complexity and development, protected the handicap people; with formal establishment of catholic religion humanitarian conceptions were assumed, trough treatment of handicap persons in special centers. At middle age people searched for better treatment and help for handicap workers, conforming trade unions and guilds. In America, handicap worked (native inhabitant) was protected be laws proclaimed be Spanish crown, and were cared by his tribe.

The Industrial Revolution carried the development of politics of handicap prevention. At Liberal State, the protection of handicap worker was preventive. The Welfare State considered the attention of handicap, with the public assistance. Is the Social State which establish an integral protection, in favor of handicap worker, using principles and fundamental rights that constitute its existence reason.

In this context, different branches of public power look for development of that axioms, through ejection of its competences.

Judicial power, with Constitutional Court, as Constitutional Tribunal, and attending to requirements of Social State of law, created the figure of laboral reinforced stability in favor of handicap worker, figure that pretend defend him from discrimination acts, in different moments of laboral relation, on reason of his special condition.

Legislative power, have promulgated to reach principles and constitutional rights of handicap worker, laws that look for integration and protection. This job was assumed in Colombian since the beginning of twenty century.

Additionally, this power have ratified multiple international treaties that protect handicap worker which are part of constitutional block, and they have anear application.

Finally, executive power have integrated the ordinances of juridic order projecting planes and programs destined your social insertion.

CONTENIDO

pág.

INTRODUCCIÓN	16
1. TRATAMIENTO HISTORICO, JURIDICO Y FILOSOFICO DE LA DISCAPACIDAD.	21
1.1 TRATAMIENTO DE LA DISCAPACIDAD EN LAS DIFERENTES ETAPAS HISTORICAS DE LA HUMANIDAD.	21
1.1.1 Tratamiento del discapacitado en América: Caso Colombia.	30
1.2 ¿ UNA COMPRENSIÓN ADECUADA DEL CONCEPTO DISCAPACIDAD?	44
1.3 MARCO JURIDICO	51
1.3.1 Marco jurídico internacional	51
1.3.1.1 Parámetros Reglamentarios en torno a la discapacidad establecidos por la Organización de las Naciones Unidas ONU.	52
1.3.1.2 Parámetros en torno a la discapacidad establecidos por Organismos Hispanoamericanos de carácter local.	61
1.3.2 Marco jurídico nacional	66
1.3.2.1 Leyes que regulan la discapacidad en Colombia.	67
1.3.2.2 Decretos Nacionales que reglan aspectos tendientes al manejo de la discapacidad.	68
1.3.2.3 Resoluciones que reglamentan y Acuerdos que adoptan medidas en torno a la situación de discapacidad.	69
1.4 LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES: PARÁMETROS ORIENTADORES DE LAS RELACIONES JURIDICO LABORALES DE LOS TRABAJADORES DISCAPACITADOS.	76
1.4.1 La Cláusula de Estado Social de Derecho y el Principio de Dignidad Humana.	76
1.4.2 El Principio de Igualdad.	82

1.4.3 El Principio del Trabajo.	85
1.4.4 El Principio de Solidaridad.	87
1.5 SUSTENTO TEORICO DE ACCIONES A FAVOR DEL TRABAJADOR DISCAPACITADO.	90
2. EL DESARROLLO DEL PRINCIPIO DE ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DEL TRABAJADOR DISCAPACITADO EN LAS ALTAS CORTES COLOMBIANAS.	114
2.1 EL JUICIO DE LEGALIDAD DE LA PROTECCIÓN AL DISCAPACITADO: JURISPRUDENCIA SALA LABORAL- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.	114
2.2 EL JUICIO CONSTITUCIONAL Y DE LEGALIDAD DE LA PROTECCIÓN AL TRABAJADOR DISCAPACITADO: JURISPRUDENCIA CONSEJO DE ESTADO.	126
2.3 EL JUICIO CONSTITUCIONAL DE LA PROTECCIÓN AL TRABAJADOR DISCAPACITADO: JURISPRUDENCIA CORTE CONSTITUCIONAL.	137
2.3.1 Sentencias de Constitucionalidad: principal instrumento de protección de la población discapacitada.	140
2.3.2 Acceso al empleo del discapacitado: concreción de un deber estatal.	153
2.3.3 Reubicación y traslado de docentes discapacitados: garantía de su dignidad.	158
2.3.4 Reubicación del trabajador discapacitado: trabajo en condiciones dignas y justas.	173
2.3.5 Insubsistencia limitada por los derechos fundamentales del trabajador discapacitado.	187
2.3.6 Reten Social: reconocimiento del principio de estabilidad laboral reforzada para los discapacitados en el sector público.	196
2.3.7 Reintegro de trabajadores discapacitados por vía de Acción de Tutela.	206
2.3.8 Protección constitucional a la discapacidad derivada del SIDA.	228

3. POLITICA PÚBLICA PARA DISCAPACITADOS EN COLOMBIA.	239
3.1 SITUACIÓN ACTUAL DE LOS DISCAPACITADOS EN COLOMBIA SEGÚN EL DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO NACIONAL DE ESTADÍSTICA.	239
3.2. ACCIONES AFIRMATIVAS PARA DISCAPACITADOS.	244
4. CONSOLIDACIÓN DE LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA COMO DERECHO CONSTITUCIONAL Y FUNDAMENTAL PARA LOS TRABAJADORES DISCAPACITADOS: UNA TESIS A DEFENDER.	262
4.1.¿ES LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA UN DERECHO CONSTITUCIONAL FUNDAMENTAL?	262
4.2 IMPLICACIONES DE LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA COMO DERECHO CONSTITUCIONAL DE DESARROLLO JURISPRUDENCIAL.	268
4.2.1 Corte Constitucional.	268
4.2.1.1 Subreglas frente a la Estabilidad Laboral Reforzada.	268
4.2.1.2 Subreglas sobre la procedencia de la acción de tutela para obtener el reintegro, reinstalación, traslado y reubicación de los trabajadores discapacitados.	273
4.2.1.3 Subreglas frente a la formulación de acciones positivas a favor del discapacitado	274
4.2.2 Corte Suprema de Justicia	276
4.2.2.1 Interpretación Legal de la Corte Suprema de Justicia.	276
4.2.2.2 Interpretación del numeral 15 del artículo 7 del decreto 2351 de 1965.	276
4.2.3 Consejo de Estado.	278
4.3 EL TEST DE RAZONABILIDAD O JUICIO DE PROPORCIONALIDAD AL APLICAR LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA EN EL EMPLEO RESPECTO AL TRABAJADOR DISCAPACITADO.	280

5. CONCLUSIONES	289
BIBLIOGRAFIA	294

LISTA DE CUADROS

pág.

Cuadro 1. Evolución de la reglamentación proferida por la Organización de las Naciones Unidas en torno a la discapacidad.	59
Cuadro 2. Evolución de la reglamentación proferida por los Organismos Hispanoamericanos de carácter local en torno a la Discapacidad.	65
Cuadro 3. Evolución del Ordenamiento Jurídico Colombiano en torno a la regulación de la discapacidad.	72
Cuadro 4. El juicio de legalidad de la protección al trabajador Discapacitado: Jurisprudencia Sala Laboral - Corte Suprema de Justicia.	125
Cuadro 5. El juicio constitucional y de legalidad de la protección al discapacitado: Jurisprudencia Consejo de Estado.	136
Cuadro 6. Sentencias de Constitucionalidad: Principal instrumento de protección a la población discapacitada.	152
Cuadro 7. Acceso al empleo del discapacitado: Concreción de un deber estatal.	157
Cuadro 8. Reubicación y traslado de docentes discapacitados: garantía de su dignidad.	172
Cuadro 9. Reubicación del trabajador discapacitado: trabajo en condiciones dignas y justas.	186
Cuadro 10. Insubsistencia limitada por los derechos fundamentales del trabajador discapacitado.	195
Cuadro 11. Retén Social: Reconocimiento del Principio de estabilidad laboral reforzada para los discapacitados en el sector público.	205
Cuadro 12. Reintegro de trabajadores discapacitados por vía de Acción de Tutela.	227
Cuadro 13. Protección constitucional derivada del SIDA.	237

Cuadro 14. Estadística del Formulario Único de Registro para la Localización y Caracterización de las personas con discapacidad.	242
Cuadro 15. Implementación del Registro Continuo en el año 2006.	243
Cuadro 16. Cuadro comparativo de los componentes de ppd con los programas del conpes 80.	251

INTRODUCCIÓN

La lucha del discapacitado, por ser aceptado, incluido y protegido en el mercado laboral ha sido ardua. Tales esfuerzos se han cristalizado en consagraciones normativas especiales, particularmente en las últimas décadas, tanto a nivel nacional como internacional, gracias a la creciente preocupación de organismos mundiales y locales y al activismo de los discapacitados; es decir, han propendido que desde el ámbito normativo se incida en la praxis social adversa a ellos con el ánimo de insertarse plenamente y sin restricciones en el entramado laboral.

Dicha realidad no podía dejar de convocar la atención del grupo de investigación dirigida del Área de Derecho Laboral, que consideró oportuno convertir tal dinámica en tema de estudio, e inscribirlo ante el Sistema de Investigaciones Socio-jurídicas de la Facultad de Derecho desde el pasado mes de Octubre de 2006.

Las primeras aproximaciones al tema develaron, que históricamente ha sido una constante la marginación creada por parte de la colectividad hacia este sector poblacional en todas las esferas y especialmente en el mundo laboral, bien sea por los estereotipos predominantes en un momento dado de construcción social, en donde las personas que no cumplen determinados requisitos son excluidas de los procesos que se desarrollan en la multiplicidad de relaciones que conforman la vida en comunidad; o bien sea por las secuelas que las posiciones excluyentes, y superadas sólo en ciertos ámbitos, han dejado en el imaginario colectivo de los individuos.

En este contexto resultaba claro, que la discapacidad ha sido considerada desde tiempos remotos aunque con visiones de protección diferentes. Así, con el correr del tiempo y a medida que las civilizaciones propugnaban y perfilaban conceptos de inclusión, pluralidad y diferencia se adoptaron medidas de amparo frente al grupo de los discapacitados; pasando del encierro y aislamiento de estas personas, a concepciones más humanas que patrocinaban su cuidado y restablecimiento.

Fue así como se abrió paso a enfoques basados en las causas, consecuencias y medios de solución para las limitaciones físicas o mentales, confluyendo con postulados que se derivan de la dignidad humana y que equiparan a los discapacitados al resto de la comunidad, a través de mecanismos de diferenciación positiva, determinante al momento de desarrollar y expandir las capacidades y aptitudes de ésta población.

hombre como ser social que para desarrollarse requiere de la interacción, pero sobre todo de la ayuda y cooperación de sus semejantes. Se define como la evolución del principio de fraternidad entre los ciudadanos proclamado por los revolucionarios franceses en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. Se sustenta en valores éticos de la agrupación social contemporánea que ante la desigualdad reinante impone la repartición uniforme y equitativa de cargas y beneficios.

Y el principio de igualdad, expresión de la satisfacción de necesidades según las condiciones reales y concretas, que además, enriquece profundos debates teóricos.

De éste modo, cierra el capítulo 5 la primera parte, con la construcción del argumento que soporta uno de los mecanismos de protección vigente a favor de los discapacitados trabajadores, esto es, la garantía de estabilidad reforzada en el empleo.

Para la cual, el principal apoyo es la doctrina de la diferenciación positiva cuya conveniencia se analiza como alternativa de aplicación de los postulados de trato preferente, reconocimiento de la diferencia y concreción de la igualdad material para los grupos poblacionales vulnerables como los trabajadores con limitaciones físicas, psíquicas o sensoriales.

La segunda parte de la investigación se concatena argumentativamente como una de las formas de acercamiento con la realidad de la población discapacitada y la verificación de las potencialidades u obstáculos que representan las tradiciones, conceptos bien o mal logrados, normas claras o ambiguas.

Es por ello, que se construye una línea jurisprudencial a partir de las decisiones que cada una de las Altas Cortes ha adoptado respecto de la población discapacitada, con el objetivo de absolver el cuestionamiento acerca del nivel de aplicación del principio de estabilidad reforzada en el empleo.

La rama judicial llamada por excelencia a la aplicación del ordenamiento jurídico, permite vislumbrar a través de sus fallos las consecuencias que la discapacidad genera en el ámbito laboral.

De este modo, siguiendo cronológicamente a la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, al Consejo de Estado y a la Corte Constitucional, quedará claro que ésta última Corporación resulta ser la abanderada de las múltiples formas de garantizar la estabilidad en el empleo a un trabajador con limitación, además de posibilitar su ingreso, reubicación o

reintegro en condiciones coherentes con su salud. Obviamente, sin dejar de lado posiciones garantes de los otros tribunales que se han decantado con mayor impulso a partir de la vigencia de la Carta Política de 1991.

La construcción jurisprudencial del principio de estabilidad reforzada y su carácter constitucional, observa las limitaciones lógicas que la praxis absoluta del mismo trae consigo, en el afán de que la diferenciación positiva no se convierta en privilegio o estrategia del trabajador irresponsable.

Esas limitaciones las ejecutan con mayor frecuencia –a veces con acierto y otras no- la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, más por la naturaleza de la función a ellos encomendada: juzgar la aplicación de la ley, que por el interés de ponderar principios supraleales. Tristemente, la jurisdicción del trabajador parece ser la más lejana a sentar criterios progresistas. Por ello, se puede afirmar que la jurisprudencia desarrollada por estos dos entes, en torno a las relaciones laborales de los trabajadores discapacitados, es parca y poco garante de los derechos fundamentales que le asisten a este grupo; creando de esta manera una barrera formal que impide la concreción de la justicia material.

La tercera parte de la investigación, estudia el accionar de la rama ejecutiva a través de las políticas públicas existentes en torno a la discapacidad, su ejecución, proyección y alcance; se analiza los planes cimentados en disposiciones y orientaciones que a nivel mundial han esbozado organismos internacionales como la ONU, y que constituyen verdaderos parámetros en discapacidad, que permiten guiar y concretar las actuaciones positivas que el Estado desarrolla a favor de este grupo de personas. El balance, registro y difusión de estas actuaciones por cuenta del Ministerio de la Protección Social, la DIAN, el SENA, y el Consejo Nacional de Discapacidad, entre otros organismos estatales contribuye a la observación y materialización de la política pública en discapacidad.

En hora buena, y atendiendo a los requerimientos de los movimientos de convergencia y activismo impulsados por los discapacitados, se destaca cómo el gobierno nacional ha incluido a sus comités y representantes, en la formulación y diseño de éstas acciones, propulsadas desde el ente estatal. A su vez la rama legislativa y sus esfuerzos en torno a la discapacidad son apreciados como una contribución a la realización e integración social del disminuido; complementada con la ratificación de tratados internacionales que regulan la discapacidad, y que se convierten en instrumentos protectores. En consecuencia, se postula la acción coordinada de toda la sociedad para que sea posible contribuir en la elevación del nivel de estabilidad en el empleo de la persona discapacitada y con ello, reconocer la condición de personas que muchas veces les es negada.

Finalmente, la cuarta parte, encaminada por las tres primeras, se destina a la defensa de la tesis de la fundamentalidad per se del derecho a la estabilidad laboral reforzada, analizando

su indudable conexidad con derechos fundamentales individuales (igualdad, dignidad humana) y sociales (trabajo, seguridad social). Igualmente se estudia el método de interpretación utilizado por la Corte Constitucional en aras de aplicar un trato diferencial positivo a la parte subordinada - representada por un discapacitado - en las relaciones jurídico laborales. Es decir, se sustenta la necesidad del enfoque como derecho fundamental (individual o social) que debe adoptar el principio de estabilidad laboral reforzada, advirtiendo sus implicaciones y la forma en que ha de ser aplicado (test de razonabilidad).

TRATAMIENTO HISTÓRICO, JURIDICO Y FILOSOFICO DE LA DISCAPACIDAD

No debemos usar el pasado como muletas, sino como peldaños de una escalera.

Jorge Malaspina.

1. TRATAMIENTO HISTÓRICO, JURIDICO Y FILOSOFICO DE LA DISCAPACIDAD

1.1 TRATAMIENTO DE LA DISCAPACIDAD EN LAS DIFERENTES ETAPAS HISTÓRICAS DE LA HUMANIDAD

Conscientes que las concepciones que en determinado momento histórico y contexto existan en una sociedad acerca de las personas con discapacidad, son las que determinan el tratamiento jurídico y político a ellas brindado, es como resulta propósito esencial de este capítulo develar tales imaginarios a la par con las instituciones creadas específicamente en cada época, para demostrar con ello que la exclusión histórica del discapacitado es la que ha permitido consolidar en cada etapa movimientos, organizaciones, leyes e instrumentos para su protección.

Así en un intento por recapitular el tratamiento otorgado a las personas discapacitadas en las diferentes fases de la historia de la humanidad, resulta ser común denominador su satanización, degradación y exclusión. Lo cual se demuestra con las conductas practicadas familiar y socialmente como el alejamiento y encierro en guetos de manera inhumana ó las acciones de tipo caritativo.

Tanto la exclusión como la caridad parten de apreciar a los discapacitados como seres impotentes, inútiles, indeseables, dignos de lástima, lo que según Luís Rodríguez Bausá se traducía, insuperablemente en tomarles como "personas" (en el mejor de los casos) que carecían de las expresiones básicas de la personalidad. Sin embargo, con el correr del tiempo y con la evolución de las culturas dichos individuos han sido amparados por la sociedad y el Estado como personas, constituyéndose las últimas décadas de la humanidad en los períodos más fructíferos y productivos en materia de protección legal, social, cultural y económica hacia esta población.

En la prehistoria, la discapacidad se encuentra ligada al concepto de enfermedad, y en consecuencia, su explicación se sustenta en la superstición o creencias, tales como que los individuos eran atrapados y poseídos por seres sobrenaturales y superiores. Con el correr del tiempo y a medida que las civilizaciones perfeccionaban sus conocimientos, comienza la preocupación por proteger al individuo de la enfermedad y de los accidentes de trabajo.

En Mesopotamia, el código de Hammurabi protegió las labores agrícolas, transportadoras y de construcción y luego con la ley del talión dicha cultura se ocupó de la prevención de accidentes y del pago de indemnizaciones. En Egipto, el faraón brindó especial atención a guerreros, embalsamadores y fabricantes de armas. En Grecia, se protege especialmente a alfareros, carpinteros, zapateros y guerreros, al igual que a los artistas e intelectuales; al estudiar el cuerpo humano los griegos comprenden con mayor precisión la enfermedad, la salud y los accidentes, a tal punto que se describe por primera vez lo que hoy sería una enfermedad ocupacional. En Italia, hacia el año 645 se expedieron los Edictos de Rotary, primera norma que protegió los accidentes de trabajo de los obreros de la construcción.

Sin embargo, es menester tener presente que en algunas sociedades antiguas, era normal el infanticidio cuando se observaban anomalías en los niños y niñas; un ejemplo es el pueblo de Esparta que, por su carácter bélico, no permitía sujetos inválidos.

Tras la aparición de la iglesia cristiana, se condena el infanticidio pero se alienta a atribuirles el origen de cualquier suceso sobrenatural y se les denominan endemoniados o endemoniadas, personas poseídas por el demonio y otros espíritus infernales, sometiéndoles a prácticas exorcistas.

En el imperio romano, se crearon asociaciones particulares de ayuda mutua y solidaridad entre sus integrantes cuyo objetivo fue la protección de insucesos como los accidentes de trabajo, que generaban alguna deficiencia física.

A pesar de ello, en este imperio los "locos" solían servir como entretenimiento para senadores u hombres ricos, costumbre muy difundida hasta bien entrado el siglo XVI.

En la Edad Media, el progreso en cuanto a la salud en el trabajo fue limitado, porque las corporaciones y gremios de aquél tiempo sólo protegían a sus afiliados.

En efecto, en el marco histórico del feudalismo, aparte del siervo de la gleba, coexisten con él los trabajadores por cuenta propia y por cuenta ajena, entre los primeros cabe señalar los artesanos, cuya asociación da origen a la corporación o gremio, que se constituyó en la base fundamental de la organización laboral en la época. "El gremio o corporación se forma mediante la agrupación de trabajadores de una misma actividad artesana y tiene como finalidad la defensa y desarrollo profesional de sus afiliados". Esta institución laboral se había pensado con el objetivo de proteger y socorrer a sus integrantes cuando les sobreviniera algún insuceso en el desempeño de su trabajo. Así, el laboralista Guillermo Figueroa establece que el gremio: "también tiene una proyección de ayuda mutua entre los asociados en casos de infortunio". Aunque no existe claridad, estos "infortunios" pueden representar las calamidades a las que se ve expuesto un trabajador en y con ocasión del desempeño de labores, además de la situación de vejez. De esta manera, se desentraña que en el medioevo existía una preocupación por prevenir, en primera instancia, la condición de incapacidad y discapacidad laboral, y en segundo lugar, por el cubrimiento de dichas contingencias a cargo de un organismo, en este caso los gremios.

Aunque tales preocupaciones hayan sido limitadas y restringidas en su prestación a los miembros de la organización gremial, las mismas son válidas, en el sentido de que, constituyen un avance importante en materia de protección laboral a las personas afectadas por tales acontecimientos. El sistema gremial, sin embargo, va a contrastar con la mirada individualista por la cual el Liberalismo va a propugnar, en la medida que el gremio anula la iniciativa individual y profesional.

En este sentido, la introducción de las doctrinas individualistas liberales predicadas por los pensadores de la época: Adam Smith, Bastiat y Herbert Spencer, entre los más destacados, hacen comprensible que el Estado con su máxima "laissez faire, laissez passer", no tuviera injerencia alguna sobre la regulación de las relaciones laborales, lo que se tradujo en una sobreexplotación de la fuerza laboral induciendo a los trabajadores a la lucha por la reivindicación de unos mínimos derechos.

De este modo, se concibe el trabajo como una mercancía sometida a las leyes de la oferta y la demanda, incrementándose la subordinación de trabajadores y verificándose una ausencia total de intervención y regulación estatal, pues sus postulados se centraban en la absoluta libertad en las relaciones de los particulares. En compensación a esa falencia, la Iglesia va a ser la que impulse la creación de hospitales y centros de beneficencia, obviamente, también en el marco de una ética individualista.

Cabe destacar en este período, algunos intentos por aceptar y mejorar las condiciones en las cuales se encontraban los discapacitados, tales como:

“La pequeña escuela que fundara Pedro Ponce de León para enseñar a leer y escribir a un pequeño grupo de sordos. Dos siglos después se abriría en París la primera escuela oficial para sordos, hecho insólito llevado a buen término por el Abad de L'Épée, y ante el éxito alcanzado, al poco se abriría otra escuela para ciegos, uno de cuyos alumnos sería el genial Braille. Sin duda se trata de ejemplos aislados pero que sirvieron para ir encaminando a las personas discapacitadas hacia un futuro más racional y humano”.

La Revolución Francesa que tuvo como objetivo la glorificación de los derechos individuales de la persona no pudo más que alcanzar su consagración formal, pues al interior de la sociedad la situación era bastante precaria, la desigualdad social iba en considerable aumento y la crisis política y económica no se hizo esperar. Los trabajadores se encontraban en un estado de indigencia, pues siguiendo la dogmática jurídica de libertad individual el Estado no tenía poder de interferir en las relaciones contractuales de los ciudadanos, y por ende, en la regulación de las relaciones laborales. El estado de miseria generalizado que se produjo en esa época dio nacimiento a muchas teorías encaminadas a cambiar los fundamentos jurídicos y económicos. De allí que se afirme que el impacto que tuvo la Revolución Francesa en el campo laboral fuera prominente porque motivó condiciones sociales que hicieron indispensable el surgimiento de una legislación protectora del más débil y porque desarrolló el culto por la dignidad del hombre.

Así, se buscó el replanteamiento de la teoría y la reforma social en el desarrollo de sus principios básicos; liderada por pensadores de raíz socialista entre los que se destacan Rosseau, Babeuf, Mably, Mirabeau, Robespierre, Marat y Diderot.

En Francia, cabe destacar en primera instancia el contenido de la Constitución del 3 de Septiembre de 1791, que propugnó por el suministro de trabajo a los necesitados capaces que no pudieran procurárselo; a la postre, con la Constitución Francesa de la primera República, del 24 de Junio de 1793 se eleva a categoría de “obligación sagrada”, la asistencia pública y se considera que la República tiene el deber de procurar los medios de existencia a aquellas personas imposibilitadas para trabajar, de igual manera, establecía que era su deber brindarles trabajo dentro de los límites de los recursos.

Con la revolución industrial y como consecuencia del maquinismo se incrementaron los accidentes de trabajo, lo que condujo a los empleadores a tomar medidas orientadas a velar por la vida de los trabajadores, fue así como la legislación empezó a desarrollarse en torno a la prevención de los mismos. Países como Inglaterra, Alemania, Rusia e Italia, organizaron entidades gubernamentales encargadas de la seguridad industrial, concibiendo mecanismos para evitar accidentes con motores, poleas y cuchillas. La esencia de estas medidas fue la prevención antes que el resarcimiento a causa de dichos infortunios. La protección de accidentes laborales se inaugura por tanto, con la revolución Industrial. Antes de esto, tales eventualidades eran manejadas como responsabilidad subjetiva empresarial extracontractual o contractual, que la mayoría de veces no desembocaba en una indemnización.

Ante tal situación, y dentro de un clima propicio para la instauración de doctrinas que propugnaran por dicho cometido, corrientes como el socialismo utópico entran a jugar un papel importante después de éstas revoluciones, como señal de protesta ante la injusticia y la explotación a la que se habían visto sometidas las clases trabajadoras durante el régimen capitalista, en tal contexto, teóricos como Saint Simon, Augusto Comte, Roberto Owen, Carlos Fourier, Cabet, Blanqui, Pierre Leroux y Proudhon le asignan al trabajador la tarea de asociarse en colectivo en la búsqueda de reivindicaciones en el ámbito laboral y de igual manera, la ostentación del ejercicio del poder político, toda vez que éste debe ser ejercido por representantes de las actividades económicas.

Estas ideas fueron el antecedente de la doctrina marxista denominada socialismo científico, llamado de este modo, pues su base ideológica se encuentra en las ciencias económicas, sociológicas y en la historia. Fundamentados en la filosofía y dialéctica de Hegel y en el materialismo de Feuerbach, los precursores de ésta corriente: Carlos Marx y Federico Engels influyeron notablemente y de manera decisiva en la implantación de una conciencia activista revolucionaria contra el orden social imperante, en la destrucción de las cadenas de opresión de la clase capitalista por parte de los asalariados como una fuerza política capaz de instaurar un régimen de gobierno sin Estado que reconociera los derechos de la clase trabajadora como motor de la economía de un país. La publicación del “Manifiesto Comunista” arraigó ésta conciencia a través de las tesis de la lucha de clases, el materialismo histórico y la concentración de capitales.

Sin embargo, muchos socialistas no fueron seguidores del marxismo, pues su labor se concretó en revisar los postulados de ésta tendencia y reformarlos, dando lugar a las corrientes del socialismo revolucionario y socialismo reformista que veían en las organizaciones sindicales una potencia capaz de ejercer presión sobre los empleadores y los poderes públicos, la consecución de mejoramiento laboral a favor de los trabajadores.

Aunque tales corrientes difieren unas de otras en su concepción acerca de la metodología, el objetivo es claro: reivindicación de derechos y protección laboral, por ello, la producción doctrinaria desemboca en una firme base ideológica que sostuvo la propuesta de cambio que abanderaron los trabajadores frente a las críticas circunstancias laborales por las que atravesaban, pues sea cual fuere la tendencia se pretendía la instauración de una sociedad basada en las iguales condiciones de vida para los trabajadores, según su trabajo, sus capacidades y sus necesidades, convirtiéndose en un avance histórico fundamental para las relaciones individuales y colectivas del trabajo.

La preocupación porque las recomendaciones de sublevación obrera desencadenaran estragos sociales y una crisis gubernamental, abrió camino para que la doctrina del socialismo de Estado y el intervencionismo estatal hicieran aparición en la escena del campo laboral, propugnando por la reformulación de las instituciones laborales por vía legal, tendiente a solucionar la injusticia social, atendiendo a las conquistas legítimas de los trabajadores, pensadores como Rodbertus, Lasalle, Schomoller, Shaffle y Wagner se inclinaron por considerar que la solidaridad social sustituiría la lucha de clases y que el Estado sería el organismo propulsor del bienestar social a través de la regulación de la relación entre capital y trabajo. “H. Laufemburger manifiesta que el intervencionismo estatal procura asegurar la libertad material, sino de toda la población, por lo menos de ciertos grupos de la sociedad. Agrega que es conservador cuando los poderes públicos aspiran a la protección de ciertas clases contra la pérdida de sus privilegios o disminución del nivel de vida, es reformista cuando extiende los beneficios del progreso social a las personas desamparadas o poco favorecidas por sus condiciones materiales de subsistencia”.

Fruto de ésta corriente se encuentra la creación de la figura del Seguro Social Obligatorio ideado por el canciller alemán Otto Bismarck como reacción a la expansión progresiva del movimiento socialista y obrero que arrastraba tras de sí una estela de ciudadanos inconformes con el régimen imperante de la época. A pesar de que no compartía un ápice de los postulados del sector social-demócrata como medida estratégica asumió la tarea de apropiación de algunos de ellos para desarrollar un respaldo a los derechos sociales que necesitaban urgentemente atención por parte del Estado. Ante la disyuntiva señalada, surgió entonces el modelo de Seguros Sociales Bismarckiano, continental o contributivo que introdujo la protección a las contingencias derivadas de la vejez, la invalidez y la muerte de los trabajadores; entre las medidas protectoras hacia el discapacitado se encuentran: “creación de un seguro para los trabajadores en el caso de accidentes de trabajo y una solución para quienes por edad o invalidez resulten incapacitados para trabajar”.

En Suiza, la Constitución de 1874 otorgó a la Confederación la facultad del establecimiento de medidas uniformes sobre el trabajo de menores, duración de la jornada laboral, trabajo de adultos y protección a los obreros en el ejercicio de industrias insalubres o peligrosas.

A raíz de ésta proclamación siguieron una serie de reformas sociales que buscaban consagrar legislativamente estas intenciones, entre ellas se encuentran la creación de cooperaciones de trabajadores subvencionados por el Gobierno en 1881, una ley de Seguro de enfermedad para trabajadores industriales de 1883, una ley de accidentes de trabajo con cotización a cargo del empleador de 1884, leyes de seguro de invalidez o vejez financiados por una cotización tripartita (Estado, empleador y trabajador) en 1889, la creación del seguro de viudez y orfandad y expedición del Código de Seguros Sociales de 1911.

El sistema de Seguros Sociales Obligatorios a pesar de que tuvo grandes detractores lo que condujo a una falta de respaldo popular, influyó notablemente en los ordenamientos europeos e iberoamericanos, uno de los grandes seguidores fue el país Español, secundado por Noruega, Luxemburgo, Austria, Grecia, Chile, Brasil, Perú, Venezuela y México.

Sin embargo, el Sistema debía ser reformulado pues adolecía de grandes falencias, ya que se limitaba a la protección de los asalariados desechando la posibilidad de una cobertura universal, que incluyera a toda la población como beneficiaria del seguro social por el simple hecho de ostentar la categoría de ciudadano. Además era un modelo contributivo que no apelaba a la ayuda del Gobierno para su financiación, de allí se colige que una de las causas de rechazo la constituyó la resistencia a la obligatoriedad de las cotizaciones íntegras por parte del patrono para los riesgos derivados de la actividad laboral. Por otra parte, las cotizaciones y en consecuencia las prestaciones económicas derivadas de los riesgos diferenciaban entre unos y otros asegurados en razón al volumen de rentas del asegurado.

Tales teorías fueron determinantes en el estallido de la Revolución Rusa de 1917, la cual tuvo una influencia decisiva en la formación del derecho laboral al proclamar los derechos económicos del ser humano, pues conmueve con tal consagración la estructura básica de éste. Además tal proclamación influye en el establecimiento del Sistema de Seguridad Social soviético pues en los postulados de la Constitución Rusa de 1936 se encuentra consagrado el derecho de los ciudadanos de la URSS a ser asegurados materialmente en su vejez, así como cuando se presente una enfermedad o pérdida de su capacidad de trabajo mediante seguros sociales y asistencia médica gratuita a cargo del Estado.

La constitución Mexicana de 1917, revistió una gran importancia en los postulados del derecho laboral no solo mexicano sino de la mayoría de las Constituciones latinoamericanas incluidas la colombiana. El Artículo 123 constituye la máxima de la protección laboral a los trabajadores y para el discapacitado en especial determina la política de protección, prevención y tratamiento de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales introduciendo una política de higiene y seguridad laboral y a su vez consagrando la estabilidad en el empleo:

“Artículo 123. El Congreso de la Unión y las Legislaturas de los Estados deberán expedir leyes sobre el trabajo fundadas en las necesidades de cada región sin contravenir a las bases siguientes, las cuales regirán el trabajo de los obreros, jornaleros, empleados, domésticos y artesanos, y de una manera general a todo contrato de trabajo:

XIV. Los empresarios serán responsables de los accidentes de trabajo y de las enfermedades profesionales de los trabajadores, sufridos con motivo y en ejercicio de la profesión o trabajo que ejecute; por lo tanto, los patronos deberán pagar la indemnización correspondiente según que haya traído como consecuencia la muerte o simplemente incapacidad temporal o permanente para trabajar, de acuerdo con lo que las leyes determinen. Esta responsabilidad subsistirá aún en el caso de que el patrono contrate el trabajo por un intermediario.

XXVII. serán condiciones nulas y no obligarán a los contrayentes aunque se expresen en el contrato:

g) las que constituyen renuncia hecha por el obrero de las indemnizaciones a que tiene derecho, por accidentes de trabajo y enfermedad profesionales, perjuicios ocasionados por el incumplimiento del contrato de la obra.

XXIX. Se considerarán de utilidad social el establecimiento de cajas de seguridad populares de invalidez, de vida, de cesación involuntaria de trabajo de accidentes y otros fines análogos por lo cuál, tanto el gobierno federal como el de cada Estado, deberán fomentar la organización de Instituciones de ésta índole para infundir e inculcar la revisión social”.

Siendo menester replantear este enorme avance en materia de protección al trabajador en el desempeño de su labor. Nace entonces el Sistema Universalista o Atlántico proclamado por William Beveridge en su informe del 20 de Noviembre de 1942: “social insurance and allied services”, presentado al Gobierno Británico, cambiando la concepción de seguros sociales obligatorios por el de seguridad social, adicionando a aquel la Asistencia Nacional, el Servicio Nacional de Salud, la ayuda familiar y los seguros voluntarios, buscando aliviar las deficiencias que presentaba el modelo continental, de allí que se deslaborizara el seguro social con el fin de ampliar la cobertura a aquellas personas no asalariadas que lo necesitaran. Por otra parte, se estableció que sería un sistema no contributivo pues su financiación dependería de los impuestos adquiridos directamente del Presupuesto General del Estado. Además las cotizaciones y prestaciones económicas serían uniformes para todos los asegurados, así como el establecimiento de la unidad de riesgos sin diferenciar a ninguno de ellos, ni dividirlos por contingencias; finalmente instauró la administración y gestión unificada y pública del sistema, notándose una clara propuesta de homogeneidad y unificación de un sistema completo que incluyera los accidentes de trabajo, eximidos de la protección basada en la responsabilidad empresarial.

En materia de amparo de la situación de discapacidad se encuentra el Servicio Nacional de Salud introducido a la legislación positiva a través de la promulgación de la Ley 6ª de Noviembre de 1946, que entre otros aspectos tenía la obligación de instituir medios de rehabilitación para inválidos.

El modelo universalista, a diferencia del contributivo, tuvo gran incidencia en la legislación sobre seguridad social en el continente europeo, pues su influencia recorrió países como Francia, Bélgica, Austria, Italia, Noruega, Suecia, Dinamarca, Luxemburgo, Holanda y Gran Bretaña; algunos de ellos abandonaron el sistema anterior para retomar los nuevos postulados del Plan Beveridge.

Por su parte, y con el fin de nutrir el avance que había propiciado la tesis del socialismo de Estado y el intervencionismo estatal, doctrinantes como Emilio Durkeim, Charles Gide y León Bourgeois promovieron la tesis de la solidaridad social como:

“[U]na tesis organizacionista que rechaza tanto el egoísmo individualista como el colectivismo marxista. Esta escuela considera a los hombres dependientes entre si, siendo cada cual una célula de un organismo que es la sociedad. En ésta cualquier trastorno de una de sus partes trae como consecuencia un malestar en los demás, que implica repercusiones sociales de mayor, menor o mínima importancia. (...) la base de transformación de la sociedad está en la cooperación y el mutualismo, así como en la acción del Estado como gran factor de solidaridad”.

En la época del fascismo, la labor realizada por el derecho social que impulsó este movimiento a favor de los trabajadores, hizo que la organización cooperativa y sindical los protegiera a través de la consecución de contratos colectivos obligatorios. Sin embargo, éstas prerrogativas solo operaban en el caso de organizaciones sindicales pertenecientes a la tendencia fascista, pues se consideraba que el Estado debía incidir y manejar las actividades laborales y asumir el control de los sindicatos para velar por los intereses supremos del Estado, desde todo punto de vista considerado por encima de los particulares.

Por su parte, el movimiento nacionalsocialista, dirigido por Hittler, a pesar de su concepción de la comunidad del trabajo (unión de patronos con trabajadores para bien del pueblo alemán y del Estado) no dio muestras de protección hacia el trabajador discapacitado y se cree que así fue, por la aspiración de perfección que invadía la doctrina, pues lo que se pretendió demostrar fue la pureza y la perfección de la raza alemana frente a las demás, por lo cual la imagen de un discapacitado no encajaba en la nueva visión social alemana.

Es importante, destacar la influencia que el catolicismo social y las encíclicas papales tuvieron en las relaciones laborales y en consecuencia, en la protección del trabajador discapacitado en el sector laboral, incursionando con las ideas de dignificación del individuo, función social de la propiedad, regulación estatal de las relaciones laborales, solidaridad, deber de justicia social y caridad universales, que permitieron considerar al trabajador discapacitado como titular del derecho al trabajo, siendo éste el apto para procurarse su subsistencia y obtener su perfección como ser humano integro.

Ahora bien, desde mediados del S. XX hasta hoy continua siendo el instrumento jurídico uno de los mecanismos para prodigar un trato diferente a los discapacitados.

1.1.1 Tratamiento del Discapacitado en América: Caso Colombia. Trasladándose a Centro y Suramérica, se destacan en la época amerindia, tres culturas indígenas por su estructurada organización social, política y económica: la cultura azteca de México, la cultura Inca del Perú y los Chibchas o Muisca de Colombia.

Para caracterizar la forma de trabajo y la reglamentación de la Cultura Azteca, se hace necesario reseñar brevemente el sistema social que manejaban, así se tiene que existían dos clases sociales bien diferenciadas: la de los privilegiados, entre los cuales se contaban agricultores, mercaderes, obreros y artesanos libres. Y la de los desheredados - “hombres privados de la libertad y de los más elementales derechos” - en la cual se situaban los flamanes (hombres que cargaban en sus espaldas los productos), los mayerques (especie de siervos de la gleba) y los esclavos (nada comparables con el concepto de esclavo que se manejaba en Europa) pues los esclavos de la sociedad azteca vendían su trabajo, no su persona: “la esclavitud acarrea la obligación de trabajar para el beneficiario, quien gozaba únicamente del producido de su labor, pero carecía de poder sobre la persona física del individuo esclavo”.

Los agricultores eran una clase social muy importante pues la base de la economía la constituía la labor agrícola mediante el sistema del Calpullí – tierras comunales repartidas en parcelas para ser cultivadas por las familias indígenas -, su trabajo se encontraba orientado por reglas generales que reconocían entre otras prerrogativas una relacionada con los accidentes de trabajo que pudieran llegar a afrontar: “Cuando el jefe del calpullí o uno de sus trabajadores enfermaba o sufría un accidente, tenía derecho a seguir percibiendo parte de los productos hasta que curaba. En caso de muerte sus derechos pasaban a sus descendientes”.

Por su parte, el imperio Inca ha sido considerado uno de los imperios más esplendorosos por su estructuración política, social, económica y por la extensión territorial que abarcaba desde Argentina hasta Pasto (Colombia) y desde la Costa del Pacífico hasta el Alto Amazonas, por lo que se denominó imperio del tahuantinsuyo o de las cuatro regiones.

El esplendor del Imperio Inca se debió a la organización social y económica basada en el trabajo colectivo cuya célula principal fue el Ayllú. Sin embargo, la institución colectiva de trabajo fue complementada con otras figuras tales como la minka que significaba trabajo colectivo. Las características primordiales de esta cultura respecto al trabajo fueron la obligatoriedad y universalidad, pues se impuso el deber de trabajar a todos los integrantes del pueblo inca en cualquier labor, igualmente estaba dotado de las características de la gradualidad y proporcionalidad, esto quiere decir, que para asignar cada labor se tenía en cuenta las capacidades de cada persona, en efecto se señala: “la actividad se realizaba de acuerdo con las capacidades: la equidad en el reparto del trabajo fue el éxito del cumplimiento en la prestación del servicio; a nadie se le exigió mas de lo que podía rendir.”.

Esta última apreciación es sumamente importante, en la medida en que aquí se encuentra un antecedente de la asignación de funciones que se manejan en los conceptos modernos de reubicación, reinstalación y readaptación laboral. De igual manera, el emperador inca propició la reducción de carga de trabajo al campesino por incapacidad física o cuando era víctima de alguna calamidad; se ocupó también de la protección de los hombres solteros que sufrían accidentes de trabajo y de los ancianos como individuos que le fueron útiles a la comunidad, y en consecuencia ella les retribuía el servicio.

El tercer lugar lo ocupa la cultura Chibcha, localizada en el altiplano cundiboyacense, según Hernández Rodríguez “los chibchas formaban una sociedad gentilicia cuyo núcleo primario y celular fue el clan, constituido por personas que se consideraban emparentadas por la sangre y con estructura cognaticia y exogámica”; es decir que el trabajo desempeñado por esta cultura aborígen era realizado en función del parentesco. Característica de las relaciones de producción de éste pueblo fue el de mantener unas relaciones de igualdad y colaboración entre los miembros del clan, lo que les permitía la ayuda mutua en el caso de los infortunios laborales que pudieran llegar a producirse en el laboreo de tierras u otras actividades, sin embargo, respecto a los representantes del poder las relaciones estaban basadas en la subordinación.

Con el descubrimiento de América por los españoles, muchas de las tribus indígenas fueron sometidas a su dominio, siendo de vital importancia resaltar que algunas de las formas de trabajo que se utilizaban en la época amerindia subsistieron a pesar de la gran dificultad con que lo hicieron.

En los albores de la conquista no se encuentra una preocupación por la salud de los conquistadores y mucho menos, por la de los indígenas, pues en la empresa que colaboró con el Descubrimiento de América venían muy pocos médicos: “barberos y cirujanos, conocidos bajo ese nombre por su oficio de curar heridas, fracturas y hacer sangrías”.

El afán de conquistar territorios y someter las tribus indígenas a su dominio y servicio, suscitó la instauración de una forma de dominación disimulada denominada la encomienda, pues vieron que la población aborígen iba reduciéndose en número y en fuerza, sin embargo, tal institución no sirvió sino para obligar a los indígenas a soportar excesivas jornadas de trabajo bajo la autoridad española, lo que conllevaría a su desaparición ingente aunado al contagio de enfermedades traídas por los españoles y difíciles de curar para los chamanes. Por ello, se hizo necesaria la “importación” de esclavos de raza negra traídos del viejo mundo.

El esclavo era considerado un objeto simplemente, sin embargo, la llegada de ésta nueva raza a territorio americano en nada menguó la condición de maltrato de la que eran blanco los indígenas. Por ésta razón muchos de los frailes religiosos que vinieron a las Indias con el fin de evangelizar a los nativos, en sus misivas daban cuenta a la Corona de la situación de violencia y abuso a la que eran sometidos éstos por parte de los conquistadores. Fue así

como se dio inicio a la preocupación por las arbitrariedades que estaba protagonizando el Reino, considerado uno de los más católicos en el continente europeo.

La preocupación por los aborígenes se hizo más notoria a medida que se incrementaron las denuncias, por ejemplo, Frailes como Antonio de Montesinos informaba a la Corona a través de sus cartas la situación de atropello de la cual eran víctimas aquellos, una expresión de ello fue el sermón de 1511 denominado “Voz que clama en el desierto de esta isla”, pronunciado en la Capital de República Dominicana: Santo Domingo, en donde el religioso da cuenta de los abusos y de las masacres cometidas en el nuevo mundo por los conquistadores.

A raíz de éstos comunicados los Reyes de España: Fernando II El Católico e Isabel de Castilla; atendiendo a los consejos de una junta de teólogos y juristas, dictan en 1512 las Leyes de Burgos, normatividad que consagraba, al menos formalmente, para el indígena una protección en las relaciones de trabajo que sostenían con los españoles.

De ésta manera comienza un proceso legislativo humanizador con el objetivo de proporcionar a los indígenas una serie de beneficios que terminaran con la desigualdad impuesta hasta ese momento. Por parte de la Corona inicia una producción normativa acelerada pues se promulgan en Valladolid las Ordenanzas de 1513 cuyo fin era apaciguar la rebeldía e insubordinación de los indígenas, estableciendo figuras como el requerimiento, aparte de disponer la protección de mujeres y niños respecto al trabajo.

Posteriormente, se realiza la consagración de las Leyes Nuevas de 1542 por parte de su Majestad el Rey Carlos II, quien propende por la abolición de la figura de la encomienda, sin embargo, esta disposición causa malestar entre los españoles, y en 1545 se promulgan otras normas que recobran la fuerza jurídica e instauran nuevamente la institución de la encomienda y el requerimiento.

El establecimiento de asentamientos españoles condujo a la creación de ciudades y al funcionamiento de hospitales: el primero de ellos fue el de “Santa María la Antigua del Darién ”ubicado en la localidad que llevaba su mismo nombre, para atender a la población española, exclusivamente. De ello se desprende que los indígenas no tenían un apoyo para superar las enfermedades o accidentes que les ocurriera, solamente podían acudir a sus prácticas curativas, que por lo demás iban desapareciendo a raíz de la condenación que se había hecho por parte de la religión católica, al considerarlas asociadas con la brujería, hechicería y oscurantismo. Por lo que el indígena se hallaba completamente abandonado a su suerte y desprotegido al extremo, pese a la buena voluntad de la Corona española, dedicada a la expedición de leyes que ninguna utilidad práctica encontraba en el mundo apenas descubierto. El panorama de los expedicionarios parecía ser otro: la labor conquistadora exigía tomar las armas y salir a la batalla, con el objetivo de proteger a los heridos en combate se dictaron en el año 1541 medidas de medicina castrense, sin embargo tales disposiciones realmente no fueron aplicadas.

La época de la Colonia se inicia con la instauración de la Real Audiencia de Santa Fe el 7 de Abril de 1550. Época en la cual se expiden por parte de la Corona española las Reales Cédulas de Protección a la población nativa. En 1573 bajo el reinado de Felipe II, se dictan las “Ordenanzas de nuevos descubrimientos, nueva población y pacificación de las indias”.

Las leyes que hasta el momento se habían promulgado no revisten ningún resultado factible y eficaz en tierras americanas, por tal razón la preocupación de la Corona se intensifica, trayendo como consecuencia la necesidad de que se siga éste proceso de cerca, así pues, se envían a América unas personas llamadas Oidores, encargadas de instalar las audiencias para administrar justicia amparando a los indígenas contra abusos o maltratos.

Entre las funciones de los oidores se encontraba la de “señalar a los capaces para trabajar y tributar”. Constituyéndose tal preceptiva en un antecedente del concepto de incapacidad laboral.

Con posterioridad, se pronuncian las Leyes de Indias basadas en la consideración del indígena equiparándolo al siervo de la gleba en el viejo mundo, a partir de ésta legislación los aborígenes fueron considerados “vasallos libres de la Corona Española”, idea basada en la intención de recaudar los tributos de los nativos hacia su majestad. Así pues la contribución de impuestos era reservada para los indios de manera obligatoria, si éstos se encontraban en capacidad de laborar.

Debido a que las Reales Cédulas y los procesos conquistadores no cesaban, pese a existir mandato expreso de que así se hiciera, se expidió la “Recopilación de las Leyes de los Reinos de Indias” bajo el gobierno de Carlos II de España, normatividad que permitió la sistematización de la legislación dispersa y produjo seguridad jurídica para los habitantes de territorio nuevo. Entre las disposiciones mas destacadas se cuentan la de procurar la protección del indígena y del resarcimiento de los agravios sufridos otrora por éstos de una manera ininterrumpida y sostenida en el tiempo, imponiendo castigos a quienes las desconocieran.

A la par con el proceso proteccionista hacia los nativos, la protección a los negros esclavos se fue delineando al ser éstos la base que sostenía la economía colonial con su fuerza laboral. Este proceso a diferencia del proteccionista indígena no estuvo liderado por la Corona, sino que fue iniciativa propia de los españoles, la razón se fundaba en que los esclavos al ser considerados objetos, ostentaban la calidad de mercancía con valor de uso y de cambio, lo que implicaba para el español una inversión, convirtiéndose con el tiempo el esclavo en un objeto del lujo. Así, el trato que se le brindaba al esclavo era mejor al otorgado a los indígenas, pues cuidaba el español de la calidad y óptima prestación de los servicios para su beneficio. Sin que ello significara menor explotación, condición que “se erradicó formalmente con la promulgación en la segunda mitad del siglo XVIII de la Instrucción o Código del Negrero”.

Se tienen referencias de una norma de 1601 “que implantó la obligación a las justicias reales, de preocuparse por la curación de los indios que fueran víctimas de enfermedades en el trabajo. Esta obligación implicaba la de procurarles medicinas”.

Después del año 1606, el acopio legislativo que se produjo estuvo basado en múltiples órdenes reales, que entre otras prerrogativas, establecieron por primera vez las condiciones en que el trabajo debía ser prestado. Adicional a ello “el fuero viejo de Castilla establecía la indemnización parcial por accidente de trabajo”, consolidándose un brote de responsabilidad por parte del patrono hacía sus trabajadores cuando un suceso imprevisto pudiera acontecer en el ejercicio de la prestación del servicio laboral.

Hacia el año de 1777 se establecieron y organizaron asociaciones de artesanos destinadas a ayudar a quienes cayeran en desgracia, llegaran a la vejez o se hallaran en incapacidad para trabajar, entre otros.

En los años precedentes a la independencia y en el periodo republicano, la salud no tuvo ninguna incidencia, ni fue causa de preocupación para aquellos que querían implantar el poder político - tan esquivo- en éstos procesos revolucionarios. Ni siquiera la falta de una organización sanitaria eficiente, ni las epidemias que habían azotado el periodo colonial (viruela y lepra, generalmente) fueron motivo de reestructuración de la salud en éste periodo, pues la razón del conflicto y con ello la atención de los criollos, interesados en obtener el gobierno, la acaparaba la alta tasa de impuestos que el pueblo americano debía pagarle a la Corona Española, personificada en la Nueva Granada en sus representantes y por ende, lo que se buscaba ansiosamente era la derrota de la Monarquía. De allí que no se tengan referentes históricos acerca del tratamiento de la discapacidad en ésta época.

En el principio del periodo republicano y habiendo estallado el grito de independencia se promulga la Constitución de Agosto 15 de 1810 en la Ciudad del Socorro (Cundinamarca), primera Carta Política que se conoce en la Nueva Granada, de ella se destaca una disposición que permite entrever la concepción que de las personas discapacitadas se tenía en esa época, se refiere al artículo 13, del siguiente tenor literal:

“Artículo 13. Las tropas veteranas en tiempos de paz no podrán estar acantonadas en un solo punto y para que no se enerven con la ociosidad, después de dejar en las poblaciones principales el número de tropas que se considere bastante para conservar su orden y policía, el resto podrá aplicarse en trabajos vigorosos y útiles que le conserven la salud, quedando sus rebajas al beneficio del tesoro público, y turnando en sus destinos la guarnición y los trabajadores” .

Del análisis de la preceptiva en comentario se desprenden dos apreciaciones, la primera que debido a la época de combate que se vivía en tierra neogranadina, en primer lugar, entre patriotas y en segundo lugar, contra las tropas españolas de la reconquista, era indispensable que los hombres de cualquier edad se hallaran en óptimas condiciones de salud y en la capacidad física y mental de prestar el servicio militar obligatorio, fundamental para ganar la batalla que se libraba en búsqueda de la libertad y emancipación. La segunda

apreciación hace relación al hecho de que al anotar: “aplicarse en trabajos vigorosos y útiles que les conserven la salud” (subrayas fuera del texto original), se da a entender que existe una preocupación por evitar las calamidades derivadas de las actividades laborales, por lo cual se procuran las recomendaciones para asegurar la calidad en la salud de los combatientes y de las demás personas en edad productiva.

Debido a la organización en Estados Federados cada provincia era libre de promulgar sus propias leyes, debiendo destacar la Constitución de Cartagena de Indias expedida en el año de 1812 por la Serenísima Convención General, y que contiene un artículo de suma importancia para el estudio del tratamiento de la situación de discapacidad de los esclavos, en tanto dispuso que cuando llegaran a una edad en la cual ya no pudieran servir bien a sus amos o cuando a consecuencia de las enfermedades se hallaran incapacitados para continuar laborando, sus dueños tenían la obligación de velar por ellos y no desampararlos. El contenido literal de la norma era el siguiente:

Artículo 6. “esta obligación que, o por la edad o por las enfermedades, se han hecho inútiles o de poco servicio a sus amos, y así se declara a éstos sin derecho a eximirse de aquella obligación, dándoles una libertad tardía, forzosa e inútil, cuando no cruel y gravosa al Estado y a la sociedad”.

Con la entrada en vigencia del siglo XX se inaugura la protección legal del derecho al trabajo individual y colectivo, pues de allí en adelante se sentarían las bases de lo que hoy se conoce como constitutivo de ésta rama jurídica.

El General Rafael Uribe Uribe, líder del partido liberal influyó notablemente con su pensamiento, en la inclinación que hasta entonces había caracterizado al movimiento liberal de ideas librecambistas e individualistas, para que éste se tornara en un partido inclinado hacia la social democracia y el intervencionismo estatal. Por ello merece ser señalado como precursor del derecho del trabajo en Colombia. Su ideología se encuentra consignada en numerosos documentos de los cuales cabe destacar el contenido de la Conferencia de 1904, en la cual afirmó:

“No considero prematuro legislar sobre los accidentes de trabajo. Si por descuido del empresario se hunde el socavón de una mina y aplasta o asfixia a los obreros. ¿Puede el Estado mirar el siniestro con indiferencia? Si de un andamio mal hecho cae y se mata el albañil, ¿debe quedar sin sanción el responsable? Ya en Europa se obliga a indemnizar el daño causado. Conozco la explotación de los cafetales, trapiches e ingenios y demás empresas de tierras templadas y calientes, y os digo que sería oportuna y humana la ley que mandara a los patronos suministrar asistencia médica a sus peones y mejorar los alojamientos. Se otorga pensión a las viudas de los militares que mueren o se invalidan en nuestras guerras civiles, muchas veces por obra de una bala perdida o de una enfermedad buscada; se jubila a los empleados que han tenido la paciencia de vivir veinticinco años en la dulce ociosidad de sus oficinas; pero a los nobles soldados y héroes del trabajo, cuya campaña no es de pocos meses, sino de toda la vida, y no sedentaria, sino llena de fatigas, a esos servidores cuando caen

víctimas de los accidentes naturales, se les abandona a ellos y a sus familiares; y cuando la vejez los inutiliza, ¡felices si se les reserva una cama de hospital o si se les da permiso para pedir limosna!, ¿No pensáis que en el fondo de esto hay una anomalía y que sería bueno comenzar a preocuparnos por el modo de remediarla?”.

Sin duda, un discurso fuerte y de gran contenido social para la época, que le costó su vida, pues más tarde fue asesinado, impidiéndole de este modo efectivizar con medidas propicias sus ideales.

Del contenido y análisis del discurso pronunciado por el Dr. Uribe Uribe se desprende que se van gestando las bases de lo que en la actualidad se conoce como el sistema de riesgos profesionales y además de la concepción que se tiene de las personas con discapacidad, a las cuales se les debe brindar protección y ayuda, mediante lo que hoy diríamos la solidaridad entre las personas, y por parte del Estado, como depositario de la personalidad jurídica de los asociados. En el poco tiempo que logró tomar las riendas del país Uribe Uribe, propició la consagración de normas que como la ley 57 de 1915 se encontraban encaminadas a proteger de diferentes maneras la actividad laboral de las personas.

La Ley en comento, conocida como la ley Uribe Uribe, en honor a su gestor, se refiere de manera explícita y vinculante “a la reglamentación de los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales; que consagró las prestaciones económico asistenciales, la responsabilidad del empleador, la clase de incapacidad, la pensión de sobrevivientes y la indemnización de limitaciones físicas causadas por el trabajo.”. Claramente un gran avance en los aspectos económicos y prestacionales del trabajador víctima de un accidente o enfermedad profesional.

Así a efectos de resaltar lo más importante para el tema bajo estudio se tiene que esta disposición, consagró la noción de accidente de trabajo como todo “suceso imprevisto y repentino sobrevenido por causa y con ocasión del trabajo, y que produce en el organismo de quien ejecuta un trabajo por cuenta ajena una lesión o una perturbación funcional permanente o pasajera, todo sin culpa del obrero”. De igual manera se estableció el concepto de culpa patronal y se consagraron cuatro eximentes de responsabilidad para el empleador consistentes en “que el accidente sea debido a culpa del obrero, o a fuerza mayor extraña al trabajo en que se produzca el accidente, o a imprudencias o descuido del operario, o a ataque súbito de enfermedad que lo prive del uso de las facultades mentales o de las fuerzas físicas o a violación de los reglamentos de la empresa”. Se observa que en ésta normatividad se excluía del concepto de accidente de trabajo cualquier otro que no tuviera que ver con la actividad industrial o empresarial, y de otra parte se tenía como incapacidad permanente total la pérdida definitiva y total de pares de miembros, por ejemplo al realizar la clasificación de las consecuencias de un accidente de trabajo, éstas se subdividieron así:

“a) Incapacidad temporal, cuando la lesión o perturbación es pasajera y se termina por la curación completa.

b) Incapacidad permanente parcial, cuando la víctima queda con una disminución definitiva de la capacidad obrera que no tenía al tiempo del accidente.

c) Incapacidad permanente total, cuando la invalidez deja al obrero definitivamente impotente para todo trabajo industrial útil.

Se consideran de esta clase (incapacidad permanente total), como ejemplo, las perturbaciones mentales incurables; la pérdida de dos miembros por parálisis o amputaciones; la pérdida de ambos ojos, de ambas manos o de ambos pies; las enfermedades traumáticas graves de las vísceras abdominales o torácicas.

d) Muerte del trabajador.

(Para confirmar lo que se anunció en párrafos precedentes respecto a que el concepto de accidentes de trabajo estaba ideado solo para las empresas, se puede analizar el artículo 10° de la precitada norma que contempla):

Artículo 10. Las industrias o empresas en que hay lugar a la reparación por accidentes de trabajo, conforme a esta Ley, son las siguientes:

1. Las empresas de alumbrado público.
2. Las empresas de acueductos públicos.
3. Las empresas de ferrocarriles y tranvías.
4. Las fábricas de licores.
5. Las fábricas de fósforos.
6. Las empresas de arquitectura o construcción de albañilería en que trabajen más de quince obreros.
7. Las minas y canteras.
8. Las empresas de navegación por embarcaciones mayores.
9. Las empresas industriales servidas por maquinaria con fuerza mecánica; y
10. Las obras públicas nacionales”.

Como puede observarse en la disposición, solo se mencionan empresas consolidadas y de gran impacto en el sector económico del país. Dejando sin amparo a los trabajadores de empresas de menor rango o sin obligaciones a los empleadores que no constituyan empresa en el sentido restringido del término.

Pues, para las empresas “cuyo capital no alcance a mil pesos (\$1,000.00) oro no están obligados a pagar indemnización de accidentes de trabajo, sino la asistencia médica de que habla el artículo 7 de esta Ley”.

Luego de la expedición de esta ley, su aplicación era casi nula, por lo que en 1924, bajo la presidencia del conservador Pedro Nel Opina, el partido socialista dirigió la primera de las tres grandes huelgas que se sucederían en el país en los años 20. En ese año, los trabajadores de la Tropical Oil Company (compañía norteamericana que explotaba petróleo en la zona oriental), declararon huelga general para conseguir mejores condiciones de trabajo y aumentos salariales. La huelga fue reprimida y los trabajadores no lograron

ninguna de sus pretensiones. En 1927, declararon una segunda huelga que al igual que la primera, fue rechazada por el gobierno, que brindó apoyo a la compañía. Este hecho aumentó el desprestigio del gobierno conservador entre los obreros.

Ospina fue sucedido en el poder por Miguel Abadía Méndez. Para esta época, la oposición al conservatismo era ya bastante fuerte por la forma como los gobiernos se habían comportado frente a las huelgas. En 1928, los trabajadores de la United Fruit Company se lanzaron a una huelga general para protestar contra las deplorables condiciones de trabajo que existían en la zona bananera. El gobierno de Abadía ofreció apoyo militar a la compañía y en noviembre de ese año el ejército recibió la orden de disparar contra una multitud de manifestantes reunidos en la plaza de Ciénaga. Este acontecimiento conocido como la masacre de las bananeras, produjo una gran reacción desfavorable en todo el país.

Para las elecciones de 1930 el conservatismo se presentó dividido y fue derrotado. Con la elección de Enrique Olaya se inició un nuevo período conocido como la república liberal.

Así, Enrique Olaya Herrera fue el primer presidente liberal elegido después de 45 años de dominio conservador. Olaya tuvo que tomar medidas para frenar la ola de agitación social existente en los campos y en las ciudades. En 1931 su gobierno expidió una ley por la cual se legalizaron los sindicatos. Con esta medida, el gobierno consiguió el apoyo de los obreros y logró controlar el descontento en las ciudades. Adicionalmente, tomó medidas económicas para superar la influencia de la gran depresión, y medidas sociales para controlar los diversos conflictos, entre ellos los agrarios. Estas medidas dieron paso a las reformas más profundas.

En este contexto se dio una preocupación por los principios sociales y económicos de la población colombiana. Fue así, como en el discurso de proclamación del Dr. Alfonso López Pumarejo en el año de 1933, pronunciado por el Dr. Carlos Lozano y Lozano, en representación de la juventud liberal se dijo lo siguiente:

“[E]l pueblo que os clama os exige reformas sociales que arrasen las últimas trincheras de la feudalidad colonial, que hagan del proletariado oprimido y sacrificado un ciudadano libre y un trabajador consciente, que incorporen el indio irridento al caudal de la ciudadanía, que aseguren la intervención del Estado a favor del económicamente débil, en todos los campos del esfuerzo, que sometan la jerarquía asfixiante de los terratenientes, que arrojen el privilegio de las fronteras del país”.

Se reconoce de ésta manera, el papel del Estado frente a las personas en condiciones de debilidad, lo cual se tradujo en la necesidad de legislar frente a temas sociales atinentes, entre otros, al trabajo.

La ley 10 de 1934 introdujo en la legislación nacional, la noción y elementos del contrato de trabajo y otorgó para un sector reducido de trabajadores las prestaciones sociales de vacaciones, auxilio por enfermedad y cesantía por despido injusto. Reglamentando por primera vez la enfermedad profesional.

La primera administración de López Pumarejo gestor de la trascendental reforma constitucional de 1936, puso en marcha un programa de gobierno mediante el cual se pretendía modernizar la legislación social y económica del país, de acuerdo con los principios neoliberales. Los liberales comprendieron que solo un plan de reforma podría detener el descontento social, sobretodo de los obreros y campesinos, y la penetración de ideas socialistas, ajenas a la ideología de partido liberal.

Para lograr los objetivos de su revolución en marcha, López y sus asesores propusieron un plan que comprendía leyes sociales, con las cuales se pretendía favorecer a los grupos de bajos recursos económicos. Las reformas logradas se introdujeron en la Constitución en 1936 y comprendieron la reforma agraria (ley 200 de 1936), reforma educativa y reforma tributaria.

Por otra parte, estimuló el movimiento sindicalista y bajo su gobierno se creó la Confederación de Trabajadores de Colombia (CTC). Con ello López consiguió un nuevo tratamiento para los problemas de las clases obreras y campesinas, que aquejaban al país, luego de represiones permanentes y continuas por parte del gobierno nacional.

Así pues, dentro de este contexto, el acto legislativo No 1 de 1936, por medio del cual se introdujo la reforma constitucional, entre los diversos temas que entró a regular, pretendió amparar especialmente a las personas incapacitadas para trabajar, como se vislumbra en el artículo 16 de dicho acto, a tenor del cual:

“Artículo 16. La Asistencia Pública es fin del Estado. Se deberá prestar a quienes careciendo de medios de subsistencia y de derecho para exigirla de otras personas, estén físicamente incapacitadas para trabajar”.

De igual manera, protegió al trabajador cuando en desarrollo de su labor, sobreviniera un accidente, tal cometido fue tratado desde la exposición de motivos donde se estableció:

“La República asegurará a todo trabajador las condiciones mínimas de una existencia digna. Su legislación social regulará los casos de seguro, enfermedad, accidente, paro forzoso, invalidez y muerte; el trabajo de las mujeres y de los niños, y especialmente la protección a la maternidad, las jornadas de trabajo y el salario mínimo y familiar, las vacaciones anuales remuneradas; las instituciones de cooperación, la relación económica – jurídica de los factores que integran la producción; y todo aquello que se relacione con la defensa de los trabajadores”.

Para concluir finalmente con uno de los tantos aportes realizados por este Acto Legislativo, al consagrar que:

“Art. 17. El trabajo es una obligación social y goza de la especial protección del Estado”.

Posteriormente, se dicta la ley 44 de 1939 que consagra las indemnizaciones por accidentes de trabajo y el decreto 2350 de 1944 que establece los fundamentos para el Código Sustantivo del Trabajo y dentro de ellos señala la obligación de proteger al trabajador en el desempeño de su actividad laboral.

En 1945, se promulga la ley 6ª, que luego fue reglamentada por los decretos 1600 y 1848 del mismo año, en la que se diferenciò la enfermedad profesional de la común, y el accidente de trabajo para el sector público y privado. Esta ley fue: “la nota emancipadora del derecho del trabajo, pues marcó la autonomía de éste y le señaló al contrato de trabajo su ámbito propio y su influencia en la vida social y económica de la Nación”.

El Código Sustantivo del Trabajo posibilitó el desarrollo de instrumentos de protección para los derechos y garantías de los discapacitados, pues trajo consigo el desarrollo normativo de la salud ocupacional y de la protección al trabajador en el desempeño de su actividad.

El Decreto 947 de 1970 erradicó las diferencias legales que antes existían para los empleados públicos y los trabajadores oficiales inválidos, determinando que a partir de su vigencia tendrían los mismos derechos que consagraba el artículo 16 del Decreto-ley 2351 de 1965, referente a la reinstalación en el empleo, tomando como base las nuevas condiciones del trabajador, determinando que el incumplimiento de estas disposiciones se consideraría como despido injustificado.

En el año de 1979 el Instituto Colombiano de Seguros Sociales asumió los riesgos de trabajo por medio del decreto 3164, constituyéndose como la entidad de protección estatal por excelencia de las contingencias laborales.

La resolución 2413 de 1979 prescribe el margen de actuación que deben observar las empresas y los trabajadores dedicados a la construcción para evitar la accidentalidad en el lugar donde cumplen su labor.

Con posterioridad se creó el Sistema Nacional de Rehabilitación mediante decreto 2358 de 1981.

El decreto 776 de 1987 modificó la Cuadro de valoraciones de incapacidades generadas por accidentes de trabajo, a su vez, el decreto 778 del mismo año eleva a 40 el número de enfermedades profesionales.

La ley 82 de 1988 aprobó el Convenio 159 de 1983 de la OIT, que sentó las bases para la construcción de una nueva protección de los derechos laborales de las personas discapacitadas. Definió la condición de persona inválida como aquella persona con deficiencia de carácter físico o mental debidamente reconocida. De igual manera consideró que la finalidad de la readaptación profesional es la de permitir que la persona inválida obtenga y conserve un empleo adecuado y se supere en el mismo, facilitando su integración a la sociedad.

Es de gran importancia la consagración sobre readaptación profesional y empleo a personas inválidas en el decreto 2177 de 1989.

La década de los noventa en Colombia, por la expedición de la Constitución Política de 1991, cuyas reglas y subreglas, serán analizadas en detalle en capítulos posteriores, resulta de suma importancia para la reinvidicación de las personas discapacitadas como sujetos de derechos.

Para recapitular vale traer a colación el siguiente texto de Luis Rodríguez quien sintetiza magistralmente la forma en la cual ha sido abordada la discapacidad en los diferentes ciclos de formación de la humanidad como se acaba de plasmar a lo largo de este capítulo; a saber:

“Por razones de lo más variado, por su carácter atípico, incluso sorprendente y hasta divertido, o repelente y repulsivo, por ignorancia, por prejuicios, por superstición, por altruismo, por razones de tipo humanitario, o religioso, por compasión, por temor, por conveniencia, por egoísmo, por necesidad de mano de obra escasa y/o barata, por motivos de mantener el orden social, por la inercia de la costumbre, por la fuerza de la sangre, a requerimiento de mandatos legales, por falta de otras alternativas, etc., etc., el caso es que en todas las culturas siempre ha habido, por un lado, individuos diferentes que, bajo las, aún más variadas, denominaciones, han sido objeto de las todavía más variadas concepciones y formas de trato, y por otro lado, unos también muy variados expertos encargados por las instituciones dominantes en el momento de definir qué es la diferencia, quiénes son los diferentes, cuál es el lugar que les corresponde en la sociedad, y cuál es el trato que deben recibir. Es decir, cada sociedad tiene en cada momento histórico unas determinadas necesidades y unos valores sociales (contexto social), en función de los cuales se establece lo que es adecuado socialmente y lo que resulta inadecuado (diferencia), unos encargados (expertos) que precisan la forma de distinguir (criterios de selección) a los sujetos (diferentes), el calificativo con que se les ha de reconocer (terminología), la función que han de desempeñar en la sociedad (papel social) y el trato que se les ha de otorgar (tratamiento). Insisto, la mayor parte de las veces los resultados han sido atroces empezando por la propia terminología que trataba de encasillarlos,..., y terminando por la "praxis" de la convivencia y del día a día”

1.2 ¿UNA COMPRESION ADECUADA DEL CONCEPTO DISCAPACIDAD?

Ligado como se encuentra el tema de la protección a discapacitados con el principio de la igualdad, pretende demostrarse a través de este capítulo, cómo una inadecuada comprensión del concepto discapacidad ha significado también una discriminación, igual o mayor, que la invisibilización del problema. De esta manera, se hará referencia a los diferentes conceptos que desarrollan y comprenden el término discapacidad, se exponen los diversos factores que apareja esta noción, los múltiples términos peyorativos usados para designar a quienes

sufren un problema físico, mental o sensorial, y el concepto adoptado de acuerdo con la Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud (CIF).

La comprensión del concepto discapacidad permitirá dimensionar las definiciones citadas y elaboradas por el Plan de Atención a las Personas con Discapacidad, construido por la Consejería Presidencial para la Política Social, en desarrollo de los compromisos establecidos por el gobierno de Alvaro Uribe Vélez, en el Plan Nacional de Desarrollo 2003 - 2006 "Hacia un Estado Comunitario". Por igual se verificará si se está dando continuidad al proceso de formación de una política pública en discapacidad iniciada hace varios años, por las entidades que integran el Gobierno Nacional; y el proceso de implementación de acciones sectoriales e intersectoriales orientadas al respeto y promoción de los derechos humanos de las personas con discapacidad mediante estrategias de promoción y prevención, de equiparación de oportunidades y de atención Integral a esta población, conforme con las Normas Uniformes de las Naciones Unidas.

Cabe aclarar adicionalmente, que las definiciones que hoy se acoplan son el resultado de la evolución y perfeccionamiento de sus elementos, gracias a avances médicos, culturales y sociológicos, diseñadas en gran parte por organismos internacionales, sin descuidar aquellas forjadas en Colombia.

El catedrático Luis Rodríguez señala que a lo largo de la historia han existido términos que se han encargado de excluir y mermar la potencialidad que los discapacitados pueden ofrecer en la comunidad. Según éste autor, entre dichas acepciones se encuentran:

1. "Idiota: tonto, poco inteligente. Que padece idiotez. Que molesta por su inoportunidad o indiscreción. Nótese que muchas personas con discapacidades físicas eran englobadas en esta clasificación, a pesar de mantener su inteligencia conservada.
2. Imbecil: Alelado, poco inteligente.
3. Débil Mental: La característica fundamental que etiquetaba era la que hacía referencia a su inteligencia, pero seguían encuadrándose aquí todas aquellas personas que presentaban condición de discapacidad, aunque esta consistiera en sordera, ceguera, o en amputaciones de miembros inferiores.
4. Subnormal: Pocas veces un término tan peyorativo ha servido con tanta profusión para designar a estas personas, y por extensión a quienes se comportan como seres inadaptados. Este término tomado como insulto se ha popularizado hasta límites insospechados.
5. Educable: A nuestro entender, la "educabilidad" es una característica inherente a la condición humana, por eso resaltarlo como adjetivo referido a una persona, suponía una etiqueta innecesaria, reiterativa.

6. Inadaptado: Aquí el acento se ponía en la relación entre estos individuos y las normas sociales, y en este mismo saco se incluye también a los delincuentes.
7. Retrasado: Es verdad que muchas personas con deficiencia mental sufren un retardo en alguno de los procesos cognitivos implicados en eso que se llama genéricamente inteligencia general, pero hacer de esto la clave de su etiqueta es lo que se considera un grave error.
8. Invalído: Bajo este término, en apariencia neutro, se esconde una realidad dura: no válido ¿para qué, no válido?. Este término surgió a raíz de la primera guerra mundial, y en la actualidad su uso es muy limitado, salvo en ciertas zonas de Centroamérica “.

Entre otras tantas nominaciones como desviados, anormales, incapaces, lisiados; que marginaron y aislaron a este grupo de asociados; acentuando la disparidad y cosmovisión de discriminación que ha predominado a lo largo de la historia respecto de las personas que parecen no encajar en los estándares socialmente óptimos y correctos.

De igual manera, se han presentado en la historia de la discapacidad y hasta épocas muy recientes, dos conceptos opuestos pero igualmente marginantes:

“El de la exclusión y el médico. Ambos manejaban una visión negativa de la discapacidad. El primero, en términos generales, se caracterizaba por la consideración de la discapacidad como una situación producto de un castigo divino o natural y por la defensa de la necesidad de acabar con la propia vida de las personas discapacitadas o, en el mejor de los casos, por la defensa de la necesidad de marginarlas. El segundo, a diferencia del anterior, entendía la discapacidad como una anomalía que no tenía su origen en un castigo sino en una imperfección física o psíquica, natural o provocada, que situaba a algunos sujetos por debajo de unos niveles que se consideraban como normales”.

Durante siglos se mantuvieron las concepciones anteriormente anotadas, siendo superadas en cierta medida y en ciertas esferas sociales gracias al progreso en las ciencias naturales y sociales que han permitido que se conciba a los discapacitados como personas con iguales derechos, deberes y oportunidades.

Es así como en Colombia a la par con los avances internacionales, se diseñó el Plan de Atención a las Personas con Discapacidad, en el cual se delimitan los aspectos que implican esta situación, acogiendo en primer lugar, las definiciones internacionales establecidas en la nueva Clasificación Internacional del Funcionamiento, la Discapacidad y la Salud; que precisamente pretenden dejar de lado los conceptos segregacionistas utilizados por años.

Esta Clasificación Internacional de Funcionamiento, de la discapacidad y de la salud, desecha el término “minusvalía” que venía siendo utilizada de conformidad con la versión de la Clasificación Internacional de Deficiencias, Discapacidades y Minusvalías de 1980. En su

lugar, esgrime la noción de “discapacidad” “cómo un término genérico para las tres perspectivas: Corporal, individual y social”.

En este entendido, dicha clasificación expresa:

“Discapacidad: Es un término genérico que incluye déficit, limitaciones en la actividad y restricciones en la participación. Indica los aspectos negativos de la interacción entre un individuo (con una “Condición de salud”) y sus factores contextuales (factores ambientales y personales)”.

A fin de complementar dicha definición, se añaden los siguientes postulados:

“Condición de Salud: Es un término genérico que incluye enfermedad (aguda o crónica), traumatismo y lesión....

Factores Ambientales: ... todos los aspectos del mundo extrínseco o externo que forma el contexto de la vida de un individuo, y como tal afecta el funcionamiento de la persona. Los Factores Ambientales incluyen al mundo físico natural con todas sus características, el mundo físico creado por el hombre, las demás personas con las que se establecen o asumen diferentes relaciones o papeles, las actitudes y valores, los servicios y sistemas sociales y políticos, las reglas y las leyes.

Factores Personales: constituyen el trasfondo particular de la vida de un individuo y de su estilo de vida. Están compuestos por características del individuo que no forman parte de una condición o estado de salud. Estos factores pueden incluir el sexo, la raza, la edad, otros estados de salud, la forma física, los estilos de vida, los hábitos, los “estilos de enfrentarse a los problemas y tratar de resolverlos”, el trasfondo social, la educación, la profesión, las experiencias actuales y pasadas..., los patrones de comportamiento globales y el tipo de personalidad, los aspectos psicológicos personales y otras características. Tanto todas ellas en conjunto como algunas de ellas individualmente pueden desempeñar un papel en la discapacidad a cualquier nivel”.

Igualmente la CIF hace una clasificación del grado en que la discapacidad puede presentarse tomando como punto de referencia el nivel de limitación que la persona experimente al desempeñarse en relación con su edad y sexo, así la discapacidad puede ser:

“Leve: Cuando la reducción de la capacidad del individuo para desempeñar sus actividades cotidianas es mínima y no interfiere en su productividad.

Moderada: Cuando la reducción de la capacidad del individuo limita parcialmente sus actividades cotidianas y su productividad.

Grave: Cuando la reducción de la capacidad del individuo es tal que lo hace completamente dependiente y poco productivo” .

