

**"LA ESTABILIDAD LABORAL: PRINCIPIO Y DERECHO FUNDAMENTAL.
APLICACIÓN AL CASO DE LOS TRABAJADORES PORTADORES DE VIH.
ANÁLISIS A PARTIR DE LA LEGISLACIÓN NACIONAL Y JURISPRUDENCIA DE LA
CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA"**

PABLO DAVID GÓMEZ GONZALEZ

TRABAJO DE GRADO PARA OPTAR AL TITULO DE MAGISTER EN DERECHO

FUNDACIÓN UNIVERSIDAD DEL NORTE

DIVISION DE DERECHO CIENCIAS POLITICA Y RELACIONES INTERNACIONALES

PROGRAMA DE DERECHO

BARRANQUILLA

2015

**"LA ESTABILIDAD LABORAL: PRINCIPIO Y DERECHO FUNDAMENTAL.
APLICACIÓN AL CASO DE LOS TRABAJADORES PORTADORES DE VIH.
ANÁLISIS A PARTIR DE LA LEGISLACIÓN NACIONAL Y JURISPRUDENCIA DE LA
CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA"**

PABLO DAVID GÓMEZ GONZALEZ

TRABAJO DE GRADO PARA OPTAR AL TITULO DE MAGISTER EN DERECHO

TUTORES: VICTOR JULIO DIAZ DAZA

VIRIDIANA MOLINARES HASSAN

FUNDACIÓN UNIVERSIDAD DEL NORTE

DIVISION DE DERECHO CIENCIAS POLITICA Y RELACIONES INTERNACIONALES

PROGRAMA DE DERECHO

BARRANQUILLA

2015

Nota de aceptación

Firma presidente del jurado

Firma del jurado

Firma del jurado

TABLA DE CONTENIDO.

| | |
|---------------------------|----------|
| INTRODUCCION | 7 |
|---------------------------|----------|

CAPITULO PRIMERO

| | |
|---|-----------|
| DERECHOS FUNDAMENTALES Y ESTABILIDAD LABORAL | 11 |
|---|-----------|

| | |
|----------------------------|----|
| 1. PRINCIPIO Y REGLA | 11 |
|----------------------------|----|

| | |
|--|----|
| 2. DE LOS PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DEL DERECHO DEL TRABAJO | 14 |
|--|----|

| | |
|--|----|
| 3. DE LA NOCION DE DERECHO FUNDAMENTAL | 16 |
|--|----|

| | |
|-----------------------------------|----|
| 4-DE LA ESTABILIDAD LABORAL | 20 |
|-----------------------------------|----|

| | |
|----------------------------------|----|
| 4.1- CLASES DE ESTABILIDAD | 24 |
|----------------------------------|----|

| | |
|-----------------------------------|----|
| 4.1.1- Estabilidad absoluta | 24 |
|-----------------------------------|----|

| | |
|-----------------------------------|----|
| 4.1.2- Estabilidad relativa | 25 |
|-----------------------------------|----|

| | |
|-----------------------------------|----|
| 4.1.3- Estabilidad precaria | 26 |
|-----------------------------------|----|

| | |
|---|----|
| 4.2- NORMAS INTERNACIONALES SOBRE ESTABILIDAD | 26 |
|---|----|

| | |
|---|----|
| 4.3-ESTABILIDAD LABORAL EN COLOMBIA | 28 |
|---|----|

| | |
|---------------------------------------|----|
| 4.3.1-Fundamento constitucional | 28 |
|---------------------------------------|----|

| | |
|--|----|
| 4.3.2 Desarrollo legal de la estabilidad | 29 |
|--|----|

| | |
|--|----|
| 4.3.2.1 Manifestaciones de la estabilidad absoluta, derivadas de la ley: | 31 |
|--|----|

| | |
|---|----|
| 4.3.2.2. Manifestaciones de la estabilidad absoluta, derivadas de la jurisprudencia: | 32 |
|---|----|

| | |
|---|----|
| 4.3.3. Tratamiento de la estabilidad laboral a nivel de la corte constitucional colombiana. | 33 |
|---|----|

| | |
|---|----|
| 4.3.3.1. Estabilidad laboral reforzada | 34 |
| 4.3.3.2. Desarrollo de la corte constitucional colombiana sobre la estabilidad laboral reforzada | 35 |
| 5. CONCLUSIÓN..... | 47 |

CAPITULO SEGUNDO

VIH COMO FACTOR DE DISCRIMINACIÓN E INESTABILIDAD LABORAL .. 50

| | |
|---|----|
| 1. DEL VIRUS DE INMUNODEFICIENCIA HUMANA VIH..... | 50 |
| 1.1. El portador del VIH..... | 50 |
| 1.2. Modos de transmisión del VIH | 52 |
| 2. BREVE PANORAMA DEL VIH EN EL MUNDO..... | 53 |
| 3. BREVE PANORAMA DEL VIH EN COLOMBIA | 55 |
| 4. ESTIGMA Y DISCRIMINACIÓN | 58 |
| 4.1. Estigma..... | 58 |
| 4.2. Discriminación | 60 |
| 4.2.1. Discriminación para la real academia española..... | 60 |
| 4.2.2. Discriminación para ONUSIDA..... | 60 |
| 4.2.3. Discriminación para la OIT | 61 |
| 4.2.3.1. Discriminación directa | 62 |
| 4.2.3.2 Discriminación indirecta | 62 |
| 4.2.4. Discriminación en la constitución política colombiana..... | 64 |
| 4.2.5. Discriminación para la Corte Constitucional..... | 65 |
| 4.2.6. Impacto del VIH en el mundo del trabajo | 66 |
| 5. CASOS ANTE LA CORTE CONSTITUCIONAL..... | 70 |

| | |
|---|------------|
| Sentencia T-554 de 2010 | 78 |
| 6. CONCLUSION | 81 |
| CAPITULO TERCERO | |
| DESARROLLO LEGAL Y JURISPRUDENCIAL CONSTITUCIONAL EN COLOMBIA SOBRE LA ESTABILIDAD LABORAL DE TRABAJADORES PORTADORES DE VIH. | |
| | 87 |
| 1. PROTECCIÓN DE LOS TRABAJADORES PORTADORES DE VIH EN LAS NORMAS INTERNACIONALES. | 87 |
| 1.1. Repertorio de Recomendaciones Prácticas de la OIT sobre el VIH/SIDA y el mundo del trabajo..... | 87 |
| 1.2. Convenios de la OIT | 90 |
| 1.3. Recomendación no. 200 sobre el VIH y el sida y el mundo del trabajo. | 94 |
| 2. DESARROLLO LEGAL SOBRE PROTECCION DE TRABAJADORES PORTADORES DE VIH EN COLOMBIA. | 96 |
| 3. DESARROLLO DE LA CORTE CONSTITUCIONAL SOBRE PROTECCION GENERAL Y ESTABILIDAD DE LOS TRABAJADORES PORTADORES DE VIH | 103 |
| 4. CONCLUSIÓN | 128 |
| CONCLUSIÓN GENERAL | 137 |
| BIBLIOGRAFÍA | 154 |

INTRODUCCION

La estabilidad laboral, y por tanto la confianza o expectativa de mantenerse en el puesto de trabajo, asegurando así los medios para su subsistencia, ha sido una aspiración de los trabajadores en todos los tiempos. Es por ello que el trabajo, como derecho y obligación social, no puede verse efectivamente materializado sin una garantía de conservarlo; obviamente si se dan las condiciones legales para ello.

En Colombia tenemos un sistema de estabilidad en la cual es válida la terminación unilateral del contrato de trabajo por parte del empleador sin una causa justificada, sin embargo, hay personas que por condiciones de salud u otras, requieren una protección especial, de tal manera, que para ellas la estabilidad laboral resulta especialmente relevante, ya que tal posición se asocia directamente con la dignidad humana y a la posibilidad del ejercicio de otros derechos fundamentales tales como la igualdad, la vida, la salud, entre otros.

Uno de estos grupos de personas son los portadores del virus de inmunodeficiencia humana, VIH, ya sea, asintomáticos, denominados también portadores sanos o los sintomáticos, es decir, los que ya han desarrollado alguna de las enfermedades oportunistas propias de la fase SIDA.

La epidemia del VIH/SIDA se ha convertido en uno de los temas laborales más apremiantes en nuestra época moderna.

Además de los estragos que produce sobre mujeres y hombres y sus familias; el mundo del trabajo no ha sido ajeno y se ha visto afectado de diversas maneras.

A pesar de los esfuerzos para el control de esta patología, no cesan de reportarse casos de infectados, por lo que el VIH/SIDA se ha convertido en un serio problema, lo que puede traducirse incluso en un obstáculo para el desarrollo de nuestras sociedades.

Por otro lado, la enfermedad del SIDA, como tal, es considerada por los organismos de salud internacionales, como una prioridad de salud pública, por sus efectos devastadores.

El padecimiento que sufren los portadores de VIH es doble; por un lado, el deterioro progresivo de la salud que genera la infección y por otro el terrible drama del estigma y discriminación de que estos son objeto y en particular en el mundo de trabajo, que conlleva a descalificación, retiros injustificados e incluso hostilidad, lo cual a su vez se traduce en la vulneración de otros derechos fundamentales.

Es por ello que la presente investigación tiene como objetivo general, describir desde la jurisprudencia constitucional de Colombia las mutaciones de la estabilidad laboral como derecho fundamental, a partir del estudio de casos sobre trabajadores portadores de VIH. En desarrollo de lo anterior resolveremos el problema jurídico de si en Colombia es factor de discriminación e inestabilidad laboral ser portador de VIH y en ese orden de ideas establecer si concretamente brindan una verdadera protección para el trabajador portador de VIH las normas existentes al respecto para acceder a un empleo o para permanecer en el , igualmente si se brinda por parte del empleador de quien conoce su estado de seropositivo, un trabajo en condiciones dignas y justas como lo establece el artículo 25 de la Constitución política.

En este trabajo, inicialmente se analizará lo relativo a la estabilidad laboral en general como principio constitucional y derecho fundamental; estudio que se realizará a partir de la doctrina, las normas internacionales, las normas internas constitucionales y legales y la

jurisprudencia constitucional nacional, para después pasar a determinar si efectivamente en Colombia el ser portador de VIH es un factor de discriminación e inestabilidad laboral.

Lo anterior lo lograré mediante el análisis de casos que han llegado a la Corte Constitucional en sede de tutela entre los años 1996 a 2012.

Para este análisis se describirán los hechos relevantes de las sentencias estudiadas y adicionalmente, se establecerá, qué encontró probado la Corte Constitucional, y como principal elemento, la circunstancia de ser portador de VIH. Previo a esto ya se habrá hecho el estudio de los conceptos de estigma y discriminación y el impacto del VIH en el mundo del trabajo.

Luego me referiré al desarrollo constitucional, legal y en las normas internacionales al respecto y finalmente plantearé el desarrollo que se ha dado a nivel de la Corte Constitucional colombiana sobre la estabilidad laboral de los trabajadores portadores de VIH, evidenciando la característica especial de derecho fundamental, que adopta este principio para proteger a estos trabajadores; característica que a su vez se estudia en el primer capítulo.

Este estudio finaliza con el análisis de los casos ya esbozados en el segundo capítulo pero en el tercer capítulo se determinará qué derechos fundamentales encontró violados la Corte Constitucional, y de qué manera este ente los protegió y bajo qué consideraciones.

Esta investigación presenta de una manera descriptiva, cómo a pesar de contar nuestro ordenamiento jurídico interno con normas protectoras para trabajadores portadores de VIH; ante unas circunstancias de hecho a la que se ven expuestos estos, es mediante la jurisdicción constitucional donde se logra la protección efectiva de sus derechos.

Constituye por tanto esta, una obra de real importancia tanto para juristas, docentes, jueces y cualquier persona que requiera el conocimiento necesario respecto de la protección jurídico laboral del trabajador portador del VIH.

CAPITULO PRIMERO

DERECHOS FUNDAMENTALES Y ESTABILIDAD LABORAL

1. PRINCIPIO Y REGLA

Dentro de la teoría de Alexy (2008) toda norma es bien, una regla o un principio, ya que ambos establecen lo que es debido; ambos pueden ser formulados con la ayuda de las expresiones deónticas básicas del mandato, el permiso y la prohibición.

Los principios al igual que la reglas son razones para llevar a cabo juicios concretos de deber ser, aun cuando sean razones de un tipo muy diferente. Tenemos entonces que la distinción entre reglas y principios es una distinción entre dos tipos de normas.

En su teoría podemos observar que uno de los criterios más utilizados para establecer la distinción entre principio y regla es el de la generalidad; según este criterio, los principios son normas de un grado de generalidad relativamente alto, mientras las reglas, de un nivel relativamente bajo.

Pero un punto decisivo en su teoría para la distinción entre reglas y principios es que los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes, por lo tanto, los principios son mandatos de optimización, que se caracterizan porque pueden cumplirse en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no solo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas se determina por los principios y reglas opuestos.

En cambio, las reglas son normas que solo pueden ser cumplidas, o no. Si una regla es válida, entonces debe hacerse exactamente lo que ella exige sin más consideraciones. Por

lo tanto las reglas contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible. Esto significa que la diferencia entre reglas y principios es cualitativa y no de grado.

Cabe anotar que cuando de manera más clara se percibe la diferencia entre principios y reglas es en el momento de su aplicación, concretamente, en la colisión de principios y en caso de conflicto entre reglas.

De su obra podemos concluir que un conflicto de reglas, sólo puede ser solucionado a) introduciendo en una de las reglas una cláusula de excepción que elimine el conflicto o b) declarando inválida, por lo menos, una de las reglas. En este último caso se decide teniendo en cuenta la precedencia de una u otra, y esa decisión conllevará la anulación de la regla precedida o por el criterio de la especialidad.

En caso de colisión de principios la solución es totalmente distinta. En este caso uno de los principios tiene que ceder ante otro, no declarando inválido el principio desplazado, ni introduciendo una cláusula de excepción, sino que prevalecerá el principio con mayor peso, lo cual se lleva a cabo mediante el ejercicio de ponderación (Alexy, 2008).

Para Alexy (2008) “la Ley Fundamental contiene un sistema combinado de principios y reglas de derecho fundamental. Incluso existen normas que tienen un carácter doble” (p. 109).

Por otro lado, para Zagrebelsky, igualmente regla y principios pertenecen al concepto de norma y esta norma alude a que algo deba ser o producirse, y en particular, a que un hombre deba comportarse de determinada manera.

Teniendo en cuenta que el Derecho está compuesto por reglas y principios, cabe observar que las normas legislativas son prevalentemente reglas, mientras que las normas

constitucionales son prevalentemente principios, por ello distinguir entre principios y reglas, significa, a grandes rasgos, distinguir entre la constitución y la ley.

Así las cosas, los principios desempeñan un papel propiamente constitucional es decir constitutivo del orden jurídico, mientras que las reglas aunque estén escritas en la constitución, no son más que leyes reforzadas por su forma especial. Las reglas se agotan en sí mismas, es decir no tienen ninguna fuerza constitutiva fuera de lo que ellas mismas significan.

Respecto al tema también se ha referido Zagrebelsky (2.009) en el sentido que la diferencia más importante reglas y principios, está dada por el tratamiento diferenciado que la ciencia del Derecho otorga a las reglas y a los principios. Solo a las reglas se aplican los variados métodos de la interpretación jurídica que tiene por objeto el lenguaje del legislador. Mientras que en la formulación de los principios hay poco que interpretar de este modo. Por lo general su significado lingüístico es autoevidente y no hay nada que ser sacado a la luz razonando sobre las palabras.

Por tanto a las reglas se obedece, y por ello es importante determinar con precisión los preceptos que el legislador establece por medio de las formulaciones que contienen las reglas; a su vez, a los principios se presta adhesión y por ello es importante comprender el mundo de los valores, las grandes opciones de la cultura jurídica de las que forman parte y a las que las palabras no hacen sino una simple alusión.

De su teoría podemos concluir que la distinción esencial parece ser que las reglas nos proporcionan el criterio de nuestras acciones, nos dicen cómo debemos o podemos actuar en determinadas situaciones específicas previstas en las reglas mismas, mientras que los principios no nos dicen nada a este respecto, pero nos proporcionan criterios para tomar

posición en situaciones concretas pero que a priori aparecen indeterminadas (Zagrebelsky 2009).

Afirma Zagrebelsky (2009): “Puesto que carecen de supuesto de hecho a los principios, a diferencia de las reglas, solo se les puede dar algún significado operativo haciéndoles reaccionar ante algún caso concreto y solo así se puede entender su alcance” (p.111).

De lo anterior se deduce que su significado no puede determinarse en abstracto, sino solo en los casos concretos y de esta manera se puede entender su alcance.

Así las cosas de la teoría de Zagrebelsky (2009) concluimos que, solo las reglas pueden ser observadas y aplicadas mecánica y pasivamente, mientras que la aplicación de los principios requiere que cuando la realidad lo exija de nosotros una reacción, se tome posición se tome posición ante esta de conformidad con ellos.

2. DE LOS PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DEL DERECHO DEL TRABAJO

Algo característico de la disciplina jurídico-laboral, es que posee sus propios principios que le dan su propio estatus, identidad propia e independencia.

Para Guerrero Figueroa (2011) los principios fundamentales de Derecho del Trabajo, constituyen la estructura de esta disciplina, que la mantiene firme pese a su constante transformación. En este sentido afirma que:

Los principios fundamentales del trabajo, son los postulados que inspiran y definen el sentido de las normas laborales con criterio diferente de las otras disciplinas jurídicas.

Algunos principios fundamentales del Derecho del Trabajo sirven también de principios orientadores en la interpretación de sus normas y otros como fuentes de las mismas. Constituyen la base primordial de la organización jurídico-laboral. (Guerrero Figueroa, 2011, p.195)

En materia laboral existen dos clases de principios fundamentales:

- a- Los reconocidos expresamente por la Constitución.
- b- Los reconocidos en los diferentes textos legislativos que regulan el Derecho del trabajo.

Considera Guerrero Figueroa (2011) que “los principios fundamentales de Derecho cumplen misión de informadores cuando inspiran al legislador y misión normativa cuando actúan como fuente en ausencia de la Ley y misión interpretadora cuando operan como criterio orientador del juez o intérprete” (p. 196).

El art. 53 de nuestra Constitución hace una relación de principios mínimos fundamentales, los cuales deberán estar contenidos en el estatuto del trabajo que expida el congreso, los cuales aunque no se haya expedido dicho estatuto son vinculantes; considera la Corte Constitucional (Sentencia C-055 de 1999) que estos:

(...) son principios esenciales que también se relacionan con la organización política del Estado Social de Derecho, empeñado en "combatir las penurias económicas o sociales y las desventajas de diversos sectores, grupos o personas de la población (v.g. los trabajadores), prestándoles asistencia y protección; todo esto, a través de herramientas (como las del artículo 53 C.P.), dirigidas a la construcción de las condiciones indispensables para asegurar a todos los habitantes del país una vida justa dentro de las posibilidades económicas que estén a su alcance. (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-055 de 1999)

Estos principios, además de la estabilidad en el empleo son :Igualdad de oportunidades para los trabajadores, remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo, irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales, facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles, situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales del Derecho, primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, entre otros.

3. DE LA NOCION DE DERECHO FUNDAMENTAL

Según Luigi Ferrajoli (2006) son fundamentales: “Los derechos adscritos por un ordenamiento jurídico a todas las personas físicas en cuanto tales, en cuanto ciudadanos o en cuanto capaces de obrar; y entiende por Derecho subjetivo, toda expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica”. (p.37).

A nivel de nuestra Corte Constitucional, sobre el concepto de Derecho fundamental, este ente no ha dado una respuesta inequívoca. Su postura ha oscilado entre la idea de que se trata de derechos subjetivos de aplicación inmediata y la esencialidad e inalienabilidad del derecho para la persona. Entre estos dos extremos se han presentado varias posturas teóricas:

En sentencia T-418 de 1992 señaló que:

Los derechos obtienen el calificativo de fundamentales en razón de su naturaleza, esto es, por su inherencia con respecto al núcleo jurídico, político, social, económico y cultural del hombre. Un derecho es fundamental por reunir estas características y no por aparecer reconocido en la Constitución Nacional como tal. Estos derechos fundamentales constituyen las garantías ciudadanas básicas sin las cuales la supervivencia del ser humano no sería posible. (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-418 de 1992)

Por su parte, en sentencia T-419 de 1992 señaló que :

Los derechos fundamentales son los que corresponden al ser humano en cuanto tal, es decir, como poseedor de una identidad inimitable caracterizada por su racionalidad que le permite ejercer sus deseos y apetencias libremente. De ahí que se le reconozca una dignidad -la dignidad humana- que lo colocan en situación de superior en el universo social en que se desenvuelve, y por ello, es acreedor de derechos que le permiten desarrollar su personalidad humana y sin los cuales ésta se vería discriminada, enervada y aun suprimida. (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-419 de 1992)

En el mismo año 1992, en sentencia T-420 esta Corporación indicó que los derechos fundamentales se caracterizan :

Porque pertenecen al ser humano en atención a su calidad intrínseca de tal, por ser él criatura única pensante dotada de razonamiento; lo que le permite manifestar su voluntad y apetencias libremente y poseer por ello ese don exclusivo e inimitable en el universo social que se denomina dignidad humana. (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-420 de 1992)

En sentencia T-240 de 1993, la Corte señaló que, la Constitución como norma básica de la convivencia social y de estructura abierta y dinámica tiene en la comunidad su correlato necesario. Los bienes que la Carta protege y valores que prohíja, tienen igualmente relevancia social y su existencia o defecto no son ajenos a su realidad fenomenológica. Sin embargo, el concepto de derecho fundamental, pese a inspirarse en la realidad y buscar en cierto modo moldearla, es fruto de la consagración o del reconocimiento del derecho positivo, de suerte que se impone encontrarse en un supuesto comprendido dentro de su ámbito material delimitado o supuesto por el constituyente para poder gozar de él.

Cabe resaltar que el artículo 94 de nuestra Constitución indica que no todos los derechos tienen consagración positiva, pues no pueden negarse como derechos aquellos que “siendo inherentes a la persona humana”, no estén enunciados.

Así las cosas, de la línea dogmática de la Corte Constitucional para establecer un concepto claro y preciso de derecho fundamental, exige su sistematización, pues la Constitución no define qué se entiende como derechos fundamentales y, por otro lado, autoriza reconocer como tales, derechos no positivizados.

En sentencia T-801 de 1998, la Corte indicó que:

Es la realidad de cada caso concreto, las circunstancias únicas y particulares que lo caracterizan, las que permiten definir si se encuentra verdaderamente vulnerado un derecho fundamental, si ello afecta la dignidad de la parte actora y si esta última está en situación de indefensión frente al presunto agresor. (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-801 de 1998)

De la anterior sentencia surge un elemento que resulta decisivo para sistematizar el concepto de derecho fundamental: La dignidad humana.

Igualmente, el artículo 1 de la Constitución política colombiana, consagra el respeto por la dignidad humana, como uno de los valores en que se funda nuestro estado social de Derecho.

En sentencia T-881 de 2002, la Corte analizó la jurisprudencia de esta Corporación sobre el concepto de dignidad humana. Para efecto de esta sentencia interesa destacar que la Corte concluyó en su síntesis, que la comprensión de la dignidad humana ha partido de tesis naturalistas o esencialistas y se ha movido hacia posturas normativas y funcionales.

A partir del anterior análisis es posible recoger la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre el concepto de derechos fundamentales, teniendo como eje central la dignidad humana, en tanto que valor central del sistema y principio de principios.

En este orden de ideas, la Corte en sentencia T-227 de 2003, concluye que será fundamental todo derecho constitucional que funcionalmente esté dirigido a lograr la dignidad humana y sea traducible en un derecho subjetivo. Es decir, en la medida en que resulte necesario para lograr la libertad de elección de un plan de vida concreto y la posibilidad de funcionar en sociedad y desarrollar un papel activo en ella. Tal necesidad no está determinada de manera apriorística, sino que se define a partir de los consensos (dogmática del derecho constitucional) existentes sobre la naturaleza funcionalmente necesaria de cierta prestación o abstención (traducibilidad en derecho subjetivo), así como de las circunstancias particulares de cada caso.

Sobre la dignidad humana Gonzalo Pérez afirma que:

Es una cualidad intrínseca, irrenunciable e inalienable de todo ser humano, constituyendo un elemento que cualifica al individuo en cuanto tal, siendo una cualidad integrante e irrenunciable de la condición humana. Ella es asegurada, respetada, garantizada y promovida por el orden jurídico estatal e internacional, sin que pueda ser retirada a alguna persona por el ordenamiento jurídico, siendo inherente a su naturaleza humana; ella no desaparece por más baja y vil que sea la persona en su conducta y sus actos. (1986, citado por Nogueira Alcalá, (s.f.), p.1).

Por lo que:

La dignidad de la persona se constituye en el valor supremo y en el principio jurídico que constituye la columna vertebral básica de todo el ordenamiento constitucional y es fuente de todos los derechos fundamentales, irradiando todo el sistema jurídico el que debe

interpretarse y aplicarse conforme a las condiciones en que dicha dignidad se realice de mejor forma. (Nogueira Alcalá, s.f., p. 2)

De acuerdo a lo anterior quedaron así superadas las teorías restrictiva y de conexidad sobre lo que hace fundamental un Derecho.

Del anterior análisis sobre Derechos fundamentales, solo hace referencia a la persona natural, pese a ello, cabe resaltar que, nuestra corte Constitucional, en sentencia SU-182 de 1998, ha reconocido que también a las personas jurídicas le corresponden y pueden reclamar Derechos fundamentales, en cuanto estén estrechamente ligados a su existencia misma, a su actividad, al núcleo de las garantías que el orden jurídico les ofrece y, por supuesto, al ejercicio de derechos de las personas naturales afectadas de manera transitiva cuando son vulnerados o desconocidos los de aquellos entes en que tienen interés directo o indirecto.

En este caso, la Corte ha destacado derechos fundamentales como el debido proceso, la igualdad, la inviolabilidad de domicilio y de correspondencia, la libertad de asociación, la inviolabilidad de los documentos privados, el acceso a la administración de justicia, el derecho a la información, el habeas data y el derecho al buen nombre, entre otros.

De allí que son titulares no solamente de los derechos fundamentales en sí mismos sino de la acción de tutela para obtener su efectividad cuando les sean conculcados o estén amenazados por la acción u omisión de una autoridad pública o de un particular.

4. DE LA ESTABILIDAD LABORAL

El proceso de flexibilización de las normas laborales Colombianas y como consecuencia de ello la precariedad de las relaciones derivadas de ellas, contrastan con el desarrollo que ha venido teniendo este principio a nivel de nuestra Corte Constitucional.

Entiéndase por precario según Mario Pasco Cosmopoli (1989): “Lo que tiene poca estabilidad, inseguro, por tanto una contratación precaria es aquella que carece de estabilidad” (p. 41).

El derecho al trabajo no se puede considerar cristalizado sin que se garantice la conservación del contrato de trabajo, siempre y cuando se den otras condiciones, como son, una óptima prestación del servicio y se mantengan las causas que le dieron origen al mismo.

No solo se trata de obtener un trabajo y que este sea en condiciones dignas y justas como lo establece el art. 25 de la Constitución Política, sino también de poder conservarlo.

Así las cosas la estabilidad laboral constituye uno de los pilares de la relación de trabajo que tiene por finalidad última la protección del trabajador.

En algunas oportunidades la Corte Constitucional se ha referido a la estabilidad laboral como la posibilidad o expectativa cierta y fundada del trabajador de conservar su puesto de trabajo siempre y cuando no sobrevenga alguna circunstancia que por la misma ley se permita la terminación del contrato de trabajo, como se deriva de las sentencias C-588 de 1995 y C-016 de 1998.

A continuación esbozo algunos conceptos sobre la estabilidad que fueron expuestos por Pasco Cosmópolis (1989), en obra Colectiva publicada por la Universidad de Murcia (España) hace una relación de los principales conceptos que se han dado de la estabilidad en el empleo, entre ellos encontramos:

Mozart Victor Russomano:

Es el derecho del trabajador de permanecer en el empleo, incluso contra la voluntad del empresario, mientras no exista causa relevante que justifique el despido. La estabilidad, es

pues, la negación no solo jurídicamente, sino también de hecho, de la prerrogativa patronal de despedir sin causa. Dentro de este concepto y en la medida exacta del término, toda estabilidad o es absoluta o no es estabilidad. (Citado por Pasco Cosmópolis, 1989, p. 39).

