



UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA

APORTES JURÍDICOS PARA LAS DISTINCIONES DE LAS DISCAPACIDADES Y SU EFECTO EN LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA

César Jamber Acero Moreno

Universidad Nacional de Colombia
Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales
Bogotá D.C., Colombia
2013

**APORTES JURÍDICOS PARA LAS DISTINCIONES DE LAS
DISCAPACIDADES Y SU EFECTO EN LA ESTABILIDAD
LABORAL REFORZADA**

César Jamber Acero Moreno

Tesis presentada como requisito parcial para optar al título de:

Magister en Derecho

Director:

Doctor en Derecho, Abogado. Carlos Luis Ayala Cáceres

Universidad Nacional de Colombia
Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales
Bogotá D.C., Colombia

2013

Dedicatoria

A mi hija, mi esposa y a mi madre, quienes a su acompañamiento, comprensión y apoyo; logran animar a quien requiere de su aliento para lograr los objetivos propuestos en la vida.

Agradecimientos

Agradezco a los Doctores Javier GORGONIO GARZÓN ROMERO, HERNÁN REYES GÓMEZ y a las doctoras CLAUDIA PATRICIA JIMÉNEZ y DINA ORTEGA SUESCUN, quienes con sus aportes críticos y analíticos, nutrieron la presente investigación, a fin de encontrar los mejores resultados para esta.

Resumen

Con la presente investigación se pretende demostrar, que las personas en condición de discapacidad, deben ser protegidas por el Estado Social de Derecho Colombiano, a fin que se realice en debida forma la inclusión laboral de dichas personas, para de esta forma dar cumplimiento a los mandatos constitucionales respecto de los derechos fundamentales que les deben ser propios; igualmente se demostrará, que no todas las personas en condición de discapacidad, per sé, deben ser consideradas como tales para la permanencia en el empleo, toda vez que luego de realizada la reubicación laboral, se considera, que el trabajador no puede contar con el denominado Fuero de Estabilidad Laboral Reforzada, puesto que la desigualdad se verificaría si continuase con la misma función que desarrollaba antes de su discapacidad, ya que al ser reubicado el trabajador, no tiene sentido lógico alegar la misma discapacidad para perpetuarse en el empleo. Teniendo en cuenta lo anterior, el legislador tendrá que verse avocado a cualificar las personas objeto de la protección laboral, e igualmente reconsiderar si toda discapacidad debe protegerse con el referido fuero, o si por el contrario se fijan condiciones para la protección de las personas en condición de discapacidad, en consideración a la severidad de la misma.

Palabras clave: Discapacidad, Estado social de Derecho, Derechos fundamentales, estabilidad, fuero, residual.

Abstract

With the present research, its pretends to demonstrate that the people in conditions of disabilities, they must be protected by the Colombian Social State of law, in order to realize the labor inclusion of those people, and of this form to give the fulfillment to the constitutionals mandates take into account the fundamentals rights that those people have, equally this research will be demonstrated that not all the persons in condition of disability, they must be considered to have an job and to have permanency in that job and when to give the labor relocation, it thinks that the worker cannot have with the called regional laws of Labor Reinforced Stability, so the inequality would happen if it was continuing with the same function that it was developing before of their disability, since when the worker was relocated. Take into account the previous thing, the legislator will have that see “avocado” to qualify when the people as object of the labor protection, and equally to reconsider if all disability must be protected by the mentioned, regional laws, or if by the contrary there are some conditions for the protection of the people in condition of disability, in consideration to the severity of the same.

Key words: Disability, Social State of law, Fundamentals rights, Stability, regional laws, residual.

Contenido

	Pág.
Resumen	VII
Introducción.....	11
1.1 Planteamiento del Problema	12
1.2 Hipótesis	13
2. JUSTIFICACIÓN	15
2.1 Desde la perspectiva Socio-Jurídica	16
2.2 Desde la perspectiva Teórica-Jurídica.....	20
3. OBJETIVOS	22
3.1 General	22
3.2 Específicos.....	22
4. Primer Capítulo: El Estado Social de Derecho y su intervención en materia de la Protección a Personas en Condición de Discapacidad.....	23
4.1 Evolución de la Estructura del Estado Social de Derecho.	25
4.2 El Estado Social de Derecho y las Personas en Condición de Discapacidad .	32
4.3 La Naturaleza de la Protección a las Personas en Condición de Discapacidad en las Relaciones Laborales	39
5. Segundo Capítulo: Origen de los mecanismos de protección de las Personas en Condición de Discapacidad en Colombia frente a la Relación Laboral.....	46
5.1 Los Organismos y Pronunciamientos Internacionales relativos a la Protección Laboral de las Personas en Condición de Discapacidad.....	46
5.2 Evolución normativa de la Protección Laboral de las personas en Condición de Discapacidad en Colombia.....	57
5.3 Obligatoriedad de cumplir Sentencias de la Corte Constitucional	64
5.3.1 El Estado de Debilidad manifiesta como Institución Jurídica creada por la Corte Constitucional.....	66
5.3.2 El debido proceso y las personas en Condición de Discapacidad para la Corte Constitucional.....	72
5.3.3 Requisitos para la Garantía de la Protección Laboral de las personas en Condición de Discapacidad según la Corte Suprema de Justicia	76
6. Tercer Capítulo: Intereses Políticos-Económicos Vs Derecho al Trabajo	82
6.1 Búsqueda del equilibrio entre los Derechos al Trabajo y al Desarrollo de una Actividad Económica	82
6.2 El Tratamiento Internacional a las Condiciones de Discapacidad en los Trabajadores.....	84

6.3	Las Limitaciones, Desehabilidades y/o Discapacidades en el Campo Laboral .87	
6.3.1	<i>Atletismo</i>	88
6.3.2	<i>Baloncesto</i>	89
6.3.3	<i>Boccia</i>	89
6.3.4	<i>Ciclismo</i>	90
6.3.5	<i>Equitación</i>	90
6.3.6	<i>Esgrima</i>	91
6.3.7	<i>Fútbol</i>	91
6.3.8	<i>Goalball</i>	91
6.3.9	<i>Judo</i>	91
6.3.10	<i>Levantamiento de Pesas</i>	92
6.3.11	<i>Natación</i>	92
6.3.12	<i>Remo</i>	92
6.3.13	<i>Rugby en Silla de Ruedas</i>	93
6.3.14	<i>Tenis</i>	93
6.3.15	<i>Tenis de Mesa</i>	93
6.3.16	<i>Tiro</i>	93
6.3.17	<i>Tiro con Arco</i>	93
6.3.18	<i>Vela</i>	94
6.3.19	<i>Voleibol sentado</i>	94
6.4	La Comisión para la Igualdad de Oportunidades en el empleo EEOC y los Trabajadores en Estado de Desehabilidad o Discapacidad.	94
7.	Conclusiones y Recomendaciones	99
7.1	Necesidad de la diferenciación de los mecanismos de Protección Laboral frente a los Estados de Discapacidad en las Personas	99
7.2	Recomendaciones	101
	Bibliografía	102

Introducción

En el escenario en el que la presente investigación se desarrolla, propone como objetivo una revisión panorámica de la protección laboral de las personas en condición de discapacidad en Colombia, la situación de los empleadores ante esta protección y sumado a ella, la necesidad de productividad de la empresa Colombiana; analizando las bases jurídico – conceptuales, para desde allí proponer un repertorio de recomendaciones básicas que pueden optimizar la protección laboral a estas personas, sin afectar la sostenibilidad de la libre empresa, entendiéndola como un instrumento idóneo, justo y democrático para garantizar el derecho al trabajo en igualdad de condiciones.

Para el desarrollo de este objetivo, el trabajo está dividido en tres capítulos que pretenden, en su conjunto, asumir una comprensión hermenéutica del derecho¹, es decir, una visión del derecho que, teniendo como telón de fondo la necesidad de articular la legitimidad, la validez y la eficacia de las normas², se ocupa de resaltar el carácter interpretativo de las normas y principios mediante la vinculación de los textos jurídicos con los contextos problemáticos, a fin de proponer soluciones viables para los problemas socio – jurídicos.