En segundo lugar, el Plan de Atención a las Personas con Discapacidad ha admitido el enfoque de discapacidad trabajado en el país, el cual es el resultado de la convergencia de experiencias institucionales con la colaboración de diversos sectores implícitos en esta temática.

Estos conceptos a nivel nacional han sido expuestos en el informe final del proyecto piloto para la Formación de Política Pública en Discapacidad, así como también por el equipo de trabajo en discapacidad, de la Red de Solidaridad Social.

A tenor de los cuales:

“Discapacidad: Es un término genérico que denota una condición de salud que involucra diferentes dimensiones del funcionamiento humano, la dimensión corporal, la individual y la social ocasionando deficiencia, limitación en la actividad y restricciones en la participación social.

Situación de discapacidad: [Es] un aspecto relativo al ciclo vital, transversal a todos los programas sociales, que difiere al planteamiento convencional de que la discapacidad atañe a un grupo de población vulnerable posible de ser identificado dentro de la población general para recibir un tratamiento específico y diferenciado, concepto que ha contribuido a discriminar, intentando focalizar a ésta población

Persona con discapacidad: Aquella que tiene limitaciones en su actividad cotidiana y restricciones en la participación social por causa de una condición de salud (deficiencia)”.

Siguiendo el Plan de Atención a las Personas con Discapacidad, es importante resaltar lo que se ha denominado por la normatividad internacional de las Naciones Unidas y los textos del Programa de Acción Mundial: “componentes estratégicos de intervención para hacer frente a la situación de la discapacidad”, fundamentales al momento de enfrentar la discapacidad desde diferentes ópticas o situaciones dentro de la sociedad. Entre estos componentes se encuentran: la prevención, la rehabilitación y la equiparación de oportunidades; que a su vez son definidos por los organismos en mención de la siguiente forma:

“Prevención: adopción de medidas encaminadas a impedir que se produzca un deterioro físico, intelectual, psiquiátrico o sensorial o a impedir que ese deterioro cause una discapacidad o limitación funcional permanente. La prevención puede incluir diferentes acciones de: protección específica, detección temprana, educación en estilos de vida saludable, campañas de vacunación contra enfermedades transmisibles, normas y programas de seguridad para la prevención de accidentes en diferentes entornos, incluidas la adaptación de los lugares de trabajo para evitar discapacidades y enfermedades profesionales, y prevención de la discapacidad resultante de la contaminación del medio ambiente u ocasionada por los conflictos armados (No. 22).

(La cual es aplicable a las personas con discapacidad, en aras de impedir el desarrollo de sus padecimientos).

Rehabilitación: Es un proceso encaminado a lograr que las personas con discapacidad estén en condiciones de alcanzar y mantener un estado funcional óptimo desde el punto de vista físico, sensorial, intelectual, psíquico o social, de manera que cuenten con medios para modificar su propia vida y ser más independientes. La rehabilitación puede abarcar medidas para proporcionar o restablecer funciones o para compensar la pérdida o la falta de una función o una limitación funcional. El proceso de rehabilitación no supone la prestación de atención médica preliminar. Abarca una amplia variedad de medidas y actividades, desde la rehabilitación más básica y general hasta las actividades de orientación específica, como por ejemplo la rehabilitación profesional. (No.23).

Equiparación de Oportunidades: El proceso mediante el cual los diversos sistemas de la sociedad, el entorno físico, los servicios, las actividades, la información y la documentación se ponen a disposición de todos, especialmente de las personas con discapacidad (No.24). Según el Plan de atención a las Personas con Discapacidad este componente implica que la dinámica general de la sociedad, con sus opciones y oportunidades se hace accesible. Esta estrategia, está ligada al principio de la igualdad de derechos, y se debe desarrollar en función del conjunto de la sociedad”.

Este plan expresó respecto a las implicaciones de este particular,

(...) [L]as entidades públicas y privadas asuman como parte del interés colectivo la generación de igualdad de oportunidades de accesibilidad, uso y disfrute de los beneficios de la sociedad; lo cual está estrechamente relacionado con la búsqueda de una conciencia colectiva frente a los derechos que tienen quienes vivan una condición de discapacidad, es lo que se ha llamado discriminación positiva. La equiparación de oportunidades, conlleva reconocimiento, aceptación social y creación de condiciones para que las mismas personas con discapacidad puedan convertirse en copartícipes de su propio desarrollo y alcancen una vida social plena.

El Plan informa que adicionalmente a estos componentes en el país se han venido trabajando otros conceptos como la construcción de entornos protectores y prevención de la discapacidad, accesibilidad y acceso a la comunicación, información y cultura. El plan manifiesta que estos componentes deben ser entendidos así:

“Construcción de Entornos Protectores y Prevención de la Discapacidad: Entendida como la práctica cotidiana de acciones encaminadas a promover el desarrollo saludable del individuo en su entorno ambiental: físico, humano, familiar, comunitario y social, con un compromiso en la transformación de nuestra capacidad de anticipar los eventos y apoyar a las personas en las contingencias que los afectan a lo largo de su ciclo vital. La construcción de entornos protectores debe ser un proceso de transformación en el

conjunto de la población, en búsqueda del desarrollo de una cultura de convivencia y respeto a los derechos fundamentales.

Accesibilidad: es un bien público, que se ha venido consagrando en términos de derechos ciudadanos, a través del cual toda persona, sin importar su edad y sus condiciones físicas y/o sensoriales, puede interactuar socialmente y desarrollar sus aptitudes y sus potencialidades en las diversas esferas de la actividad cotidiana y hacer uso y disfrutar libremente de todos los servicios que presta y ofrece la comunidad. Las nuevas formas de convivencia, exigen espacios urbanísticos, vivienda, servicios públicos, recreación, deporte, espacios para el sano aprovechamiento del tiempo libre, entre otros, a los que todas las personas puedan llegar, acceder y usar, en forma autónoma, segura y comfortable”.

Se observa entonces que esta serie de definiciones y componentes, involucran la acción conjunta o mancomunada de la sociedad, pues en ella radica la tarea de adaptarse a este sector de la población, ya que de su respeto, aceptación, integración y colaboración depende en gran medida la realización de los discapacitados como seres sociales, dotados de derechos y obligaciones.

Por ello el Plan de Atención de Personas discapacitadas expresa que la discapacidad,

“Es una situación que se relaciona con el conjunto de condiciones sociales, dado que la discapacidad se convierte en desventaja en la medida en que en el entorno existen obstáculos y barreras, originadas por la falta de reconocimiento de las necesidades particulares de la persona con discapacidad o por conductas discriminatorias. “La discapacidad no es un atributo de la persona, sino un complicado conjunto de condiciones, muchas de las cuales son creadas por el contexto/entorno social”. (OMS/OPS, 2001. Introducción, numeral 5.2)”.

En consecuencia, una adecuada comprensión del término “discapacidad” debe involucrar las carencias y necesidades de una persona con la situación contextual en la que la misma se ubica, para identificar vulneraciones al derecho a la igualdad.

Ésta última concepción, es la que acoge la investigación por considerarla integradora de la población con discapacidad y apoyar el trabajo de la persona discapacitada.

1.3 MARCO JURÍDICO

1. 3.1 Marco jurídico internacional. En el plano internacional son múltiples las normas tendientes a lograr la protección del discapacitado y diversos también los países que acogen las recomendaciones, declaraciones y convenios de la ONU y los diferentes órganos que hacen parte de ella, así como también de los organismos supranacionales de carácter local. Normativa destinada a establecer obligaciones para el Estado y la Sociedad como la

eliminación de las formas de discriminación, la readaptación social, la eliminación de barreras arquitectónicas, entre otras.

Es dable señalar, que si bien algunos de estos instrumentos carecen de fuerza vinculante, han sentado un precedente incalculable en los ordenamientos jurídicos que se guían por sus axiomas. De esta manera, sus disposiciones han sido en muchas oportunidades integradas a la legislación interna de cada país, convirtiéndose en derechos que derivan en acciones positivas susceptibles de ser exigidas ante el Estado.

1.3.1.1 Parámetros reglamentarios en torno a la discapacidad establecidos por la Organización de las Naciones Unidas- ONU. Los lineamientos internacionales en cuanto a discapacidad, tienen fundamento y razón de ser en la actual acepción del principio de igualdad, y en los restantes derechos de primera generación, los cuales fueron consagrados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada en 1948 por la Asamblea General de las Naciones Unidas. Esta Declaración señaló los derechos, deberes y libertades esenciales del hombre, básicos para la vida en sociedad. Tal consagración indica, entonces, los mínimos que el Estado y la sociedad deben garantizar al ser humano.

Con la Declaración de Derechos Humanos que se convirtió en un valuarte de la humanidad, las Naciones Unidas sentaron el precedente para la protección y amparo del hombre en la diversidad de facetas y circunstancias que le rodean, entre ellas la discapacidad, así:

“Durante su primera década de trabajo en el ámbito de la discapacidad, las Naciones Unidas se esforzaron por proporcionar a los discapacitados una perspectiva de bienestar. Su preocupación por estas personas se tradujo en el establecimiento de mecanismos y en el desarrollo de programas adecuados para tratar cuestiones relativas a la discapacidad. Empezando por la defensa de los derechos humanos de los discapacitados físicos, como los ciegos, la ONU se centró en la prevención de la incapacidad y la rehabilitación. La Secretaría de las Naciones Unidas, el Consejo Económico y Social y su órgano subsidiario, la Comisión Social, son los principales órganos encargados de las cuestiones relativas a la discapacidad.

En 1950, durante su sexto período de sesiones, la Comisión Social inspeccionó dos informes: "Rehabilitación social de los discapacitados físicos" y "Rehabilitación social de los ciegos". En este mismo período de sesiones, la Comisión Social también examinó un informe del Programa Internacional para la promoción social de los ciegos, que recomendaba la educación, rehabilitación, capacitación y empleo de los disminuidos visuales. Más tarde, el Consejo Económico y Social acordó el establecimiento de programas de rehabilitación para los discapacitados físicos y para la prevención y el tratamiento de la ceguera; convocando una conferencia en Ginebra, del 26 de febrero al 3 de marzo de 1950, para discutir la coordinación entre los organismos especializados en el área de la rehabilitación de los discapacitados.

A finales del decenio de 1950, los esfuerzos de las Naciones Unidas en cuestiones relativas a la discapacidad, hasta entonces centrados en el bienestar, cambiaron de

orientación con miras a lograr el bienestar social. Una reevaluación de su política en el decenio de 1960 condujo a la desinstitucionalización y alentó la petición de una mayor participación de las personas discapacitadas en una sociedad integrada. Se ofreció asesoramiento técnico a los gobiernos a través de misiones consultivas, talleres de capacitación de personal y a través de la creación de centros de demostración o de la mejora de los existentes. En 1956, se funda la publicación *International Social Service Review*, uno de cuyos objetivos era concienciar a la población de las cuestiones relativas a la discapacidad y fomentar el desarrollo de programas de rehabilitación en todo el mundo.

La Declaración sobre el Progreso y el Desarrollo en lo Social, adoptada el 11 de diciembre de 1969, afirmaba las libertades y los principios fundamentales expuestos en la Carta de las Naciones Unidas y enfatizaba la necesidad de proteger los derechos y el bienestar de los discapacitados y de los disminuidos físicos y psíquicos.”

A pesar de los avances que hasta ese momento se habían conseguido, debido a la protección internacional que se brinda a los discapacitados, el aislamiento y la segregación permanecían latentes en la sociedad; por lo que la lucha a favor de los derechos de estas personas, cada vez más, se impulsaba desde un entorno progresista y antidiscriminatorio.

Dentro de este contexto, en los setentas se profiere la Declaración de derechos de las personas con retardo mental (1971), la cual pone de presente la necesidad de ayudar a los retrasados mentales a desarrollar sus aptitudes en las más diversas esferas de actividad, además de fomentar en la medida de lo posible su incorporación a la vida social normal. Esta declaración instituye los derechos a la asistencia médica, y al tratamiento físico que requiera cada caso en particular, así como también a la educación, la capacitación, la rehabilitación y la orientación. Establece el derecho a la seguridad social, económica que les asiste, el derecho a desempeñar un empleo productivo o alguna otra ocupación útil. En este mismo periodo se profiere la Declaración de los derechos de los impedidos de 1975, la cual fomenta la protección de los derechos de estas personas en los niveles nacional e internacional. Pone de manifiesto que los discapacitados deben gozar de iguales facultades políticas y civiles que los demás, incluyendo disposiciones que les permitiesen ser autosuficientes. La Declaración reafirma las prerrogativas de dichos individuos a la educación, a la atención sanitaria y a los servicios de colocación. Establece su asistencia frente a la seguridad económica y social, su derecho al empleo, a vivir con sus familias, a participar en acontecimientos sociales y recreativos, a recibir protección frente a cualquier tipo de explotación, abuso o trato degradante y a disponer de ayuda legal.

A la postre, surgieron otras declaraciones las cuales procuraron reforzar los derechos del ser humano en la sociedad, tales como el “Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales” de 1976, que fijó, entre otras exenciones el compromiso de los Estados partes de garantizar el ejercicio de los derechos sin discriminación alguna, el derecho a trabajar, el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactoria, una remuneración que proporcione un mínimo a todos los trabajadores. Un salario equitativo e igual por trabajo de igual valor, sin distinciones de ninguna especie; el

derecho fundamental de toda persona a estar protegida contra el hambre, al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. Conviene así mismo en que la educación debe capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad libre, prescribe el derecho de toda persona a participar en la vida cultural, gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones.

Cabe aclarar que la vigencia de éstas disposiciones –como toda normativa internacional– queda librado al grado de desarrollo económico, político, social y cultural de un país, por lo cual su implementación varía de un Estado a otro con resultados diferentes.

El “Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos” del mismo año; señala diversas temáticas en cuanto a libertades y garantías esenciales del hombre, entre las cuales se encuentran: la prohibición de la tortura, de penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes, la reafirmación de la igualdad de las personas ante la ley, el derecho sin discriminación a igual protección de la ley. Instituye que la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

En 1979 se expidió la Declaración de la población sordo-ciega; esta declaración propende por la inclusión en la vida social de los sordo-ciegos, por su derecho al trabajo, a la salud, al aprendizaje, a recibir una ayuda personalizada, en su caso mediante guías comunicadores, intérpretes y/o mediadores, entre otros.

Los primeros esfuerzos de la ONU en pro de los derechos de las personas discapacitadas a recibir servicios públicos y de bienestar, se construyeron con el objetivo de mejorar la realidad de los discapacitados, con el fin de integrarlos en la sociedad y ayudarlos en su adaptación física y psicológica. Para ello adicionalmente a estas declaraciones, se planearon programas que tenían como propósito la rehabilitación y la prevención de la discapacidad.

La Organización Mundial de la Salud por su parte, como órgano adscrito a la Organización de Naciones Unidas, en 1980 realizó una Clasificación Internacional de Deficiencias, Discapacidades y Minusvalías (CIDDM), clasificación que fue actualizada en mayo de 2001 y denominada “Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud (CIF)”, categorización que “proporciona una descripción de situaciones relacionadas con el funcionamiento humano y sus restricciones y sirve como marco de referencia para organizar esta información”. Esta tipificación configura un importante instrumento que permite identificar y catalogar la discapacidad en sus diferentes facetas.

En diciembre de 1982, la Asamblea General de las Naciones Unidas por medio de la Resolución 37/52 promulgó el “Decenio de Acción Mundial para las Personas con Discapacidad” y creó el “Programa de Acción Mundial para las Personas con Discapacidad”. La resolución fijó una visión integral de los diferentes ámbitos y aspectos que ésta apareja. A partir de entonces la política en materia de discapacidad gira en torno a tres aspectos principales: prevención, rehabilitación, e igualdad de oportunidades.

La Organización Internacional del Trabajo (organización perteneciente a la ONU), fundamentándose en la Recomendación Sobre la Adaptación y Readaptación Profesionales de los Inválidos de 1955, publicó el Convenio 159 de 1983 Sobre la Readaptación Profesional y el Empleo de Personas Inválidas y la Recomendación 168 de 1983, a través de los cuales se busca que la persona con discapacidad, tenga la posibilidad de acceder a un empleo apropiado y se promueva la integración o la reintegración de ella en la sociedad con participación de la colectividad.

En 1985, se establece una iniciativa internacional para promocionar la prevención de la discapacidad y la rehabilitación eficaz en los niveles nacional y regional. El Fondo Fiduciario del Año Internacional de las Naciones Unidas para los Impedidos pasa a llamarse Fondo Voluntario del Decenio de las Naciones Unidas para los Impedidos.

En 1987 la ONU exhorta a celebrar una convención internacional sobre la eliminación de la discriminación de los discapacitados, lanzar una campaña de información pública y facilitar los materiales de las Naciones Unidas en formatos adecuados para ellos.

Hacia 1988, la Asamblea General solicita a los Estados Miembros que dirijan sus esfuerzos al logro de la igualdad de oportunidades para las personas discapacitadas.

La Asamblea General en 1989, insta al Secretario General que llame la atención de los Estados Miembros acerca de las Directrices de Tallin para el desarrollo de los recursos humanos en la esfera de los impedidos.

En 1991 se expidieron los principios para la protección de los enfermos mentales y para el mejoramiento de la atención en salud mental.

En 1992, la Asamblea General declara el 3 de diciembre de cada año Día Internacional de los Impedidos, y cierra con ello el Decenio de los Impedidos. Asimismo, sintetiza los objetivos de las Naciones Unidas en la órbita de la discapacidad y hace énfasis una vez más en la importancia de la integración plena de los discapacitados en la sociedad, incitando a que en futuras conferencias de las Naciones Unidas se debatan cuestiones relativas a la discapacidad.

En 1993, la ONU por medio de la Resolución 48/96 formuló las “Normas Uniformes: Sobre la Igualdad de Oportunidades para Personas con Discapacidad”. Las Normas resumen el mensaje del Programa de Acción Mundial y se centran en lograr la igualdad de participación en diversas esferas y fomentan la aplicación de medidas y mecanismos de supervisión.

Esta resolución delimitó las nociones fundamentales del término discapacidad, estableciendo los múltiples factores de origen, sus consecuencias y sus repercusiones en las esferas económica, social y cultural; señaló:

“La finalidad de estas Normas es garantizar que niñas y niños, mujeres y hombres con discapacidad, en su calidad de miembros de sus respectivas sociedades, puedan tener los mismos derechos y obligaciones que los demás” (Numeral 15).

La resolución en comento dispuso adicionalmente los compromisos y responsabilidades que debían asumir tanto el Estado como la sociedad frente a los discapacitados; constituyéndose en un instrumento mediante el cual los encargados de formular políticas pueden organizar la cooperación técnica entre los diferentes países y entre las organizaciones internacionales y los organismos gubernamentales a fin de lograr igualdad de oportunidades.

Esta resolución, es un instrumento trascendental y decisivo en materia de protección internacional a los discapacitados. Convirtiéndose en un amparo que ha sido la base de la regulación interna en cuanto a políticas y programas tendientes a la equiparación y readaptación social de las personas discapacitadas.

Por su parte, la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, celebrada en El Cairo en 1994, reconoció la importancia de la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad. Algunos de los objetivos revalidados por la Conferencia fueron: garantizar el respeto de los derechos y la participación en todas las esferas de la vida social, económica y cultural de los discapacitados, crear, mejorar y desarrollar las condiciones necesarias en aras de garantizar la igualdad de oportunidades y la dignidad, promoviendo la autosuficiencia de estas personas.

Durante el mes de mayo de 1995, las Naciones Unidas celebraron en Copenhague, Dinamarca, la Cumbre Mundial sobre Desarrollo Social, en la que se aprobaron la Declaración de Copenhague sobre Desarrollo Social y el Programa de Acción de la Cumbre Mundial sobre Desarrollo Social. La Declaración busca atender las necesidades materiales y espirituales de los individuos desfavorecidos como de sus familias y comunidades; sosteniendo que estos grupos (como el de los discapacitados), merecen una atención especial.

El Comité Preparatorio para la Conferencia de las Naciones Unidas sobre los Asentamientos Humanos, realizada en Estambul, Turquía, en junio de 1996, elabora el proyecto de declaración de principios y compromisos y el proyecto de plan de acción mundial, que gira en torno a las medidas de los gobiernos en favor de las personas discapacitadas.

Por su parte la Organización Panamericana de la Salud en la Declaración de Caracas, dada a partir de la Conferencia Regional para la Reestructuración de la Psiquiatría en América Latina y en la Resolución CD43.R10 del 27 de septiembre de 2001 del Consejo Directivo de la OPS/OMS, instó a los Estados miembros a que desplieguen esfuerzos para crear y actualizar las disposiciones jurídicas que protegen los derechos humanos de las personas con discapacidades mentales.

A medida que estos instrumentos internacionales consagraban prerrogativas a favor de este grupo de individuos, se expandía la cosmovisión que la sociedad adoptaba frente a estas

personas. Logrando con ello que sean aceptadas e integradas dentro de los diferentes quehaceres que la vida en comunidad implica.

De este modo, se concluye que los organismos del Sistema de las Naciones Unidas, protegen de manera amplia los derechos de las personas con discapacidad, señalando los deberes de los Estados y de la sociedad para con ellos; conjuntamente estos estamentos diseñan políticas para prevenir la discapacidad, atenderla y generar condiciones de integración social y de superación de cualquier forma de discriminación.

Cuadro 1.

EVOLUCIÓN DE LA REGLAMENTACIÓN PROFERIDA POR LA ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS EN TORNO A LA DISCAPACIDAD.

DECLARACIÓN, PACTO, RESOLUCIÓN, CONVENIO.	MATERIAS OBJETO DE REGLAMENTACIÓN.
Declaración Universal de los Derechos Humanos. 1948	Reglamenta, promueve y potencia los derechos humanos y las libertades fundamentales. Proclama los derechos personales, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales del hombre.
Declaración sobre el progreso y desarrollo social. 1969	Reafirma los postulados contenidos en la Declaración Universal de Derechos humanos. Hace hincapié en la protección de manera eficaz de los derechos y deberes de los discapacitados.
Declaración de los Derechos de las personas con Retardo Mental. 1971	Promueve los derechos del retrasado mental de gozar hasta el máximo grado de viabilidad, de los mismos derechos que los demás seres humanos. Instituye el derecho a la atención médica y el tratamiento físico, así como a la educación, la capacitación, la rehabilitación y la orientación que les permitan desarrollar al máximo su capacidades y sus aptitudes. Establece su derecho a la seguridad social, económica, el derecho a desempeñar un empleo productivo o alguna otra ocupación útil. Funda la protección de la persona con retardo mental contra toda explotación y todo abuso o trato degradante. Insta la adecuada protección legal a que tienen derecho estas personas.
Declaración de los Derechos de los Impedidos. 1975	Señala que los discapacitados deben gozar de iguales derechos civiles y políticos que el resto de ciudadanos que carecen de alguna discapacidad. Reafirma los derechos de estas personas a la salud, a la atención sanitaria, a los servicios de colocación, a la seguridad económica y social, al

	<p>empleo; a recibir protección frente a cualquier tipo de explotación abuso o trato degradante, entre otros.</p>
<p>Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. 1976</p>	<p>Estableció una serie de prerrogativas tendientes a mejorar la calidad de vida del hombre en torno a los derechos sociales, económicos y culturales que le asisten. Señaló (entre otros derechos) que los Estados debían garantizar el ejercicio de los derechos sin discriminación alguna. Ratifica el derecho a trabajar, el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias, una remuneración que proporcione un mínimo a todos los trabajadores. Un salario equitativo e igual por trabajo de igual valor, sin distinciones de ninguna especie; el derecho fundamental de toda persona a estar protegidos contra el hambre, al disfrute del más alto nivel posible de salud física, el derecho de toda persona a participar en la vida cultura, gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones.</p>
<p>DECLARACIÓN, PACTO, RESOLUCIÓN, CONVENIO.</p>	<p>MATERIAS OBJETO DE REGLAMENTACIÓN.</p>
<p>Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos 1976</p>	<p>Entre las múltiples garantías establecidas por este pacto, se tienen las siguientes: la prohibición de la tortura, de penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes, la reafirmación de la igualdad de las personas ante la ley, el derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, instituye que la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.</p>
<p>Declaración de la Población Sordo Ciega. 1979</p>	<p>Propende por la inclusión en la vida social de los sordo-ciegos, por su derecho al trabajo, por su derecho a la salud, al aprendizaje, a recibir una ayuda personalizada, en su caso mediante guías comunicadores, intérpretes y/o mediadores; entre otros.</p>

<p>Resolución 37/52 de 1982: Decenio de Acción mundial para las personas con discapacidad- Programa de Acción Mundial para las personas con discapacidad.</p>	<p>Esta resolución fijó una visión integral de los diferentes ámbitos y aspectos que apareja la discapacidad. A partir de entonces la política en materia de discapacidad gira en torno a tres aspectos principales de: prevención, rehabilitación, e igualdad de oportunidades. A través de ella se promulgo el Decenio de Acción mundial para las personas con discapacidad- y se creo el Programa de Acción Mundial para las personas con discapacidad.</p>
<p>O.I.T: Convenio 159 de 1983: Sobre Readaptación Profesional y Empleo de Personas Invalidas Recomendación 168 de 1983</p>	<p>Tanto el convenio como la resolución en mención, pretenden que el discapacitado acceda a un empleo apropiado de acuerdo a su condición. Igualmente buscan su integración y reintegración, con apoyo de la sociedad.</p>
<p>Resolución 48/96 de 1993: Normas Uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad.</p>	<p>Las Normas se centran en lograr la igualdad de participación en diversas esferas y fomentan la aplicación de medidas y mecanismos de supervisión, frente a los discapacitados. Esta resolución demarcó las nociones fundamentales del término discapacidad, estableciendo los múltiples factores de origen, sus consecuencias y sus repercusiones en las esferas económica, social y cultural. Delimito las obligaciones de la comunidad y el Estado para con este sector de la sociedad.</p>
<p>OPS/ OMS: Declaración de Caracas 2001 Resolución CD43.R10 de 2001</p>	<p>Instaron a los Estados miembros a que desplieguen esfuerzos para crear y actualizar las disposiciones jurídicas que protegen los derechos humanos de las personas con discapacidades mentales.</p>

1.3.1.2 Parámetros en torno a la discapacidad establecidos por los Organismos Hispanoamericanos de carácter local. En Hispanoamérica, las declaraciones para proteger a los discapacitados han sido mínimas, entre las más sobresalientes se encuentran, la declaración de Cartagena de 1992 sobre Políticas Integrales para las Personas con Discapacidad en el Área Iberoamericana, la cual tiene como objetivos la prevención, el facilitamiento de recursos, servicios y medidas específicas de rehabilitación y la participación activa de las personas discapacitadas en la vida laboral, económica y social del país.

La Organización de Estados Americanos en junio de 1999 aprobó la “Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra las Personas con Discapacidad”, la cual tiene por objetivos:

“[L]a prevención y eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad, propiciar su plena integración en la sociedad” (Art.11) (a través de la cual se comprometió principalmente a los Estados parte, a) adoptar las medidas de carácter legislativo, social, educativo, laboral o de cualquier otra índole, necesarias para eliminar la discriminación contra las personas con discapacidad y propiciar su plena integración en la sociedad...”.

En este nivel, también se encuentra la Declaración de Panamá de 2000, bajo el eslogan: La Discapacidad un Asunto de Derechos Humanos: El Derecho a la Equiparación de Oportunidades y el Respeto a la Diversidad. La referida declaración establece que los países Iberoamericanos deben proteger especialmente a los niños y adolescentes en materias de educación, trabajo, salud y discriminación.

La Convención de Quito del año 2003 formula que los Estados parte deben encaminar su labor a facilitar y promover la igualdad de oportunidades para las personas discapacitadas en todos los ámbitos de la vida política, económica, social y cultural. Apoya la elaboración de una convención que se base en los derechos y principios internacionalmente reconocidos y que refleje la universalidad, indivisibilidad e interdependencia de todos los derechos humanos y el principio de no discriminación.

Frente a este panorama, se tiene que la serie de construcciones internacionales en pro de la defensa de los derechos de los discapacitados, reflejan el interés que en las últimas décadas ha mostrado la sociedad mundial y americana por su inclusión. Con lo cual se ha expuesto la necesidad de forjar un tejido social que se adapte a las necesidades y situaciones particulares que este grupo de individuos afrontan en su existencia.

Las disposiciones internacionales debido a sus estructuras eminentemente garantes, han logrado permear los diferentes ordenamientos jurídicos de aquellos países que vislumbran sus alcances y posibilidades de aplicación.

Es así, que mediante estos instrumentos, se proyecta convertir a la sociedad en un verdadero espacio plural, que reconozca, respete y acepte las situaciones diferentes y

diversas en las que el asociado se encuentra. Llegando a consensos diligentes y explorativos que permitan una integración y correlación social óptima.

Colombia atendiendo oportuna y cabalmente a estas perspectivas que se desarrollan en el contexto mundial, ha incorporado a la normatividad interna muchas de las recomendaciones, resoluciones y pactos, que han favorecido en cierto grado la salvaguarda e inserción de los discapacitados en el mercado laboral, y en las distintas esferas de la sociedad Colombiana.

Tal incorporación ha sido posible gracias al bloque de constitucionalidad, en virtud del cual normas supralegales que no aparecen tipificadas expresamente en el texto constitucional pueden ser catalogadas como tal, debido a sus contenidos y a la manifestación constitucional acerca de que estas disposiciones ostentan una naturaleza que está inserta dentro de la normativa constitucional.

El bloque de constitucionalidad permite agregar normatividad supralegal (tratados y convenios internacionales en torno a la discapacidad), a través de diversas técnicas de remisión establecidas por la Constitución, entre estas técnicas se debe lograr una sincronía sistemática. Para conocerlas, es necesario acudir al derecho comparado el cual permite esclarecer las diferentes clases de remisión. En este orden de ideas se tiene que:

“[E]xisten cinco técnicas básicas de reenvío, que es posible clasificar desde las más cerradas y jurídicamente seguras, hasta las más abiertas y complejas, así: i) la remisión a textos cerrados y definidos, como cuando varias constituciones latinoamericanas incorporan la Convención Interamericana; ii) el reenvío a textos cerrados, pero cuya determinación suscita algunas polémicas e incertidumbres, como cuando el Preámbulo de la Constitución de Francia de 1946 (que hace parte del bloque por la remisión del Preámbulo de la Carta de 1958) a su vez remite “a los principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República”, pues no se sabe taxativamente cuáles son esas leyes ni esos principios; iii) la remisión a textos por desarrollar, como cuando la Constitución española se refiere a los estatutos de autonomía que serían ulteriormente aprobados; iv) las remisiones abiertas a valores y principios, como la cláusula de derechos innominados de la IX enmienda de la Constitución estadounidense; y v) finalmente, la remisión a otros valores por medio del uso de conceptos particularmente indeterminados, como la cláusula del debido proceso sustantivo en Estados Unidos, en donde los debates en torno a la integración se confunden con los problemas de interpretación”.

Luego de este breve acercamiento a la técnicas de reenvío, es dable manifestar que la Constitución colombiana no utiliza la técnica mas segura, es decir, la remisión a textos cerrados precisos, pero incorpora en su quehacer los restantes medios de remisión; por tanto a través de ellos, el ordenamiento jurídico Colombiano se ha nutrido de los lineamientos contenidos en tratados y convenios internacionales, llegando a consagrar en la Carta Constitucional la obligatoriedad de tales disposiciones como las derivadas del artículo 53 al prescribir los principios mínimos del trabajo. Dicho artículo dispone: “Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna”.

Frente a esta precisa disposición la Corte aplica la remisión a un texto cerrado e indeterminado.

Respecto a este artículo constitucional Rodrigo Uprimny manifiesta:

“La Corte Constitucional, luego de algunas vacilaciones, ha acogido la doctrina de que a pesar de que el artículo 53 de la Carta pareciera establecer una excepción en materia de derechos humanos, al disponer que ésta es una norma especial, ha concluido que una interpretación sistemática lleva al siguiente resultado: esos convenios tienen rango constitucional. Para llegar a esta conclusión, la Corte acogió una interpretación sistemática y axiológica, según el cual, si la Constitución colombiana es una Constitución fundada en el trabajo (como derecho y principio), éste amerita especial protección del Estado. Por consiguiente, y si los convenios de la O.I.T. son relativos al trabajo sería un contrasentido afirmar que una Constitución que en su artículo 25 ordena una especial protección al trabajo, por otro lado excluya del bloque de constitucionalidad a los convenios específicos referidos al trabajo” .

Es de este modo, como el bloque de constitucionalidad, ha permitido que el país acoja parámetros jurídicos internacionales que permiten la adopción interna de estrategias y líneas de acción en torno a planes, programas y política pública en discapacidad, las cuales se reitera encuentran en tales medidas sustento y bases prolijas que permiten su ampliación, difusión y ejecución.

Es tal la acogida e importancia que ha suscitado la aplicación de los convenios, recomendaciones y resoluciones emitidos por los múltiples organismos internacionales, que:

“Conforme a la jurisprudencia de la Corte, todos los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia, aunque con algunas diferencias sutiles, hacen parte del bloque de constitucionalidad en sentido estricto. Incluso en cierto sentido, no solo los tratados sino la interpretación que de los tratados hagan las instancias internacionales de protección, como la Comisión Interamericana, la Corte Internacional, los órganos de control de la O.I.T, tienen una cierta fuerza constitucional. Aunque en este punto, la Corte Constitucional ha sido un poco ambigua, en general ha reconocido que la jurisprudencia de los órganos internacionales de derechos humanos es una doctrina particularmente importante y relevante cuando se va a interpretar la Constitución, toda vez que, si los derechos constitucionales deben ser interpretados de conformidad con los tratados; deben ser interpretados de conformidad con la interpretación que de los tratados hacen los órganos autorizados a nivel internacional, que en el sistema interamericano sería la Comisión Interamericana y la Corte Interamericana”.

De esta forma, el bloque de constitucionalidad se ha convertido en una herramienta indispensable en el país a la hora de expandir y aplicar las prerrogativas internacionales que trabajan la discapacidad y los derechos humanos de este sector poblacional. Es en virtud de él, que la constitución y la normatividad nacional se adapta a las nuevas y cambiantes

dinámicas sociales y realidades históricas que propulsan las sociedades actuales hacia la adaptación de la comunidad, sin limitación alguna, frente a los discapacitados.

Cuadro 2.
EVOLUCIÓN DE LA REGLAMENTACIÓN PROFERIDA POR LOS ORGANISMOS
HISPANOAMERICANOS DE CARÁCTER LOCAL EN TORNO A LA DISCAPACIDAD.

DECLARACIÓN, CONVENCIÓN, RESOLUCIÓN.	MATERIAS OBJETO DE REGLAMENTACIÓN.
<p>Declaración de Cartagena: Sobre Políticas Integrales para las Personas con Discapacidad en el Área Iberoamericana. 1992</p>	<p>Tiene como objetivos la prevención, el facilitamiento de recursos, servicios y medidas específicas de rehabilitación y la participación activa de las personas discapacitadas en la vida laboral, económica y social del país.</p>
<p>O.E.A: Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra las Personas con Discapacidad. 1999</p>	<p>Busca la prevención y eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad, al igual que su plena integración en la sociedad. Por medio de ella se compromete a los Estados parte a adoptar las medidas de carácter legislativo, social, educativo, laboral o de cualquier otra índole, necesarias para eliminar la discriminación contra las personas con discapacidad y propiciar su plena integración en la sociedad.</p>
<p>Declaración de Panamá: La Discapacidad un Asunto de Derechos Humanos: El Derecho a la Equiparación de Oportunidades y el Respeto a la Diversidad. 2000</p>	<p>Por medio de ella los países Iberoamericanos, protegen especialmente a los niños y adolescentes en materia de educación, trabajo, salud y discriminación.</p>

<p style="text-align: center;">Convención de Quito 2003</p>	<p>Establece que los Estados parte deben propiciar la igualdad de oportunidades para las personas discapacitadas en todos los ámbitos de la vida política, económica, social y cultural. Reitera que es precisamente a través de la promoción de los derechos de las personas con discapacidad y la identificación de los mecanismos idóneos para asegurar su ejercicio, como, cada Estado, actuando en el marco de sus competencias soberanas y teniendo en cuenta su nivel de desarrollo, adopta las medidas necesarias para garantizar el acceso de las personas con discapacidad a una mejor calidad de vida.</p>
---	---

1.3.2 Marco jurídico nacional. Atendiendo a la normativa internacional y a los mandatos de la Constitución Política de 1991, en el ámbito nacional también se han adoptado diversas medidas tendientes a proteger los derechos y garantías de la población discapacitada, para contrarrestar los tratamientos discriminatorios y excluyentes, que lesionan su dignidad, y los demás derechos que les asisten como personas e integrantes de un sector vulnerable.

Estas medidas están contenidas en leyes, decretos, resoluciones y acuerdos que contribuyen a la realización de las disposiciones previstas en el ámbito internacional, al querer del constituyente y de toda la administración estatal en pro de mejorar ostensiblemente la calidad de vida de estos sujetos.

La promulgación de disposiciones a favor de los discapacitados tuvo algunos antecedentes previos a la expedición de la nueva Carta Política Colombiana de 1991, de los que vale la pena citar el Decreto 2358 de 1981 que creó el Sistema Nacional de Rehabilitación; la Ley 50 de 1988 y el Decreto 2177, que normativizaron aspectos de educación, readaptación y reubicación laboral; y la Ley 82 de 1989 que ratificó el Convenio 159 de la OIT.

Con la entrada en vigencia de la Constitución de 1991, la normatividad alusiva a los derechos de la población con discapacidad y a los deberes del Estado y la sociedad para con ellos se ha venido fortaleciendo, por cuanto, en dicho estatuto:

“[S]e encuentran varios artículos que hacen mención expresa a la protección, atención, apoyo e integración social de las personas con discapacidad. Adicionalmente, en la Carta Magna se definen otra serie de derechos fundamentales, sociales, económicos y culturales, que tienen un carácter universal y por tanto cubren también a quienes presenten algún tipo de limitación o de discapacidad”.

Entre los artículos que se relacionan con el tema objeto de esta investigación se encuentran: el artículo 13 referente a la obligación estatal de proteger a aquellas personas que por diversas situaciones se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta; el artículo 25 alusivo al trabajo como derecho y obligación social que debe realizarse en condiciones dignas y justas; el artículo 47 que prevé el deber para el ente estatal de adelantar políticas de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, psíquicos y sensoriales; el artículo 48 prescribe que la seguridad social es un servicio público, obligatorio y a la vez un derecho irrenunciable de todos los habitantes; por su parte, el artículo 49 señala que todas las personas tienen derecho al acceso de los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud; a su vez el artículo 54 garantiza a los disminuidos el derecho a un trabajo que tenga en cuenta su estado de salud; y el artículo 68 prescribe para el Estado la obligación de erradicar el analfabetismo y brindar educación a las personas con algún tipo de limitación.

Estas son algunas disposiciones constitucionales que regulan en concreto los derechos de la población discapacitada, sin embargo, en este estatuto existen otras prerrogativas de carácter general que también atañen a este sector al ser parte de la población colombiana.

Con la Constitución de 1991, el Estado colombiano en cumplimiento de los deberes asignados por la misma, ha sido prolijo en estipular regulaciones a favor de los disminuidos físicos, síquicos y sensoriales, atendiendo las disposiciones constitucionales. En Colombia se han promulgado diversas leyes, decretos, resoluciones relativos a la población minusválida de los cuales se sintetizaran algunos, al estar estrechamente relacionados con el tema de estudio del presente trabajo.

1.3.2.1 Leyes que regulan la discapacidad en Colombia. En materia de leyes, en el campo de salud, se expidió la Ley 100 de 1993 que creó el “Sistema de Seguridad Social Integral”, que tiene como objetivo garantizar los derechos irrenunciables de la persona y la comunidad para obtener la calidad de vida acorde con la dignidad humana, mediante la protección de las contingencias que la afecten, estipula disposiciones específicas en relación con la invalidez y la discapacidad:

“En el caso del Sistema de Salud, se prevé que toda la población será cubierta en lo relacionado con la promoción de la salud, la prevención de la enfermedad y la atención y recuperación; además señala que las personas con discapacidad sin capacidad de pago serán beneficiarios del Régimen Subsidiado, y que en el caso del Régimen Contributivo la cobertura familiar incluye a las personas con discapacidad permanentes con mayoría de edad”.

Posteriormente se expidió Ley 361 de 1997 por la cual se establecen mecanismos de integración social de las personas con limitación y se dictan otras disposiciones, convirtiéndose en la ley más importante que ha sido expedida en el país con el fin de soslayar los obstáculos que afrontan los discapacitados. En esta ley se reconoce las prerrogativas que a ellos les asisten; este instrumento legislativo pretende dignificar su

existencia y garantizar su derecho a la igualdad, para ello adopta diversas medidas en varios campos de acción para contrarrestar las barreras de discriminación:

“Esta ley ha sido un importante logro en lo que se refiere a la protección de las personas con discapacidad, puntualiza diversos aspectos en relación con los derechos fundamentales de las personas con limitación y establece obligaciones y responsabilidades del Estado en sus diferentes niveles para que las personas que se encuentren en esta situación puedan alcanzar su completa realización personal y su total integración social; es así como se ocupa de asuntos como la prevención, la educación, la rehabilitación, la integración laboral, el bienestar social y la accesibilidad”.

Con fundamento en esta norma, se constituyó el Comité Consultivo Nacional de las Personas con Limitación cuyo objetivo es velar porque se cumplan las políticas, estrategias y programas que garanticen la integración social del discapacitado. Este aspecto fue objeto de reglamentación por parte del decreto 276 de 2000, que fijó la conformación, definió las funciones y señaló el funcionamiento de ese comité, al igual que precisó las funciones del Secretario Técnico, definió la coordinación del Comité Consultivo Nacional en la Consejería Presidencial para la Política Social y reglamentó la conformación y funciones de los Grupos de Enlace Sectorial.

En 1997 se promulgó la ley 368 mediante la cuál se creó la Red de Solidaridad Social a la que se le asignaron entre otras funciones, la de adelantar y coordinar programas a favor de las personas que padezcan discapacidades físicas o mentales.

La ley 443 de 1998 y sus decretos reglamentarios 1571 y 1572 de 1998 regularon la carrera administrativa, con la finalidad de garantizar en igualdad de condiciones el acceso al servicio público, a empleos de carrera administrativa a aquellas personas que sufran de alguna limitación, con el fin de proporcionarles un empleo acorde con su estado de salud.

Luego se expidió La ley 762 de 2002, mediante la cual se aprobó la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad.

Por otra parte, en materia de empleo, además de los estímulos establecidos en la ley 361 de 1997, se encuentra la ley 789 de 2002, que en su artículo 13 señala la exención en el pago de aportes al ICBF, SENA y cajas de compensación familiar a las empresas que vinculen trabajadores adicionales a los que tenía en promedio en el año 2002, y cuando entre estos trabajadores se encuentran personas con discapacidad comprobada no inferior al 25%, si estos trabajadores no devengan más de 3 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

1.3.2.2 Decretos nacionales que reglan aspectos tendientes al manejo de la discapacidad. Con el mismo objetivo, se han expedido algunos decretos como es el caso del decreto 970 de 1994 que promulga el Convenio sobre readaptación profesional y el empleo de personas inválidas; el decreto 1295 de 1994, que establece las prestaciones económicas y asistenciales para los trabajadores que sufren accidentes de trabajo y/o se les diagnostica

enfermedad profesional; el decreto 692 de 1995 que adopta el manual de calificación de invalidez; también se promulgaron los decretos 2226 de 1996 y 1152 de 1999 que le asignaron al Ministerio de Salud funciones relacionadas con la dirección, orientación, vigilancia y ejecución de los planes y programas que en el campo de la salud, se refieran a la tercera edad, indigentes, minusválidos y discapacitados; el decreto 917 de 1999 sobre el “Manual Único de calificación de pérdida de capacidad laboral” que tiene en cuenta los componentes funcionales biológicos, psíquicos y sociales del ser humano, entendidos en términos de las consecuencias de la enfermedad, el accidente o la edad; el decreto 1128 de 1999 que reestructura el Ministerio de trabajo, asignándole funciones con respecto al tema de discapacidad.

Mediante el decreto 205 de 2003 se fusionaron los Ministerios de Salud y de Trabajo en el Ministerio de Protección Social, atribuyéndosele la competencia, de proponer y promover la ejecución de políticas de readaptación profesional y generación de empleo para personas con discapacidad, en coordinación con las demás direcciones generales del Ministerio, es decir, con las Direcciones de Salud Pública, de Riesgos profesionales, de Empleo, entre otras.

1.3.2.3 Resoluciones que reglamentan y acuerdos que adoptan medidas en torno a la situación de discapacidad. En cuanto a las resoluciones que se han expedido alusivas al tema en estudio están las resoluciones 5261 de 1994 que adoptó el manual de actividades, intervenciones y procedimientos del Plan Obligatorio de Salud en el Sistema de Seguridad Social en Salud, en el que se incluyen las actividades y procedimientos de rehabilitación; la resolución 4288 de 1996 que define el Plan de Atención Básica, el cual contiene acciones de promoción de la salud y prevención de la enfermedad para toda la población; la resolución 3165 de 1996 prevé los lineamientos de atención en salud para las personas con deficiencias, discapacidades y minusvalías; la resolución 238 de 1999 establece las normas técnicas, científicas y administrativas que contienen los requisitos esenciales para la prestación de servicios de salud que incluye los servicios relacionados con psiquiatría, medicina física y rehabilitación, terapia ocupacional física y del lenguaje, etc; la resolución 2569 de 1999 califica el origen del ATEP (Accidente de trabajo y enfermedad profesional), la resolución 612 de 2000 asigna funciones a las Juntas de Calificación de la Invalidez, por su parte, la resolución 1896 de 2001 adoptó la Clasificación Única de Procedimientos en Salud, incluyendo los procedimientos relacionados con el desempeño funcional y la rehabilitación.

“El Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud ha expedido los Acuerdos 72 de 1997 por medio del cual se define el Plan de Beneficios del Régimen Subsidiado y 74 de 1997 que adiciona al Plan de Beneficios del Régimen Subsidiado la atención necesaria para la Rehabilitación Funcional de las personas con deficiencia, discapacidad o minusvalía; de igual manera incorpora el acuerdo 77 de 1997 que define la forma y condiciones de operación del Régimen Subsidiado, incluyendo como prioritarios para la afiliación a la población con limitaciones físicas, síquicas o sensoriales; el acuerdo 117 de 1998 por ordena el obligatorio cumplimiento de las actividades, procedimientos e intervenciones de demanda inducida y la atención de enfermedades de interés en salud pública”.

Las demás áreas del derecho, no han dejado de lado la protección que asiste a las personas discapacitadas, por ello en sus respectivos estatutos han previsto diferentes disposiciones en las que rescatan los derechos de esas personas al proteger sus bienes, regular los actos que pueden desempeñar y las obligaciones que pueden contraer, en el marco de su dignidad humana.

En forma general, esta normatividad ha tenido en cuenta todas las clases de discapacidad, pero desafortunadamente su implementación no ha llegado a toda la población con discapacidad del país.

De lo anterior se puede apreciar que la protección de los derechos de estas personas, está prevista no solo a nivel constitucional sino también legal en una serie de leyes, códigos, decretos, resoluciones y acuerdos, cuya semejanza radica en la responsabilidad atribuida al ente estatal, a sus organismos y a la comunidad en general de respetar los derechos y garantías de los discapacitados, así como también en prohibirles el ejercicio de prácticas discriminatorias y excluyentes hacia ese sector poblacional que durante toda la historia ha debido afrontar las consecuencias que su estado de salud le ha traído aparejadas y del cual no son culpables.

De la recopilación de normas antes descrita, cabe resaltar que la situación de la población discapacitada ha ocupado la atención de los diversos organismos tanto nacionales como internacionales, lo que pone en evidencia que la situación que este sector afronta escapa toda frontera y no es propia de las sociedades en vía de desarrollo, por cuanto, hasta en los Estados más civilizados se presenta la violación de los derechos de estas personas con el consecuente incremento de los factores de discriminación y aislamiento a los que hasta hoy se ven sometidos.

La sociedad y el Estado deben cambiar la visión hacia ellos, dejando de lado las concepciones retrógradas que los perciben como seres inútiles e improductivos, incapaces de salir adelante o de valerse por sí mismos, ya que la población discapacitada ha demostrado tener toda la disposición de salir adelante. Muestra de ello son los diferentes logros que en los últimos tiempos han conseguido en los diversos sectores en los que deben desenvolverse, lo cual evidencia que el estado de salud que los aqueja no puede convertirse en un obstáculo para que alcancen sus objetivos. Lastimosamente gran parte de los beneficios obtenidos han sido fruto de la lucha de estas personas por conseguir la reivindicación de sus derechos cuando se han visto obligados a acudir a los múltiples organismos estatales en aras de obtener la protección y el cabal cumplimiento de las prerrogativas reconocidas a su favor en la Constitución y en la ley, pero que a pesar de tal reconocimiento son ignoradas por quienes están llamados a cumplirlas y garantizarlas sin necesidad de ser constreñidos a ello.

Cuadro 3.

EVOLUCION DEL ORDENAMIENTO JURIDICO COLOMBIANO EN TORNO A LA REGULACIÓN DE LA DISCAPACIDAD.

LEY, DECRETO, RESOLUCIÓN, ACUERDO.	MATERIA OBJETO DE REGLAMENTACIÓN.
Constitución Política de 1886	Inaugura la protección constitucional sobre amparo de los trabajadores en sus sitios de trabajo.
Ley 57 de 1915 "Ley Uribe Uribe"	Reglamentó los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales, al igual que consagró las prestaciones económico asistenciales que de éstos se derivan, la responsabilidad del empleador, las clases de incapacidad y la indemnización de limitaciones físicas causadas por el trabajo.
Ley 44 de 1939	Consagró las indemnizaciones por accidentes de trabajo
Decreto 2350 de 1944	Estableció los fundamentos para el Código Sustantivo del Trabajo, señalando la obligación de proteger al trabajador en el desempeño de su actividad laboral.
Ley 6ª de 1945 - Decretos reglamentarios 1600 y 1848 de 1945.	Diferenciaron la enfermedad común de la enfermedad profesional y el accidente de trabajo para el sector público, del accidente de trabajo para el sector privado.
Código Sustantivo del Trabajo 1950	Implementó el desarrollo normativo de la salud ocupacional y de la protección al trabajador en el desempeño de sus funciones.
Decreto 947 de 1970	Erradicó las diferencias legales con relación a los empleados públicos y a los trabajadores oficiales inválidos, determinando que tendrían los mismos derechos y si éstos se desconocían habría un despido injusto.
Decreto 3164 de 1979	Por medio del cual el Instituto Colombiano de Seguros Sociales asumió los riesgos de trabajo, constituyéndose como la entidad de protección

	estatal por excelencia de las contingencias laborales.
Resolución 2413 de 1979	Prescribió el margen de actuación que deben observar las empresas y los trabajadores dedicados a la construcción para evitar accidentes de trabajo.
Decreto 2358 de 1981	Creó el Sistema Nacional de Rehabilitación.
Decreto 776 de 1987	Modificó la Cuadro de valoraciones de incapacidades generadas por accidentes de trabajo.
Decreto 778 de 1987	Elevó a 40 el número de enfermedades profesionales.
Ley 50 de 1988 - Decreto reglamentario 2177 de 1988	Regularon aspectos atinentes a educación, readaptación y reubicación laboral.
LEY, DECRETO, RESOLUCIÓN, ACUERDO	MATERIA OBJETO DE REGLAMENTACIÓN.
Decreto 2177 de 1989	Consagró directrices importantes sobre readaptación profesional y empleo a personas inválidas.
Constitución Política de 1991	Consagró aspectos de gran relevancia en beneficio de la población discapacitada, como es el caso de hacerla merecedora de una protección especial al encontrarse en estado de debilidad manifiesta. Igualmente estipuló que sería un deber estatal el adelantar políticas de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, psíquicos y sensoriales; entre otros aspectos; consagró el derecho irrenunciable de toda persona a la seguridad social, que comprende el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud; garantizó a los disminuidos el derecho a un trabajo que tenga en cuenta su estado de salud; y prescribió para el Estado la obligación de erradicar el analfabetismo y brindar educación a las personas con algún tipo de limitación. Entre otros tantos aspectos.

Ley 100 de 1993	Creó el “Sistema de Seguridad Social Integral” que tendría entre sus objetivos el garantizar los derechos irrenunciables de la persona y de la comunidad en el marco de la dignidad humana, mediante la protección de las contingencias que les afecten, estipulando disposiciones específicas en relación con la invalidez y la discapacidad, señaló además que las personas con limitación, sin capacidad de pago serían beneficiarias del Régimen Subsidiado, y que en el caso del Régimen Contributivo la cobertura familiar incluiría a los mayores de edad con discapacidad permanente.
Decreto 970 de 1994	Proclamó el Convenio sobre readaptación profesional y el empleo de personas inválidas.
Decreto 1295 de 1994	Estableció prestaciones económicas y asistenciales a favor de aquellos trabajadores que sufran accidentes de trabajo y/o se les diagnostique enfermedad profesional.
Resolución 5261 de 1994	Adoptó el manual de actividades, intervenciones y procedimientos del Plan Obligatorio de Salud en el Sistema de Seguridad Social en Salud. En el se incluyeron las actividades y procedimientos de rehabilitación.
Decreto 692 de 1995	Adoptó el manual de calificación de invalidez.
Decreto 2226 de 1996	Le asignó al Ministerio de Salud funciones relacionadas con la dirección, orientación, vigilancia y ejecución de los planes y programas que en el campo de la salud, se refieran a la tercera edad, indigentes, minusválidos y discapacitados.
Resolución 3165 de 1996	Fijó los lineamientos de atención en salud para las personas con deficiencias, discapacidades y minusvalías.

LEY, DECRETO, RESOLUCIÓN, ACUERDO	. MATERIA OBJETO DE REGLAMENTACIÓN.
--------------------------------------	-------------------------------------

Resolución 4288 de 1996	Definió el Plan de Atención Básica que contiene acciones de promoción de la salud y prevención de la enfermedad para toda la población
Ley 361 de 1997	Estableció mecanismos de integración social para las personas con limitación, señalando las prerrogativas que les asisten, estipulando obligaciones y responsabilidades del Estado en sus diferentes niveles para que ellas alcancen su completa realización personal y su total integración social. Mediante ésta ley se creó el Comité Consultivo Nacional de las Personas con Limitación a quien se le asignó la función de velar porque se cumplan las políticas, estrategias y programas que garanticen la integración social del discapacitado.
Ley 368 de 1997	Creó la Red de Solidaridad Social a la que se le asignaron entre otras funciones, la de adelantar y coordinar programas a favor de las personas que padezcan discapacidades físicas o mentales.
Acuerdos 72 de 1997	Definió el Plan de Beneficios del Régimen Subsidiado.
Acuerdo 74 de 1997	Adicionó al Plan de Beneficios del Régimen Subsidiado la atención necesaria para la rehabilitación funcional de las personas con deficiencia, discapacidad o minusvalía.
Acuerdo 77 de 1997	Definió la forma y condiciones de operación del Régimen Subsidiado, incluyendo como prioritizables para la afiliación, a la población con limitaciones físicas, síquicas o sensoriales.
Acuerdo 117 de 1998	Estipuló el obligatorio cumplimiento de las actividades, procedimientos e intervenciones de demanda inducida y la atención de enfermedades de interés en salud pública.
Ley 443 de 1998 Decretos reglamentarios 1571 y 1572.	Regularon la carrera administrativa, con la finalidad de garantizar en igualdad de condiciones el acceso al servicio público y a empleos de carrera administrativa a aquellas personas que sufran de alguna limitación.

Decreto 1152 de 1999	Le asignó al Ministerio de Salud funciones relacionadas con la dirección, orientación, vigilancia y ejecución de los planes y programas que en el campo de la salud, se refieran a la tercera edad, indigentes, minusválidos y discapacitados.
Decreto 917 de 1999	Introdujo el “Manual Único de calificación de pérdida de capacidad laboral”, el cual debería tener en cuenta los componentes funcionales biológicos, psíquicos y sociales del ser humano, entendidos en términos de las consecuencias de la enfermedad, el accidente o la edad..
Resolución 238 de 1999	Estableció las normas técnicas, científicas y administrativas que contienen los requisitos esenciales para la prestación de servicios de salud que incluye los servicios relacionados con psiquiatría, medicina física y rehabilitación, terapia ocupacional física y del lenguaje, entre otros.
LEY, DECRETO, RESOLUCIÓN, ACUERDO	MATERIA OBJETO DE REGLAMENTACIÓN
Resolución 2569 de 1999	Calificó el origen del Accidente de trabajo y la enfermedad profesional.
Decreto 276 de 2000	Fijó la conformación, definió las capacidades y señaló el funcionamiento del Comité Consultivo Nacional de las Personas con Limitación.
Resolución 612 de 2000	Asignó funciones a las Juntas de Calificación de Invalidez.
Resolución 1896 de 2001	Adoptó la Clasificación Única de Procedimientos en Salud, incluyendo los procedimientos relacionados con el desempeño funcional y la rehabilitación.
Ley 762 de 2002	Aprobó la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, consagró de manera específica la prohibición de cualquier forma de discriminación o exclusión de las personas con discapacidad.

Ley 789 de 2002	Concertó estímulos para quienes contraten empleados que sufran algún tipo de limitación.
Decreto 205 de 2003	Fusionó los Ministerios de Salud y de Trabajo en el Ministerio de Protección Social, a quien se le atribuyó la competencia, de proponer y promover la ejecución de políticas de readaptación profesional y generación de empleo para personas con discapacidad.

1.4 LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES: PARÁMETROS ORIENTADORES DE LAS RELACIONES JURÍDICO LABORALES DE LOS TRABAJADORES DISCAPACITADOS.

En Colombia, los principios de igualdad, del trabajo y de solidaridad fueron consagrados en el preámbulo de la Constitución como un conjunto de valores y metas que inspiran el ordenamiento jurídico, en palabras del reconocido constitucionalista Diego Younges Moreno:

“El preámbulo no solo identifica los anhelos de una comunidad política, sino que es también un conjunto de derroteros jurídicos para la acción del Estado, y a su vez constituye sus cimientos” .

De allí que éstos principios, sean no simplemente postulados retóricos sino una fuente inagotable de interpretación para todas las autoridades estatales y sobre todo normas de obligatoria observancia tanto para la administración pública como para los particulares. Por ello, éstos principios han tenido un amplio desarrollo a nivel constitucional, legal, doctrinario y jurisprudencial.

1.4.1 La Cláusula de Estado Social de Derecho y el Principio de Dignidad Humana. El Principio de Dignidad Humana ha sido erigido como valuarte del Ordenamiento Jurídico Colombiano, a raíz de la promulgación de la Constitución Política de 1991, y en consecuencia de la consagración del Estado Constitucional Colombiano como un Estado Social y Democrático de Derecho.

El principio de Dignidad Humana deriva de la concepción de que todos los individuos por el hecho de pertenecer a la especie humana se encuentran en calidad de titulares de unos derechos naturales, inherentes y anteriores al hombre.

En un comienzo, éste principio fue abordado desde la perspectiva de las comunidades religiosas que reconocían en el hombre un valor intrínseco y absoluto, por la sencilla razón de ser hijos de Dios y así compartir tal titularidad con los demás, por ser iguales ante los ojos de la divinidad. Hoy, este postulado es el reflejo de luchas, conquistas y reivindicaciones del hombre producto de las revoluciones sociales de la Modernidad.

Como principio se ha tornado en un concepto dotado de valor en la medida en que es una cualidad inherente de la persona que conduce al mejoramiento de su integridad, contribuyendo a conseguir la armonía y la independencia que necesita y a la que aspira.

La Dignidad Humana por ello es un valor universal que fortalece la maduración personal de cada individuo y le permite eliminar obstáculos que le impidan crecer como ser humano en todo el sentido de la palabra.

En cuanto al origen del concepto tal como se lo entiende hoy, se puede decir que hunde sus raíces en la concepción kantiana del ser, cuyo exponente, en la obra la “metafísica de las costumbres”, sustenta su máxima idea de dignidad: el hombre no es un medio para un fin, es un fin en sí mismo, estableciendo de modo categórico que el principio de dignidad humana es un valor que no admite relativismo de ninguna clase, ya que por ser tal, no es dable condicionarlo a ninguna circunstancia.

El principio de Dignidad Humana, ética y moralmente hablando, se deriva de la aceptación del valor que se le otorga a la vida de una persona, cualquiera sea ésta, pues queda claro que de todo valor, es decir, de todo juicio, se refleja un principio.

El sustento del principio fundante del cual se desprenden todos los demás, es decir, de la dignidad de la persona, se encuentra en el reconocimiento de la inteligencia, capacidad y libertad del hombre para trascender y transformar el mundo, lo cual demuestra la diferencia que existe entre la especie humana y las demás especies terrenales. De ahí que se pueda palpar la dignidad en la persona, porque realmente la posee de manera connatural, es decir está dada desde siempre.

Este principio llamado “magno” por los Estados Constitucionales contemporáneos, supone ciertas actitudes para llevarlo a la práctica, o sea al avance desde el reconocimiento hacia la materialización, entre ellas se encuentran el respeto, la justicia y la utilidad. El primero hace relación al merecimiento que tiene todo individuo de ser tratado con consideración, esto significa de acuerdo a su condición de persona, pues existe prohibición expresa en el articulado constitucional respecto a su cosificación y manipulación, puesto que el valor del ser humano difiere sustancialmente del de las cosas, ya que éstos poseen una cualidad que aquellas no: su identidad y su imposibilidad de reemplazo. Por su parte, la justicia se vincula con los criterios de equidad e igualdad, estableciéndose que se debe ser justo practicando tratamientos igualitarios atendiendo a la máxima del derecho desigual: tratar a los iguales como iguales y a los desiguales como desiguales, de lo cual se desprende que la justicia depende del tratamiento que se asuma en circunstancias similares para resolver una situación de facto. En cuanto al criterio de utilidad, se establece que con el respeto y la justicia que se debe observar en las relaciones que sostengan los individuos, debe brillar la idea de propender por el mayor beneficio a un gran número de personas.

Estos criterios armoniosamente acoplados deben guiar el reconocimiento de la dignidad humana en todos los seres pertenecientes a esta especie, lo que se traduce en la aceptación de la creencia de que tal consideración está exonerada de la pertenencia de una persona a determinado status, condición social o posesión de rasgos socialmente deseados, amén de que su observancia supone un conjunto de limitantes como la abstención de ejercer tratos crueles inhumanos o degradantes, o simplemente de reducir a la persona a la

condición de objeto para obtener intereses ajenos egoístas, además de que supone la vinculación de todos los organismos que conforman el poder público a su reconocimiento, respeto y consolidación a través de la estimación de que toda persona posee necesidades que merecen ser atendidas, aspiraciones, metas y proyectos que ameritan la elaborada cooperación y solidaridad del Estado y de la sociedad.

De allí que la Dignidad humana se encuentre estrechamente ligada a la concepción de derechos humanos, pues es ella su sustento y fundamento, su soporte moral y su legitimidad. Por ende, los derechos humanos no son más que expresión soberana de aquel principio que se materializa y concreta cuando se respeta y reconoce a todo hombre como persona.

“Respetar, por tanto, al hombre como persona es tratarlo según su propia dignidad, es dejarlo ser quien es, es aceptar su ser y permitirle que sea ante los demás. Reconocer al hombre como persona supone admitir su núcleo de juridicidad y aceptarlo como titular de derechos”.

Respetar no solo implica abstenerse de ejecutar actos que aflijan o constriñan al otro, es además tratarlo como persona en el marco de la dignidad que como tal le asiste. Reconocer, por un lado, involucra el impulsar y estimular el progreso y desarrollo del individuo como fin en sí mismo, y por otro, no impedir que éste propósito se concrete.

Así, el reconocimiento del individuo como ser personal, no admite excepciones, razón por la cual, tal reconocimiento, no puede estar sometido al cumplimiento de determinadas exigencias, por que de lo contrario se caería en la absurda convicción de que los mismos seres humanos dotados de dignidad sean quienes precisen, porque sus semejantes a diferencia de ellos, no pueden ser considerados dignos. En este entendido:

“Además de que una acción de éstas desconocería el principio de igualdad, sería al mismo tiempo, un modo de instrumentalizar ya no solo a algunos seres humanos sino también a la sociedad. El criterio objetivo para determinar ese reconocimiento no puede ser distinto a aceptar que donde hay vida humana hay un hombre que merece ser respetado como persona y reconocido como sujeto de derechos”.

En conclusión, las dos dimensiones del principio de dignidad se concretan en respetar y reconocer al otro como persona, como un sujeto digno que como tal debe ser tratado, no solo en su dimensión interna, o en su corporeidad o en su desarrollo personal, sino también en su relación con los demás. Por ésta razón, para la concreción de este postulado, hace falta algo más que la intervención formal del Estado, también se requiere de la colaboración del ser mismo y de quienes lo rodean, situación que debe ser garantizada y exigida en las diversas relaciones que se establecen entre los individuos, por cuanto, éstas deben desenvolverse en el marco de la dignidad connatural a toda persona.

Respetar y reconocer la dignidad del otro implica aceptar su identidad y admitir que en la sociedad existen diferencias,

“[L]o cual exige que el principio de la igualdad universal también de cabida al principio de la singularidad o especificidad, que debe reconocerse en su propia particularidad. Esta es una de las dimensiones prácticas de la dignidad humana: la igual dignidad de todo ser humano requiere del reconocimiento de la diferencia particular como igualmente digna, (...) Prescindir de la singularidad, de lo distinto, es excluir una dimensión práctica del principio de la dignidad humana e intentar anular en la sociedad todo aquello que sea diferente”.

El concepto de dignidad humana ha sido ampliamente desarrollado por la Corte Constitucional en innumerables sentencias, de las cuales cabe destacar la sentencia T- 499 de 1992, en donde se adopta la idea de que el principio en mención no solo constituye un valor fundante del Estado Social y Democrático de Derecho sino que es sobretodo una norma jurídica de carácter vinculante para todo el aparato estatal y en consecuencia de obligatoria observancia, a parte de manifestar que éste principio solo puede materializarse en supuestos económicos, al respecto anota:

“El principio fundamental de la dignidad humana no solo es una declaración ética sino una norma jurídica de carácter vinculante para todas las autoridades (C.P. Art. 1º). Su consagración como valor fundante y constitutivo del orden jurídico obedeció a la necesidad histórica de reaccionar contra la violencia, la arbitrariedad y la injusticia, en búsqueda de un nuevo consenso que comprometiera a todos los sectores sociales en la defensa y respeto de los derechos fundamentales.

El hombre es un fin en sí mismo, su dignidad depende de la posibilidad de autodeterminarse (C.P. art. 16). Las autoridades están precisamente instituidas para proteger a las personas en su vida, entendida en un sentido amplio como “vida plena”. La integridad física, psíquica y espiritual, la salud, el mínimo de condiciones materiales necesarias para la existencia digna, son elementos constitutivos de una vida íntegra y presupuesto necesario para la autorrealización individual y social”.

Por lo anterior, el trabajo, como medio de realización personal, contribuye a la reafirmación de la persona como un ser humano digno, dotado de las condiciones materiales que le permitan serlo, pues el empleo es una manera de conseguir los medios de subsistencia que satisfagan las necesidades básicas y de igual manera, las aspiraciones de los individuos. Mas aún, cuando se trata de las personas discapacitadas, a quien por mucho tiempo se les negó la posibilidad de considerarlos seres humanos dotados de dignidad, entonces el trabajo se erige como herramienta eficaz en la consecución del reconocimiento y posterior implementación del principio de dignidad humana para los impedidos, pues a través de él, pueden demostrar que a pesar de ser diferentes a la mayoría de personas pues sufren una situación excepcional, logran ser útiles y sobre todo productivos en una sociedad inspirada en el modelo económico capitalista que exige destrezas y rendimiento en la actividad laboral.

Bajo esta perspectiva cabe resaltar los alcances que la cláusula de Estado Social y Democrático de Derecho adoptada por el constituyente de 1991, trajo consigo para el país, en efecto, ésta fórmula política tiene gran trascendencia en la interpretación del ordenamiento jurídico, al concebir al Estado Colombiano como democrático y social de derecho se traspasa de la órbita puramente formal de consagración de unos derechos y libertades individuales de la persona frente al Estado para caminar en el tránsito hacia la búsqueda de la órbita material teniendo en cuenta que la economía debe orientarse hacia la consecución de unos fines sociales para lograr la vigencia de un orden justo. Así, este modelo de Estado, implica una revisión al liberalismo individualista a partir de la concreción de los derechos sociales que convertidos en normas de derecho positivo y elevados a la categoría de principios constitucionales, cuentan con una connotación material en contravía del formalismo declarativo del Estado Liberal.

De ahí que como lo afirma Younes Moreno:

“[O]ntológicamente se le atribuyen dos calidades al Estado colombiano: la sujeción formal al derecho y una sujeción material del derecho a unos contenidos sustanciales. El primer elemento es relativo a la validez; el segundo a la justicia. Por ello no basta la mera postulación de principios, derechos y garantías sino que es justo y menesteroso dotarlos de eficacia a través de las herramientas necesarias que los hagan palpables”.

El orden jurídico fijado a partir de entonces, pretende acercar a la comunidad a la concreción material de los fines que guían el Estado Social de Derecho, teniendo como meta última la protección íntegra del ser humano. Dicha protección pretende ser brindada en los diferentes ámbitos en los cuales se desenvuelve el hombre.

La Corte Constitucional, en numerosos fallos, ha precisado el origen, el alcance y consecuencias de la adopción de este modelo de Estado, al afirmar:

“El Estado Social puede ser definido como el Estado que garantiza estándares mínimos de salario, alimentación, salud, habitación, educación, asegurados para todos los ciudadanos bajo la idea de derecho y no de simple caridad.
(...)”

El Estado Constitucional Democrático ha sido la respuesta jurídico-política derivada de la actividad intervencionista del Estado. Dicha respuesta está fundada en nuevos valores, derechos consagrados por la segunda y tercera generación de derechos humanos y se manifiesta institucionalmente a través de mecanismos de democracia participativa, de control político y jurídico en el ejercicio del poder y sobre todo a través de la consagración de un catálogo de principios y derechos fundamentales que inspiran toda la interpretación y funcionamiento de la organización política”.

Por tanto, este nuevo modelo estatal se constituye en un garante por excelencia de los derechos humanos; se recalca la protección que dentro de esta concepción goza “la

dignidad de la persona como individuo, ya que ella representa el núcleo de todos los derechos humanos”.

Se señala que el avance en la protección de los derechos fundamentales del individuo ha sido enorme porque el Estado ha incrementado su presencia frente a los administrados; a pesar de que aún se encuentra en construcción la concreción de mecanismos que posibiliten una eficaz y real defensa respecto a los derechos económicos, sociales y culturales.

Dentro de este contexto el Estado Social y Democrático de Derecho persigue la optimización y mejoramiento de la existencia del ser humano, es decir, intenta conceder una vida más allá de las condiciones mínimas de subsistencia, mejorando su calidad de vida. En este entendido, el Estado Social de derecho persigue entre otros, los siguientes fines:

“a. - La procura existencial, por la cual deben propiciarse unas condiciones para que se desarrollen las potencialidades del individuo emanadas de su capacidad creadora y su inventiva que parece el soporte del individuo en su autodeterminación. b.- Hacer posible unas condiciones existenciales mínimas que faciliten su materialización real. c. – Logro de unas prestaciones sociales. d. – Fijación de un salario vital mínimo. e. – Atención de las personas incapacitadas para trabajar mediante un acuerdo y un sistema eficaz de seguridad social”.

Al adoptar este modelo de Estado se amplió la preocupación por la problemática social y por las situaciones diversas en las que se encuentren los ciudadanos.

Estos principios, se convierten en el eje central que guían al Estado, en consecuencia orientan la sociedad, gozan de poder vinculante y por su propia naturaleza deben permear todas las esferas sociales.

Así pues, estos postulados se constituyen en un:

“[C]onjunto de leyes y disposiciones autónomas que establecen y desarrollan diferentes principios y procedimientos protectores a favor de las personas, grupos y sectores de la sociedad integrados por individuos económicamente débiles, para lograr su convivencia con las otras clases sociales dentro de un orden justo”.

Por ello, la Dignidad Humana y el Estado Social y Democrático de Derecho se erigen en el soporte en el cual encuentra respaldo y sustento la protección constitucional del trabajador discapacitado.

1.4.2 El Principio de Igualdad. La igualdad es entendida en nuestro ordenamiento jurídico como un principio y un derecho consagrado en la Carta Política en el artículo 13 al prescribir:

“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 Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas a favor de grupos discriminados o marginados.

El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan”.

Fue a partir de dicha consagración cómo la igualdad adquirió mayor preponderancia tanto en el ámbito normativo como en el práctico, desde el año 1991 a través de diversos mecanismos se pretendió efectivizar ésta prerrogativa inherente al ser humano que se traduce en la imposibilidad de ejercer tratos discriminatorios y en respetar aquellas diferencias que dan identidad a las personas; ya que no se debe desconocer que si bien “el ser personas nos hace iguales a los demás, el ser individuos es lo que nos hace únicos e irrepetibles y es lo que nos diferencia”.

Así como la nueva Constitución concretó el derecho a no ser discriminado también hizo lo propio con la concepción de una especial protección a aquellos grupos que por su estado de debilidad y vulnerabilidad merecen un trato diferencial positivo, como es el caso de los niños, ancianos y discapacitados. “Es así como mediante la Constitución de 1991, la vulnerabilidad logró ser reconocida como criterio razonable para establecer tratos diferenciados hacia estos grupos, con el fin de garantizarles de modo efectivo su derecho a la igualdad”. Abriendo paso a la posibilidad de desplegar acciones de discriminación positiva e inversa en las que se ejerce un trato diferenciado a favor de ciertas personas titulares de una especial protección con el objetivo de garantizar su derecho a la igualdad. Sin embargo, a pesar de las medidas que se han adoptado en este sentido los tratos discriminatorios persisten, ello se evidencia en situaciones muy concretas como el caso de la población discapacitada que es catalogada como inferior, inútil e incompetente para poder disfrutar de los bienes, privilegios y oportunidades que asisten a los demás, o es tratada bajo las mismas condiciones que las personas que cuentan con el pleno goce de sus facultades, olvidando que por su especial situación merecen un tratamiento diferencial que mitigue su realidad.

En conclusión se puede decir, que el derecho a la igualdad, plasmado en la Carta Política implica:

“1) Que se reclame al Estado el otorgamiento a todas las personas de un trato con igual consideración y respeto; 2) que en las órbitas de importancia pública se establezcan normas que prohíban la discriminación, y 3) que se adopten acciones que permitan, a través de medidas de discriminación inversa, la disminución de las diferencias económicas y sociales en el seno de la sociedad”.

En este contexto la igualdad “se orienta no a la idea de la igualdad de las personas sino en la nivelación de las desigualdades que entre ellas existen, la igualdad deja de ser punto de partida para convertirse en meta o aspiración de éste nuevo orden social”.

El derecho de igualdad ésta integrado por varias nociones entre las que se pueden identificar las siguientes:

“[E]n primer lugar, la igualdad formal o ante la ley en virtud de la cual la ley equipara a todas las personas sin distinción alguna y los cubre de manera general e impersonal. En segundo lugar, la igualdad de trato que consiste en reconocer la dignidad de todos los individuos sin consideración a su raza, sexo, ideología u otro rasgo que los identifique e involucra el derecho a obtener un igual tratamiento por parte del Estado y de los particulares en la distribución de bienes, oportunidades derechos y libertades”.

Una tercera noción de este derecho ha sido denominada igualdad de derechos y deberes que consiste en la posibilidad de todas las personas de disfrutar de los derechos y beneficios consagrados a su favor en la Constitución y en la ley y en la correlativa obligación de cumplir con los deberes impuestos en las mismas. Finalmente, la igualdad de oportunidades que se traduce en la posibilidad que tienen las personas de satisfacer sus propios deseos, gustos, intereses y necesidades en las mismas condiciones que sus semejantes.

Según la Corte Constitucional Colombiana:

“La igualdad en sus múltiples manifestaciones-igualdad ante la ley, igualdad de trato, igualdad de oportunidades-, es un derecho fundamental de cuyo respeto depende la dignidad y la realización de la persona humana. Las normas que otorgan beneficios, imponen cargas u ocasionan perjuicios a personas o grupos de personas de manera diversificada e infundada contrarían el sentido de la justicia y del respeto que toda persona merece”.

De otro lado, el derecho a la igualdad ha sido justificado desde diversos puntos de vista que a continuación se sintetizan:

1) Concepciones ius naturalistas: en virtud de las cuales el derecho a la igualdad es un derecho natural del ser humano, que se deriva de un ser superior que reconoce a todos como iguales, tesis que corresponde a la corriente del ius naturalismo teológico; a la par, se encuentra la concepción de que todo ser humano por el hecho de ser racional es igual a los demás, teoría perteneciente a la corriente del ius naturalismo racionalista.

2) Concepciones utilitaristas: para esta concepción, la igualdad ante la ley es la forma adecuada de lograr la mayor felicidad y bienestar de las personas, situación que se logra mediante la expedición de leyes por parte del Estado y de la actuación de sus organismos. La felicidad de cada individuo es indispensable para alcanzar la felicidad de la sociedad en general.

3) Concepciones deontológicas: toman a la igualdad como deber, toda persona tiene el deber de respetar su dignidad como la de las demás personas, según la Red de Promotores de Derechos Humanos de la Defensoría del Pueblo:

“[L]as personas tienen derecho a ser tratadas por los demás y por el Estado como iguales en dignidad y derechos, y el aparato gubernamental debe distribuir los bienes y posiciones considerando el papel prioritario de las libertades personales, y tratando de establecer tratos diferenciados que beneficien a los que se encuentren peor situados en la sociedad o sean más vulnerables”.

De ello se colige que la noción que acoge la Constitución de 1991 frente al derecho a la igualdad es la postulada por las concepciones deontológicas, que reconocen la importancia de respetar y exaltar la dignidad del ser humano como presupuesto indispensable para garantizar el cabal cumplimiento de los derechos que le asisten. Igualmente, porque reconoce que el ser personas hace merecedora a la especie humana de un trato igualitario por parte de sus semejantes y del Estado, que se traduce no solo en la obligación de tratar a todos como iguales sino también en el deber de brindar un trato diferente a aquellas personas que por sus especiales condiciones se encuentren en situación de vulnerabilidad respecto a los demás, en aras de garantizar su derecho a la igualdad.