Mario L. Deveali: “Es el Derecho del empleado a conservar el puesto durante toda su vida laboral, no pudiendo ser declarado cesante sino por algunas causas taxativamente determinadas” (Citado por Pasco Cosmópolis, 1989, p. 40).

Hugo Ítalo Morales:

Es el Derecho que se concede a los asalariados, el cual se traduce en la conservación del empleo, siempre que subsistan las condiciones iniciales en que se produjo la prestación del servicio y se cumplan las obligaciones adquiridas en el contrato. (Citado por Pasco Cosmópolis, 1989, p. 40)

Rolando Murgas Torraza:

La estabilidad en sentido estricto supone el Derecho del trabajador a conservar el empleo mientras no incurra en incumplimiento grave de sus obligaciones ni surjan circunstancias de fuerza mayor, caso fortuito o incapacidad técnica o económica que impongan la extinción de la relación de trabajo. Es así como la estabilidad excluye la posibilidad del despido libre, causal o *ad nutum*. (Citado por Pasco Cosmópolis, 1989, p. 40)

Para Ernesto Krotoschin (1978),

Con relación al concepto de una autentica estabilidad (por no depender de situaciones circunstanciales) se ha hablado a veces de un “Derecho del Trabajador al empleo”, en el sentido de un derecho real (o cuasi real) que para unos se asemeja a la propiedad, para otros a la mera posesión, y respecto del cual el empleo (puesto) aparece como un bien jurídico que forma parte del patrimonio del trabajador. El empleador no tiene libertad para privar al

trabajador de este bien, si no por determinadas causas, enumeradas taxativamente, en principio. La relación de trabajo confiere al trabajador un poder jurídico, similar a la posesión, sobre el puesto en el que se ha colocado en la empresa. (p. 477)

Para Guerreño Figueroa (2011) en virtud de la estabilidad

No se convierte el Derecho del trabajador en uno de propiedad de su empleo ni le confiere el carácter de vitalicio, sin embargo, este otorga al trabajador una expectativa de conservarlo con las modificaciones normales, que imponga el transcurso del tiempo, en la medida en que se cumplan las obligaciones contractuales por parte del trabajador. (p. 226)

Lo anterior también es consecuencia de ser el de trabajo un contrato de tracto sucesivo, cuyas obligaciones no se agotan en un solo acto, sino que se van ejecutando en el transcurso del tiempo, por lo tanto las obligaciones allí surgidas deben permanecer.

Para Cabannellas (1992)

Esta permanencia reviste extraordinaria importancia jurídica y desde el punto de vista económico y social: Para el empleador representa el mejor medio de conseguir un dependiente singularmente unido a la empresa y particularmente especializado en la labor profesional encomendada; para el trabajador significa la probabilidad de su propia seguridad, una ocupación duradera y cierta garantía para el sostenimiento propio y de su familia. En la estabilidad en el empleo hay un interés social y un interés económico, no solamente privativo del empleador y del trabajador, sino que alcanza a la propia producción. (p. 508)

Nuestra Corte Constitucional ha conceptuado que:

Desde su perspectiva deóntica, supone que el trabajo esté dotado de una vocación de permanencia o continuidad mientras no varíe el objeto de la relación, sobrevenga una circunstancia que haga nugatorias las obligaciones reconocidas a los sujetos de la relación o

aparezca una justa causa de despido. (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-225 de 2002)

4.1. CLASES DE ESTABILIDAD

Tradicionalmente y derivado de la doctrina se ha clasificado a la estabilidad en ABSOLUTA y RELATIVA¹. Nuestra Corte Constitucional en sentencia T-225 de 2012 habla de grados de estabilidad recogiendo esta clasificación y además reconoce la estabilidad precaria como más adelante definiré.

4.1.1. Estabilidad absoluta

La estabilidad absoluta también se ha denominado como propia o según Cabanellas (1992), “perdurabilidad” (p. 507).

En este tipo de estabilidad se mantienen los derechos del trabajador a pesar de haber sido separado del puesto, ya que se niega al empleador la facultad de disolver el vínculo laboral de manera unilateral permitiéndose la disolución del mismo por una causa justificada o cuando operen algunos de los modos legales para la extinción del vínculo.

Así las cosas si no median estas condiciones, es decir una justificación legal se produciría la nulidad del despido y el trabajador tendría derecho a la reinstalación o reintegro al cargo, y al pago de los salarios dejados de percibir durante el tiempo que estuvo cesante.

¹ Autores como Guillermo Guerrero Figueroa y Guillermo Cabanellas De Torre acogen esta clasificación.

Así para Cabanellas (1992) la estabilidad absoluta o perdurabilidad, consolida el nexo del trabajador con la empresa por cuanto solo puede ser dado de baja en la misma con causa justificada. Esta especie se confunde con la permanencia, por la que el trabajador incorporado a la empresa aparece como un elemento necesario a esta, que tiene una especie de propiedad de su empleo. La incorporación a la empresa tiene carácter definitivo, salvo que exigencias técnicas o de otra naturaleza hagan necesario ponerle fin a la relación laboral (Cabanellas, 1992).

Cabanellas (1992) cataloga a la estabilidad absoluta o perdurabilidad como “la posición y posesión vitalicia, hasta la jubilación o retiro, de un cargo o función laboral (p. 507).

Para Díaz Daza (2008) en este sistema de estabilidad,

La única posibilidad de contratar laboralmente sea la indefinida, y ella tendrá vigencia mientras subsistan las causas que le dieron origen, y la materia del trabajo. En este caso, el contrato de trabajo sólo podría terminar por eventos especiales, como la muerte del trabajador, o una justa causa, ya que de no presentarse una razón justificadora, el despido sería nulo y el trabajador tendría derecho al reintegro al cargo, y al pago de los salarios dejados de percibir. (p.85).

4.1.2- Estabilidad relativa

La estabilidad relativa también se ha denominado como impropia o según Cabanellas “simple durabilidad” (p. 1992, 507).

En este sistema de estabilidad, el empleador podrá legalmente dar por termino al contrato de trabajo de manera unilateral sin una cusa que lo justifique, pero se prevén como consecuencia unas cargas económicas para el empleador, las cuales son las indemnizaciones por el despido injusto.

Así lo afirma Guillermo Cabanellas (1992), al decir que “la garantía del trabajador se limita al derecho a ser indemnizado ante un despido injusto o en caso de auto despido” (p. 507).

Para Díaz Daza (2008), en este sistema:

(...) hay varias posibilidades de contratación, como el contrato a término fijo, por obra o labor contratada, y la indefinida. En este caso, el empleador que desea despedir a un trabajador, sin una justa causa, podrá hacerlo, pero deberá reconocerle, a título de indemnización, las sumas que determine la ley, siendo válido el despido, reservándose el legislador la nulidad del despido, solo para algunos casos excepcionales. La nulidad del despido solo se reconoce para eventos especiales, en especial cuando existan violaciones a derechos fundamentales (p.85).

4.1.3. Estabilidad precaria

Según Sentencia T-546 de 2000, este tipo de estabilidad se presenta en el contexto de las relaciones donde el empleador goza de un amplio grado de discrecionalidad, como ocurre en los cargos de libre nombramiento y remoción.

4.2. NORMAS INTERNACIONALES SOBRE ESTABILIDAD

En el campo de las normas internacionales, El Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales del "Protocolo de San Salvador" establece:

Artículo 7. **Condiciones justas, equitativas y satisfactoria de trabajo.** Los estados parte en el presente Protocolo reconocen que el derecho al trabajo a que se refiere el artículo anterior, supone que toda persona goce del mismo en condiciones justas, equitativas y satisfactorias, para lo cual dichos estados garantizarán en sus legislaciones nacionales, de manera particular:
(...)

d. La estabilidad de los trabajadores en sus empleos de acuerdo con las características de las industrias y profesiones y con las causas de justa separación. En casos de despido injustificado, el trabajador tendrá derecho a una indemnización o a la readmisión en el empleo o a cualquiera otra prestación prevista por la legislación nacional.

Por otro lado el Convenio núm. 158 de 1982 de la OIT sobre la terminación de la relación de trabajo, consagra:

Artículo 4. No se pondrá término a la relación de trabajo de un trabajador a menos que exista para ello una causa justificada relacionada con su capacidad o su conducta o basada en las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio

Artículo 5.

Entre los motivos que no constituirán causa justificada para la terminación de la relación de trabajo figuran los siguientes:

- a) la afiliación a un sindicato o la participación en actividades sindicales fuera de las horas de trabajo o, con el consentimiento del empleador, durante las horas de trabajo;
- b) ser candidato a representante de los trabajadores o actuar o haber actuado en esa calidad;

- c) presentar una queja o participar en un procedimiento entablado contra un empleador por supuestas violaciones de leyes o reglamentos, o recurrir ante las autoridades administrativas competentes;
- d) la raza, el color, el sexo, el estado civil, las responsabilidades familiares, el embarazo, la religión, las opiniones políticas, la ascendencia nacional o el origen social;
- e) la ausencia del trabajo durante la licencia de maternidad.

Cabe anotar que este convenio aún no ha sido ratificado por Colombia, por lo tanto no hace parte no hace parte de nuestro derecho interno.

De igual manera podemos relacionar los convenios: 03 de 1919 sobre protección de la maternidad consagrando como ilegales los despidos en caso de ausencias de la mujer motivada por embarazo, el 159 de 1983 sobre readaptación profesional de personas invalidas y el 98 de 1949 permitiendo que el trabajador goce de adecuada protección contra todo acto de discriminación tendiente a menoscabar la libertad sindical en relación con su empleo.

4.3. ESTABILIDAD LABORAL EN COLOMBIA

4.3.1 .Fundamento constitucional

La estabilidad laboral fue enunciada en nuestra Constitución Política de 1991, en su art. 53, norma que ordena al congreso a expedir el estatuto del trabajo. El artículo consagra que este estatuto deberá tener unos principios mínimos fundamentales, entre ellos, la estabilidad en el empleo.

Lo anterior guarda estrecha relación con el artículo 25 de la Carta Constitucional, que consagra el Derecho fundamental al trabajo, el artículo 13 de la misma, que consagra la

libertad e igualdad ante la Ley y ordena que el estado debe proteger especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta, por otro lado el artículo 1 de la misma, enuncia los valores sobre los que se funda nuestro estado social de Derecho, entre ellos, el trabajo.

Finalmente el artículo 125 se refiere a los empleos en los órganos y entidades del Estado son estableciendo que deben ser de carrera, salvo excepciones.

4.3.2 Desarrollo legal de la estabilidad

En nuestro sistema la Corte Constitucional reconoce la existencia de ciertos grados de estabilidad en el empleo, entre otras: a) la absoluta, b) la impropia y c) la precaria. El alto tribunal establece que la primera está dada por la seguridad plena de conservar intacto el vínculo laboral; la segunda permite el pago de una indemnización a cambio de la efectividad del despido o desvinculación; y la última se presenta en el contexto de las relaciones donde el patrono goza de un amplio grado de discrecionalidad, como ocurre en los cargos de libre nombramiento y remoción; lo que podemos constatar en sentencia T-225 de 2012.

Del análisis de nuestra legislación se deduce que la regla general de nuestro sistema es la estabilidad relativa, lo cual se manifiesta en algunos apartes de la misma:

1.- Se faculta al empleador a terminar el contrato de trabajo sin causa justificada, teniendo como consecuencia natural, la indemnización tarifada en el artículo 64 del C.S. de T., igual consecuencia se genera en el caso de que el empleador de lugar a la terminación unilateral del contrato de trabajo por las justas causas contenidas en el artículo 62 del código, y es lo que ha denominado la jurisprudencia y la doctrina, despido indirecto o auto despido.

Cabe resaltar que estas indemnizaciones fueron reducidas por la reforma introducida por la Ley 789 de 2012.

2.- Si bien en el artículo 45 del Código Sustantivo de Trabajo se consagran distintas modalidades contractuales, tales como el contrato a término fijo, el contrato por la duración de una obra o labor determinada, o para ejecutar un trabajo ocasional, accidental o transitorio y por tiempo indefinido, del art. 47 del mismo, se deriva que cuando el contrato de trabajo no encuadra dentro de las demás modalidades legalmente establecidas, será un contrato indefinido, estableciendo una presunción legal o preferencia, en favor de los contratos de duración indefinida, de tal manera que si se requiere celebrar uno por un término fijo, debe pactarse expresamente por escrito de esa forma; el artículo reafirma la formulación de la estabilidad, al establecer que este contrato (el indefinido) tendrá vigencia mientras subsistan las causas que le dieron origen y la materia del trabajo.

3.- En virtud de la estabilidad se mantiene la relación laboral aun en los eventos de situaciones que afectan el contrato de trabajo como en los siguientes casos:

a) Sustitución de empleadores: Al respecto el artículo 68 de nuestro Código Sustantivo de trabajo establece que la sola sustitución de empleadores no extingue, suspende ni modifica los contratos de trabajo existentes.

b) Suspensión del Contrato de trabajo: En este caso y por las causales establecidas en el artículo 51 del Código Sustantivo de Trabajo, cesan temporalmente las principales obligaciones que surgen del contrato de trabajo, como son, la prestación del servicio y la remuneración, debiéndose reanudar cuando desaparezcan estas causales, sin que implique terminación del contrato.

A pesar de que la regla general es ser nuestro sistema de estabilidad relativa, hay algunas excepciones, a las que yo denomino, manifestaciones de estabilidad absoluta, ya derivadas de la ley o bien de la profusa jurisprudencia de la corte constitucional al respecto, como en el caso de trabajadores que se encuentren encuadrados dentro de la descripción dada por el artículo 13 de nuestra constitución, es decir, personas que por su condición económica, física o mental, se encuentran en circunstancia de debilidad manifiesta, a manera de ejemplo menciono a discapacitados, el caso de la protección a la maternidad y mujeres cabeza de familia y otros casos de fueros especiales, a que relaciono a continuación.

4.3.2.1. Manifestaciones de la estabilidad absoluta, derivadas de la ley:

Entre las protecciones, fueros o manifestaciones de la estabilidad absoluta, derivadas de la ley, podemos mencionar: **a) El fuero sindical** (Artículos 405 y siguientes del CS de T.): En este caso, cuando el empleador despide al trabajador sin justa causa autorizada por el juez, el trabajador tendría la posibilidad de interponer una acción de reintegro. **b) Trabajadores con 10 años de servicios a un empleador antes de 1 de enero de 1991** (Artículo 8, DL 2351 de 1965): En este caso el trabajador despedido sin justa causa tendría la posibilidad de interponer una acción de reintegro. **c) Despidos colectivos** (Artículo 40 DL 2351 de 1965): En este caso, no producirá ningún efecto el despido colectivo de trabajadores, sin la previa autorización del Ministerio de Trabajo, caso en el cual se dará aplicación al artículo 140 del Código Sustantivo del Trabajo. **d) los sordociegos** (Ley 982 de 2005): En este caso carece de todo efecto jurídico el despido o la terminación del contrato de una persona por razón de su limitación auditiva o visual sin que exista autorización previa de la oficina de trabajo que constate la configuración de la existencia de una justa causa para el

despido o terminación del respectivo contrato. **e) el caso de protección a la maternidad según el artículo 241 C.ST:** Según el cual, el empleador está obligado a conservar el puesto a la trabajadora que esté disfrutando de los descansos remunerados de que trata la ley, o de licencia por enfermedad motivada por el embarazo o parto y no producirá efecto alguno el despido que el empleador comunique a la trabajadora en tales períodos, o en tal forma que, al hacer uso del preaviso, éste expire durante los descansos o licencias referidas. Finalmente menciono.

4.3.2.2. Manifestaciones de la estabilidad absoluta, derivadas de la jurisprudencia:

Entre las protecciones que generan estabilidad absoluta derivadas de la jurisprudencia encontramos el fuero circunstancial, ya que el artículo 25 del Decreto 2351 de 1965 no le establece sanción para el caso de que un trabajador sea despedido sin justa causa durante el conflicto, en su defecto, la sentencia de la C.S.J. 11017 de octubre 5 de 1998 establece la ineficacia de dicho despido; otros casos son el de los discapacitados, incapacitados a que me referiré en el siguiente numeral y en general de todos aquellos que se encuadran bajo el concepto de estado de debilidad manifiesta, al igual que cuando el despido se produce con violación de derechos fundamentales como libertad de culto (Sentencia T-327 de 2009), derecho de asociación sindical (Sentencia T 436 de 2000), Menciono también dentro de este concepto, algunas situaciones de la maternidad según sentencia C-470 de 1997(sentencia integradora), que se refirió además de la situación contemplada en el artículo 241 del C.S.T. las demás situaciones no incluidas allí como el caso de los despidos producidos durante el embarazo, para los cuales la ley les asignó una indemnización especial y no la ineficacia del

despido, artículo que fue declarado exequible por la Corte Constitucional en los términos de la sentencia C-470 de 1997, según la cual carece de todo efecto el despido de una trabajadora durante el embarazo, o en los tres meses posteriores al parto, sin la correspondiente autorización previa del funcionario del trabajo competente, quien debe verificar si existe o no justa causa probada para el despido.

4.3.3. Tratamiento de la estabilidad laboral a nivel de la corte constitucional colombiana.

En 1997 La Corte Constitucional en sentencia C-470 de 1997 cuyo magistrado ponente fue Alejandro Martínez Caballero, conceptuó, que:

En general el derecho a la estabilidad laboral consiste en la garantía que tiene todo trabajador a permanecer en el empleo y a obtener los correspondientes beneficios salariales y prestacionales, incluso contra la voluntad del patrono, si no existe una causa relevante que justifique el despido. (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-470 de 1997).

En la misma sentencia también afirmó: “Si bien, conforme al artículo 53 de la Carta, todos los trabajadores tienen un derecho general a la estabilidad en el empleo, existen casos en que este derecho es aún más fuerte, por lo cual en tales eventos cabe hablar de un derecho constitucional a una estabilidad laboral reforzada”.

Ratificó la Corte nuestro sistema de estabilidad relativa al conceptuar desde la sentencia C-588 de 1995, que:

La estabilidad por lo tanto, no se refiere a la duración infinita del contrato de trabajo, de modo que aquélla se torne en absoluta, sino que, ella sugiere la idea de continuidad, es decir, a lo que dura o se mantiene en el tiempo.

4.3.3.1. Estabilidad laboral reforzada

Se conoce en Colombia la *estabilidad laboral reforzada*, como concepto derivado del amplio desarrollo que ha hecho la Corte Constitucional de la estabilidad, constituyéndose como una manifestación de la estabilidad laboral absoluta, mediante la cual una persona no puede ser despedida sin el previo cumplimiento de un requisito legal, es decir una justa causa que en algunos casos requiere autorización de autoridad administrativa o judicial competente, y que habiendo sido despedidas sin el cumplimiento de tales requisitos, tienen la posibilidad de su reintegro o reinstalación en virtud de que gozan de una protección especial derivada de un estado de debilidad manifiesta u otra circunstancia específica de relevancia constitucional. Estas personas que, por una situación de debilidad manifiesta, o por cualquier otra causa de especial relevancia constitucional, reciben una protección especial por parte del Estado, protección que, en el caso del empleo, impide el despido por razones centradas en tal debilidad o causa, o por decisión arbitraria del empleador.

Una estabilidad reforzada implica que el ordenamiento debe lograr una garantía real y efectiva al derecho constitucional que tienen algunas personas a no ser despedidas por ciertas circunstancias especiales.

Se encuentran entre ellas los trabajadores discapacitados, los incapacitados, portadores de VIH, madres e incluso, padres cabeza de familia, mujeres embarazadas o con

posterioridad al parto, trabajadores con fuero sindical, o despedidos sin justa causa en el curso de un conflicto colectivo de trabajo y despidos colectivos.

4.3.3.2. Desarrollo de la corte constitucional colombiana sobre la estabilidad laboral reforzada

La Corte constitucional en sus inicios no reconocía la estabilidad laboral como un Derecho y aunque posteriormente si la reconoce como tal, le había venido negado, en principio, el carácter fundamental de la misma. En 1998 Sentencia T-800 de 1998, consideró que :

El derecho a permanecer en un puesto determinado, a estar vinculado a cierta institución o a ejercer la actividad laboral en un sitio específico, no constituyen propiamente derechos fundamentales, sino prerrogativas derivadas del derecho al trabajo que, en principio, no son amparables por vía de tutela.

(...) No obstante, la Corte ha establecido que la protección ofrecida por la acción de tutela es viable, si logra demostrarse de manera particular, que la afectación de un derecho sin rango fundamental afecta a uno que sí lo tiene. Aplicando esta jurisprudencia en relación con el derecho al trabajo, la misma Corporación ha dicho que la prerrogativa de permanecer en un cargo determinado eventualmente puede llegar a dañar un derecho fundamental, dependiendo de las circunstancias particulares del caso. (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-800 de 1998)

Como arriba mencionaba, la Corte Constitucional en una serie de sentencias ha reconocido un verdadero derecho a la estabilidad laboral, aunque en su versión de estabilidad relativa , pero dependiendo de circunstancias especiales lo ha revestido del carácter de verdadero derecho fundamental, en algunos casos de manera autónoma, o en conexidad por

violación de otros derechos fundamentales y es allí donde se presenta de la manifestación de la estabilidad absoluta, amparada por la acción de tutela.

De la relación de las siguientes sentencias tomadas como muestra del sinnúmero de fallos al respecto, podemos ver la evolución que ha tenido la estabilidad laboral en sus distintas manifestaciones, para el análisis, haré una breve descripción de los hechos, luego algunas de las consideraciones que hizo la Corte, finalmente, que derechos tuteló y como protegió el derecho tutelado:

Sentencia T-576 DE 1998

Magistrado Ponente: ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO

La Corte Constitucional conoció en esta oportunidad de una tutela en la cual un ex notario había sido retirado del servicio sin que, según su criterio existiera justa causa para tal fin, y sin que se hubiera realizado el concurso reglamentario para ocupar el nuevo cargo.

La Corte consideró que la tutela no puede llegar hasta el extremo de ser el instrumento para garantizar el reintegro de todas las personas retiradas de un cargo. No siempre el derecho al trabajo se confunde con la estabilidad absoluta. Enumeró ejemplos excepcionales en que hay propiamente estabilidad absoluta: mujeres embarazadas, en caso de fuero sindical o minusválido.

La Corte negó la existencia de un derecho fundamental a una estabilidad laboral, pero encontró que el acto administrativo mediante el cual había sido desvinculado el funcionario no estaba debidamente motivado. Por tal motivo tuteló el derecho fundamental al debido proceso y ordenó al gobierno proferir un nuevo acto administrativo en el que expusiera las razones para el retiro.

Sentencia T-519 DE 2003

Magistrado Ponente: MARCO GERARDO MONROY CABRA

En este caso el trabajador que por enfermedad fue reubicado y al mes despedido sin justa causa e indemnizado, la Corte consideró que era improcedente la tutela, *prima facie*, para pedir reintegro laboral.

Opinó la Corte:

(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. (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-519 de 2003)

A estas personas con especial protección 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.

Finalmente en el fallo no se refirió a un Derecho a la Estabilidad y en su defecto concedió la tutela a los derechos fundamentales al trabajo y a la igualdad, manifestada en la especial protección a los disminuidos físicos.

Ordenó el reintegro, con el pago de salarios dejados de percibir durante el tiempo que estuvo cesante.

Sentencia T 434 de 2008

Magistrado Ponente: JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

Se trata de caso de un trabajador al que su empleador por terminado su contrato de trabajo a término indefinido, sin justa causa legal, cuando el peticionario se encontraba en un estado de debilidad manifiesta, por motivo de un accidente de trabajo, por lo que se trata de determinar si la empresa vulneró los derechos fundamentales a la igualdad y a la estabilidad laboral reforzada del demandante,

La Corte consideró que:

En lo que hace a la estabilidad laboral, esta Corte ha expresado que a pesar de tratarse de un Derecho Constitucional, su correcta interpretación no implica que el trabajador tenga un derecho subjetivo a permanecer indefinidamente en un determinado puesto de trabajo. Una inmutabilidad absoluta de las relaciones laborales, aparte de ser fácticamente imposible, limitaría el derecho a la igualdad, en el sentido de truncar la expectativa de otras personas de acceder a un puesto de trabajo, e impondría una carga desproporcionada al empleador en la gestión de sus negocios. Pero a pesar de lo expuesto, cuando uno de los extremos de la relación laboral está compuesto por un sujeto para quien el constituyente consagró un deber especial de protección o cuando se trata de una persona que se encuentra en un estado de debilidad manifiesta, el derecho a la estabilidad laboral adquiere el carácter de fundamental,

en virtud de diversas razones de carácter constitucional. (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-434 de 2008)

La Corte consideró que un despido que tiene como motivación -explícita o velada- la condición física del empleado, constituye una acción discriminatoria, y un abuso de la facultad legal de dar por terminado unilateralmente un contrato de trabajo.

Para la Corte es claro, que la estabilidad laboral de quienes se encuentran en condición de debilidad manifiesta resulta especialmente relevante, no sólo por la evidente relación entre ésta y la posibilidad de gozar de condiciones de subsistencia dignas, sino porque la realización laboral de quienes se encuentran en tal posición se asocia directamente con la realización de la dignidad humana, y con la integración social de quienes enfrentan una limitación física, o de cualquier otro tipo.

En este caso la Corte resolvió tutelar los derechos fundamentales a la estabilidad laboral y la igualdad del demandante y como consecuencia ordenó reintegrar y de ser necesario reubicar al actor dentro de la planta de personal de la empresa en un cargo apto para lograr un desempeño laboral adecuado y compatible con su estado actual de salud.

Sentencia T-518/08

Magistrado Ponente: Dr. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

En esta oportunidad se trata de un trabajador a quien se le dio por terminado mediante preaviso un contrato a término fijo motivado por una incapacidad derivada de un accidente de trabajo.

Consideró la Corte que el derecho a la estabilidad laboral reforzada no implica inamovilidad del trabajador sino la carga del empleador de argumentar alguna causa justa para finalizar la relación laboral previa evaluación del en ese entonces Ministerio de la Protección Social.

La Corte ha establecido que:

El sujeto de quien se predica la estabilidad laboral reforzada no es solamente el discapacitado, identificado como tal de conformidad con lo establecido en la Ley 361 de 1997, o la persona reputada como inválida por una Junta de Calificación. También encuadra dentro de dicho concepto y se ubica bajo la protección de una estabilidad laboral reforzada, el trabajador que en desarrollo de la prestación de sus servicios ve menguados tanto su estado de salud como su capacidad de trabajo, como consecuencia, por ejemplo, de un accidente de trabajo o una enfermedad profesional, de forma tal que deba ser considerado como una persona puesta en condiciones de debilidad manifiesta. (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-518 de 2008)

Consideró que la acción de tutela es procedente como mecanismo transitorio para resguardar la estabilidad de dichos trabajadores, cuando se comprueba que su desvinculación obedece al estado de salud y se demuestra la existencia de un perjuicio irremediable.

La Corte ha señalado, que las personas discapacitadas o que sufren limitaciones en su estado de salud, respecto de las cuales la Constitución ha obligado a mantener una especial

protección,² así como adelantar acciones afirmativas en virtud de su condición de debilidad manifiesta³, ha dicho que:

Estas personas ostentan un *derecho a la estabilidad laboral reforzada*, que se materializa en el deber para los empleadores de ubicarlos en cargos en los que puedan desarrollar labores que no atenten contra su integridad y en la prohibición de desvincularlos de sus puestos de trabajo, salvo que medien causas justas objetivas, previamente evaluadas por el Ministerio de la Protección Social⁴. (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-518 de 2008)

Lo anterior siempre que el empleador se encuentre en capacidad de hacerlo o no se afecten de manera excesiva el desarrollo de su actividad y la realización de sus intereses. Así también, el derecho a la reubicación se somete a la verificación de una posibilidad física de lograrlo y a que no resulte excesivamente onerosa para el desarrollo de la empresa. Además de ello, existe un deber de informar oportunamente al trabajador de la imposibilidad de reubicarlo, para que pueda objetar tal conclusión o encontrar soluciones razonables. Todas estas situaciones por otra parte, deben ser evaluadas por el juez constitucional en cada caso en particular.

El 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

² El artículo 47 de la Constitución Política prescribe para el Estado la obligación de adelantar una política de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a quienes debe prestarse la atención especializada que requieran.

³ De conformidad con el artículo 13 de la Constitución Política, el Estado debe proteger especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta.

⁴ Ahora Ministerio del Trabajo.

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.