Con esta pretensión, un primer capítulo se centra en el origen del Estado Social de Derecho y en el desarrollo de los derechos de las personas en estado de discapacidad, resaltando la conveniencia de su vinculación en el ámbito laboral, para garantizar la igualdad, democratización y calidad frente a los demás miembros de la sociedad; en un segundo capítulo, se analiza la estructura de la protección a las personas en estado de discapacidad, las funciones de las entidades públicas y privadas encargadas de hacer efectiva dicha protección en el marco del Estado Social de Derecho, evaluando sus desarrollos en relación con los objetivos que motivaron su creación y los pronunciamientos de las altas Cortes sobre los límites de esta protección; y, en un tercer capítulo, se analizan las normas y decisiones administrativas que han pretendido equilibrar las relaciones laborales entre personas en estado de discapacidad y los empleadores, terminando con unas conclusiones que pretenden precisar los puntos problemáticos de la cuestión y fijar los puntos de

¹ Para una visión de conjunto de una concepción hermenéutica del derecho, Viola, F y Zaccaria, G. (1999). Elementos para una teoría hermenéutica del derecho. *Derecho e interpretación*. En Instituto de Derechos humanos Bartolomé de las Casas, Madrid: Universidad Carlos III.

² Sobre esta articulación se pronuncia Mejía, O. (2005). legitimidad, validez y eficacia en el pensamiento contemporáneo. *Teoría política, democracia radical y filosofía del derecho*. Bogotá: Temis.

referencia, tanto políticos como jurídicos, para la solución de los mismos, insistiendo en la importancia de consolidar la protección de las persona en estado de discapacidad en un equilibrio con los derechos de los empleadores y los entes encargados de su promoción y administración.

1.1 Planteamiento del Problema

En el marco de los derechos humanos el trabajo se refiere a toda actividad que una persona ejecuta en beneficio de otra, bajo su subordinación o dependencia y por la que recibe a cambio una remuneración³. Entonces, entendemos que la relación de las personas en este tipo de contrato es desigual, especialmente en cuanto a las actividades que desarrolla una persona están al servicio de la otra, en acuerdo a una remuneración.

El Estado social tiene dentro de sus fines de justicia social garantizar la accesibilidad al trabajo y para tal propósito otorga varias garantías a quienes prestan su mano de obra o conocimiento a quienes se denominan empleadores. Surge el interrogante por encontrar los límites que debe otorgar el mencionado Estado social de Derecho a las garantías para el trabajador, más aun, cuando se está en frente a un discapacitado físico, síquico o sensorial. La misma Carta Política en razón de proporcionar un ambiente justo socialmente, se obliga a proporcionar la ubicación laboral para los minusválidos y reconoce su derecho al trabajo acorde con sus condiciones de salud⁴.

En la relación laboral el trabajador será siempre considerado el más débil dentro de la misma, y más aún si este trabajador no tiene las mismas capacidades físicas síquicas o sensoriales, es entonces, cuando el Estado con sus poderes que entra a garantiza a los disminuidos la estabilidad laboral reforzada, esencialmente para que no sean vulnerados sus derechos fundamentales al quedar en estado de superior inferioridad frente al resto de los asociados⁵.

³ Código Sustantivo de Trabajo, Numeral 2º artículo 22, quien presta el servicio se denomina trabajador, quien lo recibe y remunera, empleador, y la remuneración cualquiera que sea su forma, salario.

⁴ Constitución política de Colombia, artículo 54. (1991).

⁵ Allué, M. (2003) Discapacitados. La reivindicación de la igualdad en la diferencia. Barcelona. Bellaterra. (pp. 14). "...En el terreno de la discapacidad es frecuente tanto el análisis realizado por los expertos desde fuera, como las narrativas en primera persona sobre cómo vivir siendo portador de una deficiencia. En ambas circunstancias el interés se centra en mostrar como la

En nuestro país ésta estabilidad se desarrolló en primera instancia mediante la ley 361 de 1997, donde en su artículo 26 establece:

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.

Podemos observar en la citada norma, que el Estado garantiza la estabilidad del trabajador discapacitado en el empleo para el cual fue contratado, y que en caso de que su empleador quisiera dar por terminado el contrato de trabajo de dicho empleado, debe solicitar autorización ante el Inspector de Trabajo para poder realizar el despido. Entonces, una investigación normativa y jurisprudencial como la presente toma relevancia jurídica, puesto que debemos observar el hecho de la discapacidad frente a la protección del disminuido y frente al empleador, que no tiene la posibilidad de despedir sin previa autorización.

El presente tema ha sido desarrollado en la actualidad en nuestro país por la H. Corte Constitucional, a través de innumerables fallos de tutela, en los cuales se garantiza al trabajador la denominada estabilidad laboral reforzada, pero no se ha dicho mayor cosa respecto de las autorizaciones y que trámite se debe seguir para adelantar éstas, ni tampoco se ha establecido, si el trámite que se debe llevar es una autorización con el lleno de requisitos del empleador.

1.2 Hipótesis

El Estado social de derecho debe garantizar la accesibilidad al trabajo en conformidad con el artículo 54 de la Constitución Política de Colombia, que señala:

Es obligación del Estado y de los empleadores ofrecer formación y habilitación profesional y técnica a quienes lo requieran. El Estado debe propiciar la ubicación laboral de las personas en edad de trabajar y garantizar a los minusválidos el derecho a un trabajo acorde con sus condiciones de salud.

limitación determina el aislamiento físico del que acaba derivándose el social, en un proceso de dentro hacia afuera: desde la discapacidad hacia el entorno”. Barcelona: Bellatera

Para cumplir con tal propósito suministra algunas garantías a los trabajadores que proporcionan su mano de obra o conocimiento a los empleadores. Sin embargo, se presenta en cuestión los límites del Estado social en la provisión de las mencionadas garantías, primordialmente las que promete al trabajador discapacitado físico, síquico o sensorial. La desventaja del trabajador con limitaciones resulta de su imposibilidad para adaptarse a los ambientes reales de su entorno, situación que deviene en atención del Estado. La protección del impedido debe considerarse en acuerdo a sus desventajas, entendidas dentro de un marco general de protección y justicia social.

Por ende, una investigación normativa y jurisprudencial como la presente, es relevante porque describe la protección del disminuido físico, síquico y sensorial frente al empleador, y analiza la condición que se le impone a éste, en el caso de despido, esto es, el requisito de la previa autorización. Con lo cual se presenta también la otra cara en el conflicto, la del empleador. Cuando existe ausencia de herramientas jurídicas como sucede en este caso, puesto que la Ley no contiene las disposiciones normativas para cumplir con el requisito que le es exigido y que debe conocer para cumplir a cabalidad con su función económica, en concordancia con la justicia social que le encarga el Estado, sin reemplazar la responsabilidad que tiene éste con las personas en condición de minusvalía.

Aunque se garantiza al trabajador discapacitado la estabilidad laboral reforzada, no se encuentra en la literatura legislativa una justificación normativa respecto de las autorizaciones y el trámite que debe seguirse para adelantar dicha diligencia, ni tampoco se ha establecido si la gestión que se debe adelantar, corresponde a unos cánones mínimos o máximos con el lleno de requisitos por parte del empleador.

Entonces, fundados estos hechos se procederá a:

(i) Establecer en acuerdo a su verdad epistémica, esto es, en reconocimiento de los conceptos del Derecho a la salud, el caso de la estabilidad reforzada del trabajador en condición de minusvalía.

(ii) Establecer en acuerdo a su verdad epistémica, el caso de la estabilidad reforzada del trabajador en condición de minusvalía para el empresario que decide terminar el contrato de trabajo con dicho trabajador.

(iii) Analizar y describir los conceptos que giran alrededor de la autorización o la solicitud de la misma que se gestiona en las Oficinas de Trabajo.

2. JUSTIFICACIÓN

La historia del derecho del trabajo se ha caracterizado por el hecho de que sus autores adelantan una lucha permanente en el reconocimiento de las propuestas de solución a los problemas propios de su competencia. Por tanto, la creación de una guía para la evaluación de la deficiencia, la incapacidad y la minusvalidez corresponde a una de las tareas de la justicia social, especialmente en la combinación de derechos con rango supranacional, el derecho del trabajo y la protección del minusválido y así desarrollar en debida forma el Estado Social de Derecho.