Por ello, el derecho de igualdad debe ser entendido en tres dimensiones: como igualdad formal en dos acepciones: igualdad ante la ley e igualdad de trato por parte de las autoridades y además como igualdad material buscando hacer efectivos los derechos de los más débiles.

1.4.3 El Principio del Trabajo. El principio del trabajo consagrado por el constituyente se configura en uno de los parámetros orientadores por excelencia de las relaciones laborales; con la característica esencial que apareja: el trabajo debe desarrollarse en condiciones dignas, respetando la integridad del trabajador.

Es tal su importancia que fue consagrado por el constituyente como derecho fundamental y a su vez como una obligación social al ser considerado una expresión de la libertad humana, cimentado en la dignidad que merece el individuo en la sociedad.

El derecho al trabajo dentro de estas connotaciones limita el derecho de variación del cual goza el empleador, siendo protuberantes las restricciones impuestas a la parte dominante del contrato de trabajo. En el decir de Zarini:

“Esas condiciones dignas y equitativas de trabajo que enuncia la Constitución, deben interpretarse en forma amplia y elástica, comprendiendo por lo menos las siguientes circunstancias; 1) todo trabajo o servicio; 2) lugar y modo en que se realizan; 3) valores humanos del trabajador propios de su condición de hombre, 4) situaciones personales del trabajador, como ser: sexo, edad, capacidad laborativa, posibilidades de esfuerzo, etcétera”.

El derecho al trabajo presenta por una parte, un núcleo esencial no susceptible de desconocimiento ni por las autoridades, ni por los particulares, y por otra parte, un desarrollo gradual, supeditado a la producción legislativa en cada momento histórico.

Este derecho fundamental implica a su vez igualdad de oportunidades, igualdad que debería traducirse en una igualdad real, que acepte e incorpore a las personas limitadas, para desempeñarse en diferentes ámbitos laborales de acuerdo a sus capacidades, de tal manera que esta igualdad atendiendo a los alcances que reviste el derecho al trabajo debe ser entendida como una igualdad real y no meramente matemática.

Este derecho en su aspecto axiológico implica una concepción del trabajo en condiciones acordes a la dignidad que merece el trabajador, como sujeto plenamente merecedor de respeto y solidaridad en la relación laboral.

El derecho al trabajo debe ser entendido en una doble acepción, según Younes Moreno como:

“[L]ibertad de trabajo, que según la jurisprudencia fue consagrada como la negación de la servidumbre y como la libertad para escoger ocupación, empleo y oficio, salvo las restricciones legales. Se entiende por libertad de trabajo, de acuerdo con la Carta una expresión de la personalidad, voluntaria y no sometida a dominio o imposición ni del Estado ni de los particulares, para escoger profesión y oficio. Y como derecho al trabajo, su desarrollo apareja varios aspectos: una legislación que desarrolle las condiciones de derecho laboral con las protecciones justas y adecuadas para este fin y también una política social que favorezca las oportunidades de empleo en condiciones dignas, dentro de las posibilidades del desarrollo económico y social. La política social y el derecho laboral se encargan de su desenvolvimiento”.

Vale la pena resaltar, que es por la segunda acepción por la cual luchan los trabajadores discapacitados, solicitando protección y reglamentación jurídica idónea a fin de menguar sus condiciones laborales desfavorables, que en la mayoría de los casos los agobian.

1.4.4 El Principio de Solidaridad. Con la consagración del modelo económico neoliberal adoptado por la Constitución política de 1991, se hizo urgente la necesidad de contrarrestar los efectos nocivos que pudiera acarrear su mantenimiento. Por ello, se postuló el principio de solidaridad como contrapartida al derecho de libertad, puesto que el ejercicio desmedido de dicha facultad va siempre en detrimento de los derechos de los demás o al menos de su afectación mínima. Por esta razón, un orden comunitario, para ser duradero, deberá siempre reconocer como principio fundamental la solidaridad entre sus miembros y repartir uniforme y equitativamente los beneficios y las cargas.

En cuanto al origen del término, éste proviene “del latín soliditas, que expresa la realidad homogénea de algo físicamente entero, unido, compacto, cuyas partes integrantes son de igual naturaleza”.

Tuvo aplicación en un comienzo, a raíz de la creencia de que todos los seres humanos son hijos de dios y por tanto hermanos unos de otros con la implantación de la teología cristiana. Posteriormente el término se extendió a la Edad Media en donde fue sinónimo del concepto de fraternidad entre los hombres, y postulado primordial junto con los de libertad e igualdad de la Revolución Francesa. Actualmente se puede decir que el concepto solidaridad es el postulado moderno de fraternidad, que guarda sin embargo, la aspiración de la búsqueda del bienestar social.

Así pues, la solidaridad se encuentra estrechamente vinculada a los conceptos de ayuda mutua, cooperación entre individuos, igualdad de todos, fraternidad, lo que implica la práctica de actitudes y valores tales como la responsabilidad, la generosidad, la cooperación, la colaboración, el desprendimiento y la participación en la vida comunitaria.

El principio de solidaridad involucra el reconocimiento de que los seres humanos - sociales por naturaleza- necesitan de la interacción y ayuda de los demás, con el fin de lograr el enriquecimiento personal y emocional que su situación de ciudadano le exige.

Es un llamado a la posibilidad de unirse con sus semejantes y compartir el potencial que cada uno puede brindar de acuerdo a sus capacidades personales y teniendo en cuenta sus circunstancias sociales y económicas.

Este postulado es valor fundante del Estado Colombiano pues de manera indisoluble el principio de dignidad humana se encuentra vinculado con él, ya que es natural que como ser social la persona tenga la necesidad de compartir y vivir en sociedad para participar dinámicamente en el devenir histórico, dando y recibiendo de los miembros de la misma en caso de necesidad.

El fundamento básico del principio de solidaridad es el ser humano, pues cualquier acción que se realice en el entorno, directa o indirectamente beneficia al hombre. Por ello se constituye en presupuesto primigenio de la convivencia social. La solidaridad no debe ser confundida con los conceptos de caridad ni liberalidad, pues ella es justicia, al prescribir que los seres humanos necesitan unos de otros y que están unidos para ayudarse y progresar.

“ ... [E]n principio, la solidaridad es una relación entre seres humanos, derivada de la justicia, fundamentada en la igualdad, en la cual uno de ellos toma por propias las cargas del otro y se responsabiliza junto con éste de dichas cargas”.

Los presupuestos esenciales de una relación de solidaridad son mínimo dos: una persona con una necesidad latente y una persona solidaria dispuesta a colaborar para el afrontamiento de dicha situación.

La solidaridad al ser un valor debe encaminarse a la consecución de una nación justa y comprometida con las necesidades de cada ser humano, fundado en el respeto que cada uno merece en su condición de persona digna y por tanto sujeto de derechos y también de obligaciones para consigo mismo y para con los demás. Pues si esto no fuera así se

patrocinaría el egoísmo y la despreocupación de los intereses comunes y por ende de la prevalencia del interés general.

Por ello antes que inclinarse por el cometido de una solidaridad entre los hombres, nada obsta, para que la sociedad se incline por su propio bienestar, entendiendo que la responsabilidad es de todos y para todos, en la medida en que el bienestar de la sociedad es el propio de cada ser humano por formar parte integrante de la misma.

De ahí que el principio de solidaridad funcione como factor de equilibrio en la sociedad, al imponer a unos individuos que gozan de mejores condiciones físicas, sociales y/o económicas, la obligación de velar por las necesidades de sus coasociados y el compromiso de colaboración con sus necesidades, con el fin de superarlas y lograr mayor justicia social o lo que es lo mismo, la vigencia de un orden justo, fin último del Estado constitucional.

Así lo ha entendido la Corte Constitucional en sus decisiones judiciales, al aplicar una interpretación teleológica y sistemática que tenga presente los fines que guían las acciones del aparato estatal y de los particulares, prescribiendo:

“En cuanto a la solidaridad, es un principio que aspira al valor justicia y que bebe en las fuentes de la dignidad humana.

(...)

Según el preámbulo de la Constitución Política de Colombia, las instituciones y la sociedad civil están comprometidos en procurar lograr un "marco jurídico, democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social justo".

En desarrollo de esto, el artículo 1º de la Constitución Política establece que Colombia es un Estado social de derecho; esto quiere decir que el Estado se encuadra dentro de un ordenamiento jurídico materialmente justo. Tal ordenamiento tiene como fin último al hombre.

El artículo anterior nos señala los elementos fundantes del Estado, dentro de los cuales está la dignidad humana, como generadora de derechos y garantías fundamentales, y la solidaridad, como mecanismo de consecución de justicia.

Los objetivos de las autoridades se encuentran en el artículo 2 inciso segundo de la Constitución, así:

Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.

La solidaridad, además, es deber constitucional de la persona, como se advierte en el artículo 95 de la Constitución, que dice: ..son deberes de la persona y del ciudadano:

2. Obrar conforme al principio de solidaridad social...

Es por todo lo anterior que la solidaridad es al mismo tiempo un principio fundante, un valor y un deber que atraviesa todo el accionar estatal y el comportamiento de las personas”.

Participando de la principalística constitucional, surgen para los discapacitados una serie de derechos que convocan el respeto social. No obstante, en la medida en que frente a situaciones como conseguir empleo ó distribución de tareas y funciones, es cuando más se aprecian los efectos nocivos de la discriminación a la persona discapacitada, es menester insistir en los derechos del discapacitado como ser humano trabajador y allí aplicar los principios de respeto por la dignidad humana, igualdad y solidaridad; aspectos que serán comprendidos principalmente, en torno al principio-garantía de estabilidad reforzada del trabajador discapacitado.

1.5 SUSTENTO TEÓRICO DE ACCIONES A FAVOR DEL TRABAJADOR DISCAPACITADO

El principio de igualdad se constituye en la base del concepto de estabilidad reforzada en el empleo del trabajador discapacitado. A partir de aquél principio, la construcción teórica se fue delineando hasta esbozar la comprensión de estabilidad reforzada que actualmente se maneja. Siendo por ello necesario exponer y analizar las diferentes corrientes teóricas que se han postulado en torno a la igualdad y las implicaciones que ella reviste. En razón a ello, se aborda la acepción de igualdad, a la luz de la doctrina tanto nacional como internacional.

El concepto de igualdad se erige como una institución jurídica básica en la organización estatal, pues de ella se deriva la interpretación de todo el ordenamiento jurídico. Así pues, la relación que tenga cualquier derecho con este postulado lo convierte en fundamental o lo que es lo mismo determina su protección concreta en aras de potencializarlo, en palabras de la autora feminista María José Añón:

“... [E]xiste una relación unívoca entre igualdad jurídica y derechos fundamentales. La igualdad es tal en cuanto constitutiva de los derechos fundamentales y los derechos fundamentales son fundamentales porque son constitutivos de la igualdad”.

Robert Alexy es partidario también de la relación entre igualdad y derechos fundamentales, al afirmar que la libertad jurídica depende de la libertad real o fáctica, o lo que es lo mismo de la igualdad material, ya que es obvio que a pesar de que la consagración jurídica de los derechos en la mayoría de países con modelos jurídicos

constitucionales es palpable, la posibilidad de realización en la práctica, es casi nula dada las condiciones económicas en la que los mismos viven, en particular la de los países subdesarrollados.

Además, con el afianzamiento de estas tesis se deriva el postulado según el cual los principios de igualdad material y el de libertad fáctica son las mejores opciones para articular políticas para derechos sociales como prestaciones. Pues como lo sostiene Prieto Sanchíz “la igualdad jurídica genera al poder un deber nítido de abstención o no discriminación, mientras que la igualdad material genera obligaciones más complejas, de organización, procedimiento y prestación” .

Para Augusto Conti:

“ La igualdad es el presupuesto primordial del sistema democrático, fundado en la consideración que todos los individuos nacen iguales, tienen los mismos derechos, oportunidades, libertades y obligaciones y no pueden ser objeto de un trato discriminatorio (es decir, por un lado, se reconoce la igualdad en la titularidad de derechos para todas las personas sin tener en cuenta ningún tipo de criterio sospechoso de discriminación, y por otra parte, el descarte de los referidos criterios la prohíbe, y agrega:) Desde la perspectiva jurídica es una institución matriz porque influye en la concepción y armonización de otras, y desde el punto de vista ideológico un parámetro en la conducción y orientación de las políticas de Estado. Esta característica encierra la dinámica de la Constitución y es la que permite dictar leyes e instrumentar medidas tendientes a la realización práctica de la igualdad”.

De esta manera, la igualdad hace referencia a la posibilidad del individuo de asegurar un mínimo de condiciones materiales que le proporcionen una vida digna y su desarrollo como persona dentro de una sociedad diferente y plural “inscrita en el contexto de la sociedad de clases y ligada al derecho de propiedad, es de suponer que la igualdad ya no se explique como un imperativo categórico para uniformar a los individuos sino como un principio que les procura su participación en condiciones de relativo equilibrio”.

En el plano laboral ésta participación se traduce en la posibilidad, dentro del marco de la vinculación laboral, de acceder con su salario a la obtención de bienes y servicios que le proporcionen el cubrimiento de sus necesidades básicas.

Posibilidad que les había sido negada y con posterioridad difícilmente reconocida a los trabajadores discapacitados, pues también es importante entender que el derecho de propiedad al igual que el de libertad de empresa e iniciativa privada se encuentran constitucionalmente consagrados en los artículos 58 y 333, sin embargo, no puede pensarse

que son absolutos pues como ya lo ha señalado el ordenamiento jurídico: cumplen una función social. Por ello, pese a que con base en estos derechos se había negado el ingreso de los trabajadores discapacitados al ámbito laboral, se tiene que la prestación de la relación laboral es de carácter productivo lo que supone la existencia de conmutatividad contractual, con base en el postulado de función social y del principio de solidaridad, se han adelantado programas de acción específica para el grupo poblacional de los discapacitados denominados planes de acción positiva además de las políticas de equilibrio, protección y nivelación, entendidas como: aquellas “medidas de carácter específico adoptadas por los gobiernos para fomentar la práctica del principio de igualdad para conceder beneficios de nivelación a grupos especialmente desprotegidos”.

Adicionalmente se han implementado programas de compensación empresarial para aquellas empresas que promuevan la inclusión de personal discapacitado a su servicio. Que buscan por un lado, contrarrestar los efectos nocivos que las empresas sobre todo de índole privada arguyen para evitar la admisión y permanencia de estas personas en el empleo, y por otro lado, como una herramienta eficaz en la protección de los derechos de los más débiles. Pues no puede admitirse que la propiedad privada sea absoluta e ilimitada y que se ejerza en contravía de derechos fundamentales de las personas.

Hoy nos enfrentamos a lo que ha sido denominado por María José Añon un “derecho desigual, esto es como un modo de realizar el principio de igualdad material, entendida como igualdad de probabilidades de los individuos para decidir sobre su propia identidad, para desarrollar su propio plan de vida, para el disfrute real de los derechos fundamentales”. Concepto que ha sido desarrollado en las decisiones del tribunal constitucional colombiano.

La autora esboza esta teoría del derecho desigual desde la perspectiva de dos tesis, en principio, contradictorias: por un lado, la de la teoría liberal a la cual denomina en su libro tesis de la igualdad, y por otro, la tesis de la diferencia, cuyas principales exponentes son Iris M. Young y W. Kymlicka, con el propósito de explicar el fenómeno de la desigualdad social como una consecuencia de los procesos de discriminación que afecta a los individuos por la situación de pertenencia a un determinado grupo social. Estableciendo, que la única manera de lograr la inclusión de estos individuos discriminados en la sociedad es brindándoles la posibilidad de ejercer una igualdad material que transforme las desigualdades y termine con las consecuencias de la exclusión.

Resalta la autora que el origen del derecho desigual se encuentra en el reconocimiento jurídico de las diferencias o lo que es lo mismo, “en la incorporación al derecho de criterios de igualdad material y su interpretación concreta”, posición criticada por algunos pues consideran que es atentatoria de la concepción neutra del principio de igualdad. Sin embargo, la autora tiene razón al esgrimir la única arma que los países civilizados tienen: el Derecho, como instrumento generador de igualdad a partir del reconocimiento de las

diferencias sociales y de la armonización de los principios de prohibición de la discriminación y de la tutela de las diferencias.

De lo anteriormente expuesto se desprende que: en primer lugar, la igualdad como categoría abstracta y absoluta que uniforma a los individuos es impensable como premisa básica de la sociedad pues ello significaría el desconocimiento de realidades sociales tan latentes como la diferencia de los individuos por una u otra circunstancia; en segundo lugar, la diferencia como tal no es un síntoma de enfermedad de la sociedad sino un factor saludable que permite aceptar la pluralidad de los individuos como seres humanos distintos dentro de la misma raza humana; y finalmente el error de los individuos de ese conglomerado social consiste en la adopción de criterios de diferencia para generar desigualdad, a través del rechazo, la intolerancia, la exclusión y la discriminación, viendo en cada persona un defecto por el cual considerarlo diferente y de esta forma segregarlo. Pues como se afirma en el texto de ésta autora: “la diferencia tiene que ver con la identidad de las personas y la desigualdad con la disparidad de condiciones sociales”.

El caso de las personas discapacitadas no es ajeno a esta concepción social, pues a través de los siglos han sido excluidas, mas aún cuando la incapacidad es ostensible: física, mental o sensorial, pues de allí deriva la actitud excluyente del conglomerado social al inadmitirlos dentro del grupo considerado normal negándoles la posibilidad de desempeño en las esferas que conforman la vida cotidiana, dentro de las que se encuentra la laboral.

Es indispensable una renovación cultural que permita que las personas pertenecientes al género humano comprendan que la diferencia es ingrediente de la vida pues sin ella, la realidad no podría articular los avances que en materia jurídica se han hecho con las personas respecto a la igualdad de trato y al otorgamiento de la igualdad material pensada para los desiguales desde la perspectiva de que todos merecen el mismo trato por parte del Estado como primer órgano encargado del cumplimiento de los derechos, garantías y deberes de los ciudadanos.

No obstante, pese a que el proceso de reconocimiento de desigualdades que benefician a las personas discapacitadas en el terreno laboral se encuentra en un punto de progresivo avance, las dificultades que tuvieron que soportar no fueron pocas, esto puede ser demostrado retomando la evolución que ha sufrido el concepto de diferencia basándose en la reseña realizada por Añón del libro de Luigi Ferrajoli “Derechos y Garantías, la ley del más débil”, según Añón éste autor propone cuatro modelos de evolución: el primero denominado indiferencia jurídica por la diferencia (negrillas nuestras) al que se podría llamar de ignorancia premeditada, en donde ni se protegen ni se valoran ni se tutelan los elementos configuradores de la diferencia; el segundo modelo se identifica con el privilegio como fuente de desigualdad, plantea María José Añón que a través del reconocimiento de status se trabaja con un modelo excluyente para otras personas que no caben en él; el

tercer modelo es el de homologación jurídica de las diferencias (negrillas nuestras) esto significa que pese a que se parte del afirmación de una identidad no se concibe el tratamiento de la diferencia sino que se busca anularla generalizando y uniformando a los individuos sin reconocer la pluralidad de condiciones que afrontan. Es decir, en este supuesto se tiene en cuenta una igualdad puramente formal y se pretende neutralizar las diferencias a raíz de dicho reconocimiento. Lo cual constituye un error pues es un enunciado de tipo descriptivo que determina un deber ser y no es un enunciado de tipo normativo que oriente la realidad de las circunstancias; el cuarto modelo ha sido denominado por Ferrajoli configuración jurídica de las diferencias (negrillas nuestras) en donde se propende por el principio normativo de la igualdad en los derechos fundamentales de toda índole, de primera, segunda y tercera generación y también por la creación de herramientas y garantías jurídicas eficaces que aseguren su cumplimiento. Este modelo no descarta ningún tipo de diferencia sino que las dota de igual valor y entiende que por eso mismo se debe otorgar un tratamiento igualitario dentro del marco de las diferencias y respeto para todas y cada una de las necesidades y aspiraciones de las personas:

“La igualdad en los derechos fundamentales se articula como un derecho igual de todos a la afirmación y tutela de la identidad en virtud del igual valor atribuido a todas las diferencias, porque esas diferencias hacen a cada persona un individuo distinto. Sin embargo, y en la medida en que esas diferencias tienen efecto sobre las relaciones sociales como factores de desigualdad la norma que impone la igualdad abstracta y los derechos carece de sentido sin las garantías para su efectividad”.

Es fundamental destacar de los autores anteriormente estudiados la idea de que la igualdad no se contrapone a la diferencia pero si a la discriminación por cuanto ella es violatoria del principio de igualdad.

La discriminación puede ser entendida en dos sentidos: uno neutro que significa distinción, separación o clasificación, el cual por sí mismo no tiene consecuencias negativas ni positivas; y otro, en sentido peyorativo o negativo que significa excluir, sinónimo de favoritismo, prejuicio o intolerancia.

Dentro de ésta última acepción: “las diferencias se convierten en discriminaciones cuando se utilizan para justificar algún tipo de diferenciación que abierta o subrepticamente desvaloriza a un individuo en razón al grupo que pertenece. Hay discriminación cuando se selecciona un rasgo que en un contexto está asociado a prejuicios descalificatorios y de allí se extrae un trato diferenciador injustificado...”; para la autora:

“[L]a discriminación como distinción, diferenciación y tratamiento injusto supone: a) una motivación despectiva y estigmatizadora de ciertas personas a las que se caracteriza por su pertenencia a un grupo y a las que por ello se les considera inferiores y

mermadas en sus capacidades, b) una finalidad u objetivo de mantenimiento de la desigualdad que se lleva a cabo a través de medidas discriminatorias en relación con los grupos desaventajados, c) la discriminación afecta a otros bienes básicos, lo que genera situaciones de exclusión social, política y jurídica..., d) finalmente, la discriminación tiene como resultado el mantenimiento de las situaciones de marginación y opresión de grupos sociales desaventajados con lo que se aumentan paulatinamente las desigualdades" .

Según éste criterio, la discriminación puede ser de dos clases: directa e indirecta y con base en ésta segunda clasificación se puede decir que es individual y de grupo. La discriminación directa se produce cuando se prescribe un trato desfavorable, sin justificación racional y explicitando el criterio de diferenciación de la persona que lo padece. La discriminación indirecta es la que homogeniza las diferencias y sobre la base de un criterio neutro de igualdad perjudica a unos sujetos respecto de otros. El segundo tipo de discriminación es la que genera el derecho cuando prescribe la simple igualdad formal ante la ley prescindiendo de las garantías que lo hacen efectivo.

La discriminación de grupo se organiza en torno del concepto de grupo social que según I.M.Young:

“Es el colectivo de personas diferenciadas de al menos otro grupo por formas culturales, prácticas o modos de vida y es característica de este tipo de discriminación que los individuos que la padecen son discriminados en razón de su pertenencia a ese determinado grupo social, lo que los pone en una situación de desventaja respecto a otros sujetos pertenecientes a otro grupo”.

La autora señala que el antídoto para la discriminación social lo constituyen las medidas de acción positiva o de discriminación inversa, sin embargo, para llegar a tal conclusión advierte la necesidad sobre la aceptación de la igualdad de los hombres en derechos, esto quiere decir, la conjunción de los tres tipos de igualdad: de trato como equiparación y como diferenciación, de consideración y de resultado, igualdad que solo se garantiza en primer lugar, a través del reconocimiento de unos derechos constitucionales fundamentales sean estos civiles, políticos y sociales; y por otra parte, a través de la consagración de unas herramientas jurídicas eficaces que aseguren su cumplimiento. La igualdad de trato como equiparación:

“[T]iene como contenido el principio de no discriminación. Principio que puede ser interpretado en sentido amplio, como prohibición de desigualdades injustificadas o irrazonables, y en consecuencia, para que sean aceptadas las diferencias normativas, éstas tienen que tener una justificación objetiva y razonable”. Por su parte, la igualdad de trato como diferenciación: “consiste en dar un tratamiento distinto a situaciones distintas con el fin de eliminar situaciones de discriminación existentes”.

Así pues, la discriminación ha sido entendida desde muchas perspectivas, todas coinciden en que ella apareja el aislamiento de ciertos sectores sociales, por ciertos conglomerados que presentan diferencias que según la cosmovisión y el entramado de relaciones sociales creadas para ese momento histórico constituyen una situación diversa, que no es aceptada por la mayoría imperante.

Para Jaime Marchant:

“La discriminación conceptualmente es una conducta sistemáticamente injusta y desigual contra un grupo humano determinado. Discriminar consiste en privarle a un grupo humano de los mismos derechos que disfrutaban otros.

La discriminación es un fenómeno basado en relaciones entre diversos grupos sociales, y tienen sus raíces en la opinión que un grupo tiene sobre otro. Estos grupos pueden ser parte de otros grupos sociales mayores o menores, incluso puede sufrir discriminación por más de una causa.

(Este autor categoriza la discriminación de la siguiente manera:)

Discriminación directa: es toda norma o acto jurídico de carácter público o privado que establezca una normativa distinta y perjudicial basada en la pertenencia a una categoría general y abstracta.

Discriminación indirecta: consiste en toda norma o acto jurídico de carácter público o privado formalmente no discriminatorios pero sus consecuencias fácticas se traducen en un impacto adverso para un grupo humano. Son normas o actos neutros pero sus supuestos en la práctica perjudican claramente a quienes pertenezcan a un grupo social determinado.

Discriminación inversa: aquí es donde (se encuentra) la mayor de las dificultades; históricamente el concepto discriminación inversa es de reciente creación, además suelen incluirse en este concepto las soluciones o medidas que pueden adoptarse para terminar o atenuar la discriminación que históricamente sufre un grupo, también bajo el concepto “discriminación inversa” suele incluirse un tipo especial de acción positiva llamado cuota.

Toda discriminación indirecta se caracteriza por tener un contenido político respecto a como enfrentar estas discriminaciones, que dependen de la ideología del gobierno de

turno, justificables sólo si su fin es remediar una discriminación profundamente arraigada a través de criterios transparentes y objetivos tales como el sexo o la raza.

Deben ser siempre transitorias y su aplicación e interpretación deben ser siempre de derecho estricto ya que siempre el beneficio a los discriminados pasa por un perjuicio a un sector o grupo determinado, irónicamente se la ha definido como una manera de nivelar, superar las condiciones desfavorables de un grupo perjudicándolos a todos por igual”.

Por su parte, Henrik López Sterup concibe la discriminación como:

“... [T]odo tratamiento desigual injustificado; esto es, violatorio de la Constitución (o, los tratados sobre derechos humanos vinculantes). En un sentido restrictivo, se trata de tratamientos desiguales que tienen como factores normativamente prohibidos: lo que se conoce como las cláusulas sospechosas. En el primer caso, es discriminatoria toda violación al derecho a la igualdad, en tanto que en la segunda concepción, será discriminatorio cierto tipo de tratos desiguales que merecen un reproche más fuerte.

En un sentido restringido pues, la discriminación alude a tratamientos diferenciales basados en criterios que, normativamente, se entienden prohibidos. En términos generales, los criterios de distinción prohibidos responden a criterios que históricamente se consideran inadmisibles”.

Desde la perspectiva de este autor, es dable identificar la discriminación en una doble acepción, de donde es factible colegir que históricamente se forman patrones de conducta social que aíslan y excluyen a determinadas personas. Patrones que con el correr del tiempo y a medida que la sociedad progresa trata de cambiar o solucionar adoptando entre otras medidas normas que protejan a los individuos discriminados de los rezagos de exclusión a los cuales se ven sometidos.

La discriminación por tanto deviene en un problema social, que de acuerdo al sentir y al creer de una etapa histórica es permitido y aceptado por la comunidad, y que posteriormente es superado en ciertos sectores, sin embargo, la cosmovisión anterior perdura y continua estigmatizando a los grupos aislados.

Siendo así, la discriminación va mucho más allá de expresiones o actuaciones que perjudican al asociado que se encuentre en uno de los tantos grupos marginados, la exclusión se encuentra arraigada y secularizada en todo el entramado social; siendo la verdadera raíz del problema la ideología que mantiene la sociedad hacia estas personas.

Entonces la tarea y la lucha radica en hacer comprender a la sociedad el rol de estos individuos.

Si bien la normatividad ha sido protectora, y es claro que sin ella la población discriminada se encontraría aún hoy en una situación de mayor exclusión social, la lucha aun es grande, pues ciertos aspectos que favorecen a los segregados aun no han sido positivizados, hoy por hoy, a pesar de las adversidades y obstáculos sociales tratan de incorporarse y ser aceptados en comunidad.

Según el académico español Gregorio Peces-Barba Martínez:

“La discapacidad es abordada desde un campo eminentemente social a tenor de la cual en la actualidad se ha comenzado a hablar del modelo social, desde el que la discapacidad deja de ser entendida como una anormalidad de los sujetos y comienza a ser contemplada más bien como una anormalidad de la sociedad”.

Afirma este académico que a raíz del enfoque con el cual se ha abordado la discriminación se ha vislumbrado su tratamiento de diferentes formas:

No es exagerado afirmar que vivimos en el ámbito del Derecho, un momento de exaltación de la idea de no discriminación con diferentes proyecciones, una de las cuales tiene que ver con el colectivo de las personas con alguna discapacidad. En ese contexto se afirma la necesidad de llevar a cabo una serie de medidas al hilo de las dos grandes proyecciones del principio de igualdad jurídica (la diferenciación negativa y la diferenciación positiva).

La igualdad como diferenciación negativa supone un trato igual de circunstancias o situaciones diferentes que, sin embargo, se estima deben considerarse irrelevantes para el disfrute o ejercicio de determinados derechos o para la aplicación de las normas. Es lo que podríamos denominar como el trato igual de situaciones no idénticas o, también, la igualdad como no discriminación. En relación con los derechos, implica la no diferenciación en lo referido a su titularidad, ejercicio y garantías. En todo caso, esta proyección no se entiende sin la siguiente. La igualdad como diferenciación positiva, supone un trato diferente de circunstancias y situaciones que se consideran muy relevantes.

En Colombia ha existido una evolución histórica atípica en materia de reconocimiento de derechos y garantías del derecho a la igualdad, pues lo que ha pretendido antes que creación es asimilación, es trasplante de teorías y aplicación de tales prácticas jurídicas, pese a ello es innegable el progresivo avance que ha tenido en éste campo, máxime cuando

la Constitución de 1991 es un claro ejemplo de aspiración del tipo de igualdad antes reseñada.

Siguiendo a Rodríguez Piñero:

“[T]odo ello abunda en la idea central del estado constitucional de derecho según el cual el principio general de la igualdad no exige una paridad de trato absoluta, sino que las distinciones razonables y no arbitrarias que persiguen fines constitucionalmente legítimos son perfectamente acordes con la Constitución, entre ellas las más importantes son las que procuran la realización de la igualdad sustancial que, desde luego, no puede ser dejada a un lado cuando se trata de derechos fundamentales”.

Específicamente en lo que concierne a los discapacitados, en atención a la cláusula de Estado Social de Derecho y al mandato contenido en el artículo 13 constitucional, conforman un grupo de personas diferentes en tanto se encuentran en situación de vulnerabilidad por dos razones: la primera, por el hecho de ser el empleado, parte débil de la relación laboral ya que se encuentra subordinado a las órdenes de su empleador, y la segunda, la que se deriva del hecho de sufrir una disminución en su capacidad laboral sea ésta física, psíquica o sensorial y por ello, se hacen merecedoras de un tratamiento diferencial justo, razonable y objetivo que les permita la realización de sus metas y proyectos de vida, que los impulse antes que truncarlos y que mejor manera que hacerlo a través del trabajo como uno de los medios de realización personal.

Retomando la idea de Añon, el tipo de discriminación que se necesita para hacer efectivos los postulados proclamados por las cartas constitucionales modernas, dentro de las cuales se encuentra la del Estado colombiano es la positiva o inversa, la que ha sido denominada por la Corte Constitucional Colombiana: “diferenciación positiva”, a la que se llega a través de un test de razonabilidad o de criterios de proporcionalidad del denominado “test de igualdad”. Como se había anotado anteriormente, los criterios utilizados por el tribunal constitucional no son de creación propia sino trasplantes jurídicos que se han intentado incluir en la práctica judicial por medio de los instrumentos consagrados para el efecto, como las acciones de tutela y las acciones públicas de constitucionalidad. Así pues, siguiendo la línea de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas se han adoptado criterios que permiten que tales circunstancias sean reguladas en aras de materializar el “derecho desigual” para que una diferencia sea calificada de objetiva y razonable se deben cumplir unos requisitos: a) que la diferencia responda a una necesidad real; b) que sea necesaria para la realización del objetivo fijado y c) apropiada a dicho objetivo, esto es, proporcionalidad de los medios empleados.

No obstante la teoría de la igualación de las diferencias en el marco de la consecución de la igualdad material no ha sido lejana a las críticas y en cambio, no ha gozado del beneplácito de algunos autores, pues sobre la base de que la justicia por si misma es igual y por ello

imparcial, advierten los riesgos de adoptar el criterio de igualdad de trato por diferenciación, que en palabras simples equivale a la igualdad material para todas las personas, Ronald Dworkin pone de presente el debate:

“¿Porque la discriminación positiva es considerada generalmente como no equitativa? ¿Por qué incluso muchos de sus defensores admiten que, aunque la consideran necesaria, constituye un remedio desagradable?, y es el mismo quien da la respuesta a sus cuestionamientos cuando establece que las decisiones que benefician a un determinado grupo social en consideración a los estereotipos que se han formado alrededor de ellos no puede ir en contravía del interés general de la comunidad.” .

Este iusteórico contemporáneo según concepto de María Lourdes Pérez Santos, entiende la igualdad como aquel principio conforme al cual es menester tratar a cada persona según sus condiciones de vida particulares, privilegiando la diferencia, para amparar a aquellas personas en circunstancias de inferioridad. Lo que se traduce en la visión de la teoría de la igualdad liberal de éste doctrinante para quien “se exige a los gobiernos tratar a los individuos no «por igual», sino «como iguales»”.

Se aclara que la igualdad liberal que predica Dworkin, según ésta académica:

“Busca hacer a las personas iguales en los recursos de que inicialmente disponen para perseguir y satisfacer sus intereses y necesidades, no en su bienestar; y que exige compensar a las personas por aquellos accidentes naturales y sociales de los que no son responsables, pero al mismo tiempo exige en todo caso respetar los efectos distributivos de las decisiones de los individuos, de sus preferencias y planes de vida. Expresado en palabras de este autor, la igualdad liberal busca hacer iguales a los individuos en sus circunstancias, no en sus personas “ .

En su obra, Dworkin se adentra en el análisis del derecho a la igualdad desde diversas ópticas, reconociendo la importancia que éste tiene en la consecución de un Estado legítimo; expresa que ningún Estado puede ser considerado como tal si no trata con igual consideración a sus gobernados a los que correlativamente les exige lealtad, por ello cataloga a la igualdad como la Virtud Soberana de una sociedad políticamente organizada.

A pesar de que en su texto el autor reconoce diversos tipos de igualdad, para él la igualdad ideal consiste en aquellas circunstancias bajo las cuales las personas son iguales en los recursos que tienen a su disposición para satisfacer sus gustos, preferencias y necesidades. Reconoce que la cantidad de recursos y riqueza de las personas depende de todas las leyes vigentes en un Estado y no solo de aquellas que regulen el derecho de propiedad, plantea que ningún tipo de sociedad, ni siquiera las más desarrolladas pueden garantizarle un mínimo vital a toda la comunidad, es más, estas ni siquiera han conseguido una distribución

de recursos satisfactoria, que viabilice la igualdad de recursos defendida por el autor que tiene como principal obstáculo el mercado económico que a lo largo de la historia ha generado profundas diferencias que se irán acrecentando si los gobiernos no hacen lo necesario para reglamentar tal mercado a través de la regulación de precios de bienes y servicios que se ofrecen a la comunidad.

En este orden de ideas, reconoce que la igualdad es un ideal político al que se pretende llegar sin olvidar que “las personas pueden ser iguales en algunos aspectos, con la consecuencia de que se vuelven desiguales en otros”, situación que puede enmendarse a través de una distribución igualitaria de recursos donde nadie anhelara los bienes y servicios con los que cuentan sus semejantes, por que si no cuentan con ellos, tendrán otros que los demás no poseen. Si se quiere tratar a las personas como iguales de verdad:

“[H]abrará que ingeniárselas para que la vida les resulte atractiva por igual, o habrá que proporcionarles los medios para lograrlo, y no simplemente hacer que sus cuentas sean las mismas”.

Dworkin plantea dos teorías sobre la justicia distributiva, a la primera la denomina:

“Igualdad de Bienestar (según la cual un plan distributivo debe tratar a las personas como iguales al distribuir u otorgar recursos entre ellas) hasta que ninguna transferencia adicional consiga que su bienestar sea más equitativo, a la segunda la denomina Igualdad de Recursos según la cual ese plan trata a las personas como iguales cuando distribuye o transfiere de forma que ninguna transferencia adicional haga que su parte de los recursos totales sea más equitativa”.

Para el autor, ésta igualdad de recursos:

“[C]onsigue que una distribución equitativa no dependa de un simple resultado que se pueda medir directamente, como la satisfacción de preferencias, sino de un proceso de decisiones coordinadas en el que las personas que asumen la responsabilidad, su pertenencia a una comunidad en la que hay igualdad de consideración, pueden identificar los verdaderos costes de sus planes para otras personas, y diseñar y rediseñar así esos planes de forma que empleen sólo la parte justa de los recursos que, en principio, todos tienen a su disposición” .

La igualdad de bienestar hace que las personas sean iguales en lo que realmente les interesa, iguala a las personas en lo que todos valoran por igual y de manera fundamental, siempre que su propia situación o circunstancias personales se vean afectadas. Una modalidad de esta clase de igualdad es la de éxito, por cuanto el bienestar de una persona depende del éxito que ella tenga al cumplir sus metas, preferencias y ambiciones:

“[D]e ahí que la igualdad de éxito como concepción de la igualdad de bienestar, recomienda la distribución y transferencia de recursos hasta que ninguna transferencia

adicional más pueda reducir las diferencias que se produzcan en el éxito de las personas”.

Entre las preferencias que tienen las personas y que la igualdad de éxito pretende satisfacer están i) las políticas, hacen referencia a cómo deben distribuirse los bienes, los recursos y las oportunidades de la comunidad entre las personas; ii) las impersonales, aquellas que se tienen sobre la situación de otras personas que son preferencias sobre cosas u oportunidades que las personas no poseen. Y iii) las preferencias personales, que se relacionan con su propia situación y experiencia; la igualdad bajo este supuesto exige que la distribución se lleve a cabo de tal manera que el grado de satisfacción de las preferencias de las personas con respecto a su vida y sus circunstancias sea lo más equitativo que se pueda lograr con esa distribución. Bajo estos supuestos, las personas eligen el tipo de vida que quieren llevar tomando en consideración una serie de circunstancias y la cantidad de recursos que necesitan para llevar la vida que elijan.

La forma más amplia de la igualdad de éxito sostiene que en la medida de lo posible, “se deben llevar a cabo redistribuciones hasta el punto en que las personas vean cumplidas sus diferentes preferencias por igual”. Los recursos se podrían distribuir y redistribuir hasta que todo el mundo manifieste que la igualdad de éxito se ha realizado plenamente. La forma más restringida de esta igualdad, sostiene que “sólo se deberían contar en los cálculos las preferencias que no sean políticas (y una versión aun más restringida sostiene que) solo se deberían contar las preferencias personales”.

Una segunda clase de la igualdad de bienestar es la que el autor denomina teorías del estado de conciencia, en las que se afirma que la distribución debe posibilitar la mayor igualdad entre las personas en algún aspecto o cualidad de sus vidas concientes.

Dworkin plantea que la igualdad de bienestar para aquellas personas que sufren alguna minusvalía debe atender sus especiales condiciones con el fin de asignarles una cantidad de recursos adicionales ya que por su situación de invalidez ven restringidas sus aspiraciones, metas y preferencias, por lo cual deben aspirar a realizar aquellas actividades y fines que sus capacidades le permitan para obtener éxito en ellas. Sin embargo, también reconoce que en gran medida, el éxito y el bienestar de estas personas es menor pero no por su especial estado sino por la escasez de recursos que les impide superarlo, por lo cual insiste en que se les deben asignar recursos adicionales con ese propósito.

Se sostiene por parte de los autores reseñados anteriormente y confluyen en el criterio según el cual la única posibilidad de tratar de manera igual a los iguales y de forma desigual a los desiguales es la movilización de acciones positivas a su favor.

De este modo, los rasgos característicos de las acciones positivas son señalados por Añon:

“[E]n primer lugar, como la existencia de obstáculos que se oponen a la realización de la igualdad de oportunidades, que genera una situación de desigualdad, desventaja, o inferioridad o discriminación por motivos culturales, sociales o económicos que hace que un grupo social o determinado sujeto se encuentre con oportunidades limitadas o inferiores respecto a otros; en segundo lugar, son medidas que se establecen para quienes se encuentran en una situación de desigualdad por pertenecer a un grupo social en comparación con otro u otros y las medidas tratan de lograr el reparto igual de las oportunidades frente a los diversos grupos. En tercer lugar, el contenido y el tipo de medidas son contextuales, y por consiguiente, dependen de las circunstancias y del caso. En cuarto lugar, las medidas tienen carácter temporal, porque se trata de remover obstáculos y corregir situaciones de desventaja o no consolidar situaciones, por tanto solo tienen sentido mientras se mantienen esas situaciones, por otra parte, se establecen para determinados plazos de tiempo con objeto de que sean revisadas periódicamente” .

En cuanto a la diferenciación inversa esta es una forma severa de trato diferenciador, sin embargo, es necesario distinguir entre tres conceptos que se suele confundir, como lo indica Añón:

“[L]a igualdad material hace alusión, a la equiparación y equilibrio de bienes y situaciones económicas y sociales que permitan la plena participación de un sujeto en la vida social. Como trato equiparador consiste en articular como objetivo del derecho el principio de satisfacción de necesidades básicas y desde el punto de vista de trato material como diferenciación implica el recurso a técnicas y medios que pretenden establecer tratamientos diferentes cuando se producen situaciones de desigualdad, desventaja o extrema gravedad”.

Por ello, la igualdad material se concreta en dos dimensiones: una es servir de parámetro de medición de la efectividad de la igualdad formal y otra es la de servir como medio para la satisfacción de las necesidades básicas en el marco de las diferencias. Como lo manifiesta Young:

“[E]l objetivo no es desde luego compensar una desviación hasta que se alcance la normalidad, sino elaborar normas e instituciones capaces de dar cuenta de las circunstancias plurales y las necesidades que existen, o que deben existir dentro de ellas. Por ello, al centrar un tratamiento en el contexto del principio de igualdad material, no se pretende eliminar diferencias (...) sino corregir, eliminar o evitar los efectos desfavorables o perjudiciales que comportan esas diferencias”.

Deriva de lo anterior que la igualdad formal y la igualdad material no son dos polos opuestos, al contrario, la igualdad formal es una parte de la igualdad material, ya que a

través de ésta última lo que busca el derecho es convertir la igualdad formal en un instrumento de transformación de las desigualdades, “mientras que la igualdad material es la igualdad equitativa entre los grupos (...) la igualdad formal solo afirma la igualdad entre los individuos”.

El entendimiento de que la igualdad formal y material son caras de la misma moneda permite la articulación de acciones positivas como instrumentos de configuración de políticas y concepciones de igualdad. De allí que se afirme que las acciones positivas no constituyen una excepción al principio de igualdad sino exigencia para su realización. No existe un concepto preciso, desde el punto de vista jurídico de las acciones positivas, sin embargo, las raíces del concepto se encuentran en:

“[L]a combinación de tesis propias del derecho antidiscriminatorio norteamericano a través de la figura de la affirmative action, una determinación por la vía negativa frente a otros conceptos y finalmente, unos rasgos que se extraen de las decisiones concretas en las materias donde se aplican estas acciones, fundamentalmente en materia laboral respecto al género y en el derecho norteamericano respecto a las diferencias raciales”.

Las acciones positivas están encaminadas a la remoción de obstáculos que impiden la obtención de la igualdad de oportunidades, y a la realización de la igualdad de resultados. Como medida de carácter distributivo y no compensatorio, situándose en el campo de la justicia distributiva. En el caso de los trabajadores discapacitados los impedimentos y los obstáculos a los que se ven abocados cuando de conseguir un empleo o permanecer en el mismo se trata, son enormes, y por ello, es necesaria y se justifica la intervención del Estado con miras a asegurarles la posibilidad de competir en el mercado laboral con igualdad de oportunidades en la búsqueda de su realización como seres productivos para la sociedad.

La relación que existe entre discriminación y diferencia de trato es correlativa, ya que si se da la primera debe producirse necesariamente la segunda como consecuencia jurídica.

Entre los diversos tipos de acciones positivas, se encuentran las medidas de concienciación o de sensibilización de las opiniones públicas; medidas de promoción de la igualdad mediante las cuales se busca la eliminación de desventajas y el impulso de campañas de igualdad de trato para los desiguales; las denominadas cuotas o medidas de discriminación inversa o positiva. Se advierte que el termino discriminación positiva constituye un disímil ya que aunque se afirme que la noción discriminación significa distinción como algo neutro, el término adecuado sería diferenciación positiva. La autora advierte que se deben separar los dos términos: el de discriminación positiva y el de discriminación inversa, resalta que la primera corresponde a un tipo de medidas que buscan paliar la desigualdad, en condiciones en donde reina la escasez de recursos, en tanto que la segunda, citando a A. Ruiz Miguel es aquella que también intenta disminuir desigualdades pero ellas son producto de situaciones recalcitrantes, por ello se la ha denominado como una medida perversa, ya que sostienen

algunos, que mediante ella lo que se busca es privilegio para unos individuos pertenecientes al grupo social que se considera discriminado pero con ello se excluye a los individuos de otros grupos sociales. No obstante lo anterior, la autora retoma su idea y afirma:

“Efectivamente se trata de un concepto negativo; el objetivo básico de estas medidas es superar las desigualdades de grupo, es decir, aquellas que experimentan o padecen sujetos determinados por su pertenencia a un grupo al que se minusvalora. La carga peyorativa de esta figura se encontraría básicamente en el argumento que afirma que tiene forzosa contrapartida un perjuicio claro y visible en quien no pertenece al grupo... con las medidas de discriminación inversa no puede afirmarse que se discrimina a un grupo social. Considerar discriminación al impacto negativo que pueden comportar estas medidas sobre sujetos individualmente considerados es trivializar la idea de discriminación”.

Como lo anota Pérez Luño:

“La discriminación inversa y positiva para determinadas minorías no puede traducirse en discriminación directa y negativa para las mayorías. De este debate se deriva que las medidas de diferenciación positiva traen para los grupos a los cuales no se les aplica unos efectos de redistribución de oportunidades antes que discriminación propiamente dicha” .

Por otra parte, se tiene que al otorgar un tratamiento diferenciado a un individuo de un grupo históricamente desfavorecido frente a otro que no lo es, lo que se hace es beneficiar al peor situado.

A estas medidas de diferenciación positiva, como se anunció anteriormente también se las ha denominado “normas de cuotas que establecen la reserva de un número o porcentaje de plazas a determinados grupos”, entre tales medidas se encuentran la reserva de cuotas en el acceso laboral, frente a los cuales se han esgrimido diferentes tipos de argumentos detractores como la falta de mérito o el perjuicio que se causa a otras personas que no son miembros del grupo favorecido. La crítica se encamina hacia el cuestionamiento de que con este tipo de acciones se realiza directamente una igualdad de resultados y no una mera igualdad de oportunidades. Al respecto cabe anotar, que hay dos clases de cuotas, las flexibles o por decisión y cuotas rígidas o por resultado, las segundas corresponden más al concepto de cuota en el sentido lato de la acepción, mientras que las primeras corresponden a un tipo de trato preferencial y son aquellas que dentro de unas circunstancias iguales dan prioridad a los miembros de un grupo desaventajado. Es decir, que son medidas netamente orientadas a la consecución de la igualdad de oportunidades pero con efectos en los resultados.

En este sentido lo entiende David Giménez Gluck, quien en su análisis sobre jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español aborda los conceptos de acción positiva moderada y acción protectora. Así categoriza las acciones positivas en dos tipos:

- “ Acciones positivas moderadas.
- Medidas de discriminación inversa, que subdivide, a su vez, en:
 - Discriminación inversa racionalizada (que es constitucional, por superar el escrutinio de igualdad al que el autor somete a las medidas de acción positiva).
 - Discriminación inversa "en estado puro" (a la que considera discriminatoria y, por tanto, contraria a la Constitución).”.

Por su parte, Añon señala que Iris Marion Young fue la primera autora que formuló una tesis de la ciudadanía diferenciada como la manera de enlazar los conceptos de ciudadanía y multiculturalismo, pluralismo y diferencias, y agrega que la propuesta se encuentra situada:

“[E]n demandas de reconocimiento de derechos como respuesta a situaciones de discriminación de determinados colectivos que están escondidos detrás de una pretendida neutralidad de los poderes públicos, bien por la situación de especial vulnerabilidad en las que se encuentran estos grupos o bien porque no se ha tenido en cuenta su identidad en el momento de constitución o reconocimiento del pluralismo, (lo cual trae como contrapartida) que las personas que forman parte de esos grupos se encuentren con importantes limitaciones en el disfrute de los derechos.” .

Sin embargo, sobre el particular es imperioso destacar que en Colombia la tesis de la neutralidad ha sido superada con la postulación del Estado como democrático y social de derecho; pues dicha cláusula impone a todos los organismos públicos la obligación de velar por la efectividad de los principios, derechos y deberes de los residentes en el territorio y en especial con base en el principio de solidaridad que impulsa y promueve la especial protección a los grupos vulnerables entre los que se encuentra la población discapacitada dadas sus especiales condiciones de vida.

Dicho reconocimiento ha sido expreso, de tal forma, que no basta con un solo artículo para ello sino que a lo largo de todo el articulado constitucional se reconocen las circunstancias que hacen a los discapacitados personas vulnerables que requieren del apoyo tanto por parte de las autoridades públicas como de los particulares, y mas aún en el ejercicio de su oficio o profesión, ya que como se ha anotado reiteradamente el trabajo es el medio de realización personal por excelencia.

A raíz, de la discriminación que aqueja a este sector, se produce una situación de vulnerabilidad en la que se encuentran estos individuos, en razón de su estado de salud, o por motivos adicionales como lo serían los políticos, culturales o económicos, pero sin lugar a dudas por la carencia física, psíquica o sensorial que los aqueja, lo que pone en tela de juicio su productividad en el desempeño de su trabajo. Añon indica claramente la naturaleza de una situación de vulnerabilidad como:

“Aquel enfriamiento del vínculo social que precede a su ruptura: precariedad en el empleo, fragilidad en los soportes proporcionados por la familia y por el entorno familiar, por una cultura, en la medida en que ofrecen una protección próxima y una desestructuración de los ciclos de vida normalmente secuenciales. Cuanto mas se agranda ésta zona de vulnerabilidad, mayor es el riesgo de ruptura que conduce a las situaciones de exclusión. Por tanto, la vulnerabilidad no se produce solo por la precarización del trabajo, sino porque se tornan frágiles los soportes relacionales que aseguran la inserción en un medio en que resulte humano vivir. Y lo importante es que éste proceso se produce sobre un fondo de protección o estabilidad”.

La mejor forma para paliar las situaciones de vulnerabilidad de los sujetos es el reconocimiento tanto jurídico como fáctico de las situaciones de fragilidad o debilidad que presentan algunos individuos por su pertenencia a un grupo social considerado disminuido y la aprobación de las diferencias que los caracterizan, razón por la cual el único medio eficaz para la consecución de tan ambicioso logro es la materialización de los derechos fundamentales como el receptáculo de las necesidades de los individuos y a su vez la tutela de las identidades lo que permite la realización de la justicia material.

El óbice que se encuentra en el camino hacia el reconocimiento de las diferencias y en consecuencia de los derechos diferenciados o como se anotó anteriormente “del derecho desigual” se cristaliza en la perpetuación de actitudes y de acciones discriminatorias como tratos despectivos y estigmatizadores hacia ciertas personas, lo que hace que se las desestime y se las considere mermadas en sus capacidades pues de ésta forma se afectan bienes básicos, derechos y oportunidades que generan situaciones de exclusión social, política, jurídica e incluso económica.

Se reitera de manera enérgica el papel fundamental que juega el trabajo en el progreso y desarrollo tanto moral como material de un individuo, por ello es inconcebible la obstaculización de su ejercicio, ya que se atenta contra la satisfacción de las necesidades básicas así como también contra las aspiraciones personales que tenga un ser humano para su realización. Mas aún, en la situación de los discapacitados cuando el trabajo es el medio para su superación y cuando se constituye en la única vía para lograr el reconocimiento de su valor como seres productivos y útiles a la sociedad.

Siendo fundamental, entonces el papel que juegan los derechos diferenciados en la consolidación del principio de estabilidad reforzada en el empleo del trabajador discapacitado, pues constituyen el paso del umbral de la igualdad formal hacia la igualdad material a través de la puesta en marcha de acciones positivas o del trato diferencial.

Por su parte, el Doctor Rodolfo Arango Rivadeneira postula la existencia de “derechos sociales fundamentales: como derechos del individuo frente al Estado en demanda de acciones fácticas positivas”, entre los que se sitúa el derecho de estabilidad reforzada de los trabajadores discapacitados lo cual determina la facultad de exigir del Estado el cumplimiento de las prerrogativas consagradas en su beneficio; sin embargo, cabe resaltar que algunos teóricos disienten de dicha postura y por el contrario sostienen que los derechos sociales constituyen simples enunciados programáticos o metas colectivas, que no permiten la exigibilidad de acciones positivas concretas y materiales por parte del ente estatal.

Arango Rivadeneira expresa que los derechos sociales fundamentales se identifican en torno a los tres elementos de todo derecho subjetivo: titularidad, legitimidad por pasiva y objeto. En cuanto a la titularidad, afirma que son prerrogativas consagradas a favor de grupos de individuos determinados y que la pertenencia a ellos determina la capacidad de exigibilidad, a pesar de ello, sólo pueden reclamarlos los individuos en particular y no el grupo como un todo.

En lo concerniente a los obligados, los derechos sociales fundamentales tienen como único responsable al Estado considerado como el conjunto de entidades pertenecientes a las ramas del poder público, organismos de control y particulares que cumplen funciones públicas.

El objeto está constituido por las acciones que pueden exigir los titulares de los derechos sociales fundamentales, las cuales según los postulados del autor, deben ser acciones positivas fácticas por parte del Estado, con el fin de asegurar la adecuada protección de sus derechos, en aras de la igualdad material, real y efectiva, dado que su mera consagración legal no es suficiente para tal propósito.

Finalmente, desde la perspectiva del autor, los derechos consagrados a favor de grupos históricamente discriminados, como sería el caso, de los trabajadores discapacitados se considerarían derechos sociales fundamentales, puesto que la facultad de exigirlos del Estado, radica en cabeza de cada uno de los individuos pertenecientes a este grupo social, atendiendo a las circunstancias fácticas en las que se encuentren.

Para concluir, vale seguir la clasificación que el profesor Francisco Cortés Rodas hace de los modelos teóricos que sustentan las acciones a favor de los discapacitados, así:

- 1) El liberalismo.
- 2) el igualitarismo.

De donde cada uno propone a su vez, modelos de justicia distributiva; a saber:
El liberalismo propone según el autor un modelo:

a) Libertariano que involucra autores como: Locke, Nozick, Rawls, Friedman; para quienes vale respetar a cada uno el derecho a la libertad y a la propiedad privada.

b) Modelo Social de la Libertad: (Kant, Rawls, Buchanan, Dworkin). Aprecia el reconocimiento de derechos sociales para que cada uno pueda ejercer sus derechos y libertades civiles y políticas.

Y por su parte, el igualitarismo crea:

a) El Modelo de las Necesidades: (Amartya Sen) que ve como objeto del respeto igual el derecho igual que puede pretender cada uno como ser necesitado para ver realizadas sus necesidades básicas y,

b) El Modelo de la Política de la Igualdad: (Tugendhat y Honneth) que concibe el principio del derecho igual como una exigencia de la justicia política. Solo hay respeto si el Estado garantiza a todos las condiciones elementales para una vida digna.

Es ésta la visión que se comparte pues debe haber justicia social como seres éticos que somos.

EL DESARROLLO DEL PRINCIPIO DE ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DEL
TRABAJADOR DISCAPACITADO EN LAS ALTAS CORTES COLOMBIANAS

“Discapacidad es...
...la capacidad de ser extraordinariamente capaz”.

Anónimo.

2. EL DESARROLLO DEL PRINCIPIO DE ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DEL TRABAJADOR DISCAPACITADO EN LAS ALTAS CORTES COLOMBIANAS

2.1 EL JUICIO DE LEGALIDAD DE LA PROTECCION AL TRABAJADOR DISCAPACITADO: JURISPRUDENCIA SALA LABORAL- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha abordado el tema de la rehabilitación, de los derechos que le asisten al trabajador discapacitado, así como también las obligaciones y derechos del empleador cuando el subordinado presente una discapacidad. Es por ello que se estudiarán en el presente capítulo las diferentes decisiones de dicho Tribunal.

La cúspide de la jurisdicción Ordinaria Laboral y de la Seguridad Social ha reflejado de manera constante en sus fallos la sujeción de la protección debida al trabajador discapacitado a las exigencias legales tanto sustantivas como procedurales; lo cual en controversias sustancialmente ricas en posibilidades interpretativas pero erróneamente planteadas en casación, hace explícito el imperio de los formalismos, eludiendo una solución razonable a los casos puestos bajo su conocimiento muy por encima de la realidad que aqueja y subyuga al trabajador discapacitado; tendencia ésta que tuvo su mayor auge en la Corte a finales de la década de los ochenta y comienzos de los noventa.

Ahora bien, no se puede desconocer que el plexo normativo constitucional desde 1991 ha generado que la Corte sustente posiciones innovadoras e inmensamente garantes de los derechos que le asisten al discapacitado.

Sin embargo, las secuelas del pasado y el carácter de juez de la legalidad en materia laboral y de seguridad social hacen que, en muchas oportunidades, no se vea materializado el espíritu protector del derecho al trabajo con la parte más débil de la relación laboral, lo cual deviene en injusticia y falta de acercamiento a las realidades sociales.

Para puntualizar dicha tendencia decisional, se elabora la presente línea jurisprudencial sobre el tratamiento otorgado a los trabajadores discapacitados, por parte de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Cabe anotar que intencionalmente sólo se abordan sentencias que consideran al trabajador discapacitado como sujeto de posibles beneficios en los diferentes momentos de la relación laboral: ingreso, permanencia, retiro; descartando un buen número de sentencias examinadas en las cuales la Corte aborda temas disímiles.

En relación entonces con el tema de investigación, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en pronunciamiento de 15 de agosto de 1984 examinó la procedencia de la excepción de inconstitucionalidad aplicada por una juez frente al artículo 2 del decreto reglamentario 947 de 1970; dicha funcionaria argumentó que en éste artículo el gobierno reguló una temática que no encajaba dentro de las facultades que el legislador le confirió, figurando entre ellas “fijar las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos nacionales, así como el régimen de prestaciones sociales”. El artículo en comento pretendía poner en vigencia para empleados públicos y trabajadores oficiales la norma del artículo 16 del decreto 2351 de 1965 según el cual: “Los patronos al término del período de incapacidad temporal, están obligados a reinstalar a sus trabajadores en los cargos que desempeñaban si recuperan su capacidad de trabajo, o en proporcionarles a los incapacitados parcialmente un trabajo compatible con sus aptitudes, para lo cual deberán efectuar los movimientos de personal que sean necesarios. El incumplimiento de tales disposiciones se considerará como despido injusto”. Igualmente se examinó si la rehabilitación de empleados públicos y trabajadores oficiales aparejaba el derecho a la reincorporación en el empleo de los mismos.

En este orden de ideas y en consideración a la problemática derivada del artículo 2 del decreto reglamentario 947 de 1970 la Sala Laboral de la Corte, de acuerdo con la normatividad consagrada para entonces en la Constitución de 1886 e interpretando el derecho a la rehabilitación de empleados públicos y trabajadores oficiales discutió los alcances del artículo en mención, para lo cual recurrió a los siguientes argumentos frente a la viabilidad de la excepción de inconstitucionalidad:

“De acuerdo con el texto de la Carta y con la abundante jurisprudencia al respecto, la facultad del gobierno se limita a adoptar las medidas necesarias para la cumplida ejecución de las leyes. Y es claro que la potestad reglamentaria no puede utilizarse según la Constitución para consagrar derechos y obligaciones que no hayan sido ya establecidos por la norma reglamentada, la que resultaría así indebidamente extendida o ampliada, y no solo complementada en cuanto a su cumplimiento”.

Con fundamento en este razonamiento, la Corte frente a esta disposición estableció la procedencia de la excepción de inconstitucionalidad, o de inaplicabilidad.

Respecto a la rehabilitación, precisó la Corporación que si bien ella puede obtenerse a través de la reincorporación, ésta no había sido consagrada a favor de los empleados públicos y trabajadores oficiales de manera clara y explícita en el objetivo legal de rehabilitación, por lo que no era dable aplicarla a este grupo de trabajadores.

Es evidente en el pronunciamiento bajo revisión emitido por la Corte Suprema de Justicia la prelación dada a la forma sobre el fondo del asunto, así si bien la Corte acepta que la

reincorporación es viable en aras de obtener la rehabilitación, se abstiene de poner en marcha este importante mecanismo de integración laboral dirigido hacia las personas incapacitadas que han recuperado su capacidad laboral.

La Corte comienza desde esta época a vislumbrar el verdadero fondo del asunto, es decir, el carácter tuitivo de la norma; sin embargo es renuente a aceptar la reincorporación, por exceso en la potestad reglamentaria de una norma; cediendo a las formalidades en detrimento de la protección a favor del trabajador incapacitado que en la Constitución de 1886 no era explícita.

En fallo de 30 de mayo de 1986 la Corte, trató el caso de un trabajador de Industrias Haceb incapacitado por 180 días, al cabo de los cuales, se reintegró a sus labores en la empresa en mención; con posterioridad al reintegro, el ISS envió un comunicado al actor, el cual fue recepcionado por la empresa, donde se le informaba que meses atrás había terminado su incapacidad y que debía presentarse para una valoración; sin embargo, la empresa no se lo entregó y un mes mas tarde, dio por terminado el contrato basándose en dicho aviso y aduciendo como causal el numeral 15 del artículo 7 del decreto 2351 de 1965.

El juez laboral que conoció la demanda del trabajador consideró su despido como injusto y ordenó su reintegro, la demandada apeló y el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Medellín confirmó la sentencia en cuanto a considerar injusto el despido, pero la revocó frente al reintegro; ordenando cancelar al trabajador una indemnización por despido sin justa causa.

Atendiendo las circunstancias particulares, la Corte Suprema de Justicia, en casación, analizó la viabilidad del despido realizado por la empresa invocando la causal antes mencionada. La Corte resolvió el recurso expresando que no era válido invocar como causal de despido con justa causa la regulada en el numeral 15 del artículo 7 del decreto 2351 de 1965, a tenor del cual es posible el despido del trabajador una vez éste cumpla 180 días de incapacidad; pues tal despido solo puede efectuarse al vencimiento inmediato de la incapacidad; siendo que para el caso no se cumplió dicho presupuesto, pues se produjo, una vez cesada la incapacidad y reintegrado el trabajador a sus labores.

Aclaró la Corte que si el despido se da como en el presente caso con posterioridad al vencimiento de la incapacidad, la justa causa que se alegó se extingue; por lo anterior la Corte no casó la sentencia recurrida.

En providencia de 8 de julio de 1987, siendo ponente el Dr. Jacobo Pérez Escobar la Corte Suprema de Justicia se refirió al caso de un trabajador quien recibía tratamiento psicosomático en el Instituto de los Seguros Sociales por padecer delirium tremens. Dada su salud mental fue incapacitado desde el 10 de mayo hasta el 20 de junio de 1982. Afectado de este padecimiento el actor renunció a su cargo el día 24 de mayo de 1982.

La Corte procedió a estudiar y decidir la validez de dicha renuncia y tomó como argumento de su decisión el siguiente:

“(…) [L]a renuncia a un empleo debe ser producto del querer espontáneo de quien así procede, querer espontáneo que no es posible encontrar en quien (…), actúa en virtud de profunda alteración del intelecto (…) el actor actuó desposeído de plena voluntad, es imperativo concluir que la renuncia así observada no tiene las características que la identifican como tal.”

Con base en ello, la Corte decidió que:

“Comprobada, pues, de manera ostensible, como lo observa el ad-quem, que el contrato suscrito entre actor y demandada no terminó por mutuo consentimiento de las partes y que la renuncia presentada por el primero de ellos carece de eficacia, concluye la sala que los errores de hecho que el cargo acusa y el quebranto indirecto de las normas relativas a ellos incluidos en su proposición jurídica resultan infundados.”

Más adelante, en fallo de 15 de junio de 1994 se hizo referencia al sumario que trataba el caso de un trabajador particular quien estuvo incapacitado en varias ocasiones, con periodos de recuperación entre incapacidades; ninguna de las incapacidades sumó 180 días. Luego de la última incapacidad continuó laborando, pero ya reincorporado, la empresa para la cual laboraba terminó unilateralmente el contrato, aduciendo como causal la prevista en el numeral 15 del artículo 7 del decreto 2351 de 1965.

En apelación el Tribunal Superior competente consideró que no se reunían los supuestos fácticos propios de tal norma y, por consiguiente, que el despido carecía de justificación, puesto que la incapacidad para que configure causal de despido debe darse por un término ininterrumpido de 180 días.

Cuando la Corte asumió competencia del asunto en casación, estudió el verdadero sentido de la norma en mención a fin de determinar si era viable la suma de incapacidades interrumpidas cuyos periodos no excedían 180 días, con miras a determinar si tal situación puede dar lugar a despido con justa causa.

El estudio enCuadro por la Corte, compartió la posición esgrimida por el Tribunal, a la cual añadió que el numeral 15 del artículo 7 del decreto 2351 de 1965; debía interpretarse con apoyo en el artículo 4 del decreto reglamentario 1373 de 1966 y el artículo 16 del decreto 2351 de 1965, de donde dedujo la siguiente posición:

“(…) [L]a incapacidad debe ser una, y que dure cuando menos 180 días, puesto que si el trabajador recupera su capacidad es porque la enfermedad no lo incapacita para laborar, y la causal implica la concurrencia de las dos circunstancias esto es, que se trate de enfermedad que a la vez que incapacita para el trabajo no tenga curación en “dicho lapso”. Tal es la hermenéutica que debe mantenerse toda vez que evita trastornos del sistema jurídico puesto que satisface principios de justicia y equidad, los cuales se verían quebrantados por la armonía sobreviniente a la permisión del despido

con solo la suma de incapacidades que, dentro de un termino indefinido (décadas quizá), pudiera causar una misma patología.”

Observando esta postura la Corte decidió no casar la sentencia del tribunal, recurrida por el empleador demandado.

La Corte Suprema en Sala de Casación Laboral, mediante fallo de 17 de septiembre de 1998, consideró la situación de un trabajador de la empresa Fabricato, quien por espacio de 34 años estuvo sometido al ruido de los telares, lo cual le causó una apreciable pérdida de la audición; persona a quien además, el empleador obligó a conciliar su retiro, otorgándole una pensión de jubilación, con lo cual éste creyó exonerarse de reconocer indemnización alguna. No obstante, en sede judicial, la comprobada culpa patronal consistente en no haber entregado protección auditiva, ni reubicar al empleado, condujo a condenar al patrono al pago de perjuicios materiales y morales que autoriza el artículo 216 del C.S.del T.

El análisis de la Corte Suprema le hizo ratificar la condena impuesta al empleador, con base en los siguientes argumentos:

“[E]l origen de las prestaciones es diferente, ya que la pensión se produce como un riesgo asumido por el Instituto, al paso que el empleador asume la indemnización total y ordinaria de perjuicios, por haber tenido culpa en la enfermedad profesional.

Resulta claro entonces que la anterior hermenéutica, acertada o no, se sustenta en la consideración jurídica de que hay una compatibilidad legal entre la indemnización plena de perjuicios que se reconoce como consecuencia de la enfermedad profesional adquirida por culpa del empleador y la pensión que, derivada del riesgo profesional, asume la seguridad social”.

De igual manera esta Corporación en fallo del 18 de octubre de 2000 examinó el asunto referente a una trabajadora quien fue despedida antes de cumplir 180 días de incapacidad. Afirmó que la empleadora tuvo conocimiento de la enfermedad que la aquejaba; y que no atendió las incapacidades transcritas por el Instituto de Seguros Sociales. Razones por las cuales consideró que su despido no se fundamentó en una justa causa.

El Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá apreció que el despido de la accionante se había producido sin justa causa y ordenó cancelar la indemnización correspondiente. La sentencia se impugnó por la demandada y el Tribunal de Distrito Judicial de Bogotá revocó el fallo de primera instancia argumentando que "para la fecha en que la empresa rompió el vínculo, luego de cuatro días de ausencia a las labores, (...) no sabía de la existencia de la incapacidad referida", por ello consideró este Tribunal el despido ajustado a derecho.

La actora interpuso recurso contra esta providencia argumentando que para que su despido fuera eficaz debió producirse después de 180 días de incapacidad.

La Corte consideró el argumento sostenido por la recurrente, expresando que la decisión del Tribunal, no trataba este hecho, por lo que al no controvertir el verdadero sentido del fallo este seguía en pie. Agregó que la actora debió formular el recurso “alegando la comisión de errores manifiestos de hecho o de derecho que le permitieran examinar las pruebas del proceso, para así, mediante esa confrontación, determinar si el juicio del juez de alzada fue o no equivocado en cuanto a la cuestión fáctica del litigio”.

Por lo anterior, la Corte decidió no casar la sentencia emitida por el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá.

Si se considera la protección especialísima que el constituyente de 1991 le brindó a los disminuidos físicos, psíquicos y sensoriales (Artículo 13), además de la protección consagrada en los artículos 53 y 54 constitucionales referentes a la estabilidad en el empleo y a la rehabilitación y reincorporación de los trabajadores disminuidos, resulta inconcebible que por cuestiones puramente procedimentales se desampare a los trabajadores que se encuentran en estas circunstancias, máxime si se considera la Constitución como el parámetro supremo de las relaciones laborales en nuestro país.

De manera que, el peso del procedimentalismo mantenido por la Corte ha impedido, como en el caso que se analiza, la concreción de los principios constitucionales a favor de los trabajadores discapacitados, agotando la posibilidad de ser diferenciados positivamente; lo que a su vez deriva en una constante discriminación y segregación del mercado laboral.

Esta entidad, en proveído de 19 de septiembre de 2002 analizó la procedencia de la justa causa de despido para trabajadores oficiales contenida en el artículo 8 del decreto 2541 de 1945 que hace alusión a la posibilidad de dar por terminado el contrato de trabajo con esta clase de trabajadores cuando se encuentren enfermos y según dictámenes médicos no puedan recuperarse en 180 días o cuando estén incapacitados por más de este término.

En este pronunciamiento se determinó que si un trabajador oficial es despedido por enfermedad o incapacidad que supere los 180 días se constituye en justa causa de despido, por tanto en estos eventos el empleador está obligado a reconocer al trabajador oficial las prestaciones e indemnizaciones a que tiene derecho como consecuencia de las secuelas que aparece la enfermedad o el accidente, más no una indemnización por despido injusto por cuanto la razón del despido esta prevista como justa causa.

Sin embargo, hay que analizar esta circunstancia a la luz de la Constitución de 1991 donde claramente se consagra la protección a las personas que se encuentran en condiciones de debilidad manifiesta, como puede ser el caso del trabajador oficial que debido a una lesión o a una enfermedad ajena a su voluntad se ha visto obligado a dejar temporalmente su cargo en aras de obtener su recuperación, y que por ello ha sido despedido y no se le ha reconocido indemnización alguna.

Igualmente, es importante destacar que el artículo 53 de la C.P. enuncia los principios que orientan las relaciones laborales en general, dentro de los cuales está el de estabilidad, del cual se deriva el principio de estabilidad reforzada que entre otros beneficia a aquellos trabajadores que por una u otra circunstancia están incapacitados o han sido declarados inválidos y que por ello merecen además una especial protección.

Dentro del fallo proferido el día 5 de mayo de 2005, la Corte resolvió el recurso de casación que interpuso la parte demandante contra la sentencia del Tribunal de Barranquilla, en el proceso ordinario laboral que promovió un trabajador contra la Cooperativa de Transportadores del Litoral Atlántico Ltda, y contra el Instituto de Seguros Sociales.

El demandante solicitó que se declarara que entre él y la demandada existió un contrato laboral, en virtud del cual prestó sus servicios como conductor y como “intermedio despachador”; que era afiliado del Seguro Social, y que sufrió un accidente de trabajo, a raíz del cual perdió el ojo izquierdo. Solicitó el reconocimiento de la indemnización de perjuicios materiales, morales y la pensión de invalidez, pues consideraba que por la actitud de la empresa al no haber reportado oportunamente el accidente laboral como tal, pues se encontraba en mora en el pago de las cotizaciones de Seguridad Social, ésta tenía responsabilidad que la obligaba a indemnizarlo.

En primera y segunda instancia se absolvió de los cargos a la demandada considerando que no se había acreditado a través de prueba idónea que el golpe que sufrió en la cabeza a consecuencia del que perdió la visión fuese catalogado como accidente de trabajo, ni tampoco que tal insuceso se atribuyera a culpa de la empresa, pues la culpa no se configura por falta de aviso de la empleadora al Seguro Social, al respecto anotó:

“La culpa patronal, es específica, es decir, comprende hechos u omisiones imputables al empleador que inciden necesariamente en un daño físico en la humanidad del trabajador, lo que en este asunto consistiría en que el golpe que el demandante sufrió en el parietal izquierdo fue el resultado de acciones u omisiones culposas de Coolitoral. Con esto se quiere significar que la culpa patronal a que se refiere el artículo 216 del Código Sustantivo del Trabajo no es la negligencia de la empresa en dar oportuno aviso al Seguro Social y menos la negligencia del Seguro en atender oportunamente a quien requiere de su asistencia médica, quirúrgica u hospitalaria, como equivocadamente y como único argumento lo alega una y otra vez el recurrente.”

Por tal razón la Corte se abstuvo de casar la sentencia recurrida.

La Corte mediante proveído de 7 de febrero de 2006, examinó el caso de un trabajador quien mientras laboraba al servicio de Coltejer contrajo la enfermedad denominada aplasia medular, afirmó el trabajador que a raíz de la misma, permaneció inválido. Manifestó que por éste motivo y sin que mediara autorización del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social fue despedido. El Trabajador solicitó reintegro a su cargo, invocando la protección establecida en la ley 361 de 1997.

Coltejer expresó que el despido se realizó en forma legal, puesto que se efectuó después de 180 días de incapacidad del trabajador.

El Tribunal Superior de Distrito Judicial de Medellín expuso en su fallo que no se demostró una disminución psíquica, sensorial o física del trabajador y que ésta fuera la razón del despido. Aceptó que existía una justa causa para dar por terminado el contrato, cual era la incapacidad por el lapso de 180 días.

En virtud de esta decisión el extrabajador interpuso recurso de casación al considerar que el Tribunal no había tenido en cuenta su condición de inválido.

La Corte analizó el caso teniendo como sustento la idoneidad de la prueba que corroboraba la invalidez del actor, señaló que para que un juez valore una discapacidad, se requiere que sea demostrada por medios científicos y no a través de cualquier medio de prueba, tal como lo manifiesta el artículo 5 de la ley 361 de 1997, para lo cual es necesario servirse de un dictamen pericial como lo establece el artículo 233 del Código de Procedimiento Civil. Demostración que no se efectuó en el proceso, ya que simplemente el actor se limitó a afirmar tal condición.

Concluye la Sala Laboral de la Corte que el Tribunal no desconoció la invalidez, porque no encontró demostrado que el trabajador ostentara tal calidad, razón por la cual no casó la sentencia.

Recapitulando, el juez de la legalidad cumpliendo con su función ha enfrentado el recurrente debate sobre la justeza del despido de una persona discapacitada, bien por afecciones de índole profesional o de carácter general. En tales conflictos ha enfrentado dificultades de i) identificación de la norma aplicable, sobretodo respecto de trabajadores oficiales y ii) definición de las consecuencias que acarrea el despido, a la luz de la ley 361 de 1997 y la normatividad imperante en cada momento histórico. Sobre este último punto, la Sala Laboral –por defectos formales del planteamiento del recurso de casación- no ha definido una posición clara que estime la ley 361 de 1997.

No obstante, la sentencia del 19 de septiembre de 2002 permite apreciar la solución equitativa que el alto tribunal brinda al tema en la medida que posibilita dar por terminado el contrato de trabajo de una persona con incapacidad superior a 180 días o que no pueda recuperarse en ese término, sin pagar indemnización alguna pero sí asumiendo las secuelas de la enfermedad o el accidente. Obviamente, sin compaginar el contenido de la ley 361 de 1997, que ampara no sólo a personas inválidas sino con una “limitación”, introduciendo la garantía de la ineficacia del despido o estabilidad reforzada y el pago de la indemnización sancionatoria equivalente a 180 días de salario, concurrente con otro tipo de indemnizaciones.

Es decir, que con base en la sentencia de septiembre de 2002, encuentra aval, la reclamación de indemnización de perjuicios (materiales y morales) derivados de una enfermedad o accidente no profesional, como podrían ser los derivados del hecho de quedar

desamparado un trabajador en materia de Seguridad Social, a raíz de la desafiliación que el empleador realice con ocasión del finiquito contractual, la imposibilidad o frustración de conseguir un empleo, el registro en la hoja de vida de un despido con justa causa derivada de una limitación.

Ahora bien, debe destacarse el manejo acertado que ha dado la Corte Suprema de Justicia al tema derivado de la indemnización plena y ordinaria de perjuicios contemplada en el artículo 216 del C.S. del T. con base en el cual frente a un infortunio de carácter profesional, el trabajador goza del derecho a ver plenamente restablecidos los perjuicios causados por culpa del empleador, con independencia del amparo objetivo que la seguridad social brinda a la persona víctima de un accidente o enfermedad profesional. Aunque vale llamar la atención sobre la sentencia de 5 de mayo de 2005 en la cual descarta la actitud patronal de negligencia como hecho que permita atribuir culpa patronal. Ello resulta desfavorable para los trabajadores en la medida que sucesos como no reportar el accidente de trabajo, estar en mora en el pago de cotizaciones o no afiliar al trabajador al Sistema de Seguridad Social Integral no generarían la importante consecuencia indemnizatoria de que trata el artículo 216 del C.S. del T., apenas compensatoria del daño causado a un trabajador por una actitud negligente del empleador.