En la misma sentencia la corte consideró que la protección constitucional debida a trabajadores que se encuentran tradicionalmente marginados o en estado de debilidad manifiesta, no puede quedar sometida al tipo de vinculación laboral que se tenga, sino que, por el contrario, debe imponerse en todas las formas de trabajo. En este caso se exige el cumplimiento de los siguientes requisitos: 1-que se mantiene la necesidad del servicio; 2- que el trabajador tenía la confianza legítima en la renovación del contrato; 3- que el trabajador cumplió a cabalidad con sus responsabilidades laborales.

Finalmente la Corte decidió: tutelar el derecho fundamental a la estabilidad laboral del demandante y por lo tanto ordenó el reintegro del actor al cargo que desempeñaba al momento de su desvinculación o a uno de similares características, que en todo caso resulte compatible con su capacidad laboral.

Sentencia T-984/08

Magistrado Ponente: MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Se trata de un trabajador al que no se le renovó el contrato de trabajo a término fijo por una incapacidad generada por un accidente de trabajo que no se había podido rehabilitar. El accionante considera se violaron sus derechos al trabajo, a la salud, a la estabilidad laboral de persona en debilidad manifiesta.

Consideró la Corte que si la empresa encuentra que la relación laboral no puede seguirse manteniendo, en virtud de una causal objetiva y razonable, debe oponerla al

trabajador y solicitar autorización para desvincularlo ante el Ministerio del Trabajo, en aras de que no se configuren tratos discriminatorios y se respeten los derechos fundamentales al debido proceso y la estabilidad laboral reforzada.

En este caso resuelve la Corte tutelar el derecho fundamental a la estabilidad laboral del demandante, por lo que ordenó el reintegro del actor al cargo que desempeñaba al momento de su desvinculación o a uno de similares características, que en todo caso resulte compatible con su capacidad laboral.

Sentencia T-225 de 2012

Magistrado Ponente: HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

En este caso un trabajador solicitó el amparo de sus derechos fundamentales a la salud, al trabajo, al mínimo vital y a la estabilidad laboral reforzada, a su favor, los cuales fueron supuestamente vulnerados por el empleador al desvincularlo de su trabajo estando incapacitado a causa del accidente de tránsito.

Considera la Corte que:

En términos conceptuales, la estabilidad laboral entraña una doble acepción como principio y derecho al mismo tiempo. Desde su perspectiva deóntica, supone que el trabajo esté dotado de una vocación de permanencia o continuidad mientras no varíe el objeto de la relación, sobrevenga una circunstancia que haga nugatorias las obligaciones reconocidas a los sujetos de la relación o aparezca una justa causa de despido. (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-225 de 2012)

Con respecto a la modalidad contractual la corte se basó a su vez en lo conceptuado en la sentencia T- 449 de 2008 en cuanto opinó que en los contratos laborales celebrados a

término definido en los que esté inmerso un sujeto de especial protección y en los que el objeto jurídico no haya desaparecido, no basta con el vencimiento del plazo o de la prórroga para dotar de eficacia la terminación unilateral del contrato, sino que, es obligación del patrono acudir ante Inspector del Trabajo para que sea éste quien, en aplicación del principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formas, determine si la decisión del empleador se funda en razones del servicio, como por ejemplo el incumplimiento por parte del trabajador de las obligaciones que le eran exigibles, y no en motivos discriminatorios, sin atender a la calificación que formalmente se le haya dado al vínculo laboral.”

La Corte se refirió a un verdadero Derecho a la Estabilidad laboral reforzada y en ese sentido lo Tuteló y como consecuencia ordenó a la demandada procediera a pagar los salarios y prestaciones sociales pendientes dejados de percibir por el actor con ocasión del despido efectuado y la indemnización prevista en la Ley 361 de 1997 (Art. 26), equivalente ciento ochenta (180) días de salario, sin que sea entendida esta orden, como una doble asignación por el concepto de incapacidad o una doble asignación por el pago de las prestaciones antes cubiertas, al igual que advirtió, que la demandada, en el futuro deberá abstenerse de incurrir en las acciones que dieron mérito para conceder esta acción de tutela.

Sentencia T- 211 de 2012

Magistrada Ponente: MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

En este caso se plantea la vulneración de los derechos fundamentales al trabajo, a la estabilidad laboral reforzada y al mínimo vital del trabajador, como consecuencia de dar por terminado su contrato sin solicitar autorización de la oficina del trabajo, a pesar de padecer disminuciones físicas ocasionadas por un accidente de trabajo. Los jueces constitucionales

de instancia, por su parte, declararon improcedente el amparo. A su juicio, la acción de la referencia no cumple ni con el requisito de inmediatez, ni con el presupuesto de subsidiaridad.

Consideró la Corte que:

El derecho a la estabilidad laboral reforzada es resultado de una interpretación conjunta de, al menos, cuatro preceptos constitucionales: en primer lugar, del artículo 53 de la Constitución, que consagra el derecho a *“la estabilidad en el empleo”*; en segundo lugar, del deber que tiene el Estado de adelantar una política de *“integración social”* a favor de aquellos que pueden considerarse *“disminuidos físicos, sensoriales y síquicos”* (art. 47, C.P.); en tercer lugar, del derecho que tienen todas las personas que *“se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta”* a ser protegidas *“especialmente”*, con miras a promover las condiciones que hagan posible una igualdad *“real y efectiva”* (art. 13, C.P); y en cuarto lugar, del deber de todos de *“obrar conforme al principio de solidaridad social”*, ante eventos que supongan peligro para la salud física o mental de las personas (art. 95, C.P.). (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-211 de 2012)

Finalmente se concedió la protección del derecho fundamental a la estabilidad laboral reforzada del accionante y como consecuencia se ordenó el reintegro y como consecuencia el reconocimiento de todos los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la fecha de expedición de la sentencia; cotizar los aportes a la Sistema General de Seguridad Social (salud, pensiones y riesgos profesionales) desde el momento en que fue desvinculado de sus labores hasta cuando se haga efectivo el reintegro, y pagarle la sanción establecida en el inciso segundo del artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

Creo conveniente resaltar que en otros casos la Corte Constitucional ha protegido la estabilidad de manera indirecta y por conexidad cuando el despido se ha realizado con violación de otro derecho fundamental autónomo, como por ejemplo la libertad religiosa, derecho de asociación sindical. A manera de ejemplo cito la sentencia T-327/09 por la cual se ordenó el reintegro de un trabajador que había sido despedido por negarse a trabajar el día sábado con la justificación de pertenecer a la Iglesia adventista del séptimo día; el derecho tutelado fue la libertad religiosa. Cito también la sentencia T-436/00 en la cual se tuteló el derecho de asociación sindical de los trabajadores accionantes y el sindicato a que pertenecían y como consecuencia de ello se ordenó al empleador reintegrar a un grupo de trabajadores sindicalizados quienes fueron despedidos colectivamente probándose la relación de causalidad entre el despido y la actividad sindical de los mismos.

Sentencia T-662 de 2012

Magistrado Ponente: ADRIANA MARÍA GUILLÉN ARANGO

Se trató de determinar si con el acta de transacción Laboral suscrita entre la empresa y la trabajadora, en la que se pactó, terminar por mutuo acuerdo entre las partes el contrato por duración de la obra; y que el empleador continuara haciendo los aportes a la seguridad social hasta tres meses después del parto, se vulneraron los derechos fundamentales a la estabilidad laboral reforzada, al mínimo vital, a la vida digna y a la salud de la accionante.

La Corte consideró que en este caso la mujer:

Tiene un derecho constitucional a una estabilidad laboral reforzada, pues una de las manifestaciones más claras de discriminación sexual ha sido, y sigue siendo, el despido injustificado de las mujeres que se encuentran en estado de gravidez, debido a los eventuales

sobre costos o incomodidades que tal fenómeno puede implicar para las empresas. (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-662 de 2012.

En conclusión, a juicio de esta Sala, la entidad demandada vulneró los derechos de la trabajadora al celebrar el contrato de transacción y no solicitar el permiso de la autoridad del trabajo, pues la trabajadora se encontraba amparada por el fuero de maternidad.

Consideró la Corte además, que en este caso concreto, la empresa no respetó las garantías constitucionales del derecho a la estabilidad laboral reforzada de las cuales era titular la trabajadora y procedió a conceder la tutela que solicita la protección de los derechos fundamentales a la estabilidad laboral reforzada por maternidad y a la no discriminación en razón del embarazo y como consecuencia ordenó el reintegro de la accionante a un cargo que ofrezca condiciones iguales o mejores a las que desempeñaba hasta el momento de su desvinculación, pago de salarios y prestaciones sociales y afiliación al sistema de seguridad social.

5. CONCLUSIÓN.

Para Alexy, toda norma es bien, una regla o un principio. Los principios al igual que la reglas son razones para llevar a cabo juicios concretos de deber ser. La distinción entre reglas y principios es entonces una distinción entre dos tipos de normas.

Los principios son mandatos de optimización, que se caracterizan porque pueden cumplirse en diferente grado. Por su lado las reglas son normas que solo pueden ser cumplidas, o no, entonces debe hacerse exactamente lo que ella exige.

La constitución contiene un sistema combinado de principios y reglas de derecho fundamental e incluso existen normas que tienen un carácter doble, las reglas nos dicen cómo debemos actuar en determinadas situaciones específicas previstas en las reglas mismas, mientras que los principios nos proporcionan criterios para tomar posición en situaciones concretas pero que a priori aparecen indeterminadas.

Para Zagrebelsky, los principios desempeñan un papel propiamente constitucional es decir constitutivo del orden jurídico, mientras que las reglas aunque estén escritas en la constitución, no son más que leyes reforzadas por su forma especial. Las reglas se agotan en sí mismas, es decir no tienen ninguna fuerza constitutiva fuera de lo que ellas mismas significan.

Algo característico de la disciplina jurídico-laboral, es que posee sus propios principios que le dan su propio estatus, identidad propia e independencia. Según Guerrero Figueroa, estos constituyen la estructura de esta disciplina, que la mantiene firme pese a su constante transformación; son los postulados que inspiran y definen el sentido de las normas laborales con criterio diferente de las otras disciplinas jurídicas.

Los Derechos fundamentales son inherentes a la persona como tal y se considera derecho fundamental todo derecho de rango constitucional que funcionalmente esté dirigido a lograr la dignidad humana y sea traducible en un derecho subjetivo.

Acercándose así a la teoría de Robert Alexy, que desde una teoría de derechos fundamentales, los derechos reconocidos en la constitución que están íntimamente ligados a la dignidad humana son fundamentales aunque no estén en el título de los derechos fundamentales.

La estabilidad en el trabajo tal y como la consagra nuestra constitución es un principio fundamental con las características propias de tal. Si bien, la Corte Constitucional en principio negó que existiera un derecho a la estabilidad en el empleo, en aras de lograr la dignidad humana, valor fundamental consagrado en nuestra constitución en su artículo primero, la Corte le ha dado mediante el proceso de valoración axiológica, un carácter de verdadero Derecho fundamental, en este caso, denominado estabilidad laboral reforzada, como así lo ha plasmado en su profusa jurisprudencia, con la consecuente protección mediante la acción de tutela en favor de personas a las que se les ha considerado en circunstancia de debilidad manifiesta, y otros casos cuando el despido se ha producido con violación de un derecho fundamental. Dichas personas que por su situación de debilidad manifiesta, o por cualquier otra causa de especial relevancia constitucional, reciben una protección especial por parte del Estado, protección que, en el caso del empleo, impide el despido por razones centradas en tal debilidad o causa, o por decisión arbitraria del empleador.

La Corte ha concluido que la estabilidad laboral entraña una doble acepción como principio y derecho al mismo tiempo y supone que el trabajo esté dotado de una vocación de permanencia o continuidad mientras no varíe el objeto de la relación, sobrevenga una circunstancia que haga nugatorias las obligaciones reconocidas a los sujetos de la relación o aparezca una justa causa de despido.

Teniendo en cuenta que la estabilidad participa de la doble naturaleza de principio y regla de derecho y en algunos casos le da el carácter de derecho fundamental, considero entonces a la estabilidad laboral no como una simple posibilidad o expectativa, (aunque sea cierta y fundada) a conservar el empleo. Teniendo en cuenta lo aquí desarrollado, se puede

catalogar a la estabilidad como verdadero derecho y como regla generadora de derechos subjetivos, en algunos casos especiales se le ha dado el carácter de derecho fundamental.

Existe entonces un derecho a no ser separado del puesto de trabajo a menos que medie un motivo legal es decir que operen algunos de los modos legales de terminación del contrato de trabajo, o una justa causa, de no ser así se darían las distintas consecuencias previstas en la Ley y en la jurisprudencia, es decir, en caso de despido eficaz pero injusto la indemnización y en casos especiales de nulidad de dicho despido procedería su reintegro al puesto de trabajo.

Tenemos entonces, un sistema combinado de estabilidad laboral, que parte de la base de que por regla general, la consecuencia normal de la terminación unilateral del contrato de trabajo de manera injustificada por parte del empleador, es la indemnización (estabilidad relativa), pero en casos especiales de protección a personas que la corte considera en circunstancia de debilidad manifiesta funge como un verdadero derecho fundamental. En estos casos especiales opera la tutela ante la jurisdicción constitucional o unas acciones de reintegro específicas con prescripción especial ante la jurisdicción ordinaria.

CAPITULO SEGUNDO

VIH COMO FACTOR DE DISCRIMINACIÓN E INESTABILIDAD LABORAL

1. DEL VIRUS DE INMUNODEFICIENCIA HUMANA VIH

1.1. El portador del VIH

De la obra de Guerrero (2005) se puede concluir que el VIH es un virus que al infectar al ser humano genera un proceso de inmunodeficiencia, es decir, deterioro del sistema inmune.

La ciencia médica ha hecho diferencia entre la personas portadoras del VIH, de tal manera que, se llama simple portador o portador sano, la persona que tras adquirir la infección, no manifiesta síntomas de ninguna clase. Por otro lado, se encuentra el enfermo de SIDA; denominándose SIDA⁵ a la enfermedad que se desarrolla como consecuencia de la destrucción progresiva del sistema inmunitario que lo hace incapaz para hacer frente a las infecciones y otros procesos patológicos, lo cual facilita el desarrollo de nuevas infecciones oportunistas, tumores etc.(Guerrero 2005).

De la obra de Jennings (1996) se extrae que el el portador sano, también llamado asintomático, a pesar de no presentar síntomas clínicos (es decir, vistos en el consultorio médico) puede infectar a otros, en las circunstancias que se describen en el numeral **1.2.** (Jennings, 1996)

Según Jennings (1996)

El SIDA, se le considera el síndrome completo o manifiesto y los enfermos suelen tener a su vez varias de las enfermedades oportunistas⁶ que se desarrollan por la falla generalizada del sistema inmune. Muchas de estas infecciones se pueden tratar con fármacos, pero sin el apoyo del sistema inmune, las drogas no logran eliminar del todo el problema o impedir que reaparezca. Estas enfermedades oportunistas, curables en otras circunstancias, causan la muerte de la mayoría de los enfermos de SIDA. (p. 25)

⁵ Síndrome de inmunodeficiencia Adquirida

⁶ Enfermedades oportunistas como: Neumonía, sarcoma de Kaposi, toxoplasmosis, tuberculosis, entre otras.

Según la Organización Mundial de la Salud, OMS, esta etapa más avanzada de la infección conocida como SIDA puede tardar entre 2 y 15 años en manifestarse, dependiendo del sujeto⁷.

Para ONUSIDA (2003) “La mayoría de las personas infectadas por el VIH, siguen estando sanas y pueden vivir durante años sin síntomas o con enfermedades de poca importancia. Estas están infectadas por el VIH, pero no tienen SIDA” (p3).

1.2. Modos de transmisión del VIH

Tradicionalmente se ha establecido y ello lo afirma la OMS. (2013), en nota descriptiva N°360 de octubre de 2013, que:

El VIH se puede transmitir por el contacto con diversos líquidos corporales de personas infectadas, como la sangre, la leche materna, el semen o las secreciones vaginales.

Hay ciertos comportamientos y afecciones que incrementan el riesgo de que una persona contraiga el VIH, entre ellos encontramos: a) Practicar coito anal o vaginal sin protección; b) Compartir agujas, jeringuillas contaminadas, soluciones de droga u otro material infeccioso para consumir drogas inyectables; c) Recibir inyecciones o transfusiones sanguíneas sin garantías de seguridad o ser objeto de procedimientos médicos que entrañen corte o perforación con instrumental no esterilizado; d) Pincharse accidentalmente con una aguja infectada, lesión que afecta en particular al personal sanitario.

El VIH se puede combatir mediante una politerapia con antirretrovirales, que aunque hasta ahora esto no cura la infección por VIH, si controla la replicación del virus dentro del organismo del sujeto y contribuye a fortalecer su sistema inmunitario, restableciendo así su

⁷ Sobre el tema véase: OMS. (2013). Nota descriptiva N°360 de Octubre de 2013, en www.who.int/mediacentre/factsheets/fs360/es/

capacidad para combatir infecciones; lo cual permite a las personas afectadas por el VIH llevar una vida sana y productiva. (OMS, 2013 Recuperado en www.who.int/mediacentre/factsheets/fs360/es/)

Se ha determinado que no es posible contagiarse como resultado de contactos de tipo corriente y cotidiano, así, para ONUSIDA (2003) el VIH no se contrae por darse la mano, abrazarse, besarse, toser, estornudar o estornudar , trabajar con gente, compartir la comida o los cubiertos, uso de lavabos o duchas o la picadura de un mosquito o insecto (p.3).

2. BREVE PANORAMA DEL VIH EN EL MUNDO

Desde que el SIDA se identificó por primera en los inicios de la década de los ochenta, un número sin precedentes de personas se han visto afectadas por esta epidemia mundial.

Para la OMS (2013) el VIH sigue siendo un importante problema de salud pública mundial, después de haber cobrado más de 36 millones de vidas.

Según informe dado en la nota descriptiva N°360 de Octubre de 2013 de la misma organización, en 2012 había unos 35,3 millones de personas infectadas por el VIH en el mundo (las cifras oscilan entre 32,2 y 38,8 millones).

El África subsahariana, donde uno de cada 20 adultos está infectado por el VIH, es la región más afectada. El 69% de la población mundial VIH-positiva vive en esta región (OMS, 2013).

Según ONUSIDA (2014)⁸ en su hoja informativa 2014, el promedio de las cifras se mantuvieron en 2013 con relación al dato de la OMS de 2012.

Se ha podido establecer que desde el comienzo de la epidemia, aproximadamente 78 millones (las cifras oscilan entre 71 millones y 87 millones) de personas contrajeron la infección por el VIH y 39 millones (las cifras oscilan entre 35 millones y 43 millones) de personas han fallecido a causa de enfermedades relacionadas con el VIH⁹. Los casos de nuevas infecciones por el VIH han descendido en un 38% desde 2001.

A nivel mundial, 2,1 millones (las cifras oscilan entre 1,9 millones y 2,4 millones) de personas contrajeron la infección por el VIH en 2013, en comparación con los 3,4 millones de casos registrados en 2001 (las cifras oscilan entre 3,3 millones y 3,6 millones).

Desde el pico alcanzado en 2005, los casos de muerte relacionados con el SIDA se han reducido en un 35%.

En América Latina en 2013, 1,6 millones (las cifras oscilan entre 1,4 y 2,4 millones) de personas vivían con el VIH, en el mismo año se produjeron en la región aproximadamente 94.000 (las cifras oscilan entre 71.000 y 170.000) nuevas infecciones por el VIH.

Las nuevas infecciones por el VIH descendieron un 3% en el periodo de 2005 a 2013.

En 2013, 47.000 (las cifras oscilan entre 39.000 y 75.000) personas murieron por causas relacionadas con el SIDA en América Latina (ONUSIDA, 2014. Recuperado de <http://www.unaids.org/es/resources/campaigns/World-AIDS-Day-Report-2014/factsheet>).

⁸ ONUSIDA, es el Programa Conjunto de las Naciones Unidas sobre el VIH/SIDA, que se estableció en enero de 1996 para dar respuesta al VIH y afrontar la pandemia a nivel mundial.

⁹ Datos hasta la fecha del informe con corte al año 2013 en ONUSIDA, Hoja informativa 2014

3. BREVE PANORAMA DEL VIH EN COLOMBIA

El primer caso de SIDA en Colombia se notificó en 1.983. Cuatro años después, en 1988, se realizó el primer estudio de seroprevalencia con el propósito de intentar conocer la magnitud de la epidemia y responder a ella. A partir de entonces, el Ministerio de la Protección social (ahora de salud y protección social) ha puesto en marcha, de diferentes formas, programas de vigilancia epidemiológica, principalmente entre los grupos identificados como de mayor vulnerabilidad (INS, 2015).

La enfermedad del SIDA, es considerada por los organismos de salud internacionales, como una prioridad de salud pública, y por esta razón su prevención se incluyó dentro de las metas de la nueva estrategia mundial del sector de la salud contra el VIH/sida para el periodo 2011-2015, las cuales fueron aprobadas por los estados miembros de la OMS en 2011.

Otras de las metas aprobadas son, la lucha contra las desigualdades y la promoción de los derechos humanos.

Según el informe del Instituto Nacional de Salud. INS (2015), en Colombia se han reportado un total de 83.938 casos de infección por VIH y Sida y 10.633 fallecidos. Esta cifra corresponde a los casos acumulados desde 1983, con corte al 31 de diciembre de 2012 vulnerabilidad (INS, 2015).

Al período epidemiológico 13 del año 2013, se reportaron 8.796 casos, correspondientes a 6.846 casos de VIH, 1.362 de Sida y 588 muertes (INS, 2013). Luego en informe descriptivo al período epidemiológico 13 del siguiente año, 2014, presenta que a ese

corte, se reportaron 9.670 casos, correspondientes a 7.440 casos de VIH, 11.568 de Sida, 657 muertes y 5 casos sin clasificación de estadio clínico.

Por departamento de procedencia, el primer lugar lo ocupa Bogotá, seguido por Antioquia, Valle, Barranquilla y Santander.

Tabla 1. Casos de VIH/sida y muerte por sida notificados por Departamento de procedencia Período 13 de 2014

| DEPARTAMENTO | VIH | SIDA | MUERTO | SIN DATO | TOTAL |
|-----------------|------|------|--------|----------|-------|
| Bogotá | 1471 | 339 | 149 | | 1959 |
| Antioquia | 1143 | 198 | 43 | | 1384 |
| Valle | 778 | 161 | 63 | | 1002 |
| Barranquilla | 563 | 51 | 9 | 1 | 624 |
| Santander | 262 | 77 | 24 | | 363 |
| Norte Santander | 291 | 33 | 20 | | 344 |
| Córdoba | 249 | 51 | 32 | | 332 |
| Atlántico | 266 | 45 | 14 | | 325 |
| Cartagena | 196 | 63 | 43 | | 302 |
| Cesar | 234 | 29 | 8 | | 271 |
| Cundinamarca | 210 | 39 | 12 | | 261 |
| Risaralda | 166 | 67 | 15 | | 248 |
| Sucre | 156 | 55 | 17 | 4 | 232 |
| Tolima | 144 | 65 | 23 | | 232 |
| Caldas | 131 | 26 | 17 | | 174 |
| Meta | 137 | 9 | 25 | | 171 |
| Quindío | 94 | 43 | 25 | | 162 |
| Huila | 119 | 24 | 9 | | 152 |
| Bolívar | 106 | 26 | 18 | | 150 |
| Nariño | 96 | 31 | 19 | | 146 |
| Santa Marta | 106 | 21 | 17 | | 144 |
| Magdalena | 104 | 23 | 6 | | 133 |
| Cauca | 82 | 18 | 6 | | 106 |
| Guajira | 72 | 9 | 4 | | 85 |
| Boyacá | 53 | 13 | 8 | | 74 |
| Caquetá | 50 | 11 | 9 | | 70 |
| Casanare | 40 | 11 | 3 | | 54 |
| Putumayo | 27 | 10 | 7 | | 44 |
| Choco | 31 | 6 | 2 | | 39 |
| Arauca | 22 | 2 | 5 | | 29 |
| Exterior | 13 | 5 | | | 18 |
| Guaviare | 8 | 1 | 3 | | 12 |

| | | | | | |
|------------|------|------|-----|---|------|
| Amazonas | 6 | 4 | 1 | | 11 |
| Guainía | 5 | 1 | 1 | | 7 |
| Vaupés | 5 | 1 | | | 6 |
| San Andrés | 3 | | | | 3 |
| Vichada | 1 | | | | 1 |
| Total | 7440 | 1568 | 657 | 5 | 9670 |

Tomado de INSTITUTO NACIONAL DE SALUD (INS), informe del comportamiento en la notificación de VIH-sida hasta el periodo epidemiológico 13 del año 2014

Según la investigación, teniendo en cuenta la distribución por grupos de edad; el grupo de 25 a 34 años registra el mayor porcentaje de la notificación del evento con 34,14% seguido por el grupo de 15 a 24 años con 21,95% y el de 35 a 44 años con 21,56%, se notificaron 58 casos en menores de 4 años, para un 0,60%.

Por accidente laboral se notifican 11 casos correspondientes a 3 casos a Atlántico, 2 casos a Barranquilla y Caldas y un caso Guaviare, Huila, Norte de Santander y Quindío (INS, 2013).

En datos más recientes, al período epidemiológico 3 del año 2015, se han reportado 1.896 casos, correspondientes a 1.442 casos de VIH, 331 de Sida y 123 muertes.

Si se revisan los casos notificados a período epidemiológico 3 de 2015, del informe por departamento de procedencia, el primer lugar lo ocupa Bogotá, seguido por Antioquia, Valle, Barranquilla y Cartagena (INS, 2015).

Haciendo la sumatoria general del dato confirmado del INS a 2012 de infectados en Colombia, más los datos de informes preliminares de 2013, 2014 y periodo 3 de 2015 tendríamos un acumulado general de 104.300 infectados y 12.000 muertes.

Estas cifras aumentarán, ya según la funcionaria del INS, Norma Constanza Cuellar, responsable de dichos documentos, los informes publicados de 2013, 2014 y 2015, aquí relacionados, están en proceso de reajustes, ya que estos son preliminares.

Según ONUSIDA (2003) a nivel mundial y por consiguiente en Colombia las cifras de infectados pueden llegar a niveles alarmantes ya que organismo calcula que el 90 % del total de personas infectadas por VIH en el mundo ignora que tiene el virus (ONUSIDA 2003)

4. ESTIGMA Y DISCRIMINACIÓN

Para comprender el fenómeno de la discriminación hay que relacionarlo con el concepto del estigma, como se hace a continuación.

Estos fenómenos desde el inicio de la epidemia del SIDA, han aumentado considerablemente el impacto asociado a esta epidemia.

4.1. Estigma

Para Goffman: “El estigma se ha descrito como un proceso dinámico de devaluación que desacredita significativamente a un individuo ante los ojos de los demás” (citado en ONUSIDA, 2007, p.7).

Para ONUSIDA (2005):

Los atributos que justifican el estigma pueden ser totalmente arbitrarios; por ejemplo, color de la piel, manera de hablar o preferencias sexuales. Dentro de culturas o contextos

particulares, ciertos atributos se magnifican y son definidos por los demás como deshonrosos o indignos. (p. 7)

Al igual que considera que:

El estigma asociado al VIH/SIDA se apoya en múltiples factores, incluidos el desconocimiento de la enfermedad, los conceptos erróneos sobre cómo se transmite el VIH, la falta de acceso a tratamiento, las noticias irresponsables sobre la epidemia por parte de los medios de comunicación, la imposibilidad de curar el SIDA, y los prejuicios y temores relacionados con diversas cuestiones socialmente delicadas, como la sexualidad, la enfermedad y la muerte, y el consumo de drogas. (ONUSISIDA, 2005, p 4)

El estigma relacionado con el VIH es un fenómeno que tiende a aprovechar y reforzar connotaciones negativas por medio de la asociación del VIH y el SIDA con comportamientos ya de por sí marginados, como el comercio sexual, el consumo de drogas y las prácticas homosexuales y transexuales.

Así pues, para esta Organización:

La estigmatización relacionada con el VIH es un proceso a través del cual se desacredita a las personas que viven con el VIH, que puede implicar tanto a personas infectadas o con sospecha de estar infectadas por el VIH como a personas afectadas indirectamente por el SIDA, como son, huérfanos o hijos y familiares de personas que viven con el VIH. (ONUSISIDA, 2005, p 8)

Desde el principio de la epidemia, se asocia el VIH con muerte, culpa y castigo, delincuencia y horror, lo cual ha tendido a legitimar y agravar la estigmatización.