Los anales del Derecho conciben el fundamento de su relación en términos del lenguaje convencional y no natural como la dialéctica propia del patrono y el trabajador. Ésta relación artificial pero necesaria en el desarrollo de la sociedad capitalista se construye a partir de una lógica situacional que entiende una parte más débil y que en consecuencia deriva en principios que una vez desarrollados por la comunidad lingüística son reconocidos por la comunidad universal y jurídica a través de derechos propios de la jurisdicción laboral como por ejemplo el *in dubio pro operario*.

Esta relación situacional presenta condiciones de inferioridad para una de las partes del contrato y por tanto la relación jurídica es también diferente a la tradicional, derechos y obligaciones son específicos y no como tradicionalmente se entiende una dialéctica entre iguales, comprendida en la fundamentación de una lógica individualista liberal⁶.

Ahora bien, en el marco de los Derechos Humanos el derecho laboral cuenta con una historia jurídica propia, puesto que reconoce no solo los derechos de los trabajadores sino también los llamados derechos humanos sociales, en nuestro caso, este derecho se reconoce con superioridad jerárquica respecto al ordenamiento general, se trata de un derecho humano reconocido en el bloque de constitucionalidad, incluido en la Constitución dentro de los derechos sociales, y por tanto fundamentales, pero a su vez se encuentra reconocido en el orden internacional como derecho humano⁷.

⁶ Kant, I. (1987). *Metafísica de las costumbres*. (pp. 39). El Derecho es el conjunto de condiciones bajo las cuales el arbitrio de uno puede conciliarse con el arbitrio de otro según una ley universal de la libertad. Madrid: Tecnos.

⁷ Rodríguez G., Rico L. (2009). *Discapacidad y derecho al trabajo*. Bogotá. Defensoría del Pueblo, Se preguntan los autores: "...a la luz del derecho internacional y nacional de los derechos humanos, ¿cuál es la situación de las Personas Con Discapacidad en el mercado laboral colombiano? Y, a partir de este diagnóstico, ¿qué acciones de política estatal pueden ayudar a cerrar la brecha laboral en contra de las PCD? Uniandes, pp12.

Luego, la comprensión del Derecho del trabajo conviene con el entendimiento mundial en ser reconocido desde una historia que lo define dentro de una tradición consolidada muy importante y muy propia desde su concepción de subordinación entre las personas, con un lenguaje pertinente a sus relaciones y también con una lógica situacional que le proporciona identidad a su discurso.

La historia del derecho del trabajo se ha caracterizado por el hecho de que sus autores adelantan una lucha permanente en el reconocimiento de las propuestas de solución a los problemas propios de su competencia, por tanto, descubrir las falencias del sistema jurídico respecto a su especificidad, es también proponer un camino en la preparación de los temas que muestran con más claridad el carácter independiente de su jurisdicción.

La exigibilidad de los derechos del trabajador y de los derechos sociales se encuentra en construcción con el desarrollo del Estado social de derecho, este estado social incluye una arquitectura normativa e institucional que provenía del estado liberal de derecho. La crisis del estado liberal de derecho generada en la segunda post guerra mundial que descansaba sobre bases económicas individualistas de libertad absoluta de mercado apenas interfería, permitió que corrigiendo el exceso en el individualismo el estado social de derecho a través de una política económico-social intervencionista planificador y socializante preparara un notable avance en el aseguramiento de una justicia social y una autentica participación democrática en armonía con los derechos económico-sociales fundamentado en los derechos y deberes que provienen del trabajo superando la explotación de unos hombres por otros en un neocapitalismo desbordado⁸.

Una estrategia presente en el Estado Social de Derecho que permite incluir la naturaleza social del trabajo presenta la inclusión de los Derechos Humanos como Derechos prevalentes. El procedimiento de las reclamaciones del trabajador igualmente debe incluirse en los presupuestos de la naturaleza social esto es, que la naturaleza social del trabajo debería permanecer en el trato procesal de dicha jurisdicción.

2.1 Desde la perspectiva Socio-Jurídica

La administración de justicia debe garantizar un máximo de legalidad, estamos de acuerdo, pero, en este orden de ideas, debe introducir también los elementos para

⁸ Lucas, P. (1992). *Curso de Derecho Político*. (pp. 271). Madrid:Tecnos

acrecentar su capacidad para discernir sobre su propia complejidad donde se encuentra la lógica del sistema, y el cambio, con el fin de darle correcta aplicación a las normas procesales, concebidas únicamente como instrumentos al servicio de la eficacia del derecho sustancial.

La lucha de los trabajadores se manifiesta en la legislación universal concertada, la creación de instituciones del Derecho del Trabajo han culminado en su reconocimiento dentro de las Declaraciones de Derechos formuladas en un plano continental y universal después de la II Guerra Mundial. Este anhelo se hizo realidad en la Parte XIII del Tratado de Paz de Versalles, firmado al finalizar la primera guerra mundial, donde se aprueba la Organización Mundial del Trabajo O.I.T., surgida a raíz de una violenta convulsión mundial. En ella se señala la necesidad de la justicia social para obtener paz y la urgencia de lograr en todos los pueblos, un régimen de trabajo realmente humano, y la O.I.T. surge para cumplir y asegurar la existencia de ese régimen de trabajo realmente humano, quedando así garantizada su eficacia. En Colombia la Ley 129 de 1931 adhirió por primera vez a los Convenios de la OIT entrando con este hecho a la internacionalización de los derechos de los trabajadores, superando su aislamiento.

La exigibilidad de los derechos del trabajador y de los derechos sociales se encuentra en construcción con el desarrollo del Estado social de derecho, este estado social incluye una arquitectura normativa e institucional, que a su vez contiene la inserción y rehabilitación de los minusválidos.

El Programa de Acción Mundial para impedidos aprobado por la Asamblea General de Las Naciones Unidas por resolución 3752, del 3 de Diciembre de 1982 en su artículo 6, hace suya la distinción establecida por la Organización Mundial de la Salud, distinguiendo tres realidades, que son definidas según la Clasificación Internacional de deficiencias, discapacidades y minusvalidez.

Entiende deficiencia, como una pérdida o anomalía permanente o transitoria, psicológica, fisiológica o anatómica, de estructura o función, y caracteriza tal deficiencia por pérdidas (de aquí que el término sea más amplio que el trastorno en cuanto que incluye también las pérdidas, por ejemplo, la de una pierna sería una deficiencia y no un trastorno) o anomalías que incluyen la existencia o aparición de una anomalía, defecto o pérdida de una extremidad, órgano, tejido u otra estructura corporal, o un defecto en un sistema funcional o mecanismo del cuerpo, incluyendo los sistemas de la función mental. Define la incapacidad como cualquier restricción o impedimento de una actividad, ocasionados por una deficiencia en la forma o dentro del ámbito considerado normal para el ser humano. La discapacidad objetiva una deficiencia, es decir, hace evidente las consecuencias de una deficiencia desde el punto de vista del rendimiento funcional y de la actividad del individuo, refleja entonces alteraciones a nivel de la persona.

La minusvalidez ha sido definida como una incapacidad que constituye una desventaja para una persona en cuanto limita o impide el cumplimiento de una función que es normal para esa persona según la edad, el sexo y los factores sociales y culturales. Se entiende la minusvalía por una discordancia entre el estatus del individuo y las expectativas del grupo al cual pertenece.

En Colombia el artículo 1 del Decreto 917 de 1999 determina como campo de aplicación:

El Manual Único para la Calificación de la Invalidez contenido en este decreto se aplica a todos los habitantes del territorio nacional, a los trabajadores de los sectores público, oficial, semioficial, en todos sus órdenes, y del sector privado en general, para determinar la pérdida de la capacidad laboral de cualquier origen, de conformidad con lo establecido por los artículos 38, siguientes y concordantes de la Ley 100 de 1993, el 46 del Decreto ley 1295 de 1994 y el 5o. de la Ley 361 de 1997.

La desventaja del trabajador con una de estas limitaciones resulta de su imposibilidad para adaptarse a las normas de su entorno. La calificación del impedido debe desarrollarse a través de una ubicación en una de estas definiciones, en donde debe considerarse una protección en acuerdo a sus desventajas, entendidas dentro de un marco general de protección social.