Cuadro 4.

El juicio de legalidad de la protección al trabajador discapacitado: Jurisprudencia Sala Laboral – Corte Suprema de Justicia.

¿En sus proveídos la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia reconoce el principio de estabilidad laboral reforzada del trabajador discapacitado?

SI		NO
<p>Porque, pese al carácter legalista de la Corporación, ella ha construido posiciones innovadoras que han protegido al trabajador discapacitado.</p>	<p>“ Fallo de 15 Ago1984 M.P. Uribe</p> <p>§Fallo de 30 May 1986 M.P. Daza.</p> <p>“ Fallo de 8 de Jul 1987 M.P. Pérez.</p> <p>“Fallo de 15 Jun 1994 M.P. Palacio.</p> <p>“Fallo de 17 Sep 1998 M.P. Herrera.</p>	<p>Porque, la formación hermenéutica del juez del Trabajo y de Seguridad Social se encuentra moldeada por el carácter formalista y legalista que impide una adecuada protección al trabajador discapacitado.</p>
	<p>“Fallo de 18 Oct 2000 M.P. Méndez.</p> <p>ªFallo de 19 Sep 2002 M.P.</p>	
	<p>ªFallo de 5 May 2005 M.P.</p>	

Feb 2006

M.P.

Gnecco

Nota: El signo § indica una sentencia madre dentro de la línea.
El signo ^a indica una sentencia hito dentro de la línea.

2.2 EL JUICIO CONSTITUCIONAL Y DE LEGALIDAD DE LA PROTECCION AL TRABAJADOR DISCAPACITADO: JURISPRUDENCIA CONSEJO DE ESTADO

El Consejo de Estado en calidad de máximo tribunal de la jurisdicción contenciosa, a través del tiempo, ha oscilado en brindar o no una protección especial a aquellos servidores públicos que por su condición de salud física o mental han acudido a sus estrados con el objetivo de obtener amparo frente a la vulneración de los derechos que les asisten no sólo como trabajadores y por ende parte débil de la relación laboral, sino también como sujetos titulares de una especial protección en su condición de personas vulnerables. Esta situación se ha sustentado en el carácter de jurisdicción administrativa que en materia laboral bajo la teoría del acto condición tradicionalmente había privilegiado al Estado empleador con fundamento en la necesidad del buen servicio.

De otra parte, los principios, fines y valores aparejados con la Constitución Política de 1991, han hecho que el Consejo de Estado encargado también de asumir juicios de constitucionalidad, procure a través de decisiones judiciales el respeto por el ser humano en aras de dignificar su existencia, máxime si se tiene en cuenta la condición que afrontan las personas disminuidas a quienes además se les debe un trato diferencial positivo con el objetivo de que la igualdad inherente al individuo sea “real y efectiva”.

Bajo estos lineamientos, se pasará a analizar fallos proferidos por el Consejo de Estado, en los que se estudia la situación de servidores públicos quienes por flaquezas en su capacidad laboral han visto vulnerados sus derechos.

Se aclara que no se tratarán sentencias relacionadas con los conflictos jurídicos derivados del reconocimiento de prestaciones económicas propias del estado de discapacidad v.gr. pensión de invalidez; pues el análisis tiende a encumbrar la estabilidad reforzada del trabajador discapacitado como garantía de no discriminación y las consecuencias que ello trae consigo: reintegro o ineficacia de la ruptura del vínculo laboral.

De este modo, el Consejo de Estado en sentencia de 10 de noviembre de 1976 afirmó:

“Cuando el trabajador no está amparado por ningún escalafón, estatuto especial o carrera administrativa que le garantice una inamovilidad relativa, es decir, si se trata de empleados de libre nombramiento y remoción, estos pueden ser despedidos durante la licencia por enfermedad.

Los empleados o trabajadores oficiales tienen derecho a que se les pague una remuneración, durante el tiempo que dure la enfermedad hasta por 180 días. No implica desde luego ese derecho a una remuneración, inamovilidad en el empleo. El funcionario o empleado puede ser despedido pero la entidad de previsión está en la obligación de pagarle la remuneración que señalan las normas y además si la incapacidad dura mas de 180 días, tiene derecho a otras prestaciones económicas y asistenciales.

La enfermedad no apareja el derecho a la estabilidad en el cargo. Bien puede reclamar el actor las prestaciones a que tiene derecho, pero no obtener reintegro al servicio, por haberse encontrado enfermo cuando fue despedido. Esto se predica de las personas que son de libre nombramiento y remoción". (Subraya fuera de texto original).

Con planteamientos como el anterior, se puede evidenciar que hasta este momento para el Consejo de Estado los únicos servidores públicos que gozarían de una estabilidad durante la licencia por enfermedad serían los trabajadores de carrera, por cuanto a los demás –trabajadores oficiales y de libre nombramiento y remoción- solo se les garantizaría el pago de las prestaciones a las que tienen derecho durante la licencia por enfermedad, estando totalmente facultada la administración para prescindir de sus servicios.

En este mismo sentido, esta Corporación mediante providencia de 27 de enero de 1989, examinó la validez de la desvinculación de una guardiana mientras se encontraba incapacitada.

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca accedió a las pretensiones de la demanda basándose en lo que denominó: "el desconocimiento del derecho del demandante a no ser removido del cargo durante la licencia por enfermedad".

El Consejo de Estado, resolvió revocar la decisión proferida por el tribunal, con base en los siguientes argumentos:

“Es claro que la situación de incapacidad por enfermedad no confiere fuero de estabilidad en el empleo frente a las disposiciones legales que consagran la discrecionalidad de la administración para retirar del servicio a un empleado a través de la declaración de insubsistencia.

La incapacidad, en modo alguno tiene incidencia en el vínculo jurídico propiamente dicho, el cual se rige por normas claras y perentorias que una circunstancia accidental, como la incapacidad, no puede quebrantar.

Sólo el escalafonamiento en una determinada carrera o el desempeño de un cargo de período fijo estructuran una relativa estabilidad en el servicio, frente a la facultad discrecional de que goza la administración en los casos de destinos que sean de libre remoción. La incapacidad es una situación circunstancial y transitoria que no confiere, per se, alguno de estabilidad que pueda enervar la facultad discrecional de la administración cuando esta exista.”

Mediante estas posturas, el Consejo de Estado sigue una línea que sobrepone las potestades de que goza la administración frente a la inminente realidad que aquejaba al trabajador discapacitado, quien ante tal situación sufre el menoscabo de sus derechos laborales, situación que incrementa las posiciones discriminatorias de la administración.

Con posterioridad, mediante auto de 17 de julio de 1995, esta Corporación estudió el caso de una trabajadora que solicitó el reintegro al cargo que desempeñaba en el Instituto Nacional de Tránsito y Transporte, por cuanto fue retirada del servicio cuando habían transcurrido 177 días de incapacidad.

El Consejo de Estado al analizar los hechos expresó que si bien aún faltaban 3 días para cumplir 180 días de incapacidad, el acto a través del cual se desvinculó a la trabajadora comenzaba a surtir efectos en la fecha en que efectivamente se cumplía ese plazo, por lo que tal error no viciaba la decisión. Expresó que cumplido ese término y suspendida la prestación económica, la ley permite en pro del buen servicio el retiro del empleado, pudiendo acceder a una pensión de invalidez cuando ello fuere posible. Aclaró que la prestación asistencial, es decir, el suministro de servicios médicos, farmacéuticos, quirúrgicos, de laboratorio y hospitalarios, se proporcionarían sin limitación alguna, por todo el tiempo que fuere necesario.

Con base en éstos fundamentos el Consejo de Estado decretó la nulidad de la fecha en que se profirió la resolución de desvinculación, y en su lugar ordenó que se remplace por la fecha en que efectivamente se cumplieron los 180 días de incapacidad.

En este auto, también puede apreciarse la prelación que en el sector público se da al servicio, sobre los postulados constitucionales que para entonces ya estaban vigentes y que ordenan la protección especial a las personas disminuidas física, psíquica o sensorialmente, y la formulación por parte de la administración de políticas, planes y programas tendientes a lograr la inserción de esta población en todos los campos.

Posteriormente, en fallo de 4 de junio de 1998, se trató el caso de una auxiliar de enfermería del hospital psiquiátrico San Isidro de Cali, quien solicitó la nulidad del acto mediante el cual se aceptó su renuncia, por considerar que al momento de presentarla padecía una enfermedad mental: “depresión crónica con ideación suicida”, encontrándose bajo tratamiento psiquiátrico.

A través de la historia clínica quedó demostrado en el proceso que la accionante sufría de dicho trastorno desde el año de 1968, y que mantenía tratamiento psiquiátrico por esta enfermedad al momento de renunciar.

Considerando los hechos que originaron el plenario el Consejo de Estado arguyó:

“La renuncia debe ser el resultado de dos voluntades, a saber la primera, libre y espontánea, proveniente del empleado, y la segunda, emanada de la administración, las

cuales una vez se reúnen, originan el consentimiento que trae como consecuencia la posibilidad de la separación del servicio.”

En este entendido explicó el Consejo “no puede decirse que la voluntad de la actora era el resultado claro, consciente, y exento de vicio alguno”.

Adicionalmente el Consejo esgrimió el principio de la primacía de la realidad sobre formalidades, estableciendo con fundamento en él, que era notoria la situación mental de la demandante, a pesar de que no existía una declaración previa de interdicción judicial.

En este orden de ideas se decidió reintegrar a la accionante, aclarando que dicho reintegro no podría efectuarse, si la entidad de previsión social competente, consideraba que no estaba en condiciones mentales de desempeñar el cargo.

En este fallo y en el que a continuación se revisa, puede observarse cómo bajo determinadas circunstancias el Consejo de Estado sobrepone los derechos e intereses del servidor público discapacitado sobre los de la administración, al dar prelación a la realidad que aquejaba a estas personas y que las hacía merecedoras de un tratamiento diferencial positivo; ya que para esta época había entrado en vigencia la ley 361 de 1997 que al igual que la Constitución dispuso un tratamiento especial, diferente y positivo a favor de aquella población que por su condición se encontraba en situación de debilidad manifiesta.

El tema de la incapacidad mental determinante a la hora de presentar renuncia por parte de un trabajador al servicio del Estado, ocupó la atención del Consejo quien a través de pronunciamiento de 24 de septiembre de 1998, estudió el caso de un agente de policía que solicitó la nulidad de las resoluciones y órdenes administrativas que decidieron retirarlo del servicio; pues afirmó que sin tener conciencia de sus actos, al sufrir de trastornos mentales y encontrándose incapacitado por razones psiquiátricas, presentó solicitud de retiro del servicio, la cual fue aceptada a pesar de que dicha institución conocía de las alteraciones mentales por él padecidas.

El Consejo de Estado resolvió el asunto examinando la historia clínica del actor, de donde concluyó que en el momento de presentar la solicitud de retiro, como en el momento en que el nominador la aceptó, el actor “se hallaba afectado por un trastorno mental que necesariamente influyó en su capacidad volitiva, es decir no tenía plena conciencia de sus actos”. Con base en esta prueba determinó que la Policía Nacional tenía conocimiento de su padecimiento, y en este entendido concluyó que los actos acusados eran ilegales, en consecuencia ordenó restablecer el derecho, mediante la cancelación de “lo dejado de

percibir por el actor entre la fecha del retiro y aquella en que la Entidad le efectúe la evaluación para efectos de determinar la posibilidad del reintegro”.

Igualmente, en fallo calendado el 19 de octubre de 2000 el Consejo de Estado dió prioridad al estado de salud que aquejaba a un servidor público, al tratar el caso de un agente del Ejército Nacional, quien sufriendo una considerable mengua en su locomoción fue reubicado en tareas que no requerían mayor esfuerzo físico, y que posteriormente mientras se desplazaba por vía terrestre en una buseta del Ejército había sufrido un accidente que le causó lesiones, las cuales determinaron la necesidad de hospitalizarlo por el lapso de tres meses. Luego se le expidió una excusa de servicios por el tiempo que permaneció recluido en el hospital, que fue renovada cada mes por los médicos del dispensario en el que era atendido. Transcurridos siete días de la última excusa laboral, teniendo un término de duración de un mes; se le comunicó su retiro de la institución por llamamiento a calificar servicios.

El accionante estimó que en su situación se violaron los derechos que le asisten como persona disminuida físicamente, máxime cuando la limitación se dio mientras se hallaba prestando servicio al Ejército Nacional.

En estas circunstancias el Consejo de Estado estableció que no era dable analizar el caso únicamente desde la perspectiva de la calificación del servicio, explicó:

“(…) [N]o basta analizarla desde la óptica de dichos presupuestos (hace referencia a la calificación del servicio), por cuanto es menester detenerse a considerar las circunstancias específicas que rodearon este caso, en virtud de la situación de salud del demandante y el manejo médico-administrativo que se había dado a la misma”.

Añadió:

“El Decreto N° 094 de 1989 (...) prevé que las incapacidades relativa-temporal y absoluta-temporal pierden su carácter de temporales a los 3 meses de evolución de la lesión o enfermedad y después de ese término consagra la obligación de practicar al paciente una Junta Médico-científica, la cual, si encontrare posibilidades de recuperación, puede ampliar la incapacidad hasta por 12 meses, denominándose ésta última “incapacidad prolongada”; en caso de no existir tales posibilidades, le está vedado ampliar el término de incapacidad, caso en el cual debe determinar las lesiones o secuelas y fijar los correspondientes índices, para fines de indemnización cuando hubiere lugar a ello”.

(…) En este artículo se estatuye que cuando subsista la posibilidad de recuperación del paciente, el tratamiento puede prolongarse hasta por 12 meses más, límite máximo para determinar la incapacidad de manera definitiva”.

Del estudio de este decreto el Consejo dedujo:

“Una interpretación armónica de las preceptivas mencionadas, permite colegir a la Sala que si bien el legislador no condiciona el ejercicio de la facultad discrecional que tiene la administración para retirar del servicio a dichos militares, con fundamento en la causal denominada “llamamiento a calificar servicio”, no es dable hacer uso de esa atribución sustrayéndose de la situación de salud del Oficial o Suboficial, cuando la misma lo coloca en un estado de incapacidad permanente para laborar, motivante de otorgamientos continuos de incapacidades médicas prolongadas en el tiempo, pues la ley prevé en tal evento, la conducta a seguir por la administración.”.

Con base en estas reflexiones, el Consejo indicó que la reincorporación y permanencia del agente señalada por el Tribunal solo podía ir hasta el momento en que la administración estableciera a través del procedimiento señalado en el Decreto N° 094 de 1989 o el que estuviera rigiendo, sí las condiciones de salud que presentaba le permitían cumplir con las tareas inherentes a su cargo.

En esta ocasión, se supeditó la reincorporación del oficial, no a la liberalidad de la administración sino a las reales condiciones de discapacidad del servidor público, al ordenar el agotamiento de un procedimiento que develaría su real situación de salud, por cuanto resultaría ilógico que bajo cualquier circunstancia se siguiera manteniendo un vínculo laboral aún en detrimento de los derechos del trabajador y del interés de la comunidad. El alto Tribunal tendía a garantizar los derechos del trabajador y del servicio público.

El Consejo de Estado en decisión proferida el 18 de abril de 2002 conoció el caso de una funcionaria del ISS a quien se le expidieron incapacidades de origen no profesional sin que previamente un médico la evaluara. Así, a pesar de que formalmente la trabajadora figuraba como incapacitada, ella continuó desempeñando sus funciones normalmente. Con posterioridad se le otorgó pensión de invalidez sin que ella la hubiera solicitado, es decir, de oficio. Frente al reconocimiento pensional interpuso recurso de reposición.

La demandante aceptó que padecía una enfermedad de origen no profesional, que según concepto médico no le impedía realizar las funciones que ejercía en el ISS. Añadió que el reconocimiento de una pensión provisional como la de invalidez, no es una justa causa de despido. Igualmente expresó que el gerente del ISS no tenía la potestad para retirarla del servicio, puesto que solo le estaba permitido retirar a funcionarios que presentaran invalidez absoluta, situación en la que no se veía cobijada ya que su caso se trataba solamente de incapacidad. Solicitó la nulidad de la resolución que la desvinculó del cargo que ostentaba.

El Consejo de Estado procedió al análisis de la situación fáctica y encontró que el recurso interpuesto por la actora prosperó, revocándose la resolución recurrida, al descubrir el ISS, que se confirió pensión de invalidez a una trabajadora que según la valoración medica, no la merecía, en consecuencia de ello este Tribunal consideró:

“Es claro que el acto administrativo acusado es anulable (...) ya que retiró del servicio a la actora cuando el procedimiento administrativo de calificación de invalidez y reconocimiento pensional no se encontraba terminado.

La irregularidad que cometió la entidad demandada al disponer el retiro de la actora antes de que se hubieran resuelto los recursos interpuestos contra la resolución que reconoció la pensión de invalidez y, especialmente, al ejecutar un acto administrativo que no se encontraba en firme, contrariando el artículo 65 del C.C.A., lesiona las garantías legales y constitucionales del debido proceso.

Además de lo anterior, la resolución se encuentra viciada de falsa motivación porque la manifestación unilateral de la administración se fundamentó en hechos que no existieron o que, por lo menos, son diferentes a los expuestos por la administración para retirar del servicio a la demandante”.

En consecuencia, ésta Corporación decidió anular el acto administrativo demandado. No ordenó el reintegro puesto que durante el proceso la demandante “solicitó y obtuvo el reconocimiento de su pensión de jubilación mediante resolución”.

En pronunciamiento de 2 de septiembre de 2004, este Tribunal trató el asunto de un agente de la Policía Nacional quien fue incapacitado por sufrir convulsiones permanentes, calificando su padecimiento como enfermedad profesional, no siendo apto para el servicio, por lo cual se procedió a retirarlo del mismo.

El agente acudió ante la jurisdicción contenciosa en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho a fin de ser reintegrado en la institución a la cual se encontraba vinculado.

El Tribunal Contencioso Administrativo del Atlántico concedió las pretensiones de la demanda, teniendo como fundamentos de su decisión “el principio de razonabilidad y las normas constitucionales que garantizan el derecho al trabajo en condiciones dignas y justas”; agregó que el agente debió ser ubicado en un cargo administrativo o como docente, conforme al Decreto 0094 de 1989. Afirmó el Tribunal que “al prescindir del agente en las condiciones de salud en las que se encontraba se configuró desviación de poder”.

El Consejo de Estado resolvió el asunto en controversia argumentando:

“La desvinculación del demandante, aconteció en virtud de la facultad de retiro por mejoramiento del servicio (...).

En este orden de ideas, la Sala advierte que dentro de la causal de retiro por decisión de la Dirección General o del Gobierno Nacional según el caso, se encuentran englobados diversos factores que inciden en la buena prestación del servicio, entre ellos, los inconvenientes físicos de los servidores públicos, razón por la cual se aprecia que cuando se hace uso de esta facultad, en el análisis de apreciación de la causal es necesario determinar si las dolencias y padecimientos físicos no afectan la buena prestación del servicio, aspecto que resulta difícil de desvirtuar cuando la administración mediante Actas ha consignado la inaptitud para el servicio.

Además, no debe omitirse que cuando se acude a esta causal para retirar del servicio a los oficiales y suboficiales de la Policía Nacional, la administración pudo haber tenido en cuenta factores diferentes a las imposibilidades físicas del servidor y en esta medida, ello implica examinar el rendimiento laboral del policía pues resulta determinante para establecer si con su retiro se cumple la finalidad del poder discrecional, que es la optimización del servicio.”

Como resultado de esta fundamentación el Consejo de Estado revocó la decisión proferida en primera instancia, generando un retroceso en los pocos avances que hasta la fecha había realizado en torno a la protección de las personas discapacitadas, ya que si bien es cierto, es deber de la administración el mejorar la calidad y eficiencia de los servicios que ofrece a la comunidad, también lo es, el brindar herramientas de protección a aquellas personas que se encuentren en situación de indefensión, por tanto en este caso, la actuación correcta hubiese sido brindar al servidor público la posibilidad de ser reincorporado en un cargo acorde con su situación que no perjudicara ni su salud ni la calidad del servicio a prestar.

El 19 de abril de 2005 se analizó el proceso dentro del cual se demandaba la nulidad de los artículos 1, literal c, 14 y 16 del decreto 190 de 2003 que establecían un límite temporal a la especial protección de los trabajadores discapacitados, mujeres embarazadas y madres cabeza de familia en los casos de reestructuración estatal, en aras de garantizarles una estabilidad.

El Consejo de Estado analizó si al imponer un límite temporal a la especial protección que se brinda al trabajador discapacitado en el Plan de Protección Social “Retén Social”, se vulneraba el derecho a la estabilidad reforzada.

Este Tribunal indicó que el objetivo de dicha protección se dirigía a que los destinatarios de la misma no sean despedidos sin motivación alguna o por el hecho de ostentar la condición que los hacía acreedores a tal protección.

Su decisión fue declarar la nulidad de la norma que preveía tal limitación, por cuanto, la Corte Constitucional en sentencia C-991 de 2004 (infra, página 283) ya había declarado la inexecutable del artículo 8, literal d de la Ley 812 de 2003 que consagraba la misma situación que en este caso fue objeto de demanda. En ese orden de ideas, era lógico que el decreto 190 de 2003 en sus artículos 14 y 16 al establecer un límite a tal protección devenía inconstitucional como anteriormente lo había declarado la Corte Constitucional; sin embargo, precisó que no se debía entender que dicha protección fuera de carácter absoluta:

“[S]i bien los sujetos a los cuales va dirigida la norma no pueden ser despedidos sin motivación alguna, y mucho menos cuando el motivo de la desvinculación sea la razón que los hace merecedores de la especial protección laboral, sí lo pueden ser cuando exista justa causa para esto y el retiro del servicio observe celosamente el debido proceso”.

En cuanto al inciso c del artículo 14 de dicho decreto, es preciso anotar que los declaró razonables al considerar que los porcentajes de discapacidad que se protegían eran aquellos que oscilaban entre el 25% y el 50%, ya que antes del primero, el trabajador no tendría la calidad de disminuido y a partir del segundo, entraban a aplicarse las normas sobre invalidez.

En consecuencia, se aprecia globalmente cómo el Consejo de Estado tropieza al momento de brindar la protección constitucional que reclaman las personas discapacitadas con el principio de garantía y preservación del servicio público, en tanto que existe aún la indebida incomprensión de la persona discapacitada como aquella persona que merece lástima y cuidados, pero que no puede ser sujeto del derecho al trabajo pues entorpece el engranaje de la administración.

Ello ha hecho que ante la ausencia de un mandato constitucional claro, antes de 1991, imperara una total discrecionalidad frente a la posibilidad de prescindir de los servicios de una persona incapacitada.

Es hacia 1998, cuando el Consejo de Estado a la luz de los principios constitucionales del trabajo decanta una posición garante del discapacitado, que no obstante desde el año 2000 pondera tanto las razones del individuo como las del buen servicio, reversando esa actitud tuitiva hacia el año 2004, pero manteniéndose en punto de equilibrio hacia el año 2005, cuando se prioriza al discapacitado para segregarlo de políticas reduccionistas de plantas de personal, pero se asume que como trabajador puede verse envuelto en justas causas de retiro.

Cuadro 5

El Juicio constitucional y de legalidad de la protección al trabajador discapacitado:

Jurisprudencia del Consejo de Estado.

¿En sus fallos el Consejo de Estado reconoce el principio de estabilidad laboral reforzada del servidor público discapacitado?

SI	§ Fallo de	NO	
<p>Porque se debe atender a los principios y derechos constitucionales y a las circunstancias especiales que rodean el caso particular.</p>	<p>10 Nov 1976</p>	<p>Porque en aras del mejoramiento del servicio público la administración goza de una facultad discrecional que le permite retirar al trabajador disminuido física, psíquica o sensorialmente.</p>	
	<p>27 Ene 1989 Arciniegas.</p>		<p>“Fallo de M . P .</p>
	<p>17 Jul 1995 Pedraza.</p>		<p>“ Fallo de M . P .</p>
	<p>^aFallo de 4 Jun 1998 M.P. Díaz. “Fallo de 24 Sep 1998 M.P. Díaz.</p>		
	<p>^aFallo de 19 Oct 2000 M.P. Olaya.</p>		
	<p>“Fallo de 18 Abr 2002 M.P. Lemus.</p>		
	<p>de 2 Sep 2004 Ordoñez.</p> <p>“Fallo de 19 Abr 2005 M.P. Olaya.</p>		

Nota: El signo § indica una sentencia madre dentro de la línea.

El signo ^a indica una sentencia hito dentro de la línea.

2.3 EL JUICIO CONSTITUCIONAL DE LA PROTECCION AL TRABAJADOR DISCAPACITADO: JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

El mundo actual debido a los procesos económicos imperantes ha traído entre otras consecuencias, el desmonte de prerrogativas y beneficios laborales.

En este entorno y bajo una constante presión de los empleadores hacia los trabajadores, manteniendo en la mayoría de los casos solamente unos mínimos de protección legal, la lucha por la reivindicación y mejoramiento de las condiciones de trabajo ha sido ardua.

En un ambiente de globalización, el acceso al trabajo y el mejoramiento de las condiciones en que éste debe desarrollarse ha sido complejo para las personas discapacitadas, por el afán de producción y lucro a toda costa.

Los discapacitados han sido compadecidos e ignorados a lo largo de la historia; por lo cual han tenido que luchar por una aceptación, adecuación y adaptación en los diversos campos en los que deben desempeñarse, en especial, en el mundo laboral.

Para esta población su mayor reto es convencer a la sociedad de que no son una clase aparte, que tienen las mismas capacidades, necesidades e intereses que el resto de la población y que con relación al desempeño de actividades laborales pueden ser útiles y competentes.

Hasta la segunda mitad del siglo XX había empresarios que se resistían a dar trabajo a los discapacitados, existiendo un trato discriminatorio por la dificultad social en reconocer sus aptitudes o promocionarlos. Sin embargo, a pesar de las exigencias del mercado laboral, en las últimas décadas ha cambiado esta situación en el país.

La entrada en vigencia de la Carta Política Colombiana de 1991 trajo consigo innovaciones jurídicas importantes como la creación de diversos organismos encargados de la salvaguarda de los derechos fundamentales de las personas discapacitadas.

La adopción del modelo jurídico político de Estado Social de Derecho para el territorio Colombiano reclamaba la adopción de medidas tendientes a garantizar los derechos humanos de una manera viable y real.

Criterios y pilares fundamentales de éste modelo de Estado son los principios de dignidad humana, solidaridad, trabajo y prevalencia del interés general como normas jurídicas obligatorias para gobernantes y gobernados que han inspirado la creación de figuras jurisprudenciales como la Estabilidad Laboral Reforzada del trabajador discapacitado.

Concepto que aparece hacia el año 2000 con la sentencia C-531 de 2000 entendido en una triple acepción como principio, garantía y derecho de rango constitucional. Sin embargo, la

Corte desde sus inicios, aunque tímidamente iba gestando ciertas bases que más tarde darían origen a éste principio.

Así, la Corte comenzó concediendo una leve protección al trabajador discapacitado, apoyándose en el principio de igualdad el cual fue desarrollado en sentencias tan importantes como la C- 049 de 1993, C-094 de 1993, T-484 de 1993, T-553 de 1994, T-067 de 1994, T-207 de 1997, C-115 de 1998, entre otras; además de sentencias relativas a la protección del derecho al trabajo como la T- 001 de 1992, T-014 de 1992, T- 407 de 1992, T-469 de 1992, T- 479 de 1992, T- 084 de 1994, T- 085 de 1994, T- 167 de 1994, T- 046 y T- 047 de 1995, T- 007 de 1997 y T-151 de 1998 y a la estabilidad laboral de los trabajadores como las sentencias T-238 de 1993, C-443 de 1997 y C- 016 de 1998.

De igual manera la Corte en sus fallos ilumina el sentido de las decisiones tomando como fundamento sentencias relativas a la concepción de Estado Social y Democrático de Derecho con todas las consecuencias que ello genera, se traen a colación sentencias trascendentales como la T-117 de 1995, C-293 de 1995, T-477 de 1996, T-093 de 1997, T-476 de 1998, T- 762 de 1998 y T- 177 de 1999.

En sentido contrario al tratamiento otorgado por los máximos tribunales de la jurisdicción Contenciosa Administrativa y Ordinaria, como el Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia, respectivamente, en los que prevalece el juicio de legalidad; la Corte Constitucional otorga un trato diferencial positivo, constante en sus innumerables fallos de tutela basados en el principio de igualdad que se traduce en la “igualdad entre iguales y desigualdad entre desiguales” para los trabajadores discapacitados en razón de su condición de salud. Así pues, se benefician todos los trabajadores: i) los del sector privado, pues la Corte considera que confluye en ellos una situación de debilidad manifiesta evidente en el elemento subordinación de la relación laboral; ii) los empleados públicos al servicio de la administración bien de libre nombramiento y remoción -pues sobre ellos recae la discrecionalidad del empleador que en condiciones “normales” es legalmente válida pero en condiciones “diferentes” como la de un trabajador discapacitado está restringida- o de carrera administrativa y iii) los trabajadores oficiales. Sujetos todos, titulares de las subreglas constitucionales como la prohibición de despido durante la incapacidad y la igualdad de oportunidades frente al acceso al empleo, el reintegro, reubicación y traslado por vía de tutela en tanto ostente la condición de trabajador discapacitado.

La Corte Constitucional con una marcada tendencia progresista ha protegido a éste grupo de individuos atendiendo a lo dispuesto en el artículo 13 in fine pues considera que son beneficiarios de una especial protección en razón a sus condiciones físicas, psíquicas o sensoriales y, a quienes además, constitucionalmente se les debe un tratamiento diferencial positivo que excluye la discriminación, armonizándolo con el artículo 54 constitucional, que torna imperiosa la obligación del Estado de la rehabilitación en el empleo de los disminuidos y con el principio de solidaridad, que hace extensiva dicha obligación a la sociedad.

De allí que en los fallos de constitucionalidad la Corte haya inclinado la balanza a favor de los trabajadores discapacitados en aras de materializar la garantía de igualdad, declarando

exequibles normas legales que los favorecen e inexecutable los que van en contra de sus derechos.

Y también, la acción de tutela ha sido pieza clave en la protección conferida a este grupo poblacional. A través de su procedimiento breve, sumario y expedito se han protegido los derechos a la dignidad, a la vida, a la igualdad, al trabajo, a la salud y a la seguridad social de los trabajadores discapacitados dada la relación de estos derechos entre sí.

Cabe anotar que la tutela pese a ser el mecanismo por excelencia para proteger a este tipo de trabajadores, tampoco ha significado para la Corte Constitucional abrogarse funciones de competencia de otras jurisdicciones, pues ha sido enfática en explicar el porqué de un amparo transitorio o definitivo. Más aún, cuando se discuten conflictos relacionados con servidores públicos pues en éstos eventos se sopesan principios como el de interés general y eficiencia de la función pública, tal es el caso de las sentencias sobre traslado de docentes en las que se supeditan las decisiones a la existencia de una plaza vacante, presupuesto, rubro presupuestal y nómina reglada.

Como hasta aquí se ha anotado, variada es la gama de temas que trata la Corte referentes a la Estabilidad Laboral Reforzada del Trabajador Discapacitado, por ello se hace necesario el estudio de la jurisprudencia constitucional a través de varias sublíneas temáticas entre las que se encuentran:

- Sentencias de Constitucionalidad: principal instrumento de protección de la población discapacitada.
- Acceso al empleo del discapacitado: concreción de un deber estatal.
- Reubicación y traslado de docentes discapacitados: garantía de su dignidad.
- Reubicación del trabajador discapacitado: trabajo en condiciones dignas y justas.
- Insubsistencia limitada por los derechos fundamentales del trabajador discapacitado.
- Retén Social: Reconocimiento del principio de estabilidad laboral reforzada para los Discapacitados en el sector público
- Reintegro de trabajadores discapacitados por vía de Acción de Tutela
- Protección constitucional a la discapacidad derivada del SIDA

Las sentencias abordadas son las estrictamente referentes a la estabilidad laboral en el empleo del trabajador discapacitado en los diversos momentos de la relación laboral.

Es preciso aclarar que ésta temática en la Corte Constitucional será estudiada dentro de diversas sublíneas por la correspondencia de los hechos y la similitud de posiciones establecidas por este Tribunal.

Además para su análisis las sentencias contenidas en dichas sublíneas serán establecidas de manera cronológica, a fin de determinar la posición que ha mantenido la Corte Constitucional frente a cada tema en particular.

2.3.1 Sentencias de Constitucionalidad: principal instrumento de protección de la población discapacitada. La Corte Constitucional, en su condición de máximo Tribunal de la Jurisdicción Constitucional, en cumplimiento de las funciones atribuidas por el artículo 241 de la Carta Política de 1991, estudió la constitucionalidad de varias disposiciones legales, atinentes a los trabajadores discapacitados, en aras de analizar la correspondencia de las mismas con los valores, fines y principios constitucionales.

Al ser la Constitución norma de normas y al consagrar una especial protección a las personas disminuidas física, psíquica o sensorialmente, con el fin de hacer efectivo el principio de igualdad, es lógico que cualquier disposición que contraríe o desconozca la protección constitucional debe ser declarada inexecutable, es decir, excluida del ordenamiento jurídico.

En esta sublínea jurisprudencial se reseñan los diversos fallos atinentes a la protección del trabajador discapacitado.

El primer pronunciamiento en este sentido, fue resuelto mediante la sentencia C-076 del 29 de febrero de 1996 (M.P.Dr. Hernando Herrera Vergara), al estudiar la exequibilidad de los numerales 7° y 15 literal a), del artículo 7° del Decreto 2351 de 1965 que reformaban algunas disposiciones del Código Sustantivo del Trabajo.

En esta oportunidad la Corte declaró la exequibilidad del artículo séptimo, numeral quince (15) del decreto 2351 de 1965, relativo a la justa causa por parte del empleador para dar por terminado el contrato de trabajo cuando se presente una "enfermedad contagiosa o crónica del trabajador, que no tenga carácter de profesional, así como cualquiera otra enfermedad o lesión que lo incapacite para el trabajo, cuya curación no haya sido posible durante ciento ochenta días".

El demandante consideraba que la norma acusada era violatoria de los derechos fundamentales consagrados en los artículos 13, 25 y 29 de la Carta, ya que según su criterio establecía una discriminación evidente en contra de los enfermos, le parecía inadmisibles que la enfermedad se convirtiera en óbice para acceder o permanecer en el empleo, violando tal disposición la preceptiva constitucional contenida en el artículo 47 que impone al Estado la obligación de "adelantar una política de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a quienes se prestará la atención especializada que requieran", pues no todos los trabajadores discapacitados podían acceder a la pensión por invalidez y la mayoría de ellos se los desafilaba del Sistema de Seguridad Social Integral, desconociendo el artículo 49 de la C.P.; finalmente anotaba que se desconocían los principios generales del derecho al trabajo contenidos en el artículo 53 pues tal disposición era contraria a los derechos humanos.

A fin de tomar la decisión dentro del expediente bajo su conocimiento, la Corte indicó que bajo esta causal el trabajador despedido no quedaba desprotegido, al contrario, el despido por ésta causal no eximía al empleador de pagar "los auxilios monetarios y de prestar la asistencia médica, farmacéutica, quirúrgica y hospitalaria hasta por seis meses", así como

las indemnizaciones a las que hubiere lugar. Por otra parte, se consideró que tal medida era razonable pues con ella se pretendía lograr un equilibrio en las relaciones contractuales, lógico y justo ya que, si el trabajador no podía prestar su actividad de manera personal, el empleador debía relevarse de mantener una vinculación en la cual el subordinado no ofrecía certeza de recuperación. Sin embargo si aquella se producía, el empleador estaba obligado a reinstalar al antiguo trabajador en la entidad teniendo en cuenta sus capacidades.

La innovación de esta sentencia consistió en consagrar, no una estabilidad reforzada para el discapacitado como es la regla general, sino una estabilidad relativa como excepción; al respecto anotó:

“(…)[L]a causal de terminación unilateral del contrato de trabajo por parte del empleador, en la forma mencionada, no resulta contraria a la Carta Política, ya que lejos de constituir una vulneración al derecho del trabajo, consagra una garantía de estabilidad relativa en beneficio del trabajador incapacitado por razones de salud, pero a su vez permite a aquel no derivar perjuicio injustificado como consecuencia de la falta de prestación personal del servicio, fijando un término razonable de ciento ochenta días. Desde luego que lo anterior no se opone a que el Estado esté en la obligación de adelantar políticas de previsión, rehabilitación e integración social en general, no solamente para los trabajadores sino también en general para las personas disminuidas físicas, sensoriales y síquicas de que trata la norma constitucional”. (Subraya fuera del original)

En esta decisión, si bien se hizo énfasis en la especial protección que merecen los discapacitados en los diversos campos en los que deben desempeñarse y se reiteró la obligación del ente estatal en aras de mejorar la calidad de vida de esta población, al declarar ajustados a la Constitución los preceptos demandados, la Corte Constitucional, mantuvo a favor del empleador la posibilidad de un despido con justa causa, esgrimiendo que éste no podía ser afectado manteniendo una relación laboral en la que una de sus partes -trabajador- se encuentra imposibilitado para desempeñar las tareas para las cuales fue contratado. Aclarando que esto no significaba una total desprotección a los derechos del trabajador, por cuanto, éste en estos eventos tendría derecho a una asistencia médica y económica, y a su reinstalación en caso de recuperación durante el lapso de 180 días.

Después de la promulgación y la entrada en vigencia de la ley 361 del 7 de febrero de 1997 que introdujo mecanismos de integración para la población discapacitada, la Corte Constitucional en sentencia C-531 de 10 de mayo de 2000 (M.P Alvaro Tafúr Galvis), analizó la demanda de inconstitucionalidad en contra de los incisos 1o. (parcial) y 2o del artículo 26 de dicha ley.

Los demandantes afirmaban que al permitir los despidos de personas con limitaciones mediante autorización de la oficina del trabajo y en caso de prescindir de ésta, con la respectiva indemnización a cargo del empleador, se transgredían principios constitucionales y se desconocía la obligación constitucional de protección especial de las personas que

presentaran una debilidad manifiesta por su condición de salud. En este entendido, tal disposición, según el concepto de los accionantes, impedía realizar políticas de rehabilitación e integración de discapacitados.

A fin de analizar la inconstitucionalidad de los artículos demandados la Corte recurrió a la siguiente motivación:

“(…) [L]a efectividad del ejercicio del derecho al trabajo, como ocurre para cualquier otro trabajador, está sometida a la vigencia directa en las relaciones laborales de unos principios mínimos fundamentales establecidos en el artículo 53 de la Carta Política. Cuando la parte trabajadora de dicha relación está conformada por un discapacitado, uno de ellos adquiere principal prevalencia, como es el principio a la estabilidad en el empleo, es decir a permanecer en él y de gozar de cierta seguridad en la continuidad del vínculo laboral contraído, mientras no exista una causal justificativa del despido, como consecuencia de la protección especial laboral de la cual se viene hablando con respecto a este grupo de personas.

Tal seguridad ha sido identificada como una “estabilidad laboral reforzada” que a la vez constituye un derecho constitucional.

Con esa estabilidad laboral reforzada se garantiza la permanencia en el empleo del discapacitado luego de haber adquirido la respectiva limitación física, sensorial o psicológica, como medida de protección especial y en conformidad con su capacidad laboral. Para tal fin deberán adelantarse los programas de rehabilitación y capacitación necesarios que le permitan alcanzar una igualdad promocional en aras del goce efectivo de sus derechos. La legislación nacional no puede apartarse de estos propósitos en favor de los discapacitados cuando quiera que el despido o la terminación del contrato de trabajo tenga por fundamento la disminución física, mental o psicológica.”

Dentro de este entendido, y con base en la especial protección que en materia laboral se brinda a los discapacitados; la Corte expresó con relación al inciso primero en la parte que señala “autorización de la oficina de trabajo”, lo siguiente:

“Es claro que en lugar de contradecir el ordenamiento superior, lo desarrolla. Lo anterior se evidencia como una protección del trabajador que sufre de una disminución física, sensorial o síquica, en cuanto impide que ésta se configure per se en causal de despido o de terminación del contrato de trabajo, pues la misma sólo podrá alcanzar dicho efecto, en virtud de “la ineptitud del trabajador para realizar la labor encomendada” y según el nivel y grado de la disminución física que presente el trabajador.”

Adicionó la Corte, que con anterioridad al despido el empleador debía realizar una actuación previa acorde al debido proceso, consagrado en la Constitución, “permitiendo a las partes participar activamente en la presentación y contradicción de las pruebas, con publicidad de los actos y decisiones, así como en la práctica y valoración de las mismas”.

En consecuencia de ello, declaró exequible esta expresión.

Con respecto a la indemnización por despido a un trabajador limitado que consagra el inciso segundo del artículo 26 de la ley 391 de 1997, el tribunal manifestó en principio, que este inciso:

“(…) [N]o configura una salvaguarda de sus derechos y un desarrollo del principio de protección especial de la cual son destinatarios, por razón de su debilidad manifiesta dada su condición física, sensorial o mental especial, en la medida en que la protección de esta forma establecida es insuficiente respecto del principio de estabilidad laboral reforzada que se impone para la garantía de su derecho al trabajo e igualdad y respeto a su dignidad humana.”

Sin embargo, la Corte expresó que no podía considerarse como inconstitucional puesto que el verdadero sentido de la indemnización destruye la supuesta inconstitucionalidad ya que dicha “indemnización presenta un carácter sancionatorio y suplementario pero que no otorga eficacia jurídica al despido o a la terminación del contrato de la persona con limitación, sin previa autorización de la oficina de Trabajo.”

Con base en la argumentación anterior, la Corte declaró conforme al ordenamiento dicha disposición, aclarando que debían “integrarse a ella los principios de respeto a la dignidad humana, solidaridad e igualdad así como los mandatos constitucionales que establecen una protección especial para los disminuidos físicos, sensoriales y síquicos”.

Posteriormente, mediante sentencia C-072 de 4 de febrero de 2003 (M.P. Dr. Alfredo Beltrán Sierra) se revisó la demanda de inconstitucionalidad presentada en contra de la palabra “ni suspensión” contenida en el artículo 33 parcial de la ley 361 de 1997, por considerar que violaba los artículos 13 y 48 de la Carta Política. El accionante expresó que si una persona pensionada por invalidez ingresa a laborar, no se encuentra en circunstancias de debilidad manifiesta, puesto que está obteniendo ingresos que no permiten que se predique de ella esta calidad, por tanto en estos casos la pensión debería suspenderse. Igualmente porque se creaba un privilegio para quienes habían obtenido una pensión de invalidez que no provenía del erario público frente a quienes la habían obtenido de éste.

En relación con el artículo 48 el demandante previó el desconocimiento de los principios de solidaridad, eficiencia y universalidad por cuanto, al ser escasos los recursos del Sistema de Seguridad Social se debían evitar gastos ajenos a las contingencias que se pretenden cubrir; misión que no se cumpliría en la hipótesis del párrafo anterior.

Al estudiar la demanda la Corte esgrimió dos argumentos: en primer término con relación a la actividad laboral del discapacitado, basándose en la estabilidad reforzada tratada en la sentencia C-531 de 2000 (supra, página 201), estatuyó:

“Dentro de este marco, se encuentra absolutamente razonable que el legislador establezca disposiciones que faciliten y estimulen el reintegro a la actividad laboral de las personas que sufren alguna clase de limitación, creando condiciones de privilegio

aceptables para que se haga realidad la integración social, pues, en esta medida se cumplen propósitos directamente relacionados con la dignidad como persona, razón de ser de la Constitución de 1991.

En el caso de las personas con limitaciones, el que ellas puedan desarrollar una actividad laboral lucrativa adquiere connotaciones de índole constitucional pues, se ubica en el terreno de la dignidad de la persona “como sujeto, razón y fin de la Constitución de 1991”, que permite romper esquemas injustamente arraigados en nuestro medio, como aquel de que un limitado físico, sensorial o psíquico es “una carga” para la sociedad. El ingreso a la actividad laboral permite transformar estos criterios en principios de respeto y aceptación de las diferencias del otro, asuntos que en un Estado Social de Derecho corresponden a sus principios fundamentales. Dentro de este marco se debe entender que es obligación del Estado brindar a todas las personas y en especial a las que sufren limitaciones, el derecho a desarrollar un trabajo, en la medida de sus posibilidades, que pueda ser útil para la sociedad, para él mismo y su familia, y que por el mismo reciba un salario”

En segundo lugar se analizó el tema de la pensión dentro de los siguientes lineamientos:

“La naturaleza de la pensión no es como parecería entenderla el actor, en el sentido de una dádiva que graciosamente le otorga el Estado a una persona y que, en tal virtud, puede serle suspendida cuando aparentemente ya no se está en situación de debilidad. No, el derecho a la pensión surge del hecho de que la persona reunió una serie de requisitos e hizo aportes periódicos durante su vida laboral, con el fin de garantizar el amparo para él y su familia, contra las contingencias derivadas de la vejez, la invalidez y la muerte. No es, entonces, ningún regalo del Estado, sino la retribución de lo que la persona cotizó al Sistema de Seguridad Social (...)”

En consecuencia la Corte declaró exequible la expresión “ni suspensión” contenida en el artículo 33 de la Ley 361 de 1997.

Continuando con el estudio de las sentencias de constitucionalidad proferidas por esta Corporación que resultan relevantes para el tema en estudio es preciso hacer alusión a la sentencia C-174 de 2 de marzo de 2004 (M.P. Dr. Alvaro Tafur Galvis) donde se analizó la exequibilidad del artículo 12 (parcial) de la Ley 790 de 2002 “por la cual se expiden disposiciones para adelantar el programa de renovación de la administración pública y se otorgan unas facultades extraordinarias al Presidente de la República”, el aparte del texto del artículo demandado disponía una protección especial a las personas con limitación física, mental, visual o auditiva puesto que impedía su retiro del servicio en desarrollo del programa de Renovación de la Administración Pública.

El demandante afirmó que las expresiones acusadas vulneraban los artículos 13 y 25 superiores por cuanto establecían un trato preferente para dichas personas frente a otras que se encontraran en condiciones iguales o mejores para cumplir las funciones públicas, y

los artículos 2 y 209 superiores por cuanto con ello no se garantizaría el cumplimiento eficiente de dichas funciones.

La Corte resolvió declarar exequible la expresión acusada por cuanto consideró que “a través de las acciones positivas o de diferenciación positiva (...) se acude a principios (...) que resultan discriminatorios y si bien ellas significan que el beneficio que se concede a ciertas personas, tiene como forzosa contrapartida un perjuicio para otras, ello no significa que con las mismas se contravenga el principio de igualdad”. Además las personas discapacitadas son objeto de una especial protección por parte del Estado que “comporta el deber del Estado de propender por su plena integración (artículo 47 C.P.) en particular en la vida laboral en condiciones que atiendan su situación, respetando su dignidad y valorando la contribución que ellos puedan hacer a la sociedad (artículo 54 C.P.)”, tal medida es la que en sentir de la Corte se tomó en el referido artículo.

Continuando con este recuento de los fallos de constitucionalidad contra disposiciones que involucraban intereses, derechos o beneficios de trabajadores discapacitados, cabe mencionar la sentencia C-381 de 12 abril de 2005 (M.P. Dr. Jaime Córdoba Triviño) en la que mediante acción pública de inconstitucionalidad se demandaron los artículos 55 (parcial), 58 y 59 (parcial) del Decreto 1791 de 2000 “por el cual se modifican las normas de carrera del Personal de Oficiales, Nivel Ejecutivo, Suboficiales y Agentes de la Policía Nacional”.

El demandante consideraba que las normas acusadas, en cuanto autorizaban el despido de los servidores públicos vinculados a la Policía Nacional por la disminución de su capacidad laboral, desconocían los artículos 1, 25, 47, 53 y 54 de la Carta Política, el Convenio 159 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y la Convención Interamericana “para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad”. Por ello, solicitaba que se declararan inexecutable las expresiones acusadas, dado que dichas disposiciones reñían con los principios de solidaridad, dignidad humana, igualdad y estabilidad en el empleo del discapacitado, desconociendo la especial protección otorgada por la Constitución a las personas en circunstancias de debilidad manifiesta, así como también el mandato del artículo 53 referente a la igualdad de oportunidades, el derecho al trabajo, y el artículo 47, debido a que la mejor política que el Estado puede dar a un disminuido físico es mantenerlo en el trabajo y aprovechar sus capacidades de acuerdo a su limitación.

La Corte en ésta ocasión se preguntó si “la disminución de la capacidad sicofísica del personal de oficiales, nivel ejecutivo, suboficiales y agentes de la Policía Nacional implica una situación de discapacidad o de invalidez que exija una protección especial por parte del Estado a ese grupo poblacional; igualmente analizó si la disminución de la capacidad sicofísica como causal de retiro resulta discriminatoria. Y si, esa causal de retiro desconoce la estabilidad laboral reforzada garantizada a las personas discapacitadas”.

La respuesta a los tres interrogantes planteados fue positiva, dichas aseveraciones fueron sustentadas con base en los siguientes argumentos:

“Así las cosas, la medida adoptada por el legislador en el literal 3 del artículo 55 acusado -el retiro por disminución de la capacidad sicofísica- no es necesaria para el fin propuesto por la norma y desconoce la especial protección que la Carta Política predica respecto de las personas discapacitadas. La norma sacrifica principios constitucionalmente relevantes como la igualdad y la dignidad humana de ese grupo poblacional y vulnera el derecho fundamental a un trato especialmente favorable.

Ahora bien, no se trata de que la institución policial esté integrada por personas no aptas para desempeñar las labores propias del cargo y desatender por tanto la seguridad de los habitantes, su convivencia pacífica y el ejercicio de sus derechos y libertades públicas. Es necesario determinar si la persona, a pesar de ser discapacitada, posee capacidades físicas o psíquicas para desarrollar labores diversas a las estrictamente operativas”.

Por ello determinó que el retiro del personal de la fuerza pública debe hacerse atendiendo a las razones de cada caso concreto, evaluando especialmente si la persona minusválida aún posee capacidades para desempeñarse laboralmente en el ramo. Al respecto la Sala consideró:

“En efecto, tampoco podría mantenerse en la Policía todo el grupo de personas que sufran alguna discapacidad, so pretexto de dar aplicación absoluta al principio de estabilidad laboral reforzada, porque se desnaturalizaría su función y se pondrían en riesgo sus importantes funciones constitucionales y legales y con ello los derechos de los ciudadanos.

Con fundamento en lo expuesto, una persona discapacitada o con disminución de su capacidad sicofísica no podrá ser retirada de la institución por ese sólo motivo si se demuestra que se encuentra en condiciones de realizar alguna labor administrativa, de docencia o de instrucción”.

En atención a las anteriores consideraciones la Corte declaró inexecutable el artículo 58 del Decreto 1791 de 2000 y de igual manera las expresiones “excepciones al” del título del artículo 59 del mismo decreto; “No obstante lo dispuesto en el artículo anterior” y “siempre que por su trayectoria profesional lo merezcan” que hacen parte del mismo artículo 59, en éste último evento al considerar que:

“El hecho de que la permanencia en la institución también esté condicionada a la trayectoria profesional del policial, es un factor subjetivo que riñe igualmente con el principio de igualdad, por lo que tal decisión, conforme a lo expuesto, debe basarse solamente en conceptos técnicos, objetivos y especializados en la materia.”

Tanto el numeral 3 del artículo 55 del Decreto 1791 de 2000 como el resto del artículo 59 del mismo Decreto fueron declarados executable en el entendido que - es decir, condicionados- el retiro por disminución de la capacidad sicofísica del personal de oficiales,

nivel ejecutivo, suboficiales y agentes de la Policía Nacional sólo procede cuando el concepto de la Junta Médico Laboral sobre reubicación no sea favorable y sus capacidades no puedan ser aprovechadas en actividades administrativas, docentes o de instrucción.

En cuanto a la alocución “podrá mantener”, contenida en el primer inciso del referido artículo 59, estableció que debe ser entendida dentro del contexto y sentido arriba señalado y que no tendría significado si era leída o interpretada de manera aislada, desconociendo las consideraciones expuestas en ésta ocasión.

“De manera que es un imperativo para la institución mantener al personal discapacitado que se halle en las condiciones antes descritas y sólo por excepción a dicha regla procederá el retiro del servicio”.

En cuanto al último inciso del artículo 59 demandado, es exequible condicionalmente, por cuanto el concepto favorable de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para la Policía Nacional, cuando se trate de oficiales, no debe entenderse sin acudir a la valoración previa hecha por la Junta Médico Laboral y a las capacidades que puedan ser aprovechadas por el oficial.

Finalmente en sentencia C-076 de ocho de febrero de 2006 (M.P. Dr. Jaime Córdoba Triviño), ésta corporación estudió la exequibilidad del numeral 2 (parcial) del artículo 133 del Decreto 960 de 1970 que prescribe que los sordos, los mudos y los ciegos no pueden ser designados como Notarios. En esta ocasión la Corte definió si existe una justificación objetiva y razonable que viabilice la exclusión de éstas personas de la oportunidad de acceder al cargo de notario público o si, por el contrario, se trata de una medida que vulnera el derecho a la no discriminación a que ellas tienen derecho. Frente a éste interrogante, éste tribunal partió por reconocer la especial protección que merecen los discapacitados al ser parte de una población vulnerable, con lo cual se reiteró lo argüido en fallos anteriores. Sin embargo, en ésta oportunidad como con la prohibición demandada se buscaba salvaguardar el interés general se debieron analizar otros elementos a fin de determinar la conformidad de las expresiones cuestionadas con la Constitución. Con éste objetivo se reconoció que las limitaciones físicas, psíquicas o sensoriales de una persona solo pueden ser obstáculo para obtener una vinculación laboral, cuando se demuestre que tal limitación es incompatible o insuperable respecto a las funciones que el cargo a proveer exija deben ser cumplidas, como se explica a continuación:

“[P]ara desvirtuar la presunción de inconstitucionalidad de una norma que impida el ingreso a un puesto de trabajo de las personas con discapacidades, es necesario que quede plenamente demostrado que la respectiva discapacidad es absolutamente incompatible con las funciones esenciales – y no accesorias, delegables o accidentales – del cargo o empleo respectivo. Adicionalmente, es necesario que la incompatibilidad sea insuperable, esto es que no existan adecuaciones razonables que puedan ser implementadas y que permitan superarla.

En los términos anteriores, resultara inconstitucional la norma que impida el acceso al cargo respectivo de personas (1) cuya incapacidad no aparece demostradamente incompatible con las funciones esenciales a desempeñar; (2) que tienen incapacidades incompatibles con las funciones accidentales accesorias o delegables del cargo pero compatibles con las funciones esenciales; (3) que podrían desempeñar adecuadamente las funciones del respectivo cargo o empleo si se adoptaran adecuaciones laborales razonables. Son adecuaciones razonables aquellas que resultan fáctica y jurídicamente posibles y cuya implementación ofrece un mayor valor respecto del costo constitucional que su implementación puede aparejar”.

Posteriormente, se entro a analizar cada una de las expresiones demandadas frente a las funciones que debe desempeñar el notario público a fin de desentrañar si la prohibición en cuestión es o no constitucional.

Frente a la población sorda que pretenda acceder a ocupar dicho cargo, la Corte afirmó

“[L]a expresión “los sordos” contenida en la norma parcialmente demandada, debe aplicarse a las personas que se encuentran absolutamente inhabilitadas para percibir y procesar información auditiva por ser incapaces de percibir sonidos (...). Lo anterior significa que quienes no pueden ser calificados como sordos según la definición técnica mencionada, (...) tienen derecho a que en el concurso de acceso al cargo de notario se realicen las adecuaciones razonables necesarias para que puedan competir en igualdad de condiciones con el resto de los aspirantes.

(...)

Se trata por ejemplo de personas con sordera profunda que no pueden comunicarse oralmente, que no saben leer los labios o que no saben leer ni escribir en castellano. Sin embargo, como quedo visto, la inhabilidad legal estudiada incluye también a personas que están plenamente capacitadas para ejercer las funciones esenciales del cargo de notario. En efecto, gracias a su habilidad para comprender directamente a las demás personas y para comunicarse directamente, la función auditiva no resulta imprescindible para las actividades que como notarios están llamados a desempeñar. En estos casos, a falta de una prueba técnica distinta, la desconfianza estaría generada en simples prejuicios sociales y en el desconocimiento de las capacidades reales de las personas con discapacidades auditivas severas o profundas, argumentos estos que la Corte Constitucional no puede avalar. En consecuencia, no puede menos que afirmarse que la expresión “los sordos” demandada, viola el derecho de esas personas a la igualdad y a la no discriminación (C.P. artículo 13) a elegir profesión u oficio (C.P. artículo 26) y a competir en igualdad de oportunidades para el acceso a un cargo público (C.P. artículo 40).

(...)

En virtud de lo anterior, a la Corte le resulta claro que las personas sordas que directamente o gracias a la implementación de adecuaciones razonables especiales puedan comunicarse sin intermediarios con los oyentes, tienen derecho fundamental a competir, en igualdad de oportunidades con el resto de la población, para acceder al cargo de notario público”.

Con base en estos argumentos, la Corte estimó necesario hacer precisión que cuando la persona sorda pueda comunicarse por algún medio, no puede ser privada de la posibilidad de acceder al cargo de notario por que de lo contrario se estarían desconociendo los mandatos superiores plasmados en la Constitución, razón por la cual declaró inexecutable la expresión “los sordos” del artículo demandado.

En cuanto a aquellas personas que padezcan limitaciones al hablar manifestó que en diversas ocasiones estas personas dominan el lenguaje del castellano, pueden ver, oír y saben leer y escribir, por ende pueden cumplir con la totalidad de las funciones asignadas a los notarios públicos con la excepción de aquellas que implican la lectura de viva voz de algunos documentos, evento en el cual se podría asignar esta actuación a otros funcionarios. Por ende, manifestó que frente a estas personas tampoco resulta apropiado extender la prohibición por cuanto ellas de una u otra forma si pueden comunicarse y así cumplir con sus funciones, razón por la cual declaró la inexecutable de la expresión “los mudos”; haciendo la salvedad de que con respecto a las personas que padezcan limitaciones al hablar y que no puedan hacerse entender de ninguna otra forma la prohibición si se aplica, por que de lo contrario se estaría desconociendo el interés general de la comunidad, añadiendo:

“Finalmente, no sobra mencionar que, para garantizar los derechos fundamentales de este colectivo, al momento de realizar el concurso respectivo se deben implementar las adecuaciones razonables del caso para permitir que la persona con discapacidad pueda competir en igualdad de condiciones con el resto de los aspirantes”.

En lo que respecta a la población ciega, es decir, aquella que no puede distinguir ningún tipo de imagen, la Corte afirmó que dado que la mayoría de funciones que deben ser desempeñadas por los notarios son esencialmente visuales y que por ende exigen la confrontación entre dos imágenes, resulta evidente que las mismas no pueden ser desarrolladas directamente y con total confianza por personas con ceguera, razón por la cual frente a estas personas explico que la prohibición si debe aplicarse, declarándola ajustada a la Constitución.

De la revisión de los fallos anteriores se puede deducir que la Corte Constitucional en su jurisprudencia reitera la especial protección que merecen los discapacitados, situación que ha sido reconocida tanto por la Constitución como por la legislación nacional e internacional al definir que las personas disminuidas física, psíquica o sensorialmente constituyen una población que se encuentra en una situación de debilidad manifiesta, que los hace merecedores de un trato diferencial positivo en aras de hacer efectivo el principio de igualdad.

Sin embargo, en algunos de los fallos se precisa que tal protección, en especial en el campo laboral, no puede ser absoluta al estar de por medio otros intereses que se verían afectados si no se tiene en cuenta la especial situación del trabajador discapacitado y las condiciones en las que éste se desempeña, pues en diversos casos el mantener una relación laboral con una persona disminuida implicaría no solo un atentado contra los derechos de esta población que puede verse sometida a cargas intolerables que agudicen su estado de salud, sino que también implicaría una carga adicional que el empleador público o privado no podría soportar.

No cabe duda entonces, que la Corte Constitucional ha sido firme en manifestar a lo largo de sus pronunciamientos, que en ningún caso la discapacidad de un trabajador puede convertirse en un factor de discriminación que acreciente el aislamiento del que han sido víctimas a lo largo de la historia, por cuanto en estos eventos la única diferenciación permitida es la positiva, que busca mejorar la calidad de vida de esta población, a través de la adopción de medidas y políticas que dignifiquen su situación.

Cuadro 6.

Sentencias de Constitucionalidad: Principal instrumento de protección a la población discapacitada.

¿Se reconoce el principio de estabilidad laboral reforzada del trabajador discapacitado?

SI		NO
<p>Porque la Constitución consagra a favor del trabajador discapacitado una especial protección, cuyo desconocimiento conlleva la violación de sus postulados.</p>	<p>– 1996 Herrera.</p> <p>“C – 076 M . P .</p> <p>§C – 531 – 2000 ª M.P. Tafur.</p>	<p>Porque, en aras de su aplicación, se desconocerían otros derechos y postulados constitucionales que también deben garantizarse.</p>
	<p>“C – 072 – 2003 M.P. Beltrán.</p> <p>“C – 174 – 2004 M.P. Tafur.</p>	
	<p>“C – 076 – 2006</p>	

Nota: El signo § indica una sentencia madre dentro de la línea.
El signo ^a indica una sentencia hito dentro de la línea.

2.3.2 Acceso al empleo del discapacitado: concreción de un deber estatal. En aras de la concreción de los parámetros del ordenamiento jurídico que señalan la protección especial a los disminuidos físicos, la Corte Constitucional ha aplicado los tratados internacionales ratificados por Colombia, la Constitución, particularmente los artículos 13, 53 y 54, además de la normatividad legal que el legislador ha adoptado a favor de los discapacitados, con el fin de cumplir entre otros propósitos el acceso al mercado laboral de este grupo de individuos.

Atendiendo los lineamientos de la normatividad en mención, esta Corporación, ha sostenido la ineludible función del Estado y de la sociedad de integrar a esta población a los distintos quehaceres sociales de acuerdo a sus capacidades.

El acceso al empleo del discapacitado ha sido examinado en providencias como la T-207 de 12 de abril de 1999 (M.P Eduardo Cifuentes Muñoz), por medio de la cual se estudió el asunto de un médico cirujano y general, que presentaba una hemiparesia izquierda, a quien la Seccional de Salud de Caldas le negaba una plaza para cumplir con su servicio social obligatorio y obtener su tarjeta profesional, debido a la limitación que presentaba. El actor expresó que no podía realizar turnos ni adelantar las tareas de atención de partos y de prestación del servicio de urgencias, sin embargo, podía cumplir con el 90% de las labores de un médico, entre ellas las relacionadas con las áreas de diagnóstico, pronóstico y tratamiento, con el adelantamiento de programas de prevención y promoción en salud, con la investigación y control en proyectos de salud, entre otras.

El Director de la Seccional de Salud de Caldas, manifestó que trató de conseguir una plaza vacante, en la que pudiera desempeñar funciones para las cuales estuviera capacitado; lo cual no le había sido posible debido a las limitaciones que aquejaban al solicitante.

La Corte analizó este caso bajo los siguientes parámetros:

“Tal como ha ocurrido con otros grupos sociales, los discapacitados han sido objeto constante de marginación social a través de los siglos. La discriminación contra los discapacitados presenta, sin embargo, características que le son propias y que no se observan en otros casos. Por un lado, porque el sector de los discapacitados ha sido durante largos períodos una minoría oculta o invisible, en la medida en que en muchas ocasiones las personas afectadas por discapacidades fueron internadas en instituciones o mantenidas por fuera del ámbito de la vida pública. De otra parte, porque la minoría de los discapacitados es tan heterogénea como disímiles son las limitaciones que pueden causar las múltiples formas en que se manifiestan las discapacidades. De esta manera, la marginación de los discapacitados frecuentemente no está acompañada de hostilidad, sino que es más bien producto de ignorancia, de prejuicios, de simple negligencia, de lástima, de vergüenza o de la incomodidad que genera el encuentro con personas diferentes.

(...) Sin embargo, como resultado de ello ha surgido la convicción acerca de la necesidad de modificar la percepción sobre los discapacitados y su relación con la

sociedad. Por lo tanto, se ha impuesto el concepto de que los Estados y las sociedades deben impulsar su integración para que éstos puedan ejercer sus derechos y asumir responsabilidades. En este sentido se han dictado distintas declaraciones internacionales y, en el caso colombiano, se han expedido algunas leyes que favorecen y respaldan un tratamiento preferencial a estas personas, a través de medidas de diferenciación positiva.”

Comenta la Corte que en la legislación colombiana:

“Se recalca que los efectos de la discapacidad sobre una persona dependen de manera fundamental del entorno social, es decir, que la discapacidad no es únicamente un problema individual. Esto significa que un medio social negativo y poco auspiciador puede convertir la discapacidad en invalidez, y que, por el contrario, un ambiente social positivo e integrador puede contribuir de manera decisiva a facilitar y aliviar la vida de las personas afectadas con una discapacidad.

(...)

Ello implica un cambio tanto en la concepción acerca del discapacitado como en el entendimiento sobre los deberes de la sociedad para con él. De esta manera, se propone que la percepción acerca de los discapacitados se modifique, de tal manera que, en vez de hacer énfasis en las limitaciones que los aquejan, se persiga encontrar cuáles son las aptitudes y destrezas que pueden desarrollar y cuál puede ser su aporte a la sociedad, para que así asuman responsabilidades dentro de la misma. Asimismo, se indica que la sociedad tiene deberes para con los discapacitados y que ello entraña que el entorno social debe adaptarse a las necesidades de los mismos, al contrario de lo que ocurría en el pasado, cuando los discapacitados tenían que ajustarse a las condiciones que les imponía el ambiente social, si querían sobrevivir en el mismo “.

La Corte precisó que si bien la Seccional de Salud de Caldas había realizado distintos trámites dirigidos a facilitarle una plaza al demandante, estos no habían sido suficientes, debido a la condición de discapacitado del solicitante, pues debió adecuar una plaza a las especiales circunstancias del petente.

A modo de ejemplo, indicó que podrían redistribuirse funciones entre los médicos que prestan el servicio social, en un determinado hospital, permitiendo que el accionante realizara tareas de acuerdo a sus capacidades, siendo exonerado de labores que no estaban a su alcance. Aclaró la Corte “si bien los otros médicos podrían aducir una posible lesión de sus derechos, lo cierto es que el eventual sacrificio que se les impondría no sería desproporcionado de manera alguna y gozaría de amparo constitucional”.

Agregó la Corte:

“La omisión de la Dirección Seccional constituye un trato discriminatorio y, por consiguiente, vulnera el derecho constitucional del actor a la igualdad, por cuanto, como

ya ha sido precisado por esta Corporación, en el caso de los discapacitados la violación del principio de igualdad se configura cuando a éstos, injustificadamente, se les niega un trato especial que les permita acceder a bienes, servicios o beneficios.

Desde el punto de vista del principio de igualdad, en su especial aplicación a las personas discapacitadas, el Estado debe intentar, en la medida de lo posible, adaptar su estructura a las posibilidades de los discapacitados. La ausencia de acciones en ese sentido supone una vulneración del derecho de igualdad, en su forma especial de aplicación a los asociados discapacitados.”

Por lo anteriormente expuesto, se ordenó a la Seccional de Salud de Caldas ubicar al tutelante en una plaza acorde con sus condiciones.

Es así como la Corte asume una posición garante y eminentemente proteccionista respecto de estos individuos. Tal posición es apropiada por este Tribunal luego de entender que históricamente estas personas han sido marginadas de la sociedad, negándoles la posibilidad de lograr su integración social.

Es entonces cómo a partir de la comprensión del lugar que a través del tiempo han ocupado los discapacitados en la sociedad, y la protección especial a la cual se hacen merecedores sobretodo a partir de la Constitución de 1991, que se ha ido forjando una línea jurisprudencial que ampara su causa.

Si bien la Corte Constitucional para este momento no hablaba de “Estabilidad Laboral Reforzada” para el trabajador discapacitado, la protección en virtud de la condición de tal era inminente.

La misma problemática fue abordada en la sentencia T-798 de 14 de octubre de 1999 (M.P Fabio Morón Díaz), en la cual la Corte conoció el asunto de un invidente quien fundó junto con otros limitados visuales la empresa de Trabajadores Ciegos del Valle; empresa a la cual, la junta de deportes del Valle, que administraba las instalaciones deportivas de la ciudad autorizó, sin mediar contrato alguno a cobrar a los particulares que ingresaban al Estadio el uso de las baterías sanitarias, como contraprestación del servicio de aseo prestado por los invidentes. Con ello obtenía el accionante sus ingresos mensuales.

Posteriormente, la Secretaria de Deporte y Recreación del Municipio de Santiago de Cali, recibió en administración el Estadio Olímpico Pascual Guerrero, y permitió que la empresa en mención continuara prestando sus servicios en la forma anterior; luego, la Secretaria contrató con la firma “Megaservicios” el servicio de aseo de ese estadio.

El accionante consideró que con esta actuación se vulneraron sus derechos constitucionales al trabajo y la especial protección a su condición de discapacitado visual.

Frente al asunto la Corte, reiteró la jurisprudencia contenida en las Sentencia T-263 de 1999, T-265 de 1997, en las cuales la Corporación, a través de sus salas de revisión de

tutela, había fijado el ámbito y alcance de la protección constitucional a los discapacitados en materia pensional y laboral.

La Sala otorgó el amparo solicitado, para lo cual ordenó a la Secretaría del Deporte y la Recreación adoptar las medidas necesarias a fin de hacer efectiva la protección constitucional a la condición de discapacitado visual del tutelante, de manera que sea tenido en cuenta por “Megaservicios” para prestar el servicio de aseo y obtener con ello, así sea de manera parcial, el ingreso que requería para su subsistencia.

De esta manera se observa que la jurisprudencia en torno al discapacitado ha sido benéfica, teniendo como denominador común la necesaria diferenciación positiva que se les debe a estas personas, existiendo una obligación primaria del Estado y de la sociedad de estimular su readaptación socio laboral.

El enorme amparo en este período de la Corte hacia los discapacitados ya auguraba la concreción de figuras de creación jurisprudencial tendientes a la defensa en el ámbito laboral de este sector de la población.

Figuras que se desarrollarían y formularían en otro período del Tribunal Constitucional Colombiano.

Cuadro 7.

Acceso al empleo del discapacitado: concreción de un deber estatal.

¿Se reconoce el principio de estabilidad laboral reforzada del trabajador discapacitado?

SI		NO
<p>Porque la Constitución en sus artículos 54 y 47 establece respectivamente la obligación del Estado de garantizar a los minusválidos el derecho a un trabajo acorde con sus condiciones de salud; y de adelantar una política de rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos; y porque en virtud del principio de igualdad se les debe otorgar un trato especial que les permita acceder a bienes, servicios o beneficios.</p>	<p>§T- 207 – 1999 ^a M.P. Cifuentes.</p> <p>¶T – 798 – 1999 M.P. Morón.</p>	<p>Porque existen cargos, cuya naturaleza implica contar con la plenitud de las funciones corporales, pues en caso contrario, se obstruye el normal desempeño de las funciones establecidas para el cargo.</p>

Nota: El signo § indica una sentencia madre dentro de la línea.

El signo ^a indica una sentencia hito dentro de la línea.

2.3.3 Reubicación y traslado de docentes discapacitados: garantía de su dignidad. En ejercicio de la función otorgada por la Constitución Política de 1991, artículo 241, numeral 9, la Corte Constitucional revisó algunas decisiones judiciales proferidas en fallos de tutela que fueron agrupadas en esta sublínea por ser similares los supuestos fácticos que los sustentan y la decisión que se adoptó.

En estos pronunciamientos se estudió la situación de docentes que debido a su estado de salud, se vieron en la necesidad de solicitar su traslado o su reubicación, ya que el continuar trabajando en las condiciones en las que venían desempeñando sus labores, significaba un grave atentado contra su salud y por ende contra su vida. Sin embargo, ante las autoridades administrativas no obtuvieron respuestas que dieran una solución efectiva a sus peticiones, razón por la cual acudieron a la acción de tutela en aras de proteger sus derechos fundamentales al trabajo, a la dignidad, y principalmente a la salud en conexidad con el derecho a la vida.

Frente a estos hechos y a los argumentos de las entidades accionadas, la Corte consideró que el seguir cumpliendo con sus funciones como lo venían haciendo significaba para los docentes un grave atentado contra los derechos que les asisten, ya que al padecer quebrantos de salud, podían ser catalogados como una población vulnerable que merece un trato preferente y así lo declaró al conceder el amparo solicitado; sin olvidar, que como no le era dable decretar el traslado inmediato de los docentes, optó por ordenar se diera prioridad al docente en el momento de existir vacantes.

En este orden de ideas, el primer pronunciamiento es la sentencia T-330 de 12 de agosto de 1993 (M.P Dr. Alejandro Martínez Caballero) que posteriormente sirvió de sustento a otros fallos; en dicha sentencia se indicó:

“El artículo 13 de la Constitución consagra el principio de igualdad de todas las personas ante la ley. Este principio exige el mismo tratamiento para las personas que se encuentran cobijadas bajo una misma hipótesis y una diferente regulación respecto de aquellas que presentan características diversas, por las condiciones en medio de las cuales actúan, o por las circunstancias particulares que los afectan, pues unas u otras hacen imperativo que, con base en justificados criterios, el Estado procure el equilibrio, cuyo sentido en Derecho no es otra cosa que la justicia concreta.

Para que sea admisible el trato diferente y por lo mismo constitutivo de una diferenciación constitucionalmente legítima, deben existir los siguientes requisitos:

- En primer lugar, que las personas se encuentren efectivamente en diferente situación de hecho;
- En segundo lugar, que el trato diferente que se les otorga tenga una finalidad;
- En tercer lugar, que dicha finalidad sea razonable, vale decir, admisible desde la perspectiva de los valores y principios constitucionales.

- En cuarto lugar; que el supuesto de hecho -esto es, la diferencia de situación, la finalidad que se persigue y el trato desigual que se otorga-, sean coherentes entre sí o, lo que es lo mismo, guarden racionalidad interna;

- Y en quinto lugar, que esa racionalidad sea proporcionada, de suerte que la consecuencia jurídica que constituye el trato diferente no guarde una absoluta desproporción con las circunstancias de hecho y la finalidad que la justifican

Por esta vía se transita hacia la distinción entre discriminación y diferenciación, que es el elemento fundamental para calibrar el alcance del principio de igualdad. Dicho principio, en efecto, veta la discriminación, pero no excluye que los poderes públicos otorguen tratamientos diversos a situaciones distintas -la diferenciación-. El artículo 13 de la Constitución no prohíbe, pues, tratamientos diferentes a situaciones de hecho distintas. La distinción entre discriminación y diferenciación viene, a su vez, determinada porque la primera es injustificada y no razonable. Discriminación es, por tanto, una diferencia de tratamiento no justificada ni razonable, o sea arbitraria, y solo esa conducta está constitucionalmente vetada. A contrario sensu, es dable realizar diferenciaciones cuando tengan una base objetiva y razonable.

(...) El principio de igualdad y la posibilidad de realizar el Estado una diferenciación positiva tienen como fundamento el Preámbulo de la Constitución, cuando éste se refiere al propósito de asegurar la igualdad dentro de un marco social justo. También en el artículo 2º al consagrar los deberes sociales del Estado, propugna por el cumplimiento de uno de los fines esenciales, cual es garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo”.

Con base en estos planteamientos la Corte manifestó que “No le es dado resolver sobre la viabilidad del traslado, sin embargo sí señaló la debida protección al derecho que tiene la petente para que a la solicitud de traslado se le proporcione un tratamiento preferencial en razón a su estado de salud”.

En este mismo sentido, se profirió la sentencia T-487 de 27 de octubre de 1993 (M.P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo) en la que se analizó la situación de una docente quien debido a un accidente de tránsito sufrió daños en la columna vertebral, problema que se vio agravado al tener que ocultarse bajo un vehículo en una toma guerrillera, pues volvió a lesionarse.

Su estado de salud se deterioró aún mas al trasladarse por una carretera destapada al lugar donde se desempeñaba como docente.

En múltiples ocasiones la tutelante solicitó al gobernador y al secretario de educación de Popayán su traslado a esta ciudad o a un lugar cercano a fin de recibir tratamiento médico idóneo. Dichas solicitudes no fueron respondidas.

La tutelante manifestó que los médicos tratantes le expresaron: “si no se da solución inmediata al problema puede quedar en silla de ruedas o muerta por desnucamiento, ya que tiene afectadas en forma grave las vértebras tercera y quinta, a tal punto que se le ha aconsejado utilizar cuello ortopédico.”

Este Tribunal atendiendo a las particulares condiciones de la petente estableció una diferenciación positiva respecto de ella, con base en los siguientes argumentos:

“Como en repetidas ocasiones lo ha señalado la jurisprudencia constitucional, el principio de igualdad no equivale a la nivelación matemática y absoluta de todos los individuos, con prescindencia de la diversidad de hipótesis, sino que representa la objetiva actitud y disposición de dar igual trato a quienes están bajo los mismos supuestos y diferente a los que presentan características o circunstancias distintas.”

Adicionalmente basó su decisión en las sentencias T-499 de 1992, T-330 de 1993 y C-094 de 1993, las cuales trazan lineamientos de diferenciación positiva derivada del derecho constitucional de la igualdad, así como también desarrollan el derecho al trabajo y en consecuencia el derecho al *ius variandi*.

Por ello, la Corte ordenó dar un tratamiento preferencial dado el estado de salud de la actora, prescribiendo su traslado a la ciudad de Popayán o a un sitio cercano cuando exista una plaza libre, sin desmejorar sus derechos y condiciones laborales.

Esta Corporación también conoció el caso de una profesora que solicitaba su reubicación, fue así como mediante sentencia T-515 del 16 de noviembre de 1994 (M.P. Dr. Hernando Herrera Vergara), se estudió su caso, pues al estar afectada por un trastorno psiquiátrico producto de desequilibrio emocional severo, había solicitado reiteradamente a la Secretaría de Educación del Distrito de Bogotá, su reubicación laboral sin carga docente, sin obtener una respuesta de fondo a su petición.