Considera AGGLETON (2004) que:

Gran parte del estigma relacionado con el VIH/SIDA, se construye a fuerza de prejuicios. Se suele creer que la gente con VIH se ha causado a si misma el problema por haber hecho algo incorrecto (normalmente se cree que tienen algún tipo de conducta vinculada con el sexo o con actividades ilegales o despreciadas socialmente como las drogas inyectables). Las imágenes del VIH/SIDA en los medios, como una “enfermedad de prostitutas”, “enfermedad africana” o “plaga gay” refuerzan estos estereotipos. (AGGLETON, 2004, p. 313)

Así las cosas, el estigma puede conducir a discriminación y otras violaciones de los derechos humanos a estas personas que viven con el VIH.

La OIT en la recomendación 200 de 2010, sobre el VIH y el SIDA y el mundo del trabajo, se refirió al estigma en el sentido de que este “designa la marca social que, cuando se asocia a una persona, suele causar marginación o constituir un obstáculo para el pleno disfrute de la vida social de la persona infectada o afectada por el VIH” (OIT. 2010, Recomendación No.200).

4.2. Discriminación

4.2.1. Discriminación para la real academia española

Para la Real Academia Española, Discriminar tiene dos acepciones: a) Seleccionar excluyendo, b) Dar trato de inferioridad a una persona o colectividad por motivos raciales, religiosos, políticos, etc.

4.2.2. Discriminación para ONUSIDA

Para ONUSIDA (2005):

Cuando el estigma se instala, el resultado es la discriminación. La discriminación, consiste en acciones u omisiones derivadas del estigma y dirigidas contra los individuos estigmatizados. La discriminación, tal como la define el ONUSIDA en su *Protocol for Identification of Discrimination Against People Living with HIV*, hace referencia a cualquier forma de distinción, exclusión o restricción arbitrarias que afecte a una persona, generalmente, pero no exclusivamente, por motivo de una característica personal inherente o por su presunta pertenencia a un grupo concreto (en el caso del VIH y el SIDA, el estado seropositivo, confirmado o sospechado, de una persona), con independencia de que exista o no alguna justificación para tales medidas. (p.9)

4.2.3. Discriminación para la OIT

La OIT, en convenio 111 de 1958, sobre sobre la discriminación en el empleo y la ocupación, ratificado por Colombia el 4 de marzo de 1969 en su artículo 1, numeral 1, establece que el término discriminación comprende:

a) cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación. b) cualquier otra distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación que podrá ser especificada por el miembro interesado previa consulta con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores, cuando dichas organizaciones existan, y con otros organismos apropiados.

A consideración de Beaudonnet (2009):

Esta definición comprende tres elementos:

- a) Un elemento de hecho (la existencia de una distinción, exclusión o preferencia que pueda surgir de un acto u omisión) que constituye una diferencia en el trato.
- b) Un motivo en el que se fundamenta la diferencia en el trato.
- c) El resultado objetivo de esta diferencia en el trato (la anulación o alteración de la igualdad de oportunidades o de trato).

La discriminación ocurre si una situación contiene estos tres elementos sin que sea necesario que medie la intención de discriminar. (p.156)

La anterior definición de discriminación contenida en el Convenio núm. 111 comprende tanto a la discriminación directa como a la indirecta.

4.2.3.1. Discriminación directa

Para Beaudonnet, (2009) “La discriminación directa ocurre cuando el trato menos favorable ocurre con base en un motivo ilícito, o más de uno, de forma explícita o implícita”(Beaudonnet, 2009, p. 157).

4.2.3.2. Discriminación indirecta

La Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT (CEACR), ha descrito y definido el concepto de discriminación indirecta, de la siguiente manera:

Las discriminaciones indirectas son las relacionadas con situaciones, reglamentaciones o prácticas aparentemente neutras pero que, en realidad, crean desigualdades con respecto a

personas que tienen determinadas características. Tales situaciones surgen cuando idénticas condiciones, tratamientos o criterios se aplican a todos pero sus consecuencias resultan tener un impacto sumamente desfavorable en algunos por motivos basados en su raza, color, sexo o religión, y no resultan tener un vínculo directamente relacionado con los requerimientos del empleo. (OIT, 1996, párr. 26)

El concepto de discriminación indirecta es importante para identificar y manejar situaciones en las que un trato determinado se extiende por igual a todas las personas, pero ocasiona resultados discriminatorios para un grupo en particular que está protegido por el Convenio No. 111, tales como mujeres o grupos étnicos y religiosos.

El convenio 111 de la OIT, en el mismo artículo 1 numeral 2, establece que no serán consideradas discriminación las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en las calificaciones exigidas para un empleo determinado. Sin embargo la CEACR, le ha dado alcance al numeral 2 del artículo 1 del mencionado convenio de la siguiente manera:

- a) El numeral 2 del artículo 1 del convenio 111, debe interpretarse de manera restrictiva.
- b) Puede ser justificada la exigencia de una calificación específica para un determinado empleo, si ésta es necesaria debido a las características y la propia naturaleza del empleo determinado en cuestión y proporcional a las calificaciones exigidas.
- c) La aplicación sistemática de calificaciones relacionadas con un motivo de discriminación, o más de uno, es inadmisibles, ya que el concepto de “empleo determinado” se refiere a un empleo, función o trabajo específico y definible y, por lo tanto, es necesario realizar un examen minucioso de cada caso individual. (OIT, 1996, párr. 118)

El Convenio 111 en su artículo 1 numeral 1 literal “b”, ya mencionado, se refiere a: ... *“cualquier otra distinción, exclusión o preferencia...”*; es por esta razón queda abierta la posibilidad de aparición de nuevos criterios de discriminación distintos a los siete

enumerados en el literal “a”, establecidos tanto por parte de la OIT, como por parte de los distintos países. Con respecto a la OIT y para tales efectos, desde la adopción del mencionado Convenio 111, la Conferencia Internacional ha adoptado otros convenios con otros criterios, por ejemplo, el 156 sobre trabajadores con responsabilidades familiares, el 159 sobre readaptación profesional y el empleo de personas inválidas y el 175 sobre el trabajo a tiempo parcial.

Otros criterios de discriminación no mencionados en el literal “a”, pueden ser el estado de salud y la inclinación sexual, que últimamente han venido siendo objeto de desarrollo.

Con respecto al estado de salud, para la Comisión de Expertos:

Es obvio que ha de tenerse en cuenta el estado de salud de una persona cuando se evalúan sus aptitudes para ejercer un empleo determinado y teniendo en cuenta los principios relativos a la protección de la salud pública, en los casos apropiados. Pero el estado de salud física o psíquica no debe considerarse a priori un elemento esencial de la relación de trabajo. Se debería efectuar un análisis que busque determinar la importancia fundamental de este elemento que se base en la relación entre el estado de salud de una persona en un momento dado y las exigencias profesionales normalmente necesarias para ejercer determinados empleos. (OIT, 1996, párr. 57)

4.2.4. Discriminación en la constitución política colombiana

Nuestra Constitución en su artículo 13, consagra de manera general el derecho a la igualdad y la no discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

Esta norma impone al Estado la obligación de promover las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptar medidas en favor de grupos discriminados o marginados. Igualmente la de proteger 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.

Los anteriores criterios contenidos en nuestra Constitución, se han desarrollado en otras normas, tanto constitucionales como legales y se han ampliado los criterios amparados bajo el concepto de “circunstancia de debilidad manifiesta” tal como ocurre con las afecciones de la salud, lo que ha dado a una profusa jurisprudencia de la Corte.

4.2.5. Discriminación para la Corte Constitucional.

Para nuestra Corte Constitucional, el principio de la igualdad consagrado en el artículo 13 de nuestra Carta, se traduce en el derecho a que no se consagren excepciones o privilegios que exceptúen a unos individuos de lo que se concede a otros en idénticas circunstancias, de donde se infiere que la real y efectiva igualdad consiste en aplicar la ley en cada uno de los acaecimientos según las diferencias constitutivas de ellos. El principio de la justa igualdad exige el reconocimiento de las diversas desigualdades entre los hombres en lo económico, social, biológico y cultural, dimensiones que en justicia deben ser relevantes para el derecho.

Considera la Corte en sentencia T-591 de 1992, que el citado artículo 13 al establecer la prohibición de discriminaciones pretende que no se otorguen privilegios, se niegue el acceso a un beneficio, o se restrinja del ejercicio de un derecho a un determinado individuo o grupo de personas de manera arbitraria e injustificada, por razón de su sexo, raza, origen nacional o familiar, sus opiniones o convicciones expresadas en el ejercicio de libertades protegidas constitucionalmente.

Atendiendo al lenguaje corriente, la Corte Constitucional, en sentencia C-1063 de 2000, define “discriminar” como: “Separar a alguien o a un grupo de personas, o distinguirlo para darle un trato diferente por alguna razón”.

Para la Corte según sentencia T-816 de 2005, resulta necesario enfatizar más que reiterar, la condición irrenunciable e inherente de seres humanos de todos los portadores sanos del VIH y de los enfermos de SIDA. Es por ello que en múltiples oportunidades se ha referido a la creciente discriminación social, laboral y educativa a que se ven sometidos diariamente estas personas en virtud de su enfermedad; y ha insistido, en el deber del Estado de proteger especialmente a los grupos y personas que se encuentran en condiciones de debilidad manifiesta, en aras de garantizar no sólo el derecho a la igualdad de los mismos, sino la realización de los fines esenciales dentro de la filosofía que inspira al Estado Social de Derecho en nuestra Carta Política.

4.2.6. Impacto del VIH en el mundo del trabajo

En los primeros años de la epidemia, el VIH/SIDA se consideraba casi exclusivamente un problema médico. Desde entonces, y por sus devastadores efectos el

VIH/SIDA es considerado en la actualidad un importante problema de desarrollo e igualmente se está configurando como un problema grave en el mundo del trabajo, y como una amenaza para el principio rector de la OIT, como lo es el trabajo decente.

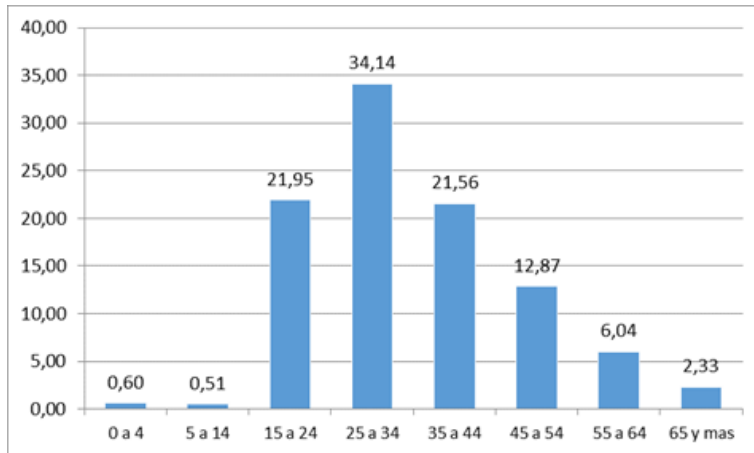
El VIH/SIDA es un tema laboral porque tiene un gran impacto en los trabajadores, sus familias y las personas a cargo, las empresas y las economías nacionales (OIT, s.f.).

Lo anterior reviste suma importancia si tenemos en cuenta que un alto porcentaje corresponde a la población económicamente activa como lo vemos a continuación.

Según estimación de la OIT (2009): “a finales de 2007 en el mundo más de 33 millones de adultos de edades comprendidas entre los 15 y los 49 años vivían con ese virus” (p. 7).

Para el caso colombiano, en la figura siguiente se muestra la distribución por grupos de edad según estudio del Instituto Nacional de Salud en Colombia, a corte 2014; en el observamos que el grupo de 25 a 34 años registra el mayor porcentaje de la notificación del evento con 34,14% seguido por el grupo de 15 a 24 años con 21,95% y el de 35 a 44 años con 21,56%.

Figura 1. Casos notificados de VIH/sida según grupo de edad Período 13 de 2014



Tomado de INSTITUTO NACIONAL DE SALUD (INS), informe del comportamiento en la notificación de VIH-SIDA hasta el periodo epidemiológico 13 del año 2014, p. 12.

Para la OIT el estigma y la discriminación que sufren las mujeres y hombres que viven con el VIH menoscaban los principios y derechos laborales fundamentales y dificultan las iniciativas para ofrecer prevención, tratamiento, atención y apoyo; por lo tanto, el lugar de trabajo debe desempeñar un papel vital en la lucha más amplia por limitar la propagación y los efectos de la pandemia¹⁰, pudiéndose así facilitar el acceso a todos los trabajadores a servicios de prevención, tratamiento, atención y apoyo del VIH (OIT, s.f.).

La recomendación 200 de la OIT, sobre el VIH y el SIDA y el mundo del trabajo, establece como uno de sus principios generales, el siguiente:

El VIH y el sida deberían reconocerse y tratarse como una cuestión relativa al lugar de trabajo, que debería ser uno de los elementos esenciales de la respuesta nacional,

¹⁰ Para la Real Academia Española Pandemia es una enfermedad epidémica que se extiende a muchos países o que ataca a casi todos los individuos de una localidad o región. Para el caso del VIH, se habla de epidemia y pandemia, porque tiene las dos connotaciones.

regional e internacional a la pandemia con la plena participación de las organizaciones de empleadores y de trabajadores. (OIT, 2000, p. 4)

La recomendación en mención, establece que los principios contenidos en ella deberían aplicarse a todas las actividades que se realicen en el marco de las respuestas nacionales de los países contra el VIH y el sida en el mundo del trabajo.

Para OIT (2000) a nivel macroeconómico, uno de los efectos de la epidemia se ve reflejado en la reducción de los ingresos estatales y del ahorro privado (por el aumento de los costos de atención sanitaria y a una pérdida de ingresos para los trabajadores) lo que puede conducir a una creación más lenta de empleo en el sector formal, que tiene un elevado coeficiente de capital.

Los gastos aumentan, a causa de la vigilancia de los grupos de alto riesgo, el establecimiento de estrategias de prevención, y la prestación de servicios de atención de salud y de bienestar.

Por otro lado la presión aumenta en el sistema de la seguridad social, incluidos los seguros de vida y los fondos de pensión, que son fuentes importantes de capital, tanto para el sector estatal como privado (OIT, 2000).

A nivel de las empresas, el VIH/SIDA constituye una amenaza para el rendimiento de las mismas. El mundo del trabajo se ve afectado por un aumento de los costos de atención de salud, absentismo, gastos funerarios, de contratación, formación y readaptación profesional.

En Colombia, desde la sentencia SU-256 de 1996, la Corte en sentencias como la T-898 de 2010 y T-628 de 2012 ha reconocido que:

Por falta de información y de concientización más amplias, los enfermos de Sida, e inclusive los portadores sanos del VIH, vienen siendo objeto de discriminación social y laboral”. Ha explicado que estas personas “suelen encontrarse en situaciones de discriminación, en razón a: a) la infección misma - con todos los temores que ella genera, b.) la errada apreciación de que los infectados con V.I.H./SIDA forman parte de la población homosexual (tradicionalmente segregada), o c) el hecho que el tratamiento de la enfermedad genera una serie de costos que no resultan ‘rentables’ para las Entidades Prestadoras del Servicio de Salud. (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU-256 de 1996)

Es por ello que la Corte en sentencia T-992 de 2007, ha indicado con respecto a los portadores de VIH, que: “su enfermedad los hace particularmente vulnerables a la segregación social, sexual, económica y laboral, convirtiéndolos en una población expuesta a que se vulneren sus derechos”¹¹.

Como consecuencia de lo anterior la Corte ha reiterado (sentencia T-992 de 2007) que: “cuando se comprueba que la causa del despido fue en realidad el estado de salud del accionante, la desvinculación configura una discriminación, frente a la cual procede la tutela como mecanismo de protección”.

5. CASOS ANTE LA CORTE CONSTITUCIONAL.

Con el propósito de demostrar que la circunstancia de ser portador del virus de inmunodeficiencia humana VIH, ya sea como portador asintomático o con los síntomas propios del SIDA, constituye en Colombia un factor de discriminación e inestabilidad laboral;

¹¹ En el mismo sentido, las sentencias T-469 de 2004, T-1218 de 2005, T 628 de 2012, entre otras.

presento una muestra de casos, que han llegado a nuestra Corte Constitucional en sede de tutela y cuya situación se ve replicada en múltiples sentencias más de la misma corporación.

A continuación plantearé solo los casos, presentando un resumen de los hechos, y lo que se probó en el proceso incluyendo la circunstancia de ser portador de VIH.

En el tercer capítulo, teniendo en cuenta los mismos casos, plantearé, que derechos tuteló la Corte, de qué manera se reparó la vulneración de los mismos y bajo qué consideraciones.

CASO No.1

Sentencia SU-256 de 1996

Magistrado Ponente: VLADIMIRO NARANJO MESA

Esta es una sentencia hito en materia de protección de trabajadores portadores de VIH, tuvo como magistrado ponente a Vladimiro Naranjo Mesa, desde entonces se viene tomando como importante referencia en todos los demás fallos de la Corte Constitucional sobre el tema.

Resumen de los hechos

El accionante laboró en un club social y debido a quebrantos de salud acudió al médico de dicho establecimiento, el cual le ordenó realizarse la prueba de VIH, que resultó positiva. El empleador al enterarse de lo anterior, hizo firmar cartas donde debía solicitar licencias y asumió otras conductas con el fin de hacerlo renunciar. Posteriormente es despedido sin justa causa. Luego del despido celebraron una conciliación donde el

empleador se compromete a darle una suma de dinero mensual por un año prorrogable por otro año, que posteriormente el empleador dejó de cumplir.

El accionante solicitó protección de los derechos fundamentales a la dignidad, igualdad intimidad y al trabajo.

¿Qué se probó?

En el presente caso se probó que el despido se produjo por ser el trabajador portador de VIH.

La prueba se obtuvo luego la Corte Constitucional ofició al empleador para que manifestara los motivos exactos por los cuales decidió desvincular al trabajador.

El empleador manifestó que la decisión de desvincular al trabajador

(...) estuvo guiada por la necesidad de evitar un riesgo de infección a los compañeros de trabajo más cercanos, pues las funciones que el hoy demandante desempeñaba al momento de conocerse que era portador del VIH podían generar el contagio de aquellos. (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU-256 de 1996)

Agregó además, que las funciones que llevaba a cabo el trabajador dentro del Club: Estaban relacionadas directamente con la manipulación de baterías de cocina y material cortopunzante; funciones éstas que traían consigo el riesgo de heridas leves o graves, el consecuente contacto de tales implementos con la sangre del trabajador y la posterior manipulación de estos utensilios por el personal encargado de su utilización habitual. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU-256 de 1996)

En este caso, el empleador confesó haber despedido al trabajador por motivo de su condición de portador de VIH.

CASO No 2

Sentencia T-469 de 2004

Magistrado Ponente: RODRIGO ESCOBAR GIL

Resumen de los hechos

En este caso la actora suscribió un contrato de trabajo por un término fijo de tres meses con la sociedad accionada, (concretamente, una clínica) para desempeñar el cargo de auxiliar de enfermería, contrato que se fue prorrogando de manera automática. Luego de aproximadamente 2 años de estar laborando, esta fue diagnosticada como portadora asintomática del virus de inmunodeficiencia humana (VIH), posteriormente al diagnóstico fue trasladada a varios cargos administrativos, y en ese lapso, recibió varios llamados de atención y una sanción de suspensión de dos días, sin remuneración.

Un mes antes del vencimiento del tercer año del contrato, el empleador le comunicó que dicho contrato no sería prorrogado, dando por terminada la relación laboral por expiración del plazo pactado.

La actora considera que la sociedad accionada vulneró sus derechos fundamentales al trabajo, a la igualdad, a la seguridad social y a la vida, por lo tanto solicita su tutela.

¿Qué se probó?

En este caso, se probó que era de pleno conocimiento de la clínica empleadora, la condición de portadora de VIH de la trabajadora y más aún, en la misma clínica le realizaban los tratamientos a través de su EPS.

La empleadora reconoce que la trabajadora, fue trasladada del área asistencial al área administrativa, como medida preventiva para evitar la propagación de la enfermedad y para proveerla de una labor en la cual pudiera seguir desempeñándose.

La empresa accionada no pudo demostrar la existencia de circunstancias objetivas diferentes al simple vencimiento del plazo estipulado y al padecimiento de la accionante, que justificara la terminación del vínculo laboral; tampoco pudo demostrar, que las causas y la materia del trabajo que motivaron la contratación de la empleada dejaron de existir, que le resultaba imposible vincularla en otro cargo o reubicarla en otro lugar de trabajo, así como tampoco que ella hubiera incumplido con las obligaciones contraídas.

De tal manera que se deduce que la terminación del contrato, aduciendo vencimiento del plazo pactado, fue en realidad por ser la trabajadora portadora de VIH.

CASO No. 3

Sentencia T-816 de 2005

Magistrado Ponente: JAIME ARAÚJO RENTERÍA

Resumen de los hechos

El actor prestó servicio militar obligatorio para la Policía Nacional y antes de concluirlo, inició los trámites para ser admitido en la Escuela Nacional de Policía “General Santander” y de esta manera ingresar en el Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional.

Se sometió a todos los trámites necesarios para acceder a la Escuela, y realizó todas las pruebas con las que se buscaba evaluar su idoneidad para ingresar al cuerpo policial.

Todos los exámenes, con exclusión de la prueba de laboratorio, fueron satisfactorios. El demandante manifiesta que el resultado de este último examen le fue ocultado por funcionarios de la entidad demandada, finalmente se le comunicó que había sido declarado no apto para efectuar el curso en la entidad demandada. La causa de su rechazo, fue que las pruebas de laboratorio habían arrojado como resultado que él se encontraba infectado con el virus del VIH.

La demandada alega que el proceso de selección cuenta con unas etapas eliminatorias y el aspirante debe superar de forma satisfactoria cada una de ellas, para poder ingresar a la Escuela, y que según los resultados de los exámenes de laboratorio practicados al demandante, éste resultó infectado con el virus de inmunodeficiencia adquirida, VIH, por lo que no superó la totalidad de los requisitos de admisión.

La entidad demandada aduce que se encuentra amparada por el principio de autonomía universitaria para fijar los criterios de exclusión de las personas que aplican para ingresar en la Escuela y que según su protocolo de admisiones ser portador de VIH convierte al candidato en una persona no apta para ser aceptada en la institución.

Se solicita el amparo de sus derechos fundamentales de petición, a la igualdad, a la educación, al trabajo y a escoger profesión u oficio, presuntamente violados por la entidad demandada.

¿Qué se probó?

La Sala respectiva observa que el demandante no está enfermo, y que su estado es el de portador sano o asintomático, lo que le permite desarrollar normalmente las labores de su vida, tal y como lo demuestra el hecho de que el demandante mismo tuvo un ejemplar desempeño durante la prestación de su servicio militar obligatorio.

Teniendo en cuenta lo anterior es indiscutible que el motivo de la no admisión a ingresar a la Escuela la Escuela Nacional de Policía “General Santander” para su posterior ingreso al Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional., fue por ser portador de VIH.

CASO No. 4

Sentencia T-992 de 2007

Magistrado Ponente: MANUEL JOSE CEPEDA ESPINOSA

Resumen de los hechos

La accionante, una auxiliar de aseo y cafetería de la empresa “X”, padecía el Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida SIDA, estadio C3, lo que la mantuvo incapacitada por más de 180 días; y cuyo empleador conociendo su grave estado de salud, le da por terminado el contrato de trabajo, invocando el artículo 62 del CST modificado por el artículo 7o. del Decreto 2351 de 1965., es decir: “La 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 (180) días...”.

Lo anterior sin tener en cuenta el empleador, su condición de invalidez ya que se le había determinado una pérdida de capacidad laboral del 79,20 %, y el empleador no solicitó,

según lo que establece el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, el permiso correspondiente a la oficina del trabajo.

Cabe resaltar que al momento de ser despedida la trabajadora, se encontraba tramitando la pensión de invalidez ante el fondo de pensiones y aún no se le había reconocido dicha pensión, por lo que se quedó sin ingresos para subsistir dignamente y para cubrir los gastos médicos que genera su enfermedad, dado que también fue desvinculada de la EPS que la atendía.

La trabajadora solicita se le protejan sus derechos a la salud, a la seguridad social, al mínimo vital, a la dignidad humana y al debido proceso por considerar que habían sido vulnerados el empleador.

¿Qué se probó?

En este caso quedó probado que:

a) La demandante es un sujeto de especial protección constitucional, por su condición de persona con el síndrome de inmunodeficiencia adquirida, y también por la invalidez que dicha enfermedad le ha acarreado.

b) El empleador conocía del estado de salud de la trabajadora, tanto la enfermedad que la aquejaba, como el estado de invalidez. Esto lo afirma la demandante en su escrito y el asunto no fue controvertido ni desvirtuado por el empleador.

c) El empleador dio por terminado el contrato de trabajo alegando haberse cumplido los requisitos que establece el artículo 62 del CST: la incapacidad laboral superó los 180 días sin que hubiera sido posible la recuperación de la salud y afirmando que la enfermedad que originó la situación de incapacidad es infecciosa y de origen no profesional.

Por lo anterior la Corte considera que existe una conexión directa entre la razón de la terminación del contrato de trabajo y la enfermedad de la actora.

d) Al dar por terminado el contrato de trabajo, el empleador sólo cumplió con la formalidad que establece el artículo 62 del CST, al dar aviso a la trabajadora quince días antes de hacer efectiva la terminación del contrato.

Quedó probado en este caso que la terminación del contrato obedeció a la circunstancia de padecer la trabajadora el Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida SIDA, estando incapacitada al momento del despido.

CASO No 5

Sentencia T-554 de 2010

Magistrado Ponente: JORGE IVÁN PALACIO

Resumen de los hechos

El trabajador se desempeñaba en trabajo de barrido y recolección en una empresa de aseo, como trabajador en misión, vinculado por una empresa de servicios temporales, por el tiempo de duración de la obra o labor.

Posteriormente a estar vinculado fue diagnosticado como portador del VIH y su condición era de público conocimiento por las tres entidades accionadas.

Al año de estar prestando el servicio, la Empresa de Servicios Temporales, dio por finalizado su trabajo alegando la ejecución de la obra específica para la que había sido empleado ya que la oferta mercantil con la empresa usuaria fue finalizada. Adicionalmente, la Junta regional de Invalidez había determinado la pérdida de capacidad laboral en 57.35%

y calificó la enfermedad como de origen profesional basado en que el paciente sufrió un pinchazo con aguja hueca al recoger una bolsa. Contra dicha decisión se interpusieron los recursos pertinentes por parte de la ARP (Actualmente ARL).

Solicita el actor la protección de los derechos fundamentales al trabajo, a la estabilidad laboral reforzada y al mínimo vital.

¿Qué se probó?

La Empresa de Servicios Temporales manifestó tener conocimiento de la circunstancia de ser portador del VIH del accionante.

También se comprobó que el accionante es una persona que perdió en 57.35 % su capacidad de laborar, que al trabajador se le despidió sin que se hubiere resuelto lo relativo a la pensión ya que se discutía el origen común o laboral de la enfermedad y que no se solicitó permiso de la autoridad competente para efectuar el despido de un trabajador sujeto de especial protección.

CASO No. 6

Sentencia T-628 de 2012

Magistrado Ponente: HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Resumen de hechos

La demandante, quien se desempeñó como madre comunitaria dentro de los programas de Hogares Comunitarios del ICBF, durante 21 años, le informó a la asesora institucional, su diagnóstico de portadora del VIH y afirma que desde ese momento, “comenzó una persecución laboral en su contra”. Posteriormente el hogar comunitario fue

cerrado por el ICBF de manera definitiva, como consecuencia de ello, la demandante quien había sido clasificada en el nivel 2 del SISBEN, quedó sin ingreso alguno, lo que se agrava debido a que no contaba con apoyo familia.

El ICBF justificó el cierre del hogar comunitario aduciendo: a) la ausencia injustificada de un día de trabajo, b) falta de planeación de actividades pedagógicas, c) falta de ambientación del hogar comunitario, d) falta de orden e higiene, entre otras.

La accionante solicita el amparo de sus derechos fundamentales a la igualdad, a la dignidad humana, a la salud, a la seguridad social, a la intimidad y al debido proceso los cuales, en su opinión, fueron vulnerados por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF)

¿Qué se probó?

El ICBF aceptó estar enterados del diagnóstico de VIH de la demandante y manifestó que una vez se enteraron, sus funcionarios se preocuparon por la salud de la trabajadora y la de los niños que ella atendía.

El ICBF arguyó que en ella se encontraron varias fallas pero la Corte, luego encontró que su descripción fue imprecisa, así mismo, de la exhaustiva revisión de las pruebas obrantes en el expediente, la Sala concluye que la peticionaria subsanó varias de las fallas que fueron detectadas en las visitas institucionales realizadas por el ICBF.