La historia del derecho del trabajo se ha caracterizado por el hecho de que sus autores adelantan una lucha permanente en el reconocimiento de las propuestas de solución a los problemas propios de su competencia. Por tanto, la creación de una guía para la evaluación de la deficiencia, la incapacidad y la minusvalidez corresponde a una de las tareas de la justicia social, especialmente en la combinación de derechos con rango supranacional, el derecho del trabajo y la protección del minusválido y así desarrollar en debida forma el Estado Social de Derecho.

La protección aludida se activa por la ubicación de la persona en la “*categoría protegida*”, quien por su condición física está en circunstancia de debilidad manifiesta, en analogía con la figura de la trabajadora embarazada cuya protección es establecida bajo el principio de estabilidad laboral reforzada que se impone para la garantía de su derecho al trabajo e igualdad y respeto a su dignidad humana. Consta en la sentencia C – 470 de 1997 al referirse al ordinal 3 del artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo, según el cual se autorizaba el despido sin permiso previo mediante el pago de una indemnización constitucionalmente cuestionable puesto que no amparaba eficazmente la estabilidad laboral reforzada. Por lo cual la Corte señaló:

La única interpretación conforme con la actual constitución es aquella que considera que la indemnización prevista por la norma impugnada no confiere eficacia al despido efectuado sin la correspondiente autorización previa, sino que es una sanción suplementaria debido al incumplimiento patronal de la prohibición de despedir a una mujer por razones de maternidad.

A esta decisión llegó la Honorable Corte con fundamento en el pronunciamiento del Consejo de Estado sección segunda, Sentencia del 3 de Noviembre de 1993, expediente No 5065.

La H. Corte Constitucional en la sentencia C – 531 de Mayo 10 del 2000, Magistrado Ponente. Álvaro Tafur Galvis, sostiene que éste es un criterio guía para la resolución del caso de las personas con limitación:

i) efectivamente, la indemnización establecida en el inciso 2 del artículo 26 de la ley 361 de 1997 presenta una constitucionalidad cuestionable en virtud de la insuficiencia para garantizar la estabilidad laboral reforzada que se predica de los trabajadores discapacitados, ii) dicho mecanismo indemnizatorio no otorga eficacia jurídica al despido o terminación del contrato sin autorización previa del funcionario de trabajo, sino que constituye una sanción adicional para el patrono que actúa contradiciendo la protección de la estabilidad laboral reforzada de los minusválidos.

En consecuencia, la Corte procedió a integrar al ordenamiento legal referido:

Los principios de respeto a la dignidad humana, solidaridad e igualdad (cp. Arts 12, 13), así como los mandatos constitucionales que establecen una protección especial para los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos (cp. Arts 43 y 54) de manera que procede a declarar la exequibilidad del inciso 2 del artículo 26 de la ley 361 de 1997, bajo el entendido de que el despido del trabajador de su empleo o terminación del contrato de trabajo por razón de su limitación, sin la autorización de la oficina de trabajo, no produce efectos jurídicos y solo es eficaz en la medida en que se obtenga la respectiva autorización. En caso de que el empleador contravenga esa disposición, deberá asumir además de la ineficacia jurídica de la actuación el pago de la respectiva indemnización sancionatoria.

Entonces es discutible la fuerza que se despliega en la existencia de la autorización previa de la oficina de trabajo, porque no es claro el contenido en la actuación de dicha autorización y como debe ser esta autorización ¿acaso será que se debe iniciar un proceso administrativo? ¿Es una simple autorización con el lleno de algunos requisitos legales por parte del empleador? Podemos preguntar también: ¿Quién es una persona limitada física, síquica o sensorial? ¿Todo aquel que tenga una pérdida de capacidad laboral cuenta con el fuero de discapacidad? ¿La persona que no está calificada así sea provisionalmente cuenta con el denominado fuero de discapacidad? ¿Qué debemos hacer con los incapacitados que no cuentan con calificación de pérdida de capacidad laboral?

Dicha oficina de trabajo (Inspección de Trabajo) debe constatar la existencia de una justa causa para el despido o la terminación del respectivo contrato lo que sugiere que la estabilidad laboral reforzada requiere de una protección especial en razón de la indefensión en coherencia con el artículo 13 de la Constitución Política Colombiana las personas son iguales ante la ley, pero le corresponde al estado propiciar las condiciones para que tal mandato sea real y efectivo, precepto que dispone que dichas

personas por su condición económica, física o mental que se encuentran en un estado de debilidad manifiesta tienen especial protección constitucional del estado.

2.2 Desde la perspectiva Teórica-Jurídica

El proceso es un método legalmente ordenado para conducir al conglomerado social hacia la justicia, por tanto, frente al descubrimiento acertado de una tensión en la interpretación de los derechos, debe simpatizar con el hecho de hallar salidas materiales y no solo formales. El caso presente implica la creación inteligente de salidas formales que no solo presenten una proyección ilocucionaria sino de igual manera una posibilidad performativa, que produzca un acercamiento entre el procedimiento y la justicia.

El cambio de una lógica individualista propia de los regímenes demócratas liberales nacientes del Estado de Derecho, al acomodo de una lógica de carácter social se hace necesario en la transformación del Estado social que indica por supuesto también la reelaboración de la semántica, ahora el concepto de justicia en abstracto se advierte en el uso del concepto justicia social, el reconocimiento se vuelca en concreto frente al conglomerado social. Señala Medina Torres que: “... *las normas deben ser adecuadas a la realidad*”⁹.

Según Taruffo¹⁰, existe la posibilidad de descubrir con métodos adecuados y atendibles la verdad referida a eventos del mundo externo. Existe una verdad aléctica que refleja objetivamente los acontecimientos del mundo real pero que también aceptan una noción epistémica de verdad como justificación, que también es verídica de los enunciados que refieren a dichos acontecimientos. Teniendo en cuenta esta situación, la verdad epistémica debe ser clara, el producto de la lógica de la verdad epistémica del proceso laboral ahora sujeto al Estado social de Derecho y al reconocimiento universal de los derechos humanos, no puede crear equívocos, debe reconocer con claridad la categoría jurídica del proceso de autorización que provee la legislación vigente sobre el tema.

Una estrategia presente en el Estado Social de Derecho que permite incluir la naturaleza social del trabajo presenta la inclusión de los Derechos Humanos como Derechos prevalentes. El procedimiento de las reclamaciones del trabajador igualmente debe incluirse en los presupuestos de la naturaleza social esto es, que la naturaleza social del trabajo debería permanecer en el trato procesal de dicha

⁹ Medina, C. B. (2002). *El mito de la carga de la prueba frente al Estado Social de Derecho*. En: La prueba. Homenaje al maestro Hernando Devis Echandía. Bogotá, Universidad Libre.

¹⁰ Taruffo, M. (2008). *La Prueba*. Madrid: Marcial Pons.

jurisdicción. Igual sucede con el concepto del Derecho a la salud, en donde se tiende a trabajar con un concepto descontextualizado e incompleto. Se aproxima el concepto de salud al de ausencia de enfermedad desconociendo la necesidad de la asistencia sanitaria por ejemplo a enfermos crónicos o minusválidos, cuando identifica la protección de la salud con asistencia sanitaria desconoce la salud preventiva o incluso la salud pública. Cuando desconoce la protección de la salud con otras instituciones no entiende que debe mirar otros sistemas y no solamente el sistema de la asistencia a la salud como sería la legislación laboral el medio ambiente o la calidad de vida.

El debate por una justificación de la salud en términos de derechos va de la posición más extrema en autores como Robert Nozick con la idea de un estado mínimo, en la tradición de Lock por la propiedad sobre su propio cuerpo; al concepto de salud como lotería natural propuesta por Engelhardt. Así como el concepto de salud como el deber de beneficencia alternativa que ofrece Buchanan, en comparación con la teoría de Rawls con su concepción de igualdad de oportunidades. Dworkin propone el principio del derecho a la salud como el principio de seguro prudente en oposición de principio del rescate. La Nussbaum propone la construcción de un catálogo de necesidades para hablar de lo esencial de la forma humana de vida

3. OBJETIVOS

3.1 General

Analizar dentro el estado social de derecho, la estabilidad laboral de los discapacitados (disminuidos físicos síquicos o sensoriales), cotejando el fenómeno jurídico desde la dimensión de los derechos constitucionales y el bloque de constitucionalidad del impedido, frente a la autorización para dar por terminado el contrato de trabajo, determinada en la ley 361 de 1997.