La Corte debió establecer si la violación al derecho de petición acarrea necesariamente la vulneración de otros derechos fundamentales de la actora como el derecho al trabajo, a la salud, a la seguridad social en conexidad con el derecho a la vida. Al respecto, determinó que la Secretaría de Educación había violado flagrantemente el derecho de petición de la tutelante puesto que a pesar de haber dado respuesta a sus solicitudes ésta no fue de fondo, y además que con ello se había violado la especial protección que les asiste a las personas que por su condición física o mental se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta, “(...) pues no puede olvidarse la obligación que tiene el Estado de garantizar la promoción, protección y recuperación de las personas enfermas”.

Por tales razones la Corte procedió a tutelar transitoriamente los derechos de la docente mientras dure el tratamiento psiquiátrico respectivo y se recupere o por el contrario llegue a adquirir la pensión de invalidez como consecuencia de su estado.

Siguiendo con la línea de fallos en los que se analiza el traslado de docentes que padecen problemas de salud, está la sentencia T-181 de 30 de abril de 1996 (M.P. Alejandro Martínez Caballero) en la que se examinó el caso de una docente que padecía “dermatitis solar”, por lo que se le había recomendado no exponerse al sol, sugerencia que no podía ser acatada por cuanto para poder llegar a su sitio de trabajo ubicado en zona rural, debía caminar dos horas y media, expuesta al sol durante el recorrido. Por ello, había solicitado al Alcalde de Río de Oro, su traslado obteniendo una respuesta favorable, que posteriormente fue modificada al ser reasignada en su sede de trabajo ubicada en zona rural.

La actora afirmaba que antes de instaurar la acción de amparo, se había dirigido al Alcalde sin obtener respuesta alguna y consideraba violados sus derechos al trabajo, a la vida, (pues la dermatitis podía derivar en cáncer) y el derecho de petición.

Frente a la condiciones de la petente, la Corte expresó que el problema de salud que la aquejaba, merecía cuidados que se debían tener en cuenta para evitar el desarrollo de dicha afección; ciñéndose a su propio precedente en la sentencia T-330 de 1993 (supra, página 224) la Corporación manifestó que respecto de la peticionaria era dable hacer una diferenciación positiva, "racional y razonable", otorgándole un trato diferente relativo; el cual consistía en ordenar al Alcalde del municipio respectivo, que en la primera vacante que se presentara en el casco urbano se ubicara a la docente, también se ordenó que una vez trasladara a la tutelante se designara otro docente que la remplazara en el sitio donde ella venía laborando. Aclaró que mediante la tutela no se podían crear o suprimir plazas de docentes.

Además explicó: “(...) por sentencia de tutela no se ordena el traslado inmediato de la profesora, es decir, por este aspecto no prospera la tutela, ya que, en este caso concreto, se le da preferencia a la educación de los niños campesinos, máxime cuando (...) es la única profesora en la vereda.”

No se consideró violado el derecho de petición pues se determinó que este fue resuelto y notificado oportunamente.

Por su parte, en la sentencia T-514 del 9 de octubre de 1996 (M.P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo) se acumularon dos expedientes dadas las similitudes de los hechos y de los fallos de primera y segunda instancia. Los casos se referían a la condición de dos docentes que requerían traslado de sus sitios de trabajo con el ánimo de recibir tratamiento médico en las ciudades capitales de los departamentos en donde vivían, sin embargo, pese a las continuas peticiones realizadas y ante la negativa de trasladarlos interpusieron acción de tutela con el fin de preservar sus derechos al trabajo en condiciones dignas, a la salud y a la seguridad social en conexidad con el derecho a la vida.

La Corte se encontraba ante la disyuntiva de proteger el derecho fundamental del trabajo y demás derechos invocados por los tutelantes o inclinarse a favor de la formalidad que exigen las normas del sector público sobre la existencia de la plaza vacante, de disponibilidad presupuestal y de prevalencia del interés general.

La Corporación encontró que los fallos de instancia sugirieron la resolución del conflicto a través de otros medios ordinarios, sin embargo, anotó que éstos no eran eficaces ni idóneos para salvaguardar los derechos fundamentales en juego:

“Frente a tales criterios, que fijan el alcance y capacidad del medio alternativo para proteger en efecto los derechos vulnerados o amenazados, resulta evidente que no tiene tal categoría una acción contencioso administrativa cuyo trámite implicaría apenas la verificación acerca de las facultades del patrono para resolver discrecionalmente sobre los traslados de sus trabajadores, según las reglas de la ley aplicable, pero no en relación con los preceptos constitucionales, que pueden ser directamente quebrantados cuando la negativa del traslado implica, para las circunstancias concretas en que se halla el solicitante, el desconocimiento de su dignidad, de sus derechos a la salud y a la vida y de la prerrogativa de trabajar en condiciones dignas y justas.

(...)

Por otra parte, conceder la tutela como mecanismo apenas transitorio a favor de alguien que requiere de modo permanente la atención científica, cuando precisamente el motivo de la amenaza para sus derechos al trabajo, a la salud y a la vida radica en la renuencia del patrono a ejercer razonablemente el "ius variandi", a la espera de una decisión del juez ordinario, implicaría notificarle que su situación volverá a ser fatalmente la misma, si se tiene en cuenta que en el proceso laboral o contencioso administrativo y en torno a la negativa de traslado no tendrá mayores probabilidades de éxito.

(...)

En efecto, el objeto del análisis judicial ordinario - conocido el enfoque que en él predomina- no consistirá en verificar la posible vulneración de los derechos fundamentales sino en establecer si, a la luz de las reglas del nivel legal, el patrono gozaba o no de facultad para disponer acerca del traslado. Y como evidentemente, según tales reglas, la facultad patronal existe, lo factible habrá de ser la confirmación de la misma por el juez y la consiguiente insubsistencia de la orden de tutela”.

No obstante, la Corte estableció que en casos de docentes del sector público, la orden de traslado no puede ser inmediata, pues existen límites jurídicos y derechos de otras personas que merecen consideración. Por ello, concedió el amparo pero sujeto a la existencia de la primera vacante que se produjera atendiendo a la obligación del Estado de brindar atención especial a las personas con falencias de salud, con lo cual se reiteró la jurisprudencia antes descrita.

Frente al caso en estudio, el Dr. Jaime Vidal Perdomo, actuando como Conjuez, salvó su voto argumentando no estar de acuerdo en afirmar que el traslado de un docente no pueda ser producto de la acción de nulidad y reestablecimiento del derecho, llamó su atención sobre el desconocimiento del contenido del artículo 85 del C.C.A que “fundamenta la nulidad

de los actos administrativos en la lesión de un derecho amparado en una norma jurídica (constitucional o legal), y se agrega la posibilidad del restablecimiento del derecho y la reparación del daño causado”. De allí que considerara que era equivocado derivar la protección de dichas personas directamente de la Constitución cuando en el ordenamiento jurídico existían otros medios aptos para su defensa.

En sentencia T- 002 del 21 de enero de 1997 (M.P. Dr. Jorge Arango Mejía) se analizó la situación de la directora de la escuela rural mixta “Fátima”, de Chagualá Afuera, municipio de Coello. La accionante por su estado de salud y su avanzada edad no podía caminar más de 200 metros. Después de ejercer ese cargo durante trece años, el alcalde de la localidad ordenó el traslado de la directora a la escuela de Cunira donde no había transporte público y donde para poder llegar, debía caminar seis kilómetros. A pesar de interponer recursos contra el acto administrativo que ordenó el traslado, la directora continuó laborando en la escuela de Chagualá, porque la directora de la escuela donde fue trasladada no había sido removida; tampoco se había enviado reemplazo a la escuela mixta Fátima. Por ello, la acción de tutela se interpuso de manera transitoria por violación a los derechos a la vida, a la salud, y al trabajo.

Frente a los hechos que sustentaron la acción de tutela, esta Corporación analizó el denominado jus variandi y afirmó:

“Si bien el empleador tiene el derecho a variar o modificar las condiciones de trabajo, potestad denominada jus variandi, tal facultad no es absoluta. En la realización de la potestad se ponderan los derechos y obligaciones que tiene el responsable de la modificación de las condiciones de trabajo y los derechos y obligaciones de la persona en quien recaerá la medida correspondiente. Esto significa que cuando el empleador adopta esta clase de decisiones, debe hacerlo por razones de necesidad o de conveniencia del servicio, debidamente comprobadas. Por su parte, el afectado con la nueva medida, para hacer uso de los límites al derecho del empleador, debe probar en qué medida lo afecta la variación introducida, pues no le basta simplemente manifestar su inconformidad, sino que ella debe ser real.”

De acuerdo con el análisis de los hechos, para la Corte fue evidente que con el traslado ordenado por el alcalde se ponía en riesgo la salud y por ende la vida de la tutelante, además se vulneraba su derecho al trabajo, pues si bien no fue despedida, su traslado ocasionaba un flagrante desconocimiento a las condiciones dignas y justas en que las personas deben desempeñar su trabajo, por ello, concedió la tutela en forma transitoria, hasta tanto la autoridad competente decidiera sobre la legalidad del acto administrativo que ordenó el traslado.

En sentencia T- 023 de enero 27 de 1997 (M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz) la Corte analizó un caso similar de una docente del Municipio de Cogua que por padecer una enfermedad denominada “lesión meniscal y artrosis en la rodilla izquierda” no podía desplazarse por trayectos largos, en virtud de ello solicitó al alcalde de ese municipio ser trasladada a una escuela con servicio de transporte, ubicada en terreno plano y donde no

estuviera sometida a permanentes desplazamientos. El alcalde efectuó varios traslados pero ninguno en forma definitiva, argumentando la ausencia de vacantes y la necesidad de que la docente prestara sus servicios en el lugar de origen.

Frente a estos hechos, la Corte Constitucional reiteró jurisprudencia anterior (T-330 de 1993, T- 484 de 1993), en relación al trabajo en condiciones dignas y justas, estableciendo cuándo hay lugar a un tratamiento diferente:

“En principio las solicitudes que presenten los docentes o personal administrativo del servicio público educativo estatal, dirigidas a obtener el traslado de la sede actual de trabajo, deberán ser atendidas por la autoridad competente, dentro de un trámite que se ajuste a las disposiciones legales sobre la materia y garantice a cada uno las mismas posibilidades de aprobación.

Sin embargo, en relación con el tema del trabajador enfermo que no se ve afectado en su capacidad laboral, pero que requiere determinadas condiciones para el cumplimiento de sus obligaciones y la protección de su salud, entre ellas, el traslado a un lugar de trabajo diferente de la sede actual, exige por parte del Estado un tratamiento especial, que permita garantizarle dichas condiciones en procura de la protección de sus derechos fundamentales a la vida, la salud, al trabajo y a la igualdad.”

En este entendido, la Corte tuteló los derechos a la vida, a la salud, a la igualdad y al trabajo, ordenando al alcalde de Cagua que cuando existiera la primera vacante en un sitio acorde con el estado de salud de la docente concediera su traslado.

Igualmente, en sentencia T- 455 de 18 de septiembre de 1997 (M.P. Dr. Hernando Herrera Vergara) esta corporación, examinó la acción de tutela interpuesta por una docente que prestaba sus servicios en el departamento de Risaralda, que por padecer problemas de salud (escoliosis dorso lumbar) había solicitado su traslado al gobernador de este departamento en múltiples ocasiones, por cuanto el lugar donde desempeñaba sus funciones y las condiciones en que estas debían realizarse agudizaban su estado de salud. Sin obtener solución alguna, la docente optó por la tutela, al considerar que le estaban siendo vulnerados sus derechos a la vida, salud, petición, trabajo e igualdad.

En este pronunciamiento, esta corporación reiteró la jurisprudencia expuesta en fallos precedentes: T- 499 de 1992, T-330 de 1993 (supra página 246, infra página 224) en donde manifestó, que el derecho fundamental al trabajo implica el obtener una vinculación laboral, permanecer en ella y que ésta se desarrolle en condiciones dignas y justas. Por ello, para la Corte Constitucional el que la docente continuara desempeñando sus funciones en unas condiciones que hacían más gravoso su estado de salud, vulneraba el artículo 25 de la C.P. en virtud del cual "Se protege el trabajo como derecho fundamental en todas sus modalidades y se asegura el derecho de toda persona a desempeñarlo en condiciones dignas y justas".

Igualmente, manifestó:

“Se hace necesario dar aplicación al artículo 13 de la Constitución sobre la igualdad real y efectiva. Como en repetidas ocasiones lo ha señalado la jurisprudencia constitucional, el principio de igualdad no equivale a la nivelación matemática y absoluta de todos los individuos, con prescindencia de la diversidad de hipótesis, sino que representa la objetiva actitud y disposición de dar igual trato a quienes están bajo los mismos supuestos y diferente a los que presentan características o circunstancias distintas.”

Y al respecto reiteró lo expuesto en fallos anteriores sobre la discriminación positiva

“De allí que el mismo artículo constitucional en mención haya estatuido que la actividad estatal se orientará al logro de la igualdad real y efectiva, adoptando medidas en favor de grupos discriminados o marginados y protegiendo especialmente a las personas que por su condición económica, física o mental, se encuentran en posición de debilidad manifiesta. Esta función, que tiene fundamento en el concepto del Estado Social de Derecho, excluye las tendencias que pretenden hacer de la igualdad un rasero único, inmodificable y no susceptible de adaptaciones”. (Cfr. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-094 del 27 de febrero de 1993).

Con base en esos argumentos, consideró que el estado de salud de la tutelante la hacía merecedora a un trato diferente en relación con el régimen al cual se encontraban sometidos los demás docentes de su mismo nivel. En cuanto a la solicitud del traslado al no ser competencia de la Corte el resolver sobre la viabilidad del mismo, otorgó la protección en el sentido de que se de a la solicitud de traslado un tratamiento preferencial cuando exista la primera vacante en un sitio que garantice unas condiciones acordes con su estado de salud.

Continuando con estos lineamientos, le correspondió a la Corte estudiar las consecuencias del traslado de docentes por enfermedad, en la sentencia T- 516 de 14 de octubre de 1997 (M.P. Dr. Hernando Herrera Vergara) al analizar el caso de una profesora al servicio del municipio de Ancuya, quien interpuso acción de tutela contra el alcalde municipal con el ánimo de que le fueran protegidos sus derechos fundamentales a la vida, a la salud y al trabajo. La petente adolecía de “tromboembolismo pulmonar y trombosis venosa profunda” del miembro inferior derecho. Razón por la cual se le recomendó guardar reposo y evitar largos viajes. Sin embargo, tal situación se veía agravada porque tenía que viajar desde la cabecera municipal hasta su sitio de trabajo que se encontraba en un corregimiento, por ello le solicitó al alcalde su traslado, sin obtener resultados.

La Corte reiterando la jurisprudencia contenida en la sentencia T-499 de 1992 y T-483 de 1993 (infra, página 246, 248) referentes al ius variandi estableció que se violó el artículo 25 constitucional.

Además manifestó que la actora se hacía merecedora de un trato diferenciado como lo manda el artículo 13 C.N al cumplir con los requisitos establecidos en la sentencia T-330 de 1993.

La Corte consideró que en el caso de ésta persona si se encontraba plenamente demostrado que los desplazamientos a los que se veía sometida agravaban su estado de salud, por lo que se hacía titular del trato preferencial atendiendo a su situación especial, ordenando a la Alcaldía Municipal de Ancuya tan pronto como se presentara una vacante en el casco urbano procediera a su traslado de preferencia a otros docentes.

En la sentencia T-208 de 14 de mayo de 1998 (M.P. Dr. Fabio Morón Díaz) se trató la problemática de un docente del orden nacional, que laboraba en la zona rural del municipio de Guaitarilla (Nariño); quien para desplazarse hasta su lugar de trabajo debía caminar largos tramos o transportarse en motocicleta por una carretera destapada, condiciones que empeoraban su salud, pues se le diagnosticó una hernia discal. Varios médicos tratantes recomendaron reubicación laboral considerando que el desplazamiento por carretera destapada no favorecía su situación, adicionalmente se expresó que dicha reubicación permitiría que el tutelante tuviera atención médica oportuna.

El actor manifestó que había presentado solicitudes respetuosas pidiendo su traslado a la ciudad de Pasto, al alcalde del municipio y al secretario de educación del Departamento de Nariño, las cuales fueron negadas. Lo que originó que impetrara acción de tutela solicitando la protección de sus derechos fundamentales al trabajo, la salud, la integridad personal y la seguridad social, y en consecuencia el respectivo traslado.

La Corporación al resolver este caso acudió a múltiples pronunciamientos relacionados con el ius variandi y el trato diferencial positivo; retomando lo dispuesto en las sentencias T-499 de 1992, T-330 de 1993 y T-483 de 1993.

En consideración a las posiciones de los fallos acogidos por la Corte, se tutelaron los derechos fundamentales al trabajo, a la salud, y al trato preferencial por parte del Estado en relación con la solicitud de traslado; se ordenó al alcalde municipal de Guaitarilla, que una vez se presente una vacante, en el casco urbano del Municipio, sea proveída para el actor o en su defecto proceda a dar la correspondiente autorización, para que el secretario de educación del Departamento de Nariño pueda atender la solicitud de traslado del peticionario, a un lugar que le brinde las condiciones requeridas de acuerdo a sus limitaciones de salud.

Dentro de la misma línea la sentencia T-485 de 9 de septiembre de 1998 (M.P. Dr. Vladimiro Naranjo Mesa) revisó el caso de un docente vinculado a la planta de personal de educadores del municipio de San Sebastián de Buenavista (Magdalena), quien expresaba que el Alcalde encargado del municipio en mención lo había trasladado a una escuela rural de difícil acceso, situada a 30 kilómetros de su domicilio, desconociendo el acuerdo que había celebrado con el Alcalde para laborar en el Colegio urbano de esta localidad, debido a sus limitaciones físicas, pues padecía de parálisis del nervio ciático de la pierna izquierda. Según concepto medico no debía realizar esfuerzos mayores ni trasladarse a pie por largos trayectos, debiendo recibir tratamiento permanente.

El petente, frente a tal medida interpuso recurso de reposición, negado por el alcalde encargado.

El alto Tribunal consideró necesario velar por el respeto a unas condiciones dignas y justas en el trabajo, según lo preceptuado por el citado artículo 25 superior y por lo tanto protegió el derecho que tenía el peticionario para que a la solicitud de traslado se le proporcione un tratamiento preferencial.

Expresó la Corte: “advierte la Corte que a pesar de que el enfermo no se ve sensiblemente afectado en su capacidad laboral, éste requiere, dadas sus especiales condiciones de salud que le impiden desplazamientos prolongados según recomendación médica que obra en el expediente, un tratamiento diferente proporcional y razonable, más no discriminatorio, respecto de los demás docentes”.

En esta providencia se reiteró la jurisprudencia contenida en las sentencias: T-330 de 1993, T-484 de 1993, T-181 de 1996, T-023 de 1997 y T-455 de 1997.

En consecuencia, se ordenó al Alcalde del Municipio de San Sebastián de Buenavista (Magdalena) que en la primera vacante para el casco urbano se ubique al petente, otorgándole tratamiento preferencial, para que simultáneamente continúe laborando y recibiendo el tratamiento médico adecuado, de tal manera que logre superar la enfermedad que lo aqueja.

A su vez la Sentencia T-694 de 19 de noviembre de 1998 (M.P.Dr. Antonio Barrera Carbonell) hizo alusión a una docente que se desempeñaba en el Instituto Nacional de Promoción Social de Belén (Boyacá) quien debía trasladarse por carretera a 3 horas de viaje de su domicilio, lo cual afectó el tratamiento que debía recibir a raíz de una lesión lumbar y de coxis; padecimiento por el cual debió ser intervenida quirúrgicamente. El médico tratante había recomendado no hacer traslados en vehículo y solicitar inmediatamente reubicación laboral, ya que los desplazamientos diarios no permitían una evolución satisfactoria. Petición que si bien se realizó, fue resuelta desfavorablemente argumentando que no existían vacantes y que las existentes no eran de su especialidad. Por ello, la actora consideraba que al no acceder a su solicitud, se vulneraba el derecho al trabajo en condiciones dignas y justas, y a la salud en conexión con los derechos fundamentales a la vida y a la integridad personal.

Presentados los hechos, la Corte procedió a fallar, basándose en la argumentación expuesta a continuación:

“Este principio (Dignidad Humana) tiene un claro e inmediato desarrollo en el artículo 25 del mismo estatuto que consagra un derecho al trabajo en condiciones dignas y justas, es decir, a una labor que no implique cargas que vayan más allá de cuanto puede soportar quien las desempeña y que, por dicha razón, hagan indigna su existencia. En este orden de ideas, si el trabajador tiene que arriesgar su integridad física, su salud y su vida en condiciones dignas porque el desplazamiento al lugar de

trabajo o éste mismo lo conducen al padecimiento de dolores, incomodidades excesivas y aún peligro para el funcionamiento normal de su organismo, que es parte del derecho a la vida en condiciones dignas, así no conduzca necesariamente a la muerte, es procedente la tutela de tales derechos y el juez constitucional debe proceder de conformidad”.

Adicionó:

“Conforme con reiterada jurisprudencia sentada por esta Corporación, en el sentido de que es perfectamente posible para el juez de tutela ordenar el traslado de trabajadores del Estado, o que se agoten todas las gestiones pertinentes en caso de no existir vacantes, para salvaguardar sus derechos al trabajo en condiciones dignas y justas, y a la salud en conexión con la vida y la integridad física, que son desconocidos cuando por razón de la distancia, del difícil acceso a los lugares de trabajo y de las particulares condiciones de salud, los trabajadores tienen que arriesgar su integridad física y hasta su vida para asistir al empleo y cumplir con su deber”.

Aclarando, que el juez no está autorizado para desconocer que la provisión de los empleos públicos debe cumplirse de conformidad con la ley; esto es, que para trasladar a un trabajador debe existir una vacante en el sitio que le conviene desempeñar su labor, o encontrarse satisfechos los requisitos legales para la creación de un nuevo puesto de trabajo. Lo que para el caso no se cumplía, por lo que se concedió la tutela, ordenando a la administración del Departamento de Boyacá que estuviese pendiente de las vacantes que se presentaran, para que la demandante fuera trasladada, de manera preferencial, en cuanto ello ocurriera.

En sentencia T-670 de 9 de septiembre de 1999 (M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero), se estudió el caso de una docente del Colegio Departamental de Sora (Tunja) quien padecía "retinopatía miópica de AO y ambliopía de OD" o desprendimiento de retina severo. Al residir en Tunja para poder llegar a su sede de trabajo debía realizar permanentes desplazamientos en vehículos por carreteras en mal estado, situación que ponía en riesgo su salud ya que según dictamen médico no podía “realizar esfuerzos físicos pesados y desplazamientos que podrían traerle como consecuencia la pérdida total de la visión”, razón por la cual había solicitado al Presidente de la Junta Departamental de Educación su traslado. Sin embargo, su solicitud fue resuelta desfavorablemente argumentando que no existían vacantes en Tunja y que además se debía dar prelación a los docentes enfermos debidamente acreditados y a los amenazados por motivos de orden público.

En esta oportunidad, esta Corporación reiteró los argumentos expuestos en los fallos T-330 de 1993 y T-181 de 1996 referentes a los presupuestos que justifican un trato diferente y al concepto y alcance de la diferenciación positiva en aras de hacer efectivo el principio de igualdad.

Frente al caso en examen, estableció que al cumplirse los presupuestos que justificaban la aplicación de un trato diferencial positivo, se debía dar prelación a su traslado en los

términos de las sentencias ya analizadas, es decir, por tutela no se podía ordenar el traslado inmediato de la docente, pero si ordenar a las autoridades correspondientes se la ubique en la primera vacante que se presente:

“La enfermedad que padece Hidaith Rojas está comprobada plenamente mediante certificaciones médicas que se anexaron a la tutela, las cuales demuestran el cuidado que ella debe tener, así como la conveniencia de esquivar las causas de su agravación. Por lo tanto es prudente, evitar que haga desplazamientos como el que diariamente efectúa. Lo anterior coloca a la peticionaria en una situación especial "racional y razonable", para que en su favor el Estado realice una diferenciación en la situación especial en que se encuentra ella y opte en consecuencia, por darle un trato preferencial, pero relativo. Lo anterior significa que el Departamento de Boyacá, una vez se presente la vacante en Tunja, debe proceder prioritariamente al traslado de la solicitante para que simultáneamente continúe laborando, recibiendo el tratamiento médico adecuado, supere el peligro y puede atender a su hijo menor”.

En este mismo sentido se profirió la sentencia T - 704 de 5 de julio de 2001 (M.P. Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra) en la que se revisó el caso de una docente que padecía artrosis. La actitud asumida por la Secretaría Departamental de Educación de negarse a trasladarla del municipio en el que prestaba sus servicios a una plaza vacante en el municipio en donde ella residía y recibía tratamiento médico, violaba en el sentir de la Corte los derechos al trabajo en condiciones dignas y justas y la salud en conexidad con la vida digna de la docente, por cuanto estaba plenamente demostrado en el proceso el agravamiento de su enfermedad a causa del traslado de un municipio a otro y más aún cuando éste se realizaba en deplorables condiciones (carretera destapada).

La Corte consideró que la demandada con el fin de proteger los derechos fundamentales de la accionante, debió otorgarle “un trato diferencial positivo en lo referente al traslado en virtud de las condiciones de debilidad física manifiesta que presenta frente al resto de traslados que sean solicitados”. En virtud de lo anterior concedió el amparo impetrado y ordenó a la accionada proveer el cargo vacante a la docente inmediatamente, si las condiciones lo permitían, o de lo contrario, hacerlo en la primera oportunidad que se presentara.

Por su parte la sentencia T- 026 de 24 de enero de 2002 (M.P. Dr. Eduardo Montealegre Lynett) revisó el caso de un docente departamental, quien en los Municipios en los cuales laboró, había presenciado reiterados episodios de violencia que le ocasionaron el desarrollo de síntomas de ansiedad y depresión; que derivaron en tratamiento psiquiátrico permanente. Los médicos psiquiatras tratantes, le recomendaron al petente solicitar traslado, a fin de propiciar un ambiente más tranquilo que contribuyera a su recuperación, adicionalmente que se le posibilitara control médico preventivo. Una vez solicitado el traslado, este fue negado, aduciendo carencia de recursos y saturación docente en los sitios cercanos a la ciudad donde debía ser tratado.

Examinó la Corte, si en las condiciones particulares del tutelante, se violaban los derechos a la vida, a la salud, a la dignidad humana y al trabajo, concluyendo que sí, y ordenando a la Secretaria de Educación respectiva, que el tutelante sea reubicado preferencialmente, cuando exista una vacante en algún plantel educativo de un municipio que mantenga una situación de orden público estable, y que le permita adelantar el tratamiento médico requerido.

Finalmente, en este mismo sentido, en el proveído T – 076 de 8 de febrero de 2002 (M.P. Dr. Manuel José Cepeda Espinosa) se reiteró la jurisprudencia de la Corporación referente al traslado de un docente que requería tratamiento médico en la ciudad capital del municipio de Pasto, debido a los problemas de salud que presentaba: “miocardiopatía dilatada del ventrículo izquierdo y enfermedad pulmonar restringida”; el actor manifestó que solicitó a la Secretaría de Educación dicho traslado en 10 ocasiones sin obtener resultado favorable, considerando, por tanto, que la conducta de la accionada vulneraba sus derechos al trabajo, la salud y la vida digna. La Corte abordó el estudio estableciendo que la línea jurisprudencial elaborada por la Corporación ha determinado que:

“Es perfectamente posible para el juez de tutela (i.) ordenar el traslado de trabajadores del Estado, o (ii.) que se agoten todas las gestiones pertinentes en caso de no existir vacantes, para salvaguardar sus derechos al trabajo en condiciones dignas y justas, y a la salud en conexión con la vida y la integridad física, que son desconocidos cuando por razón de la distancia, del difícil acceso a los lugares de trabajo y de las particulares condiciones de salud, los trabajadores tienen que arriesgar su integridad física y hasta su vida para asistir al empleo y cumplir con su deber” .

De ahí, que concediera el amparo de los derechos solicitados, pero estableciendo que la orden concreta debía darla el juez de instancia atendiendo a las circunstancias particulares del caso y a la situación presupuestal del Departamento de Nariño, para lo cual el a quo debía decretar las pruebas que estimara convenientes.

Del análisis anterior, se evidencia la especial protección que la Corte otorga a los trabajadores que por su estado de salud merecen un trato diferente, con el objetivo de que los mandatos constitucionales y legales a favor de la población discapacitada se efectivicen.

Sin embargo, como puede deducirse, esta protección en ningún momento significa la usurpación de funciones propias de otros organismos, ya que para el caso especial de los docentes existen unos requisitos especiales que hacen factible la posibilidad de obtener su traslado, como la existencia de plaza vacante, disponibilidad presupuestal y prevalencia del interés general.

De otra parte, es importante destacar que el derecho al trabajo para esta población, se traduce no solo en la posibilidad de acceder a un empleo, sino también en que el mismo sea garantizado en unas condiciones que dignifiquen la vida del trabajador. Por ello, en casos como los anteriores, la afectación al derecho al trabajo para los docentes se subsanó con la

orden imperativa a la autoridad competente de que previo el cumplimiento de los requisitos legales se tenga en cuenta las especiales condiciones de los profesores para otorgarles un trabajo acorde con su estado de salud y con las necesidades del mismo.

Cuadro 8.

Reubicación y traslado de docentes discapacitados: garantía de su dignidad

¿Se reconoce el principio de estabilidad laboral reforzada del trabajador discapacitado?

SI	§T – 330 – 1993 ªM. P. Martínez.	NO
<p>Porque a través de su aplicación se garantiza el cumplimiento de derechos fundamentales, y por tanto el juez de tutela puede decretar el traslado o reubicación, los cuales estarán sujetos a la existencia de plazas vacantes y disponibilidad presupuestal.</p>	<p>•T – 487 – 1993 M. P. Hernández.</p> <p>•T – 515 – 1994 M.P. Herrera.</p> <p>•T – 181 – 1996 M.P. Martínez.</p> <p>•T – 514 – 1996 Salvamento M.P. Hernámndez. M.P. Vidal.</p> <p>•T – 002 – 1997 M.P. Arango.</p> <p>•T – 023 – 1997 M.P. Cifuentes.</p> <p>•T – 455 – 1997 M.P. Herrera.</p> <p>•T – 516 – 1997 M.P. Herrera.</p> <p>•T – 208 – 1998 M.P. Morón.</p>	<p>Porque con su aplicación se desconoce la órbita de la jurisdicción ordinaria laboral y el principio de interés general que guía la actividad de la Administración Pública.</p>
	<p>•T – 485 – 1998 M.P. Arango.</p> <p>•T – 694 – 1998 M.P. Barrera.</p> <p>•T – 670 – 1999 M.P. Martínez.</p> <p>•T – 704 – 2001 M.P. Monroy.</p> <p>•T – 026 – 2002</p>	
M.P. Cepeda.		

Nota: El signo § indica una sentencia madre dentro de la línea.
El signo ^a indica una sentencia hito dentro de la línea.

2.3.4 Reubicación del Trabajador Discapacitado: trabajo en condiciones dignas y justas. La Corte Constitucional en múltiples providencias ha manifestado la necesidad de reubicar al trabajador discapacitado, otorgándole funciones y competencias adecuadas a sus capacidades laborales; pues según ha expresado la Corte éste merece especial protección, por encontrarse en circunstancias de debilidad manifiesta.

La Corte articula en sus decisiones toda la gama de principios y derechos que otorgó el constituyente de 1991, tendientes a amparar al ser humano; tratando de brindar al discapacitado un fuero constitucional, que impida la degradación y aislamiento al que se ha visto sometido por años en el mercado de trabajo.

El Tribunal Constitucional Colombiano, de acuerdo a las peculiares circunstancias de los casos puestos bajo su conocimiento en la medida de lo posible pretende propiciar la reubicación laboral, con el fin de obtener la integración socio-laboral de estas personas.

Entre las diversas sentencias que han tratado esta temática se encuentran:

La sentencia T- 499 de 21 de agosto de 1992 (M.P Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz), que trató el asunto de una empleada de la Administración Postal Nacional, quien adolecía de una lesión en la columna vertebral, situación que se agravaba debido a la actitud omisiva e indiferente del accionado (Director general de Caprecom) al no expedirle la autorización de la intervención quirúrgica.

La Corte consideró que con tal actitud se contravenían los pilares fundamentales del Estado Social de Derecho y que de paso se violaron los derechos fundamentales a la vida, a la integridad personal, a la seguridad social, a la salud, y por ende al trabajo de la actora, límites de la actividad estatal. Estableció que pese a no estar instituido como tal el derecho a la integridad física, psíquica y espiritual éste existe y merece una atención urgente por parte de los jueces constitucionales, al respecto anotó:

“El respeto de la dignidad humana debe inspirar todas las actuaciones del Estado. Los funcionarios públicos están en la obligación de tratar a toda persona, sin distinción alguna, de conformidad con su valor intrínseco (CP arts. 1, 5 y 13). La integridad del ser humano constituye razón de ser, principio y fin último de la organización estatal.

El hombre es un fin en sí mismo. (...). Las autoridades están precisamente instituidas para proteger a toda persona en su vida, entendida en un sentido amplio como "vida plena". La integridad física, psíquica y espiritual, la salud, el mínimo de condiciones materiales necesarias para la existencia digna, son elementos constitutivos de una vida íntegra y presupuesto necesario para la autorrealización individual y social. Una administración burocratizada, insensible a las necesidades de los ciudadanos, o de sus mismos empleados, no se compadece con los fines esenciales del Estado, sino que al contrario, cosifica al individuo y traiciona los valores fundantes del Estado social de derecho (CP art. 1)”.

Una interpretación estrecha y formalista de la Constitución no tiene en cuenta la función de los derechos fundamentales como límites a las actuaciones u omisiones del Estado. El derecho a la salud (CP art. 49), cuando su vulneración o amenaza compromete otros derechos fundamentales como la vida, la integridad o el trabajo, goza de carácter fundamental y es susceptible de ser protegido por vía de la acción de tutela.

“(…) [L]a autoridad competente que se niega, sin justificación suficiente, a tomar las medidas necesarias para evitarlo (el dolor), omite sus deberes, desconoce el principio de la dignidad humana y vulnera los derechos a la salud y la integridad física, psíquica y moral de la persona.

(…) Una enfermedad grave que no se contrarreste a tiempo se constituye en amenaza del derecho al trabajo hasta el grado de poder impedir su ejercicio. Contrariamente a lo estimado por el juzgador de primera instancia, la atención oportuna de la persona enferma en una institución asistencial puede evitar la vulneración del derecho fundamental al trabajo”.

La Corte estableció que pese a las anteriores consideraciones no le estaba permitido ni era conveniente que se pronunciara sobre la necesidad y riesgo de una intervención quirúrgica por lo que en este punto no accedió a las solicitudes de la tutela, pero la concedió en el sentido de ordenarle al accionado adelantar todos los exámenes médicos necesarios con el fin de establecer la inminencia de la operación y si ello resultaba afirmativamente probado ordenara la susodicha intervención.

Como se observa en esta sentencia, en sus inicios la Corte comienza analizando la enfermedad como factor determinante en la plena realización del ser humano, cuyo no tratamiento trae como consecuencia la violación de derechos y garantías constitucionales fundamentales.

Para este momento esta Corporación, inicia lo que mas tarde será una protección abierta y absoluta del derecho a la reubicación en razón de la defensa de los derechos fundamentales de los trabajadores con limitaciones físicas.

Esta sentencia se constituyó en la primera base que sustentaría la reubicación del trabajador. Siendo la relación entre enfermedad y violación de los derechos fundamentales su principal argumento.

Posteriormente en sentencia T- 483 del 27 de Octubre de 1993 (M.P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo) se abordó el tema de un trabajador al servicio de la DIAN que fue trasladado de su lugar de trabajo (Bogotá) en donde recibía una atención médica oportuna, especializada y satisfactoria a otro (Florencia) sin tener en cuenta su grave estado clínico (úlceras duodenales activas la que en 5 ocasiones había desembocado en episodios de hemorragia digestiva - transfusión en tres oportunidades; hipertensión arterial: cardiopatía hipertensiva, clase funcional I; colecistitis aguda). El petente solicitó el amparo tutelar pidiendo la suspensión de los efectos de la resolución que ordenó su traslado.

La Corte analizó si con el traslado, teniendo en cuenta las condiciones precarias del afectado, se violaban los derechos fundamentales al trabajo en condiciones dignas y el derecho a la igualdad de una persona que se encontraba en circunstancias de debilidad manifiesta debido a sus dolencias físicas. Por otra parte, estudió la procedencia de la acción de tutela para suspender el acto administrativo de traslado.

La Corte hizo referencia al contenido del derecho al trabajo que guía al Estado Social de Derecho y del *ius variandi* que rige toda relación laboral, expresándose en los siguientes términos:

“No se trata tan solo de que se defienda institucionalmente la posibilidad y la obligación de alcanzar una ubicación laboral y de permanecer en ella, sino de un concepto cualificado por la Constitución que se relaciona con las características de la vinculación laboral y con el desempeño de la tarea que a la persona se confía en lo referente al modo, tiempo y lugar en que ella se cumple, todo lo cual tiene que corresponder a la dignidad del ser humano y realizar en el caso concreto el concepto de justicia”.

Reiterando la posición de la sentencia C- 479 de 1992, la Corte subrayó la importancia del hombre en el Estado Social de Derecho que debe verlo como un fin en sí mismo y no como un medio para alcanzar un fin, pues ello afecta su dignidad y contraría los principios en que se funda la estructura estatal. Concluyó:

(...) [T]oda medida que afecte las condiciones de trabajo, en especial si tiende a modificarlas, debe ser considerada y sometida a previo análisis sobre la base insustituible del factor humano y de las circunstancias en medio de las cuales actúa.

Aquí debe decirse que los poderes discrecionales, con frecuencia invocados en el manejo de personal y que tienen origen en la ley, no pueden ser absolutos si se los mira desde la perspectiva constitucional. Han de ejercerse sobre una base que, de suyo, los limita: la del artículo 25 de la Constitución que garantiza unas condiciones dignas y justas por fuera de las cuales nadie está obligado a trabajar.

(...)

(...) [E]l llamado *ius variandi* -entendido como la facultad que tiene el patrono de alterar las condiciones de trabajo en cuanto al modo, lugar, cantidad o tiempo del mismo, en virtud del poder subordinante que ejerce sobre sus trabajadores- está "determinado por las conveniencias razonables y justas que surgen de las necesidades de la empresa" (se subraya) y que de todas maneras "habrá de preservarse el honor, la dignidad, los intereses, los derechos mínimos y la seguridad del trabajador

El *ius variandi* no es absoluto. Está limitado, ante todo, por la norma constitucional que exige para el trabajo condiciones dignas y justas (art. 25 C.N.), así como por los principios mínimos fundamentales señalados por el artículo 53 de la Carta en lo que concierne al estatuto del trabajo. Y, por supuesto, su ejercicio concreto depende de

factores tales como las circunstancias que afectan al trabajador, la situación de su familia, su propia salud y la de sus allegados, el lugar y el tiempo de trabajo, sus condiciones salariales, la conducta que ha venido observando y el rendimiento demostrado. En cada ejercicio de su facultad de modificación el empleador deberá apreciar el conjunto de estos elementos y adoptar una determinación que los consulte de manera adecuada y coherente. En últimas, debe tomar en cuenta que mediante aquella no queda revestido de unas atribuciones omnímodas que toman al trabajador como simple pieza integrante de la totalidad sino como ser humano libre, responsable y digno en quien debe cristalizarse la administración de justicia distributiva a cargo del patrono”.

En cuanto a la procedencia del mecanismo de amparo constitucional, la Corte expresó que le estaba vedado entrar a sustituir al juez ordinario, en este caso el contencioso, respecto de la validez de los actos administrativos, sin embargo consideró que cuando el medio para resolver esta clase de conflictos laborales no es el idóneo para proteger un derecho fundamental como el derecho al trabajo, puede conceder la tutela transitoriamente a fin de evitar un perjuicio irremediable, siempre y cuando el interesado haya iniciado los trámites ordinarios correspondientes al momento de la presentación de la tutela:

“En ese orden de ideas, frente a un acto administrativo de traslado o cambio del lugar de trabajo, si él se analiza bajo la óptica del artículo 25 de la Constitución, bien puede acontecer que, pese a la discrecionalidad legal invocada por el patrono en ejercicio del jus variandi, las condiciones nuevas en las cuales habrá de actuar el trabajador en el lugar que para continuar laborando se le ha señalado, no sean dignas y justas, evento en el cual el acto correspondiente puede ser objeto de tutela transitoria, para inaplicarlo al caso concreto, mientras se decide de fondo sobre su validez.

No obstante, debe observarse que la resolución mediante la cual se ordenó el traslado del peticionario es un acto administrativo en relación con el cual obra la presunción de legalidad únicamente desvirtuable por decisión de la jurisdicción Contencioso Administrativa, la cual tiene la última palabra si el interesado hizo uso de los medios de defensa que le brinda el Código Contencioso Administrativo, dentro de la oportunidad legal correspondiente”.

De esta forma la Corte concedió la tutela como mecanismo transitorio hasta cuando la jurisdicción ordinaria decidiera sobre la validez del acto administrativo en mención, advirtiendo que el amparo procedía solo si el peticionario había hecho uso de la acción correspondiente ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Con esta providencia la Corte instituye una nueva proposición jurídica, la cual basa sus cimientos en la limitación que se le impone al empleador de disponer arbitrariamente de las funciones laborales y el lugar donde deben ser desempeñadas por el trabajador; este Tribunal ve frenada esta atribución del empleador por los derechos fundamentales que le asisten al trabajador; derechos que resultarían visiblemente desconocidos si la parte

dominante de la relación laboral omite las especiales circunstancias que rodean el entorno del empleado.

Al asumir esta postura la Corte, da paso a la protección laboral respecto del trabajador cuyos padecimientos impiden en el caso particular trasladarse a un lugar diferente de su sede habitual.

Comenzando de ésta manera a proteger al asalariado de una manera ostensiblemente ligada a las condiciones humanas y legales que le asisten a las personas que se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta.

Siguiendo esta línea de evolución jurisprudencial la sentencia T-065 de 22 de febrero de 1996 (M.P Dr. Antonio Barrera Carbonell) revisó el caso de una guardiana del INPEC quien padecía problemas de visión, por lo cual la Caja Nacional de Previsión Social del Cauca le diagnosticó un 100% de pérdida de capacidad laboral y sugirió su reubicación hasta que la División de Salud Ocupacional que había asumido el riesgo de invalidez decidiera sobre la concesión de la pensión por esta eventualidad. Sin embargo, dicha entidad sin realizar ningún estudio, manifestó no estar de acuerdo con el porcentaje calificado, no concediendo la pensión de invalidez.

En cuanto a la reubicación, esta se realizó, para desempeñar funciones similares a las inicialmente asumidas; por ende sus condiciones de trabajo siguieron siendo las mismas.

Frente a estas circunstancias, la Corte Constitucional reiteró los argumentos esgrimidos en fallos anteriores (T-441 de 1993 y T-117 de 1995) sobre reubicación laboral de minusválidos, fallos fundamentados en los artículos 13, 25 y 54 de la Carta Política.

La Corte agregó:

“La obligación del Estado de reubicar o de buscar la readaptación laboral de los disminuidos físicos apunta a la posibilidad de la conservación del empleo y de progresar en el mismo, cuando su capacidad de trabajo queda sustancialmente restringida o limitada, a causa de un accidente de trabajo o de una enfermedad profesional o no profesional.

La referida obligación encuentra un reforzamiento adicional, cuando la reubicación o readaptación laboral es un condicionante o un presupuesto necesario para el efectivo cumplimiento de los deberes que emanan de la normatividad sobre seguridad social, concerniente al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez que se hubiera solicitado por un trabajador, pues los trámites administrativos requeridos con este fin, que pueden resultar dispendiosos y demorados, demandan que se adopten medidas provisorias, como son las atinentes a dicha reubicación, mientras, se expide la decisión correspondiente, negativa o positiva, con respecto a la petición de dicha pensión.”

Con apoyo en estos argumentos ordenó al director del INPEC (Seccional Cauca) reubicar a la tutelante en una labor o actividad acorde con su estado de salud. En cuanto a la pensión de invalidez que le había sido negada, ordenó a la División de Salud Ocupacional que previos los estudios y valoraciones médicas revise la calificación de la invalidez con el fin de determinar la procedencia o no de la pensión.

En este orden de ideas, al ser deber del Estado proteger a las personas que se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta como los disminuidos, y al abarcar tal protección el derecho al trabajo en unas condiciones afines a sus especiales capacidades laborales, es evidente que sino se concede la pensión de invalidez ni se reubica al trabajador se desconoce el derecho a la especial protección de que goza esta población.

Así, una vez más la Corte Constitucional como lo plasma en este fallo, reafirma la importancia de la diferenciación en el empleo que se debe realizar con una persona discapacitada, siendo una ineludible obligación estatal velar por la concreción de este axioma.

De esta manera, el Tribunal resalta la viabilidad de cumplir el principio de solidaridad como una obligación propia de la sociedad, a través de la reubicación como un mecanismo propicio e integrador del desarrollo laboral de las personas discapacitadas.

A su vez, en la Sentencia T-364 de 20 de mayo de 1999 (M.P. Alejandro Martínez Caballero), la Corte examinó la situación de dos vendedores, disminuidos visualmente, que ejercían comercio informal en espacio público. A dichos vendedores, se les adelantó querrela por invasión del mismo; procedimiento que culminó ordenando su restitución.

Los afectados, instauraron acción de tutela contra el alcalde local de Puente Aranda (Santa fe de Bogotá) exigiendo ser reubicados.

La Corte concedió la tutela, protegiendo el derecho al trabajo; bajo los siguientes presupuestos:

“El artículo 13 de la C. P. establece la protección especial del Estado para aquellas personas que se hallen en circunstancias de debilidad manifiesta, por su condición física, mental o económica. A su vez el artículo 54 ibídem establece que “Es obligación del Estado y los empleadores ofrecer formación y habilitación profesional y técnica a quienes lo requieran. El Estado debe propiciar la ubicación laboral de las personas en edad de trabajar y garantizar a los minusválidos el derecho a un trabajo acorde con sus condiciones de salud.

Dentro de los ordenamientos legales, la ley 361 de 1997, establece en su artículo 4° la obligación ineludible del Estado de poner a disposición todos los recursos necesarios para la protección de los minusválidos. Entre los objetivos de la protección está la “integración laboral”.

Para ello el juez de tutela en sus decisiones, como funcionario del Estado, debe hacer una lectura integrada del artículo 334, del artículo 25 sobre derecho al trabajo y del artículo 54 C.P. Esta última norma de carácter programático, se torna en una disposición activa, que apunta hacia el bienestar el empleo inmediato y del entorno en que se vive y que señala para los habitantes de la República un derecho a algo, enmarcado dentro de la intervención del Estado en la economía y compaginado con la cláusula del Estado social de derecho, convirtiéndose así el derecho al empleo en algo que no puede estar distante del derecho al trabajo.”

Con base en ello, la Corte ordenó la reubicación, aclarando que ésta no podía darse en un bien inmueble afectado al espacio público, aunque si podía serlo en un bien inmueble que no tenga esa característica, siendo fiscal; o en su lugar acudir a otras opciones, acogiendo la postura de la OIT, según la cual se puede ir mas allá de la reubicación, facilitando el acceso al crédito, a insumos productivos, técnicas de mejor producción de este grupo de personas, entre otros. Explicó, la Corte que se podían acoger las propuestas del Distrito Capital, a través del arrendamiento de inmuebles acompañado de cánones sociales, accesibles a la capacidad económica del posible usuario, teniendo en cuenta la utilidad que se pudiera obtener.

En este fallo es evidente la interpretación constitucional amplia y consecuente con los fines que persigue el legislador; pues desde ningún punto de vista, la población discapacitada puede ser excluida de los diferentes ámbitos que implica la vida en comunidad.

Se propende con esta clase de fallos la tolerancia e inclusión de los discapacitados, como titulares de una diferenciación positiva, que conlleve su adaptación al medio social. Estas providencias pretenden atenuar la idiosincrasia imperante, es decir, pretenden que la sociedad se adapte y se involucre con las personas disminuidas, y no viceversa.

Providencia fundamental en cuanto a la reubicación del trabajador es la sentencia T-1040 de 27 de Septiembre de 2001 (M.P Rodrigo Escobar Gil), en donde se abordó la problemática de una mensajera, quien debido a su trabajo, el cual implicaba subir y bajar escaleras, sufrió problemas en sus extremidades inferiores, que le impedían continuar en tal actividad; por lo que mediante acción de amparo solicitó ser reubicada en un cargo, cuyas funciones estuvieran acordes con sus peculiares condiciones de salud, reubicación que fue concedida, pero sin que se adecuara a sus circunstancias y sin que tuviera capacitación para dicho cargo. La accionante, antes de resuelta la acción fue despedida sin justa causa, afirmando que su despido obedeció a la interposición de la tutela. Por ello, instauró una segunda acción, solicitando ser reintegrada y reubicada.

La Corte resolvió el caso argumentando:

“Estos sujetos de protección especial a los que se refiere el artículo 13 de la Constitución, que por su condición física estén en situación de debilidad manifiesta, no son sólo los discapacitados calificados como tales conforme a las normas legales. Tal categoría se extiende a todas aquellas personas que, por condiciones físicas de diversa

índole, o por la concurrencia de condiciones físicas, mentales y/o económicas, se encuentren en una situación de debilidad manifiesta. Así mismo, el alcance y los mecanismos legales de protección pueden ser diferentes a los que se brindan a través de la aplicación inmediata de la Constitución.

(...)

En materia laboral, la protección especial de quienes por su condición física están en circunstancia de debilidad manifiesta se extiende también a las personas respecto de las cuales esté probado que su situación de salud les impide o dificulta sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares, sin necesidad de que exista una calificación previa que acredite su condición de discapacitados.

(...)

La obligación de los empleadores de abstenerse de impartir órdenes que afecten la salud de sus empleados implica una restricción general en el ejercicio de una prerrogativa legal de los empleadores, por virtud del respeto que estos deben a la dignidad de sus trabajadores. Sin embargo, bajo determinadas condiciones, el respeto por esta dignidad implica, además, el deber de reubicar a los trabajadores que, durante el transcurso del contrato de trabajo sufren disminuciones de su capacidad física.

(...)

En efecto, el alcance del derecho a ser reubicado por condiciones de salud tiene alcances diferentes dependiendo del ámbito en el cual opera el derecho. Para tales efectos resultan determinantes al menos tres aspectos que se relacionan entre sí: 1) el tipo de función que desempeña el trabajador, 2) la naturaleza jurídica y 3) la capacidad del empleador. Si la reubicación desborda la capacidad del empleador, o si impide o dificulta excesivamente el desarrollo de su actividad o la prestación del servicio a su cargo, el derecho a ser reubicado debe ceder ante el interés legítimo del empleador. Sin embargo, éste tiene la obligación de poner tal hecho en conocimiento del trabajador, dándole además la oportunidad de proponer soluciones razonables a la situación.

(...)

Por otra parte, en algunos casos, el derecho a la reubicación en un cargo compatible con las condiciones de salud del trabajador no se limita al simple cambio de funciones. Para garantizar el ejercicio real de este derecho, la reubicación debe estar acompañada de la capacitación necesaria para que el trabajador se desempeñe adecuadamente en su nueva labor.

(...)

En cuanto a los mecanismos de protección de la estabilidad laboral, en términos generales la ley prevé la posibilidad del empleador de dar por terminado unilateralmente y sin justa causa el contrato de trabajo. En estos casos, además de la indemnización

por lucro cesante y daño emergente efectivamente causados, aplicables a cualquier contrato, procede la indemnización consagrada en el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo, (...).Esta forma de garantizar la estabilidad laboral, armonizándola con el derecho a la libertad de empresa o con los otros posibles bienes jurídicos enfrentados es lo que la Corte ha denominado una estabilidad laboral imperfecta.

(...)

Con todo, a pesar de que la garantía constitucional de la estabilidad laboral opera mediante el pago de una indemnización, en ciertas circunstancias el ejercicio de la facultad del empleador de dar por terminado sin justa causa el contrato al trabajador puede terminar vulnerando otros derechos fundamentales cuyo núcleo esencial no es susceptible de protección mediante una indemnización. En estos casos, la protección estatal a una estabilidad laboral reforzada opera como garantía de estos otros derechos que, por las circunstancias particulares del caso, se verían desprotegidos si su amparo se limitara a la protección imperfecta que otorga una indemnización.

(...)

El derecho a la estabilidad laboral reforzada a las personas con discapacidades tiene un ámbito constitucional propio cuya protección no está supeditada a un desarrollo legal previo, (...) constitucionalmente, dicho ámbito de protección va más allá del mecanismo de protección laboral imperfecta al que están sujetos la generalidad de los trabajadores. (...)

Para determinar la procedencia excepcional del reintegro de determinados trabajadores mediante la acción de tutela, la jurisprudencia de la Corte ha establecido (...) que, (...), es necesario que exista alguna evidencia que muestre que el despido obedece a la circunstancia individual que es objeto de la protección especial.”

De estos argumentos, dedujo la Corte que las circunstancias de la demandante la hacían merecedora de protección especial; “que el despido se efectuó como consecuencia de que la empresa no quiso asumir correctamente el deber de reubicar y capacitar a la demandante en un puesto de trabajo con funciones aptas para su condición de salud y prefirió terminarle unilateralmente su contrato de trabajo, abusando de una facultad legal para legitimar su conducta omisiva”.

Por lo anteriormente expuesto, la Corporación ordenó el reintegro de la trabajadora, sin solución de continuidad, a un cargo con funciones compatibles con su estado de salud.

A partir de esta sentencia la Corte dio un gigantesco e importante paso hacia la elaboración de lo que se denominó la “Estabilidad Laboral Reforzada del trabajador discapacitado”, no solo porque no vio limitado su desarrollo a una ley que así lo contemplara, sino porque a partir del articulado constitucional continuó el desarrollo que ya había sido establecido por

otra sentencia (C-531 de 2000), mecanismo que quizá sea uno de los más importantes en cuanto a la protección en el empleo del trabajador discapacitado.

La Corte, claro está, no pretendió revestir al discapacitado de una inamovilidad absoluta en el empleo, pues limitó la obligación de la reubicación a ciertos aspectos fuera de los cuales su desempeño laboral se torna inocuo.

Con esta sentencia la Corte pasó de la protección en la reubicación fundada en la mera igualdad y en las obligaciones estatales (Artículos 13 y 54), a la formulación de un apotegma cuyos lineamientos influyeron, influyen e influirán en la abolición de toda forma de discriminación laboral en contra de los discapacitados.

En la sentencia T-351 de 5 de mayo de 2003 (M.P. Rodrigo Escobar Gil), la Corte analizó la situación de un trabajador que se desempeñaba como auxiliar administrativo en el Hospital Municipal de Acacías (Meta), quien reclamó la protección de los derechos fundamentales a la vida y a la integridad personal, los cuales consideró violados ante la negativa del Director del hospital de reubicarlo; sin atender las limitaciones físicas que presentaba (Disminución de la agudeza del campo visual y pérdida parcial de la memoria con períodos de reagudización); a pesar de las múltiples solicitudes del accionante y los conceptos médicos que así lo ordenaban.

Aclaró el tutelante, que fue trasladado una vez luego de presentada la disminución de su capacidad física, sin embargo el cargo que le fue asignado implicaba realizar actividades que le eran de difícil desarrollo debido a su limitación.

En el presente caso, la Corte estimó que la tutela no estaba llamada a prosperar, ni siquiera de manera transitoria, puesto que no existía un perjuicio irremediable, máxime si se tenía en cuenta que entre la fecha del accidente y la de solicitud de reubicación transcurrieron dos años. Se consideró en estas circunstancias que el trabajador contaba con un medio idóneo y eficaz, para solicitar la reubicación, y por ende la protección de sus derechos fundamentales, cual era acudir a la jurisdicción ordinaria laboral; al tenor del artículo segundo de la ley 712 de 2001, según el cual las obligaciones derivadas del contrato laboral, como la reubicación por causa de incapacidad permanente parcial, previo agotamiento de la vía gubernativa, deben adelantarse ante dicha jurisdicción.

Como fundamento adicional expresó que las medidas que se habían valorado como necesarias para la reubicación, estaban siendo adelantadas por el Gerente del hospital, inclusive se reasignó al tutelante en un cargo acorde a sus condiciones visuales, asignándole una persona a fin de que le colabore en el ejercicio de sus funciones.

Agregó que el petente debía someterse a la decisión del comité pertinente, quien decidiría definitivamente sobre su reubicación. Siendo que al momento de presentar la tutela, esta decisión aun estaba pendiente.

Del estudio de esta sentencia es importante resaltar la efectiva y real situación de desprotección en la cual se debe encontrar el trabajador limitado físico para que prospere el amparo por vía de tutela, en aras de obtener unas condiciones de trabajo idóneas.

Pues, es apenas lógico, que si el empleador adelanta los trámites a su alcance a fin de obtener la reubicación del trabajador, y entre tanto le concede una serie de exenciones tendientes a aminorar la carga laboral que obstruye su desempeño óptimo, se desbordan los deberes del primero con respecto al segundo.

En este sentido, resulta plenamente coherente aplicar los límites a la reubicación expuestos en la sentencia antes anotada.

La sentencia T-283 de Marzo 18 de 2005 (M.P Dr. Rodrigo Escobar Gil) trató el asunto de un trabajador de la oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Medellín, quien interpuso acción de tutela encaminada a proteger sus derechos fundamentales a la vida, a la salud y a la igualdad pues los consideraba vulnerados ante la negativa de su empleadora de no acatar una orden de reubicación en una oficina donde no circulara aire acondicionado para que la rinitis y bronquitis que padecía no se agravara. Le correspondió a la Corte determinar si la “actitud asumida por la representante legal de la ORIP de Medellín vulneraba los derechos invocados por el accionante, pues a pesar de la imperatividad de las órdenes de reubicación proferidas por los médicos tratantes, no ha sido posible la misma en una zona donde no circule aire acondicionado”. Para resolver esta cuestión, la Corte reiteró la jurisprudencia sobre la procedencia de la acción de tutela como mecanismo transitorio en los conflictos en los cuales se reclamara un derecho derivado de la relación laboral como lo es la reubicación de los trabajadores por enfermedad profesional, enseguida se ocupó del tema del deber de los empleadores de reubicar a los trabajadores que sufran disminuciones en su capacidad laboral, manifestando que:

“(…) [E]s claro que para preservar los derechos fundamentales del trabajador y, especialmente, su derecho a la Dignidad Humana, los empleadores deben abstenerse de impartir órdenes que afecten la salud, la integridad física y o la vida digna de sus empleados. El respeto por esta dignidad implica, además, en ciertas ocasiones, el deber de reubicar a los trabajadores que, durante el transcurso del contrato de trabajo sufren disminuciones en su capacidad laboral.”

Sin embargo, la decisión de la Corte fue adversa a las pretensiones del accionante, ya que en el curso del trámite se demostró que contrario a lo afirmado por él, la Entidad demandada había brindado suficientes alternativas de reubicación atendiendo las recomendaciones de la entidad de riesgos profesionales a la cual estaba adscrito el petente, sin obtener resultados positivos, puesto que todas las posibilidades otorgadas fueron rechazadas por el mismo sin motivo aparente, expresando la Corte que en casos como éste la acción de tutela no podía convertirse en un simple instrumento para imponer a toda costa el capricho de los accionantes, pero si para proteger derechos fundamentales en circunstancias como las enunciadas en la ratio decidendi de la sentencia.

Esta providencia continua sosteniendo la postura delineada en el fallo precedente, es decir, la reubicación laboral se constituye en un hecho eminente e improrrogable, siempre y cuando tal evento sea desconocido o amilanado por el empleador; pero si este ha cumplido a cabalidad con la obligación de reubicación que entraña el contrato laboral, no se le puede exigir mas, de lo contrario la obligación se deforma en una carga irrazonable.

Del análisis de las sentencias proferidas por el Tribunal Constitucional Colombiano, en materia de reubicación es clara la protección otorgada al trabajador discapacitado, siempre y cuando ella sea razonable y oportuna para mejorar sus condiciones socio - laborales.

La Corte Constitucional ha sido innovadora e inmensamente recurrente en cuanto a la reubicación de disminuidos físicos, sensoriales o psíquicos se trata; lo que denota como se observa en las sentencias un gran esfuerzo por adaptar el entorno laboral a este grupo de personas.

Es menester, aclarar que dicha protección no es absoluta, pues se debe realizar dentro de los limites razonables que impone la carga laboral, de tal manera que el trabajador vea protegido el núcleo esencial de sus derechos y el empleador pueda obtener luego de concretar las posibilidades a su alcance, el desempeño de las funciones encargadas al discapacitado; es decir, se trata de lograr un aparente equilibrio entre las partes de la relación laboral; aunque las acciones se inclinan al favorecimiento del trabajador cuando ello sea posible, en la doble acepción de amparo que merece: como parte subordinada del vinculo laboral y como discapacitado.

Cuadro 9.

Reubicación del Trabajador Discapacitado: trabajo en condiciones dignas y justas.

¿Se reconoce el principio de estabilidad laboral reforzada del trabajador discapacitado?

SI		NO
<p>Porque, en virtud de el, las condiciones laborales deben respetar los principios y derechos constitucionales de dignidad humana, justicia e igualdad, y los consagrados en el artículo 53 de la Carta, porque el Estado debe propiciar la ubicación del m i n u s v á l i d o proporcionándole el derecho a un trabajo acorde a sus condiciones de salud.</p>	<p>§T – 483 – 1993 M.P. Hernández.</p> <p>T – 065 – 1996 M.P. Barrera.</p> <p>“T – 364 – 1999 M.P. Martínez.</p> <p>ªT – 1040 – 2001 M.P. Escobar.</p>	<p>Si limita o dificulta excesivamente el desarrollo de la actividad de la empresa o la prestación de un servicio a su cargo, o desborda la capacidad del empleador, o cuando en el caso particular la reubicación obedezca al mero capricho del trabajador.</p>
	<p>– 351 – 2003 M.P. Escobar.</p> <p>“T – 283 – 2005 M.P. Escobar.</p>	<p>“T</p>

Nota: El signo § indica una sentencia madre dentro de la línea.
El signo ª indica una sentencia hito dentro de la línea.

2.3.5 Insubsistencia Limitada por los Derechos Fundamentales del trabajador discapacitado. Como un ejercicio de la facultad discrecional del nominador, sustentada en la necesidad de velar por el buen servicio, se encuentra prevista la figura de la insubsistencia, que en muchas ocasiones recae sobre el trabajador discapacitado.

Tal tema directamente relacionado con la posibilidad de permanecer en el empleo de un trabajador discapacitado es estudiado ampliamente por la Corte Constitucional, en las sentencias que a continuación se presentan.

La sentencia T- 427 de junio 24 de 1992 (M.P Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz) que abordó el tema de la declaratoria de insubsistencia de un trabajador discapacitado, quien laboraba al servicio de Caprecom, y sufría de “osteonecrosis avascular en la cabeza femoral derecha” enfermedad que comprometía el funcionamiento de la pelvis y que según el accionante lo tenía en condición de minusválido relativo.

La Corte debatió si la declaratoria de insubsistencia del cargo en ejercicio de la facultad discrecional de que gozaba la administración para remover a sus empleados violaba los derechos al trabajo, a la salud y a la seguridad social de un funcionario discapacitado.

Empezó analizando que el ejercicio de dicha facultad, materializado en un acto administrativo llamado resolución, pese a gozar de la presunción de legalidad, tenía la capacidad de afectar el derecho fundamental al trabajo, y en consecuencia la especial protección de la estabilidad laboral del funcionario sobre el cual recaía la medida, por lo tanto, debía ser valorado atendiendo a las circunstancias de cada caso en particular, a fin de establecer las verdaderas motivaciones del acto para evitar posibles tratamientos discriminatorios en contra de los empleados públicos de libre nombramiento y remoción y mas aún de aquellos discapacitados, ya que en este último caso, si las autoridades públicas no actúan de acuerdo al principio de buena fé y no logran demostrar que la medida ha sido oportuna y razonable viola la efectiva protección contra las personas disminuidas física, psíquica y/o sensorialmente, y el acto administrativo que ha dispuesto la insubsistencia del nombramiento no solo será considerado inconstitucional sino nulo absolutamente.

De ahí que la Corte establezca la inversión de la carga de la prueba y la traslade a la administración pública para que ésta demuestre que la “(...) condición de desventaja de la persona protegida por el Estado no ha sido desconocida como consecuencia de su decisión”.

Apoya sus argumentos, en la visión del nuevo papel de la administración intervencionista y protectora de los derechos de los sectores débiles y sobre todo, propugnadora del valor supremo de la igualdad, que impone al Estado la obligación de hacerlo efectivo, ya que es postulado orientador de las constituciones sociales como la Colombiana. Es un valor determinante para diferenciar los derechos sociales, económicos y culturales, de los llamados por la Corte “derechos prestacionales de rango constitucional”, es decir “aquellos cuyo contenido esencial es la prestación misma, mediante la cual se realiza el valor

"igualdad" y se propugna por la elevación de las condiciones materiales de existencia y desarrollo de la población".

Pese a la fuerte y progresista argumentación de la Corte, en este caso no fue concedida la tutela, ya que en el curso del proceso se demostró mediante conceptos médicos que el petente no ostentaba la condición de "minusválido relativo" que invocaba para cuestionar la constitucionalidad de la decisión de removerlo de su cargo, por el contrario la entidad demandada le habría brindado apoyo para su recuperación, incluso con posterioridad a su desvinculación, lo cual demostraba su buena fe al ejercer su facultad discrecional de removerlo del cargo.

De esta manera, la Corte Constitucional comienza desde sus inicios a sostener teorías enmarcadas dentro de los lineamientos constitucionales, que exhortan hacia la defensa y protección de las personas discapacitadas y de los disminuidos físicos, protección que la Corte limitó a que el trabajador ostente la efectiva calidad de disminuido, es decir, la protección se ve materializada si existe una relación de causa efecto entre la insubsistencia y la discapacidad.

Vale la pena resaltar que si bien la Corte habla de estabilidad laboral, el concepto de "Estabilidad Laboral Reforzada" del trabajador discapacitado, no se vislumbra aún. La estabilidad se toma como aquella consagrada en el artículo 53 de la Constitución; de la cual gozan todos los funcionarios estatales.

Por su parte, la sentencia T-441 de 12 de octubre de 1993 (M.P José Gregorio Hernández) se refirió a los derechos a la igualdad y al trabajo de un empleado, que fue declarado insubsistente, sin tener en cuenta su condición de minusválido, al presentar perturbación funcional del órgano de la locomoción de carácter permanente, como consecuencia de poliomielitis sufrida en la infancia. El trabajador fue vinculado a través de libre nombramiento y remoción a la Contraloría General de la República.

En esta oportunidad la Corte ordenó a la Contraloría reubicar al tutelante en un cargo de acuerdo a sus capacidades, sin que implicara desmejorar las condiciones laborales en las que se desempeñaba con antelación a la declaratoria de insubsistencia; esta decisión fue adoptada con base en los siguientes lineamientos:

El artículo 54 constitucional establece: "(...) El Estado debe propiciar la ubicación laboral de las personas en edad de trabajar garantizar a los minusválidos el derecho a un trabajo acorde con sus condiciones de salud". (Subraya la Corte).

De donde coligió:

"Este mandato se erige en verdadero deber de las autoridades, pues hace parte de su razón de ser constitucional.

Se trata de una doble obligación estatal respecto de tales personas: la de asegurarles que trabajarán y la de ofrecerles la posibilidad de hacerlo en labores que se ajusten a sus limitaciones.

Privar a un minusválido de su trabajo, sin que medie una causa justificada que vaya mucho más allá del simple uso de un poder discrecional, implica entonces flagrante violación de la Carta Política; claro desconocimiento de derechos constitucionales fundamentales: el de igualdad material y el del trabajo.”

Frente al principio de igualdad expresó esta Corporación:

“Factor determinante para el establecimiento y desarrollo del Estado Social de Derecho y del orden justo (...) es el de una concepción material de la igualdad ante la ley. En ella prevalece el reconocimiento real de situaciones diversas y, por tanto, de condiciones de original desigualdad, frente a las cuales es papel de las autoridades es el de procurar, por los medios que les brinda el sistema jurídico, un equilibrio en cuya virtud, si bien es cierto no es factible pretender que aquellas desaparezcan en todos los casos, cuando menos puede mitigarse el padecimiento de quienes parten de una condición inferior para que les sea posible sobrevivir de manera digna como corresponde al ser humano, sea cualquiera su circunstancia particular.

Así entendida la igualdad, no es un criterio vacío que mide mecánicamente a los individuos de la especie humana equiparándolos desde el punto de vista formal pero dejando vigentes y aun profundizando las causas de desigualdad e inequidad sustanciales, sino un criterio jurídico vivo y actuante que racionaliza la actividad del Estado para brindar a las personas posibilidades efectivas y concretas de ver realizada, en sus respectivos casos, dentro de sus propias circunstancias y en el marco de sus necesidades actuales, la justicia material que debe presidir toda gestión pública”.

La Corte como se observa en la presente sentencia, continúa salvaguardando al trabajador discapacitado, claro está, como se reiteró en la primera sentencia que abordó el tema, dicha protección es otorgada como consecuencia de discapacidad latente que aqueja al empleado.

Durante estos años la Corte elabora tesis innovadoras frente a esta población, que van trazando una línea que se orienta a la efectiva y real protección del discapacitado en el mundo laboral.

Dicha línea tiene como sustento el artículo 13 y 54 constitucionales, los cuales sirven de base y fundamento al creciente y permanente amparo constitucional brindado al discapacitado.

La sentencia T-117 de 16 de marzo de 1995 (M.P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo) estudió el caso de una trabajadora minusválida al servicio del Instituto de Desarrollo Urbano "IDU" a quien por decisión del Director de la entidad, le había sido declarada la insubsistencia de su nombramiento. La accionante consideró vulnerado su derecho fundamental al trabajo y solicitó la protección constitucional como mecanismo transitorio con el fin de evitar un perjuicio irremediable, pidiendo se ordenara su reintegro y el pago de prestaciones sociales e indemnizaciones.

El Tribunal Constitucional en principio, consideró que la tutela era improcedente, pues lo que pretendía la actora era el reintegro y pago de varios emolumentos que podían ser solicitados ante la jurisdicción contencioso administrativa, pretensiones que no pueden ser resueltas mediante el mecanismo expedito de la acción de tutela desconociendo la competencia de los jueces ordinarios para resolver asuntos de carácter laboral. Sin embargo, también anotó que la jurisprudencia de la Corte había sido reiterativa en proteger los derechos de personas que se encontraran en circunstancias excepcionalísimas mediante la tutela como mecanismo transitorio cuando los procedimientos ordinarios no los salvaguardaran eficazmente. Al respecto señaló:

“En tales eventos -ha entendido esta Corporación- la tutela se concede, probado el abierto desacato a los mencionados preceptos superiores, no en sustitución de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, que tiene por objeto la verificación de la legalidad del acto mediante el cual se ha declarado la insubsistencia del nombramiento, sino con miras a la protección del derecho fundamental a la igualdad real y efectiva del minusválido (Artículo 13 C.P.) y su consiguiente derecho al trabajo dentro de las condiciones especiales establecidas por el artículo 54 ibídem. Ambos aspectos se derivan, no del orden legal a que estaba sujeta la vinculación laboral (que sería lo discutible ante la jurisdicción Contencioso Administrativa) sino directamente de normas constitucionales que son obligatorias.

(...)

Se trata, en síntesis, no de establecer que todo minusválido sea inamovible sino de asegurar, con arreglo a claros mandatos constitucionales y en circunstancias específicas en que resulte incontrovertible el trato discriminatorio e injusto, de no dejar desprotegida a la persona inválida frente a las demás”.

Por lo tanto concedió el amparo impetrado hasta tanto la jurisdicción competente resolviera la validez del acto administrativo cuestionado.

En este fallo la Corte Constitucional restringió la protección al discapacitado, a través de acción de tutela, a la real y concreta situación de discriminación laboral, restricción que se mantiene en relación a aspectos netamente prestacionales, frente a los cuales es clara la posición de la Corte al manifestar que en este punto el trabajador discapacitado puede reclamar por otros medios legales, igualmente efectivos.

Es más, la Corte aclaró que la protección brindada al discapacitado, no implicaba la inamovilidad del empleado; pues la permanencia en el cargo, solo se justifica cuando la administración ejerza actos discriminatorios en contra de éste por su condición. Supedita la validez de la declaratoria de insubsistencia a su aspecto “razonable y oportuno”, dentro de las funciones y prioridades del servicio.

Adicionalmente expresa que carece de competencia a fin de ordenar el reintegro, pues de ser así usurparía competencias estrictamente endilgadas a otra jurisdicción.

Nuevamente el asunto de la declaratoria de insubsistencia de un trabajador discapacitado llama la atención de la Corte, en la sentencia T-224 de 29 de mayo de 1996, (M.P Dr. Vladimiro Naranjo Mesa), en la cual se examinó el caso de un empleado del despacho del Ministro de Comunicaciones quien se desempeñaba como auxiliar administrativo. Dicho trabajador alegaba, que a causa de su ceguera se lo había removido de su cargo desconociendo sus derechos fundamentales al trabajo, al mínimo vital y los derechos de las personas con deficiencias físicas.

La Corte reiteró la postura asumida en la sentencia T-427 de 1992 estableciendo que pese a que la tutela no procede para anular actos administrativos pues no es de su competencia; puede analizar si el acto de remoción, que tiene la facultad de afectar el derecho fundamental al trabajo y el principio de estabilidad laboral, fue dictado por el ente estatal en ejercicio de la facultad discrecional de que goza atendiendo a criterios de razonabilidad y proporcionalidad de la medida, o por el contrario, se procedió vulnerando los derechos de las personas disminuidas a quienes la Carta les otorga prerrogativas en aras de materializar el principio de igualdad, evento en el cual procede la protección constitucional.

La jurisprudencia adopta un nuevo criterio al establecer que a pesar de que una persona adolezca de una deficiencia física, sí se determina que puede desempeñar labores normalmente, es decir, que resulta apto, queda en igualdad de condiciones frente a los demás funcionarios y por tal razón en ejercicio de las atribuciones otorgadas por la Constitución al Ministro del ramo, éste puede discrecionalmente removerlo del cargo:

“Cuando, a pesar de esa carencia física, está demostrado que la persona se encuentra capacitada para desempeñar un cargo en una entidad, en igualdad de condiciones con los demás, es innegable que no puede escapar al acatamiento de las normas que rigen esa relación laboral, pues, de lo contrario, se estaría lesionando el derecho a la igualdad respecto de las demás personas, que se encuentran vinculadas laboralmente a la misma entidad y a las cuales sí se les aplican las normas referentes a la vinculación y retiro del servicio”.

En el expediente de tutela se encontraba una certificación de salud ocupacional en donde constaba que el tutelante estaba en capacidad para desempeñar otros cargos, desvirtuando su condición de debilidad manifiesta y la existencia de un perjuicio irremediable. Por tal razón la Corte no accedió a las súplicas del actor.

El criterio de la Corte expuesto en ésta sentencia hace que se constituya en una providencia hito, pues incluye un nuevo juicio de valor en su argumentación, al exponer que el simple hecho de que una persona se encuentre limitada físicamente pero que dicha limitación no lo imposibilite para ejercer funciones laborales en condiciones iguales a aquellas que no padecen discapacidad o limitación alguna; no implica protección constitucional especial, puesto que el trabajador no se encontraría en situación de debilidad manifiesta.

A raíz de esta concepción, se abrió paso al análisis de que el disminuido físico, no siempre está en circunstancias de debilidad manifiesta, por el simple hecho de serlo.

Este enfoque asumido por la Corte, denota un avance en la cosmovisión del mundo jurídico hacia las personas discapacitadas, pues dejó entrever que el entorno social no debe constituirse en un medio proclive a la marginación y aceptación de la “inutilidad” de éstos individuos. Por el contrario, debe convertirse en un medio apto y alentador hacia la integración laboral de este sector.

De otro lado la sentencia T-767 de 4 de septiembre de 2003 (M.P Alfredo Beltrán Sierra) trató el caso de un funcionario declarado insubsistente al ser su cargo de asesor de la planta global de la Contraloría de Bogotá, de libre nombramiento y remoción. Dicho funcionario fue diagnosticado con cáncer de piel, prescribiéndole tratamiento médico, para lo cual se ausentó en reiteradas ocasiones de su trabajo. Manifestó el tutelante que sin considerar las condiciones de salud que presentaba fue despedido. Frente a esta situación interpuso derecho de petición solicitando el reintegro a su cargo; el cual fue negado. Tuteló argumentando la violación del derecho a la vida, la igualdad y el trabajo.

La Contraloría afirmó que el contralor no tenía conocimiento de la enfermedad del actor, sino hasta la presentación del derecho de petición por parte del mismo. Se adicionó que la facultad discrecional que ejerció el Contralor no tuvo otro propósito que el mejoramiento del servicio, pues el petente registró antecedentes, que no dejaban clara la idoneidad en el cargo desempeñado, ya que en su hoja de vida existían varios llamados de atención solicitando el cumplimiento de su deber.

Este Tribunal decidió no conceder la tutela por cuanto el contralor no tenía conocimiento de la enfermedad; ya que el cáncer no es un hecho notorio.

Esta decisión fue adoptada con sustento en las siguientes razones:

“En los casos en los cuales se presenta la enfermedad de una persona vinculada laboralmente, y posteriormente su despido, la jurisprudencia de la Corte Constitucional, exige que para considerar este acto como discriminatorio, se debe probar la relación causal entre la terminación del contrato y el padecimiento del accionante.

Es decir, en este caso, no puede considerarse que la desvinculación del demandante, sea únicamente su enfermedad, y esto hace que la protección que se reclama por vía de tutela, sea despachada desfavorablemente, puesto que con fundamento en la

consolidada jurisprudencia constitucional, es necesario probar el nexo causal existente entre el despido y la enfermedad que aqueja al trabajador.

Igualmente, la existencia de otros mecanismos de defensa judicial como lo es la jurisdicción contenciosa administrativa, hacen improcedente la protección que se reclama.”