Del análisis precedente, la Sala concluye que el demandado no logró probar que existieron, de acuerdo con las normas aplicables, razones objetivas que justificaran el cierre del hogar comunitario Hogar Comunitario, lo que deriva en que se encuentra demostrada la

discriminación de la accionante por su condición de portadora del VIH, en virtud de la presunción que ha construido la jurisprudencia constitucional¹².

La Sala encontró que el ICBF no llevó a cabo el procedimiento administrativo de cierre del hogar comunitario con estricto apego a las normas que lo regulan.

Además del cierre del hogar comunitario motivado por ser portadora del VIH, se probaron otras conductas del ICBF que para la demandante eran discriminatorias, tales como (a) la solicitud de una certificación médica sobre su aptitud para seguir desempeñándose como madre comunitaria, (b) la posterior visita de una persona perteneciente a una fundación de apoyo a personas con VIH, con el mismo objetivo, a pesar de que ya había hecho entrega del certificado solicitado, y (c) la orden de “desinfectar con hipoclorito de sodio cada tres veces al día (sic)”, (d) así como aquélla consistente en no desarrollar la tarea de preparación de los alimentos.

Para la Corte lo anterior evidenciaba la ausencia de un protocolo que guiara la actuación de los funcionarios del ICBF en caso de que una madre comunitaria manifieste que tiene SIDA o que es portadora del VIH, y a falta de parámetros claros, actuaron basados en prejuicios al adoptar medidas que incluso pudieran no haber sido idóneas para el fin que se proponían.

6. CONCLUSION

¹² Ver las sentencias T-469 de 2004, T-739 de 2005, T-934 de 2005, T-898 de 2010, T-1218 de 2005 y T-992 de 2007, entre otras.

El VIH es un virus que al infectar al ser humano genera un proceso de inmunodeficiencia, es decir, deterioro del sistema inmune.

La ciencia médica ha hecho diferencia entre la personas portadoras del VIH, de tal manera que, se llama simple portador o portador sano, la persona que tras adquirir la infección, no manifiesta síntomas de ninguna clase. Por otro lado, se encuentra el enfermo de SIDA; denominándose SIDA¹³ a la enfermedad que se desarrolla como consecuencia de la destrucción progresiva del sistema inmunitario que lo hace incapaz para hacer frente a las infecciones y otros procesos patológicos, lo cual facilita el desarrollo de nuevas infecciones oportunistas, tumores etc.

Tradicionalmente se ha establecido que el VIH se puede transmitir por el contacto con diversos líquidos corporales de personas infectadas, como la sangre, la leche materna, el semen o las secreciones vaginales.

Se ha determinado que no es posible contagiarse como resultado de contactos de tipo corriente y cotidiano, tales como besarse, abrazarse, darse la mano, toser, estornudar, trabajar con gente, compartir comida o los cubiertos, uso del baño o duchas o la picadura de un mosquito.

El tratamiento para la infección por VIH, no lo cura pero controla la replicación del virus dentro del organismo del sujeto, lo cual permite a las personas afectadas por el VIH llevar una vida sana y productiva.

¹³ Síndrome de inmunodeficiencia Adquirida

La enfermedad del SIDA es considerada por los organismos de salud internacionales, como una prioridad de salud pública por sus efectos devastadores.

Según informe preliminar del INS a corte de 3013, desde que se reportó el primer caso de sida en Colombia en 1983, han sido infectados 104.300; y a pesar de los esfuerzos no cesan de reportarse casos de infectados, estas las cifras podrían llegar a niveles alarmantes ya que ONUSIDA calcula que el 90 % del total de personas infectadas por VIH ignora que tiene el virus, de los cuales un gran porcentaje corresponde a personas económicamente activas.

La estigmatización y discriminación de que han sido objeto los portadores de VIH, han aumentado considerablemente el impacto asociado a esta epidemia.

La estigmatización relacionada con el VIH es un proceso a través del cual se desacredita a las personas que viven con el VIH, que puede implicar tanto a personas infectadas o con sospecha de estar infectadas por el VIH como a personas afectadas indirectamente por el SIDA, como son, huérfanos o hijos y familiares de personas que viven con el VIH.

Así las cosas, el estigma puede conducir a discriminación y otras violaciones de los derechos humanos que afectan fundamentalmente al bienestar de las personas que viven con el VIH.

La OIT entiende por discriminación, a) cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en

el empleo y la ocupación. b) cualquier otra distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación.

Nuestra Constitución en su artículo 13, consagra de manera general el derecho a la igualdad y la no discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

Esta norma impone al Estado la obligación de promover las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptar medidas en favor de grupos discriminados o marginados. Igualmente la de proteger 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.

El citado artículo 13 al establecer la prohibición de discriminaciones, pretende que no se otorguen privilegios, se niegue el acceso a un beneficio, o se restrinja del ejercicio de un derecho a un determinado individuo o grupo de personas de manera arbitraria e injustificada, por razón de su sexo, raza, origen nacional o familiar, sus opiniones o convicciones expresadas en el ejercicio de libertades protegidas constitucionalmente.

Articulando el artículo 1 del convenio 111 y el art. 13 de nuestra constitución, podemos concluir que pueden existir otros criterios de discriminación no mencionados en el literal “a” del convenio, como pueden ser el estado de salud y la inclinación sexual, que últimamente han venido siendo objeto de desarrollo. Lo que encaja perfectamente dentro del concepto de “circunstancia de debilidad manifiesta a que se refiere nuestra constitución.

Ha explicado nuestra Corte Constitucional, que los portadores de VIH

Suelen encontrarse en situaciones de discriminación, en razón a: a) la infección misma - con todos los temores que ella genera, b.) la errada apreciación de que los infectados con V.I.H./SIDA forman parte de la población homosexual (tradicionalmente segregada), o c) el hecho que el tratamiento de la enfermedad genera una serie de costos que no resultan ‘rentables’ para las Entidades Prestadoras del Servicio de Salud. (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-898 de 2010)

A lo anterior debemos agregar la ignorancia sobre las formas de contagio, ya que en el caso del portador sano de VIH es una persona productiva y no contagia el virus por la simple convivencia, o el contacto en el trato de la vida cotidiana o en el ambiente de trabajo, ni por el sudor, lagrimas, estornudo etc.

Es por ello que la Corte ha indicado que este padecimiento hace a las personas que conviven con el VIH, particularmente vulnerables a la segregación social, sexual, económica y laboral, convirtiéndolos en una población expuesta a que se vulneren sus derechos.

Como consecuencia de lo anterior, en el campo del trabajo, reitera la Corte que “cuando se comprueba que la causa del despido fue en realidad el estado de salud del accionante, la desvinculación configura una discriminación, frente a la cual procede la tutela como mecanismo de protección.

El VIH/SIDA es considerado en la actualidad un importante problema de desarrollo e igualmente se está configurando como un problema grave en el mundo del trabajo, y como una amenaza para el principio rector de la OIT, que es el trabajo decente.

A nivel de las empresas, el VIH/SIDA constituye una amenaza para el rendimiento de las mismas. El mundo del trabajo se ve afectado por un aumento de los costos de atención

de salud, absentismo, gastos funerarios, de contratación, formación y readaptación profesional.

Del análisis de los casos relacionados en este capítulo que fueron revisados por la Corte en sede de tutela y el sinnúmero de otros casos revisados por la misma corporación, podemos concluir que efectivamente el ser portador del virus de inmunodeficiencia humana VIH, es un factor de discriminación e inestabilidad laboral en Colombia, y constituye un factor que vulnera el principio rector de la OIT, como lo es el trabajo decente.

Muchas personas afectadas por el VIH/SIDA se ven obligadas a dejar su trabajo y auto aislarse por temor al estigma y la discriminación, traigo a colación dos casos específicos atendidos personalmente como profesional del Derecho, en los cuales los trabajadores decidieron renunciar, para evitar el señalamiento e irse a vivir a otra ciudad, donde no fueran conocidos.

Del análisis podemos concluir que en algunos eventos, ante el diagnóstico del VIH, los empleadores les niegan a los trabajadores la oportunidad de acceder a un trabajo o dedicarse a una profesión u oficio como lo observamos en el caso No. 3, en otros casos, sus contratos son terminados por causa de la infección como ocurrió en los casos No. 1, 2, 4, 5 y 6, de este capítulo, en este último caso, observamos que la madre comunitaria fue desproveída de su puesto de trabajo cerrando el ICBF de manera definitiva el hogar comunitario.

Igualmente en muchas oportunidades, los empleadores se valen de conductas de hostigamiento para conseguir su renuncia del trabajador, como observamos en los casos No. 1, 2 y 6.

En el siguiente capítulo, plantaremos, la respuesta que para las situaciones planteadas en los 6 casos vistos, tiene el Derecho y cuál es el tratamiento por parte de nuestra corte constitucional, en aras de garantizar la estabilidad laboral.

CAPITULO TERCERO

DESARROLLO LEGAL Y JURISPRUDENCIAL CONSTITUCIONAL EN COLOMBIA SOBRE LA ESTABILIDAD LABORAL DE TRABAJADORES PORTADORES DE VIH.

En este Capítulo final presentaré el desarrollo legal que ha tenido en Colombia la protección en el campo laboral de trabajadores portadores de VIH, en cuanto a acceder a un empleo o para permanecer en el, teniendo como fuente la legislación nacional, los instrumentos internacionales y los pronunciamientos de la Corte Constitucional entre 1.996 y 2012.

1. PROTECCIÓN DE LOS TRABAJADORES PORTADORES DE VIH EN LAS NORMAS INTERNACIONALES.

1.1. Repertorio de Recomendaciones Prácticas de la OIT sobre el VIH/SIDA y el mundo del trabajo.

En lo que se refiere a VIH/SIDA en el mundo del trabajo encontramos un primer antecedente concreto en la OIT, en lo que se denominó Repertorio de Recomendaciones Prácticas.

Cabe resaltar que los repertorios de recomendaciones son instrumentos técnicos como resultado de consultas a peritos designados por empleadores, trabajadores y gobierno.

Para Beaudonnet (2009) estos

(...) aunque no son vinculantes ni gozan de la solemnidad de los instrumentos adoptados por la Conferencia, los repertorios son manuales prácticos cuya elaboración y adopción por medio del consentimiento tripartito antes mencionado, le confieren gran legitimidad. Es por ello que de ninguna forma se les puede descartar, como fuente inspiradora de las jurisdicciones nacionales. (Beaudonnet, 2009, p. P.51

El Repertorio en mención tiene como propósito:

“Establecer una serie de directrices para hacer frente a la epidemia del VIH/SIDA en el mundo del trabajo y se enmarca en la labor de promoción del trabajo decente. Las directrices abarcan las siguientes esferas principales de actuación:

- a) la prevención del VIH/SIDA;
- b) la gestión y atenuación de los efectos del VIH/SIDA en el mundo del trabajo;
- c) la prestación de asistencia y apoyo a los trabajadores infectados por el VIH/SIDA y a los afectados por la epidemia;
- d) la erradicación del rechazo y de la discriminación contra la persona real o supuestamente infectada por el VIH/SIDA. (Recuperado en http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---ilo_aids/documents/publication/wcms_113788.pdf)

Este repertorio proporciona también recomendaciones prácticas a los gobiernos, las organizaciones de empleadores y de trabajadores, así como a las otras partes interesadas, para

la elaboración de políticas y programas relativos al VIH/SIDA en el lugar de trabajo y en el ámbito nacional.

El repertorio tiene como principios fundamentales los siguientes:

- a) Reconocimiento del problema del VIH/SIDA en el ámbito laboral: Ya que por ser un problema del trabajador es también un problema en el lugar de trabajo por lo que debería tratarse como cualquier otro tipo de enfermedad profesional grave, de tal manera que le incumbe al empleador una misión en la lucha contra la propagación y los efectos de la epidemia.
- b) Acabar con la discriminación: Esto teniendo en cuenta el principio de trabajo decente y del respeto de los derechos humanos y la dignidad de las personas infectadas por el VIH/SIDA. Se considera que la discriminación y la estigmatización de las personas que conviven con esta patología entorpecen gravemente el empeño de prevenir la epidemia.
- c) Igualdad entre hombres y mujeres: El instrumento reconoce que las mujeres están más expuestas que los hombres a la infección y por razones biológicas, socioculturales y económicas resultan afectadas en mayor medida que los hombres por la epidemia del VIH/SIDA, por tanto se requiere unas relaciones de género más igualitarias, anulando la discriminación de género en la sociedad para que las mujeres puedan hacer frente con mayor eficacia al VIH/SIDA y se pueda disminuir los efectos perversos de que puedan ser objeto.
- d) Un ambiente de trabajo sano: Esto con el fin Con el fin de facilitar una salud física y mental óptima de los trabajadores, de conformidad con lo dispuesto en el Convenio sobre seguridad y salud de los trabajadores. Además se debe adaptar el medio de trabajo a las facultades de los trabajadores teniendo en cuenta su estado de salud físico y mental.
- e) El diálogo social: Se requiere la colaboración entre los empleadores, los trabajadores y sus representantes así como el gobierno, con la participación activa de los trabajadores infectados por el VIH/SIDA y afectados por la epidemia.

- f) Pruebas de detección con fines de exclusión del trabajo y de las actividades laborales: Se recomienda no exigir exámenes de diagnóstico pre ocupacionales ni ocupacionales, relativos al VIH.
- g) Confidencialidad: Los trabajadores portadores de VIH no están obligados a suministrar información personal relativa al VIH; ni al empleador, ni a los compañeros de trabajo.
- h) Continuación de la relación de trabajo: El ser portador del VIH no constituye una causa justificada de despido. Por tanto las personas con enfermedades derivadas del VIH deberían tener la posibilidad de trabajar mientras sean médicamente aptas para hacerlo en un puesto apropiado existente.
- i) Prevención: La prevención de la infección puede lograrse mediante estrategias adecuadas a las condiciones de cada país y sus características culturales; se puede coadyuvar la prevención mediante cambios del comportamiento, difusión de conocimientos, acceso a tratamientos adecuados y un ambiente libre de discriminación.
- j) Derechos y deberes generales: Los actores sociales pueden coadyuvar la prevención mediante cambios en las actitudes y comportamientos, suministro de información y educación y de la manera de enfrentarse a los factores socioeconómicos.
- k) Asistencia y apoyo: La solidaridad, la prestación de asistencia y apoyo deben ser las banderas con respecto al VIH/SIDA.

1.2. Convenios de la OIT

En cuanto a los Convenios adoptados por la OIT, el primero en el que se menciona explícitamente el VIH/SIDA, es el Convenio sobre el trabajo marítimo, de 2006.

El convenio tiene un reglamento y un código que hacen parte del mismo y en su título

4. Sobre protección de la salud, atención médica, bienestar y protección social, regla 4.3

sobre Protección de la seguridad y la salud y prevención de accidentes. Pauta B4.3.1 sobre Disposiciones sobre accidentes del trabajo y lesiones y enfermedades profesionales, numeral 2., establece: “La autoridad competente debería velar por que, en las orientaciones nacionales relativas a la gestión de la seguridad y la salud en el trabajo, se aborden las cuestiones siguientes, en particular: ...q) protección y prevención contra el VIH/SIDA”, y en su numeral 4 establece “Además, la autoridad competente debería asegurarse de que se tengan en cuenta las implicaciones para la seguridad y la salud en relación con las cuestiones siguientes, en particular: ... c) protección y prevención contra el VIH/SIDA”.

Es de resaltar que este convenio se adoptó en Ginebra, en la 94ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo (CIT) el 23 febrero 2006; entró en vigor el 20 agosto 2013, y cuyo objetivo fue elaborar un instrumento único y coherente que recopilara las normas ya contenidas en los convenios y recomendaciones internacionales sobre el trabajo marítimo vigentes, así como los principios fundamentales que figuran en otros convenios internacionales del trabajo. Allí se estableció que el convenio podía ser citado como el “*CONVENIO SOBRE EL TRABAJO MARÍTIMO, 2006*”.

Como podemos observar este convenio no hace ningún desarrollo sobre el tema del VIH/SIDA y su protección a trabajadores portadores del Virus, por lo tanto no existía una norma internacional del trabajo dedicada con carácter específico a este aspecto.

Fue por ello que en junio de 2009, representantes de gobiernos, trabajadores y empleadores de los 183 países miembros de la OIT con ocasión de la celebración de la 98 Conferencia Internacional del Trabajo iniciaron un proceso para la discusión de un proyecto de una norma del trabajo sobre VIH/SIDA en el mundo del trabajo. El proceso culminó con la recomendación No. 200, la cual adoptó la Conferencia General de la Organización

Internacional del Trabajo el 17 de junio de 2010, convocada y congregada en Ginebra el 2 de junio de 2010, en su reunión No 99.

Esta norma se constituyó en el primer instrumento internacional de derechos humanos específico sobre VIH/SIDA, ya que hasta la fecha de su adopción, se consideraba la situación del VIH/SIDA y su relación con el trabajo, implícitamente cubierta por otras normas internacionales de trabajo de la OIT, como lo es el Convenio No. 111 sobre la discriminación en el empleo y la ocupación, al igual que por otras normas de la OIT relativas a la seguridad social y a la seguridad y salud en el trabajo.

A continuación me ocuparé de esta recomendación, pero antes de entrar a desarrollar el contenido de la misma, me quiero referir al carácter vinculante o no de esta clase de normas internacionales de trabajo.

Si bien las recomendaciones al no ser tratados internacionales (como si ocurre con los convenios), no están sujetas a ratificación y por lo tanto no son jurídicamente vinculantes.

Nuestra Corte Constitucional en sentencia C-468 de 1997 con ponencia de Alejandro Martínez Caballero, se ha referido a estos instrumentos en este sentido:

Los convenios son auténticas normas de derecho internacional que vinculan jurídicamente a los Estados, mientras que las recomendaciones no tienen tal característica pues son instrumentos que se limitan a señalar pautas para orientar la legislación y la práctica jurídica nacional”.

(...) las recomendaciones no están sujetas a ratificación, pues su objetivo no es que los Estados adquieran nuevos compromisos internacionales sino que se trata de sugerencias que

la OIT formula a los Estados para que éstos, en lo posible, las desarrollen internamente. (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-468 de 1997)

Por otro lado, el artículo 53 de nuestra constitución establece que los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna y nada dice sobre las recomendaciones.

Sin embargo, el artículo 19 de la Constitución de la OIT Numeral 6 literal b), indica que cada uno de los miembros se obliga a someter la recomendación, en el término de un año a partir de la clausura de la reunión de la Conferencia, a la autoridad o autoridades a quienes compete el asunto, al efecto de que le den forma de ley o adopten otras medidas.

En el literal d) de la misma, establece que:

Salvo la obligación de someter la recomendación a la autoridad o autoridades competentes, no recaerá sobre los Miembros ninguna otra obligación, a excepción de la de informar al Director General de la Oficina Internacional del Trabajo, con la frecuencia que fije el Consejo de Administración, sobre el estado de su legislación y la práctica en lo que respecta a los asuntos tratados en la recomendación, precisando en qué medida se han puesto o se propone poner en ejecución las disposiciones de la recomendación, y las modificaciones que se considere o pueda considerarse necesario hacer a estas disposiciones para adoptarlas o aplicarlas.

En conclusión las recomendaciones de la OIT, a pesar de ser elaboradas y adoptadas por la Conferencia de manera similar que los convenios, no son jurídicamente vinculantes, no obstante lo anterior, las recomendaciones podrían ser utilizadas como norma supletoria en cuanto no se opongan a las leyes sociales del país, los principios del derecho común que

no sean contrarios a los del Derecho del Trabajo, todo dentro de un espíritu de equidad, según lo establecido en el artículo 19 de nuestro Código Sustantivo de Trabajo.

1.3. Recomendación no. 200 sobre el VIH y el sida y el mundo del trabajo.

Esta Recomendación se aplica a:

a) Todos los trabajadores independientemente de modalidad o régimen laboral, y en todos los lugares de trabajo, se incluyen las personas que reciben formación, los pasantes, aprendices, voluntarios, los solicitantes de empleo, y los trabajadores suspendidos de manera temporal por diversas razones.

b) Todos los sectores de actividad económica, sea del sector privado o público, y de las economías formal e informal, y

c) las fuerzas armadas y los servicios uniformados.

La recomendación Tiene unos principios generales, los cuales están basados en Repertorio de recomendaciones prácticas de la OIT sobre el VIH/sida, ya mencionados. A manera de refuerzo, los encabeza indicando en la Parte III, Num. 3 literal a):

Se debería reconocer que la respuesta al VIH y el sida contribuye a la realización de los derechos humanos y las libertades fundamentales y la igualdad de género para todos, incluidos los trabajadores, sus familias y las personas a su cargo.

La recomendación hace énfasis en algunos aspectos tales como:

- El estado serológico¹⁴, real o supuesto, respecto del VIH no debería ser un motivo de discriminación que impida la contratación, la permanencia en el empleo o el logro de la igualdad de oportunidades, de conformidad con las disposiciones del Convenio 111 sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958.
- El estado serológico, real o supuesto, respecto del VIH no debería ser un motivo para terminar una relación de trabajo.
- A las personas con enfermedades relacionadas con el VIH no se les debería negar la posibilidad de realizar su trabajo, con ajustes razonables, de ser necesario, mientras sean médicamente aptas para ello.
- Debería adoptarse medidas en el lugar de trabajo o a través de él para reducir la transmisión del VIH y mitigar sus repercusiones.
- Las pruebas de detección deben ser verdaderamente voluntarias y realizarse sin coacción alguna.
- No debería exigirse pruebas de detección del VIH a los trabajadores, con inclusión de los trabajadores migrantes, las personas que buscan un empleo y los solicitantes de empleo.
- Los miembros deberían establecer un mecanismo apropiado, para seguir la evolución de las cuestiones relacionadas con la política nacional relativa al VIH y el sida y el mundo del trabajo, y para formular observaciones sobre su adopción y aplicación.

¹⁴ Es decir ser VIH positivo

- Las organizaciones de empleadores y de trabajadores más representativas deberían estar representadas en pie de igualdad en el mecanismo de seguimiento de las cuestiones relacionadas con la política nacional sobre VIH/SIDA.

2. DESARROLLO LEGAL SOBRE PROTECCION DE TRABAJADORES PORTADORES DE VIH EN COLOMBIA.

En este aparte expondré la evolución legislativa sobre el manejo que se le ha dado en Colombia al tema de las personas portadoras de VIH y su relación con el trabajo.

Pocos años después de haberse hecho el primer diagnóstico de SIDA en Colombia se expidió el Decreto 559 de 1991 por el cual se reglamentan parcialmente las leyes 09 de 1979 y 10 de 1990, en cuanto a la prevención, control y vigilancia de las enfermedades transmisibles, especialmente lo relacionado con la infección por el Virus de Inmunodeficiencia Humana, HIV, y el Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida, SIDA.

Este Decreto considerando que, por su carácter de enfermedad infecciosa, transmisible y mortal, la infección por el HIV y el SIDA, podían suscitar en la sociedad un problema de múltiples facetas que afectarían campos como la medicina, la familia, el trabajo y la ética, se consideró necesario establecer el punto de equilibrio entre los derechos y deberes tanto de las personas sanas como infectadas (asintomáticas o enfermas), entre los individuos y las instituciones, entre los trabajadores y los empleadores, y entre el bienestar público y el individual.

En aras de evitar la discriminación de quienes padecían de la infección de VIH, el art 21 del mencionado Decreto, asignó el carácter de confidencial a la información

epidemiológica en relación con la infección por el HIV, sin embargo, estableció, que el secreto profesional no podría invocarse como impedimento para suministrar dicha información en los casos previstos en las disposiciones legales y reglamentarias.

El artículo 22 de este Decreto, prohibió la exigencia de pruebas serológicas para determinar la infección por el HIV, para la admisión o permanencia en centros educativos, deportivos o sociales y el acceso a cualquier actividad laboral o permanencia en la misma.

Igualmente consagró en su artículo 35 que los trabajadores no están obligados a informar a sus empleadores su condición de infectados por el Virus de Inmunodeficiencia Humana, VIH, o su relación de riesgo con respecto al mismo.

También prohibió la discriminación a las personas infectadas y a los hijos de madres o padres infectados, estuviesen infectados o no por el Virus de Inmunodeficiencia Humana, VHI (artículo 39).

Para la efectividad de esta norma, el artículo 41 creó con carácter permanente el Consejo Nacional de SIDA, adscrito al Despacho del Ministro de Salud, asignándoles como una de las funciones primordiales, proponer la política general para el desarrollo del Programa de Prevención y control de la Infección por el HIV y del SIDA, en aspectos éticos, jurídicos, laborales, internacionales, financieros y de movilización social, información masiva y educación sexual.

Este decreto fue derogado expresamente por el Decreto 1543 de 1997 en su artículo 74.

En este nuevo decreto se reglamentó el manejo de la infección por el Virus de Inmunodeficiencia Humana (VIH), el Síndrome de la Inmunodeficiencia Adquirida (SIDA) y las otras Enfermedades de Transmisión Sexual (ETS).

Al expedir esta norma se consideró la circunstancia de que la vulneración de los derechos fundamentales de las personas portadoras del VIH y quienes padecen el SIDA son cada vez más frecuentes, debido al temor infundado hacia las formas de transmisión del virus, por lo cual se hizo necesario determinar los derechos y deberes de dichas personas y de la comunidad en general. Este Decreto se refirió entre otros aspectos a la promoción, prevención, vigilancia epidemiológica y medidas de bioseguridad, así como el ejercicio de los derechos y cumplimiento de los deberes.

El artículo 7 de este Decreto dejó claro, atendiendo los postulados de la ciencia médica, que para todos los fines legales se considera que una persona infectada por el Virus de Inmunodeficiencia Humana (VIH), mientras permanezca asintomática no tiene la condición de enferma del Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida (SIDA). Por lo tanto como, mecanismo de protección del infectado, el artículo 32 del mismo, consagró el deber de la confidencialidad indicando que las personas integrantes del equipo de salud que conozcan o brinden atención en salud a una persona infectada por el Virus de Inmunodeficiencia Humana (VIH), asintomática o sintomática, están en la obligación de guardar sigilo de la consulta, diagnóstico, evolución de la enfermedad y de toda la información que pertenezca a su intimidad. Con el mismo propósito el artículo 33 indica que la historia clínica como registro obligatorio de las condiciones de salud de la persona, es un documento privado sometido a reserva, por lo tanto únicamente puede ser conocida por terceros, previa autorización de su titular o en los casos previstos por la ley.

En el mismo sentido el artículo 21, prohibió la exigencia de pruebas de laboratorio para determinar la infección por el Virus de Inmunodeficiencia Humana (VIH) como requisito obligatorio para:

a) Admisión o permanencia en centros educativos, deportivos, sociales o de rehabilitación;

b) Acceso a cualquier actividad laboral o permanencia en la misma;

c) Ingresar o residenciarse en el país;

d) Acceder a servicios de salud;

e) Ingresar, permanecer o realizar cualquier tipo de actividad cultural, social, política, económica o religiosa.

Igualmente se prohibió la exigencia de carnet o certificado con referencia a Enfermedades de Transmisión Sexual, incluida la Infección por el Virus de Inmunodeficiencia Humana (VIH). Lo anterior Sin perjuicio de las medidas sanitarias de carácter individual a que haya lugar y del derecho que toda persona tiene a obtener certificado de su estado de salud cuando lo considere conveniente (Artículo 25)

Un aspecto importante en materia laboral lo consagró el artículo 35, al establecer que los servidores públicos y trabajadores privados no están obligados a informar a sus empleadores su condición de infectados por el Virus de Inmunodeficiencia Humana (VIH). En todo caso se garantizarán los derechos de los trabajadores de acuerdo con las disposiciones legales de carácter laboral correspondientes.

El párrafo 1° del mismo indica que quienes decidan voluntariamente comunicar su estado de infección a su empleador, éste deberá brindar las oportunidades y garantías laborales de acuerdo a su capacidad para reubicarles en caso de ser necesario, conservando su condición laboral.

Otro mecanismo de protección laboral lo establece el párrafo 2 al dejar plasmado que no será causal de despido el hecho de que una persona esté infectada con el Virus de Inmunodeficiencia Humana (VIH) o haya desarrollado alguna enfermedad asociada al Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida (SIDA), todo ello 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.