3.2 Específicos

- Identificar conceptos de derecho al trabajo, derecho a la estabilidad laboral reforzada, derecho de los disminuidos físicos, psíquicos y sociales.
- Identificar los aspectos más relevantes de la visión nacional e internacional de la protección social de la persona en Condición de Discapacidad.
- Establecer la diferenciación de los diferentes tipos de discapacidad a fin aclarar bajo que estándares se hace necesario aforar al trabajador en condición de discapacidad
- Reconocer la capacidad laboral residual de las personas en condición de discapacidad

4. Primer Capítulo: El Estado Social de Derecho y su intervención en materia de la Protección a Personas en Condición de Discapacidad

¹¹El trabajo es el medio más eficaz para el desenvolvimiento de la personalidad, y del propio progreso individual y por consiguiente social. Para que su resultado sea volcado en la comunidad. Ya que el trabajo también es una forma de defensa de la dignidad humana y de la cultura en todas sus manifestaciones.

Jurídicamente y especialmente en el marco de los derechos humanos el trabajo se refiere a toda actividad que una persona ejecuta en beneficio de otra, bajo su subordinación o dependencia y por la que recibe a cambio una remuneración¹². Entonces, entendemos que la relación de las personas en este tipo de contrato es desigual, especialmente en cuanto a su situación en la misma, porque las actividades que desarrolla una persona están al servicio de la otra, en acuerdo a una remuneración.

En una sociedad como la nuestra, las condiciones laborales se han transformado en forma creciente, en beneficio de la producción, el capital y la empresa, pero no es así con los trabajadores. La vida profesional ha dejado de ser para la población una esperanza de bienestar, un anhelo; la formación técnica o empírica ha ocupado un lugar importante en las relaciones laborales, mientras el desempleo real está sub-registrado, y el subempleo o el empleo precario alivian la conciencia y las estadísticas gubernamentales. El tener un empleo o un ingreso sin importar la forma de vinculación, cuya duración en tiempo se considera estable, decentemente remunerado y de calidad, se ha convertido en el principal aliciente y objetivo para miles de colombianos que sueñan con un mañana mejor para sí mismos y para los suyos.

Los ciudadanos y su familia en particular, encuentran en una enfermedad, incapacidad temporal o permanente, un enemigo de la tranquilidad y la garantía de vida digna, temor que el Gobierno detectó y ha tratado de menguar, expidiendo la *Ley 361 de 1997*, que establece mecanismos de integración social de las personas con

¹¹ Eluti C, y Munir E. (2003). *Estudio sobre el concepto del trabajo desde los siguientes enfoques: histórico, laboral, sociológico, físico jurídico, académico, comercial, artístico, cristiano y evolucionista*. Recuperado de: <http://munireduardoeluticueto.blogspot.com/2008/09/estudio-sobre-el-concepto-del-trabajo.html>

¹² Código Sustantivo de Trabajo, Numeral 2º artículo 22.

limitaciones, incluyendo los trabajadores en situación de discapacidad o quienes por causa y ocasión de su trabajo queden en dicho estado y/o en condiciones de disminución frente a sus pares, pretensión que se aúna a las políticas expresadas por la Dirección de Riesgos Profesionales hoy Riesgos Laborales del Ministerio de Trabajo, como ente que regula y supervisa el cumplimiento de las normas laborales por parte de los actores de la relación laboral, entre ellos empleadores, trabajadores, entidades promotoras de salud, administradoras de riesgos laborales y fondos de pensiones.

Hoy, a inicios de la segunda década del nuevo siglo, después de diez años de entrada en vigor de esta norma e instituciones, y ante la ostensible lentitud, del entendimiento, respeto y obediencia de la ciudadanía por las reglas y pronunciamientos jurisprudenciales, nos enfrentamos a la pervivencia de los eternos vicios del sistema de empleo público y privado, tales como las cuotas políticas, el pago de favores, la corrupción, la creación o eliminación sin ninguna planificación ni sentido de cargos y funciones y/o empresas, para justificar los gastos institucionales, la disminución de personal y el aumento de la producción, situaciones sobre las cuales hay nutridos debates sin conclusiones efectivas para la ciudadanía.

En este mismo sentido, es claro que el uso de las causales de terminación del contrato de trabajo, los trámites administrativos para autorizar el despido de un trabajador incapacitado o en condición de discapacidad, la permanencia del estado de incapacidad por más tiempo del establecido para calificar la pérdida de capacidad laboral de un trabajador, traen consigo la violación del principio de seguridad jurídica que la administración debe garantizar a los ciudadanos; de igual manera, el Estado ha reestructurado, eliminado y fusionado las entidades públicas, así como, ha autorizado la tercerización laboral, la creación de empresas de servicios temporales y cooperativas, para cumplir con las exigencias de los organismos internacionales en asuntos financieros y políticos, sin importar el derecho al trabajo y la seguridad social de la población.

Dentro de esta problemática, la Corte Constitucional en diversos pronunciamientos jurisprudenciales, ha defendido la vigencia de la relación laboral ante el estado o condición de incapacidad o discapacidad; indistintamente de la causa que dio origen a dichas situaciones, como la única forma legal de conservar el derecho al trabajo y al mínimo vital de los ciudadanos, sin embargo, continua creciendo una brecha entre el derecho al trabajo y el de los empresarios, a mantener en su nómina a trabajadores que amparados en la protección legal y jurisprudencial no contribuyen a su mejoría de salud, ni adelantan su retiro voluntario dejando a los empleadores en un encrucijada entre su derecho a desarrollar la actividad económica y aceptar las pérdidas por la imposibilidad física y económica de despedir a un discapacitado y contratar a otro trabajador más productivo.

Acorde con lo anterior, y entendiendo que el trabajo dignifica la persona, para el caso de las personas en condición de discapacidad, las condiciones suministradas para el trabajo deben dirigirse al reconocimiento de sus derechos y al respeto de las igualdades y desigualdades simultáneamente, sin embargo podría decirse que para esta población juega un papel importante el auto reconocimiento de sus capacidades y sus debilidades, sin pretender que la protección dada a ello, deje en manifiesto una estabilidad que no se ve influenciada por el desempeño de la labor, es decir el buen desarrollo del trabajo.

4.1 Evolución de la Estructura del Estado Social de Derecho¹³.

Desde una perspectiva jurídico – política, entendemos cómo uno de los debates conceptuales que explican la crisis de las relaciones laborales en Colombia, es el que se da entre el modelo de Estado Social de Derecho¹⁴, propuesto por la Carta Política de 1991, y las políticas públicas de tipo neoliberal, que han guiado las mal llamadas “reformas institucionales” o la eliminación de instituciones públicas, en los gobiernos nacionales desde finales de la década de los 80s, las cuales también encuentran fundamento, paradójicamente, en algunos artículos de la misma Constitución Nacional.

Cuando se crea la figura jurídica de Estado, con él nace el interrogante acerca de qué derechos debe garantizar el Estado a sus ciudadanos, o las obligaciones que estos tienen con él como ente regulador y garantista de las relaciones sociales. El Estado Liberal, adquiere su configuración teórica en el siglo XVIII bajo la figura del contractualismo, cuyos exponentes son Hobbes y Rousseau.

El Estado Liberal, se desarrolla bajo dos teorías, la del Estado liberal puro o Estado Liberal Clásico, en el cual se establecen como prioridad la garantía de los derechos políticos a los ciudadanos y la teoría del Estado Social de Derecho o Liberal igualitarista, que considera la relación entre Estado y ciudadanos como un contrato, en el cual el primero se compromete para con el segundo a garantizar el disfrute de los derechos sociales, tales como la salud, la vivienda, el empleo y la educación, entre

¹³Cortina, A. (2002). Capítulo III Ciudadanía Social del Estado de Bienestar al Estado de Justicia (pp.67) *Ciudadanos del mundo, hacia una teoría de la ciudadanía*. Madrid: Alianza Editorial.