En esta sentencia, se reitera la relación causa efecto entre discapacidad e insubsistencia, como presupuesto valido a fin de obtener la reiterada protección.

Siguiendo la misma temática en la sentencia T- 530 de 20 de mayo de 2005, (M.P Dr. Manuel José Cepeda Espinosa), la Corte estudió si se desconocían los derechos al trabajo, a la seguridad social, a la salud y a la vida digna de una funcionaria, al haberla retirado de su trabajo declarándola insubsistente, a pesar de conocer su grave estado de salud, que prácticamente la incapacitaba para laborar, esto aunado al hecho de que la actora era madre cabeza de familia y no contaba con ningún ingreso adicional que le permitiera subsistir a ella y a su núcleo familiar; razones por las cuales solicitó el reintegro a su cargo.

La Corte estableció que despedir unilateralmente a una persona en razón a su condición de limitado físico, constituye una afrenta a los derechos fundamentales, deviniendo éste acto en discriminación, porque “a las personas en estado de debilidad física manifiesta no se les puede tratar de igual manera que aquellas sanas”, para llegar a éste planteamiento reiteró la línea jurisprudencial esbozada en la sentencia T-519 de 2003 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra) en los siguientes términos:

“(i) [E]n principio no existe un derecho fundamental a la estabilidad laboral; sin embargo, (ii) frente a ciertas personas se presenta una estabilidad laboral reforzada en virtud de su especial condición física o laboral. No obstante, (iii) si se ha presentado una desvinculación laboral de una persona que reúna las calidades de especial protección la tutela no prosperará por la simple presencia de esta característica, sino que (iv) será necesario probar la conexidad entre la condición de debilidad manifiesta y la desvinculación laboral, constitutiva de un acto discriminatorio y un abuso del derecho. Por último, (v) la tutela sí puede ser mecanismo para el reintegro laboral de las personas que por su estado de salud ameriten la protección laboral reforzada, no olvidando que de presentarse una justa causa podrán desvincularse, con el respeto del debido proceso correspondiente.”

En virtud de las anotaciones mencionadas consideró que el margen de discrecionalidad del alcalde que desvinculó a la empleada de libre nombramiento y remoción discapacitada, no era absoluto, pues estaba limitado por la garantía de estabilidad laboral reforzada que la Carta reconoce a personas que se encontraran en circunstancias de discapacidad.

No se concedió el reintegro, al considerar que era inconveniente debido al estado de salud de la accionante; se ordenó tramitar de manera “inmediata y preferente” la pensión de invalidez.

Luego de la revisión de las sentencias, es claro que la Corte Constitucional en los diversos fallos en los cuales se ha referido a la validez de la declaratoria de insubsistencia de un trabajador discapacitado ha seguido una línea uniforme, vasta y ampliamente defensora de aquellos discapacitados que han sido declarados insubsistentes por su condición física.

A través el tiempo, la Corte ha aclarado su posición fijando presupuestos claros y precisos para acceder al amparo incoado a favor de estas personas.

Ha sido reiterativa en establecer la relación causa efecto entre la insubsistencia y la discapacidad; igualmente ha dejado en claro la improcedencia del amparo cuando la persona a pesar de sufrir de una incapacidad, sea apta para desempeñar funciones en igualdad de condiciones que un funcionario no discapacitado. Y ha puesto de manifiesto la incompetencia para ordenar el reintegro de un funcionario declarado insubsistente, puesto que para tal cometido ha sido constituida la jurisdicción contenciosa administrativa.

Este Tribunal ha manejado un enfoque que resalta el verdadero compromiso por materializar los postulados constitucionales, a partir de elementos constitucionales como el contenido en los artículos 13, 53 y 54, que se han convertido en eje transversal que permea toda la línea jurisprudencial de protección al discapacitado.

Por tanto, se destaca la tarea realizada por la Corte Constitucional al sobreponer los derechos fundamentales de los discapacitados a la actividad estatal.

Cuadro 10.

Insubsistencia limitada por los derechos fundamentales del trabajador discapacitado

¿Se reconoce el principio de estabilidad laboral reforzada del trabajador discapacitado?

SI		NO
<p>Cuando se declara que la insubsistencia es contraria a los preceptos constitucionales, sin tener en cuenta la condición de discapacidad del trabajador, lo cual configura una situación de trato injusto o discriminatorio.</p>	<p>§T - 427 - 1992 M . P . Cifuentes.</p> <p>“T - 441 - 1993 M.P. Hernández.</p> <p>ªT - 117 - 1995 M.P. Hernández.</p> <p>ªT- 224 - 1996 M.P Naranjo.</p>	<p>Cuando media una justa causa de desvinculación o cuando el retiro del discapacitado se hace de manera razonable y oportuna, en virtud del mejoramiento del servicio, o cuando desempeñe labores normalmente, es decir, en igualdad de condiciones que un trabajador que no presenta discapacidad, o cuando la insubsistencia no es consecuencia directa la discapacidad.</p>
	<p>“T- 767 - 2003 M.P. Beltrán.</p> <p>m.p . Cepeda.</p>	

Nota: El signo § indica una sentencia madre dentro de la línea.
El signo ^a indica una sentencia hito dentro de la línea.

2.3.6 Retén Social: Reconocimiento del principio de estabilidad laboral reforzada para los Discapacitados en el sector público. El Plan de Protección Social denominado "Retén Social" fue un beneficio ideado por el Gobierno Nacional para ejecutar el Programa de Renovación de la Administración Pública, que beneficiaba a los servidores públicos considerados vulnerables tales como madres cabeza de familia sin alternativa económica, discapacitados que hubieran perdido su capacidad laboral en un porcentaje inferior al 50% o personas próximas a pensionarse.

La ley 790 de 2002 introdujo para éste tipo de servidores públicos una protección laboral reforzada que impedía que fueran retirados del servicio mientras durara el proceso de renovación de la administración pública. Sin embargo, el decreto 190 de 2003 expedido con posterioridad introdujo un límite temporal a tal protección limitándola hasta el 31 de enero de 2004.

La Corte analizó reiteradamente acciones de tutela y demandas de inconstitucionalidad que presentaron extrabajadores de la Empresa de Telecomunicaciones Telecom en contra de las referidas leyes y además del artículo 8, numeral 11, literal d de la ley 812 de 2003 "Por la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, hacia un Estado comunitario", que ratificó lo dispuesto por el decreto 190 de 2003 en relación con el límite temporal.

La sentencia que inaugura la problemática a la que se enfrenta la Corte, fue la T - 792 de agosto 23 de 2004 (M.P.Dr. Jaime Araujo Rentería) en la cual se conoció la situación de una trabajadora de Telecom, madre cabeza de familia que debido a dos accidentes de trabajo había quedado en silla de ruedas, situación que le generó además problemas de depresión. En estas circunstancias la trabajadora se benefició de la protección introducida por la ley 790 de 2002 pero como el decreto 190 de 2003 expedido con posterioridad introdujo un límite temporal a tal protección fue despedida una vez éste se cumplió.

Frente a estos hechos la Corte analizó en primer lugar, si el decreto 190 de 2003 que es de inferior categoría que las leyes, podía introducir un límite temporal que la ley 790 de 2003 no había fijado. En segundo lugar, a pesar de que ni la tutelante ni la entidad accionada habían hecho alusión al artículo 8, numeral 11, literal d de la ley 812 de 2003, la Corte no se pronunció sobre la constitucionalidad del mismo pero afirmó que "(...) la medida tomada por el legislador de beneficiar únicamente a las personas que se encuentren próximas a pensionarse, y desproteger a las madres cabeza de familia y discapacitados no encuentra una proporción de razonabilidad", esto en aplicación del test de razonabilidad, como se verá más adelante.

En cuanto al primer punto, sostuvo que como la ley 790 de 2002 que reglamentó la reestructuración de la administración y que consagró una estabilidad reforzada entre otros a las madres cabeza de familia y a los discapacitados, sin fijar fecha límite expresa y al ser esa norma de mayor jerarquía que el decreto 190 de 2003 que sí estipuló un límite temporal, este último no podía ser aplicado por ser de menor jerarquía. Frente a ello, la Corte dijo: "(...) Analizadas las anteriores consideraciones se concluye entonces que las normas

reglamentarias, es decir los Decretos, no pueden desbordar el marco conceptual normativo que les imponen preceptos de superior jerarquía, como las leyes.”.

Agregó:

“Ahora bien, el espíritu del artículo 12 de la multicitada Ley 790, que creó el denominado “retén social”, se dirigió a que tal protección perdurara hasta el momento en que desaparecieran las circunstancias que motivaban la permanencia en el beneficio ya mencionado, sin limitación alguna en tiempo, como sí lo hace el Decreto 190 de 2003, artículo 16. La protección constitucional de las mujeres madres cabeza de familia y de las personas discapacitadas, no puede quedar sujeta a que una norma de jerarquía inferior la vulnere limitándola en el tiempo”.

Concluyó entonces que la limitación en el tiempo del Decreto 190 al beneficio otorgado en la Ley 790, artículo 12, no se ajustaba a la Constitución, por cuanto una norma de menor jerarquía no puede introducir un límite a la norma superior que le da validez.

Finalmente, en aplicación del test de razonabilidad y tomando como punto de referencia el principio de igualdad, esta Corporación hizo alusión al artículo 8, numeral 11, literal d de la ley 812 de 2003 y frente al caso en estudio manifestó:

“La medida tomada por el legislador en el artículo 8, literal d de la Ley 812 de 2003, excluye a un grupo de personas, madres cabeza de familia y discapacitados que se encuentran en condiciones de debilidad y vulnerabilidad manifiesta, en el caso de la demandante concurren las dos calidades, madre cabeza de familia y además persona discapacitada.

La norma de la Ley 812 de 2003, hace una clara diferenciación entre grupos claramente débiles. De un lado personas próximas a recibir la pensión de vejez o jubilación, y del otro, mujeres cabeza de familia y discapacitados.

La terminación de los beneficios consagrados en la Ley 790 de 2002 únicamente para las madres cabeza de familia y discapacitados, crea un privilegio radicado solamente para las personas que se encuentren próximas a pensionarse.

Así las cosas, tenemos que el fin buscado por la norma, proteger a personas próximas a pensionarse, es constitucional y legítimo. En segundo lugar, el medio empleado, es decir, excluyendo a las madres cabeza de familia y a los discapacitados de los beneficios consagrados en el artículo 12 de la Ley 790 de 2002, no es acorde a la Constitución y finalmente el fin perseguido no es proporcional con el medio empleado, al generar sin razón constitucional una discriminación negativa en cabeza de grupos claramente débiles como son las madres cabeza de familia y los discapacitados.”

En este orden de ideas, la Corte determinó que al excluir a los discapacitados y a las madres cabeza de familia con la expedición de la ley 812 de 2003 se incurrió en una omisión

legislativa que quebrantó el principio de igualdad ya que sin fundamento constitucional alguno, se exceptuó a dicha población de los beneficios otorgados a otra también vulnerable como es el caso de los servidores públicos próximos a pensionarse.

Con fundamento en estos planteamientos esta Corporación decidió que la protección del retén social debía amparar a la tutelante hasta que se ejecutara el último acto que pusiera fin a la vida jurídica de Telecom y por ello ordenó su reintegro.

De igual manera, en la sentencia T- 967 de 8 de octubre de 2004 (M.P. Dr. Humberto Antonio Sierra Porto) la Corte conoció el caso de un trabajador discapacitado y de trabajadoras madres cabeza de familia, quienes interpusieron acción de tutela contra Telecom por cuanto a pesar de haber sido beneficiados por el retén social, fueron desvinculados de dicha entidad, mientras que otros fueron informados de su próxima desvinculación con fundamento en el decreto 190 de 2003 que en su artículo 16 consagró que la protección del retén social para madres cabeza de familia y discapacitados solo se mantendría hasta el 31 de enero de 2004. Por esta razón los actores solicitaron al juez de tutela que en ejercicio de la excepción de inconstitucionalidad inaplicara ese artículo y protegiera sus derechos constitucionales.

Como es del caso hacer alusión a la protección de los discapacitados, cabe resaltar lo que al respecto dijo la Corte en este fallo:

“Las circunstancias de vulnerabilidad e indefensión en las cuales desarrollan su vida las personas afectadas con algún tipo de discapacidad, son reconocidas por la Constitución Política en sus arts. 13 y 47, estableciendo como deber del Estado el de proteger especialmente a aquellas personas que por su condición física o mental se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta. El mandato contenido en esta disposición tiene como propósito, además de garantizar un tratamiento privilegiado a las personas discapacitadas, equiparar las condiciones de vida de los titulares de esta especial protección, con las de las demás personas, para que el principio de igualdad material se realice eficazmente.

El “deber positivo de trato especial” consagrado a favor de las personas discapacitadas comprende una pluralidad de acciones de diferenciación, tendientes a evitar que las estructuras físicas, jurídicas y culturales, refuercen o mantengan la discriminación a la cual estas personas han estado sometidas. La diferenciación positiva justificada, reconocida en el artículo 13 constitucional a favor de las personas discapacitadas, fue desarrollada por el legislador mediante el artículo 12 de la Ley 790 de 2002, estableciendo el denominado “retén social” para otorgarles el beneficio de una estabilidad laboral reforzada, la cual posteriormente fue objeto de regulación a través del Decreto 190 de 2003 y de la Ley 812 de 2003.”

Frente a la petición de aplicar la excepción de inconstitucionalidad manifestó que:

“Cuando se este frente a la vulneración flagrante de un derecho fundamental por una norma jurídica y se hace necesario otorgar una protección de manera inmediata, el juez de tutela se encuentra excepcionalmente facultado para ordenar su inaplicación, sin que ello signifique que se desconozca la competencia atribuida a los órganos judiciales para decidir definitivamente y con efectos erga omnes sobre su constitucionalidad o ilegalidad.”

Bajo estos supuestos y dando prelación a los mandatos constitucionales la Corte ordenó a Telecom el reintegro de los trabajadores que habían sido desvinculados por cuanto al encontrarse cobijados por la protección especial introducida por la ley 790 de 2002 no podían haber sido despedidos.

En sentencia C-991 de 12 de octubre de 2004, (M.P. Dr Marco Gerardo Monroy Cabra) el tribunal constitucional analizó la exequibilidad de la ley 790 de 2002, artículo 13, parcial, y la ley 812 de 2003, artículo 8, literal d, que consagraban un límite temporal a los beneficios previstos en el Plan de Protección Social, (Retén Social) que se adelantó paralelamente a la reestructuración de la administración.

Frente a la primera norma demandada la Corte se declaró inhibida por carencia actual de objeto; en cuanto a la segunda, solo se pronunció con respecto al último inciso del artículo 8, literal d que señala que la protección especial establecida a favor de los discapacitados y las madres y padres cabeza de familia sólo se aplicaría hasta el 31 de enero de 2004 y la declaró inexecutable, pues el limite temporal establecido en el precitado decreto vulneraba el derecho a la igualdad y desconocía el mandato de un trato diferencial positivo a favor de aquellas personas que se encontraran en circunstancias de debilidad manifiesta como es el caso de los discapacitados. Para tomar esta decisión, la Corte aplicó el test de razonabilidad y afirmó:

“Con respecto al test estricto de razonabilidad, los elementos de análisis de la constitucionalidad son los más exigentes. El fin de la medida debe ser legítimo e importante, pero además imperioso. El medio escogido debe ser no sólo adecuado y efectivamente conducente, sino además necesario, o sea, que no pueda ser remplazado por un medio alternativo menos lesivo. Adicionalmente, el test estricto es el único que incluye la aplicación de un juicio de proporcionalidad en sentido estricto. El juicio de proporcionalidad en sentido estricto es el cuarto paso del test estricto de razonabilidad. Este exige que los beneficios de adoptar la medida excedan claramente las restricciones impuestas sobre otros principios y valores constitucionales por la medida.”

En cuanto al primero de los elementos, se dijo que la búsqueda de la eficiencia y la eficacia en el gasto estatal es un fin legítimo a la luz de la Constitución, de igual manera resulta de suma importancia el manejo eficiente de los recursos del Estado por cuanto al reducirse los gastos de funcionamiento se destinan mayores recursos para inversión social. Señaló que el fin debe ser imperioso, se dijo que “teniendo en cuenta que lo imperioso es aquello de carácter prioritario para la sociedad o el Estado” es obvio que la disminución del déficit fiscal depende entre otros aspectos de la reducción del rubro destinado a los gastos de

funcionamiento que se garantiza con el límite temporal a la protección especial introducida por el retén social.

En cuanto al segundo elemento, se dijo

“Es preciso fijar si la medida, es adecuada y necesaria. Es decir, si a través del medio utilizado se puede conseguir el fin perseguido y si tal medio no puede ser reemplazado por otro que con igual efectividad en la consecución del fin logre afectar en una menor medida los derechos de las personas cubiertas con la disposición legislativa. Como ya se mencionó, el medio utilizado fue el establecimiento de un límite al Plan de Protección Social que cubría a los discapacitados y padres y madres cabeza de familia sin posibilidades económicas. Así, ya no se protegería la estabilidad laboral de éstos de forma indefinida, como lo señalaba el artículo 12 de la Ley 790, sino hasta el 31 de enero de 2004, fecha en la cual tales personas podían ser desvinculadas. Esto reduciría los gastos en el pago de salarios y prestaciones sociales de los funcionarios afectados por la reestructuración que se habrían dado de no existir tal límite. La medida es adecuada en cuanto, disminuir el gasto de funcionamiento en el pago de los empleados repercute de manera directa en un menor gasto en términos generales y un redireccionamiento de lo ahorrado para gastos de inversión, lo que cierra el círculo de la actuación eficiente.

Con respecto a la necesidad de la medida, la Sala observa que si bien podría buscarse un medio que afectara menos los derechos de los desvinculados en estado de debilidad manifiesta, por ejemplo, a través de la remoción de la fecha límite, no se conseguiría igual realización de la eficiencia, puesto que los gastos que implicaría una estabilidad ilimitada serían mucho mayores a los de la estabilidad con término fijo alcanzable a corto plazo. Ahora bien se podría pensar que la medida de la determinación de un plazo límite para la protección laboral no sería necesaria, puesto que con una medida consistente en un retiro y el consecuente pago de indemnización se ven garantizados tanto los derechos de los trabajadores con debilidad manifiesta como la eficiencia en el manejo de los recursos públicos. No obstante, si bien los sujetos de especial protección obtendrían un beneficio con la indemnización, éste sería mucho menor al otorgado por la estabilidad. En efecto la permanencia en una labor no sólo tiene beneficios pecuniarios, sino psico-sociales”

Frente al último de los elementos, es decir, si la medida es proporcionada o como lo dijo la Corte “Si el beneficio logrado con la medida es tanto mayor cuanto mayor sea la afectación de los intereses de los sujetos afectados con ésta”, se afirmó que con la medida, la afectación del derecho a la igualdad de los disminuidos físicos, mentales y psíquicos es grave, por cuanto,

“Es un hecho notorio que hoy en día los discapacitados no son objeto de preferencia a la hora de contratación laboral. Ciertamente, en procura de un efficientismo se busca contratar a personas con capacidades físicas plenas que pueda producir en mayor cantidad y calidad en el menor tiempo posible, característica que no reúnen, en términos

generales, los limitados físicos, mentales, visuales o auditivos; además, se busca que la disposición de tiempo mental y físico sea plena, e incluso mayor a la del tiempo reglado de trabajo, cuando las necesidades de la empresa así lo impliquen, (...). Así las cosas, es casi nula la posibilidad de que las personas con estas características que fueron desvinculadas en el proceso de Reestructuración de la Administración consigan trabajo. Esto, en primera medida, afecta sus ingresos monetarios. La disminución de ingresos es aún más grave para este tipo de personas por los altos costos médicos que, en la mayoría de ocasiones, implica el manejo de la limitación”.

Igualmente se vería afectado el mínimo vital de estas personas ya que si bien se les reconoce una indemnización esta no puede equipararse al salario que percibirían de continuar trabajando. Con ello también se vulneraría el derecho a la seguridad social pues al no tener ingresos dejarían de cotizar a salud y a pensiones.

A estas consecuencias deben añadirse los perjuicios al libre desarrollo de la personalidad de los trabajadores discapacitados quienes encuentran un desarrollo social y personal en el campo laboral, que se vería afectado si son despedidos, añadió:

“A la grave afectación de los sujetos objeto de discriminación se contrapone un beneficio medio en la eficiencia en el gasto público. En efecto, la reestructuración de la administración implicó el despido de un número de personas que, en términos generales, es considerablemente mayor al porcentaje de individuos que se vio beneficiado con el denominado “retén social”. En esta medida, el fin buscado, a saber la eficiencia en el manejo de los fondos públicos, comparativamente hablando sólo obtendría un beneficio medio de mantenerse vigente el límite. Este beneficio medio, y no grave, se confirmaría si se tiene en cuenta que, en mayor o menor medida, la desvinculación de los funcionarios también representaba productividad para la entidad a la cual estaban vinculados lo cual implica que para determinar el efectivo aumento en la eficiencia de la Administración se debe realizar una sumatoria entre la productividad que pierde con la desvinculación y la erogación que deja de realizarse en virtud de la desvinculación del funcionario. Al realizar ésta se disminuiría el beneficio conseguido para la eficiencia.”

Por ello, al aplicar la regla de ponderación “según la cual para que una limitación sea exequible el grado del beneficio del fin buscado por el legislador debe ser tanto mayor cuanto mayor sea la afectación del principio constitucional en colisión, se tiene que el límite del 31 de enero de 2004 establecido en el último inciso del artículo 8, literal d, de la Ley 812 de 2003 es inexecutable.” Y así lo declaró esta corporación.

En la sentencia T- 602 de 9 de junio de 2005 (M.P. Dra. Clara Inés Vargas Hernández) la Corte analizó la situación de un extrabajador de Telecom –en liquidación- que padecía de “hipoacusia neurosensorial bilateral severa”, la empresa, en atención al artículo 12 de la Ley 790 de 2002 lo incluyó en el Plan de Protección Especial denominado Retén Social, sin embargo, dio por terminado su contrato de trabajo a partir del 1 de febrero de 2004. Con

ésta actitud el peticionario consideró vulnerados sus derechos al trabajo, a la salud y a la seguridad social y a la protección especial a las personas discapacitadas.

Por ello solicitó la inaplicación de los artículos 14 y 16 del Decreto 190 de 2003, los cuales establecieron un límite temporal para la protección de los sujetos beneficiarios del mencionado plan hasta 31 de enero de 2004, reclamó el reintegro al cargo que venía desempeñando, o subsidiariamente solicitó se ordenara a la empresa realizar los aportes en salud con posterioridad a la fecha de su despido con el fin de recibir tratamiento médico para su enfermedad.

Siguiendo la metodología adoptada por la misma sala en la sentencia de unificación SU-388 de 2005, debía desentrañar, en primer lugar, el fundamento de la protección constitucional a las personas discapacitadas e implementación de acciones afirmativas a su favor; en segundo lugar, la facultad de la administración pública dentro de los procesos de reestructuración de plantas de personal que impliquen la supresión de cargos; y finalmente, la forma de llevarse a cabo los procesos de reestructuración del Estado frente a la protección especial de las personas discapacitadas.

Para responder a la anterior problemática estableció que las especiales circunstancias de la accionante imponían la obligación ineludible a la administración pública en los procesos de reestructuración de “adoptar medidas de diferenciación positiva a favor del servidor público con limitación y que resulte afectado con la supresión del cargo del que es titular”, lo que impedía la exoneración de responsabilidad aduciendo el pago de una indemnización como compensación puesto que con ello, “no se garantiza la protección de los derechos fundamentales del actor, en la medida en que éste es un sujeto constitucionalmente protegido de manera especial al cual no se le debe dar el mismo trato que a los demás trabajadores en un proceso de reestructuración”.

La Corte decidió conceder el amparo a los derechos fundamentales invocados y ordenar el reintegro del trabajador sin solución de continuidad hasta la terminación definitiva de la existencia jurídica de la empresa.

En sentencia T-726 de 8 de julio de 2005 (M.P. Dr. Manuel José Cepeda Espinosa) la Corte tuvo la oportunidad de reiterar su jurisprudencia al analizar el caso de un extrabajador de Telecom. Quien era disminuido en su capacidad laboral y por tal razón fue incluido como beneficiario del denominado Retén Social, sin embargo en el mes de Febrero de 2004 fue despedido previa indemnización por parte de su empleador.

De tales circunstancias, la Corte desprende la problemática en la que se inserta, preguntándose, en primer lugar, si “la aplicación del límite temporal (artículo 16 del Decreto 190 de 2003 y Ley 812 de 2003) a la protección de la estabilidad laboral de las personas incluidas en el denominado reten social de Telecom por discapacidad acreditada hasta el 31 de enero de 2004 vulnera sus derechos fundamentales”. Y en segundo lugar si “existía un universo de personas claramente delimitable que reúna las mismas condiciones que el accionante de tal forma que sea procedente un pronunciamiento de la Corte Constitucional extendiendo los efectos del amparo a esas personas”.

Para dar respuesta al primer punto la Corte analizó la jurisprudencia vigente en el caso de la estabilidad reforzada de los trabajadores discapacitados, manifestando que dicha estabilidad no puede ser vulnerada en los procesos de reestructuración, pues ello conllevaría posiblemente a la vulneración de otros derechos fundamentales como el mínimo vital y la vida digna, entre otros; es por ello que en dichos asuntos la administración debe ceñirse a la Constitución y la ley, absteniéndose de vulnerar derechos fundamentales de sus servidores.

Finalmente concluyó:

“La especial protección desarrollada en el artículo 12 de la Ley 790 de 2003 se entiende vigente durante todo el programa de renovación institucional, esto es, hasta la terminación definitiva de la existencia jurídica de Telecom -en liquidación-”.

Al proceso se allegó solicitud de 6 personas para que los efectos de la sentencia se hicieran extensivos a ellas, tal como ocurrió en la Sentencia SU- 388 de 2005 en donde se estudió la misma problemática en el caso de madres cabeza de familia, es por ello que la Corte accedió a las pretensiones de los coadyuvantes (extrabajadores de Telecom- en liquidación) determinando que los efectos de la sentencia serían inter comunis, siempre y cuando se encontraran en situación igual a la del accionante y hubieran interpuesto acción de tutela con anterioridad sin decisión favorable de la Corte.

Con fundamento en las anteriores condiciones, la Corte accedió a la protección de los derechos fundamentales del actor y ordenó su reintegro, así como los reintegros de las demás personas interesadas en obtenerlo si acreditaban los requisitos establecidos en la parte motiva del proveído.

En sentencia T- 1167 de noviembre 17 de 2005 (M.P. Dr. Humberto Antonio Sierra Porto) la Corte, estudió el asunto de un extrabajador discapacitado beneficiario del programa de Retén Social que padecía de poliomelitis congénita quien interpuso acción de tutela en contra de Telecom - en liquidación-, por la supuesta vulneración de los derechos fundamentales de las personas discapacitadas al igual que los derechos fundamentales de sus hijos menores de edad, con ocasión de la decisión adoptada por la entidad demandada de terminar la relación laboral que los vinculaba. Solicitó el reintegro al cargo que venía desempeñando, el pago de los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir y la permanencia en el retén social mientras terminaba el proceso de liquidación de Telecom.

A la Corte le correspondió establecer, si la Empresa demandada vulneró los derechos fundamentales del demandante, al suprimir el cargo que venía desempeñando a pesar de haber sido incluido, por la mencionada entidad, en el denominado retén social, debido a la discapacidad física que le aquejaba.

Ante tal disyuntiva, la Corte reiteró su posición respecto a que estas personas por sus especiales condiciones y en atención al mandato constitucional requieren por parte del

Estado un trato encaminado a garantizar el pleno disfrute de sus derechos mediante acciones positivas en su favor.

Una de tales medidas, sin duda alguna, la constituye “la garantía en la estabilidad del empleo del discapacitado que se dirige a salvaguardar el derecho a la dignidad humana de este grupo de personas (...), puesto que una acción contraria a ello contraviene el derecho a la igualdad por omisión del deber legal de especial protección”. Atendiendo a estos razonamientos la Corte concedió el amparo solicitado y accedió a todas las pretensiones del actor.

Cuadro 11.

Retén Social: Reconocimiento del principio de estabilidad laboral reforzada para los
Discapacitados en el sector público

¿Se reconoce el principio de estabilidad laboral reforzada del trabajador discapacitado?

SI		NO
<p>Toda vez que los procesos de reestructuración deben abstenerse de vulnerar derechos fundamentales de servidores públicos en situación de debilidad manifiesta, como los discapacitados; caso en el cual la protección se otorgará durante todo el tiempo que conlleve el proceso de renovación institucional sin que sea dable aplicar límite temporal alguno.</p>	<p>§T – 792 – 2004 ^aM.P. Arango.</p> <p>“T – 967 – 2004 M.P. Sierra.</p> <p>“C – 991 – 2004 M.P. Monroy.</p> <p>“T – 602 – 2005 M.P. Vargas.</p> <p>“T – 726 – 2005 M.P. Cepeda.</p>	<p>Pues los procesos de reestructuración administrativa se realizan teniendo en cuenta el principio de eficacia de la administración pública.</p>
	<p>“T – 1167 – 2005 M.P. Sierra.</p>	

Nota: El signo § indica una sentencia madre dentro de la línea.
El signo ^a indica una sentencia hito dentro de la línea.

2.3.7 Reintegro de trabajadores discapacitados por vía de Acción de Tutela. El reintegro no es propiamente un momento de la relación laboral, pero si puede llegar a constituirse en la consecuencia de la terminación abusiva o ineficaz del nexo laboral, cuya consagración se ha dicho insistentemente en materia laboral debe ser expresa y claros los caminos procesales para reclamarla.

Sin embargo, gracias a la protección constitucional especial otorgada por la Carta Política de 1991 a las personas que se encuentran en situación de debilidad manifiesta entre las cuales se encuentra el grupo poblacional de los discapacitados, se ha utilizado la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Colombiana con el ánimo de efectivizar tal garantía.

Es por medio de éste mecanismo que la Corte Constitucional ha logrado desarrollar el principio de estabilidad laboral reforzada de los trabajadores discapacitados, soportada en la necesidad de hacer una realidad el derecho a la igualdad de trato entre desiguales. No sin antes, advertir que se trata de un mecanismo que encuentra límites frente a casos de servidores del Estado, ya que las normas que rigen la función pública son de orden público y responden al interés general, al mejoramiento de los servicios públicos, al gasto público y a la planta de personal reglada.

Puntualizado lo anterior, esta sublínea jurisprudencial presenta una serie de matices que varían de acuerdo a los elementos fácticos que originan la presentación de la acción de tutela.

El estudio comienza con la sentencia T-229 de 9 de mayo de 1994 (M.P Dr. Alejandro Martínez Caballero) en la cual, la Corte estudió las consecuencias que trae a la relación laboral la pérdida de la pensión de invalidez por recuperación de la capacidad para desempeñar nuevamente las funciones que venía ejecutando la persona antes de decretarse la mencionada prestación.

La Corporación en sus orígenes fue un poco tímida porque pese a reconocer que mediante el reintegro se protegía al trabajador inválido que había dejado de serlo por haberse recuperado consideró que no le era dable inmiscuirse en la órbita de los jueces ordinarios para decretarlo. No obstante, el reconocimiento de tal situación permitió que se fuera gestando al interior de la Corte la semilla de la protección, que mas tarde nacería con todo su esplendor.

El asunto bajo examen era el de un docente que instauró acción de tutela contra los Municipios de Manizales y Samaná, representados por sus Alcaldes, aduciendo violación a sus derechos al trabajo, a la salud, a la seguridad social en conexidad con el derecho a la vida digna. Consideraba que sus derechos fundamentales habían sido desconocidos con la actitud omisiva de los demandados de reintegrarlo a sus labores en una plaza en el municipio de Samaná donde se venía desempeñando, o en comisión en Manizales por la facilidad de recibir el tratamiento periódico que requería. Alegaba que estando incapacitado

y mentalmente impedido el Municipio le autorizó una permuta de una plaza de Manizales a Samaná, por tanto solicitaba además que se declare la nulidad de tal acto.

La Corte reconoció que “(...) la pensión de invalidez puede suspenderse cuando la evolución clínica es favorable para el paciente”, de ahí que en los primeros meses de otorgamiento ésta sea provisional. Si tal supuesto se diera, el nominador, en éste caso el alcalde municipal, después de conocer el dictamen médico está en la obligación de reintegrar al cargo a la persona recuperada, sin embargo cuando “por motivos razonables” no lo pueda hacer, el docente no debe quedar desprotegido y por lo tanto se le sigue otorgando la asistencia social y la mesada pensional.

En el presente caso la acción de tutela no prosperó porque mediante ella, no se puede usurpar las competencias de los jueces ordinarios, como sería la del juez administrativo, único capaz de decretar la nulidad de los actos administrativos y tomar las determinaciones en tal sentido.

Avanzando en el tiempo, y ya con una trayectoria jurisprudencial de tres años, la Corte en la sentencia T-356 de 9 de Agosto de 1995 (M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero) amplió su posición frente a las consecuencias de la cancelación de la pensión de invalidez cuando cesan las causas que le dieron origen. El asunto sometido a consideración de la Corte fue el de una persona a quien la división de prestaciones sociales del departamento del Valle le había reconocido la pensión de invalidez en razón de la pérdida de su capacidad laboral en un porcentaje del 100% por enfermedad no profesional. Posteriormente, tal prestación le fue declarada extinta porque salud ocupacional determinó que la incapacidad había disminuido hasta un 20%. El afectado considerando que tal determinación se había tomado sin tener en cuenta los conceptos de los neurocirujanos que atendían su caso, interpuso los recursos en vía gubernativa los cuales le fueron negados, sin hacer alusión alguna al reintegro.

La Corte estimó que cuando el inválido recupera su capacidad laboral está en condiciones de reincorporarse nuevamente a su trabajo, toda vez que cuando esto sucede subsiste la obligación del empleador de reenganchar a su antiguo trabajador, advirtiendo que para los empleados públicos el derecho al reintegro debe hacerse atendiendo a las normas sobre gasto público y planta de personal.

Teniendo en cuenta lo anteriormente reseñado la Corte concedió la tutela como mecanismo transitorio para proteger el derecho fundamental al trabajo, porque se dijo que las controversias suscitadas con ocasión de los dictámenes médicos le correspondía resolverlos por los mecanismos ordinarios. Para hacer posible el amparo, la Corte decidió otorgarlo tomando las previsiones que fueran necesarias como corroborar la existencia de la vacante de la petente, o por el contrario, dar a la administración un tiempo prudencial para que resuelvan en el menor tiempo posible la situación de la trabajadora recuperada.

Tuvo la Corte la oportunidad de analizar la procedencia de la tutela para decretar el reintegro de un servidor del Estado en la sentencia T-899 de 16 de noviembre de 1999 (M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero). El asunto concretamente era el de un juez de la

república quien ingresó a la carrera judicial antes de la entrada en vigencia de la ley 270 de 1996 y posteriormente fue declarado inválido, por lo cual se lo retiró del cargo, nombrando en propiedad mediante concurso a otro funcionario.

El tutelante recuperó su capacidad laboral y solicitó al Tribunal Superior de Barranquilla su reinstalación, pero este argumentó que quien debía decidir tal situación era el Consejo Seccional de la Judicatura del Atlántico.

Ante estos hechos, la Corte analizó si era procedente ordenar el reintegro de un trabajador de la rama judicial que ha dejado de ser inválido cuando el puesto que ocupaba fue asignado a otro funcionario mediante concurso.

Con respecto a estos planteamientos la Corte Constitucional, manifestó que la reinstalación de funcionarios de la carrera judicial no está reglada por cuanto la normatividad que la reglamenta (ley 270 de 1006) no prevé solución cuando un funcionario judicial que fue declarado inválido recupera su capacidad laboral y solicita su reinstalación.

Igualmente afirmó que en estos eventos no es viable la reinstalación mediante tutela, por cuanto “es la jurisdicción contencioso-administrativa quien debe analizar y decidir entre aspectos diferentes: por un lado que para obtener la pensión de invalidez el tutelante debió hacer dejación del cargo y de que con posterioridad a ello hubo convocatorias a concurso, él no se presentó y el cargo lo ocupó quien mediante concurso obtuvo la designación en propiedad; y, por otro lado, el tutelante quedó inscrito en la carrera judicial y su retiro obedeció a fuerza mayor.”

Por otra parte expresó, que en el caso que se analiza existió un conflicto de competencias administrativas que debía ser resuelto por el Consejo de Estado, pues el Tribunal Superior de Barranquilla no dio trámite a la solicitud de reinstalación argumentando no tener competencia para ello, sino que el competente era el Consejo Seccional de la Judicatura del Atlántico quien a su vez dijo carecer de competencia para resolver la petición del funcionario judicial.

Por estas razones la Corte resolvió no conceder la tutela frente a la reinstalación por ser improcedente, pero la concedió por violación al debido proceso y en consecuencia ordenó a la Sala Administrativa del Consejo Seccional de la Judicatura del Atlántico, que remita al Consejo de Estado lo necesario para que resuelva la colisión y una vez resuelta se profiera una resolución por la entidad competente donde se defina la situación del tutelante frente a la reinstalación.

En este interregno se presenta un fallo de la Corte Constitucional que pese a no referirse al tema del reintegro concretamente es importante por cuanto estableció como subregla constitucional la prohibición del despido en atención a la preponderancia de los derechos fundamentales de una trabajadora disminuida física, sobre la libre iniciativa privada.

Así pues, en sentencia T-943 de 25 de noviembre de 1999 (M.P Carlos Gaviria Díaz), se hizo referencia a una empleada particular que al padecer de artritis reumatoidea recibió una incapacidad de 30 días, la cual fue prorrogada en igual período cuatro veces más; al llegar el vencimiento de la última incapacidad y persistiendo su estado de salud adverso la médico tratante le expresó que no reanudaría su incapacidad para no exponerla a ser pensionada por invalidez.

En consecuencia, retornó a su trabajo, donde su estado de salud se deterioró considerablemente y debió ser hospitalizada durante siete días, al salir del hospital se la incapacitó por quince días, y cuando culminó ese lapso, se le prorrogó la incapacidad por otros treinta, durante ésta prórroga se envió la constancia respectiva al empleador quien se negó a recibirla y le comunicó que había decidido dar por terminado el contrato sin especificar el por qué de su decisión.

La Corte estudió el conflicto que se presentaba entre el derecho a la libre iniciativa privada de que gozaba la empresa demandada y los derechos fundamentales a la igualdad y al trabajo que le asistían a la trabajadora disminuida físicamente; para lo cual se sirvió de los siguientes argumentos:

“(…) [E]s claro el reconocimiento que hizo el Constituyente de 1991 de la supremacía de los derechos inalienables de las personas (C.P. artículo 5), por lo que, si bien la empresa demandada es titular innegable del derecho constitucional a la libre iniciativa privada (C.P. artículo 333), no es menos cierto que éste está limitado por los órdenes social y económico justos regulados por la Carta Política vigente, por los derechos fundamentales de las personas -que comprenden, para el caso sometido a revisión, los derechos a la vida y a la igualdad-, y de manera especial, también por los principios mínimos constitucionalizados en el artículo 53 Superior.”

“(…) [D]e manera enfática debe esta Sala reafirmar que la libertad de empresa no puede hacerse prevalecer sobre los derechos a la vida, la salud o la igualdad de las personas, sin violar claramente el ordenamiento constitucional del país (…)”

Consideró adicionalmente la Corte:

“Se le dio a la actora un tratamiento discriminatorio, porque se la trató como si fuera un empleado sano, al que basta indemnizar en los términos del artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo, para dejar cesante de manera unilateral, cuando esa firma sabía, por las incapacidades que el Instituto de Seguros Sociales le había otorgado a la actora, que ésta se encontraba disminuida físicamente, y merecía un trato diferente al que exige la ley para una persona en buenas condiciones de salud. De esa manera, la dejó expuesta a perder la atención médica que precisa, pues dejó de darle el trato que, de acuerdo con el artículo 13 de la Carta Política, debe otorgarse al que está en condiciones de debilidad manifiesta; al omitir considerar la situación de invalidez de su trabajadora, para dar por terminada la relación laboral de la manera más gravosa para la

empleada, también vulneró la entidad empleadora el derecho de la accionante a un trabajo en condiciones dignas y justas”.

Luego de este razonamiento decidió tutelar los derechos a la igualdad, a la vida en condiciones dignas y a la salud de manera definitiva, ordenando al Instituto de Seguros Sociales que de manera inmediata y preferente tramite la pensión por invalidez. Manifestó que no era competente para pronunciarse sobre el reintegro, pues para ello la accionante contaba con la jurisdicción ordinaria.

Esta sentencia reafirmó la posición asumida por la Corte respecto a los limitados físicos, en el sentido de brindarles la mayor protección posible de acuerdo a los principios rectores del ordenamiento jurídico.

Dentro de este entendido, la Corte vislumbró la especial protección que merecían las personas discapacitadas, proporcionándoles un trato diferente; sin embargo el concepto de “Estabilidad Reforzada” que una vez acuñado pretendería garantizar la permanencia en el empleo del trabajador discapacitado, aún no era esbozado.

Lo cual no implicó, desde ningún punto de vista que el trabajador limitado físicamente, fuera dejado a su suerte, puesto que si bien en tal época de desarrollo jurisprudencial de la Corte, dicha protección no existía como tal, éste era amparado con base en el artículo 13 constitucional, es decir, atendiendo al derecho a la igualdad “real y efectiva” para las personas cuya situación particular, fuese diferente y por lo tanto desigual frente al conglomerado social.

Las providencias proferidas en este año, aunadas a las proferidas desde los inicios de la Corte Constitucional, constituyeron la gran antesala de la adopción del concepto de “Estabilidad Laboral Reforzada” del trabajador discapacitado.

Los esfuerzos de la Corte a partir de este momento se centraron en crear un entramado de relaciones causales a fin de determinar la protección debida en el trabajo a este sector poblacional.

De igual manera, un trabajador al servicio del ente estatal ocupó la atención del Tribunal Constitucional en la sentencia T-1309 de 7 de Diciembre de 2001 (M.P Clara Inés Vargas Hernández), en donde se examinó el caso de la supresión del cargo de un auxiliar administrativo de la Alcaldía Mayor de Bogotá, quien padecía de parálisis cerebral espástica de distribución cuadrapléjica con lenguaje y estado intelectual normal. La apoderada del tutelante aseveró que esta situación particular no fue tenida en cuenta para retirarlo del cargo.

Se acudió a la tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, con el fin de que se le protejan sus derechos a la vida, a la igualdad, al libre desarrollo de la personalidad y al trabajo y en consecuencia se le restituya a un empleo igual o superior al que venía desempeñando su prohijado.

La Corte en este caso particular negó la tutela aún como mecanismo transitorio, al estimar que:

“Cuando la supresión de empleo obedece a la reestructuración o modificación de la planta de personal de una entidad estatal y ésta tiene como fundamento mejorar la prestación del servicio público, controlar el gasto público, abolir la burocracia administrativa, por ejemplo, sin consideración alguna por las condiciones especiales o particulares de su titular o de quien lo ocupa en ese momento, bien sea en propiedad o de manera provisional, no puede afirmarse en estricto rigor jurídico que se quebrantan derechos fundamentales del afectado con la supresión del empleo o cargo. La acción de tutela sólo procede cuando aparece fehacientemente demostrada la violación de un derecho fundamental. En el caso concreto, la misma apoderada del demandante insistió en que en modo alguno había aseverado en la demanda que la especial condición física de su prohijado fue la que originó su retiro de servicio, (...), en todo caso, puede acudir a la jurisdicción ordinaria respectiva, para cuestionar el acto administrativo que estima lesivo de sus derechos”.

Se observa cómo en situaciones en las que se comprometen los principios de la función administrativa tales como la eficiencia y la economía, éstos se anteponen a las pretensiones de servidores públicos discapacitados, toda vez que se acoge el principio de la primacía del interés general sobre el particular. Sin embargo tales trabajadores no quedan desamparados totalmente porque subsiste para ellos la posibilidad de acudir a las instancias competentes a través de los mecanismos ordinarios de defensa judicial.

En sentencia T-473 de 20 de junio de 2002 (M.P. Dr. Alfredo Beltrán Sierra), la Corte abrió la puerta para el desacato de las órdenes de tutela relacionadas con la acción de reintegro para servidores públicos atendiendo a la posibilidad de cumplirla o por el contrario de justificar la correspondiente decisión de no hacerlo.

Surgió ello con ocasión del caso de una trabajadora de Telecom quien fue declarada inválida por padecer trastornos psíquicos y mentales, y luego rehabilitada, razón por la cual Caprecom extinguió el pago de la pensión de invalidez, momento en el cual la trabajadora solicitó su reintegro pero Telecom no resolvió de fondo esta petición argumentando que necesitaba corroborar si en realidad la actora era apta para trabajar y adicionalmente, porque la planta de personal de la entidad estaba regulada por disposiciones legales.

La Corte estudió si la actuación de Telecom vulneró los derechos de la trabajadora a ser reintegrada, al cesar las circunstancias que originaron su invalidez.

En este sentido la Corte afirmó que:

“En cuanto a que la actora tiene derecho a ser reintegrada, para la Sala, en principio, no existe la menor duda, pues, no sólo con base a los principios del orden justo, el Estado Social de Derecho, el derecho al trabajo, a la dignidad de la persona, además de razones de equidad, sino al hecho innegable de que la Empresa Telecom tiene dentro del Estatuto Especial de Personal de Telecom, contemplada esta situación”

Más adelante citó:

“Previo a proceder a hacer efectiva su reincorporación a la fuerza laboral al trabajador, el empleador tiene la responsabilidad de realizar examen médico de reingreso que permita ubicar al trabajador en un sitio acorde con sus condiciones psico-fisiológicas actuales.

Sin embargo, “las empresas no pueden justificar la demora en resolver las solicitudes de reintegro en el desconocimiento de la real capacidad laboral de quienes han dejado de ser inválidos”.

En cuanto al derecho al reintegro manifestó:

“[L]a regla general es la de la protección de quien ha dejado de ser inválido, para reinstalarse en el medio laboral del que había salido a causa de la invalidez. Sin embargo, este derecho no es absoluto, y menos, en el caso de los servidores públicos, cuyas nóminas se rigen por normas legales. No obstante, cuando no es posible la reinstalación, el empleador debe justificar la decisión correspondiente.” (Subraya fuera del texto original)

Por ello, se ordenó a Telecom adelantar todas las gestiones necesarias para la revinculación inmediata de la demandante en las labores que realizaba al momento en que se presentó la invalidez, o en otro cargo semejante, y en la misma ciudad. Además aclaró que los exámenes médicos que la Empresa realice para el cumplimiento de la decisión, no pueden constituirse en un obstáculo para la revinculación laboral, sino únicamente, para efectos de determinar el sitio apropiado de trabajo.

La sentencia T- 519 de 26 de junio de 2003 (M.P. Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra), es un ejemplo del avance vertiginoso de la corporación en el tema de estabilidad reforzada en el empleo de las personas discapacitadas, al establecer los requisitos mínimos que debe observar el juez constitucional para que la acción de tutela prospere en torno a esta problemática. Dicho pronunciamiento tuvo lugar con ocasión de la acción de tutela interpuesta por un trabajador de la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá que había sido despedido sin justificación alguna y que padecía un problema de salud en la piel “carcinoma basocelular en rostro y daño solar crónico”, enfermedad que con anterioridad al despido había motivado la reubicación del trabajador.

La entidad accionada respaldó su actuación en la facultad consagrada en el artículo 6º de la Ley 50 de 1990, en concordancia con el artículo 19 a, literal c de la Convención Colectiva de Trabajo, referentes al despido sin justa causa. La Corte analizó si la desvinculación laboral del tutelante, sin justa causa y con el pago de la indemnización señalada por ley y la convención colectiva, constituían un desconocimiento al derecho a la estabilidad laboral reforzada que lo amparaba por ser un trabajador que debido a su enfermedad se encuentra en situación de discapacidad.

En cuanto a la estabilidad laboral, afirmó que éste no es un derecho fundamental que involucre la conservación o permanencia perpetua en un trabajo. Sin embargo, explicó que respecto a la población en estado de vulnerabilidad existe en virtud de la Constitución y la ley una especial protección que los hace merecedores a una estabilidad laboral reforzada que se traduce en que no pueden ser despedidos sin autorización judicial o de la oficina del trabajo. En consecuencia si un trabajador en condiciones de debilidad manifiesta es despedido sin justa causa, la acción de tutela es procedente, si se comprueba que la desvinculación del trabajador tuvo como fundamento su estado de debilidad o vulnerabilidad, porque en estos eventos se configura no solo una actuación discriminatoria sino también un abuso del derecho por parte del empleador. Al respecto manifestó “(...), la Corte ha afirmado que de presentarse un despido sin justa causa que tenga como velada motivación las condiciones de debilidad manifiesta del trabajador se configura en un abuso del derecho, (...) no obstante, para no establecer una total inamovilidad se ha especificado que en caso de presentarse una justa causa de despido podría terminar el vínculo laboral, con el respeto del debido proceso.”

Frente a estos planteamientos concluyó:

“Se puede afirmar que (i) en principio no existe un derecho fundamental a la estabilidad laboral; sin embargo, (ii) frente a ciertas personas se presenta una estabilidad laboral reforzada en virtud de su especial condición física o laboral. No obstante, (iii) si se ha presentado una desvinculación laboral de una persona que reúna las calidades de especial protección la tutela no prosperará por la simple presencia de esta característica, sino que (iv) será necesario probar la conexidad entre la condición de debilidad manifiesta y la desvinculación laboral, constitutiva de un acto discriminatorio y un abuso del derecho. Por último, (v) la tutela sí puede ser mecanismo para el reintegro laboral de las personas que por su estado de salud ameriten la protección laboral reforzada, no olvidando que de presentarse una justa causa podrán desvincularse, con el respeto del debido proceso correspondiente.”

Considerando que el tutelante al estar enfermo se encontraba en estado de debilidad manifiesta y al ser esta la verdadera causa del despido constituyéndose una discriminación y un abuso del derecho, se ordenó su reintegro, advirtiendo que no debe hacerse uso de la facultad de despido sin justa causa hasta cuando, según certificación médica se determine que se encuentra en condiciones normales de salud para conseguir otro trabajo. No obstante, se señaló que en caso de presentarse una justa causa de despido podría terminarse el vínculo laboral, con el cumplimiento del requisito previsto en la ley 361 de 1997 es decir autorización de la oficina del trabajo e indemnización adicional de 180 días de salario.

La Corte en la sentencia T - 1180 del 4 de diciembre 2003 presidida por el Dr. Jaime Araújo Rentería, estableció una diferenciación sobre estabilidad laboral, al referirse al caso de un trabajador de la construcción del sector privado quien interpuso acción de tutela contra Plinio Alarcón & Cía y la A.R.P. Colpatria S.A, por estimar que sus derechos fundamentales

a la dignidad, la salud, el trabajo habían sido vulnerados por dichas entidades, exigiendo se le protegiera de soportar tratos inhumanos y degradantes debido a la situación de debilidad manifiesta (física y económica) en que se encontraba.

El actor señaló que prestando sus servicios a la empresa demandada sufrió un accidente laboral (no reportado como tal, por negligencia de su empleador), en el cual fue golpeado 3 veces contra la estructura de la edificación donde laboraba. En un principio, no recibió atención inicial de urgencias, pero con posterioridad fue incapacitado por 15 días, y después de un lapso igual fue despedido por considerar su empleador que el término del contrato laboral por obra había expirado.

La Corte debía establecer, por una parte, si la acción de tutela procedía para resolver las controversias originadas en la terminación unilateral de un contrato de trabajo por obra; y, por otra parte, si resultaban comprometidos los derechos fundamentales a la salud, el trabajo y la dignidad humana de un trabajador a quien la administradora de riegos profesionales a la cual se encontraba afiliado le negaba las prestaciones asistenciales y económicas por tratarse de una patología de origen común.

Apoyada en el criterio jurisprudencial de la Corporación, se determinó que la acción de tutela no siempre procedía en los casos de controversia sobre despido de trabajadores, pues la misma debía ser resuelta por la justicia laboral ordinaria, optando por no conceder el amparo deprecado. Se afirmó así:

“Específicamente respecto de los casos de terminación unilateral del contrato de trabajo, la Corte ha determinado la improcedencia general de la acción de tutela, pues: la tutela no puede llegar hasta el extremo de ser el instrumento para garantizar el reintegro de todas las personas retiradas de un cargo; además, frente a la estabilidad existen variadas caracterizaciones: desde la estabilidad impropia (pago de indemnización) y la estabilidad “precaria” (caso de los empleados de libre nombramiento y remoción que pueden ser retirados en ejercicio de un alto grado de discrecionalidad), hasta la estabilidad absoluta (reintegro derivado de considerar nulo el despido), luego no siempre el derecho al trabajo se confunde con la estabilidad absoluta”.

Con relación al derecho a la salud en conexidad con la vida del accionante dijo que al peticionario no le eran oponibles las discrepancias entre las entidades de previsión social, suscitadas con ocasión de la indeterminación del origen del accidente, porque los derechos fundamentales de la persona tienen prevalencia sobre tales conflictos, ordenando a la A.R.P. Colpatria prestar el tratamiento médico requerido por el peticionario y además adelantar los trámites tendientes a la calificación del origen de la “lumbalgia postural” que padecía el mismo.

La Corte continuó con la postura garantista que había adoptado hacia el año de 1995, al estudiar el caso esbozado en la sentencia T-632 de 1 julio de 2004 (M.P. Dr Marco Gerardo Monroy Cabra), referente a un empleado de la cooperativa de trabajo asociado Respaldar, quien padecía una enfermedad profesional denominada neuropatía cubital izquierda o

síndrome de canal cubital. El tutelante afirmaba que pese a que ésta enfermedad había sido contraída cuando se encontraba afiliado a otra cooperativa, la entidad a la que estaba prestando sus servicios cuando fue despedido conocía su estado de salud y sin embargo lo desvinculó, argumentando que daba por terminado el contrato suscrito entre ellos.

El análisis de la Corte se centró en establecer si con la decisión de dar por terminada la relación laboral del tutelante se vulneró el derecho a la estabilidad reforzada, razón por la cual reiteró argumentos esgrimidos en fallos anteriores en lo referente a la especial protección que merecen las personas que como la del caso en estudio se encuentran en estado de debilidad manifiesta debido a la enfermedad que los aqueja.

En este mismo sentido afirmó que el deber de protección para estas personas se extiende también a las cooperativas de trabajo asociado quienes pese a la autonomía que tienen para crear sus estatutos y darse una organización y un funcionamiento no pueden desconocer los derechos fundamentales de los trabajadores, por ello precisó que desvincular a un trabajador con motivo de su estado de salud constituye una actuación discriminatoria que desconoce los mandatos constitucionales y por ello ordenó a la cooperativa Respaldar Ltda.. a que dentro de la primera opción laboral que surja reintegre a un cargo igual o semejante al tutelante, teniendo en cuenta su estado de salud.

En el año 2004 se presentó ante la Corporación la problemática laboral surgida con ocasión de una reestructuración administrativa. Fue así cómo en la sentencia T-689 de 22 de julio de 2004 (M.P. Dr. Álvaro Tafur Galvis), la Corte revisó la acción de tutela interpuesta por una trabajadora de Colmena Riesgos Profesionales que padecía lupus eritomatoso sistémico y que fue despedida debido a que el área y el cargo donde ella laboraba habían desaparecido de la estructura de la entidad accionada.

Se analizaron varios aspectos importantes frente al tema que ocupa la presente investigación, entre ellos si en este caso es procedente la acción de tutela como mecanismo transitorio para obtener el reintegro. Con respecto a esta circunstancia se manifestó que no era procedente, en primer lugar por cuanto ésta se interpuso un año después de que la trabajadora fue despedida, lo que desvirtuaba la existencia de un perjuicio irremediable; en segundo lugar, con base en fallos anteriores se reiteró que el reintegro por vía de tutela sólo procede para proteger a personas que se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta, siempre y cuando exista una relación de causalidad entre esas circunstancias y el despido, elemento que no se cumplía en el caso en estudio por cuanto se determinó que el origen del despido de la tutelante fue el hecho de que el área en la cual ella desempeñaba sus funciones, así como también su cargo fueron suprimidos, no siendo su despido producto de su enfermedad, hecho que se constataba, con el apoyo brindado por la empresa a la trabajadora desde que se enteró de su estado de salud.

Igualmente, se precisó que la entidad accionada antes de discriminar a la trabajadora lo que hizo fue tener en cuenta su estado de salud para brindarle un trato acorde con el mismo, lo que demuestra “una debida protección y cuidado en torno a su enfermedad, una verdadera discriminación positiva dada la condición que ella manifestaba, tal y como lo demuestra el

hecho irrefutable de su estadía y permanencia en la entidad por espacio de casi seis años, la mayor parte de los cuales permaneció incapacitada.”

Por último, se resaltó el hecho de que la tutelante “no se encontraba incapacitada al momento de su retiro, pues la última incapacidad se le concedió mucho tiempo antes del despido. De la misma manera, se demostró que no estaba tramitando pensión de invalidez, pues ésta le había sido negada”.

En este orden de ideas esta Corporación determinó que la tutela no prosperaba por no existir vulneración de derecho fundamental alguno y porque tampoco concurren los presupuestos que la jurisprudencia ha fijado para el reintegro de manera excepcional y declaró que la competente para solucionar este caso era la jurisdicción ordinaria laboral.

En sentencia T- 002 de dieciocho de enero de 2006 (M.P. Dr. Jaime Córdoba Triviño), ésta Corporación conoció el caso de una socia de Colombia Cooperativa de Trabajo Asociado, a quien se le asignaron funciones relacionadas con el cultivo de flores, en cumplimiento de ellas, la actora sufrió una lesión en el brazo derecho que le ocasionó un “trauma en el manguito rotador”, situación que le había generado en múltiples oportunidades el otorgamiento de varias incapacidades, al finalizar una de éstas, la entidad accionada, le manifestó que daba por cancelado el convenio asociativo de trabajo según duración por obra o labor contratada, con fundamento en la cláusula sexta del mismo, según la cual una vez terminada la labor contratada por el cliente, la Cooperativa podía dar por terminado el mencionado convenio. Por ésta razón la tutelante afirmaba que al despedirla sin justa causa, se le habían vulnerado sus derechos a la igualdad, a la salud, a la seguridad social, al trabajo, a la vida digna, a la protección especial de los disminuidos físicos, a la garantía especial de trabajo al minusválido y al mínimo vital.

Frente a estos hechos, la Corte analizó si con tal actuación la entidad accionada vulneró los derechos antes descritos, desentrañando en primer lugar si entre las partes en conflicto existió una relación laboral con fundamento en el principio de primacía de la realidad, del estudio del caso conceptuó que efectivamente con el convenio asociativo de trabajo se estaba ocultando una verdadera relación laboral ya que la tutelante no solo cumplía con su actividad personal y recibía una remuneración por ello sino que además recibía ordenes de su superior, por otra, parte también puso de presente, que la entidad accionada al dar por terminado el convenio de trabajo unilateralmente demostraba que existía una relación laboral por cuanto es característica de las cooperativas de trabajo asociado la vinculación y desvinculación voluntaria de sus socios. Con base en ello la Corte concluyó, que al existir una relación laboral y al estar la accionante en un estado de subordinación frente a la entidad accionada, la tutela era procedente aún tratándose de particulares.

En cuanto a la posibilidad de obtener el reintegro por vía de tutela, se reiteró lo esgrimido en fallos anteriores (Sentencias T-689 de 2004 y T-530 de 2005), al afirmar que éste mecanismo es viable si se comprueba la conexidad entre la condición de debilidad manifiesta, para el caso persona discapacitada y su desvinculación laboral.

En éste asunto la Corte pudo probar la existencia del nexo causal entre la cancelación unilateral del contrato a la accionante y su estado de salud, ordenando el reintegro con base en los siguientes argumentos:

“Reitera la Corte que constituye un trato discriminatorio el despido de un trabajador motivado por su estado de salud, conducta que además no se compadece con el deber de solidaridad que merecen las personas que se encuentran en estado de debilidad manifiesta. De hecho, si como sucedió en este caso lo que se asume es una situación de indiferencia por parte de la empresa hacía su trabajador enfermo, la desprotección de la persona limitada es total toda vez que se le deja sin acceso al trabajo y a la seguridad social.

En consecuencia, la Corte protegerá el derecho a la estabilidad reforzada, (...) ordenará su reintegro a la Cooperativa. Al respecto, no sobra anotar que de presentarse una justa causa el empleador puede desvincular a la accionante dando plena observancia al debido proceso, y en todo caso, luego de proferida la presente decisión, sólo puede proceder a la desvinculación solicitando la debida autorización al juez o a la autoridad laboral competente”.

Finalmente decidió que:

“El reintegro se deberá hacer a un cargo de igual o semejante jerarquía al que la demandante venía desempeñando, y en caso de no existir dentro de la cooperativa el cargo, debe darle la primera opción laboral que surja como desarrollo de cualquier contrato de prestación de servicio de trabajo asociado celebrado entre la cooperativa y otra persona natural o jurídica (...)”.

En sentencia T- 068 de 3 de febrero de 2006 (M.P. Dr. Rodrigo Escobar Gil), la Corte revisó el caso de un agente de la Policía Nacional quien en una toma guerrillera sufrió heridas que le ocasionaron “un síndrome post traumático, crisis parciales simples y una audición dentro de parámetros de normalidad, a pesar de la herida sufrida en uno de sus oídos”. Por ésta razón se le decretó una incapacidad relativa y permanente con un porcentaje de disminución de su capacidad laboral del 49%, declarándolo no apto, en razón a su condición de salud que le impedía el desarrollo normal y eficiente de la actividad policial que venía desempeñando. Frente a estos hechos, ésta corporación analizó si con tal actuación la Dirección General de la Policía Nacional, incurrió en una vía de hecho afectando los derechos fundamentales al debido proceso y al trabajo del accionante.

En relación a la procedencia de la acción de tutela para obtener el reintegro del accionante, la Corte manifestó que en éste evento si era viable concederla, por cuanto, la razón de la desvinculación se debió al hecho de que el actor sufrió un alto grado de disminución de su capacidad psicofísica que lo hace merecedor de un tratamiento especial al encontrarse en estado de debilidad manifiesta.

Para adoptar su decisión, conceptuó que existen labores que pueden desarrollarse al interior de la Policía Nacional y que no pondrían en riesgo la prestación del servicio inherente a dicha institución, tales funciones se enmarcan en aquellas orientadas a la docencia, a la instrucción o aquellas de carácter administrativo, actividades que pueden ser desempeñadas por quienes padecen algún tipo de minusvalía. Sin embargo, aclaró que en aquellos eventos en que los miembros de la institución en cita, debido al grado de incapacidad no puedan cumplir con este tipo de labores pueden ser desvinculados, al afirmar que:

“[S]i no se demuestra que el policial puede realizar ese tipo de funciones, resulta razonable que se le retire de la institución toda vez que no existen derechos absolutos aun tratándose de personas con discapacidad y que puede ocurrir que restricciones legislativas para el acceso o ejercicio de derechos por parte de personas discapacitadas resulten razonables.

(...)

Para adoptar la decisión de retirar del servicio al personal de la Policía que presenta una disminución de su capacidad psicofísica, deben verificarse previamente dos circunstancias concurrentes, cuales son: (i) que la decisión de la Junta Médico Laboral haya conceptuado en forma negativa sobre la posible reubicación del afectado, y (ii) que no sea posible aprovechar su capacidad remanente en tareas relacionadas con la función Policial, pero desarrolladas en los campos administrativo, docente o de instrucción”.

Con base en estos argumentos ordenó el reintegro del accionante siempre que de las evaluaciones médicas se conceptuó que es apto para desempeñar otro tipo de labores de acuerdo con su especial situación.

En sentencia T-198 de 16 de marzo de 2006 (M.P. Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra), el despido de un trabajador discapacitado ocupó la atención de ésta corporación, en éste evento se estudió la situación de un trabajador de SaludCoop E.PS quien en cumplimiento de sus funciones como digitador en la Unidad de Recobros, sufrió un accidente de trabajo, al caerse en sus manos una máquina de escribir, como consecuencia de ello, el trabajador vio reducida su capacidad laboral, razón por la cual la entidad accionada lo reubicó, sin embargo, las medidas adelantadas no fueron suficientes por cuanto su estado de salud se agudizó ocasionándole una enfermedad denominada “túnel carpiano en la mano derecha, de origen laboral”. Con posterioridad a las reubicaciones y al observar que el actor no obtenía mejoría alguna, la entidad accionada dio por terminado el contrato de trabajo con el tutelante, razón por la cual instauró acción de tutela en aras de obtener su reintegro.

La actuación de la Corte se centro en determinar si procede la acción de tutela para obtener el reintegro a favor del trabajador discapacitado y si la protección introducida por la ley 361

de 1997 mediante la estabilidad laboral reforzada beneficia solo a quienes han sido valorados como inválidos o también a quienes han sido valorados como discapacitados.

Para resolver el asunto la Corte reiteró lo expuesto en fallos anteriores respecto a la protección especial que merecen los discapacitados al ser parte de una población considerada como vulnerable, al igual que reiteró la posibilidad de obtener su reintegro por vía de tutela (Sentencias T -427 de 1992, T- 441 de 1993, SU - 256 de 1996, C- 072 de 2003.)

Esta Corporación manifestó que la protección constitucional y legal a favor de los discapacitado, se extiende a “todos aquellos casos en que el trabajador desarrolla o posee una enfermedad que le impide la realización normal de sus actividades”. Por tanto, la misma cobija a los trabajadores discapacitados como a aquellos que han sido valorados como inválidos, pues la discapacidad constituiría el género y la invalidez la especie.

El deber de protección especial, como ya se ha dicho se hace extensivo a los empleadores- públicos o privados- quienes en virtud del principio de solidaridad plasmado en la Constitución deben contribuir de manera eficaz con el mejoramiento de la calidad de vida de ésta población vulnerable “en virtud de lo anterior, nace el deber del empleador de reubicar a los trabajadores que, durante el transcurso del contrato de trabajo sufren disminuciones de su capacidad física”.

“En efecto, la Corte Constitucional ha considerado que cuando se presentan disminuciones en la capacidad laboral de un trabajador, el empleador se encuentra en la obligación, no sólo de reubicarlo en un puesto que no implique peligro para su salud, sino también, en capacitar a la persona para el cargo encomendado”

(...)

Se concluye entonces, que existe claros límites en cuanto a la facultad legal de los empleadores de despedir con pago de indemnización a las personas con discapacidad. En efecto, todo patrono debe cumplir con el procedimiento establecido en la Ley 361 de 1997, y en consecuencia, debe mediar autorización de la oficina de Trabajo, de lo contrario se verá sujeto a que dicho despido sea ineficaz y será sujeto de las sanciones en dicha ley establecidas.

Pero no sólo el empleador está sujeto a este procedimiento, sino que el despido no resulta procedente cuando su única causa es el padecimiento del trabajador. En efecto, el patrono al contrario de prescindir de los servicios de éste, está obligado a reubicar al empleado en un cargo cuyas funciones estén acorde con el estado de su salud.”

En virtud de lo anterior y dado que en el caso en estudio se pudo probar que el despido del trabajador tuvo como origen sus quebrantos de salud, la Corte ordenó su reintegro decretando que su condición sea tenida en cuenta para asignarle las funciones a desempeñar, con lo cual se reiteró lo expuesto en fallos anteriores.

En Sentencia T-279 de 6 de abril de 2006, (M.P. Dr. Alfredo Beltrán Sierra) se trata el asunto de una persona que laboró alrededor de 26 años al servicio de la Sociedad Radial Bogotá S.A. – Emisora HJCK, quien fue despedida injustamente por encontrarse incapacitada desde el 13 de Noviembre de 2004, al sufrir un accidente de tránsito que le ocasionó fractura bilateral del húmero, con lesión del nervio radial - según constancia médica – estado que requería de terapia y tratamiento médico. A pesar de ello, el gerente de la empresa donde laboraba le presentó dos cartas para que escoja entre ellas: una era un documento de terminación del contrato de trabajo por mutuo acuerdo, respaldada con una bonificación extralegal de doce millones de pesos (\$12.000.000) pagaderos en cuotas mensuales de un millón de pesos (\$1.000.000), con lo que podría pagar los aportes al ISS y a la EPS, mientras solicitaba la pensión. Otra era una carta de despido con justa causa, por llevar más de 180 días de incapacidad, ante éstas presiones la tutelante acepta la primera opción y asiste junto con su empleador al Ministerio de la Protección Social en donde se protocolizaría el acuerdo, sin embargo, el día de la diligencia de conciliación afirma la demandante que la conciliadora se negó a firmar el acta pues consideró que dadas las circunstancias fácticas que se presentaban se cometería una arbitrariedad contra la empleada. Ante estos hechos la actora desistió y como consecuencia de ello, fue despedida aduciendo la justa causa por incapacidad mayor de 180 días, a partir del 7 de julio de 2005, con la correspondiente liquidación de prestaciones, pero sin ninguna indemnización por los 26 años que laboró al servicio de la empresa, sin contar con la omisión de considerar que tenía programada una cirugía consistente en el cambio de la osteosíntesis y un injerto óseo de ilíaco.

Por ello su pretensión se reducía a obtener el reintegro a la empresa y el pago de remuneración, prestaciones sociales y aportes a la seguridad social no reconocidos durante el tiempo transcurrido entre la fecha del despido y la fecha del fallo. Pues consideraba que en atención a sus limitaciones físicas, al tratarse de un despido sin autorización de la Oficina del Trabajo, éste no surtió efecto alguno, pues así lo señalaba el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 y la sentencia C-531 de 2000.

Así, el juez de tutela debió analizar la “procedencia de la acción de tutela con el fin de brindar protección a la seguridad social y al acceso a la salud de una persona que a raíz de una enfermedad no profesional, la empresa donde laboraba le dio por terminado el contrato de trabajo, por justa causa, en virtud del artículo 62, subrogado por el artículo 7, numeral 15 del Decreto ley 2351 de 1965, es decir, por haber superado más de 180 días continuos de incapacidad”. Examinando “si la terminación unilateral del contrato de trabajo por justa causa implica la desprotección en seguridad social del trabajador incapacitado y el derecho a la seguridad social, en el caso que se pruebe el estado de debilidad manifiesta, puede ser derecho fundamental”.

La Corte comienza advirtiendo que en el presente caso no se detendrá en el análisis de la situación de discapacidad de la autora y en consecuencia de las leyes aplicadas a su caso, pues se tiene que la tutelante no es una persona discapacitada en el sentido estricto de la palabra ya que solo se encuentra incapacitada por una enfermedad transitoria, de origen

común, manifiesta que su análisis se centra en dilucidar si ella se encuentra en circunstancias de debilidad manifiesta y en consecuencias si es acreedora del trato diferencial positivo al que alude la Carta, de tal determinación se puede predicar que los derechos a la Seguridad Social y a la Salud, de contenido eminentemente prestacional se convierten en fundamentales.

Posteriormente la Corte realiza un recuento histórico sobre la figura del reintegro señalando que “al menos desde el año de 1965, en la legislación nacional siempre ha estado presente la figura de la reinstalación, reintegro, reincorporación, reubicación, readaptación laboral, o cualquier otra denominación que hubiere utilizado el legislador, pero que indique a las claras que se está ante el concepto del derecho del empleado de volver a laborar en la empresa, bajo ciertas circunstancias”. Concluyendo por su parte, que el reintegro constituye una limitación al empleador para terminar la relación de trabajo cuando el empleado se encuentre en situación de mera incapacidad. Así pues expresó:

“Basta echar un breve vistazo a las normas existentes antes de la Constitución de 1991, que aún continúan vigentes, y las dictadas con posterioridad, a partir de la Ley 100 de 1993, para concluir que el concepto general de reubicación, entendido en sentido amplio, como el derecho de volver a laborar en la empresa y a la no interrupción en el acceso a la seguridad social, está directamente relacionado con la limitación que tiene el empleador en dar por terminada la relación laboral en virtud de la mera incapacidad del trabajador. Es un presupuesto legal que está obligado a respetar”.

La justa causa invocada por la empresa accionada contenida en el artículo 7, numeral 15 del Decreto 2351 de 1965 referente al despido con justa causa después de pasados 180 días de incapacidad continua, dice la Corte que debe entenderse de manera armónica con la obligación del empleador impuesta por el artículo 16 del Decreto 2351 de 1965 que hace alusión a la reinstalación del trabajador al terminar el período de incapacidad, siempre y cuando exista concepto médico de donde se deduzca que el trabajador puede continuar desempeñando las labores y adicional a ello que se realicen los movimientos de personal necesarios para ofrecerle al trabajador un empleo acorde con sus condiciones de salud. Debe tenerse también en cuenta la disposición consagrada en el artículo 4 del Decreto 1373 de 1966, reglamentario del Decreto extraordinario número 2351 de 1965, que reitera la facultad del patrono de dar por terminado el contrato de trabajo con base en el artículo 7 numeral 15 del decreto 2351 de 1965 pero de igual manera reitera la correlativa obligación contenida en artículo 16 del mismo Decreto, cuando a ello haya lugar, adicionando que las anteriores actuaciones no lo eximen de pagar las prestaciones e indemnizaciones legales y convencionales derivadas de la enfermedad. De igual forma, se remite a la Ley 82 de 1988 aprobatoria del Convenio número 159, suscrito con la Organización Internacional del Trabajo, sobre readaptación profesional y el empleo de personas inválidas. Finalmente refiere las disposiciones del Decreto 2177 de 1989 que desarrolló la Ley 82 en mención, recalcando que en sus artículos 16 y 17 se desarrolla el derecho a la reincorporación que señalan el deber de todo empleador de reubicar a los trabajadores inválidos que hayan recuperado la capacidad de trabajo o que presenten una incapacidad parcial, siempre y

cuando los dictámenes médicos determinen que el trabajador puede continuar desempeñando sus labores. Además prescriben que se debe asignar funciones acordes con el tipo de limitación que padezca un trabajador cuando ella no origine el reconocimiento de la pensión de invalidez.

En el presente caso la Corporación analizó si los derechos a la Seguridad Social y a la salud ostentaban el grado de fundamentalidad para su procedencia, por ello se recurrió a realizar un análisis de las disposiciones constitucionales y legales que desarrollan el Sistema General de Protección Social Integral consignado en la Constitución en los artículos 48 y 49, con el fin de determinar el procedimiento para que el trabajador que padece una contingencia en razón de una enfermedad o lesión que lo incapacite para laborar en forma permanente o temporal, no quede fuera del Sistema, estableciendo que para cada contingencia el sistema ha previsto una respuesta adecuada:

“Es así como frente a la contingencia de la enfermedad, el Sistema prevé el pago de la incapacidad. Si la enfermedad tiene recuperación, el trabajador tiene derecho a la reinstalación en el empleo. Si la enfermedad genera una limitación o pérdida de la capacidad laboral, puede dar lugar al pago de la pensión de invalidez, en cuyo caso la calificación de la pérdida laboral le corresponde emitirlo a la Junta de calificación de invalidez. A su vez, el Sistema establece que el reconocimiento de la pensión de invalidez sólo puede tramitarse cuando las entidades del sistema de seguridad social hayan adelantado el tratamiento y rehabilitación integral, o se compruebe la imposibilidad de su realización (artículo 23 del Decreto 2463 de 2001), y que las administradoras de los fondos de pensiones deberán remitir los casos a las Juntas de calificación de invalidez antes de cumplirse el día 150 de incapacidad temporal, previo el concepto del servicio de rehabilitación integral emitido por la EPS”.

Por su parte, el Concepto No. 3853, de fecha 23 de agosto de 2005, proferido por el Jefe de la Oficina Asesora Jurídica y de Apoyo Legislativo del Ministerio de la Protección Social, reitera que en el caso de que un trabajador supere los 180 días de incapacidad por enfermedad no profesional, el empleador se encuentra obligado a reincorporar a las actividades laborales si aquel ha recuperado su capacidad de trabajo según los dictámenes médicos determinan que el trabajador puede continuar desempeñando el trabajo, así como también en el evento de limitación permanente deberá proporcionar un trabajo acorde a sus aptitudes con la misma remuneración que venía recibiendo antes del suceso. Sin embargo si el trabajador no recupera su capacidad laborativa el empleador debe agotar todas las previsiones para intentar reubicar al trabajador de acuerdo a sus capacidades, pero si aun así los conceptos médicos determinan que no puede continuar desempeñándose o que el trabajo pone en riesgo su salud, el empleador puede hacer uso de su facultad discrecional aduciendo la justa causa del numeral 15 del artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo, subrogado por el numeral 15 del artículo 7 del Decreto 2351 de 1965.

“Entonces, como conclusiones sobre estos puntos, se tiene: (i) el empleador no goza de la facultad plena de aplicar el artículo 7, numeral 15, del Decreto 2351 de 1965, pues,

para aplicarlo debe dar cumplimiento del artículo 16 del mismo Decreto y de las otras disposiciones laborales, incluidos el Convenio 159 de la OIT y normas relacionadas con la obligación de reintegro; (ii) debe existir siempre el dictamen médico o calificación de la autoridad competente sobre la capacidad laboral, con el fin de conocer la situación personal del trabajador; (iii) el empleador y las entidades responsables del Sistema de Seguridad Social Integral deben obrar armónicamente entre sí, y, a su vez, con el trabajador, con el fin de que el empleado incapacitado no interrumpa ni el tratamiento ni el acceso a la atención médica, ni deje de percibir los medios de subsistencia, bien sea a través del salario, o de la pensión de invalidez, si a ella tiene derecho”.

La Corte determinó por tanto con base en ésta argumentación, que la actora se encontraba en estado de debilidad manifiesta debido al accidente de tránsito que sufrió y al tratamiento médico que estaba recibiendo, aunado a la falta recursos económicos para asumir el tratamiento y la inexistencia de indemnización laboral. De ahí que se desprenda que el empleador pese a estar informado de éstas circunstancias obvió su deber de solidaridad, al incumplir las disposiciones constitucionales y legales que le imponían la obligación de reinstalar o reincorporar a la trabajadora en un puesto de trabajo adecuado a sus condiciones de salud, y por ende dio lugar a la interrupción del acceso al Sistema a la seguridad social en salud, considerados fundamentales en éste caso.