Con el objeto fomentar y respaldar las acciones que se lleven a cabo en el país para la promoción, prevención y control de la infección por el Virus de Inmunodeficiencia Humana (VIH), el Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida (SIDA) y las otras Enfermedades de Transmisión Sexual (ETS) y asesorar al Ministerio de Salud en la toma de decisiones sobre la materia el artículo 47 del Decreto creó con carácter permanente el CONSEJO NACIONAL DE SIDA, organismo adscrito al Ministerio de Salud; que entre sus funciones se encuentra, proponer la política general para el desarrollo del Programa Nacional de Promoción, Prevención y Asistencia de las ETS y el SIDA, en aspectos éticos, jurídicos, laborales, internacionales, financieros y de movilización social, información masiva y educación sexual.

Finalmente el artículo 56 establece unas sanciones por el incumplimiento de las disposiciones del Decreto por parte de las instituciones públicas, privadas o personas naturales o jurídicas, consistentes en: a) multas en cuantía hasta de 200 salarios mínimos

legales mensuales; b) Intervención de la gestión administrativa y/o técnica de las entidades que presten servicios de salud hasta por un término de seis (6) meses; c) Suspensión o pérdida definitiva de la personería jurídica de las personas privadas que presten servicios de salud; d) Suspensión o pérdida de la autorización para la prestación de servicios de salud.

Otra disposición legal sobre la materia es la Ley 972 DE 2005, por la cual se adoptan normas para mejorar la atención por parte del Estado colombiano de la población que padece de enfermedades ruinosas o catastróficas, especialmente el VIH/SIDA. En este aspecto relacionado con la atención en salud también se han expedido las siguientes normas: Resolución 412 de 2000: sobre actividades, procedimientos e intervenciones de demanda inducida y obligatorio cumplimiento. Esta norma contiene la Guía de atención del VIH/Sida., encontramos la resolución 3442 de 2006, sobre guías de práctica clínica basadas en evidencia para la prevención, diagnóstico y tratamiento de pacientes con VIH/SIDA y enfermedad renal crónica y las recomendaciones de los Modelos de Gestión Programática en VIH/SIDA. En el mismo sentido también encontramos la Resolución 2338 de 2013, los Acuerdos del Consejo Regulación en Salud CRES, Nos. 03 de 2009, 08 de 2010, 028 y 29 de 2011.

Cabe resaltar que ninguna de las normas relacionadas con el aspecto laboral del tema de seropositivos o portadores de VIH, establece como consecuencia del despido motivado por ser el trabajador portador del virus de inmunodeficiencia humana, la ineficacia de dicho despido y su consecuencia directa que es el reintegro del trabajador al puesto de trabajo y obviamente el pago de los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir desde el momento de la terminación contractual hasta el día en que se haga efectivo el reintegro. Esta consecuencia jurídica, como veremos más adelante la podemos evidenciar en el desarrollo

de los fallos de la Corte Constitucional, estas providencias ya fueron inicialmente relacionadas en el capítulo II.

Podemos hacer alusión también a la ley 361 de 1997 sobre discapacitados, ya es una circunstancia en la que puede encontrarse inmerso el portador de VIH.

Es así como el artículo 26 de la ley establece: “NO DISCRIMINACIÓN A PERSONA EN SITUACIÓN DE DISCAPACIDAD. En ningún caso la limitación de una persona, podrá ser motivo para obstaculizar una vinculación laboral, a menos que dicha limitación sea claramente demostrada como incompatible e insuperable en el cargo que se va a desempeñar. Así mismo, ninguna persona limitada podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su limitación, salvo que medie autorización de la oficina de Trabajo.

No obstante, quienes fueren despedidos o su contrato terminado por razón de su limitación, sin el cumplimiento del requisito previsto en el inciso anterior, tendrán derecho a una indemnización equivalente a ciento ochenta días del salario, sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el Código Sustantivo del Trabajo y demás normas que lo modifiquen, adicionen, complementen o aclaren”.

El inciso segundo de este artículo fue declarado condicionalmente exequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-531-00, teniendo como Magistrado Ponente a Álvaro Tafur Galvis, en el sentido de que:

Bajo el supuesto de que en los términos de esta providencia y debido a los principios de respeto a la dignidad humana, solidaridad e igualdad (C.P., arts. 2o. y 13), así como de especial protección constitucional en favor de los disminuidos físicos, sensoriales y síquicos (C.P., arts. 47 y 54), carece de todo efecto jurídico el despido o la terminación del contrato

de una persona por razón de su limitación sin que exista autorización previa de la oficina de Trabajo que constate la configuración de la existencia de una justa causa para el despido o terminación del respectivo contrato. (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-531 de 2000)

3. DESARROLLO DE LA CORTE CONSTITUCIONAL SOBRE PROTECCION GENERAL Y ESTABILIDAD DE LOS TRABAJADORES PORTADORES DE VIH

En el capítulo anterior se plantearon unos casos que han llegado a nuestra Corte Constitucional en sede de tutela, donde claramente se puede establecer la manera como la circunstancia de ser portador del virus de inmunodeficiencia humana VIH, ya sea como portador asintomático o con los síntomas propios del SIDA, constituye en Colombia un factor de discriminación e inestabilidad laboral.

Se describieron 6 casos, presentando un resumen de los hechos, y lo que se probó en el proceso incluyendo la circunstancia de ser portador de VIH. En términos generales se trata de trabajadores que fueron separados de sus cargos por motivo de la infección del virus de inmunodeficiencia humana, o personas a las cuales se les impidió acceder o mantenerse un determinado oficio por la misma causa.

En este aparte, teniendo en cuenta los mismos casos, y partiendo de la base de haberse probado la discriminación plantearé, que derechos tuteló la Corte, de qué manera se reparó la vulneración de los mismos y bajo qué consideraciones.

CASO No.1

Sentencia SU-256 de 1996

Magistrado Ponente: VLADIMIRO NARANJO MESA

El caso del trabajador de un Club social, cuyas actividades estaban relacionadas directamente con la manipulación de baterías de cocina y material cortopunzante, y su empleador confesó haberlo despedido por ser portador de VIH, con el fin de evitar contagio de otros trabajadores.

¿Qué consideró la Corte?

En este caso la Corte tuvo en cuenta los siguientes aspectos puntuales:

a) La no discriminación de los enfermos del SIDA y portadores de VIH, b) ¿Existe libertad absoluta para terminar unilateralmente, por cualquier motivo, un contrato de trabajo?, c) Protección efectiva de los Derechos vulnerados, d) Conciliación frente a los derechos fundamentales, e) Deber de solidaridad; cómo podemos lo desarrollaré a continuación:

a) La no discriminación de los enfermos del SIDA y portadores de VIH

En este punto la Corte teniendo sigue los criterios de la ciencia médica sobre la forma de contagio de tal manera que la simple convivencia con pacientes de VIH/SIDA, mientras no se presenten las situaciones ya mencionadas, en absoluto implica riesgo de contagio; el virus no se trasmite ni a través del aire, ni del agua, ni de otros elementos. Sin embargo considera

(...) Es evidente que, por falta de información y de concientización más amplias, los enfermos de Sida, e inclusive los portadores sanos del VIH, vienen siendo objeto de discriminación social y laboral, no sólo en nuestro medio sino en el resto del mundo.

El Estado no puede permitir tal discriminación, básicamente por dos razones: Primera, porque la dignidad humana impide que cualquier sujeto de derecho sea objeto de un trato discriminatorio, pues la discriminación, per se, es un acto injusto y el Estado de derecho se fundamenta en la justicia, con base en la cual construye el orden social.

Y segunda, porque el derecho a la igualdad, de acuerdo con el artículo 13 superior, comporta el deber irrenunciable del Estado de proteger especialmente a quienes se encuentran en condiciones de inferioridad manifiesta. (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU-256 de 1996)

b) ¿Existe libertad absoluta para terminar unilateralmente, por cualquier motivo, un contrato de trabajo?

Para la Corte resulta necesario precisar que:

Si bien la legislación laboral establece como despido injustificado aquel que se produce cuando no está presente una de las causales que justifican la terminación unilateral del contrato de trabajo por parte del empleador y que el Código Sustantivo del Trabajo taxativamente enumera, no por ello puede concluirse que el pago de la correspondiente indemnización por el injusto despido sea suficiente carta blanca para lesionar derechos fundamentales del trabajador, en este caso los derechos a la dignidad, a la igualdad, a la no discriminación, al trabajo, a la salud y a la seguridad social.

La violación de estos derechos ocasiona en el caso bajo examen un perjuicio evidente, que no se ve resarcido con el simple pago de una indemnización. (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU-256 de 1996)

Para la Corte es claro que un trabajador portador de VIH puede ser desvinculado de su empleo ya que no existe para el empleador una obligación de preservarle a perpetuidad en su puesto de trabajo, lo que no puede ocurrir es que sea despedido precisamente por su condición de infectado del virus, opina la Corte que:

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 (Art. 13 C.P.). Con ello obviamente se vulneran estos derechos fundamentales, así como también el derecho a la dignidad”. (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU-256 de 1996)

Resumiendo, la 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.

Así las cosas, no existe, una libertad absoluta para terminar unilateralmente, por cualquier motivo una relación laboral. De tal manera que si por el despido se lesiona un derecho fundamental, se constituye en un acto que no puede ser reconocido como legal.

Cabe resaltar que el artículo 7º, literal A, numeral 15 del decreto 2351 de 1965¹⁵, establece como justa causa de despido por parte del empleador en los siguientes términos: “la 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”, pero no se trata de la misma circunstancia prevista en el presente caso, ya que el actor no está enfermo, sino que es un portador sano y

¹⁵ Numeral declarado exequible, mediante sentencia C-079 de 1996 de la Corte Constitucional (M.P. Dr. Hernando Herrera Vergara)

como ya lo he anotado anteriormente, el portador sano del virus VIH, es la persona infectada por el VIH que no presenta síntomas ni signos de enfermedad.

Por tanto, el hecho de que el trabajador sea portador sano del virus, no da derecho al empleador para terminar unilateralmente el contrato aduciendo la justa causa del numeral 15 del decreto 2351 de 1965.

En esa oportunidad para la Corte:

La razón de ser de la causal de justo despido que se comenta, radica en que el de trabajo es un contrato bilateral, y que la ley admite que una enfermedad que no es curable en ciento ochenta días, impide al trabajador cumplir con sus obligaciones, por lo cual resulta justo que se autorice la terminación del contrato para no derivar al empleador un daño injustificado; lo anterior, sin perjuicio de las prestaciones e indemnizaciones legales y convencionales derivadas de la enfermedad. (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU-256 de 1996)

Concluye la Corte:

Con fundamento en lo anterior, resulta menester concluir que en el caso que ahora se examina, no resulta aplicable la consideración de que puede haber lugar a un justo despido al amparo de la causal del numeral 15 del artículo 7o. del Decreto 2351/65, declarado exequible por esta Corporación.

Distinto es el caso del trabajador enfermo de Sida, en quien sí se cumplen los supuestos de hecho de la norma en comento, y, por tanto, puede ser despedido con fundamento en esta causal. (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU-256 de 1996)

c) Protección efectiva de los Derechos vulnerados

En este caso la Corte consideró inconducente ordenar el reintegro del actor, como medio para reestablecerle el goce de sus derechos, teniendo en cuenta que, en primer lugar, el actor no hizo tal solicitud, y en segundo lugar la corte consideró que :

El nuevo enganche del trabajador en su anterior puesto de trabajo, no resarciría los daños hechos a su dignidad; antes bien, el conocimiento de su situación médica por parte de sus empleadores y compañeros, se prestaría a una situación que más bien podría resultar riesgosa para sus propios derechos. (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU-256 de 1996)

De este modo, la Corte considera que la manera efectiva de tutelar los derechos del demandante, es la de permitirle acceder de nuevo a la seguridad social como medio para preservar su salud. Por ello se ordenó su afiliación inmediata al Instituto de Seguros Sociales por cuenta del demandado y del accionante, hasta tanto otro empleador la asuma.

d) Conciliación frente a los derechos fundamentales

Teniendo en cuenta que la conciliación no es viable cuando esté en juego el núcleo esencial de un derecho fundamental, ya que estos son irrenunciables e inalienables.

Para la Corte es claro que en pactos conciliatorios o transaccionales, no es posible disponer válidamente de este tipo de Derechos.

En el caso concreto

La conciliación llevada a cabo entre las partes, no es argumento suficiente para aducir la improcedencia de la tutela, toda vez que tal negociación, por recaer sobre derechos irrenunciables -igualdad, dignidad, salud, seguridad social-, debe mirarse como ineficaz, en cuanto se pretenda con ella la abdicación de un derecho fundamental. (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU-256 de 1996)

e) Deber de solidaridad

Por el deber de solidaridad del empleador y en áreas de no vulnerarle los derechos al trabajador su acción debió verse manifestada manteniéndolo en su puesto de trabajo, o reubicándolo en otro de igual o mejor nivel dentro de la entidad, si se consideraba la inconveniencia de mantenerlo en el oficio que venía desempeñando por la posibilidad de contagio.

Para la Corte:

Esta era la alternativa que respetaba la dignidad, el buen nombre y el derecho a un trato igualitario de su empleado, así como su legítimo derecho a trabajar y por este medio procurarse el derecho a la salud y a la seguridad social. (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU-256 de 1996)

¿Cómo falló la Corte?

En este caso la Corte concedió la tutela, en cuanto a los derechos a la igualdad, a la dignidad, al trabajo, a la salud y a la seguridad social del señor actor.

Condenó en abstracto a la demandada al pago de la indemnización del daño emergente causado al demandante.

Ordenó la afiliación inmediata del demandante al Instituto de los Seguros Sociales, en las mismas condiciones existentes para la fecha del despido. Correspondiendo los aporte al demandante y al empleador.

Ordenó, a partir de la fecha en que el demandante adquiriera el carácter de enfermo sintomático del Sida, el reconocimiento, por parte del Instituto de los Seguros Sociales, de la pensión de invalidez, sin lugar a sustitución pensional.

CASO No.2

Sentencia T-469 de 2004

Magistrado Ponente: RODRIGO ESCOBAR GIL

Es el caso de una trabajadora (enfermera) de una clínica con un contrato laboral a término fijo de 3 meses el cual fue renovado continuamente por el empleador durante cinco años y luego fue dado por terminado por vencimiento del término fijo pactado.

¿Qué consideró la Corte?

La Corte entra a resolver el siguiente problema jurídico: ¿la no renovación de un contrato laboral a término fijo, de un trabajador que padece del virus de inmunodeficiencia humana en estado asintomático, con base en el vencimiento del plazo pactado, vulnera los derechos fundamentales al trabajo, a la igualdad, a la seguridad social y a la vida del empleado?

Para resolver la Corte tuvo en cuenta los siguientes aspectos puntuales: a) Procedencia excepcional de la acción de tutela, b) La garantía constitucional a la estabilidad laboral, c) El deber de solidaridad del empleador frente a un trabajador sujeto a una especial Protección constitucional, d) Protección constitucional en el ámbito laboral a los portadores del virus de inmunodeficiencia humana; como a continuación se desarrollan:

a) Procedencia excepcional de la acción de tutela.

La corte consideró que la determinación de la naturaleza del contrato y sus prórrogas, así como la legalidad de su terminación unilateral, corresponde a la jurisdicción laboral teniendo en cuenta lo establecido el artículo 2º del Código Procesal del Trabajo y de la

Seguridad Social, modificado por el artículo 2º de la Ley 712 de 2001. Por lo que en este caso la actora cuenta con la acción laboral ordinaria como medio de defensa para controvertir la terminación de su vínculo laboral y lograr la protección de sus derechos.

A pesar de ello, y teniendo en cuenta lo establecido en el artículo 8º del Decreto 2591 de 1991, el juez constitucional debe atender algunas circunstancias específicas, presentes en cada caso que hacen procedente la acción de tutela para evitar un perjuicio irremediable.

Estas circunstancias en el caso que nos ocupa, son, que la actora se encuentra infectada con el virus de inmunodeficiencia humana, enfermedad calificada como catastrófica y cuyo tratamiento es de alto costo, y además al momento de la terminación del contrato de trabajo el empleador tenía conocimiento del padecimiento de la accionante, igualmente hay que tener en cuenta que la demandante no cuenta con ingresos diferentes al salario y es madre cabeza de familia de varios hijos.

b) La garantía constitucional a la estabilidad laboral

Sobre este aspecto la Corte consideró que si bien el Código Sustantivo del Trabajo en sus artículos 45 y 46 prevé la existencia de una modalidad contractual cuya duración está determinada por el plazo o término fijo pactado por las partes; y por otro lado el literal c) del artículo 61 dispone que la expiración del plazo fijo pactado da lugar a la terminación del contrato, no obstante, el principio constitucional de la estabilidad laboral impide que la decisión del empleador de desvincular a un trabajador por el simple vencimiento del plazo sea absoluta. De tal manera que considera la Corte:

(...) 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. La prueba de la condición objetiva que legitima la terminación del vínculo laboral es una carga del empleador, quien debe demostrar las circunstancias de hecho que sustentan su decisión de apartarse del principio constitucional.¹⁶ (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-469 de 2004)

c) El deber de solidaridad del empleador frente a un trabajador sujeto a una especial Protección constitucional.

Por el deber de solidaridad se le exige a los empleadores asumir cierta carga para hacer realidad el principio de la estabilidad laboral de personas en situación de debilidad manifiesta, por lo cual el alcance constitucional de la protección especial depende de las circunstancias que éste alegue y demuestre. Es claro que el deber del empleador es reubicarlo, sin embargo consideró la corte que:

Si la reubicación desborda las necesidades y la infraestructura del empleador, si le impide o dificulta excesivamente el desarrollo de su actividad o la prestación del servicio a su cargo, si a pesar de recibir una capacitación los conocimientos del trabajador son insuficientes para desempeñar otro cargo en la misma empresa, si incumple con sus obligaciones, o si se presenta cualquier otra situación objetiva que implique que la exigencia de renovar el contrato de trabajo desborda la carga que debe asumir el empleador, éste se exime de cumplir con su deber constitucional. (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-469 de 2004)

d) Protección constitucional en el ámbito laboral a los portadores del virus de inmunodeficiencia humana.

¹⁶ Ver sentencias C-588 de 1995, C-016 de 1998, T-426 de 1998, T-375 de 2000, C-531 de 2000.

Teniendo en cuenta que los portadores del virus de inmunodeficiencia humana son particularmente vulnerables a todo tipo de segregación social, sexual, económica y laboral, por lo que son propensos a ver vulnerada su dignidad y sus derechos a la igualdad, intimidad, salud, seguridad social y trabajo; la Corte considera que: “Precisamente, la legitimidad del Estado Social de Derecho descansa en su capacidad para garantizarle a todos los ciudadanos la observancia de los valores, principios y derechos fundamentales que en la Carta Política se consagran” (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-469 de 2004).

No obstante la Corte advierte que esta estabilidad reforzada reconocida a las personas infectadas con VIH no es absoluta, ya que 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 que la motivación que originó la desvinculación no tiene relación con su patología sino que obedecen a otras circunstancias objetivas.

Por lo tanto en el caso concreto nuestra Corte consideró que por tratarse de una persona que se encuentra sujeta a una estabilidad laboral reforzada, para considerar legítima la decisión del empleador de dar por terminada la relación laboral, éste debió demostrar la existencia de circunstancias objetivas diferentes al simple vencimiento del plazo estipulado y a la patología de la demandante, que justificara la terminación del vínculo laboral.

Por ello, no habiendo sido demostrado por el empleador que las causas y la materia del trabajo que motivaron la contratación de la empleada dejaron de existir, y por otro lado, que le resultaba imposible vincularla en otro cargo o reubicarla en otro lugar de trabajo, así como tampoco que ella hubiera incumplido con las obligaciones contraídas, el simple vencimiento del término no constituye una causa constitucionalmente legítima para la terminación de la relación laboral.

En este aspecto se remitió también a la sentencia SU-256 de 1996, por la cual esta Corporación protegió los derechos fundamentales a la igualdad, al trabajo, a la seguridad social y la dignidad humana de un trabajador cuya única motivación para su desvinculación fue precisamente el hecho de estar infectado por el virus de inmunodeficiencia humana.

¿Cómo falló la Corte?

En este caso la corte tuteló los derechos fundamentales al trabajo, igualdad, vida y seguridad social, así como la dignidad de la demandante, ordenó a la demandada reintegrar a la accionante al cargo que venía desempeñando u otro equivalente.

CASO No.3

Sentencia T-816 de 2005

Magistrado Ponente: JAIME ARAÚJO RENTERÍA

El caso en que la Escuela de Policía “General Santander” resolvió declarar al actor no apto para el ingreso a los cursos de acceso al nivel ejecutivo de la Policía Nacional por haber arrojado los exámenes de laboratorio practicados durante el proceso de admisión, que el actor era portador del VIH, y ser ésta, una causal de inadmisión prevista en el protocolo de admisiones vigente en la Escuela Nacional de Policía, de acuerdo con el principio de autonomía de universitaria. Por lo tanto la Corte debe establecer si se han vulnerado los derechos fundamentales del actor.

¿Qué consideró la Corte?

Para resolver la Corte tuvo en cuenta los siguientes aspectos puntuales: a) La Escuela Nacional de Policía General Santander y el principio de autonomía universitaria.

También se remite a la sentencia SU-256 de 1996 sobre las conductas discriminatorias de las que son víctimas los portadores de VIH y sus implicaciones en materia de derechos fundamentales.

a) La Escuela Nacional de Policía General Santander y el principio de autonomía universitaria.

La Corte Constitucional ha dicho que la autonomía universitaria: “no puede constituir una patente de corso para violar derechos fundamentales o discriminar a las personas, y desconocer las normas y pautas mínimas establecidas en el ordenamiento jurídico”.¹⁷

Se vuelve a referir la Corte a las implicaciones, que en materia de derechos fundamentales, tienen las conductas discriminatorias de las que son víctimas los portadores de VIH, particularmente, frente a los derechos a la igualdad, libre desarrollo de la personalidad y a escoger profesión u oficio.

Consideró que la condición del actor, con relación a las actividades académicas de la Escuela Nacional de Policía e incluso a las que son propias de la Policía Nacional, no constituye ninguna amenaza para su vida, para la de sus compañeros y, mucho menos, son contrarias a la prevalencia del interés general.

Reiteró que:

¹⁷ En igual sentido ver sentencias T-156 de 2005 MP: Rodrigo Escobar Gil, T-310 de 1999 MP: Alejandro Martínez Caballero.

Esta Sala no puede desconocer que la jurisprudencia de la Corporación ha estatuido que la exigencia de pruebas o exámenes tendientes a determinar la infección por el VIH, para acceder o permanecer en una actividad laboral, no sólo se aleja sustancialmente del deber de solidaridad humana y de los fines esenciales del Estado, sino que está proscrita por nuestra Constitución y por nuestras leyes.¹⁸ (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-816 de 2005)

Se consideró que la discriminación de la que fue víctima el actor, amenaza su plan de vida al verse vulnerados sus derechos a la igualdad, al libre desarrollo de la personalidad y con ello, a escoger libremente profesión u oficio.

¿Cómo falló la Corte?

La Corte concedió el amparo de los derechos a la igualdad, al libre desarrollo de la personalidad y a la libertad de escoger profesión u oficio. Como consecuencia de lo anterior, ordenó a la Escuela Nacional de Policía General Santander admitir al señor demandante en el próximo curso para Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional a iniciarse y le advirtió a dicha escuela, abstenerse de discriminar de cualquier manera, durante el transcurso de sus estudios al actor.

En este caso, si bien no había de por medio una vinculación laboral, si constituye la acción del demandado una vulneración a su derecho constitucional y legal a escoger profesión u oficio y por lo tanto al derecho al trabajo.

CASO No. 4

¹⁸ Hace remisión a la sentencia SU-256 de 1996

Sentencia T-992 de 2007

Magistrado Ponente: MANUEL JOSE CEPEDA ESPINOSA

Este caso se trata de un trabajador con SIDA y con una pérdida de capacidad laboral del 79,20 %, a quien el empleador, conociendo su estado de salud, le da por terminado el contrato de trabajo alegando lo que establecido el artículo 62 del CST, luego de que han pasado más de 180 días de incapacidad laboral, y sin solicitar la autorización al ministerio de trabajo que establece el artículo 26 de la Ley 361 de 1997. Por lo que la corte resolverá si se desconocieron los derechos a la salud, a la seguridad social, al mínimo vital, a la dignidad humana y al debido proceso del demandante.

¿Qué consideró la Corte?

Para resolver la Corte se refirió a la reiteración de jurisprudencia en cuanto a:

a) Cuando se comprueba que la causa del despido de una persona fue en realidad su estado de salud, la desvinculación configura una discriminación frente a la cual procede la acción de tutela como mecanismo de protección, remitiéndose a la sentencia hito SU-256 de 1996 del caso No 1 de este capítulo, y a la sentencia T-519 de 2003 relacionada en el capítulo 1.

b) Protección constitucional en el ámbito laboral a los portadores del VIH/SIDA haciendo referencia nuevamente a la sentencia SU- 256 de 1996.

La Corte consideró que, si bien es cierto el artículo 62 del CST establece como justa causa para dar por terminado un contrato de trabajo el hecho de que la incapacidad laboral por enfermedad de origen no profesional haya superado los 180 días; en el caso de las personas con VIH/SIDA esta disposición debe ser interpretada teniendo en cuenta su

condición de sujetos de especial protección constitucional y normas legales como el Decreto 1543 de 1997 dictada para protegerlas de la discriminación.

Consideró la Corte que:

Además, cuando dicha enfermedad acarree una limitación de la capacidad laboral, también debe tenerse en cuenta lo que establece el artículo 26 de la Ley 361 de 1997. Así que, para que opere la justa causa del artículo 62 del CST para dar por terminado un contrato de trabajo de una persona con VIH/SIDA, que ha permanecido incapacitada por más de 180 días por razón de su enfermedad o de padecimientos asociados a su enfermedad, el empleador tiene la carga de acudir a la oficina de trabajo para solicitar autorización para dar por terminada la relación laboral. (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-992 de 2007)

En el presente caso, la empresa demandada no cumplió con el procedimiento establecido en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, pues no solicitó el permiso a la oficina del trabajo. Con ello, desconoció los derechos de la accionante y actuó de manera contraria al deber de solidaridad que se impone a los empleadores de personas con VIH/SIDA.

Consideró la Corte:

En casos como este, en donde se comprueba que la razón de la terminación del contrato laboral de una persona con VIH/SIDA ha sido su enfermedad, la Corte Constitucional ha ordenado el reintegro laboral del trabajador. No obstante, dado que a la actora se le ha reconocido una pérdida de capacidad laboral del 79.2%, no es posible que ella regrese a su trabajo. Por lo anterior, y a fin de garantizar el mínimo vital de la accionante, dado que el empleador desconoció el procedimiento establecido en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, deberá pagar a la accionante la indemnización que establece ese mismo artículo. (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-992 de 2007)

¿Cómo falló la Corte?

En este caso se concedió la tutela de los derechos a la salud, a la seguridad social, al mínimo vital y al debido proceso de la actora.

Como consecuencia de lo anterior ordenó a la empresa demandada a pagar a la accionante una indemnización equivalente a 180 días de salario, de conformidad con lo que establece el artículo 26 de la Ley 361 de 1997. Igualmente, ordenó a la demandada preservar la afiliación de la accionante al sistema de seguridad social en salud en calidad de aportante hasta que le sea reconocida y pagada la correspondiente pensión de invalidez, y sea afiliada como pensionada al sistema de salud.

CASO No. 5

Sentencia T-554 de 2010

Magistrado Ponente: JORGE IVÁN PALACIO

Es el caso de un trabajador en misión portador de VIH al que se le dio por terminado el contrato de trabajo aduciendo la ejecución de la obra específica para la que había sido empleado ya que la oferta mercantil con la empresa usuaria había finalizado, al tiempo que se le había determinado una pérdida de capacidad laboral en 57.35%.

Por lo que le corresponde a la Corte resolver si vulnera la empresa de servicios temporales los derechos fundamentales al trabajo, a la estabilidad laboral reforzada.

¿Qué consideró la Corte?

En este caso la Corte para resolver tuvo en cuenta los siguientes aspectos puntuales:

a) La estabilidad laboral reforzada de los trabajadores discapacitados o en condiciones de debilidad manifiesta y el derecho a la reubicación laboral (reiteración de jurisprudencia), b) Del derecho a la reubicación laboral, c) La protección constitucional especial de las personas portadoras del VIH/SIDA (reiteración de jurisprudencia); tal y como lo desarrollo a continuación:

a) La estabilidad laboral reforzada de los trabajadores discapacitados o en condiciones de debilidad manifiesta y el derecho a la reubicación laboral (reiteración de jurisprudencia).