¹⁴Para una profundización sobre la problemática actual del Estado Social de Derecho, sobre todo en el contexto latinoamericano. Carbonell, M. et al (Ed.). (2002). *Estado de derecho: concepto, fundamentos y democratización en América latina*. México, UNAM – ITAM. ,

otros, los cuales apuntan a complementar, los derechos políticos garantizados por el Estado liberal, para lograr una igualdad en todos los aspectos de importancia entre los ciudadanos.¹⁵

Podría indicarse que la forma como se garantizarán los derechos sociales, no viene predeterminada; el marco teórico del Estado Social de Derecho, nace antes de este concepto del modelo de "Estado Bienestar" inspirado en la máxima de Francis Hutcheson, asumida después por Jeremías Bentham y por toda la tradición utilitarista, en la cual se afirma que la meta política, ética y jurídica de la vida del Estado es la "*búsqueda de un mayor grado de bienestar (felicidad) para el mayor número de personas*"¹⁶.

En este orden de ideas, para garantizar el bienestar, indicativo de *Felicidad*, el Estado debía primero dar contenido a dicha categoría, y, sobre todo crear las condiciones educativas, administrativas y políticas, para que esta obligación frente a la sociedad, no fuese interpretado arbitraria y subjetivamente, pero analizadas las situaciones y hechos de ocurrencia posterior a esta forma de expresión del Estado, se evidencia la desviación de esta teoría, se dio pie al paternalismo y asistencialismo estatal que hizo inviable el cumplimiento de los fines sociales propuestos por el Estado, frente a los derechos sociales de los ciudadanos.

La historia determina como el inicio o momento de nacimiento del Estado de Bienestar, la teoría creada por Bismarck, el cual, con la idea de contrarrestar el socialismo, propuso medidas como el seguro de enfermedad, el seguro contra accidentes laborales o las pensiones para la vejez, asumidas por un Estado que hasta entonces solo había tenido funciones políticas¹⁷.

El Estado benefactor, tenía rígidas instituciones sobre el reconocimiento y garantías de los derechos sociales y políticos, al punto de crear el convencimiento en los ciudadanos de ser el asistencialismo estatal un derecho adquirido, el proceso de redistribución de los bienes para cubrir las necesidades de las clases bajas, con el fin de elevar a través de las instituciones públicas el nivel de vida de la fuerza laboral, es decir, de los trabajadores, para hilar delgado entre las diferencias abismales de las clases sociales.

¹⁵Galiana, A. (2003). *La legislación en el Estado de Derecho*. En Universidad Carlos III, & Instituto de Derechos Humanos. (pp.31). Madrid: Editorial Dykinson.

¹⁶Rawls, J. (2007). *Lecciones sobre la historia de la filosofía política*. (pp. 213). Londres: Cambridge Universitypress.

¹⁷ Esping. Andersen, G. (2000). *Fundamentos sociales de las economías postindustriales*. En Ariel, (pp. 51).

La redistribución de los sectores de salud y educación; y a su vez de salarios, se planteó a través de reconocimiento bajo ciertas circunstancias como becas, subsidios y jubilaciones. El surgimiento del capitalismo creó nuevas reglas de protección al trabajador, pero solo hasta fines del siglo XIX surge por iniciativa de Bismark la creación del orden obligatorio y estatal el seguro social como un instituto benefactor.

Luego influye en el inicio del Estado de Bienestar el pensamiento keynesiano, bajo el principio de explicar las variaciones de los precios en términos de variaciones del dinero; así pues, la insuficiencia de demanda efectiva será paliada por una política de pleno empleo y de redistribución de riqueza, lo cual exige la intervención del Estado en el campo económico y social, frente a la doctrina liberal del *laissez faire*¹⁸.

Otro de los hitos fundamentales del Estado de bienestar, entendido como intento de realización histórica del Estado Social de Derecho, dado por el informe Beveridge, durante la Segunda Guerra Mundial en Inglaterra, el cual trató de afrontar las circunstancias de la guerra y suavizar las desigualdades sociales, proponiendo un sistema universal de lucha contra la pobreza que protegiera a toda la población frente a cualquier clase de contingencias, incluyendo la percepción de unos ingresos mínimos.

Se entiende como "*Bienestar*" todas las acciones que debe tomar la sociedad para satisfacer las necesidades de las personas y grupos. Este bienestar debe comprender el actuar y el compromiso no solo del Estado a través de sus agentes y de los poderes públicos, sino también deben del núcleo familiar, de los miembros del sector económico, que pueden contribuir a mejorar y mantener una vida con calidad para todos los miembros de la sociedad.¹⁹

El bienestar está estrechamente relacionado con la ausencia de privaciones. Cuando dentro de una sociedad existe para un número de personas ausencia de servicios públicos básicos, tales como: agua potable, luz eléctrica, vías para trasladarse, transporte público y establecimientos educativos; y si los ingresos no le permiten adquirir los bienes para satisfacer necesidades básicas de los miembros de la familia, como vestido y alimento, se considera que los ciudadanos bajo estas condiciones no han alcanzado el Bienestar.

¹⁸ Keynes, J. M. (2007). *Las consecuencias económicas de la paz*. Barcelona. Crítica.

¹⁹ Alemán, C. y García, M. (1999). *Fundamentos de bienestar social*. Valencia: Tirant lo blanch.

El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, define bienestar como: (De bien y estar).1. m. Conjunto de las cosas necesarias para vivir bien. 2. m. Vida holgada o abastecida de cuanto conduce a pasarlo bien y con tranquilidad. 3. m. Estado de la persona en el que se le hace sensible el buen funcionamiento de su actividad somática y psíquica. De tal suerte que el bienestar de un ciudadano, de una familia, de una sociedad, depende de los bienes materiales, posibilidades económicas que reflejan la esperanza de vida y oportunidades de tener acceso a la salud y educación.

(Termes y Cortina, 1996) Se configuran entonces en la evolución del Estado de Bienestar, los siguientes elementos:

1. La intervención del Estado en los mecanismos del mercado para proteger a determinados grupos de un proceso de oferta y demanda dejado a sus reglas.
2. La formulación de políticas públicas para el pleno empleo.
3. La institucionalización de sistemas de protección, para cubrir necesidades que difícilmente podrían satisfacer los salarios normales.
4. La institucionalización de ayudas para los que no pueden estar activos en el mercado de trabajo.

Así pues, el Estado de bienestar vino a constituir un intento fallido de realización del Estado Social de derecho, ya que una inadecuada formación de la ciudadanía para una participación en los asuntos públicos y para el uso razonable de los servicios públicos, así como para una ética de la gestión pública, generó una funesta tendencia a creer que los ciudadanos "sólo gozan de derechos", y no tienen obligaciones para con sus conciudadanos, y que el Estado es un "gran botín" del cual se puede aprovechar cuando se forma parte del mismo.

Estas falencias, más de método que de fondo, redundaron en la inexacta conclusión, de parte de los teóricos del liberalismo clásico, devenidos en "neo liberales", que afirman que el compromiso del Estado con los derechos sociales, genera una administración pública desmesurada en su tamaño, corrupta en sus costumbres, ineficaz en el logro de sus fines e inviable en términos económicos²⁰.

²⁰ Nozick, R. (2007). *Anarquía, Estado y Utopía*. México: FCE

Así las cosas, podríamos indicar que los derechos sociales son aquellos que garantizan universalmente a todos los ciudadanos por el hecho de serlo, el acceso a los medios necesarios para tener unas condiciones de vida dignas.

Su reconocimiento en la historia de los Derechos Humanos fue posterior a la de los derechos civiles y políticos, de allí que también sean denominados derechos de la segunda generación. Se desarrollaron a finales del siglo XIX y a comienzos del siglo XX y están constituidos por los derechos económicos, sociales y culturales, incorporados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948. A partir de aquí, el Estado de Derecho pasa a una etapa superior, es decir, a un Estado Social de Derecho.

Los derechos sociales no pueden entenderse sin una comprensión de las transformaciones del Estado en su tránsito del Estado liberal al Estado social y sin un conocimiento de las causas económicas, históricas y sociales acaecidas durante el siglo XIX y que produjeron los profundos cambios en su organización.

Estas conclusiones neoliberales por la influencia de organismos multilaterales, generaron los procesos de "reestructuración del Estado", nombre técnico dado a la reducción y eliminación de instituciones públicas con el consiguiente desconocimiento de los derechos de los trabajadores.²¹ En el marco ideológico de los procesos de reestructuración, el Estado liberal se compromete a garantizar los derechos políticos, especialmente la libertad de los ciudadanos, entendida ésta como independencia con respecto a los demás ciudadanos; es pues, un instrumento garante de la libertad económica identificada con la defensa de la legalidad, a contrario sensu el Estado Social de Derecho que consiste en incluir en el sistema de derechos fundamentales, no sólo las libertades clásicas, sino también los derechos económicos, sociales y culturales, estando dentro de su ética la protección de los derechos de segunda generación – los derechos sociales, económicos y culturales – lo cual obliga al Estado a ciertos niveles de intervención más allá del *laissez faire*.