Decidiendo que la acción de tutela era procedente para obtener el reintegro de ésta persona, en aras de restablecer el derecho violado; y ordenando a la empresa demandada que realice los aportes al sistema de Seguridad Social Integral con el fin de que no se interrumpa el tratamiento médico que requiere la accionante. Estableció que la orden de tutela se mantendría durante el tiempo que la autoridad competente emplee para solucionar la controversia legal derivada del reconocimiento de la pensión de invalidez, o en su defecto de la pensión de vejez, pues anotó la Corte que se desprendía del expediente que la señora estaba próxima a pensionarse por vejez.

En sentencia T-385 de 22 de mayo de 2006 (M.P. Dra. Clara Inés Vargas Hernández), la Corte revisó la acción de tutela presentada por un trabajador al servicio de una empresa privada, el cual padecía de cáncer de estómago. Este trabajador había laborado en esta empresa por 12 años y había sido despedido el 10 de enero de 2006, por medio de una carta en donde se le manifiesta que incurrió en faltas al reglamento interno de trabajo. El actor expresó su inconformidad expresando que le fue violado su derecho al debido proceso, pues no tuvo la posibilidad de ser escuchado en descargos. Adicionalmente señaló que a pesar de no encontrarse incapacitado para la fecha de la terminación de la relación laboral, lo fue casi todo el primer semestre del año 2005, recibiendo continuas incapacidades posteriores, lo cual demostraba su grave estado de salud.

Los problemas jurídicos a los que se enfrentó la Corte, residían en determinar si con la terminación unilateral de la relación laboral por parte del patrono se violaba el derecho al debido proceso y si procedía la acción de amparo para ordenar el reintegro laboral de

manera excepcional, aunado al hecho de violación de otros derechos fundamentales como el derecho al trabajo, a la seguridad social y a la salud del peticionario.

Frente a ello manifestó la Corte que los particulares solo están obligados a responder - de conformidad con el artículo 6º de la Carta - “por infringir la Constitución y las leyes y sólo de manera excepcional, cuando cumplen funciones públicas, quedan sometidos al estricto régimen derivado del principio de legalidad, en los mismos términos de los servidores públicos. Por ello, como regla general, el derecho al debido proceso tiene cabida, únicamente, en procedimientos que sigan las autoridades administrativas o judiciales, y sólo excepcionalmente en las actuaciones de los particulares”.

Sin embargo, expresó que en las relaciones laborales se ha impuesto unos límites al empleador para dar por terminada las mismas, consistentes en la forma como debe llevarse a cabo el despido, de tal manera que éste debe expresarle a su subalterno cuáles son las razones concretas y específicas por las cuales va a dar por finalizado el contrato de trabajo, para que éste último tenga la oportunidad de defenderse de las imputaciones que se le hagan antes de ser despedido definitivamente.

En cuanto a la procedencia de la tutela, la Corte estimó que prima facie, ésta no es un mecanismo idóneo para obtener el reintegro laboral, sin embargo reiterando la jurisprudencia contenida en las sentencias T-576 de 1998, C-531 de 2000 y T-943 de 2003, determinó que la acción del artículo 86 se convierte en el único medio apto para garantizar a las personas que se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta o que gocen de fuero sindical el disfrute pleno de sus derechos constitucionales fundamentales. Estipulando:

“Como antes se señaló, no existe un derecho fundamental a la conservación del trabajo o a permanecer determinado tiempo en cierto empleo. No obstante, en virtud de las particulares garantías que señala la Constitución, algunos sujetos tienen especial protección a su estabilidad laboral. En esa medida no se les puede desvincular laboralmente mientras no exista una especial autorización de la oficina del trabajo o del juez. Es el caso de las mujeres en estado de embarazo, los trabajadores aforados, las personas limitadas, por la debilidad manifiesta en que se encuentran.

(...)

En conclusión se puede afirmar que (i) en principio no existe un derecho fundamental a la estabilidad laboral; sin embargo, (ii) frente a ciertas personas se presenta una estabilidad laboral reforzada en virtud de su especial condición física o laboral. No obstante, (iii) si se ha presentado una desvinculación laboral de una persona que reúna las calidades de especial protección la tutela no prosperará por la simple presencia de esta característica, sino que (iv) será necesario probar la conexidad entre la condición de debilidad manifiesta y la desvinculación laboral, constitutiva de un acto discriminatorio y un abuso del derecho. Por último, (v) la tutela sí puede ser mecanismo para el reintegro laboral de las personas que por su estado de salud ameriten la

protección laboral reforzada, no olvidando que de presentarse una justa causa podrán desvincularse, con el respeto del debido proceso correspondiente”

En este caso, esta Corporación determinó que al peticionario no se le había expresado de manera concreta los motivos que justificaban su desvinculación pues solamente se hacía una referencia vaga de los artículos 62-64 del Código Sustantivo del Trabajo, lo cual constituía flagrante violación de los derechos al debido proceso y defensa del tutelante. Por otra parte, concluyó que la enfermedad que padecía el accionante era ruinosa y catastrófica, requiriendo de tratamiento continuo y quimioterapia, situación que lo tornaba en sujeto de especial protección por parte del ente estatal. Por ello esta Corporación determinó que pese a no encontrarse incapacitado al momento de su retiro el trabajador merecía tratamiento especial para ser despedido toda vez que faltando el vínculo laboral, faltarían también los aportes y en consecuencia la atención integral que requiere, quedando desprotegido. Por ello decidió tutelar los derechos que le asistían al trabajador y ordenar su reintegro laboral, sin solución de continuidad, al cargo de oficina que venía ejerciendo al momento de la terminación del contrato de trabajo.

Cuadro 12.

Reintegro de trabajadores discapacitados por vía de Acción de Tutela

¿Se reconoce el principio de estabilidad laboral reforzada del trabajador discapacitado?

SI	§T –	NO
<p>Porque la observancia de éste principio se ve reflejada en la procedencia de la acción de tutela para ordenar el reintegro en caso de despido motivado en razón a la situación de discapacidad del trabajador o cuando exista recuperación de la capacidad laboral y por ende se extinga la pensión de invalidez.</p>	<p>229 – 1994 M.P. Martínez.</p> <p>^aT – 356 – 1995 M.P. Martínez.</p> <p>“ T – 943 – 1995 M.P. Gaviria.</p> <p>1309 – 2001 M.P. Vargas.</p> <p>^aT- 473 – 2002 M.P. Beltrán.</p> <p>^aT- 519 – 2003 M.P. Monroy.</p>	<p>Porque su aplicación no puede generar el reintegro por vía de acción de tutela al ser éste una situación legal que debe ser decretada por la justicia ordinaria, aun cuando la jurisdicción constitucional haya reconocido tal derecho. Además las normas sobre gasto público y planta de personal reglada en el sector oficial determinan su procedencia.</p>
	<p>– 1180 – 2003 M.P. Araujo.</p> <p>“T – 632 – 2004 M.P. Monroy.</p> <p>T- 689 – 2004 M.P. Tafur.</p>	
	<p>^aT – 068 - 2006 M.P. Escobar.</p> <p>“ T- 198 – 2006</p>	

“ T – 279 – 2006
M.P. Beltrán.

“ T – 385 – 2006
M.P. Vargas.

Nota: El signo § indica una sentencia madre dentro de la línea.
El signo ^a indica una sentencia hito dentro de la línea.

2.3.8 Protección constitucional a la discapacidad derivada del SIDA. El síndrome de inmunodeficiencia adquirida SIDA causado por el virus de inmunodeficiencia humana HIV se ha convertido en Colombia, como en gran parte del mundo, en un problema que afecta los distintos ámbitos de la vida social entre los cuales se encuentra el laboral. Las personas que lo padecen han sido objeto de segregación social, son vistas como individuos anormales e indeseables, pues la falta de tolerancia a éste flagelo ha desembocado en prácticas discriminatorias también a nivel laboral. Se tiene la errada concepción que el SIDA al ser una enfermedad infecto-contagiosa, se trasmite por cualquier medio; pese a la demostración plena de que ello sólo ocurre por contacto sexual directo o inoculación sanguínea, de lo cual se desprende que la convivencia con infectados de VIH es posible en las relaciones de trabajo normales.

La Corte Constitucional como tribunal máximo encargado de la protección de los derechos fundamentales, de manera constante, ha brindado protección especial a las personas con SIDA. La Corporación consiente de las grandes dificultades que afrontan estas personas ha reconocido en ellas una situación de debilidad manifiesta en razón a su condición de salud, y aunque no acuña el término discapacidad para los infectados con VIH o los enfermos de SIDA si se refiere a ellos en sus fallos, como personas con deficiencias que merecen el tratamiento constitucional especial consagrado en el inciso final del artículo 13 de la Carta Política Colombiana y por ende una protección reforzada en el empleo.

Así pues, la jurisprudencia constitucional, desde sus inicios ha sido enfática en garantizar los derechos fundamentales de los portadores tanto en su etapa asintomática como de enfermedad propiamente dicha. Esta protección se ha visto reflejada en las órdenes de reintegro que se han proferido por parte de la Corte Constitucional para trabajadores que han sido despedidos de sus empleos a causa de su situación de portadores. Con relación al portador asintomático o sano del virus VIH, quien según el decreto 559 de 1991 es “quien no presenta síntomas ni signos de enfermedad”, le ha dado un tratamiento preferente en razón a sus condiciones de salud y ha establecido que el deber de solidaridad es el que ilumina el campo de acción del empleador. Sin embargo, si éste logra demostrar una causal objetiva (establecidas igualmente por la jurisprudencia, entre las que se encuentran: “que las causas y materia del trabajo que motivaron la contratación del empleado dejaron de existir, que le resultaba imposible vincularlo en otro cargo o reubicarlo en otro lugar de trabajo, incumplimiento de las obligaciones contraídas” - que justifique el despido -la estabilidad reforzada de que goza, desaparece.

Respecto a las personas sintomáticas, la Corte ha considerado que se presenta una situación de enfermedad, y que es factible que proceda la justa causa prevista en el numeral 15 del artículo 7o. del Decreto 2351 de 1965, relativa a la facultad del empleador de despedir a su trabajador enfermo cuando medien 180 días de incapacidad, sin posibilidad de recuperación. Como se pasa a analizar a continuación.

La sentencia madre que aborda el tema de la estabilidad reforzada en el empleo del portador de VIH, fue la sentencia de unificación SU-256 del 30 de Mayo de 1996 (M.P. Dr. Vladimiro Naranjo Mesa) en donde la Corte analizó el caso de un portador asintomático de

VIH, quien interpuso acción de tutela contra la Corporación Gun Club, el Instituto de Seguros Sociales y el médico que había revelado su situación de portador, razón por la cual fue despedido. Consideraba que le fueron violados sus derechos fundamentales a la dignidad humana, a la igualdad, a la intimidad y al trabajo y expresó, que como consecuencia de las continuas presiones (entre las que se contaban recomendaciones de renuncia, hacerle firmar papeles solicitando licencias remuneradas), suscribió una conciliación judicial aceptando la cancelación de una indemnización en cuotas bajo la promesa de continuar recibiendo apoyo económico y asistencial hasta que se le reconociera la pensión por invalidez pero que la Corporación no cumplió, quedando desprotegido: sin empleo y sin seguridad social. A raíz de ello, solicitaba el reconocimiento de una indemnización que resarciera los daños materiales y morales producto de la determinación de despedirlo.

La Corte estudió la posibilidad de conceder la tutela contra un ente particular, en aras de la protección de los derechos fundamentales del portador asintomático de VIH, sin desconocer la cosa juzgada producto de la sentencia aprobatoria de la conciliación mediante la cual se le reconoció por un término de 12 meses una retribución básica mensual como indemnización.

Consideró además que el estado en que se encontraba el petente, posibilitaba la convivencia pues el riesgo de contagio era mínimo en las actividades normales de la relación laboral, motivo por el cual el alto Tribunal estableció que el Estado no puede permitir la estigmatización de estos seres humanos dotados de dignidad y amparados por la justicia.

De ahí que estableciera que la conciliación era ineficaz por cuanto versó sobre derechos fundamentales que, per se, son irrenunciables e inalienables, inherentes y necesarios a la condición humana. Pues el hecho de que la persona se encuentre infectada no quiere decir que por ello deje de ser un ser humano titular, de todos los derechos proclamados en los textos internacionales de derechos humanos, que prohíben la discriminación y la arbitrariedad por razón de su situación. Tanto es así, que el legislador colombiano profirió las leyes 9 de 1979 y 10 de 1990, cuyo decreto reglamentario 0559 de 1991 señala en su artículo 22 la prohibición de exigir pruebas tendientes a determinar la infección por el V.I.H. para acceder o permanecer en una actividad laboral. Así mismo, y con igual espíritu, en el artículo 35 establece que los trabajadores no están obligados a informar a sus empleadores su condición de infectados por el virus. Luego, lo actualizó profiriendo el Decreto 1543 de 1997 que en su artículo 35 regula la situación laboral de los trabajadores (públicos y privados) infectados por VIH estableciendo en el parágrafo 2º que tal condición “no será causal de despido sin perjuicio de que conforme al vínculo laboral, se apliquen las disposiciones respectivas, relacionadas al reconocimiento de la pensión de invalidez por pérdida de la capacidad laboral”.

Por ello, concluyó la Corte que el despido como causa de la condición de portador es inconstitucional e intolerable para el Estado Social de Derecho, y anotó al respecto:

“(…) [E]l trabajador (…) no puede ser despedido precisamente por su condición de infectado del virus, pues esta motivación implica una grave segregación social, una especie de apartheid médico y un desconocimiento de la igualdad ciudadana y del derecho a la no discriminación (Artículo 13 C.P.). Con ello obviamente se vulneran estos derechos fundamentales, así como también el derecho a la dignidad”.

“(…) [L]a Corte estima que el despido motivado en la consideración de ser el empleado portador asintomático del virus V.I.H, no puede ser avalado por el Estado por atentar contra los derechos a la dignidad y a la igualdad, al trabajo, a la salud y a la seguridad social. No existe, pues, una libertad absoluta para terminar unilateralmente, por cualquier motivo una relación laboral. Si ese motivo resulta lesivo de derechos fundamentales, hace que el despido constituya un acto de atropello y no una situación jurídica que pueda ser reconocida como legal”.

De igual manera, la Corte refirió que el amparo era procedente contra particulares cuando el afectado se encuentra en situación de debilidad, que en este caso se traduce en subordinación frente a la entidad demandada. A criterio de la Sala, también resultaba procedente, conceder el resarcimiento pecuniario por daños y perjuicios materiales y morales imponiendo a la empleadora el pago de una indemnización en abstracto, puesto que en primer lugar, no era conveniente ordenar el reintegro del trabajador; en segundo lugar, tampoco contaba con otro tipo de acciones para reestablecer los derechos quebrantados, como sería la nulidad del despido, pues ésta tiene causales muy concretas entre las cuales no se encontraba el caso del peticionario, y en tercer lugar, porque la indemnización era el único medio que tenía el afectado para garantizar el goce efectivo de sus derechos.

En cuanto al derecho a la intimidad invocado por el actor, la Corte consideró que la actitud imprudente del médico que reveló la historia clínica de su paciente al club, trajo consecuencias para el Seguro Social pues comprometió su responsabilidad, por lo tanto la Corte ordenó que se le restableciera la afiliación y en el momento que correspondiera procediera a reconocerle la pensión de invalidez.

La sentencia tuvo un salvamento de voto del Dr. Jorge Arango Mejía y una aclaración de voto del Dr. Hernando Herrera Vergara.

En relación con el salvamento de voto, se dijo que la Corte había interpretado erróneamente el objeto de la transacción pues lo que se había transigido no eran los derechos fundamentales del actor, sino las consecuencias económicas del despido injusto que alegaba el trabajador, acuerdo perfectamente demandable ante la jurisdicción laboral aduciendo “vicios como el dolo, la violencia, o aún la misma violación de derechos fundamentales”. Para que dicha jurisdicción determinara “si las normas legales que permiten al patrono dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo, con justa causa o sin ella, tienen vigencia en tratándose de trabajadores contagiados de SIDA. Excepción ésta consagrada solamente por el nuevo derecho. Es claro que si el contrato se terminó sin justa

causa, las sanciones para el patrono están previstas en la ley: las indemnizaciones que ésta señala”.

Además se desconoció mediante la acción de tutela la validez de la actuación legal de la entidad y también la fuerza de la cosa juzgada constitucional, sabiendo que en este momento la tutela era improcedente para atacar sentencias judiciales como en el presente caso, pues la conciliación fue avalada por una de ellas, ignorando el principio de la seguridad jurídica y corriendo el riesgo de que la acción de tutela absorbiera todas las leyes y remedios procesales que se encontraran en el ordenamiento jurídico, so pretexto de la aplicación directa de la Constitución.

Con respecto a la aclaración de voto se estableció que la tutela no tenía la virtualidad de modificar conciliaciones realizadas con arreglo a la ley, es decir, que versaran sobre derechos inciertos y discutibles, puesto que de ésta manera se desconoce la fuerza de la cosa juzgada material, máxime cuando el juez constitucional se abroga para sí la competencia del juez ordinario, como en el caso, la jurisdicción laboral, poniendo en riesgo la seguridad jurídica y reviviendo procesos culminados con anterioridad.

La misma línea se siguió en la sentencia T-826 de 21 de octubre de 1999 (M.P José Gregorio Hernández Galindo), en la cual la Corte trató el caso de un trabajador que padecía SIDA, vinculado mediante contrato a término fijo al servicio de la compañía "Inversiones Ragoa" A.R.G. Limitada. Afirmó el tutelante que fue despedido de manera injustificada por la enfermedad que padecía, la cual era de pleno conocimiento del empleador, quien a su vez negaba tal aseveración.

La Corte se preguntó si la terminación del vínculo laboral de una persona contagiada de VIH, conllevaba la violación de sus derechos fundamentales, cuando no existía prueba de que la desvinculación obedeciera a su enfermedad. Dicha pregunta, fue resuelta negativamente, pues la Corte afirmó que no se probó la relación de causa efecto, entre el padecimiento del tutelante y la finalización del contrato. Expresó este Tribunal que no se encontró probada violación alguna de derecho fundamental, puesto que el trabajador no fue discriminando por su empleador. Al no presentarse violación del derecho a la igualdad, la Corte explicó que el asunto bajo su conocimiento era de competencia de la justicia ordinaria, por lo tanto la resolución del caso debía estar a cargo del juez laboral, en aplicación del principio de subsidiariedad que rige el amparo constitucional. En la sentencia se indicó:

“Para esta Corporación, como lo ha indicado su Sala Plena, lo que resulta reprochable desde el punto de vista constitucional no es el despido en sí mismo -al que puede acudir todo patrono siempre que lo haga en los términos y con los requisitos fijados por la ley- sino la circunstancia que debe ser probada- de que la terminación unilateral del contrato por parte del patrono haya tenido origen precisamente en que el empleado esté afectado por el virus o padezca el síndrome del que se trata”.

En consecuencia, la Corte Constitucional negó la tutela.

En la Sentencia T-066 de 27 de enero de 2000 (M.P Alfredo Beltrán Sierra), disiente la Corte en la procedencia del amparo constitucional para trabajadores portadores de VIH despedidos por sus empleadores, pues los hechos materia de la controversia tienen una variación: el incumplimiento de las obligaciones laborales, que afectan el normal desenvolvimiento de la actividad de la empresa donde laboraba la petente.

La Corte examinó si el despido de la accionante obedeció a su estado de salud. Del análisis del sumario determinó que el despido no obedeció a la condición de la tutelante, pues el empleador al momento de vincularla, tenía conocimiento de su enfermedad. Incluso a pesar de la terminación del contrato, la empresa mantuvo a la actora afiliada al Instituto de Seguros Sociales por el período de tres meses, hecho que descartó la posibilidad de que se le haya dado un trato discriminatorio; por ello la Corte no creyó ecuánime condenar a la empresa accionada al pago de un seguro médico que canceló en forma permanente y cumplida desde el comienzo de la relación laboral.

La Corte, negó la tutela. Adicionó que se trataba de un típico conflicto laboral, por lo cual debía ser resuelto por la jurisdicción competente, a fin de determinar si las causas alegadas para el despido eran justas.

Se observa como en estos casos en los cuales no existe una relación de causalidad entre el despido y la situación de portador de VIH, la Corte no concede la tutela ni como mecanismo definitivo ni transitorio para proteger derechos de rango fundamental como el derecho a la igualdad del que se desprende el derecho a no ser discriminado, dejando la resolución del conflicto en manos del juez competente para el efecto, en el caso presente: el juez ordinario laboral.

En cambio, cuando de una manera diplomática los empleadores pretenden desconocer derechos fundamentales de los infectados con VIH, aduciendo como causa de la expiración del plazo pactado para duración del vínculo laboral y como consecuencia necesaria la sustracción de los aportes en materia de salud, la Corte ha sido categórica en anotar, que pese a que el vínculo laboral no es perpetuo ni constituye una obligación irredimible en cabeza del patrono, el despido debe hacerse atendiendo a circunstancias objetivas y no a razones ajenas basadas en la discriminación hacia el trabajador, pues éstas prácticas constituyen afrentas a los principios de solidaridad y dignidad humana que inspiran el articulado constitucional.

Así se pronunció en la sentencia T-136 de 17 de febrero de 2000 (M.P Carlos Gaviria Díaz) al revisar el caso de una trabajadora, vinculada a la Empresa de Servicios Integrales de Industria y Mercadeo Sidimer Ltda; (Agencia de empleo de H. Rivero Ltda.) como impulsadora, en la venta callejera de chance para la firma Apuestas H. Rivero en la ciudad de Barranquilla, mediante contrato a término fijo, el cual fue liquidado previo aviso por escrito. Posteriormente se volvió a contratar a la tutelante; quien dejó de laborar por encontrarse enferma, acudiendo al servicio médico, donde se le diagnosticó SIDA, recibiendo incapacidad por 30 días. Cumplió la incapacidad en su casa, y cuando ésta se venció, solicitó que fuera reubicada en un puesto de venta en el que pudiera permanecer sentada, pues su enfermedad le impedía caminar durante toda la jornada; en vista de ello

fue remitida al médico para que éste certificara la enfermedad que padecía y, si era cierto, que la misma le impedía desplazarse por el sector que le habían asignado.

Al no contar con las semanas suficientes de cotización para una enfermedad catastrófica como la suya, le fueron negados los exámenes, los medicamentos y en consecuencia la certificación médica. Por lo que no pudo acreditar la incapacidad ante su empleador. Interpuso acción de tutela, con ayuda de la personería de Barranquilla, para que se le concedieran los exámenes y medicamentos formulados por el médico tratante. La tutela prosperó. Sin embargo, la E.P.S incurrió en desacato negándose a suministrarle los medicamentos y a practicarle los exámenes pertinentes. En vista de ello, se promovió incidente de desacato.

Posteriormente, la actora instauró, en coadyuvancia con un funcionario de la personería de Barranquilla, una segunda acción de tutela (la cual revisa la Corte) dirigida contra las empresas mencionadas, a fin de proteger sus derechos al trabajo, al mínimo vital, y obtener el pago de los aportes a salud. El funcionario de la personería realizó visitas especiales a la E.P.S. demandada en la primera tutela, y a las firmas demandadas en el proceso bajo revisión, en las cuales descubrió que Sidimer Ltda. y Apuestas H. Rivero, enteradas de la enfermedad de la petente, expresaron que el contrato con la trabajadora no se extendió más allá del primer período pactado, por lo tanto adujeron que no estaban obligadas a cubrir la seguridad social de la actora.

La Corte teniendo como base el principio de la solidaridad y lo dispuesto en la sentencia SU-256 de 1996 (Supra, página 329), estableció que se vulneraron los derechos fundamentales a la igualdad, a la no discriminación, a la dignidad, al trabajo, a la salud y a la seguridad social de la trabajadora. Por lo cual concedió la tutela, ordenando a las empresas accionadas mantener a la actora en su cargo, en un puesto de promoción de apuestas en el que no se viera obligada a caminar durante toda la jornada, cuando su estado de salud no le permitiera hacerlo, manteniendo a la petente vinculada al Sistema de Seguridad Social, en calidad de aportante.

Aclaró que sólo en los términos de la parte considerativa de la sentencia SU-256 de 1996, las empresas demandadas podían poner término a la relación laboral que tenían con la accionante.

De igual manera, se pronunció la Corte en la sentencia T- 434 de 30 de mayo de 2002 (M.P. Rodrigo Escobar Gil) en donde se analizó la situación de un trabajador portador de VIH, quien le comunicó de su padecimiento a su empleador. Éste le concedió una licencia remunerada por un año y medio, al vencimiento de la misma el trabajador trató de reincorporarse a sus labores sin que dicha reincorporación fuera aceptada por su jefe, quien le afirmó que tomara un tiempo adicional para realizarse los estudios convenientes. Al vencimiento de este lapso volvió a la empresa, donde se le ofreció dar por terminado el contrato por mutuo acuerdo. El trabajador no aceptó, por lo que su salario fue dejado de cancelar, al igual que los aportes a seguridad social. Posteriormente recibió una comunicación, donde se le manifestaba que la terminación de su contrato de trabajo se debía a una reorganización administrativa de la compañía. El actor tuteló, pues consideró

que el despido obedeció a su enfermedad y adicionalmente solicitó que se ordenara a la empresa su afiliación al régimen de seguridad social.

La Corte con base en el principio de solidaridad determinó, que la empresa acató este principio constitucional al otorgar la licencia remunerada, por el tiempo antes mencionado, hecho que descartó que la enfermedad haya sido la causa del despido; adicionó que si la enfermedad hubiere sido el motivo del despido, este se hubiere efectuado una vez el extrabajador comunicó su padecimiento a la empresa. Sobre el particular indicó “no puede considerarse como una obligación absoluta y perpetua, de modo que no pueden exigirse conductas ulteriores que constituyan una carga desproporcionada en cabeza de quien tiene tal deber”.

Con respecto a la afiliación al sistema de seguridad social, ordenó que se realizara la encuesta del Sisben, y si ella resultara favorable, se procediera a afiliarlo al régimen subsidiado de salud. Puesto que esa era su razón de ser: asumir la carga de prestar el servicio de salud a quienes no tuvieran capacidad económica para afiliarse al régimen contributivo.

En Sentencia T- 469 de 17 de mayo de 2004 (M.P Dr. Rodrigo Escobar Gil) la Corte Constitucional, abordó el caso de una trabajadora enferma asintomática de VIH/ SIDA que fue despedida sin justa causa y sin indemnización por la Clínica en la cual trabajaba con posterioridad al diagnóstico de su enfermedad, aduciendo el empleador, que su despido obedecía a la expiración del plazo del contrato de trabajo a término fijo. La Corte debía enfrentar el problema jurídico que se planteó “¿la no renovación de un contrato laboral a término fijo, de un trabajador que padece el Virus de Inmunodeficiencia Humana en estado asintomático, con base en el vencimiento del plazo pactado, vulnera los derechos fundamentales al trabajo, la igualdad, la seguridad social y la vida del empleado?”.

Al respecto la Corte reiteró lo expuesto en los fallos C- 588 de 1995, C-016 de 1998, T- 426 de 1998 y T-375 de 2000 ,expresando que en aras de hacer efectivo el principio de estabilidad consagrado en el artículo 53 de la C.P. si a la fecha de expiración del plazo pactado en el contrato de trabajo, subsisten las causas que le dieron origen y el trabajador ha cumplido satisfactoriamente con sus obligaciones, éste tiene derecho a que se le renueve el contrato de trabajo por un término equivalente.

“Es decir, que para que la decisión de no renovar el contrato de trabajo a término fijo se repute legítima y justa, ésta debe responder a la existencia de una condición objetiva, bien porque las causas que originaron la contratación del empleado desaparecieron, o bien porque no fue suficiente el rendimiento del trabajador.

(...)

El valor superior de la solidaridad orienta la interpretación de los derechos fundamentales y en especial, las reglas e instituciones que rigen las relaciones entre empleadores y trabajadores. La necesidad de la actividad laboral para la obtención de

los medios de subsistencia y el desarrollo personal de las capacidades individuales hacen necesario que en su regulación y ejecución se refleje el principio de solidaridad, renovando los contratos a término fijo de los trabajadores que se encuentran en un estado de debilidad manifiesta mientras éste cumpla con sus obligaciones, o subsista la causa que dio origen al contrato de trabajo, o en su defecto cuando sea posible vincularlo a otro cargo o reubicarlo en otro lugar de trabajo de la misma empresa, filial o subsidiaria.

Como consecuencia de esta protección especial, le corresponde al empleador la carga de probar la existencia de una condición objetiva, diferente a la simple terminación del plazo pactado, que justifique no haber prorrogado el contrato laboral a término fijo de un trabajador que se encuentra en situación de debilidad manifiesta, pues al abstenerse de renovar el contrato se aparta de su deber de solidaridad y de garantizar la estabilidad laboral de aquellos trabajadores que, por su condición, gozan de una estabilidad reforzada en materia constitucional”.

Con base en estos argumentos, la Corte concedió la tutela como mecanismo transitorio y como la clínica no pudo probar la existencia de una condición objetiva que justificara el despido le ordenó reincorporar a la trabajadora hasta que la justicia ordinaria decidiera el asunto.

No sin antes establecer que la estabilidad reforzada que se predica de las personas en circunstancias de debilidad manifiesta no es absoluta, al respecto expresó:

“En efecto, no hay lugar a considerar amenazados o vulnerados los derechos fundamentales de la persona infectada si se prueba que el empleador no tenía conocimiento de la enfermedad del trabajador al terminar la relación laboral o la motivación que originó la desvinculación no guarda relación con su padecimiento sino con otras circunstancias objetivas que legitiman el proceder del empleador.”

En sentencia T- 934 de 8 de septiembre 2005 (Magistrado Ponente: Dr. Alfredo Beltrán Sierra), la Corte revisó el caso de un vigilante portador de VIH, quien fue despedido de su trabajo por vencimiento del término pactado y porque la entidad en la cual se encontraba asignado el tutelante redujo el número de empleados. Le correspondió a la Sala determinar si en las circunstancias anotadas se vulneró el derecho a la estabilidad reforzada de las personas infectadas con VIH.

Al respecto la Corte reiterando el contenido de la sentencia T- 469 de 2004 (Supra, página 338) estableció que pese a que las personas infectadas se consideran una población vulnerable, el derecho a permanecer en el empleo no es absoluto, pues para que ello suceda deben concurrir: en primer lugar, la prueba de que el empleador tenía conocimiento de su padecimiento; en segundo lugar, que a causa de éste, se origine el despido, es decir, que medie una relación de causalidad entre los dos.

Con base en estos planteamientos y teniendo en cuenta que no se demostró que el despido del trabajador tuvo como fundamento la enfermedad, la Corte no tuteló los derechos por él invocados.

Cuadro 13.

Protección constitucional a la discapacidad derivada del SIDA

¿Se reconoce el principio de estabilidad laboral reforzada del trabajador discapacitado?

SI		NO
<p>Cuando existe prueba de que el despido fue ocasionado en razón a la condición de portador del virus de inmunodeficiencia humana y que entre éstas circunstancias exista una relación de causalidad que las vincule.</p>	<p>§ SU – 256 – 1996 Salvamento M.P. Naranjo. M.P. Arango.</p> <p>Aclaración M.P. Herrera.</p> <p>ªT – 826 - 1999 M.P. Hernández.</p> <p>..</p> <p>T – 066 – 2000 M.P. Beltrán.</p> <p>¨ T – 136 – 2000 M.P. Gaviria.</p>	<p>Cuando el empleador demuestre una causal objetiva de despido debidamente comprobada; o cuando el trabajador se encuentre en una etapa crítica de enfermedad que configure la justa causa contenida en el numeral 15 del artículo 7 del Decreto 2351 de 1965 o cuando se determine que la competencia para determinar la procedencia o no del despido está radicada en el juez ordinario.</p>
	<p>..</p> <p>T – 434 – 2002 M.P. Escobar.</p> <p>ª T – 469 – 2004 M.P. Escobar.</p> <p>..</p>	
	<p>M.P. Beltrán.</p>	

Nota: El signo § indica una sentencia madre dentro de la línea.
El signo ^a indica una sentencia hito dentro de la línea.

POLITICA PÚBLICA PARA DISCAPACITADOS EN COLOMBIA

“Mas vale poco con Justicia que mucho con Derecho”

Anónimo.

3. POLITICA PÚBLICA PARA DISCAPACITADOS EN COLOMBIA

3.1 SITUACIÓN ACTUAL DE LOS DISCAPACITADOS EN COLOMBIA SEGÚN EL DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO NACIONAL DE ESTADÍSTICA

La lucha por el respeto y cabal cumplimiento de los derechos del individuo, así como la preocupación constante por la dignificación del ser humano, indudablemente han repercutido en el manejo que los diferentes Estados han venido dando a la discapacidad.

Sin embargo, la preocupación por el tema ha traspasado fronteras y su tratamiento se ha convertido en una inquietud tanto nacional como internacional. En los dos ámbitos se ha reconocido a la discapacidad como un hecho social que debe ser abordado desde diversas ópticas y desde los diferentes ambientes en que el individuo se desarrolla, igualmente se ha evolucionado hacia una concepción que mira a la discapacidad ya no como un problema cuya solución exclusivamente concierne al ente estatal, sino como un fenómeno que requiere de la interacción de otros actores tales como la familia y la comunidad, quienes deben contribuir activamente en el mejoramiento de la calidad de vida de la población discapacitada.

En Colombia, la discapacidad ha sido abordada desde la óptica de un hecho multidimensional que compete a todos y que integra cuatro componentes: el biológico, el psíquico, el social y el entorno.

El biológico, ya que resulta obvio que la persona discapacitada sufre de un trastorno en su organismo que limita en diversos grados la posibilidad de desempeñar sus actividades cotidianas.

El elemento psicológico hace alusión al hecho de que muchas de ellas han sido estigmatizadas por quienes les rodean, al ser catalogadas como seres inútiles e incapaces o han debido afrontar diversas situaciones de discriminación, escenarios que atentan contra la confianza y la autoestima de la persona discapacitada.

En cuanto al componente social, éste se relaciona directamente con el hecho de que la discapacidad es un fenómeno que compete a todos y por ello requiere de la participación activa de todos los sectores tanto públicos como privados así como también necesita de la colaboración no solo del núcleo familiar sino de la sociedad en general en desarrollo del principio de solidaridad proclamado por la Constitución de 1991.

Se debe destacar la importancia que el entorno juega en el tratamiento de la discapacidad, ya que éste es el escenario en el que la persona se desarrolla, por ello en él se deben brindar las oportunidades y las condiciones para que el discapacitado obtenga un bienestar físico, psicológico, económico, social y cultural que fomente su desarrollo personal y su relación con los demás en aras de mejorar su calidad de vida; no se debe olvidar que no es la población discapacitada la que debe adecuarse a las particularidades que el medio en que se desenvuelve le suministre, sino por el contrario, debe ser este último el que debe adaptarse a las especiales condiciones que afronta dicho sector para brindarles una calidad de vida que dignifique su existencia.

El país no ha sido ajeno a esta situación, prueba de ello es la importancia que el tema de la discapacidad ha cobrado en la agenda de los organismos estatales quienes además de la adopción de normatividad tendiente a proteger y garantizar los derechos del discapacitado ha adoptado diversas medidas con el fin de llevar a la práctica los mandatos constitucionales que imponen la obligación de brindar a ésta población un tratamiento diferencial, ya que al encontrarse en circunstancias de debilidad manifiesta requiere una protección especial que garantice, entre otros, su derecho a la igualdad.

Hay que tener en cuenta que los esfuerzos que los diversos actores realicen deben dirigirse a fortalecer las habilidades, potencialidades y aptitudes de esta población, por ello, las medidas que se adopten deben tener en cuenta diversos aspectos, tales como las causas de la discapacidad, que varían en consideración al ambiente, al desarrollo económico, social y cultural; al igual que los objetivos que se pretendan alcanzar, la disponibilidad de recursos con los que se cuente, entre otros aspectos, con la finalidad de que los planes, programas y proyectos a desarrollar se lleven a la práctica y no se conviertan en letra muerta.

Un gran instrumento para alcanzar este cometido lo constituyen las informaciones estadísticas que cada país debe tener a su disposición, en el caso colombiano el Departamento Administrativo Nacional de Estadística DANE, en su calidad de entidad responsable de prestar el servicio público de información y regulación de la información estadística del país, y atendiendo a la Resolución 48/93 de la ONU que señala que los Estados deben reunir y difundir información sobre las condiciones de vida de las personas con discapacidad, a través de encuestas y censos nacionales, en 1993 introdujo por primera vez una pregunta dentro del formulario de Censo de Población y Vivienda de ese año, con el fin de determinar el número y tipo de discapacidades que afectaban a la población colombiana, lastimosamente, los resultados obtenidos no reflejaron la realidad del país frente a este tema, por cuanto una sola pregunta no pudo ser suficiente para dimensionar la real situación de los discapacitados.

Así pues, frente a la sentida necesidad de que el país pudiera conocer la verdadera dimensión de la situación de discapacidad, para hacerla visible y tener una oferta de programas acordes con las necesidades de esta población, el Gobierno Nacional asumió el compromiso de apoyar la conformación de un Sistema de Información en discapacidad para conocer las condiciones de vida, las características de las personas con discapacidad en el país y la disponibilidad de servicios para satisfacer sus necesidades.

En el Censo de 2006 se incluyó una pregunta sobre discapacidad, que permitió conocer cuántas personas con discapacidad existen en Colombia, qué tipo, y en qué municipios y departamentos.

Adicionalmente, el DANE, contando con la participación de representantes de organizaciones de y para la población con discapacidad, creó el Formulario Único de Registro para la Localización y Caracterización de las personas con discapacidad. Este Registro es un instrumento que busca que las autoridades locales conozcan en detalle las características, condiciones y necesidades de las personas con discapacidad en un determinado municipio y departamento, para que, con base en ella, se puedan establecer planes y programas acordes con estas necesidades capaces de brindar una atención integral y oportuna a las personas con discapacidad, administrando eficientemente sus recursos públicos.

Varias entidades del Gobierno Nacional han apoyado con gestión y recursos al DANE para que pueda brindar asistencia técnica a los departamentos en la implementación del Registro. Las acciones van desde la convocatoria y sensibilización de alcaldes y gobernadores sobre la importancia de contar con esta información en sus territorios, hasta la aplicación y actualización continua de esta información.

Hoy en día, el DANE dentro de su presupuesto cuenta con una línea propia para cofinanciar el Registro continuo, si bien no son suficientes \$300'000.000, se ha permitido brindar el apoyo técnico que los entes territoriales solicitan.

“Hasta el momento 18 entidades territoriales están participando en el proceso de implementación del Registro continuo. 406 municipios, incluido Bogotá, han enviado 345.658 formularios diligenciados al DANE, logrando un 76.66% de la meta proyectada y se tienen datos procesados de 248.670 personas”.

Los resultados generales se pueden apreciar en la siguiente Cuadro:

Cuadro 14. Estadística del Formulario Único de Registro para la Localización y Caracterización de las personas con discapacidad.

DEPARTAMEN TO	MUNICIPI OS	PERS / DISCAP AC 93	M e t a Formula rios Diligenci ar	F O R M RECIBID O DANE	% ENVIOS / META	F O R M P R O C E S A D O S
------------------	----------------	---------------------------	---	---------------------------------	-----------------------	---

ANTIOQUIA	49	28 646	42 996	26 472	0,615685 18	2 1 420
ATLANTICO	22	24 733	37 142	14 389	0,387410 31	1 4 379
BOGOTA	1	63 372	95 058	88 759	0,933735 19	3 0 772
BOLIVAR	1	357	536	329	0,614379 08	-
BOYACA	40	8 573	14 321	12 473	0,870958 73	1 0 984
CALDAS	2	1 370	2 055	1 323	0,643795 62	1 323
CAUCA	36	20 731	31 215	21 490	0,688451 07	1 5 064
CESAR	12	6 956	10 434	14 888	1,426873 68	1 3 656
CORDOBA	28	18 177	27 266	25 044	0,918523 41	2 4 794
CUNDINAMAR CA	30	6 572	10 144	7 817	0,770641 3	7 769
HUILA	37	18 682	28 044	26 497	0,944836 69	2 5 994
LA GUAJIRA	15	6 058	9 087	9 490	1,044349 07	2 144
NARIÑO	43	17 601	26 546	26 169	0,985816 81	1 4 352
SANTANDER	3	3 142	4 719	4 089	0,866497 14	3 897
TOLIMA	46	18 968	28 604	31 211	1,091160	3 1

Caldas	27	2	7,4%	23 310
Guainía	9		0,0%	360
Guaviare	4		0,0%	758
Quindío	12		0,0%	13 182
Risaralda	14		0,0%	22 125

TOTAL 77 2 2,6% 61 456

Fuente: DANE. Dirección de Censos y Demografía

Igualmente el DANE realizó el mantenimiento y actualización de las bases de datos de todos aquellos municipios que reportaron nueva información, prestando apoyo técnico a los departamentos que así lo solicitaron, participando en el diseño del subsistema de información sobre oferta de bienes y servicios de acuerdo con lo establecido en el CONPES 80/2004.

Es indispensable que las entidades territoriales, con el acompañamiento del DANE y demás entidades del Gobierno Nacional, continúen implementando y actualizando el Registro para la localización y caracterización de las personas con discapacidad en sus respectivos municipios y departamentos, para asegurar el Registro en todo el territorio nacional.

Se tiene proyectado el diseño, por parte del DANE, de mecanismos a fin de obtener información sobre las principales causas de mortalidad a nivel territorial, así como la elaboración de estrategias de sensibilización sobre captura y utilización de información estadística sobre discapacidad, tanto la que proviene del registro como la de los censos nacionales de población, tarea que se llevará a cabo con las entidades del Comité Técnico Nacional de Discapacidad.

Hoy por hoy, frente al segundo gran censo nacional realizado en el año 2006, los resultados fueron contundentes respecto al número de ciudadanos colombianos que afrontan algún tipo de discapacidad, el total arrojado por el censo realizado por el DANE, establece una cifra de 2.640.000 personas con discapacidad, lo que equivale a que un 6.4 % de la población colombiana presenta algún tipo de limitación.

3.2 ACCIONES AFIRMATIVAS PARA DISCAPACITADOS

En los últimos años, la manera de abordar la discapacidad desde una perspectiva caritativa y asistencialista ha cambiado por una visión que trata a la persona discapacitada como un sujeto titular de derechos que deben ser reconocidos y garantizados, tanto por el ente estatal como por la sociedad en su conjunto, quienes deben jugar un papel preponderante en la lucha por mejorar la calidad de vida de ésta población que durante toda la historia ha sido estigmatizada, segregada y discriminada.

Afortunadamente, el tratamiento otorgado a la persona discapacitada, ha cobrado gran importancia en la agenda de los gobiernos de los diferentes Estados y de las organizaciones internacionales, situación que se ve reflejada no sólo en la legislación que se ha adoptado sino también en los diferentes planes, programas y proyectos que se han implementado o se pretenden implementar con el fin de desarrollarla.

Es preciso aclarar que la adopción y expedición de un marco normativo que reglamente la situación y el alcance de los derechos de la población discapacitada no es suficiente, por cuanto la experiencia ha demostrado que la misma es objeto de desconocimiento por los diferentes sectores sociales. La tarea es mayor, porque requiere además de la

implementación de instituciones u organismos creados exclusivamente para velar por el respeto de los derechos, garantías y prerrogativas reconocidas a favor del discapacitado; al igual que se necesita adelantar programas orientados a sensibilizar y concientizar a la comunidad en general acerca del respeto que merece la persona disminuida como titular de derechos y de una especial protección por la condición que afronta. Así pues,

“[D]e los poderes públicos se exige que garanticen eficazmente la universalidad y la equidad en la satisfacción de necesidades y el ejercicio de los derechos sociales que corresponden al colectivo de personas con discapacidad en igualdad de condiciones que el resto de ciudadanos, a través de la articulación de políticas públicas sólidas y sostenidas y a través de los instrumentos normativos que garanticen el reconocimiento y ejercicio de tales derechos.

Uno de los sectores que mayores contribuciones puede realizar en beneficio de las personas que padecen algún tipo de discapacidad es el laboral, pues en él, el individuo obtiene su máximo desarrollo personal a través del desempeño de actividades que ponen en práctica sus conocimientos o habilidades. Por ello, la empresa pública y la privada, deben contribuir efectivamente, brindando la posibilidad para que quienes padecen algún tipo de limitación puedan acceder a algún empleo que tenga en cuenta sus especiales condiciones, en cumplimiento y desarrollo de las políticas públicas y los programas de acción estatal que al respecto se tracen. De tal manera:

“Los empleadores están jugando un papel más importante que nunca en la promoción de oportunidades para las personas con discapacidad que buscan empleo, en la permanencia en el empleo de los trabajadores que han adquirido una discapacidad durante su vida laboral y en el desarrollo de estrategias de reinserción laboral para quienes han perdido su empleo como consecuencia de una discapacidad.

Con ello, no solo el país y la población vulnerable obtienen beneficios, sino también las empresas, pues las políticas sociales del Gobierno ofrecen múltiples beneficios para aquellos empresarios que decidan cooperar y adherirse a este proceso. Por ello, el gobierno en este aspecto debe jugar un papel primordial en el entendido de brindar incentivos a aquellas empresas que quieran colaborar con la integración laboral de las personas disminuidas física, psíquica o sensorialmente.

En Colombia, la legislación vigente (recopilada en la primera parte, capítulo 3) concede una serie de beneficios y garantías a aquellas empresas que incorporen entre sus trabajadores a personas que padezcan alguna discapacidad, tal es el caso de la prelación que se les brinda en el otorgamiento de créditos o auxilios, siempre y cuando éstos se destinen al desarrollo de planes y programas que impliquen la participación activa y permanente de personas con discapacidad; igualmente se garantizan bajas tasas arancelarias a la importación de maquinaria y equipos especialmente adaptados o destinados al manejo de personas con limitación; de igual modo, se prevé una deducción de la renta del 200% del valor de los salarios y prestaciones sociales pagados durante el año o período gravable a los trabajadores con discapacidad, mientras ésta subsista; cuando se ocupen trabajadores con limitación no inferior al 25% comprobada y el empleador esté obligado a presentar declaración de renta.

Entre otros beneficios que el gobierno otorga, están la reducción de las contribuciones que se realizan para subsidio familiar, al SENA y al ICBF cuando se vinculen a más trabajadores de los que tenía en promedio en el año 2002 y entre estos se encuentren personas con discapacidad calificada no inferior al 25%, siempre y cuando no devenguen más de 3 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

De lo anterior se evidencia que el mejoramiento de la calidad y las condiciones de vida de los discapacitados es una tarea que compete a todos y que necesita de su colaboración, ningún miembro de la sociedad civil, ni del gobierno debe olvidar la obligación que la Constitución, en su calidad de Norma de normas, les ha asignado y que se traduce en el respeto de los derechos y garantías de los demás miembros de la comunidad, situación que se vuelve mas enfática, cuando se trata de aquellas personas que por su condición de discapacidad física, psíquica o sensorial merecen un trato diferente por encontrarse en circunstancias de debilidad manifiesta.

La discapacidad debe ser entendida como una condición humana que hace parte de la diversidad entre los individuos, por tanto debe ser respetada y valorada en aras de garantizar el cabal cumplimiento de las prerrogativas reconocidas a favor de las personas disminuidas, dentro de los cuales se encuentra el derecho a no ser discriminado por la condición de salud que atraviesan, por cuanto es su situación particular la que en lugar de hacerlos titulares de un trato discriminatorio, los ha hecho merecedores de un trato diferencial positivo.

Se utiliza el término diferencia ya que como se ha citado a lo largo del presente trabajo, ella es “justificada y razonable”, por que si bien es cierto que los seres humanos en su condición de tal son iguales y por ello deben contar con la posibilidad de disfrutar de los derechos y garantías reconocidas a favor del género humano sin distinción alguna, también lo es que existen entre esos mismos individuos rasgos o características que los hacen diferentes; lo importante es tener presente que en ningún momento y bajo ninguna circunstancia esas particularidades propias de cada individuo pueden convertirse en parámetros que generen situaciones de discriminación y con ello de desconocimiento y flagrante violación de los derechos que como personas les asisten.

Por el contrario, existe otra noción que lastimosamente a pesar de estar inmersa en las diversas sociedades no debería tolerarse: la desigualdad que no tiene sustento válido que la justifique y menos aún, que la haga razonable; dicha noción se contrapone a la concepción de igualdad, en su acepción más amplia de igualdad material, presupuesto indispensable en la consecución de un Estado Social de Derecho como el adoptado para Colombia por la Constitución de 1991.

Esa clase de igualdad, parte del reconocimiento de escenarios de desigualdad frente a los cuales es papel de las autoridades gubernamentales adelantar actuaciones para lograr un equilibrio, pues a pesar de la imposibilidad de erradicar de plano las situaciones de desigualdad, ello no significa que no se deba hacer lo propio para que quienes experimentan una situación de inferioridad cuenten con las herramientas y los recursos necesarios para poder vivir dignamente; condiciones que se lograrían a través de la puesta

en marcha de estrategias o mecanismos que garanticen a todos los individuos en general, el pleno disfrute de los derechos que les son inherentes, ya que de ello depende que las situaciones de discriminación, exclusión y aislamiento presentes en la sociedad sean erradicadas.

El reto está en determinar qué medidas son aptas para mitigar el ambiente de profundas desigualdades presente en todas las sociedades, con ese propósito los gobiernos de los diversos Estados y los organismos de carácter internacional, han venido implementando estrategias que viabilicen la posibilidad de erradicar los factores de desigualdad que los aquejan, tarea que no ha sido fácil, ya que existen obstáculos de índole política, económica, social y cultural, que impiden la concreción del derecho de igualdad plasmado no sólo en las Constituciones de cada Estado sino en las diversas declaraciones de Derechos Humanos y demás legislación de carácter internacional.

Entre las estrategias que se han venido implementando están las medidas antidiscriminatorias que no han sido suficientes, razón por la cual deben ser complementadas con medidas de acción positiva, que en el caso colombiano lleven a la práctica los postulados constitucionales y las demás garantías previstas en otros estatutos legales, con la finalidad de que éstos se efectivicen, por ende, tales acciones deben evitar para el caso de la población discapacitada, que los entornos físico, cultural, político y jurídico en el que se desenvuelven, refuercen o mantengan la discriminación o exclusión a la que se ha visto sometido éste sector poblacional.

Con este propósito, la política pública de discapacidad en Colombia, ha sugerido grandes avances en la última década, sobre la base conceptual de que el grupo conformado por las personas discapacitadas, lejos de ser un obstáculo se ha consolidado como factor de progreso social en las regiones. Éstos avances han sido enormes con relación a décadas pasadas pues el nuevo marco jurídico que los respalda se deriva - lógicamente - de la Constitución Política de 1991, construido sobre los cimientos de la concepción del Estado Social y Democrático de Derecho y fundado en los principios de Dignidad Humana, Solidaridad y Trabajo; adicional a ello, el desarrollo judicial que ha desembocado en la solución de casos de personas con limitación en donde se le ha dado prevalencia al principio de igualdad de oportunidades en los diferentes ámbitos de desarrollo del individuo ha sido determinante en la búsqueda de acciones tendientes al mejoramiento de la calidad de vida de estas personas y al logro del máximo bienestar social a través de ellas.

Es así como dando desarrollo al Plan Nacional de Discapacidad proyectado para el período 2002- 2006 “Hacia un Estado Comunitario” y,

“[D]ando continuidad al proceso de formación de una política pública en discapacidad iniciado hace varios años, las entidades que integran el Gobierno Nacional (del nivel central y descentralizado) han implementado acciones sectoriales e intersectoriales orientadas al respeto y promoción de los derechos humanos de las personas con discapacidad mediante estrategias de Promoción y Prevención, de equiparación de oportunidades y de atención integral a esta población, conforme a las Normas Uniformes de las Naciones Unidas”

En dicho Plan se reconoce que la situación de discapacidad merece un tratamiento especial, pues no sólo debe ser vista como un estado clínico, sino también, analizada a la luz de una perspectiva holística que involucre tanto la funcionalidad orgánica del individuo como la integración y participación de la persona discapacitada en la sociedad, aclarando además que “[l]a discapacidad no es un atributo de la persona, sino un complejo conjunto de condiciones, muchas de las cuales son creadas por el ambiente social”, de allí que se haga necesario responder a las necesidades de estos individuos desde un enfoque de derechos aplicados en todos y cada uno de los ámbitos que la vida en comunidad impone.

El Plan Nacional de Desarrollo continúa estableciendo que la discapacidad es:

“Un tema transversal (que exige) una intervención integral frente al individuo y a su entorno, (con el fin de lograr el mayor grado de integración y participación social) por ello, es preciso la articulación de los diferentes actores y entidades que integran el Estado, tanto en sus niveles de descentralización: nacional, departamental y municipal, como desde los distintos sectores: salud, educación, empleo, cultura, transporte, etc.; desde la sociedad civil: instituciones prestadoras de servicios, líderes comunitarios, empresarios, gremios, y en general la ciudadanía”.

De lo cual se deriva que la formulación de políticas públicas requiere la activa intervención de todos los organismos tanto públicos como privados y además de la sociedad en conjunto, con el fin de movilizar acciones positivas encaminadas a mejorar la calidad de vida de los habitantes colombianos que padecen algún tipo de limitación. Con esta visión se establece que “...es importante comprender que la construcción de una política pública social más que un documento, un plan o una matriz, supone un “conjunto de acciones colectivas orientadas a garantizar los derechos sociales, las cuales configuran un compromiso público para lograr un fin determinado” Este fin, para el caso concreto de la Política Nacional de Discapacidad, no es otra cosa distinta a “lograr la máxima autonomía y la plena participación de la persona con discapacidad en el desarrollo humano y social del país”.

Con el fin de materializar los derechos de las personas con discapacidad se han adelantado políticas de Estado orientadas a asegurar la vigencia de la Constitución como principal herramienta que augure la participación de estas personas y que propicie la integración absoluta de las mismas en los diferentes entornos de la vida cotidiana, dentro de los cuales se destaca el laboral, por ello atendiendo a los lineamientos fijados en el documento CONPES 080 de 2004 se ha cimentado el Plan de Acción Nacional con el fin de responder a las necesidades más inmediatas de la población discapacitada colombiana. Además, con apoyo de la Consejería Presidencial de Programas Especiales y de la Vicepresidencia de la República, el Ministerio de la Protección Social diseñó el Plan Nacional de Intervención en Discapacidad con los sectores y entidades del orden nacional. De manera conjunta trabajó con los diferentes actores que conforman el Comité Consultivo Nacional de las Personas con Limitación, el Comité Técnico Nacional de Discapacidad y los Grupos de Enlace Sectorial, con el propósito de coordinar las acciones para el desarrollo de dicha Política. Igualmente apoyó en la definición del nivel de compromiso y grado de participación de los

diferentes departamentos en la formulación y planificación del proceso del desarrollo del Plan”.

El Plan Nacional de Intervención en Discapacidad, formulado para el periodo 2005-2007, pretende desplegar el objetivo previsto en la ley 812 de 2003, por la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo “Hacia un Estado Comunitario”, en donde se plantea:

“[P]ara atender la situación de Discapacidad en el país se desarrollará el Plan Nacional de intervención en Discapacidad, dentro del marco de la Política Pública, con el fin de garantizar los programas y estrategias intersectoriales que prevengan las situaciones de discapacidad. Propenderá por el respeto y el reconocimiento de las diferencias que de la condición de discapacidad se derivan, así como proveerá las condiciones para lograr la mayor autonomía y participación de las personas con discapacidad en los espacios cotidianos y de vida ciudadana, con la participación, compromiso y solidaridad de la familia, la comunidad y el Estado”.

Con su implementación, adicionalmente se pretende apoyar la ejecución de la Política Nacional para la Integración Social de las Personas con Discapacidad contenida en el documento CONPES 80 de 2004.

De esta manera, el Plan Nacional de Intervención en Discapacidad, se constituye en una herramienta que pretende lograr el diseño, la articulación y la materialización de la política pública de discapacidad en el país, “con la intervención y concertación del trabajo sectorial, intersectorial e interinstitucional y descentralizado, facilitando la articulación de acciones comunes, tanto horizontal como verticalmente, a través de una cultura de convivencia y respeto de los derechos humanos”.

El documento CONPES 80, constituye la línea fundamental de política pública en discapacidad, que el Plan nacional de intervención en discapacidad como un plan de acción debe contribuir a fortalecer y a ejecutar. Siendo fundamental en dicha labor la conjunción armónica y equilibrada de las líneas de acción propuestas en cada uno de los instrumentos nacionales de política pública en discapacidad.

Así, el plan en mención apareja los componentes que deben confluir, abordar y materializar conjuntamente con los programas del CONPES; de la siguiente forma:

Cuadro 16. Cuadro comparativo de los componentes de política pública en discapacidad con los programas del conpes 80.

Documento Política	Bases de	CONPES 80
-----------------------	-------------	-----------

Componentes y líneas estratégicas	Programas y Líneas de Acción.
1. Promoción y Prevención	1. Prevención y Reducción del Riesgo
(i) Promoción y fomento de condiciones y comportamientos saludables.	(i) Promoción y fomento de condiciones de vida para que las personas, familias y comunidades asuman estilos de vida saludables y se identifiquen y modifiquen los factores y comportamientos que generen riesgos, a través de estrategias de información, educación y comunicación.
(ii) Identificación, prevención y control de riesgos. Se refiere a identificar e intervenir los factores de riesgo (Salud Pública).	(ii) Diseño, aplicación y difusión de instrumentos para el registro y vigilancia de factores de riesgo y protectores y de la condición de discapacidad. Hace referencia más a los instrumentos de identificación de los factores de riesgo.
(iii) Promoción del acceso oportuno a detección temprana en los diferentes espacios de interacción social y a la atención en los servicios específicos.	(iii) Promoción del acceso oportuno a los servicios de protección social y educación, para la detección y atención temprana de la condición de discapacidad; así como divulgación entre los diferentes actores institucionales y comunitarios de las pautas pertinentes para la detección temprana, con énfasis en la población infantil.
No se contempló este componente.	(i) Diseñar, desarrollar y promover instrumentos informales deseables, de mercado y desde el Estado, cuando sea necesario, que ofrezcan protección a las familias frente a riesgos asociados a discapacidad como consecuencia de situaciones de crisis.
	Superación
Promoción y Prevención	Equiparación de oportunidades
(i) Fomento a procesos de participación ciudadana para la transformación cultural en torno a la discapacidad.	(i) Fomentar los procesos de participación y organización comunitaria para la transformación del imaginario social cultural en torno a la discapacidad. Para el efecto, es necesario promover y potenciar el papel de las organizaciones que trabajan en la prevención de riesgos y en la atención y equiparación de oportunidades para las personas en situación de discapacidad.

<p>(ii) Eliminación de toda forma de exclusión y discriminación hacia las personas con discapacidad, por parte de las organizaciones sociales.</p>	<p>(ii) Identificar las barreras de acceso y las prácticas institucionales de discriminación con el fin de establecer mecanismos que propicien su eliminación. En el mismo sentido, se divulgarán las recomendaciones de la Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad. Los planes y programas institucionales de las entidades públicas de todos los niveles territoriales tendrán en cuenta los preceptos contenidos en esta Convención (ley 762 de 2002).</p> <p>(iii) Promover y dar reconocimiento público a las organizaciones sociales y entidades que adopten e implementen prácticas institucionales que contribuyan a eliminar la discriminación y promuevan el acceso de las personas con discapacidad a los bienes y servicios que ofrecen.</p>
<p>(iv) Promoción de los derechos laborales y el trabajo de personas con discapacidad y sus familias. Incluye promoción, generación y protección del trabajo.</p>	<p>(iv) Fomentar la participación productiva mediante el establecimiento y aplicación de mecanismos e instrumentos que incentiven la actualización y capacitación de la fuerza laboral de las personas con discapacidad y otros miembros de su hogar, trascendiendo al ámbito profesional.</p> <p>Está más enfocado a capacitación y actualización.</p>
<p>Habilitación Rehabilitación</p>	
<p>(v) Red de Servicios de Rehabilitación.</p>	<p>(v) Diseñar e implementar estrategias de intervención que permitan monitorear la habilitación, acreditación y gestión de los prestadores de servicios de rehabilitación, en el marco de los nuevos estándares de calidad definidos por el Ministerio de la Protección Social.</p>
<p>vi) Red de servicios de Rehabilitación. (vii) Promoción y Desarrollo de Ayudas Técnicas y Tecnológicas.</p>	<p>(vi) Mejorar la oportunidad en el acceso y la calidad en los servicios de habilitación y rehabilitación para las personas con discapacidad y sus familias, soportados en enfoques de base comunitaria. Las acciones se dirigen a fortalecer la capacidad de los servicios y de las comunidades y articularlos para intervenir efectiva y oportunamente en la</p>

	situación de discapacidad. Para tal fin, se promoverá la organización y fortalecimiento de redes de servicios integrales, incorporando normas técnicas para la atención, estrategias y metodologías de participación comunitaria, y el desarrollo de instrumentos que posibiliten el acceso a ayudas técnicas que contribuyan a mejorar la capacidad de desempeño autónomo de las personas con discapacidad y su productividad.
--	---

Fuente: Plan Nacional de Intervención en Discapacidad. Plan de Acción 2005-2007.

El Plan Nacional de Intervención en Discapacidad, al articular y fomentar la política pública en discapacidad en unión con los restantes instrumentos nacionales, tiene como propósito:

“[G]arantizar la dirección y coordinación del Estado en los diferentes niveles de Gobierno en la ejecución de acciones con respecto a la prevención, rehabilitación y equiparación de oportunidades de la población con discapacidad; e impulsar su control y seguimiento en el marco de la corresponsabilidad del Estado y la Sociedad Civil, y desde una perspectiva del desarrollo de la política pública para la discapacidad.”

Adicionalmente este plan se soporta en tres principios claves, que contribuyen a su cumplimiento. Dichos principios son:

- Transversalidad: En virtud del cual, se pretende que los diferentes entes y órganos adscritos a la administración nacional se vinculen de forma activa en el diseño y aplicación de la política pública en discapacidad, destinando para tal cometido los recursos necesarios del gasto público, en el sector competente, logrando el acceso de los discapacitados a la oferta institucional.

- Integralidad de la Acción:

“El Plan obedece al principio de la integralidad de la acción pública, en la medida que contempla directrices y orientaciones explícitas para los diferentes sectores gubernamentales, las cuales no pueden ser satisfechas sólo por la sumatoria de las acciones sectoriales, sino, por la planificada coordinación de las mismas, en la búsqueda de logros por áreas de intervención”.

- Flexibilidad y contextualización: Por medio de este principio se busca, que el plan permita la adecuación de la política pública en discapacidad atendiendo a los particulares hechos, circunstancias y necesidades de cada región, de cada localidad. De igual manera a través de el, se pretende complementar los lineamientos del plan con las contribuciones de los actores nacionales y territoriales, con fundamento en la multiplicidad de factores relacionados con discapacidad.

De igual modo, la Presidencia de la Republica por medio de la Consejería Presidencial de programas especiales y la Red de Solidaridad Social, ha formulado las bases para la formación de una política pública en discapacidad para el periodo 2003-2006, guiada por los siguientes principios:

“-Enfoque de Derechos: énfasis en las personas y sus relaciones sociales a partir de la unidad entre el sujeto social y el sujeto de derechos;

- Equidad: igualdad de oportunidades a partir de la inclusión de las personas con discapacidad sin ningún tipo de discriminación.

- Solidaridad: construcción de una cultura basada en el reconocimiento recíproco y la solidaridad social.

- Descentralización: reconocimiento de la diversidad y heterogeneidad de las regiones y territorios locales y de sus estructuras operativas para ampliar la democracia participativa y fortalecer la autonomía local.

- Integralidad y concertación: para el desarrollo de intervenciones integrales eficientes y coordinadas desde los diferentes componentes de la política.

- Corresponsabilidad: generación de una cultura de responsabilidad social que configure una ciudadanía activa, capaz de desarrollar nuevo tipos de solidaridad.

-Participación: Cultura de reconocimiento del otro, de la diferencia como sujeto actuante y aportante en los procesos de construcción social.”

Esta política tiene a su vez como objetivo:

“[C]onsolidar una política pública que permita construir una sociedad que, si bien considera la discapacidad como una situación que puede y debe prevenir, respete y reconozca las diferencias que de ella se derivan, logrando que las personas con discapacidad, la familia, la comunidad y el Estado concurren y estén comprometidos en promover y proveer las condiciones para lograr su máxima autonomía y participación en los espacios cotidianos y de vida ciudadana”.

Los objetivos específicos a su vez tienen como meta:

“1. Promover un entorno saludable, hacer visibles los riesgos de discapacidad ante la población, para controlarlos y mitigar sus consecuencias en los hogares y las personas, en especial los más vulnerables.

2. Formular y adoptar las medidas necesarias para que las instituciones y organizaciones formales de la sociedad colombiana, sea su naturaleza pública o privada, incorporen en sus prácticas y comportamientos institucionales, la identificación

y remoción de barreras que excluyen a las personas con discapacidad de la oportunidad de participar en las actividades que son propias a la misión institucional que a cada una de ellas le compete.

3. Mejorar la calidad y oportunidad de acceso de las personas con discapacidad y sus familias, a servicios de habilitación y rehabilitación articulados en función del logro de autonomía en las actividades que son cotidianas a estas personas, de acuerdo con sus características personales y de su entorno cercano.”

Esta política pública, se sirve de la promoción y prevención, la equiparación de oportunidades, la habilitación y rehabilitación (en el entendido de los componentes ya analizados), a fin de prevenir, superar y mitigar la discapacidad que afrontan los ciudadanos colombianos; lo que a su vez requiere la colaboración de la estructura social: la familia, la comunidad y el Estado.

La configuración de las bases de la política pública en discapacidad, señaló obstáculos a superar, en aras de lograr su correcta concreción; entre ellos se encuentran:

“ a) [E]l desconocimiento por parte de los niveles técnicos institucionales del marco jurídico nacional e internacional sobre la temática de discapacidad; b) la falta de claridad en los niveles de toma de decisión y planificación al interior de las entidades sectoriales, sobre los aspectos relativos a la discapacidad, las tendencias actuales para su abordaje, sus implicaciones para la planificación intersectorial y orientación de sus programas y servicios, a partir de las competencias institucionales y territoriales; c) la debilidad institucional en el abordaje de los marcos conceptuales de discapacidad, de gestión y política pública; d) la inexistencia de una instancia de toma de decisiones que regule, integre, gestione y coordine las acciones de las diferentes entidades públicas y privadas en función del desarrollo integral de la población con discapacidad; e) la debilidad institucional de la Secretaría Técnica del Comité Consultivo Nacional para la interlocución del Comité Consultivo Nacional con las instancias directivas y tomadoras de decisiones de las diferentes entidades y sectores compromisarios de la política y su ejecución; f) las dificultades de gestión en el nivel territorial para armonizar y operar la política propuesta por el nivel nacional”.

A pesar de los obstáculos, los instrumentos creados por el gobierno nacional con el fin de desarrollar la política pública en materia de discapacidad, han contribuido a la vinculación de algunos actores sociales que juegan un rol determinante al momento de prevenir, aminorar y superar la discapacidad.

El paso que se ha dado a través de la creación e implementación de la política pública es gigantesco, pues denota la preocupación por la situación de discapacidad que afrontan tantas personas actualmente en el país; estas políticas constituyen de esta manera verdaderas garantías de acciones positivas y vinculantes en las diferentes esferas y órbitas del tejido social.

Aunque su materialización cabal y precisa dista mucho de las realidades que actualmente afronta la población discapacitada, la asignación de funciones y tareas en pro del cumplimiento de los objetivos y metas propuestas en los diferentes planes que rigen la acción estatal en materia de discapacidad, es positiva y conducente a la aceptación y reconocimiento de la diferenciación positiva que implica la disminución de capacidades que pueda afrontar un individuo.

Dentro de los programas que se han articulado al interior de la formulación de la política pública en discapacidad se encuentran:

En el sector de Seguridad Social y Salud, programas para promover los entornos protectores y prevenir las causas que generan o aumentan la discapacidad, dentro de los que se ubican, el diagnóstico de la situación de personas con discapacidad en el país, la elaboración de mapas de riesgo y promoción de entornos saludables, la promoción de la salud ocupacional y prevención de riesgos profesionales, la prevención de la accidentalidad vial, prevención y atención de accidentes de minas antipersonas.

El programa de Oferta de Servicios de Rehabilitación Integral, dentro del que se analizan el mejoramiento en la calidad de los servicios de rehabilitación, la rehabilitación profesional, el manual de calificación de invalidez, la rehabilitación basada en la comunidad- RBC- los servicios de rehabilitación en las fuerzas militares y de igual manera las pensiones de invalidez en las fuerzas militares y finalmente el suministro de ayudas técnicas.

En lo que atañe al derecho a la educación se destaca la creación del sistema de Información de Educación, la ampliación de cobertura, el fortalecimiento de oferta educativa.

De igual manera, se han realizado significativos progresos en relación con el derecho al trabajo y al empleo, el derecho a la cultura, el derecho a la recreación y el deporte, el derecho a la libre circulación, el derecho a la comunicación e información, el derecho a la vivienda, el derecho a la participación de la comunidad con discapacidad, implementándose diversas estrategias para promover y hacer visibles los derechos de la misma, dentro de ellas se encuentran la formulación de una Convención Internacional para la protección de los derechos de las personas con discapacidad en las Naciones Unidas, una estrategia de comunicaciones, la gestión de recursos de cooperación internacional y la articulación con otras políticas sociales como la política de la infancia y la política de equidad de género.

En éste contexto, es de vital importancia que se asocien las concepciones de empleo y seguridad social, puesto que la segunda hace parte de la primera y como se ha resaltado, el derecho de seguridad social es irrenunciable para los trabajadores sean estos independientes o dependientes de un empleador, a tenor de lo preceptuado en los artículos 48 y 53 de la Carta Política. Mas aún cuando el trabajador es una persona discapacitada que atendiendo a lo dispuesto en el artículo 13 merece especial protección del Estado.

Sin embargo, a pesar de que la Constitución y la Ley 100 de 1993 establecen como principio del derecho de Seguridad Social la universalidad, se evidencia con base en el Registro de

Información Estadística DANE, que la cobertura en salud para las personas con discapacidad es insuficiente, pues solamente se encuentran cobijados por el Sistema un 62% del total de población discapacitada en Colombia y un 38% está fuera de él, en vista de tal carencia y con el fin de:

“[A]segurar el acceso y la cobertura de servicios en el Sistema de Salud y Seguridad Social de las personas con discapacidad en Colombia, el Consejo Nacional de Seguridad en Salud y Seguridad Social (CNSSSS), ha incluido dentro de los Planes de Atención Individual Obligatorios, tanto en el Régimen Subsidiado como en el Contributivo, acciones de promoción de la salud, prevención de la enfermedad y recuperación de la salud, particularmente servicios de atención en rehabilitación y suministro de ayudas técnicas para las personas con discapacidad, sin ningún tipo de discriminación. Se contemplan acciones de promoción y prevención para la atención comunitaria, en los Planes de Atención Básica (PAB) dentro de las políticas de atención en Salud Pública”.

Cabe destacar que dentro de los planes de prevención de la discapacidad se sitúa el plan “elaboración de mapas de riesgo y promoción de entornos saludables”, dirigido a la detección de los principales factores que generan discapacidad a fin de construir políticas estatales capaces de prevenirlos o de mitigar sus consecuencias una vez se presenten.

Por otra parte, se añadió a la política en materia de Seguridad Social el plan Promoción de la Salud Ocupacional y Prevención de Riesgos Profesionales que se realizó con base en el incremento masivo de campañas publicitarias y pedagógicas, adelantadas con el fin de promocionar y de incentivar a los empleadores para que realicen la afiliación a los sistemas de salud, pensiones y riesgos profesionales de sus trabajadores, ciñéndose así, a la ley y a los decretos reglamentarios que en materia de Seguridad Social y Salud Ocupacional rigen en el ordenamiento jurídico. De igual manera, se realizaron en varios departamentos del país campañas encaminadas a prevenir los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales, sobre todo para los trabajadores independientes e informales.

Un plan a nivel macro en el sector del servicio de salud es la implementación de la Oferta de Servicios de Rehabilitación Integral que incluye el mejoramiento de la calidad de los servicios de rehabilitación, entendiendo que la rehabilitación integral lejos de ser una pérdida, es una inversión necesaria que permite que las personas con discapacidad se integren al mercado laboral y contribuyan al desarrollo y progreso del sector económico, atendiendo a la definición del Ministerio de la Protección Social sobre rehabilitación integral como:

“[E]l conjunto de acciones sociales, terapéuticas, educativas y de formación, de tiempo limitado, articuladas, definidas y conducidas por un equipo interdisciplinario, en el que se involucra al usuario como sujeto activo de su propio proceso, a la familia, a la comunidad laboral y la comunidad social, en el cumplimiento de los objetivos trazados, que apunten a lograr cambios en el trabajador y en su entorno, y que conduzcan a una reincorporación al desarrollo de una actividad ocupacional satisfactoria y a una experiencia de vida con calidad” .

De otra parte, el Ministerio de la Protección Social coordinó la elaboración y publicación del documento "Lineamientos de Política de Habilitación y Rehabilitación Integral para el Desarrollo Familiar, Ocupacional y Social de las personas con discapacidad", el cual fue realizado en el marco del trabajo del Grupo de Enlace Sectorial -GES de Rehabilitación y por el cual se busca ofrecer lineamientos técnicos a las organizaciones gubernamentales, organizaciones no gubernamentales y a la comunidad en general, para facilitar los procesos de rehabilitación de las personas con discapacidad.

Un avance en este sentido lo constituye la expedición y difusión de una circular externa dirigida a Gobernadores, Alcaldes, Directores Departamentales, Distritales y Municipales de Salud, Consejos Territoriales de Seguridad Social en Salud, Gerentes de Empresas Sociales del Estado, ESE, Directores y Representantes Legales de Entidades Promotoras de Salud, EPS, IPS y de Administradoras del Régimen Subsidiado de Salud, ARS, suscrita por el Ministro de la Protección Social, mediante la cual se determina el carácter obligatorio de la prestación de Servicios de Rehabilitación a la población con y en situación de Discapacidad.

En lo referente a la rehabilitación profesional y en concordancia con los lineamientos del Sistema General de Riesgos Profesionales- SGRP, se difundió por parte del Ministerio de la Protección Social, el Manual Guía de Rehabilitación orientado especialmente a los administradores del sistema de riesgos profesionales y a sus usuarios con el propósito de que conocieran las bases del sistema de rehabilitación integral.

“En concordancia con esta estrategia, con el objeto de contar con un soporte técnico para la orientación laboral y la rehabilitación profesional el INCI elaboró un documento sobre perfiles ocupacionales basado en actividades económicas, buscando generar respuestas positivas de las entidades de formación para el trabajo así como de empresarios frente a las demandas de personas con limitación visual tanto de capacitación como de ubicación laboral”.

De igual manera, con base en lo solicitado en el documento CONPES 80 de 2004 y lo Planteado en el Plan Nacional de Salud Ocupacional 2003 - 2007, la Dirección General de Riesgos Profesionales del Ministerio de la Protección Social, tiene previsto para el año 2006, la realización de un contrato cuyo objeto será: “Revisión y Actualización del Manual Único de Calificación de Invalidez (Decreto 917 de 1999).

Este Manual contiene los criterios técnicos que permiten que las entidades de la Seguridad Social y las Juntas de Calificación de invalidez determinen el origen de los accidentes y enfermedades, califiquen y revisen la pérdida de capacidad laboral a las personas con discapacidad bajo los mismos parámetros objetivos.

Dentro de las medidas de acción positiva consagradas para las personas discapacitadas se ha puesto en marcha la metodología de Rehabilitación Basada en la Comunidad – RBC, mecanismo desde todo punto de vista inclusivo, ya que con él se pretende “la adaptación de la comunidad a las necesidades de éste grupo poblacional, su igualdad de oportunidades y

su participación para que se conviertan en miembros activos de sociedad mediante la transformación de la comunidad”.

En este mismo sentido, existe una preocupación constante por los miembros de las fuerzas armadas, por ello se implementó el programa Servicios de Rehabilitación en las Fuerzas Militares, bajo el auspicio de la Dirección General de Sanidad Militar, órgano que ha desarrollado:

“[D]os proyectos muy importantes en cuanto a fortalecimiento institucional. En primer término se aprobó la Directiva Ministerial de Políticas en discapacidad para el personal de la fuerza Pública No 23 del 10 de Octubre de 2005, actualmente en implementación. En igual forma se está desarrollando el Programa de Rehabilitación Integral, (cuya meta) es lograr la capacitación y ubicación laboral efectiva del personal militar con discapacidad a consecuencia del combate”.

Finalmente, el suministro de ayudas técnicas ha tenido un gran auge en el período 2002 - 2006, pues ellas constituyen junto con los servicios de apoyo y los recursos auxiliares, la base del proceso de rehabilitación de las personas discapacitadas, además se consolidan como el medio por excelencia en cuanto a recursos técnicos y económicos que permiten incrementar el nivel de vida y la autonomía de éstas personas en su cotidianidad y el ejercicio de sus derechos en condiciones de equidad: “Contribuyendo a este objetivo, la Consejería Presidencial de Programas Especiales –CPPE- a través de su programa de Apoyo a la Discapacidad ha entregado más de 3900 ayudas técnicas por un valor de \$ 3.434.000.000 durante este gobierno, gracias a la cooperación de gobiernos e instituciones privadas del nivel internacional”.

En resumen, la política pública de discapacidad que ha adoptado el Gobierno Nacional en Colombia ha ideado mecanismos con el fin de superar las consecuencias que la discapacidad trae consigo, mediante el diseño y construcción de propuestas, concretamente de planes y programas de desarrollo social que buscan la inclusión de éstas personas como seres productivos para el desarrollo nacional. Pese a todo, ello no resulta suficiente.

CONSOLIDACION DE LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA COMO DERECHO
CONSTITUCIONAL Y FUNDAMENTAL PARA LOS TRABAJADORES DISCAPACITADOS:
UNA TESIS A DEFENDER

“En la vida triunfan aquellos que no se dejan abrumar por el fracaso, aquellos que se levantan cada vez que se caen, aquellos que nunca se cansan de perseguir sus sueños”

Lens Cejudo.