La corte hace referencia al Artículo 47 de la Constitución que establece que el Estado debe adelantar una política de previsión, rehabilitación e integración social para todos los disminuidos físicos, sensoriales y síquicos, a quienes se prestará la atención especial que requieran, al igual que el artículo 13 de la carta en el que se establece que el Estado debe proteger de forma especial a todas aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta. Al igual que le asigna la responsabilidad de sancionar los abusos y maltratos que contra ellas se cometan.

En varias oportunidades la Corte se ha referido a la protección especial de las personas con discapacidad con el fin de evitar la discriminación de que son objeto.¹⁹

¹⁹ Sobre la materia, pueden ser consultadas las sentencias: T-065/10, T-003/10, T-710/09, T-703/09, T-595 de 2002, C-983 de 2002, C-065 de 2003, C-401 de 2003.

Se refirió también al artículo 26 de la Ley 361 de 1997 ya mencionado en el capítulo II que establece entre otras, que, ninguna persona limitada podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su limitación, salvo que exista autorización de la oficina de Trabajo.

Recordemos que la norma fue declarada exequible con la condición de que carece de todo efecto jurídico el despido o la terminación del contrato de una persona por razón de su limitación sin que exista autorización previa de la oficina de trabajo que constate la configuración de la existencia de una justa causa para el despido o terminación del respectivo contrato.

Por lo anterior considera la Corte que:

Se colige que existen límites de carácter constitucional y legal en relación a la facultad que tienen los empleadores para despedir o terminar el contrato de un trabajador que ha disminuido su discapacidad laboral. Por ello, se impone al empleador de forma imperativa cumplir con la Constitución y el procedimiento contemplado en la ley, ya que de lo contrario la desvinculación del trabajador resulta ineficaz y sujeta a las sanciones correspondientes.²⁰

(Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-554 de 2010)

Hay que resaltar que la Corte hizo extensiva la presunción legal que opera en la legislación laboral a favor de las mujeres trabajadoras durante el embarazo y el periodo de lactancia de tal manera que en el caso de los discapacitados se refirió a la sentencia T-128 de 2009:

Por ello, es necesario que respecto de los despidos de trabajadores discapacitados efectuados sin autorización de la Oficina del Trabajo se aplique en particular una de las reglas

²⁰ Ver también, las Sentencias T-1038 de 2007 y T- 269 de 2010.

establecidas positivamente en el caso de la trabajadora en embarazo, cual es, la presunción de que el despido o la terminación del contrato de trabajo se produce como consecuencia de su discapacidad.²¹ (Citada por (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-554 de 2010)

De acuerdo a lo anterior se tiene que los criterios que en principio deben ser tenidos en cuenta por el juez constitucional en caso de solicitar la estabilidad laboral reforzada, son:

a) Que se trate de un discapacitado b) Que el empleador tenga conocimiento de tal situación; y/o c) Que la no continuación laboral se lleve a cabo sin permiso de la autoridad laboral competente.²²

b) Del derecho a la reubicación laboral.

En este aspecto considera la Corte que teniendo en cuenta el principio de la solidaridad, el trabajador debe ser reubicado en un puesto de trabajo de acuerdo a sus condiciones de salud.

Hace referencia al artículo octavo de la Ley 776 de 2002,²³ que contempla lo siguiente: “Los empleadores están obligados a ubicar al trabajador incapacitado parcialmente en el cargo que desempeñaba o a proporcionarle un trabajo compatible con sus capacidades y aptitudes, para lo cual deberán efectuar los movimientos de personal que sean necesarios.”

Sin embargo, atendiendo a la sentencia T-1040 de 2001, considera que el anterior no es un mandato absoluto ya que el empleador puede sustraerse de su obligación siempre y cuando se configure una razón contundente y objetiva que permita hacerlo.

²¹ Ver también Sentencia T-125/09.

²² En cuanto a las reglas descritas, se pueden consultar las Sentencias T-554/08 T-812/08, T-039/10, entre otras.

²³ Por la cual se dictan normas sobre la organización, administración y prestaciones del Sistema General de Riesgos Profesionales.

c) La protección constitucional especial de las personas portadoras del VIH/SIDA (reiteración de jurisprudencia)

En este aspecto también se refirió a la sentencia su-256 de 1996 haciendo énfasis a que el estado no puede permitir la discriminación, de que son objeto los portadores de VIH basándose en la dignidad humana y que por el derecho a la igualdad el estado tiene el deber irrenunciable de proteger especialmente a quienes se encuentran en condiciones de inferioridad manifiesta.

¿Cómo falló la Corte?

La Corte concedió protección de los derechos fundamentales al trabajo, a la estabilidad laboral reforzada, a la salud y al mínimo vital del actor y en consecuencia ordenó a la empresa de servicios temporales reintegrarlo a un trabajo igual o de superior categoría; adicionalmente, ordenó cancelar a su favor, todos los salarios y prestaciones sociales dejadas de percibir desde el momento de la terminación contractual hasta el día en que se haga efectivo su reintegro, al igual que el equivalente a 180 días de salario por concepto de indemnización por despido sin autorización previa de la autoridad competente.

CASO No. 6

Sentencia T-628 de 2012

Magistrado Ponente: HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Se trata del caso en que la demandante, quien se desempeñó como madre comunitaria dentro de los programas de Hogares Comunitarios del ICBF, durante 21 años y con

posterioridad al conocimiento de ser la actora portadora de VIH la entidad procedió al cierre de dicho Hogar.

¿Qué consideró la Corte?

La Corte debe determinar si el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar vulneró los derechos fundamentales a la igualdad, a la dignidad humana, a la salud, a la seguridad social, a la intimidad y al debido proceso de la actora como consecuencia del cierre del hogar en el que se desempeñaba como madre comunitaria.

La Corte reitera aspectos como la viabilidad de la tutela a pesar de que exista otro mecanismo de defensa judicial, para el caso en que esta se requiera para evitar un perjuicio irremediable, o cuando se requiera protección inmediata de derechos fundamentales tales como, a la vida digna, al mínimo vital, a la salud, a la educación, a la vivienda digna, a la alimentación adecuada y a la seguridad social, casos en los cuales las acciones ordinarias no son lo suficientemente expeditas.

Reitera algunas de las consideraciones hechas en sentencias anteriores y especialmente la SU-256 de 1996 ya vista, con respecto a la violación de Derechos fundamentales derivados de la discriminación por ser portador de VIH y considera que la prohibición de discriminación de las personas que sufren de SIDA o que son portadoras del VIH es plenamente aplicable al Programa de Hogares Comunitarios de Bienestar. Al margen del tipo de relación entre las madres comunitarias y las entidades u organizaciones que participan en el Programa, no hay razón alguna para excluirlo.

Estima la Corte que:

Permitir la discriminación por la razón anotada en el marco de este Programa constituiría un incumplimiento de las obligaciones del Estado consistentes en promover las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y proteger especialmente a aquellas personas que por su condición física se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta (artículo 13 superior). (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-628 de 2012)

Entra la Corte también a hacer un importante análisis y es lo relacionado con sobre la construcción que ha hecho de una presunción de discriminación que invierte la carga de la prueba a favor de la persona que denuncia haberla sufrido.²⁴

Normalmente es el demandante el que debe probar lo que alega en sus pretensiones, en el caso concreto sería la discriminación, pero para este evento la carga de la prueba se invierte, por lo tanto al demandado le corresponde probar que no ha habido discriminación demostrando una razón objetiva, de tal manera que si no se logra probar una razón objetiva, la conducta se tendrá por discriminatoria.

Para que opere la presunción lo que el demandante debe probar es que el demandado conocía que era portador de VIH²⁵, situación esta que se da también cuando el demandante lo afirma y el demandado no lo niega²⁶.

Para la Corte una de las razones para hacer, en estas hipótesis, una excepción a la regla general, es se encuentra en la dificultad probatoria de los actos discriminatorios debido

²⁴ Ver también sentencias T-469 de 2004 y T-898 de 2010, entre otras.

²⁵ Es de anotar que en la sentencia T-739 de 2005 el demandante no logró demostrar que la empresa demandada sabía de su condición de portador del VIH pues el mismo admitió que no se la había manifestado a nadie por lo que se probó que la empresa no la conocía, razón por la cual el amparo fue negado. Lo mismo sucedió en las sentencias T-934 de 2005 y T-1218 de 2005.

²⁶ Ver también sentencia T-992 de 2007.

a que estos, se realizan por lo general de manera subrepticia o encubierta precisamente por ser contrarios a la Constitución.

Ya la Corte Constitucional se había referido a este tema en sentencia T-247 de 2010 donde resolvió un caso de discriminación por razones de sexo. En los siguientes términos:

Exigir que la parte discriminada demuestre el ánimo discriminatorio resulta una imposición exorbitante que tendría como resultado una negación de justicia en muchos de estos casos, teniendo especial consideración el que se haga respecto de sujetos que reciben especial protección por parte del ordenamiento constitucional. Por otro lado, la inversión de la carga probatoria no resulta una exigencia excesiva para la contraparte, ya que si su conducta se ajustó a parámetros constitucionales contará con los elementos necesarios para demostrar que histórica, contextual y laboralmente no ha existido comportamiento alguno que involucre distinciones no legítimas al momento de determinar el acceso a oportunidades. (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-628 de 2012)

¿Cómo falló la Corte?

En este caso la corte concedió el amparo de los derechos a la igualdad, a la dignidad humana, a la salud, a la seguridad social, a la intimidad y al debido proceso, y en consecuencia ordenó dejar sin efectos el acto administrativo expedido por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar mediante la cual se decretó el cierre definitivo del hogar comunitario a cargo de la accionante.

Ordenó al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar asegurar a la accionante si esta lo deseaba y si su estado de salud se lo permitía, su continuidad como madre comunitaria, ya sea a través de la reapertura del hogar cerrado, de la apertura de un nuevo hogar comunitario,

de su ubicación en un hogar comunitario ya existente o desempeñándose como sustituta temporal de las madres comunitarias que se encuentren ausentes, en licencia de maternidad o con incapacidad médica transitoria, lo que mejor se acomode a las necesidades y regulaciones del Programa.

Ordenó en caso de que el estado de salud de la accionante, una vez reincorporada a sus labores, afiliarse inmediatamente al sistema contributivo en salud y pensiones.

Ordenó al instituto colombiano de bienestar familiar pagar al fondo de pensiones al cual estaba afiliada la peticionaria, las cotizaciones que han debido hacerse al sistema de seguridad social en pensiones desde el cierre del hogar hasta la efectiva reincorporación de la peticionaria a sus labores.

Previno al Instituto Colombiano de Bienestar para que en adelante se abstuviera de divulgar, sin su consentimiento, los datos personales y el diagnóstico médico de las madres comunitarias que, de buena fe y voluntariamente, informen ser portadoras del VIH o padecer de SIDA.

En este caso cabe aclarar que no estamos en presencia de una relación laboral típica. Luego del análisis del régimen jurídico actual de las madres comunitarias, la Corte en este fallo concluye que ellas tienen un régimen jurídico intermedio entre el trabajo subordinado e independiente, constituyéndose una forma de trabajo que

Permite a las personas que la ejercen dignificarse a través del desarrollo de un oficio y darse a sí mismas y a sus familias acceso a condiciones materiales de vida digna al percibir una retribución económica y acceso a la seguridad social a cambio de la prestación de sus servicios personales. (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-628 de 2012)

4. CONCLUSIÓN

En este capítulo se analizó lo relativo para establecer, cuál es la respuesta que da el derecho para garantizar la estabilidad de los trabajadores portadores de VIH y principalmente cual ha sido el manejo que ha tenido la estabilidad laboral en los pronunciamientos de la Corte Constitucional entre 1996 a 2012, en aras de mantener incólume como consecuencia, la dignidad, igualdad y no discriminación y el derecho al trabajo entre otros, de estos trabajadores.

En primer lugar se hizo un estudio de las normas aplicables, iniciando con la Normas Internacionales de Trabajo, NIT, luego con las normas legales de origen interno y luego el desarrollo jurisprudencial constitucional al respecto.

Con respecto a la Normas Internacionales de Trabajo y en lo que se refiere a VIH/SIDA en el mundo del trabajo encontramos un primer antecedente concreto en la OIT, lo que se denominó Repertorio de Recomendaciones Prácticas.

El repertorio tiene como propósito, establecer una serie de directrices para hacer frente a la epidemia del VIH/SIDA en el mundo del trabajo y se enmarca en la labor de promoción del trabajo decente.

Las directrices del repertorio, abarcan como esferas principales de actuación, aspectos como: a) la prevención del VIH/SIDA; b) la gestión y atenuación de los efectos del VIH/SIDA en el mundo del trabajo; c) la prestación de asistencia y apoyo a los trabajadores infectados por el VIH/SIDA y a los afectados por la epidemia; d) la erradicación del rechazo y de la discriminación contra la persona real o supuestamente infectada por el VIH/SIDA” .

Este repertorio proporciona también recomendaciones prácticas a los gobiernos, las organizaciones de empleadores y de trabajadores, así como a las otras partes interesadas, para la elaboración de políticas y programas relativos al VIH/SIDA en el lugar de trabajo y en el ámbito nacional.

Pero es la recomendación No. 200, que adoptó la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo el 17 de junio de 2010, el primer instrumento internacional de derechos humanos específico sobre VIH/SIDA, ya que hasta la fecha de su adopción, se consideraba la situación del VIH/SIDA y su relación con el trabajo, implícitamente cubierta por otras normas internacionales de trabajo de la OIT, como lo es el Convenio No. 111 sobre la discriminación en el empleo y la ocupación, al igual que por otras normas de este organismo, relativas a la seguridad social y a la seguridad y salud en el trabajo.

Sin embargo cabe resaltar que las recomendaciones de la OIT, a pesar de ser elaboradas y adoptadas por la Conferencia de manera similar que los convenios, no son jurídicamente vinculantes, pero podrían ser utilizadas como norma supletoria en cuanto no se opongan a las leyes sociales del país, los principios del derecho común que no sean contrarios a los del Derecho del Trabajo, todo dentro de un espíritu de equidad, según lo establecido en el artículo 19 de nuestro Código Sustantivo de Trabajo.

Esta recomendación trae aspectos importantes, como que, el estado serológico respecto del VIH no debería ser un motivo de discriminación que impida la contratación, la permanencia en el empleo o el logro de la igualdad de oportunidades ni tampoco debería ser un motivo para terminar una relación de trabajo, también establece que a los portadores de VIH no se les debería negar la posibilidad de realizar su trabajo, con ajustes razonables,

según su aptitud. Consagra además, que no debería exigirse pruebas de detección del VIH a los trabajadores, entre otros aspectos.

Por otro lado, con respecto a la protección legal sobre el tema, se encuentra vigente el Decreto 1543 de 1997 por medio del cual se reglamentó el manejo de la infección por el Virus de Inmunodeficiencia Humana (VIH), el Síndrome de la Inmunodeficiencia Adquirida (SIDA) y las otras Enfermedades de Transmisión Sexual (ETS).

El artículo 7 de este Decreto dejó claro, atendiendo los postulados de la ciencia médica, que para todos los fines legales se considera que una persona infectada por el Virus de Inmunodeficiencia Humana (VIH), mientras permanezca asintomática no tiene la condición de enferma del Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida (SIDA).

En aras de evitar la discriminación, el artículo 32 del mismo, consagró el deber de la confidencialidad que deben tener las personas integrantes del equipo de salud que conozcan o brinden atención en salud a una persona infectada por el Virus de Inmunodeficiencia Humana (VIH).

En el mismo sentido el artículo 21 de referenciado Decreto, prohibió la exigencia de pruebas de laboratorio para determinar la infección por el Virus de Inmunodeficiencia Humana (VIH) como requisito obligatorio para el acceso a cualquier actividad laboral o permanencia en la misma.

Un aspecto importante en materia laboral lo consagró el artículo 35 del mismo, al establecer que los servidores públicos y trabajadores privados no están obligados a informar a sus empleadores su condición de infectados por el Virus de Inmunodeficiencia Humana

(VIH) y estableció que en todo caso se garantizarán los derechos de los trabajadores de acuerdo con las disposiciones legales de carácter laboral correspondientes.

El párrafo 1° del mismo indica que quienes decidan voluntariamente comunicar su estado de infección a su empleador, éste deberá brindar las oportunidades y garantías laborales de acuerdo a su capacidad para reubicarles en caso de ser necesario, conservando su condición laboral.

Otro mecanismo de protección laboral lo establece el párrafo 2 al dejar plasmado que no será causal de despido el hecho de que una persona esté infectada con el Virus de Inmunodeficiencia Humana (VIH) o haya desarrollado alguna enfermedad asociada al Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida (SIDA), todo ello 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.

También se han expedido otras normas pero relacionadas con el aspecto de la salud.

Podemos hacer alusión también a la ley 361 de 1997 sobre discapacitados, ya que es una circunstancia en la que puede encontrarse inmerso el portador de VIH.

Es así como el artículo 26 de la ley 361, establece que en ningún caso la limitación de una persona, podrá ser motivo para obstaculizar una vinculación laboral, a menos que dicha limitación sea claramente demostrada como incompatible e insuperable en el cargo que se va a desempeñar. Así mismo, ninguna persona limitada podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su limitación, salvo que medie autorización de la oficina de Trabajo.

La norma indica que quienes fueren despedidos o su contrato terminado por razón de su limitación, sin el cumplimiento del requisito previsto en el inciso anterior, tendrán derecho

a una indemnización equivalente a ciento ochenta días del salario, sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el Código Sustantivo del Trabajo; el inciso segundo de este artículo fue declarado condicionalmente exequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-531-00, en el sentido de que carece de todo efecto jurídico el despido o la terminación del contrato de una persona por razón de su limitación sin que exista autorización previa de la oficina de Trabajo que constate la configuración de la existencia de una justa causa para el despido o terminación del respectivo contrato.

Cabe resaltar que ninguna de las normas relacionadas con el aspecto laboral del tema de seropositivos o portadores de VIH, establece como consecuencia del despido motivado por ser el trabajador portador del virus de inmunodeficiencia humana, la ineficacia de dicho despido y su consecuencia directa que es el reintegro del trabajador al puesto de trabajo y obviamente el pago de los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir, desde el momento de la terminación contractual hasta el día en que se haga efectivo el reintegro. Es por ello que la Corte Constitucional ha entrado a proteger a estas personas mediante la acción de tutela dando esa consecuencia jurídica en sus fallos.

Del análisis final de los casos podemos ver de qué manera ha protegido a través de sus fallos la corte Constitucional la estabilidad laboral de los trabajadores portadores de VIH, y como ratifica su carácter de Derecho fundamental con respecto a este grupo de personas.

Vale la pena destacar algunos aspectos de estos fallos, relacionados específicamente con el VIH y el contrato de trabajo como sigue:

Deber de solidaridad

El deber de solidaridad en estos casos exige a los empleadores cierta carga para hacer realidad el principio de la estabilidad laboral reforzada de personas en situación de debilidad manifiesta y esto es, manteniéndolos en su puesto de trabajo o reubicándolos en otro igual o de mejor nivel dentro de la entidad, de acuerdo a sus condiciones de salud. Sin embargo esto no es absoluto, ya que, si la reubicación desborda las necesidades y la infraestructura del empleador, o si le impide o dificulta excesivamente el desarrollo de su actividad o la prestación del servicio a su cargo, o si el trabajador incumple con sus obligaciones, o si se presenta cualquier otra situación objetiva que implique que mantenerlo el contrato de trabajo resulta demasiado gravoso para él, el empleador se eximiría de cumplir con su deber constitucional, de reubicación; es decir cuando se presente una razón contundente y objetiva que le permita hacerlo.

Lo que procede entonces en el evento en que su capacidad laboral se haya visto menguada por su estado de salud (por ser seropositivo); para poder terminar el contrato de trabajo, debe el empleador obtener una autorización de la oficina de trabajo; acogiéndonos en este punto a lo establecido en la ley 361 de 1997, sobre discapacitados.

Es claro que por la condición de debilidad manifiesta en que se encuentran los portadores de VIH, gozan de la denominada estabilidad laboral reforzada, por lo que dicha condición no es justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo; tampoco justifica dar el preaviso legal para la terminación por vencimiento del término, en caso de los contratos a término fijo; tampoco esta circunstancia, se adecua a la causal del artículo 7º, literal A, numeral 15 del decreto 2351 de 1965, ya que el portador asintomático no se considera enfermo, toda vez que no presenta síntomas ni signos de enfermedad.

Si bien en sentencia de unificación SU- 256 de 1996 que a su vez, es sentencia hito, en el tema, la Corte consideró que en el evento del trabajador enfermo de SIDA, si se cumplen los supuestos del Decreto 2351, por lo tanto este podría ser despedido con fundamento en la causal mencionada, ya que si esa limitación impide la prestación del servicio, resulta justo que se autorice por parte de la oficina de trabajo, la terminación del contrato de trabajo en aras de no producir en el empleador un daño injustificado.

Sobre este punto, considero que no se trata de proteger de manera excesiva o irracional a una de las partes. Se trata de hacer una adecuación al artículo 1 del código Sustantivo de Trabajo que establece que la finalidad primordial del Código es lograr la justicia en las relaciones que surgen entre empleadores y trabajadores, dentro de un espíritu de coordinación económica y equilibrio social.

Con relación a los trabajadores VIH positivos con contratos a término fijo, hay que tener en cuenta que para que se repute legítima la decisión del empleador de no renovar el contrato, debe responder esta decisión a una condición objetiva distinta al vencimiento del plazo, lo cual no podía ser otra, que las causas que originaron la contratación no existieren o porque el trabajador no este desempeñando a cabalidad con su funciones y en este caso la prueba le correspondería al empleador.

Para que opere la protección de los trabajadores en mención se deben dar unas condiciones que son a) que el empleador tenía conocimiento del estado de portador de vih, b) que haya una relación de causalidad entre el despido y la condición de ser portador de vih o c) que en caso de que su capacidad de trabajo se haya disminuido a causa de la infección se haya obtenido autorización de la oficina de trabajo.

Carga de la prueba

Ahora, si bien normalmente en un proceso, es el demandante el que debe probar lo que alega en sus pretensiones, (que en el caso concreto sería la discriminación), para esta situación la carga de la prueba se invierte, por lo tanto al demandado le corresponde probar que no ha habido discriminación demostrando una razón objetiva, de tal manera que, si no se logra probar una razón objetiva, la conducta se tendrá por discriminatoria, entonces para que se materialice la presunción, lo que el demandante debe probar es que el demandado conocía que era portador de VIH , situación esta que se da también cuando el demandante lo afirma y el demandado no lo niega.

Presunción de despido

Se pudo establecer que en el concepto de la Corte, opera una presunción de tal manera que si el empleador no prueba un motivo objetivo para la terminación del contrato de trabajo de portadores de VIH se entiende que fue por causa de la infección, igualmente cuando en trabajador tiene su capacidad de trabajo disminuida a causa de la infección, se presume que el despido se produce como consecuencia de su discapacidad, si no ha obtenido autorización del inspector del trabajo.

Podemos concluir que en términos generales la Corte, previa comprobación de los hechos, tuteló, en los eventos en que se requería, la estabilidad laboral reforzada, por lo tanto en su faceta de Derecho fundamental, también amparó otros derechos fundamentales, tales como, la dignidad igualdad, al trabajo, salud, seguridad social , vida, libre desarrollo de la personalidad, libertad de escoger profesión u oficio, mínimo vital, debido proceso,

estabilidad laboral reforzada e intimidad; como consecuencia de ello concedió reintegro de los trabajadores despedidos por esta condición, al mismo o superior cargo, dependiendo del estado de salud como ocurrió en los casos No. 2 y 5. En los casos en que no era posible el reintegro por su condición de salud y estaba pendiente la pensión de invalidez condenó a indemnización, como mecanismo para resarcir perjuicios generados por el despido como ocurrió en el caso No. 4; en el caso No. 3 si bien no estaba presente una vinculación laboral, si constituyó la acción del demandado una vulneración a su derecho constitucional a escoger profesión u oficio y por lo tanto al derecho al trabajo, situación similar en el caso No. 6 en que entre demandante y demandada tampoco existía una relación laboral típica, sin embargo la Corte en este fallo concluye que esta forma de trabajo de la cual la demandante derivaba su sustento y la de su familia, pertenece a un régimen jurídico intermedio entre el trabajo subordinado e independiente, y fue esta actividad a la que el demandado le privó de continuar realizando, por lo que la Corte ordenó su continuidad en la misma.

Si bien la Sentencia SU-256 de 1996 a la que hace referencia el caso No. 1, es la Sentencia Hito en materia de protección laboral de los trabajadores portadores de VIH, en el caso concreto no concedió la Corte el reintegro del trabajador, como medio para reestablecerle el goce de sus derechos, teniendo en cuenta que, en primer lugar, el actor no hizo tal solicitud, y en segundo lugar la corte consideró el reintegro a su anterior puesto de trabajo, no resarciría los daños hechos a su dignidad; antes bien, el conocimiento de su situación médica por parte de su empleador y compañeros, se prestaría a una situación que más bien podría resultar riesgosa para sus propios derechos. De tal manera lo que consideró como forma efectiva de tutelar los derechos del demandante, fue permitirle acceder de nuevo a la seguridad social como medio para preservar su salud y reconocerle una indemnización por el daño emergente generado por el despido.

CONCLUSIÓN GENERAL

De la presente investigación podemos hacer las siguientes conclusiones finales:

Toda constitución contiene un sistema combinado de principios y reglas de derecho fundamental e incluso existen normas que tienen un carácter doble

Algo característico de la disciplina jurídico-laboral, es que posee sus propios principios que le dan su propio estatus, identidad propia e independencia. Estos constituyen la estructura de esta disciplina, que la mantiene firme pese a su constante transformación; son estos los postulados que inspiran y definen el sentido de las normas laborales con criterio diferente de las otras disciplinas jurídicas.

Por otro lado, los Derechos fundamentales son inherentes a la persona como tal y se considera como derecho fundamental todo derecho de rango constitucional que funcionalmente esté dirigido a lograr la dignidad humana y sea traducible en un derecho subjetivo.

Nos acercamos así a la teoría de Robert Alexy, que desde una teoría de derechos fundamentales, los derechos reconocidos en la constitución que están íntimamente ligados a la dignidad humana son fundamentales aunque no estén en el título de los derechos fundamentales.

La estabilidad en el trabajo tal y como la consagra nuestra constitución es un principio fundamental con las características propias de tal. Si bien, la Corte Constitucional en principio negó que existiera un derecho a la estabilidad en el empleo, en aras de lograr la dignidad humana, valor fundamental consagrado en nuestra constitución en su artículo

primero, este ente le ha dado mediante el proceso de valoración axiológica, un carácter de verdadero Derecho fundamental, en este caso, denominado estabilidad laboral reforzada; como así lo ha plasmado en su profusa jurisprudencia, con la consecuente protección mediante la acción de tutela en favor de personas a las que se les ha considerado en circunstancias de debilidad manifiesta, y otros casos como cuando el despido se ha producido con violación de un derecho fundamental. Dichas personas que por su situación de debilidad manifiesta, o por cualquier otra causa de especial relevancia constitucional, reciben una protección especial por parte del Estado, protección que, en el caso del empleo, impide el despido por razones centradas en tal debilidad o causa, o por decisión arbitraria del empleador.

La Corte ha concluido que la estabilidad laboral entraña una doble acepción como principio y derecho al mismo tiempo y supone que el trabajo esté dotado de una vocación de permanencia o continuidad mientras no varíe el objeto de la relación, sobrevenga una circunstancia que haga nugatorias las obligaciones reconocidas a los sujetos de la relación o aparezca una justa causa de despido.

Teniendo en cuenta que la estabilidad participa de la doble naturaleza de principio y regla de derecho y en algunos casos le da el carácter de derecho fundamental, considero entonces a la estabilidad laboral no como una simple posibilidad o expectativa, (aunque sea cierta y fundada) a conservar el empleo. Teniendo en cuenta lo aquí desarrollado, se puede catalogar a la estabilidad como verdadero derecho y como regla generadora de derechos subjetivos, que en algunos casos especiales se le ha dado el carácter de derecho fundamental.

Existe entonces un derecho a no ser separado del puesto de trabajo a menos que medie un motivo legal es decir que operen algunos de los modos legales de terminación del contrato

de trabajo, o una justa causa; de no ser así se darían las distintas consecuencias previstas en la Ley y en la jurisprudencia, es decir, en caso de despido eficaz pero injusto, la indemnización y en casos especiales de nulidad o ineficacia de dicho despido procedería su reintegro al puesto de trabajo.