En los países desarrollados, se ha buscado construir tres fundamentos políticos para contribuir a mejorar el bienestar social, así: la familia, basada por el principio de reciprocidad; el mercado, basado en el intercambio y el Estado que trata de Redistribuir.²²

²¹ Fukuyama, F. (1995). *El fin de la historia y el último hombre*. Barcelona: Planeta.

²² Rodríguez, G. (2004). Debates, desarrollo y retos. *El Estado del Bienestar en España*. Madrid: Fundamentos.

Para Francisco Laporta²³ en el Estado Social de Derecho se dan dos justificaciones, una ética, que obliga a percatarse de que la satisfacción de ciertas necesidades fundamentales y el acceso a algunos bienes básicos, exige la presencia del Estado bajo formas diversas, otra, de eficiencia económica, en razón de que los fines de la economía, desde Adam Smith hasta nuestros días, no pueden reducirse solamente a la acumulación individual²⁴.

La solidaridad como la libertad, es cosa de los hombres, no de los Estados, éstos establecen un marco jurídico para que ejercite la libertad quien lo desee y que sea solidario quien así lo considere serlo, pero un deber intransferible de todo Estado Social de Derecho es asegurar universalmente los mínimos de justicia, no imponer la solidaridad, satisfacer los derechos básicos de la segunda generación²⁵.

En relación con los asuntos laborales, que son los que interesan en esta investigación, *las políticas de protección al empleo*, capaz de pagar los gastos sociales es impracticable. En principio cada familia requería únicamente un salario para vivir, el de quien se considera cabeza de familia, pero, actualmente, cada una de las personas con capacidad productiva dentro de una familia, aspira a ocupar un puesto de trabajo, con la cual el ideal del trabajo para todos desaparece del horizonte y con él la posibilidad de pagar los gastos sociales²⁶.

Un matiz que dinamiza la discusión sobre los derechos sociales lo encontramos en el aporte Alejandro Ramírez Cardona²⁷, para quien el Estado Social de Derecho es una construcción lógico - formal, idealista, que encierra al derecho en sí mismo, el Estado de Justicia, como construcción de una lógica dialéctica material, mantiene el derecho abierto a la sociedad de donde surge para regularla y al mismo tiempo para dejarse superar por esta. En el Estado liberal de derecho, lo que gana el derecho lo pierde la sociedad, en el Estado social de justicia, lo que gana la sociedad lo pierde el derecho.

Así pues, ya sea desde la perspectiva de la no identificación del fracaso del Estado de bienestar con la inviabilidad del Estado Social de Derecho, o desde la propuesta de un Estado de justicia, un hecho es claro: los derechos sociales de los ciudadanos, deben

²³Laporta, F. (1988) *Sobre la precariedad del individuo en la sociedad civil y los deberes del estado democrático*, En Fundación F. Ebert / Instituto Fe y Secularidad. *Sociedad civil y Estado*, (pp. 19-30) Salamanca.

²⁴Sen, A. (2000). *Desarrollo y libertad*. Barcelona. Planeta.

²⁵Cortina, A. (2002). *Ciudadanía Social del Estado de Bienestar al Estado de Justicia* (pp.89). Madrid: Alianza Editorial.

²⁶Ibíd.

²⁷Ramírez, A. (2008). *El Estado de Justicia más allá del Estado de Derecho*. (pp. 231) Bogotá: Editorial el Búho.

protegerse, garantizarse y promoverse por el Estado, y no dejarse, en ningún caso, a los azares de las leyes del mercado, ya que, lo que está en juego en última instancia, como se afirmó antes, es la dignidad humana de las personas reales que conforman nuestras sociedades.

Desde esta lógica, un Estado, como el Colombiano, que ha pretendido "reestructurarse" desconociendo los derechos de los trabajadores, desconoce su identidad constitucional como Estado Social de Derecho y disfraza su compromiso con los derechos humanos, ya que no se puede desconocer la sistematicidad y organicidad de éstos.

Considerando que, tanto la injusticia social como la corrupción representan un retroceso en la civilización, estableciéndose una diferencia entre lo que es justo, a la luz de la razón, y lo que es legal, a juicio de los legisladores. Toda teoría del Estado de Derecho tiene como finalidad tutelar efectivamente los derechos y deberes de los seres humanos para librarlos de quienes quieren atropellarlos, incluyendo a quienes actuando en nombre del Estado²⁸.

El Estado que involucra en su estructura teleológica deberes y obligaciones sociales, garantías de seguridad social, justicia social, bienestar social y prelación del interés social sobre el interés particular, es en verdad un Estado Social de Derecho, siempre que se armonice la teoría y la práctica constitucional, pues cuando el Estado no sirve a los fines sociales, asignados por la Carta Política, éste pierde su legitimidad y validez, al no cumplir los fines para los que fue diseñado²⁹.

Los derechos sociales, son diferentes de los derechos civiles y políticos, en tanto éstos son derechos de autonomía y de participación. Los derechos de autonomía son derechos basados en el concepto de libertad positiva del individuo en la que el Estado no puede decidir por él, no puede actuar por él, ni disfrutar ni vivir; cada uno es dueño de sus acciones.

Los derechos sociales por su parte son prestados por el Estado a los individuos, tales como: la educación, los derechos de los niños a la protección de los padres y de los poderes públicos, el derecho al trabajo y remuneración suficiente, el derecho de acceso a la cultura y al desarrollo integral de la personalidad, el derecho de la familia a la protección social, económica y jurídica de los poderes públicos, el derecho a la formación profesional, seguridad e higiene en el trabajo, el derecho a la Seguridad

²⁸Rodríguez O. J. (2009). *La legitimidad en el Estado Social de Derecho*, (pp. 321). Bogotá: Grupo Editorial Leyer.

²⁹Ibíd.

Social, el derecho a la salud, el derecho a un medio ambiente sano, el derecho a una vivienda digna, derecho de los mayores, los derechos de los consumidores y usuarios a la defensa de la seguridad, la salud y de sus intereses y el que nos interesa los derechos de las personas en condición de discapacidad.

4.2 El Estado Social de Derecho y las Personas en Condición de Discapacidad

Los derechos sociales son instrumento de conexión interna de las sociedades, en las que se implementan, dado que uno de sus objetivos es la superación de las diferencias sociales, de las desigualdades de riqueza entre ricos y pobres. Por ello, el Estado cumple un importante papel equilibrador entre unos y otros, a través de la utilización de los instrumentos fiscales que están a su servicio y a través de la programación de políticas sociales.³⁰

Es necesario destacar que los derechos sociales son derechos solidarios porque implican una especial y estrecha vinculación de la conciencia individual con la colectiva, ya que cada uno se compromete en el bienestar de los demás, en procurar que todos tengan un mínimo vital que permita la vida digna. De tal forma que, bajo el escudo del Estado de bienestar, los derechos sociales han sido un potente instrumento de consenso y de legitimación del poder. Precisamente, cuando éstos han fallado, ha sido cuando se ha puesto en tela de juicio la misma existencia del modelo del Estado de bienestar.³¹

Como consecuencia de esta articulación, todo estatuto legal del funcionario público, empleado u obrero, en el contexto iberoamericano, comenzó a considerar la estabilidad, el ascenso, la indemnización y la protección jurisdiccional como elementos nucleares del sistema, reconociendo, de otra parte, que con el reclutamiento de trabajadores idóneos se beneficia la empresa y la administración pública, tratándose del Estado como empleador, cuyo objetivo es el de lograr la justicia y la equidad³².

En el caso colombiano, en la primera mitad del siglo XX, las actividades laborales de los empleados públicos se encontraban en situación de desamparo legal, mientras que

³⁰ Martínez de Pisón C. J. (1998). Un estudio sobre los derechos sociales. *Políticas de Bienestar* & Maslow, A. (1963). *Motivación y Personalidad*. Madrid: Díaz de Santos.

³¹ Lucas, J. (1993): *El concepto de solidaridad*. México: Fontamara.