4. CONSOLIDACION DE LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA COMO DERECHO CONSTITUCIONAL Y FUNDAMENTAL PARA LOS TRABAJADORES DISCAPACITADOS: UNA TESIS A DEFENDER

4.1 ¿ES LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA UN DERECHO CONSTITUCIONAL FUNDAMENTAL?

La estabilidad laboral reforzada ha sido abordada como una herramienta fundamental e imprescindible al momento de amparar legalmente los derechos de los trabajadores que por sus particulares condiciones de vida han padecido separación de sus cargos; Vg. mujeres gestantes, sindicalistas, trabajadores con más de 10 años de servicio.

Tal figura jurídica ha contribuido a dignificar y a equiparar las cargas en la relación laboral. Ha sido tal su importancia y eficacia que fue extendida a conglomerados laborales, para los cuales inicialmente no fue prevista, pero cuya aplicación era imperiosa; entre ellos los discapacitados.

Las peculiaridades que comprendían este derecho, amplían y complementan los deberes y derechos que entraña el vínculo laboral, tanto del sector público como del sector privado; así como también, todo el régimen de retiro del servicio. Así pues, es a través del derecho a la estabilidad reforzada como los grupos tradicionalmente catalogados como inhábiles o incapacitados para desempeñarse en el campo productivo han merecido una reconsideración y han tenido la oportunidad de demostrar sus capacidades.

En Colombia, la estabilidad laboral reforzada a favor de los trabajadores discapacitados es de creación y aplicación jurisprudencial; constituyéndose en su máximo progenitor y propulsor el Tribunal Constitucional Colombiano, quien vislumbró la necesidad de aplicar y hacer efectivos los postulados de la Carta Política a favor de los trabajadores discapacitados.

La figura en mención es una extensión y derivación de todo el entramado constitucional. Emanada de derechos catalogados como fundamentales, ya sean de carácter individual (igualdad, dignidad humana) o social (trabajo, seguridad social), aunque cobra independencia y concreción práctica al punto que la estabilidad laboral reforzada debe y puede ser catalogada como un derecho constitucional fundamental de los discapacitados.

En primer lugar, dicha estabilidad puede ser tratada como un derecho fundamental por conexidad, pues el desconocimiento de su estructura y contenido, implicaría la violación directa del principio de igualdad, de dignidad humana, del derecho al trabajo y del principio de solidaridad.

- En relación con el principio de igualdad: La igualdad dentro de las diferentes corrientes que conciben y explican su alcance (Ver primera parte, capítulo 4), puede adoptarse como el valor que por excelencia está llamado a instituir y fundar las bases del Estado, a fin de que éste se encuentre dotado del instrumento esencial de progreso social, económico y cultural al cual aspira toda nación.

La igualdad, permite que los países disminuyan las diversas situaciones de disparidad que separan y aíslan a ciertos conglomerados de otros grupos por la multiplicidad de factores que forman el imaginario ideológico de un pueblo.

Ya sea entendida a través de la discriminación inversa, de la diferenciación positiva, de la igualdad de trato o a través de la igualdad meramente formal, este principio es transversal a todos los derechos fundamentales y por ende, presupuesto inalterable en la ejecución y materialización de los diversos campos de acción que ha trazado el estatuto constitucional.

Por la complejidad de relaciones que apareja este derecho, no puede ser desligado y mucho menos segregado del núcleo esencial que compone y comportan los demás derechos fundamentales y legales, vinculantes en el país.

La Constitución Política Colombiana, prescribe en su artículo 13:

“...El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas a favor de grupos discriminados o marginados.

El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.”

La norma constitucional, que consagra el principio de igualdad desentraña su verdadero alcance y sentido respecto de aquellos individuos que dadas las condiciones físicas, psíquicas o sensoriales que afrontan, son objeto de discriminación; consagrando por tanto y de manera especial la tarea que el Estado debe asumir como ente rector y regulador de la convivencia y los procesos sociales de los trabajadores.

Así pues, con fundamento en las obligaciones que el ente estatal se abrogó a fin de implementar la igualdad en estos sectores, la protección del vínculo laboral de los trabajadores discapacitados, se asumió en forma directa por la Corte Constitucional colombiana, quien en un principio amparó y cimentó la protección de la relación laboral (cuya parte débil estaba representada por un trabajador discapacitado) en el derecho y las implicaciones que revestía la igualdad.

Por tanto, a la luz de este postulado fue factible luego de años de protección y amparo al trabajador discapacitado, el surgimiento y aplicación jurisprudencial de la “Estabilidad Laboral Reforzada” (propiamente dicha) a su favor, por parte del Tribunal Constitucional Colombiano.

Desde entonces, tal derecho se perfiló bajo ciertos presupuestos, como un principio inseparable de la relación laboral cuando en ella se encuentre involucrado un discapacitado.

La estabilidad laboral reforzada predicable para el trabajador discapacitado, se convierte por ello, en un derecho fundamental conexo por interpretación y aplicación jurisprudencial, pues se encuentra vinculado al núcleo esencial que apareja la igualdad.

- En relación con el principio de dignidad humana: La dignidad como principio y fin orientador del Estado Colombiano, se constituye en un parámetro a través del cual se deben situar y maximizar las relaciones en comunidad. Es a partir de su cabal aplicación, que el ser humano encuentra su pleno desarrollo y expansión en el mundo social. Sin este principio las sociedades se encontrarían en un estado de involución y atrofia permanente.

La construcción y el paralelo sometimiento de las relaciones sociales a éste principio enaltecedor del hombre, han establecido una serie de repercusiones y directrices orientadas a la protección del asociado. Esta protección se ha visto reflejada en las múltiples formas de relación humana.

En el ámbito en que, quizás, ha tenido mayor repercusión y trascendencia éste principio es en el campo laboral, gracias a él, se tornó la relación laboral, en una vinculación más humana, sensible a las capacidades, esfuerzos y entornos dentro de los cuales se desarrollaba el trabajador como tal; de hecho éste principio tornó a la relación laboral en un nexo que respeta y contribuye al progreso pleno del ser humano. Siendo ello así, se estableció a nivel constitucional que la relación laboral debía desarrollarse en condiciones dignas y justas (artículo 25).

Dentro de este entendido, la estabilidad laboral reforzada predicable para el trabajador discapacitado propicia la ejecución y aplicación de la dignidad humana, en tanto que es merecedor de mayor ayuda y apoyo, en aras de obtener su cabal integración a los procesos productivos al interior de la colectividad; por tanto, la no aplicación de esa figura desconocería la esencia de la dignidad humana.

A raíz de este principio, se ha logrado establecer mayor tolerancia hacia la discapacidad que presentan los trabajadores, lo que ha permitido, a su vez, la modificación de condiciones y entornos laborales de acuerdo a las particulares condiciones del discapacitado, considerándolo como un ser útil a la sociedad en la medida en que puede brindar lo que tiene: su capacidad personal de trabajo.

La conexión directa de la estabilidad laboral reforzada con la dignidad humana, implica per se un vínculo indisoluble a fin de que éste derecho sea susceptible de ser exigido judicialmente.

- En relación con el derecho al trabajo: El trabajo como derecho y obligación social (artículos 25-26) es especialmente protegido por la Constitución, y las dimensiones que aparece son amplias; implica tanto la libertad de escoger profesión u oficio dentro del marco legal, como la obligación de garantizar unas condiciones mínimas acordes con la dignidad y la justicia a aquellas personas que se encuentren laborando, ya sea en el sector público o privado.

El derecho al trabajo fue consagrado como fundamental por el constituyente de 1991, trayendo como consecuencia ineludible el reconocimiento de condiciones de trabajo, acordes con la diversidad y heterogeneidad de circunstancias que puedan presentarse en el desarrollo de la relación laboral, claro está, dentro de las posibilidades, deberes y derechos que la misma impone.

El derecho al trabajo implica un orden fundante del país (artículo 1), enaltecedor del hombre y sinónimo de progreso. El constituyente fue diligente al amparar a la parte débil de la relación laboral otorgándole una serie de prerrogativas que hicieran que las condiciones particulares de trabajo fueran acordes a los merecimientos del ser humano, por supuesto, dentro de los límites impuestos al empleador.

Es desde ésta óptica, que la estabilidad laboral reforzada contribuye a la concreción y fortalecimiento de éste derecho, por cuanto se busca la permanencia y protección del trabajador discapacitado en la relación laboral, cuando su condición y las tareas laborales así lo permitieren; procurando la plena realización individual y personal del asalariado como un agente útil y capaz de desempeñar funciones y tareas en el ámbito de competencias que le han sido encomendadas.

Una vez más, la relación de esta figura con un derecho fundamental, concretamente el derecho al trabajo, es indiscutible, pues existen puntos de conjunción entre uno y otro

A medida que la estabilidad laboral reforzada del trabajador discapacitado coincide con los derechos fundamentales, es cada vez más estrecha su relación, y por ende la exigibilidad de éste principio como un derecho fundamental se hace mas notoria, reiterando que su no aplicación puede violentar el núcleo esencial de los ya mencionados derechos fundamentales.

- En relación con el principio de solidaridad: Este principio característico de los Estados modernos, permite una concepción conmutativa y asistencialista dentro de la comunidad, es decir, en su ausencia los individuos carecerían de una estrategia de cooperación y ayuda mutua.

Es tal su envergadura, que ha sido plasmado a lo largo del articulado constitucional, convirtiéndose de este modo en un eje transversal a las disímiles situaciones que se despliegan al interior de la sociedad.

La solidaridad debe estar presente en el conjunto de relaciones sociales, debe franquear la individualidad, haciendo énfasis en la colaboración recíproca de quien lo necesite, principalmente cuando se trate de personas discapacitadas. Así, lo entendió el constituyente, quien enfocó con base en este principio y respecto de este sector derechos y prerrogativas de orden constitucional.

El artículo 95 consagra de manera inexcusable la obligación y el deber de los ciudadanos colombianos de actuar conforme al principio de solidaridad, respondiendo con acciones humanitarias ante las situaciones que lo ameriten; pues él, es el sustrato que eleva y favorece la vida en comunidad, sobretodo en la relación laboral, donde se torna en un supuesto básico a la hora de definir el cabal desenvolvimiento de la misma.

Es por ello, que la estabilidad laboral reforzada, aplicable al trabajador discapacitado pretende lograr la materialización de este principio durante los diferentes momentos que apareja la relación laboral (ingreso- permanencia- retiro).

Como se expresó inicialmente, la estabilidad laboral reforzada funge como derecho fundamental, en primer término por conexidad, pues su núcleo esencial esta correlacionado con el de derechos clasificados expresamente como fundamentales en la Carta Política; desde ésta órbita dicha figura está destinada a ser aplicada preponderantemente en las relaciones laborales de las cuales sea parte subordinada un discapacitado.

Al ser la estabilidad laboral reforzada del trabajador discapacitado un derecho fundamental por conexidad, presenta sus tres elementos característicos: a) un titular, b) un destinatario y c) un objeto; siendo el titular el trabajador discapacitado, el destinatario el empleador privado o público, y el objeto la protección especial que durante los diferentes momentos de la relación contractual se le debe ofrecer.

Así, este derecho de creación judicial pretende equiparar las cargas, obligaciones y deberes de los contratantes; especialmente en aquellos casos como el de los trabajadores discapacitados, los cuales se ven mermados y excluidos del competido mundo laboral.

Si bien, este derecho ha sido consagrado en la historia reciente de la jurisprudencia constitucional Colombiana, el impacto que ha merecido es grande, y la concreción que de la igualdad material y no meramente formal ha propiciado - aplicando la diferenciación positiva - es benéfica para un colectivo tradicionalmente ignorado y apartado del campo laboral.

Enfocando la estabilidad laboral reforzada del trabajador discapacitado, desde una segunda acepción, se tiene que ella deviene en un derecho constitucional, per se, es decir, por sí misma; pues su procedencia y desarrollo se derivan de la Constitución.

Esta figura ha sido catalogada como tal por la Corte Constitucional, quien al mismo tiempo la ha entendido como derecho de orden constitucional, al ser parte integrante de la Constitución.

No fue entendida como tal a favor de los trabajadores discapacitados sino luego de varios años de un progresivo e innovador trabajo jurisprudencial; encontrando fundamento, en un comienzo, en el principio de igualdad.

La Corte explicó la necesidad de expandir los fines y principios constitucionales hacia este sector poblacional, a través de este postulado, tratando ante todo de buscar un medio idóneo y efectivo para proteger legalmente el vínculo laboral del trabajador disminuido.

Adicionalmente, estableció mecanismos de protección configurativos de la estabilidad laboral reforzada, como lo son el reintegro, la reubicación y las indemnizaciones.

- Reintegro: A través de éste mecanismo la Corte Constitucional, buscó hacer efectiva la estabilidad laboral reforzada de la cual goza el asalariado discapacitado, imponiendo la obligación al empleador de incorporar nuevamente al trabajador cuando su despido haya tenido lugar sin la adecuada observancia de las disposiciones legales que hacen eficaz tal situación, y cuando éste fuere consecuencia directa de sus padecimientos.

- Reubicación: El Tribunal Constitucional, a través de ésta figura pretende acoplar a la persona discapacitada a una serie de labores de acuerdo con su situación; por ello, impone al empleador la obligación (constitucional y legal) de reubicar al trabajador que sufre merma en sus capacidades laborales, en un sitio de trabajo que permita su desarrollo pleno. La Corte aclaró que la reubicación no solamente implica, un cambio del lugar de trabajo (infraestructura física o espacio geográfico), sino también una reasignación de funciones, al mismo tiempo que capacitación idónea para el desempeño de las mismas.

- Indemnización: A través de la indemnización la Corte desarrolló lo que ha denominado estabilidad laboral imperfecta, a través de la cual se pretende cubrir las contingencias derivadas de la cesación del vínculo laboral, cuando este haya terminado sin ser alegada una justa causa. Procede cuando con ella no se afecte la médula de los derechos fundamentales. Procura concertar los diferentes intereses y derechos que suscitan controversia.

De esta manera, éste Tribunal instituyó este derecho, otorgándole envergadura constitucional; por supuesto, ello no implicó usurpación de funciones, pues esta Corporación desarrolla y aplica la Carta Política a través de los instrumentos y medios pertinentes que se encuentran en la esfera de su competencia y jurisdicción.

Ello ha permitido que sea abordado, aclarado y delimitado como derecho constitucional, convirtiéndose en un sustento necesario e imprescindible al momento de valorar la situación jurídica laboral de un trabajador disminuido.

Así pues, como derecho fundamental y constitucional la responsabilidad de su ejecución radica en cabeza del Estado sin discusión alguna, no obstante, la Corte Constitucional en sus innumerables fallos ha estructurado la responsabilidad horizontal (tomando como base una institución del Derecho Alemán el dritt wirkong) frente a los mismos, que obliga a los particulares a su observancia.

En diversos proveídos la Corte ha fijado los alcances de este derecho, de los cuales ha sido posible derivar reglas que sustentan y fundamentan sus límites e implicaciones.

Tales reglas e interpretaciones han sido aplicadas y se han convertido en un precedente que ha colaborado a la consolidación de un derecho que vale la pena ser difundido y reconocido en toda su dimensión.

4.2 Implicaciones de la estabilidad laboral reforzada como derecho constitucional de desarrollo jurisprudencial.

4.2.1 Corte Constitucional.

4.2.1.1 Subreglas frente a la Estabilidad Laboral Reforzada.

- “(...) El derecho a la estabilidad laboral reforzada a las personas con discapacidades tiene un ámbito constitucional propio cuya protección no está supeditada a un desarrollo legal previo, (...) constitucionalmente, dicho ámbito de protección va más allá del mecanismo de protección laboral imperfecta al que están sujetos la generalidad de los trabajadores. (Sentencia T-1040 de 27 de septiembre de 2001. M.P. Rodrigo Escobar Gil).

- El criterio jurisprudencial establece que a pesar de adolecer una persona de alguna deficiencia física, si se determina que puede desempeñar labores normalmente, es decir, que resulta apto, queda en igualdad de condiciones frente a los demás funcionarios y puede ser discrecionalmente removido del cargo, sin que haya lugar a protección especial alguna (Entiéndase estabilidad laboral reforzada). (Sentencia T-224 de 29 de Mayo de 1996. M.P. Dr. Vladimiro Naranjo Mesa).

- A fin de que proceda la aplicación de la estabilidad laboral reforzada, propiamente dicha o a través de los mecanismos para efectivizarla, debe acreditarse el nexo causal existente entre el despido, la imposibilidad o dificultad extrema en el cumplimiento de las funciones (que a su vez puede afectar derechos de carácter fundamental) y la discapacidad del trabajador.

- “(...) [F]rente a la estabilidad existen variadas caracterizaciones: desde la estabilidad impropia (pago de indemnización) y la estabilidad “precaria” (caso de los empleados de libre nombramiento y remoción que pueden ser retirados en ejercicio de un alto grado de discrecionalidad), hasta la estabilidad absoluta (reintegro derivado de considerar nulo el despido)”. (Sentencia SU-250/98 M.P. Alejandro Martínez Caballero)

- La Corte considera que con el fin de garantizar y mantener el equilibrio contractual en las relaciones laborales se permite al empleador despedir al trabajador, pues la justa causa constituye la imposibilidad de seguir manteniendo un vínculo laboral con quien no pueda prestar los servicios para los cuales fue contratado. Con esta decisión se consagró, no una estabilidad reforzada para el discapacitado como es la regla general, sino una estabilidad relativa como excepción. En aplicación de los numerales 7° y 15 literal a), del artículo 7o. del Decreto 2351 de 1965.

- En virtud de la estabilidad reforzada, predicable para el trabajador discapacitado, la Corte instituyó que éste gozaba de cierta seguridad en el empleo, mientras no exista una justa causa de despido. Adicionalmente y en virtud de la derivación y de las implicaciones que apareja esta figura, la Corte le otorgó el carácter de derecho constitucional que implica de acuerdo al Tribunal, la permanencia en el empleo del discapacitado de acuerdo a sus capacidades. Sin embargo, dicha estabilidad es relativa cuando exista una justa causa que viabilice la desvinculación y que debe ser calificada previamente por la oficina del trabajo (Tesis sostenida e instituida en la Sentencia C-531 de 10 de Mayo de 2000. M.P. Álvaro Tafur Galvis).

- (...) “Con la estabilidad laboral reforzada se garantiza la permanencia en el empleo del discapacitado luego de haber adquirido la respectiva limitación física, sensorial o psicológica, como medida de protección especial y en conformidad con su capacidad laboral.” (Sentencia C-531 de 10 de Mayo de 2000 M.P. Alvaro Tafur Galvis).

- Frente a la indemnización prevista en la ley 361 de 1997 que se causa cuando el despido obedece a la discapacidad del trabajador o el mismo se efectúa sin la autorización de la oficina del trabajo afirmó la Corte que la “indemnización presenta un carácter sancionatorio y suplementario pero que no otorga eficacia jurídica al despido o a la terminación del contrato de la persona con limitación, sin previa autorización de la oficina de Trabajo”; por tanto el trabajador puede y está en su derecho de adelantar las acciones pertinentes a fin de obtener su reintegro. (Sentencia C-531 de 10 de Mayo de 2000 M.P. Alvaro Tafur Galvis).

- “En cuanto a los mecanismos de protección de la estabilidad laboral, en términos generales la ley prevé la posibilidad del empleador de dar por terminado unilateralmente y sin justa causa el contrato de trabajo. En estos casos, además de la indemnización por lucro cesante y daño emergente efectivamente causados, aplicables a cualquier contrato, procede la indemnización consagrada en el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo, (...). Esta forma de garantizar la estabilidad laboral, armonizándola con el derecho a la libertad de empresa o con los otros posibles bienes jurídicos enfrentados es lo que la Corte ha denominado una estabilidad laboral imperfecta”. (Sentencia T-1040 de 27 de septiembre de 2001. M.P. Rodrigo Escobar Gil).

- (...) En ciertas circunstancias el ejercicio de la facultad del empleador de dar por terminado sin justa causa el contrato al trabajador puede terminar vulnerando otros derechos fundamentales cuyo núcleo esencial no es susceptible de protección mediante una indemnización. En estos casos, la protección estatal a una estabilidad laboral reforzada

opera como garantía de estos otros derechos que, por las circunstancias particulares del caso, se verían desprotegidos si su amparo se limitara a la protección imperfecta que otorga una indemnización. “(Sentencia T-1040 de 27 de septiembre de 2001. M.P. Rodrigo Escobar Gil).

- “(...) [E]l derecho a ser reubicado por condiciones de salud tiene alcances diferentes dependiendo del ámbito en el cual opera el derecho. Para tales efectos resultan determinantes al menos tres aspectos que se relacionan entre sí: 1) el tipo de función que desempeña el trabajador, 2) la naturaleza jurídica y 3) la capacidad del empleador.” (Sentencia T-1040 de 27 de septiembre de 2001. M.P. Rodrigo Escobar Gil).

- “Si la reubicación desborda la capacidad del empleador, o si impide o dificulta excesivamente el desarrollo de su actividad o la prestación del servicio a su cargo, el derecho a ser reubicado debe ceder ante el interés legítimo del empleador. Sin embargo, éste tiene la obligación de poner tal hecho en conocimiento del trabajador, dándole además la oportunidad de proponer soluciones razonables a la situación.” (Sentencia T-1040 de 27 de septiembre de 2001. M.P. Rodrigo Escobar Gil).

- “(...) [E]n algunos casos, el derecho a la reubicación en un cargo compatible con las condiciones de salud del trabajador no se limita al simple cambio de funciones. Para garantizar el ejercicio real de este derecho, la reubicación debe estar acompañada de la capacitación necesaria para que el trabajador se desempeñe adecuadamente en su nueva labor”.

- “Es perfectamente posible para el juez de tutela (i.) ordenar el traslado de trabajadores del Estado, o (ii.) que se agoten todas las gestiones pertinentes en caso de no existir vacantes, para salvaguardar sus derechos al trabajo en condiciones dignas y justas, y a la salud en conexión con la vida y la integridad física, que son desconocidos cuando por razón de la distancia, del difícil acceso a los lugares de trabajo y de las particulares condiciones de salud, los trabajadores tienen que arriesgar su integridad física y hasta su vida para asistir al empleo y cumplir con su deber”. (Sentencia T – 076 de 8 de febrero de 2002 M.P. Dr. Manuel José Cepeda Espinosa).

- La insubsistencia es nula cuando tiene origen directo en la situación de discapacidad del trabajador.

- Cuando de la evolución clínica se colige que el estado de salud del paciente ha mejorado, es legal que se suspenda la cancelación de la pensión de invalidez, e inmediatamente ello ocurra, se proceda a ordenar el reintegro de la persona objeto de la medida con el fin de evitar que quede desprotegido ante tal situación, no obstante, dice la Corte, cuando “por motivos razonables” no pueda proceder al reintegro se debe continuar cancelando la mesada pensional y otorgando la asistencia debida. (Sentencia T-229 de 9 de Mayo de 1994 M.P Dr. Alejandro Martínez Caballero

- La obligación de reenganchar a un antiguo trabajador inválido subsiste para el empleador, sobre todo cuando la pensión de invalidez tiene un carácter provisional durante los primeros meses de otorgamiento, por eso, en el evento en que ello sucediere, es decir, que el trabajador discapacitado recuperara parte de su capacidad laboral que le permitiera continuar trabajando, el empleador debe reintegrarlo al mismo cargo o a uno mejor del que desempeñaba. Sin embargo, cuando de empleados públicos se trate, el derecho al reintegro debe hacerse atendiendo a las normas sobre gasto público y planta de personal. (Sentencia T-473 de 20 de junio de 2002 M.P. Dr. Alfredo Beltrán Sierra).

De esa manera se pronunció la Corte al afirmar que “la regla general es la de la protección de quien ha dejado de ser inválido, para reinstalarse en el medio laboral del que había salido a causa de la invalidez. Sin embargo, este derecho no es absoluto, y menos, en el caso de los servidores públicos, cuyas nóminas se rigen por normas legales. No obstante, cuando no es posible la reinstalación, el empleador debe justificar la decisión correspondiente.” (subraya fuera del texto original).

- Con relación a las condiciones en que debe otorgarse el reintegro al trabajador que ha recuperado su fuerza laboral total o parcialmente y que se dispone a reincorporarse al mercado laboral, la Corte puso de presente que, el empleador está en la obligación legal de realizar un examen médico de reingreso que permita ubicar al trabajador en un sitio acorde con sus condiciones psico-fisiológicas actuales. Sin embargo, “las empresas no pueden justificar la demora en resolver las solicitudes de reintegro en el desconocimiento de la real capacidad laboral de quienes han dejado de ser inválidos”. (Sentencia T-473 de 20 de junio de 2002 M.P. Dr. Alfredo Beltrán Sierra).

- La estabilidad laboral reforzada de que goza el portador asintomático de SIDA desaparece, cuando el empleador demuestre una causal objetiva que justifique el despido, entre dichas eventualidades se encuentran: que las causas y materia del trabajo que motivaron la contratación del empleado dejen de existir; que le resulte imposible vincularlo en otro cargo o reubicarlo en otro lugar de trabajo, que se produzca el incumplimiento de las obligaciones contraídas. Le corresponde al empleador la carga de probar la existencia de una condición objetiva, diferente a la simple terminación del plazo pactado, que justifique no haber prorrogado el contrato laboral a término fijo de un trabajador que se encuentra en situación de debilidad manifiesta. Si logra cumplir tal presupuesto queda eximido de la obligación de reintegrar al trabajador despedido a su antiguo puesto de trabajo. Las circunstancias que la Corte Constitucional acepta como condiciones objetivas pueden ser: falta de conocimiento de la enfermedad del trabajador al terminar la relación laboral, y cuando la motivación que originó la desvinculación no guarda relación con su padecimiento. (Sentencia T- 469 de 2004. M.P. Rodrigo Escobar Gil)

- En el caso de los portadores sintomáticos, la jurisprudencia constitucional se ha inclinado a considerar que se presenta una situación de enfermedad, y en consecuencia ha anotado que procede la justa causa prevista en el numeral 15 del artículo 7o. del Decreto 2351 de 1965, relativa a la facultad del empleador de despedir a su trabajador enfermo cuando medien 180 días de incapacidad, sin posibilidad de recuperación.

- La estabilidad laboral reforzada, de la cual son titulares los servidores públicos, tiene limitaciones. No puede ser vulnerada por la Administración en los procesos de reestructuración, ya que éstos deben guiarse por los mandatos de la Constitución y la ley, puesto que si la inobservancia surge, se vulnerarían posiblemente otros derechos fundamentales como el mínimo vital y la vida digna. De forma que, se concluyó “La especial protección desarrollada en el artículo 12 de la Ley 790 de 2003 se entiende vigente durante todo el programa de renovación institucional, esto es, hasta la terminación definitiva de la existencia jurídica de Telecom -en liquidación-”. (Sentencia T-726 de 8 de julio de 2005 M.P. Dr. Manuel Jose Cepeda Espinosa).

4.2.1.2 Subreglas sobre la procedencia de la acción de tutela para obtener el reintegro, reinstalación, traslado y reubicación de los trabajadores discapacitados.

- “Si el trabajador tiene que arriesgar su integridad física, su salud y su vida en condiciones dignas porque el desplazamiento al lugar de trabajo o éste mismo lo conducen al padecimiento de dolores, incomodidades excesivas y aun peligro para el funcionamiento normal de su organismo, que es parte del derecho a la vida en condiciones dignas, así no conduzca necesariamente a la muerte, es procedente la tutela de tales derechos y el juez constitucional debe proceder de conformidad”. (Sentencia T-694 de 19 de noviembre de 1998 M.P. Dr. Antonio Barrera Carbonell)

- La Corte Constitucional, manifestó que frente a la reinstalación de funcionarios de la carrera judicial, existe un vacío legal, por cuanto la normatividad que la reglamenta (ley 270 de 1006) no prevé solución cuando un funcionario judicial que fue declarado inválido recupera su capacidad laboral y solicita su reinstalación.

Sin embargo, por la vía de la integración normativa la Corte determinó que no es viable la reinstalación mediante tutela, por cuanto la resolución de éste conflicto le corresponde a la jurisdicción Contencioso -Administrativa. (Sentencia T-899 de 16 de noviembre de 1999 M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero)

- En el evento en que la supresión de cargos de la administración pública obedezca a la reestructuración o modificación de la planta de personal de una entidad estatal, ha señalado la Corporación, que la tutela es improcedente aún de manera transitoria para ordenar el reintegro de los servidores públicos discapacitados, al estimar que, la medida puede tener como fundamento mejorar la prestación del servicio público, controlar el gasto público y/o abolir la burocracia administrativa, basados en los principios de la función administrativa tales como la eficiencia y la economía se debe dar prelación al principio de la primacía del interés general sobre el particular. Sin embargo, tales trabajadores no quedan desamparados totalmente porque subsiste para ellos la posibilidad de acudir a las instancias competentes a través de los mecanismos ordinarios de defensa judicial.

- Se puede afirmar que (i) en principio no existe un derecho fundamental a la estabilidad laboral; sin embargo, (ii) frente a ciertas personas se presenta una estabilidad laboral

reforzada en virtud de su especial condición física o laboral. No obstante, (iii) si se ha presentado una desvinculación laboral de una persona que reúna las calidades de especial protección la tutela no prosperará por la simple presencia de esta característica, sino que (iv) será necesario probar la conexidad entre la condición de debilidad manifiesta y la desvinculación laboral, constitutiva de un acto discriminatorio y un abuso del derecho. Por último, (v) la tutela sí puede ser mecanismo para el reintegro laboral de las personas que por su estado de salud ameriten la protección laboral reforzada, no olvidando que de presentarse una justa causa podrán desvincularse, con el respeto del debido proceso correspondiente. (Sentencia T- 519 de 26 de junio de 2003 M.P. Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra)

- La acción de tutela es procedente para solicitar el reintegro de un trabajador a su cargo cuando se presente el caso de una estabilidad absoluta y además cuando el trabajador sea una persona que se encuentre en circunstancias de debilidad manifiesta que la hagan merecedora de una especial protección estatal y además de un tratamiento diferencial positivo.

- La Corte amplió los efectos de sus fallos determinando que el deber de protección para estas personas se extiende también a las cooperativas de trabajo asociado, quienes pese a la autonomía que tienen para crear sus estatutos y darse una organización y un funcionamiento no pueden desconocer los derechos fundamentales de los trabajadores, por ello precisó que desvincular a un trabajador con motivo de su estado de salud constituye una actuación discriminatoria que desconoce los mandatos constitucionales y por ello se hace procedente ordenar el reintegro por vía de tutela.

- Respecto a los trabajadores portadores de VIH, es fundamental que entre la causa del despido o terminación unilateral del contrato de trabajo por parte del empleador y el hecho de que el trabajador esté afectado por el virus o padezca el síndrome de inmunodeficiencia humana medie una relación de causalidad, para que proceda el amparo por vía de tutela y se ordene el reintegro del trabajador a su sitio de trabajo para realizar las funciones que venía desempeñando, si su estado de salud así lo aconseja, o por el contrario, sea reubicado en un cargo acorde a sus circunstancias.

4.2.1.3 Subreglas frente a la formulación de acciones positivas a favor del discapacitado.

- “A través de las acciones positivas o de diferenciación positiva (...) se acude a principios (...) que resultan discriminatorios y si bien ellas significan que el beneficio que se concede a ciertas personas, tiene como forzosa contrapartida un perjuicio para otras, ello no significa que con las mismas se contravenga el principio de igualdad”. Además las personas discapacitadas son objeto de una especial protección por parte del Estado que “comporta el deber del Estado de propender por su plena integración (art. 47 C.P.) en particular en la vida laboral en condiciones que atiendan su situación, respetando su dignidad y valorando la contribución que ellos puedan hacer a la sociedad (art. 54 C.P.)”. (Sentencia C-174 de 2 de marzo de 2004 M.P. Dr. Alvaro Tafur Galvis)

- "El artículo 13 de la Constitución consagra el principio de igualdad de todas las personas ante la ley. Este principio exige el mismo tratamiento para las personas que se encuentran cobijadas bajo una misma hipótesis y una diferente regulación respecto de aquellas que presentan características diversas por las condiciones en medio de las cuales actúan, o por las circunstancias particulares que los afectan, pues unas u otras hacen imperativo que, con base en justificados criterios, el Estado procure el equilibrio, cuyo sentido en Derecho no es otra cosa que la justicia concreta.

Para que sea admisible el trato diferente y por lo mismo constitutivo de una diferenciación constitucionalmente legítima, deben existir los siguientes requisitos:

- a) En primer lugar, que las personas se encuentren efectivamente en diferente situación de hecho;
- b) En segundo lugar, que el trato diferente que se les otorga tenga una finalidad;
- c) En tercer lugar, que dicha finalidad sea razonable, vale decir, admisible desde la perspectiva de los valores y principios constitucionales.
- d) En cuarto lugar; que el supuesto de hecho -esto es, la diferencia de situación, la finalidad que se persigue y el trato desigual que se otorga-, sean coherentes entre sí o, lo que es lo mismo, guarden racionalidad interna;
- e) Y en quinto lugar, que esa racionalidad sea proporcionada, de suerte que la consecuencia jurídica que constituye el trato diferente no guarde una absoluta desproporción con las circunstancias de hecho y la finalidad que la justifican". (Sentencia T-330 de 12 de Agosto de 1993 M.P Dr. Alejandro Martínez Caballero).

Al configurar los presupuestos básicos del derecho de la estabilidad laboral reforzada, la Corte Constitucional a través de sus fallos, ha sentado respecto de esta figura doctrina jurisprudencial, que contribuye al amparo de los derechos fundamentales y constitucionales del discapacitado. Es en este entendido y dentro de esta concepción, que el derecho constitucional de estabilidad laboral reforzada para los trabajadores discapacitados ha tenido florecimiento y acopio dentro de la jurisdicción constitucional.

Por medio de las premisas establecidas por este Tribunal, la estabilidad laboral reforzada, se perfila con sus puntos neurálgicos y estratégicos como un derecho que concibe al trabajador discapacitado como un individuo útil y productivo dentro de la sociedad; contribuyendo a su inclusión y desenvolvimiento particularmente en la esfera laboral, por medio del impulso de esta figura.

Sin embargo, y a pesar de la innovación que representa este postulado, su tratamiento pleno a nivel legal es casi nulo, pues solamente ha sido abordado por la Corte Constitucional. Siendo aún persistente la cultura jurídica según la cual el perfeccionamiento preciso y

concreto de un derecho depende y se encuentra limitado a su precisa tipificación en el texto constitucional o legal.

Por tanto, hoy por hoy, se convierte en labor imperiosa, obtener su desarrollo legislativo, en aras de lograr su aplicación como una fuente formal obligatoria en las decisiones judiciales en las cuales se encuentre de por medio el vínculo jurídico de un trabajador discapacitado.

4.2.2 Corte Suprema de Justicia. Esta corporación a pesar de la entrada en vigencia de la Constitución de 1991, sigue reacia a anteponer el fondo sobre la forma. Es tal la importancia que da a los procedimentalismos, que a pesar de la claridad de las circunstancias que rodean el caso (y que de aplicar una interpretación abierta y preponderantemente constitucional, ampararían y favorecerían al trabajador discapacitado), restringe la prosperidad de las pretensiones a las estrictas y taxativas causales que originan el recurso de casación. Tal literalidad es predicada, no sólo de las causas que lo originan, sino también de instrumentos previstos en leyes y decretos, que por su propia naturaleza pueden ser aplicados en la rehabilitación e integración laboral de los asalariados discapacitados.

Paradójicamente, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, antes de la entrada en vigencia de la Constitución de 1991, en un fallo excepcional (8 de julio de 1987 M.P Dr. Jacobo Pérez Escobar), proteccionista y progresivo para su época, favoreció la situación de discapacidad de un trabajador, y por tanto salvaguardó los derechos que le asistían, justificando las consecuencias de sus actos en la relación laboral.

La Corte en otros tantos pronunciamientos ha favorecido la situación laboral del trabajador discapacitado, pero siempre bajo la constante de desarrollar disquisiciones favorables o benéficas hacia este sector, a partir de la interpretación del expreso texto legal que regula el caso particular.

Sin embargo, a pesar de las reservas en la aplicación de justicia material, la Corte desde su estrecho punto de vista ha contribuido en cierta medida a esclarecer el significado y alcance de la normativa laboral.

4.2.2.1 Interpretación Legal de la Corte Suprema de Justicia.

4.2.2.2 Interpretación del numeral 15 del artículo 7 del decreto 2351 de 1965. Con respecto a esta disposición, establece sus alcances a fin de determinar el verdadero sentido de la norma. La interpretación se realizó bajo el siguiente entendido:

- El despido con justa causa, una vez transcurridos 180 días de incapacidad, solo puede efectuarse al vencimiento inmediato de los mismos; pues si este se produce a la postre de dicho término, la incapacidad como justa causa de terminación del vínculo laboral desaparece, es decir, se extingue.

- Para que la incapacidad, constituya una justa causa de despido, debe ser continua e ininterrumpida, es decir, no es dable la sumatoria de incapacidades que individualmente sean inferiores a 180 días, pero que en su totalidad, excedan o conformen este número.

Frente a esta norma en particular, la Corte rescata muy someramente sus implicaciones, lo cual de cierta manera favoreció al trabajador quien por diversas circunstancias había sido incapacitado en una ocasión o en reiteradas oportunidades, incapacidades que a su vez ocasionaron la terminación del contrato de trabajo, por errónea interpretación de la norma.

Es de rescatar, lo referente, a la acreditación efectiva de la invalidez; la Corte Suprema determinó que tal condición solamente podía ser probada a través de un medio idóneo, es decir, científico, siendo necesario para ello acudir a un peritazgo (Artículo 233 C. de P. C.), dicha postura fue asumida teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 5 de la ley 361 de 1997.

La actitud adoptada por este Tribunal, es prácticamente uniforme, pues a pesar de los cambios que ha sufrido el país en las últimas décadas, y de las tendencias jurídicas que hoy se manejan respecto de poblaciones vulnerables en circunstancias de debilidad manifiesta, la Corte permanece inamovible frente a la adopción de estas nuevas perspectivas en su quehacer jurisprudencial. Aún conserva la línea de vieja data, según la cual, los precisos e imperiosos requisitos a los que debe estar ceñido el recurso, se tornan en presupuestos indispensables al momento de resolver el asunto puesto bajo su conocimiento. Indistintamente de la notoriedad o la protuberancia de la situación la técnica, prima, siendo por ello en muchos casos, quimérica la pretensión de encontrar un atisbo de justicia material y preponderancia de los postulados constitucionales en un fallo proveniente de esta Corporación.

Ha sido el manejo de este perfil casi inmodificable de la Corte, lo que ha permitido que en la mayoría de los casos abocados por este Tribunal, predomine el desafuero con respecto al trabajador discapacitado; siendo en consecuencia constante la prolongación de la desprotección.

Es indudable por tanto, a raíz del manejo que da la Corte Suprema de Justicia a la casuística que analiza, la necesidad de un revuelo total en la manera en que se vienen abordando los asuntos de los trabajadores discapacitados, de tal forma, que es cada vez más evidente la necesidad de un tránsito hacia una aplicación constitucional y garante de la esencia y los derechos fundamentales del litigio, sobre las formas que han sido dispuestas en diversos y variados estatutos legales, especialmente si se tiene en cuenta que la Constitución es Norma de normas, con la cual deben armonizarse los restantes preceptos de orden legal; sin olvidar por supuesto, el deber de sometimiento y concordancia a la cual fue allanada la preceptiva de este orden.

Frente a este panorama, poco garante de los derechos fundamentales, es casi impensable la aplicación de una figura tan proteccionista e innovadora como la estabilidad laboral reforzada de los trabajadores discapacitados, pues como se ha dicho, ella provino del tratamiento tuitivo que se otorgó y se otorga al trabajador discapacitado por parte de la Corte Constitucional, protección que a penas se vislumbra en la Corte Suprema de Justicia a partir de la aplicación nítida de la normativa expresamente consagrada en el texto legal.

De esta manera, el único medio al alcance de los trabajadores discapacitados, a fin de garantizar el cumplimiento de sus derechos fundamentales, termina siendo la tutela contra fallos judiciales, de la cual conoce la jurisdicción constitucional ampliamente veedora de los derechos inalienables del ser humano; y es aquí donde la estabilidad laboral reforzada como derecho fundamental por conexidad, juega un papel trascendental al momento de conferir la protección especial que de ella se deriva.

4.2.3 Consejo de Estado. El Consejo de Estado por su parte como ente supremo de la jurisdicción contenciosa administrativa, al comenzar a conocer en sus providencias la relación entre discapacidad y disolución del vínculo laboral, fue inflexible, planteando en sus orígenes la viabilidad del despido del trabajador cuando se encuentre en licencia por enfermedad, llegó al extremo de afirmar:

“La enfermedad no apareja el derecho a la estabilidad en el cargo. Bien puede reclamar el actor las prestaciones a que tiene derecho, pero no obtener reintegro al servicio, por haberse encontrado enfermo cuando fue despedido. Esto se predica de las personas que son de libre nombramiento y remoción”. (Sentencia de 10 de noviembre de 1976)

Con el correr del tiempo, el Consejo de Estado conservó la postura que en sus inicios había expuesto, reafirmandola; este Tribunal manifestó que la incapacidad por enfermedad no confería fuero alguno de estabilidad, pues era una circunstancia accidental, que no contravenía el poder discrecional en cabeza de la administración, para prescindir de un empleado a través de la declaratoria de insubsistencia.

Así pues, el estilo asumido hasta este momento por éste ente, sigue firme e invariable. A medida que se avanza en el análisis de los casos en los cuales se encuentra involucrada la discapacidad de un trabajador como motivo de su desvinculación, se asumen enfoques contrapuestos; de esta manera con la expedición de la constitución de 1991 se comienzan a invocar preceptos como la primacía de la realidad sobre las formalidades consagrada en el artículo 53 constitucional (Sentencia de 4 de junio de 1998, Expediente No 16.563. Consejero Ponente: Javier Díaz Bueno.), con base en el cual se protege la continuación del vínculo jurídico entre el trabajador y el Estado. A la par, se desarrollan interpretaciones favorables de la normatividad que rige a los servidores públicos, durante los periodos en los cuales se encuentren incapacitados; interpretaciones, que si bien no recalcan directamente la importancia del por qué de la protección al servidor discapacitado, contribuyen en cierto grado a su defensa.

A partir de 1991 se fallan procesos (en los cuales se encuentra de por medio la efectiva vinculación legal del trabajador discapacitado), en forma desfavorable a sus intereses, arguyendo el mejoramiento del servicio, es decir, la buena prestación del mismo.

De este modo, a pesar de la diversa y variada jurisprudencia del Consejo de Estado, en los últimos años, se ha tratado de brindar cierta protección al discapacitado dentro de la

relación laboral. Si bien la jurisprudencia en sus comienzos negó tajantemente cualquier tipo de protección que derivara su sustento de la discapacidad, tal actitud ha ido paulatinamente y en ciertos casos modificándose en pro del discapacitado; manteniendo a pesar de ello, en ciertas oportunidades la postura según la cual debe primar el interés general sobre el particular.

El avance que ha propiciado el Consejo de Estado es rescatable, ya que sin dar una trascendencia mayor a la heterogeneidad en sus decisiones, el impulso por brindar cierta protección al discapacitado, ha comenzado a tener asidero en esta Corporación.

Por el escaso desarrollo de los postulados y principios constitucionales y por la falta de unanimidad en las providencias que tratan asuntos similares a favor del trabajador discapacitado, es ausente la figura del derecho a la estabilidad laboral reforzada, es decir, tal estabilidad no ha sido acogida y propulsada por este Tribunal. Por lo que se reitera que tal figura es aplicada únicamente por el Tribunal Constitucional.

De tal manera, que ante la inaplicabilidad de la estabilidad laboral reforzada frente al trabajador disminuido, por parte de la jurisdicción ordinaria y contencioso administrativa, se hace imprescindible su adopción a fin de lograr su pleno desarrollo y el equilibrio de la jurisprudencia de los más altos tribunales del país, en torno al fuero laboral que deriva de la discapacidad del trabajador. Dicho equilibrio no sólo permitiría una seguridad jurídica de quienes acuden ante los estrados judiciales, sino también el pleno desarrollo del principio de igualdad (a través de este derecho constitucional), entre trabajadores discapacitados del sector público y privado, lo que a su vez conduciría a programar, prever y articular políticas conjuntas que por lo menos frente a la aplicación de la estabilidad laboral reforzada encuentren una copiosa recepción en el nivel laboral, entre empleadores, y a nivel judicial en la estructura dentro de la cual se resuelven tales situaciones.

Sin embargo esta labor, implicará años de esfuerzos y discusiones, que a su vez traerán consigo innumerables y engorrosas posiciones contradictorias.

4. 3 El test de razonabilidad o juicio de proporcionalidad al aplicar la estabilidad laboral reforzada en el empleo respecto al trabajador discapacitado. En las sentencias que abordan el tema de la estabilidad laboral reforzada de los trabajadores discapacitados, se tiene que en la mayoría de ellas no se realiza un juicio de igualdad o de razonabilidad, pues solamente éste análisis cabe en las sentencias en las que se encuentra de por medio el interés público, la función pública o el interés general. Con relación a dichos criterios se ponderan las normas de rango constitucional violadas en el caso de los vínculos laborales con la Administración Pública.

Desde 1992 hasta aproximadamente el año 2000 no existía un concepto consolidado de la estabilidad laboral reforzada del trabajador discapacitado, pues el mismo se encontraba desarrollado a nivel legal y jurisprudencial, para otro tipo de trabajadores tal es el caso de los trabajadores sindicalizados y las mujeres embarazadas.

Sin embargo, el debate sobre la estabilidad laboral para el discapacitado surgió a raíz de la preocupación por su cada vez más frecuente salida de las instituciones públicas y de las empresas privadas bajo cualquier excusa que permitiera despedirlos o retirarlos del servicio, siendo la causa originaria de dicha desvinculación la situación de minusvalía que afrontaba el trabajador. Situación que generaba un notorio escenario de discriminación.

El balance realizado por la Corte se basa en la abolición del concepto de discriminación, entendido como todo tratamiento desigual injustificado; esto es, violatorio de la Constitución o del Bloque de Constitucionalidad; que en sentido restringido es toda actitud humana que busca excluir con base en criterios denominados sospechosos a un individuo o grupo de individuos; criterios que han sido prohibidos por el ordenamiento constitucional, lo que en el caso colombiano se traduce en juicios que no se encuentran permitidos para tomarlos como base de discriminación, como los enunciado en el artículo 13 inciso 2. Sin embargo, la Corte Constitucional ha establecido que estos criterios como el origen nacional o familiar, la raza, el género, la lengua, la religión, la opinión política o filosófica no son taxativos, sino una tentativa lista de algunos de los muchos criterios discriminatorios que se pueden utilizar y que denotan situaciones de intolerancia al interior de la sociedad, dentro de los que se encuentra la discriminación por razones de discapacidad. En este sentido:

“La Corte ha sostenido (Sentencias C- 481 de 1998 y C-112 de 2000), que no se trata de una lista taxativa, sino que reflejan un decantamiento de criterios que, por razones históricas, han de actualizarse, con el objeto de evitar que grupos humanos sean objeto de tratamientos incompatibles con el orden jurídico. En este orden de ideas ha señalado que "se consideran como "criterios sospechosos" de clasificación, aquellas categorías que (i) se fundan en rasgos permanentes de las personas, de las cuales éstas no pueden prescindir por voluntad propia a riesgo de perder su identidad; (ii) esas características han estado sometidas, históricamente, a patrones de valoración cultural que tienden a menospreciarlas; y, (iii) no constituyen, per se, criterios con base en los cuales sea posible efectuar una distribución o reparto racionales y equitativos de bienes, derechos o cargas sociales" (Sentencia C-481 de 1998). Así las cosas, a los criterios fijados normativamente -raza, sexo, religión, opinión- pueden sumarse otros que reúnan las características mencionadas. Inclusive, dicha inserción puede ser prospectiva, es decir, no depender de la situación histórica en sí misma, sino que a partir de una evaluación de lo que históricamente se ha entendido como discriminatorio, pueden llevar a incluirlas.

Estos criterios como se analizó anteriormente dependen de la sociedad, de la época histórica y del imaginario colectivo que se maneje en los mismos. Como lo explica Gianformaggio

“Las diferencias se convierten en discriminaciones cuando se utilizan para justificar algún tipo de diferenciación que abierta o subrepticamente desvaloriza a un individuo en razón al grupo que pertenece. Hay discriminación cuando se selecciona un rasgo que en un contexto está asociado a prejuicios descalificatorios y de allí se extrae un trato diferenciador injustificado...”

Esta conceptualización de la discriminación se inserta dentro de la problemática del término, entendido en tres categorías: distinción, diferenciación y tratamiento injusto, lo que ha llevado a la producción de políticas estigmatizadoras y prejuiciosas en torno a la situación de discapacidad y sobre todo a tratamientos violatorios del derecho de igualdad, a través de dos vías: la directa, cuando por medio de la normatividad se prescribe un trato desfavorable basado en un criterio sospechoso y sin una razón de peso que justifique su incorporación; y la indirecta, cuando se trabaja en el plano jurídico con base en el principio de igualdad de manera neutral, es decir, no se tienen en cuenta las especiales circunstancias del caso concreto de una persona o de un grupo de personas, sino que lo que se pretende es eliminar esas diferencias homogenizándolas, afectándose con esta medida gravemente intereses del grupo desfavorecido.

El derecho a no ser discriminado se encuentra estrechamente ligado al principio de igualdad, pues el primero es constitutivo del segundo, y este último a su vez, se encuentra conectado e integrado por el concepto de derechos fundamentales.

De esta manera, la propuesta que se acoge por su completad y adecuación es la expuesta por María José Añón, puesto que el antídoto para la discriminación social lo constituyen las medidas de acción positivas o de discriminación inversa, pero no sin antes aceptar que sin la configuración de la igualdad de los hombres en derechos, esto no es posible, pues la igualdad es el presupuesto básico de todo modelo constitucional moderno basado en la concepción social y democrática de Estado de derecho. La igualdad de los hombres en derechos no hace referencia a la igualdad formal pregonada por las Cartas Políticas en sus declaraciones sino la conjunción de los tres tipos de igualdad: de trato como equiparación y como diferenciación, de consideración y de resultado, igualdad que solo se garantiza a través del reconocimiento de unos derechos constitucionales fundamentales sean estos civiles, políticos o sociales; y por otra parte, a través de la consagración de unas herramientas jurídicas eficaces que aseguren su cumplimiento. La igualdad de trato como equiparación “tiene como contenido el principio de no discriminación. Principio que puede ser interpretado en sentido amplio, como prohibición de desigualdades injustificadas o irrazonables...” . Por su parte, la igualdad de trato como diferenciación “consiste en dar un tratamiento distinto a situaciones distintas con el fin de eliminar situaciones de discriminación existentes”. Lo que se traduce en respetar la vigencia de un orden justo y en garantizarle a toda persona la materialización del principio de su dignidad humana.

Se debe entender que la igualdad es tal en cuanto constitutiva de los derechos fundamentales y ellos lo son, en la medida que respeten el principio de igualdad, razón por la cual ha sido catalogado como un derecho relacional. No basta que se establezca que todas las personas nacen iguales en oportunidades, derechos, libertades ante la ley y dentro de ella, sino que se debe avanzar en determinar igualdad entre quienes, para que y con base en que criterio.

Esto deviene en el problema de la inclusión o la exclusión normativa dentro de unos supuestos de hecho de la norma jurídica, las personas que puedan ser incluidas dentro de tales eventos jurídicos tendrán derecho a que como lo prescribe la igualdad formal sean tratados de idéntica manera, pero el problema de aplicación surge cuando se discute la imposibilidad de regulación dentro de la hipótesis normativa de una situación de una persona determinada.

El percance se resuelve haciendo uso del criterio de igualdad material, criterio establecido para resolver cuestiones de hecho de los destinatarios de las normas jurídicas, en el caso en que éstas sean insuficientes para regular una situación real y que por ello no ingresen al ámbito de la hipótesis normativa. Así, el derecho de igualdad material, en ningún caso se contrapone al derecho de igualdad formal, sino que lo complementa, al integrarse en la resolución de casos difíciles en los cuales el supuesto jurídico de la norma no alcanza a regular todas las situaciones de hecho que pueden presentarse en la vida de los asociados.

De tal forma, se hacen indispensables las consideraciones sobre los tratamientos diferenciados o medidas correctivas para su superación. Lo que caracteriza a ésta clase de igualdad – la material – es que no se parte del presupuesto básico de que todos nacemos libres e iguales ante la ley, sino mas bien que en este caso se avanza hacia su búsqueda, a través de la exigibilidad de un tratamiento diferencial que determine quienes deben estar incluidos y de que manera dentro de las hipótesis normativas existentes.

Así, la normatividad colombiana ha sido determinante al establecer en su artículo 13 constitucional un espectro de protección muy amplio respecto al derecho a la igualdad: en el inciso primero y segundo se recogen las acepciones de igualdad formal ante la ley y ante las autoridades, por una parte, y por otra, la igualdad material y su inciso final está destinado a prescribir el tratamiento desigual que merecen los sujetos titulares de una especial protección.

Se desprende de lo anterior que en primer lugar, se consagra el derecho a la no discriminación y correlativamente la prohibición de tratos discriminatorios; en segundo lugar se establece la necesidad y la obligación de erradicar las causas de la desigualdad de cualquier índole sea ésta social, económica o jurídica. Finalmente, se establece un mandato de protección a aquellas personas que se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta otorgándoles una protección reforzada en aras de efectivizar dicho postulado y de compensar en parte las situaciones adversas a las que se ven enfrentados.

Este criterio ha sido ampliamente explotado por la Corte Constitucional Colombiana en sus fallos a partir del año 1992 y hasta la actualidad, pues ha intentado consolidar una dogmática de los derechos fundamentales y un criterio unificado del principio y del derecho de igualdad consagrado en sus diversas acepciones en el artículo 13 constitucional. Sobre la base de su arraigada lucha contra el formalismo jurídico, hecha a partir de la reivindicación de una interpretación razonable y equitativa de las normas, que enfatiza la importancia de las particularidades del caso concreto antes que la fidelidad a los textos jurídicos.

Es así como la Corte Constitucional acogió la tesis del derecho desigual al prescribir en una célebre sentencia: el principio de igualdad entre iguales y de desigualdad entre desiguales, anotando que la igualdad no debía ser concebida como simple igualdad aritmética o matemática, es decir, únicamente como igualdad formal, sino que había que propender -y esa era la tarea inaplazable y obligatoria de todos los órganos que conforman el poder público y aún de los particulares -, por la consecución de la igualdad material, esto significa que se debe buscar siempre las exigencias materiales que permiten que la existencia humana sea dignificante. Por ello, el deber de las autoridades se concreta en otorgar un trato igual a aquellas personas que por similares circunstancias encuadren en una hipótesis normativa que los incluya, y contrario sensu, se debe brindar tratamiento diferenciado a aquellos individuos que se encuentren por fuera del espectro normativo de la hipótesis.

Esa situación fue lo que condujo a la Corte a tomar las medidas necesarias en aras de hacer único el criterio de aplicación del derecho de igualdad, claro está, que dicho criterio por la gran cantidad y diversidad de fallos, desde el punto de vista temático como de las acciones sometidas a su conocimiento, fue muy difícil de cimentar, para ello tomó como base los modelos: anglosajón elaborado por la Corte Suprema de Estados Unidos y el Europeo desarrollado por la Corte Europea de Derechos Humanos y por el Tribunal Federal Alemán.

El test de razonabilidad, “debe su nombre al hecho de que funciona como una evaluación judicial de la justificación de un acto que presuntamente vulnera el derecho a la igualdad”, éste término y su contenido radican su importancia en que sirve como parámetro objetivo de análisis, que permite al juez decidir casos difíciles respetando el núcleo esencial del derecho a la igualdad y porque se erige como criterio de análisis que garantiza la seguridad jurídica y la unicidad del sistema, a fin de no devenir en el extremo de la máxima discrecionalidad judicial.

El test de razonabilidad parte de la premisa básica señalada en la Sentencia T- 422 de 1992 en la que se instituye que la exigencia de las diferenciaciones establecidas por las autoridades públicas deben estar “objetiva y razonablemente” justificadas. Es decir la

pretensión principal del test se centra en dilucidar cuándo una diferencia de trato se puede considerar como una medida discriminatoria. Por ello, se encamina a determinar dos aspectos: por un lado, si resulta legítimo un determinado trato desigual, y por otro, si el mismo es exigible.

Según la Corte el test europeo, busca dar respuesta básicamente a cuatro interrogantes:

1. ¿El hecho es constitucional?
2. ¿El hecho es necesario?
3. ¿Había otro mecanismo distinto?
4. ¿En que medida ese hecho lesiona en mayor o menor grado un derecho fundamental?

En primer lugar el test busca establecer si un acto es conforme al derecho de igualdad, es decir, si es legítimo y por tanto persigue un objetivo constitucionalmente permitido; en segundo lugar, si el acto es adecuado o se corresponde coherentemente con el fin perseguido, en tercer lugar, si es proporcional al mismo, y finalmente, pondera los principios, valores y derechos constitucionales sometidos a escrutinio.

La posición adoptada respecto de la estabilidad laboral reforzada del trabajador discapacitado como derecho fundamental por conexidad y como principio orientador del ordenamiento jurídico, se traduce en un principio que posee una estructura de norma abierta, susceptible de ponderación, que encuentra su máxima expresión en el principio de la proporcionalidad (método de aplicación de los derechos fundamentales que tuvo su origen en Alemania con la Constitución de Bonn a raíz de los choques que se empezaron a presentar entre las normas de la carta fundamental). El principio de la proporcionalidad, como un medio para establecer un trato diferenciado no discriminatorio y razonable, involucra tres aspectos:

a) Adecuación o Idoneidad en la obtención del fin: en este paso se intenta establecer si el objetivo que se quiere cumplir es legítimo y por ende constitucionalmente permitido.

b) Necesidad de la medida: cuyo corolario se centra en evaluar el grado de necesidad de la misma. El juez examina si el trato diferente es o no necesario, para lo cual se debe analizar si existe otra medida que sea menos onerosa en términos de sacrificio de un derecho o un valor constitucional, siempre que tenga la virtud de alcanzar la misma eficacia del fin propuesto.

c) Proporcionalidad, en sentido estricto: determina si el trato desigual no sacrifica valores y principios constitucionales que tengan mayor relevancia con los alcanzados con la medida diferencial.

En este caso lo que realmente se busca establecer, es qué consecuencias puede traer el acto acusado, las consecuencias de hecho serán constitucionales si se constata un beneficio notorio para un grupo generalmente desfavorecido frente a otro en circunstancias mejores que el primero, pero siempre y cuando no se violen derechos fundamentales del

grupo en contravía del cual se aplican las medidas, es decir, no se les genere un perjuicio desmesurado, sino que obviamente se respete el núcleo o la parte esencial del derecho fundamental en juego.

Es así como siguiendo la tradición judicial Europea la Corte Constitucional ha aplicado el test de razonabilidad atendiendo al grado de intensidad del mismo, de ésta manera puede decirse que los niveles en los cuales se mueve la Corte para aplicar el criterio de igualdad son tres:

a) Test en sentido leve: es un juicio en donde se evalúa la racionalidad y razonabilidad de la medida, se examinan los primeros elementos del juicio: finalidad, medio y relación de medio a fin.

b) Test en sentido estricto: además de los elementos anteriormente mencionados, se busca realizar una consideración sobre la necesidad de la medida y su proporcionalidad interna. La necesidad se refiere a la inexistencia de otros medios para lograr el fin perseguido. La proporcionalidad por su parte, se relaciona con el análisis del sacrificio de otros derechos constitucionales con el fin de lograr el objetivo deseado, es decir, darle prevalencia a un derecho constitucional sobre otro, lo que significa ponderar los derechos en juego.

“Este tipo de juicios se aplica ” i) cuando está de por medio una clasificación sospechosa como las enumeradas en forma no taxativa a manera de prohibiciones de discriminación en el inciso 1º del artículo 13 de la Constitución; ii) cuando la medida recae principalmente en personas en condiciones de debilidad manifiesta, grupos marginados o discriminados, sectores sin acceso efectivo a la toma de decisiones o minorías insulares y discretas; iii) cuando la medida que hace la diferenciación entre personas o grupos prima facie afecta gravemente el goce de un derecho constitucional fundamental; iv) cuando se examina una medida que crea un privilegio” (C-673 de 2001”).

c) Test intermedio: en el cual se exige el mismo análisis que en el juicio estricto pero no se exigen razones absolutas para justificar el trato desigual.

Cuando se produce aplicación de criterios sospechosos o se pretende la creación de privilegios para determinadas personas, como sería el caso de los trabajadores discapacitados, la Corporación ha manifestado que lo que se requiere es la aplicación de un test o juicio estricto de igualdad; lo que se busca es demostrar que la medida impuesta, que se traduce en las medidas de acción positiva, para alcanzar un fin determinado, el cual sería garantizar la estabilidad en el empleo de estas personas en los tres momentos de la relación laboral como son el ingreso, la permanencia y el retiro, es absolutamente necesaria e

indispensable para lograrlo y además, que tal inclinación responde a circunstancias de hecho que se pretenden remediar.

De otro lado, es necesario hacer referencia a algunos criterios de los que se ha alimentado el test de razonabilidad que realiza la Corte Constitucional basándose en el test aplicado por la Corte Suprema de Estados Unidos. El tribunal constitucional Colombiano no ha adoptado una sola tradición judicial, pues se observa en sus fallos relativos al derecho a la igualdad que se realiza una integración de test que devienen en un test mixto que recoge criterios de una y otra posición jurídica, con el fin de hacer más unívoco un juicio de igualdad.

Al respecto cabe destacar que se ha nutrido de la concepción anglosajona, al incluir dentro de sus análisis de ponderación, elementos que maneja el juez constitucional del derecho norteamericano; sobre el particular se puede resaltar que la diferencia frente al test europeo radica en que se deben aplicar las fases contenidas del juicio de proporcionalidad pero de acuerdo con las circunstancias concretas de cada caso o teniendo en cuenta el ámbito normativo en el que se desarrolla con un grado de intensidad diverso según la situación. De tal manera que se aplicará el escrutinio suave para evaluar si el medio es adecuado para conseguir el fin propuesto, en este caso el acto acusado debe ser potencialmente útil para lograr el fin perseguido, que entre otras cosas debe ser constitucionalmente permitido. Si lo que se busca es detectar si la utilización de criterios sospechosos, esto es, proscritos por la Constitución, es necesaria absolutamente para alcanzar un objetivo imperioso, que concretamente se refiere a la satisfacción de un interés público, (imperioso significa que no pueda ser conseguido por otra medida menos gravosa) la aplicación de un escrutinio estricto es la respuesta.

También en este tipo de test existe un nivel intermedio en el que se busca determinar si la aplicación de criterios que parecen sospechosos aunque no lo son, llamados por la corriente anglosajona “criterios sensibles”, son necesarios para conseguir un objetivo importante aunque no imperioso y si son adecuados o eficaces para hacerlo.

Ha sido así, como la Corte Constitucional Colombiana recogiendo la tradición Europea y Anglosajona del derecho judicial, ha aplicado en sus fallos de constitucionalidad y de tutela el test mixto o integrado de proporcionalidad con el fin de ponderar en cada caso concreto el alcance del principio a la protección reforzada en materia de empleo del trabajador discapacitado.

5. CONCLUSIONES

El trabajo ha sido considerado tradicionalmente en una doble perspectiva: como medio de subsistencia y a la vez como medio de realización personal y social, por ello se ha propugnado por el fortalecimiento de la salvaguarda de éste derecho respecto a las personas discapacitadas, aunque de forma diversa a través de las civilizaciones; en principio de manera tímida y después, con el establecimiento de instrumentos de derecho internacional, Constituciones, Leyes, Decretos y normativa en general, ampliando su alcance.

La finalidad de dicha protección ha consistido en evitarle a la población discapacitada los abusos de que han sido víctimas, apoyarlos en la consecución de mejoras en el mercado laboral e integrarlos a la vida en comunidad, generando compromisos gubernamentales para reducir los obstáculos que impiden su plena participación social.

No obstante el avance -que ha sido considerable-, se evidencia una protección de índole formal. Por ello, el reto actual consiste en lograr la materialización del amparo que establece el ordenamiento jurídico en pro del discapacitado, para influir positivamente en dos aspectos de la vida en comunidad: i) el entorno social y laboral del ser humano, en donde evoluciona, vive su propia realidad y siente verdaderamente el apoyo de los organismos estatales y no gubernamentales y ii) en la administración de justicia con la aplicación de las diversas herramientas jurídicas que buscan brindarles las oportunidades para que puedan desplegar su potencial laboral dentro de sus limitaciones.

A su vez, la teoría de la diferencia de trato y la permisión de tratos preferentes a las personas en situación de desigualdad frente a ciertos grupos sociales y la posibilidad de que mediante ella se brinde mayor protección en el terreno laboral en Colombia hacia las personas que presentan algún tipo de discapacidad, debe ser objeto de regulación por parte del ordenamiento jurídico a nivel legal. Es decir, se debe realizar por parte del legislativo una apropiación de los progresos de la ciencia jurídica y del derecho judicial de la Corte Constitucional, para que reconozca la categoría de derecho constitucional fundamental de que goza el principio de estabilidad laboral reforzada.

El actuar del Congreso posibilitaría consagrar medidas de acción positiva a favor del grupo poblacional de los discapacitados y aún medidas de discriminación inversa – si las circunstancias lo ameritan-, con el fin de priorizar la satisfacción de sus necesidades en los diferentes momentos de la relación laboral (ingreso, permanencia y retiro); ello para crear un impacto favorable en la realidad social de éstos trabajadores.

Sin embargo, se aclara que su conquista no radica simplemente en su positivización, pues debe tenerse presente que su éxito también reside en la activa y real preocupación por su ejecución, y en el control por parte de los organismos estatales y de los ciudadanos interesados en su realización; pues solo a través de los instrumentos y órganos de control y vigilancia, y de las acciones tendientes a su garantía, será factible evaluar los costos, beneficios, metas cumplidas y programas venideros fundamentados en las necesidades reales de aquellos que las exigen.

A nivel judicial, la Corte Constitucional, al construir, regular y aplicar la figura jurisprudencial de la estabilidad laboral reforzada del trabajador discapacitado, cimentó y forjó una cultura jurídica y jurisprudencial de accesibilidad y amparo hacia el empleado con limitaciones físicas, psíquicas o sensoriales durante el vínculo laboral. Sin embargo, dicha protección y la innovadora y muy útil extensión de esta figura, que en términos de la Corte ha sido catalogada como un derecho constitucional, se ve limitada inicialmente por la evidente exclusión del mercado laboral y en segundo término, por las exigencias jurisprudenciales de procedencia del amparo.

Por tal razón, la tarea de la Corte Constitucional aún es enorme, pues si bien ha comenzado dando un paso fundante en pro del reconocimiento del derecho la estabilidad laboral reforzada en favor del trabajador discapacitado, se hace necesario que tal protección no solamente involucre a quien padece insufribles situaciones sino también a aquellos que padecen una limitación que afecta su capacidad laboral y son discriminados por tal hecho.

Este Tribunal como gestor en Colombia de la estabilidad laboral reforzada del trabajador discapacitado, ha catalogado esta figura como un derecho constitucional reclamable sólo cuando junto a él se vulnere un derecho fundamental. Pese a ello, es preciso y determinante plantear que este derecho, debido a la connotación y a la naturaleza que reviste, debe ser tratado como un derecho fundamental para el trabajador discapacitado, siendo por tanto, plena y directamente adjudicable y ejecutable a favor de estas personas. Tal consagración permitiría, a su vez la delimitación precisa del sentido y alcance que comporte este derecho, sobreviniendo como consecuencia su estricta aplicación por parte de los más altos tribunales de la jurisdicción ordinaria y contencioso administrativa.

Por su parte, el Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia, han sido reacios en brindar protección especial a los trabajadores discapacitados que han acudido ante sus estrados, en aras de obtener la protección de sus derechos. En éstas corporaciones, la especial situación que atraviesan los empleados limitados, ha cedido paso a la aplicación rigurosa de los formalismos legales; con fundamento en argumentos tales como la disponibilidad de recursos, la prevalencia del interés general, la necesidad del servicio, y en general el sometimiento riguroso al imperio de la ley plasmado en el artículo 230 del estatuto superior.

Dichos tribunales han desconocido en la generalidad de los casos, las obligaciones constitucionales, que se traducen en velar por el respeto y cumplimiento de los derechos inherentes a las personas y en ejecutar actuaciones que viabilicen la efectividad de los mismos, antes que su obstaculización.

En este mismo sentido, no debe olvidarse que el sometimiento al imperio de la ley, en virtud del cual los tribunales toman sus decisiones, implica el sometimiento a la Constitución Nacional que impone principalmente el respeto de los valores, principios, fines, derechos y deberes en ella consignados, que en ningún momento deben ser excluidos o interpretados de manera aislada, sino que por el contrario debido a su supremacía, deben ser adecuados como parte integrantes de un todo.

Por ende, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado no deben excluir los mandatos constitucionales, y las directrices internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad, pues tal posición vulnera los derechos de personas, a quienes tanto a nivel nacional como supranacional, les ha sido reconocida una especial protección por las condiciones que afrontan.

Hoy por hoy, el reto que deben asumir estos Tribunales, consiste en insertar a sus juicios de legalidad, el análisis constitucional que salvaguarda la dignidad humana, la igualdad, el trabajo y la solidaridad a favor del discapacitado a través de la estabilidad laboral reforzada; postulados de aplicación inminente en el marco de un Estado Social de Derecho y que grandes beneficios ha propiciado al sector discapacitado asalariado del país.

Adicionalmente, deben nutrirse y servirse en sus fallos de las fuentes auxiliares del derecho, como la doctrina jurídica que expone teorías contemporáneas que desarrollan, impulsan e inducen a la cabal aplicación de los principios y derechos constitucionales en aras de lograr la justicia material.

De otro lado, es menester establecer que el Gobierno Nacional, atendiendo las especiales circunstancias y requerimientos de los discapacitados, ha diseñado políticas públicas contentivas de lineamientos tendientes a mejorar las condiciones en las que aquellos se encuentran. Sin embargo su ejecución ha resultado compleja, debido a la poca comunicación entre los entes territoriales y los diferentes actores sociales llamados a su cumplimiento, lo cual ha derivado, en la mayoría de los casos, en desconocimiento de los programas ya ejecutados, y desinformación de las iniciativas de articulación que permitirían lograr la cabal y real consecución de los fines y objetivos diseñados en los planes a nivel nacional. A esta problemática se añade la subsistente y errada concepción de antaño de la discapacidad.

A pesar de ello, es destacable la tarea del gobierno pues se ha preocupado por el diseño de planes específicos para esta población, siendo su cometido alcanzar su pleno desarrollo en la estructura social. Lo cual muestra, que el progreso a nivel de planes de acción, se desarrolla a nivel teórico, si se considera que en la práctica, la sinergia adecuada para cumplir estas políticas es difícil de articular.

De ahí, que resulte fundamental el rol que deben asumir los movimientos sociales y el activismo popular, como promotores y catalizadores de estos lineamientos, en procura de su impulso firme y concreto, que permita verdaderamente desencadenar acciones positivas,

materiales, articuladas, conexas y pertinentes a la situación de discapacidad del trabajador, basadas en la permanente retroalimentación y comunicación de los distintos ejecutores y receptores de la política estatal en discapacidad.

Actualmente, es evidente la necesidad de que se integren colectivos de defensa de los derechos de los discapacitados y las organizaciones de desarrollo social y de personas que hayan adquirido mayor experiencia en el litigio con el fin de potenciar la fuerza de los reclamos, pues el triunfo de los procesos judiciales radica en una plena comprensión de los conflictos sociales que los suscitan y trascienden, y a su vez en la reivindicación en el plano social de las prerrogativas que se obtienen para los trabajadores discapacitados, mediante la aprehensión a nivel cognoscitivo y práctico de las herramientas constitucionales y legales consagradas a su favor.

A nivel macro, la alianza así planteada se traduce en un beneficio estatal tantas veces buscado, relacionado con la legitimidad del gobierno al convertirse en un verdadero garante de los derechos en el mercado laboral de las personas con limitación.

A nivel micro, la interrelación recíproca entre organizaciones sociales y organismos con influencia en el accionar gubernamental trae ventajas incalculables a los trabajadores discapacitados, pues a través del continuo cambio de experiencias y del planteamiento de soluciones y posibilidades, se permite la creación de estrategias basadas en necesidades reales y satisfacción de demandas sociales.

Para iniciar tal propósito se propone la organización de grupos sociales interesados en la defensa de los derechos laborales de los trabajadores discapacitados tanto en el sector público como en el privado y al interior de éstos la creación de comités intersectoriales que impulsen la preparación de informes alternativos ante las instancias estatales que incluyan propuestas de mejoramiento en el campo laboral a través del diálogo y la concertación.

Finalmente, se aspira haber contribuído con la presente investigación en el delineamiento de los derechos del trabajador discapacitado desde una óptica jurídica, que no sólo analiza la normatividad existente, sino su aplicación en estrados judiciales y a través del accionar estatal. Es momento ya de superar la miopía jurídica que ha traído limitaciones mayores para la población discapacitada.

BIBLIOGRAFIA

1. Constitución Política de Colombia. Legis. Novena Edición. 2002.
2. Código Sustantivo de Trabajo. Legis. Undécima. Edición.2002.
3. AÑON, María José. Igualdad, Diferencias y Desigualdades. Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política. México: Distribuciones Fontamara. S.A. 2001.180 p.
4. ARANGO, RIVADENEIRA, Rodolfo. El Concepto de Derechos Sociales Fundamentales. Bogotá: Legis. 2005. 250 p.
5. AYALA CACERES, Carlos Luís. Legislación en Salud Ocupacional y Riesgos Profesionales Segunda Edición. Bogotá: Ediciones Salud Laboral Ltda. 2001. 480 p.
6. CAMPOS RIVERA, Domingo. Derecho Laboral Colombiano Bogotá: Temis . 1981. 170 p.
7. CABANELLAS, Guillermo. El trabajo en la América Precolombina. Buenos Aires: Heliata. 1978. 215 p.
8. CONTI, Augusto. Discriminación en el Empleo: Legislación Comparada Jurisprudencia y Doctrina. Bogotá: Ediciones Jurídica Ibáñez. 1996. 190 p.
9. CORTES RODAS, Francisco. Material suministrado en Curso Virtual de Derechos Sociales. De Justicia. Universidad de Antioquia. Septiembre a diciembre de 2006.
10. DWORKIN, Ronald. Virtud Soberana la teoría y la práctica de la igualdad. Barcelona: Paidós Ibérica, S.A.2003. 450 p.
11. GUERRERO FIGUEROA, Guillermo. Introducción al Derecho del Trabajo. Segunda edición. Bogotá: Temis .1981. 150 p.
12. HIDALGO OVIEDO, Mónica; DIAZ SARASTY, Manuel Gustavo; FIGUEROA DORADO, María Inés, HERNÁNDEZ SARASTY Julián Darío y MUÑOZ LÓPEZ, Claudia Lorena. Sistematización del Ordenamiento Jurídico del Sistema de Seguridad Social en Salud Colombiano. Universidad de Nariño. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Tesis de grado. San Juan de Pasto. 2005.

13. HOYOS, Ilva Miriam. De la dignidad y de los Derechos Humanos- Una Introducción al pensar analógico. Bogotá: Temis. 2005. 260 p.
14. LONDOÑO ULLOA, Jorge Eduardo. Derecho Internacional y Derecho Interno. Tunja: UniBoyacá. 1999. 340 p.
15. MARCHANT, Jaime. "La Discriminación y el derecho a la igualdad". [En línea]. Chile. [Citada el 12 de diciembre de 2004]. Consulta en Internet: <<http://www.taverayasociados.net/ladiscriminacionyelderechoalaigualdad.htm>>.
16. PARRA, Rodríguez Carmen. El nuevo Derecho Internacional de los Contratos. El principio de solidaridad. [En línea] España. Consulta en Internet: <http://europa.eu.int/eurex/accessible/es/about/abc/abc_07.html>.
17. PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio: Discapacidad e Igualdad. [en línea]. España. [Citada en junio de 2003]. Consulta en Internet: <<http://www.famma.org/opinion/imagenes/gregorio-peces-barba.jp>>.
18. PEREZ SANTOS, María Lourdes. Algunas Reflexiones sobre "Liberalismo e Igualdad: una aproximación a la filosofía política de Ronald Dworkin". En: Tercer Congreso Nacional y Primero Internacional: Tensiones Contemporáneas del Constitucionalismo. Universidad de Nariño. 2006. Pasto.
19. Plan de Atención a las Personas con Discapacidad. Consejería Presidencial para la Política Social. Septiembre de 2002.
20. Presidencia de la República – Consejería de Programas Especiales – Red de Solidaridad Social: Bases para la formación de Política Pública en Discapacidad para el periodo 2003-2006. Bogotá. 2003.
21. RASRUCH, Gustav. Introducción a la Filosofía del Derecho. Quinta Reimpresión. México: Breviarios del Fondo de Cultura Económica, número 42. 2000. 552 p.
22. RODRIGUEZ B LUIS. La imagen del otro en relación a la discapacidad. Reflexiones sobre Alteridad. p.3. [en línea]. España. [Citada en Junio de 2003]. Consulta en Internet: <http://www.uclm.es/profesorado/ricardo/docencia_e_investigación/3/Bausá.htm>.
23. SANCHEZ FERRIZ, Remedio, y JIMENA, Quezada Luis. La enseñanza de los Derechos Humanos. Barcelona : Ariel, S.A. 1995. 345 p.
24. UPRIMNY YEPES, Rodrigo. Bloque de Constitucionalidad, derechos humanos y nuevo procedimiento penal. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura. 170 p.
25. URIBE VARGAS, Diego. Las Constituciones de Colombia. Perspectiva Histórica y Sociológica. Segunda Edición. Madrid: Cultura Hispánica Instituto de Cooperación Hispanoamericana, 1985. V.I. 345 p.

26. VELÁSQUEZ, Magdala, y TIRADO Alvaro. Reforma Constitucional de 1936. Bogota: Colección "Pensadores Políticos Colombianos", Cámara de Representantes – Fondo de Publicaciones. 1991.

27. YOUNES Moreno, Diego. Derecho Constitucional Colombiano. Segunda Edición. Bogotá: Jurídicas Gustavo Ibáñez C. Ltda. 1995. 250 p.