Tenemos entonces, un sistema combinado de estabilidad laboral, que parte de la base de que por regla general, la consecuencia normal de la terminación unilateral del contrato de trabajo de manera injustificada por parte del empleador, es la indemnización (estabilidad relativa), pero en casos especiales de protección a personas que la Corte considera en circunstancia de debilidad manifiesta funge como un verdadero derecho fundamental (estabilidad absoluta). En estos casos especiales es que opera la tutela ante la jurisdicción constitucional.

Ahora, teniendo en cuenta que el VIH es un virus que al infectar al ser humano genera un proceso de inmunodeficiencia, es decir, deterioro del sistema inmune; la ciencia médica ha hecho diferencia entre la personas portadoras del VIH, de tal manera que, se llama simple portador o portador sano, la persona que tras adquirir la infección, no manifiesta síntomas de ninguna clase. Por otro lado, se encuentra el enfermo de SIDA (Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida); denominándose SIDA a la enfermedad que se desarrolla como consecuencia de la destrucción progresiva del sistema inmunitario que lo hace incapaz para hacer frente a las infecciones y otros procesos patológicos, lo cual facilita el desarrollo de nuevas infecciones oportunistas, tumores etc.

Tradicionalmente se ha establecido que el VIH se puede transmitir por el contacto con diversos líquidos corporales de personas infectadas, como la sangre, la leche materna, el semen o las secreciones vaginales y se ha determinado que no es posible contagiarse como

resultado de contactos de tipo corriente y cotidiano, tales como besarse, abrazarse, darse la mano, toser, estornudar, trabajar con gente, compartir comida o los cubiertos, uso del baño o duchas o la picadura de un mosquito.

El tratamiento para la infección por VIH, no lo cura pero controla la replicación del virus dentro del organismo del sujeto, lo cual permite a las personas afectadas por el VIH llevar una vida sana y productiva.

Según informe preliminar del INS a corte de 3013, desde que se reportó el primer caso de sida en Colombia en 1983, han sido infectados 104.300; y a pesar de los esfuerzos no cesan de reportarse casos de infectados, estas las cifras podrían llegar a niveles alarmantes ya que ONUSIDA calcula que el 90 % del total de personas infectadas por VIH ignora que tiene el virus, de los cuales un gran porcentaje corresponde a personas económicamente activas.

La estigmatización y discriminación de que han sido objeto los portadores de VIH, han aumentado considerablemente el impacto asociado a esta epidemia.

La estigmatización relacionada con el VIH es un proceso a través del cual se desacredita a las personas que viven con el VIH, que puede implicar tanto a personas infectadas o con sospecha de estar infectadas por el VIH como a personas afectadas indirectamente por el SIDA, como son, huérfanos o hijos y familiares de personas que viven con el VIH.

Así las cosas, el estigma puede conducir a discriminación y otras violaciones de los derechos humanos que afectan fundamentalmente al bienestar de las personas que viven con el VIH.

La OIT entiende por discriminación, a) cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación. b) cualquier otra distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación.

Nuestra Constitución en su artículo 13, consagra de manera general el derecho a la igualdad y la no discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica. Esta norma impone al Estado la obligación de promover las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptar medidas en favor de grupos discriminados o marginados. Igualmente la de proteger 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.

El citado artículo 13 al establecer la prohibición de discriminaciones, pretende que no se otorguen privilegios, se niegue el acceso a un beneficio, o se restrinja del ejercicio de un derecho a un determinado individuo o grupo de personas de manera arbitraria e injustificada, por razón de su sexo, raza, origen nacional o familiar, sus opiniones o convicciones expresadas en el ejercicio de libertades protegidas constitucionalmente.

Articulando el artículo 1 del convenio 111 y el art. 13 de nuestra constitución, podemos concluir que pueden existir otros criterios de discriminación no mencionados en el literal “a” del Convenio, como pueden ser el estado de salud y la inclinación sexual, aspecto este, que últimamente han venido siendo objeto de desarrollo. Esto encaja perfectamente dentro del concepto de “circunstancia de debilidad manifiesta a que se refiere nuestra constitución.

Ha explicado nuestra Corte Constitucional, que los portadores de VIH suelen encontrarse en situaciones de discriminación, en razón a: a) la infección misma - con todos los temores que ella genera, b.) la errada apreciación de que los infectados con V.I.H./SIDA forman parte de la población homosexual (tradicionalmente segregada), o c) el hecho que el tratamiento de la enfermedad genera una serie de costos que no resultan ‘rentables’ para las Entidades Prestadoras del Servicio de Salud.

A lo anterior debemos agregar la ignorancia sobre las formas de contagio, ya que en el caso del portador sano de VIH es una persona productiva y no contagia el virus como ya hemos expresado, por la simple convivencia, o el contacto en el trato de la vida cotidiana o en el ambiente de trabajo, ni por el sudor, lagrimas, estornudo etc.

Es por ello que la Corte ha indicado que este padecimiento hace a las personas que conviven con el VIH particularmente vulnerables a la segregación social, sexual, económica y laboral, convirtiéndolos en una población expuesta a que se vulneren sus derechos.

Como consecuencia de lo anterior, en el campo del trabajo, reitera la Corte que cuando se comprueba que la causa del despido fue en realidad el estado de salud del accionante, la desvinculación configura una discriminación, frente a la cual procede la tutela como mecanismo de protección.

El VIH/SIDA es considerado en la actualidad un importante problema de desarrollo e igualmente se está configurando como un problema grave en el mundo del trabajo, y como una amenaza para el principio rector de la OIT, que es el trabajo decente.

A nivel de las empresas, el VIH/SIDA constituye una amenaza para el rendimiento de las mismas. El mundo del trabajo se ve afectado por un aumento de los costos de atención

de salud, absentismo, gastos funerarios, de contratación, formación y readaptación profesional.

Del análisis de los casos relacionados en los capítulos segundo y tercero de esta investigación, que fueron revisados por la Corte en sede de tutela y el sinnúmero de otros casos revisados por la misma corporación, podemos concluir que efectivamente el ser portador del virus de inmunodeficiencia humana VIH, es un factor de discriminación e inestabilidad laboral en Colombia, y constituye además un factor que vulnera el principio rector de la OIT, como lo es el trabajo decente.

Muchas personas afectadas por el VIH/SIDA se ven obligadas a dejar su trabajo y auto aislarse por temor al estigma y la discriminación; traigo a colación dos casos específicos atendidos personalmente como profesional del Derecho, en los cuales los trabajadores decidieron renunciar a su puesto de trabajo e irse a vivir a otra ciudad, donde no fueran conocidos, para evitar el señalamiento.

Del análisis podemos concluir que en algunos eventos, ante el diagnóstico del VIH, los empleadores les niegan a los trabajadores la oportunidad de acceder a un trabajo o dedicarse a una profesión u oficio como lo observamos en el caso No. 3, en otros casos, sus contratos son terminados por causa de la infección como ocurrió en los casos No. 1, 2, 4, 5 y 6, de los capítulos segundo y tercero; en este último caso, observamos que la madre comunitaria fue desproveída de su puesto de trabajo cerrando el ICBF de manera definitiva el hogar comunitario.

Igualmente en muchas oportunidades, los empleadores se valen de conductas de hostigamiento para conseguir su renuncia del trabajador, como observamos en los casos No. 1, 2 y 6 de los citados capítulos.

En el tercer capítulo de esta investigación se analizó lo relativo a establecer, cuál es la respuesta que da el derecho para garantizar la estabilidad de los trabajadores portadores de VIH y principalmente cual ha sido el manejo que ha tenido la estabilidad laboral en los pronunciamientos de la Corte Constitucional entre 1996 a 2012, en aras de mantener incólume en consecuencia, la dignidad, igualdad y no discriminación y el derecho al trabajo entre otros, de estos trabajadores.

En primer lugar se hizo un estudio de las normas aplicables, iniciando con la Normas Internacionales de Trabajo, NIT, luego con las normas legales de origen interno y luego el desarrollo jurisprudencial constitucional al respecto.

Con respecto a la Normas Internacionales de Trabajo y en lo que se refiere a VIH/SIDA en el mundo del trabajo encontramos un primer antecedente concreto en la OIT, lo que se denominó Repertorio de Recomendaciones Prácticas.

El repertorio tiene como propósito, establecer una serie de directrices para hacer frente a la epidemia del VIH/SIDA en el mundo del trabajo y se enmarca en la labor de promoción del trabajo decente.

Las directrices del repertorio, abarcan como esferas principales de actuación, aspectos como: a) la prevención del VIH/SIDA; b) la gestión y atenuación de los efectos del VIH/SIDA en el mundo del trabajo; c) la prestación de asistencia y apoyo a los trabajadores

infectados por el VIH/SIDA y a los afectados por la epidemia; d) la erradicación del rechazo y de la discriminación contra la persona real o supuestamente infectada por el VIH/SIDA” .

Este repertorio proporciona también recomendaciones prácticas a los gobiernos, las organizaciones de empleadores y de trabajadores, así como a las otras partes interesadas, para la elaboración de políticas y programas relativos al VIH/SIDA en el lugar de trabajo y en el ámbito nacional.

Pero es la recomendación No. 200, que adoptó la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo el 17 de junio de 2010, el primer instrumento internacional de derechos humanos específico sobre VIH/SIDA, ya que hasta la fecha de su adopción, se consideraba la situación del VIH/SIDA y su relación con el trabajo, implícitamente cubierta por otras normas internacionales de trabajo de la OIT, como lo es el Convenio No. 111 sobre la discriminación en el empleo y la ocupación, al igual que por otras normas de este organismo, relativas a la seguridad social y a la seguridad y salud en el trabajo.

Sin embargo cabe resaltar que las recomendaciones de la OIT, a pesar de ser elaboradas y adoptadas por la Conferencia de manera similar que los convenios, no son jurídicamente vinculantes, pero podrían ser utilizadas como norma supletoria en cuanto no se opongan a las leyes sociales del país, los principios del derecho común que no sean contrarios a los del Derecho del Trabajo, todo dentro de un espíritu de equidad, según lo establecido en el artículo 19 de nuestro Código Sustantivo de Trabajo.

Esta recomendación trae aspectos importantes, como que, el estado serológico respecto del VIH no debería ser un motivo de discriminación que impida la contratación, la

permanencia en el empleo o el logro de la igualdad de oportunidades ni tampoco debería ser un motivo para terminar una relación de trabajo, también establece que a los portadores de VIH no se les debería negar la posibilidad de realizar su trabajo, con ajustes razonables, según su aptitud. Consagra además, que no debería exigirse pruebas de detección del VIH a los trabajadores, entre otros aspectos.

Igualmente, con respecto a la protección legal sobre el tema, se encuentra vigente el Decreto 1543 de 1997, por medio del cual se reglamentó el manejo de la infección por el Virus de Inmunodeficiencia Humana (VIH), el Síndrome de la Inmunodeficiencia Adquirida (SIDA) y las otras Enfermedades de Transmisión Sexual (ETS).

Este Decreto dejó claro, atendiendo los postulados de la ciencia médica, que para todos los fines legales se considera que una persona infectada por el Virus de Inmunodeficiencia Humana (VIH), mientras permanezca asintomática no tiene la condición de enferma del Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida (SIDA).

En aras de evitar la discriminación, esta norma consagró el deber de la confidencialidad que deben tener las personas integrantes del equipo de salud que conozcan o brinden atención en salud a una persona infectada por el Virus de Inmunodeficiencia Humana (VIH) y prohibió la exigencia de pruebas de laboratorio para determinar la infección por el Virus de Inmunodeficiencia Humana (VIH) como requisito obligatorio para el acceso a cualquier actividad laboral o permanencia en la misma.

Un aspecto importante en materia laboral se consagró, al establecer que los servidores públicos y trabajadores privados no están obligados a informar a sus empleadores su condición de infectados por el Virus de Inmunodeficiencia Humana (VIH) y estableció que

en todo caso se garantizarán los derechos de los trabajadores de acuerdo con las disposiciones legales de carácter laboral correspondientes, de tal manera que quienes decidan voluntariamente comunicar su estado de infección a su empleador, éste deberá brindar las oportunidades y garantías laborales de acuerdo a su capacidad para reubicarles en caso de ser necesario, conservando su condición laboral.

Otro mecanismo de protección laboral que estableció el Decreto en mención, es en el sentido de que no será causal de despido el hecho de que una persona esté infectada con el Virus de Inmunodeficiencia Humana (VIH) o haya desarrollado alguna enfermedad asociada al Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida (SIDA), todo ello 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.

Podemos hacer alusión también a la ley 361 de 1997 sobre discapacitados, ya que es una circunstancia en la que puede encontrarse inmerso el portador de VIH, esta Ley establece que en ningún caso la limitación de una persona, podrá ser motivo para obstaculizar una vinculación laboral, a menos que dicha limitación sea claramente demostrada como incompatible e insuperable en el cargo que se va a desempeñar. Así mismo, ninguna persona limitada podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su limitación, salvo que medie autorización de la oficina de Trabajo.

La norma indica que quienes fueren despedidos o su contrato terminado por razón de su limitación, sin el cumplimiento del requisito previsto en la misma, tendrán derecho a una indemnización equivalente a ciento ochenta días del salario, sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el Código Sustantivo del Trabajo. Un aparte de esta norma fue declarado condicionalmente exequible por la Corte

Constitucional mediante Sentencia C-531-00, en el sentido de que carece de todo efecto jurídico el despido o la terminación del contrato de una persona por razón de su limitación sin que exista autorización previa de la oficina de Trabajo que constate la configuración de la existencia de una justa causa para el despido o terminación del respectivo contrato.

Cabe resaltar que ninguna de las normas relacionadas con el aspecto laboral del tema de seropositivos o portadores de VIH, establece como consecuencia del despido motivado por ser el trabajador portador del virus de inmunodeficiencia humana, la ineficacia de dicho despido y su consecuencia directa que es el reintegro del trabajador al puesto de trabajo y obviamente el pago de los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir, desde el momento de la terminación contractual hasta el día en que se haga efectivo el reintegro. Es por ello que la Corte Constitucional ha entrado a proteger a estas personas mediante la acción de tutela dando esa consecuencia jurídica en sus fallos.

Del análisis final de los casos podemos ver de qué manera ha protegido a través de sus fallos la corte Constitucional la estabilidad laboral de los trabajadores portadores de VIH, y como ratifica su carácter de Derecho fundamental con respecto a este grupo de personas.

Vale la pena destacar algunos aspectos de estos fallos, relacionados específicamente con el VIH y el contrato de trabajo, como sigue:

Deber de solidaridad

El deber de solidaridad en estos casos exige a los empleadores cierta carga para hacer realidad el principio de la estabilidad laboral reforzada de personas en situación de debilidad manifiesta y esto es, manteniéndolos en su puesto de trabajo o reubicándolos en otro igual o

de mejor nivel dentro de la entidad, de acuerdo a sus condiciones de salud. Sin embargo esto no es absoluto, ya que, si la reubicación desborda las necesidades y la infraestructura del empleador, o si le impide o dificulta excesivamente el desarrollo de su actividad o la prestación del servicio a su cargo, o si el trabajador incumple con sus obligaciones, o si se presenta cualquier otra situación objetiva que implique que mantenerlo el contrato de trabajo resulta demasiado gravoso para él, el empleador se eximiría de cumplir con su deber constitucional, de reubicación; es decir cuando se presente una razón contundente y objetiva que le permita hacerlo.

Lo que procede entonces en el evento en que su capacidad laboral se haya visto menguada por su estado de salud (por ser seropositivo); para poder terminar el contrato de trabajo, debe el empleador obtener una autorización de la oficina de trabajo; acogiéndonos en este punto a lo establecido en la ley 361 de 1997, sobre discapacitados.

Es claro que por la condición de debilidad manifiesta en que se encuentran los portadores de VIH, gozan de la denominada estabilidad laboral reforzada, por lo que dicha condición no es justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo; tampoco justifica dar el preaviso legal para la terminación por vencimiento del término, en caso de los contratos a término fijo; tampoco esta circunstancia, se adecua a la causal del artículo 7°, literal A, numeral 15 del decreto 2351 de 1965, ya que el portador asintomático no se considera enfermo, toda vez que no presenta síntomas ni signos de enfermedad.

Si bien en sentencia de unificación SU- 256 de 1996 que a su vez, es sentencia hito, en el tema, la Corte consideró que en el evento del trabajador enfermo de SIDA, si se cumplen los supuestos del Decreto 2351, por lo tanto este podría ser despedido con fundamento en la causal mencionada, ya que si esa limitación impide la prestación del

servicio, resulta justo que se autorice por parte de la oficina de trabajo, la terminación del contrato de trabajo en aras de no producir en el empleador un daño injustificado.

Sobre este punto, considero que no se trata de proteger de manera excesiva o irracional a una de las partes. Se trata de hacer una adecuación al artículo 1 del código Sustantivo de Trabajo que establece que la finalidad primordial del Código es lograr la justicia en las relaciones que surgen entre empleadores y trabajadores, dentro de un espíritu de coordinación económica y equilibrio social.

Con relación a los trabajadores VIH positivos con contratos a término fijo, hay que tener en cuenta que para que se repute legítima la decisión del empleador de no renovar el contrato, debe responder esta decisión a una condición objetiva distinta al vencimiento del plazo, lo cual no podía ser otra, que las causas que originaron la contratación no existieren o porque el trabajador no este desempeñando a cabalidad con su funciones y en este caso la prueba le correspondería al empleador.

Por tanto para que opere la protección de los trabajadores en mención se deben dar unas condiciones que son a) que el empleador tenía conocimiento del estado de portador de VIH, b) que haya una relación de causalidad entre el despido y la condición de ser portador de VIH o c) que en caso de que su capacidad de trabajo se haya disminuido a causa de la infección se haya obtenido autorización de la oficina de trabajo.

Carga de la prueba

Ahora, si bien normalmente en un proceso, es el demandante el que debe probar lo que alega en sus pretensiones, (que en el caso concreto sería la discriminación), para esta

situación la carga de la prueba se invierte, por lo tanto al demandado le corresponde probar que no ha habido discriminación demostrando una razón objetiva, de tal manera que, si no se logra probar una razón objetiva, la conducta se tendrá por discriminatoria, entonces para que se materialice la presunción, lo que el demandante debe probar es que el demandado conocía que era portador de VIH , situación esta que se da también cuando el demandante lo afirma y el demandado no lo niega.

Presunción de despido

Se pudo establecer que en el concepto de la Corte, opera una presunción de tal manera que si el empleador no prueba un motivo objetivo para la terminación del contrato de trabajo de portadores de VIH se entiende que fue por causa de la infección, igualmente cuando en trabajador tiene su capacidad de trabajo disminuida a causa de la infección, se presume que el despido se produce como consecuencia de su discapacidad, si no ha obtenido autorización del inspector del trabajo.

Podemos concluir que en términos generales la Corte, previa comprobación de los hechos, tuteló, en los eventos en que se requería, la estabilidad laboral reforzada, en su faceta de Derecho fundamental. También amparó otros derechos fundamentales, tales como, la dignidad igualdad, al trabajo, salud, seguridad social, vida, libre desarrollo de la personalidad, libertad de escoger profesión u oficio, mínimo vital, debido proceso e intimidad; como consecuencia de ello concedió reintegro de los trabajadores despedidos por esta condición, al mismo o superior cargo, dependiendo del estado de salud, como ocurrió en los casos No. 2 y 5 de los capítulos segundo y tercero. En los casos en que no era posible el

reintegro por su condición de salud y estaba pendiente la pensión de invalidez condenó a indemnización, como mecanismo para resarcir perjuicios generados por el despido, como ocurrió en el caso No. 4.

En el caso No. 3, si bien no estaba presente una vinculación laboral, si constituyó la acción del demandado una vulneración a su derecho constitucional a escoger profesión u oficio y por lo tanto al derecho al trabajo, situación similar en el caso No. 6 en que entre demandante y demandada tampoco existía una relación laboral típica, sin embargo la Corte en este fallo concluye que esta forma de trabajo de la cual la demandante derivaba su sustento y la de su familia, pertenece a un régimen jurídico intermedio entre el trabajo subordinado e independiente, y fue esta actividad la que el demandado le privó de continuar realizando, por lo que la Corte ordenó su continuidad en la misma.

Finalmente si bien la Sentencia SU-256 de 1996 a la que hace referencia el caso No. 1, es la Sentencia Hito en materia de protección laboral de los trabajadores portadores de VIH, en el caso concreto no concedió la Corte el reintegro del trabajador, como medio para restablecerle el goce de sus derechos, teniendo en cuenta que, en primer lugar, el actor no hizo tal solicitud, y en segundo lugar la corte consideró el reintegro a su anterior puesto de trabajo, no resarciría los daños hechos a su dignidad; antes bien, el conocimiento de su situación médica por parte de su empleador y compañeros, se prestaría a una situación que más bien podría resultar riesgosa para sus propios derechos. De tal manera lo que consideró como forma efectiva de tutelar los derechos del demandante, fue permitirle acceder de nuevo a la seguridad social como medio para preservar su salud y reconocerle una indemnización por el daño emergente generado por el despido.

Podemos observar que la Corte Constitucional necesariamente se remite en sus consideraciones para fallar , a la sentencia hito SU- 256 de 1996 que ha servido y sigue siendo referencia obligada al respecto, de tal manera que si hacemos revisión de muchas otras sentencias, encontraremos las mismas referencias; de lo que concluyo, que por el carácter reiterativo de las demandas en nuestro medio con respecto a esta temática, si bien existe un claro precedente en la jurisprudencia constitucional, de este no ha habido la apropiación suficiente ya que siguen llegando a la Corte en sede de revisión más y más casos similares.

Concluyo también que la Constitución, la jurisprudencia y la legislación conscientes de que el status laboral de las personas portadoras del VIH se encuentra estrechamente ligado a su dignidad humana, y a su posibilidad de ejercicio de otros derechos fundamentales tales como la igualdad y la vida en conexidad con la salud entre otros , buscan la protección especial de este grupo de personas evitando su discriminación y promoviendo la continuidad en el trabajo la medida en que sus condiciones de salud lo permitan.

Finalmente, considero que, al darle la Corte la connotación de Derecho fundamental a la estabilidad laboral, en el caso de los trabajadores portadores de VIH, y con el acompañamiento de las disposiciones legales, tenemos las herramientas, para lograr con respecto a estas personas unas relaciones laborales justas y humanas.

Corresponde entonces a la sociedad y empleadores, con el apoyo de las políticas implementadas por el estado, apropiarse de la conceptualización al respecto, de tal manera que al lograr una sensibilización del problema, se elimine el estigma y la discriminación y se pueda ver cristalizado este anhelo.

BIBLIOGRAFÍA

- Aggleton, P., Parker, R., & Maluwa, M. *Estigma, discriminación y VIH/SIDA en América Latina* (como se cita en Banco interamericano de desarrollo, (2004) *inclusión social y desarrollo económico en América latina*. Colombia.
- Alexy, R. (2008). *Teoría de los Derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Beaudonet, X. (2009). *Derecho Internacional del Trabajo y derecho interno*. Turín: Publicaciones Centro Internacional de Formación de la OIT.
- Cabanellas de torres, G. (1.992). *Compendio de Derecho Laboral*. (Tomo I). Buenos Aires: Editorial Heliasta S.R.L.
- Díaz, Víctor. (2008). *Despidos sin causa justificada frente al Derecho Constitucional al trabajo en la legislación laboral colombiana*. (Artículo) Universidad de Salamanca. Salamanca
- Ferrajoli, L. (2006). *Derechos y garantías. La Ley del más débil*. España: Editorial Trotta.
- Goffman, E. (1963). *Stigma: notes on the management of a spoiled identity*. Nueva York: Simon and Schuster., (Como se cita en ONUSIDA. (2005) *Violaciones de los Derechos humanos, estigma y discriminación relacionados con el VIH*. Versión española.
- González, J. (1986). *La dignidad de la persona*. Madrid: Editorial Civitas,. (Como se cita en Nogueira, A. *Dignidad de la persona, derechos fundamentales, bloque constitucional de derechos y control de convencionalidad*, Recuperado en: <http://www.crdc.unige.it/docs/articles/Dignidad.pdf>
- Guerrero, G. (2011). *Manual de Derecho del Trabajo*. Bogotá: Leyer Editores.
- Guerrero, I. (2005) *El Sida*. Argentina: El Cid Editor.

Jennings, Ch. (1996). *Que es el SIDA y cómo prevenirlo*. Bogotá: Grupo Editorial Norma.

Krotoschin, E. (1978). *Tratado Práctico de Derecho del Trabajo*, (vol. I). Buenos Aires: Ediciones Depalma.

ONUSIDA. (2003). *Manual sobre VIH/SIDA para empleadores*. Ginebra.

ONUSIDA. (2000). *Protocol for Identification of Discrimination Against People Living with HIV*. Ginebra. Recuperado en http://data.unaids.org/Publications/IRC-pub01/JC295-Protocol_en.pdf

ONUSIDA. (2005). *Violaciones de los Derechos humanos, estigma y discriminación relacionados con el VIH*. Versión española. Ginebra.

PLA, A. (et al). (1989). *Estabilidad en el empleo, solución de conflictos de trabajo y concertación social (perspectiva iberoamericana)*. Murcia: Secretariado de publicaciones e intercambio científico. Universidad de Murcia.

Zagrebelsky, G. (2009). *El Derecho dúctil: Ley, derechos, justicia*. Madrid: Editorial Trotta.

Informes

INSTITUTO NACIONAL DE SALUD (INS). (2015). *Informe del comportamiento en la notificación de VIH-SIDA hasta el periodo epidemiológico 3 del año 2015*.

INSTITUTO NACIONAL DE SALUD (INS). (2013). *Informe final VIH-SIDA, Colombia, 2013*.

INSTITUTO NACIONAL DE SALUD (INS). (2014) *Informe del comportamiento en la notificación de VIH-SIDA hasta el periodo epidemiológico 13 del año 2014*.

OIT. (2009). *Conferencia Internacional del Trabajo, 98.a reunión, 2009. Informe IV, El VIH/SIDA y el mundo del trabajo.*

OIT. (2000). *VIH/SIDA: Una amenaza para el trabajo decente, la productividad y el desarrollo, documento sometido a la discusión de la Reunión especial de alto nivel sobre el VIH/SIDA y el mundo del trabajo.* Ginebra.

OMS. (2013). Nota descriptiva N°360 de 2013. Recuperada en www.who.int/mediacentre/factsheets/fs360/es/

ONUSIDA. 2014. Hoja informativa 2014. Recuperado en <http://www.unaids.org/es/resources/campaigns/World-AIDS-Day-Report-2014/factsheet>

Páginas WEB:

http://www.ilo.org/aids/WCMS_170362/lang--es/index.htm

http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---ilo_aids/documents/publication/wcms_113788.pdf

Legislación Nacional

Código Sustantivo de Trabajo

Constitución política de Colombia

Decreto 1543 de 1997

Decreto Ley 2351 de 1965

Ley 972 de 2005

Ley 361 de 1997

Ley 982 de 2005

Ley 789 de 2002

Sentencias de la Corte Constitucional:

T-418 de 1992
T-419 de 1992
T-420 de 1992
T-591 de 1992
T-240 de 1993
C-588 de 1995
SU-256 de 1996
C-468 de 1997
C-470 de 1997
C-016 de 1998
SU-182 de 1998
T-576 DE 1998
T-800 de 1998
T-801 de 1998
C-055 de 1999
T-436 de 2000,
C-531 de 2000
C-1063 de 2000
T-546 de 2000
T-881 de 2002
T-519 de 2003
T-227 de 2003
T-469 de 2004
T-1218 de 2005
T-816 de 2005
T-992 de 2007
T 434 de 2008
T- 449 de 2008

T-984 de 2008

T-518 de 2008

T-327 de 2009

T-554 de 2010

T-898 de 2010

T- 211 de 2012

T-628 de 2012

T-225 de 2012

T-662 de 2012

Sentencias corte suprema de Justicia

Sentencia con radicación 11017 de octubre 5 de 1998

Instrumentos Internacionales

Constitución de la OIT

OIT. Convenio sobre el trabajo marítimo, 2006

OIT. Convenio 111 de 1958

OIT. Convenio 158 de 1982

OIT. Convenio 03 de 1919

OIT. Convenio 159 de 1983

OIT. Convenio 98 de 1949

OIT: Estudio especial de 1996 de la Comisión de Expertos, Igualdad en el empleo y la ocupación

OIT. Repertorio de Recomendaciones Prácticas de la OIT sobre el VIH/SIDA y el mundo del trabajo

OIT. Recomendación 200 de 2010

Protocolo adicional a la convención americana sobre derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales “protocolo de san salvador”