³² INAP. (2002). *La profesionalización de la Gestión pública en Iberoamérica*, Colección Informes y Documentos. (ISBN 8470887262). (pp 66). Madrid.

el obrero, en la esfera industrial y el empleado en el ámbito comercial, habían logrado conquistas de diversos órdenes que se concretizaron en la legislación del trabajo³³.

En ese contexto, se evidenciaba una desigualdad en el régimen laboral de la esfera privada respecto de la función pública, ya que, en el régimen laboral se consagraron los llamados derechos irrenunciables de los trabajadores, tales como el salario mínimo, la indemnización, la seguridad social, la salud del obrero; por su parte, la administración pública, es entendida como una pieza de la estructura burocrática, en la cual, el funcionario es un asalariado, aun cuando se encuentre en un cargo de alto nivel jerárquico, el cual está sujeto a la inestabilidad producto de las presiones de los partidos políticos, o de los comités, que, en ocasiones, se forman para asumir la función de patronos de la Administración Pública. Pero cuando funcionario público o trabajador de la empresa privada entraban a un estado de incapacidad médica o una incapacidad permanente parcial también llamada perdida de capacidad laboral, y como consecuencia de ellas una discapacidad física, fisiológica y/o mental, en dichas circunstancias, las discusiones laborales entre los trabajadores y empleadores se mezclan con un fondo político, económico y se deciden por presión o interés particular de una de las partes³⁴.

Tanto la economía y la sociedad han sufrido cambios importantes derivados de la globalización de los procesos productivos, los que surgen como consecuencia de los cambios *demográficos* (envejecimiento de la población, caída de las tasas de natalidad); *sociales* (predominio de la familia nuclear sobre la extensa); familias monoparentales; incorporación masiva de las mujeres al mundo laboral; y los que son fruto de las nuevas formas de pobreza, la iniciada de los procesos masivos de inmigración no controladas, ni gestionados adecuadamente, o los de desregulación y segmentación del mercado de trabajo.³⁵

Los problemas que ha generado la globalización traen consigo los cambios en el mercado laboral y las prestaciones sociales. Dentro de estos cambios el concepto de salario, las garantías del trabajo dependiente, la permanencia en el mismo y con menor permanencia el reconocimiento de las prestaciones sociales adecuadas.

El Estado Social de Derecho debe enfrentar los problemas *que surgen de las nuevas estructuras sociales*, especialmente del entorno *familiar*, que ha cambiado en su

³³ Archila, M. (1991). *Cultura e identidad obrera: Colombia 1910-1945*. Bogotá: CINEP.

³⁴ Villasmil, H. (2001). *Estudios sobre el Derecho del Trabajo*. (pp. 622) Caracas: Universidad Católica Andrés Bello.

³⁵ Montagut, T. (2004). *Política Social*. Madrid: Ed. Ariel.

conformación y sostenimiento y el entorno laboral sometido a los cambios de la economía, de la producción, de la tercerización, por la influencia internacional.

Durante las dos últimas décadas ha cambiado la perspectiva de protección ya no por caridad sino por un desarrollo de los derechos humanos a las personas en estado de discapacidad, regresando estos al concepto de ser sujetos y no objetos de la sociedad ante la notoriedad de su estado de salud.

Los discapacitados para la sociedad no son personas con problemas, son personas con derechos humanos, en tal medida la solución de la dificultad no parte del interior del discapacitado, su origen está en el entorno, los procesos sociales y económicos de la sociedad deben incluir a estos ciudadanos, en los procesos productivos de acuerdo a sus habilidades y limitaciones.³⁶

En los estudios constitucionales se describen los tres valores que se originaron en la Revolución Francesa: igualdad, libertad, fraternidad, siendo la fraternidad el antecedente del principio de la solidaridad en los procesos democráticos. En la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea proclamada en Niza en el año 2000, en el capítulo III se desarrolla el valor de la igualdad, en el cual se repudia todo tipo de discriminación dentro de ellas por el género, minoría de edad, ancianidad y discapacidad. En ella se expresa *“la Unión reconoce y respeta el derecho de las personas con discapacidad a beneficiarse de medidas que garanticen su autonomía, su integración social y profesional y su participación en la vida de la comunidad”*.

Surge de esta declaración la necesidad de comprender el principio de vida independiente, el cual tiene una conexión directa con la dignidad que permite el uso de posibilidades pero no debe ser confundida con ellas, es decir, se debe diferenciar la existencia de la capacidad para razonar, sentir y comunicarse de las posibilidades de razonar, sentir y comunicarse, generándose dos consecuencias en un Estado garantista de derechos fundamentales así:

a. Los derechos son el límite del poder político en el Estado,³⁷ razón por la cual éste ofrece las posibilidades de ejercicio de estos derechos, pero es la sociedad la que crea las barreras en el nivel físico y mental para los demás, en mayor medida para los discapacitados.

³⁶ Campoy C. I. (2004). Perspectivas sociales, jurídicas, políticas y filosóficas. *Los derechos de las personas con discapacidad*. Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas. Madrid: Universidad Carlos Tercero.

³⁷ De Asís R. R. (2000). *Las paradojas de los derechos fundamentales como límites al poder*. (pp. 69). Madrid: Dykinson.

b. La manifestación de las capacidades puede hacerse por medios distintos, en donde lo correcto tiene una variación según las posibilidades de quien lo hace, en donde no es la forma sino la propia acción para llegar al proyecto de vida.

La estructura del Estado Colombiano de la Constitución de 1886 se conservó en la Carta Política de 1991 en términos generales, sin embargo, se generaron cambios significativos relacionados con la rama judicial, con los organismos de vigilancia y control, con el funcionamiento del Congreso y con algunas funciones del ejecutivo, dentro de ellas la organización y control de las relaciones laborales en general³⁸.

A pesar de lo anterior, podríamos afirmar que, los cambios introducidos por la Constitución de 1991 en materia de estabilidad del empleo para los trabajadores del sector público y privado, después de una evaluación de dos décadas, han resultado meramente nominales, ya que los problemas del clientelismo, de la burocratización para pagar favores políticos, de la permisividad de constituir cooperativas de trabajo asociado para desconocer los derechos laborales ya establecidos, la creación de empresas de servicios temporales y con ellas la inseguridad jurídica de los trabajadores frente a su verdadero empleador y la consideración de los cargos públicos como botines electorales, han permanecido y, en algunos casos, incluso se han agudizado, tal como lo veremos en los capítulos posteriores.

La reflexión anterior, nos permite concentrar el análisis de la discapacidad en el derecho, la cual debe ser abordada con el filtro de la igualdad y dentro de ella la importante diferenciación positiva y negativa de los miembros de la sociedad.

En general se da un trato a la diferencia y no a la uniformidad, bajo los supuestos de la igualdad formal en los criterios del derecho positivo. Pero para nuestro problema en estudio, es necesario atender a los derechos bajo la exigencia de considerar a los seres humanos como dotados de dignidad, a quienes se deben garantizar las medidas que tiene como objeto hacer posible el desarrollo de las capacidades y posibilidades de los discapacitados.

Al respecto de la diferenciación positiva de los ciudadanos en situaciones que pueden reputarse de igualdad, la Honorable Corte Constitucional en sentencia referida a la negativa de la administración pública de conceder el traslado de una docente y el cambio de su jornada de trabajo para atender a su hijo con una discapacidad, indicó:

³⁸ Younes, D. (2004). *Panorama de las reformas del estado y de la administración pública*. Bogotá: Universidad del Rosario.

En todos los casos, la procedencia del amparo está condicionada a la existencia de elementos razonables, que demuestren una relación de conexidad entre la enfermedad de la persona y la necesidad de reubicación o cambio de sede laboral.

*Así, ha dispuesto la jurisprudencia de esta Corporación, que cuando los docentes, sus hijos, o algún otro miembro de la familia padecen quebrantos de salud, ya sea a nivel físico o mental, que evidencien la necesidad de un cambio de sede o de jornada como en este caso, no sólo para la lograr la recuperación del docente, sino también para alcanzar la mejoría física y emocional que demanden quienes depende del docente, es deber de la administración, y llegado el caso del juez constitucional, **dar un trato diferencial positivo**, garantizando con ello los derechos al trabajo en condiciones dignas y justas, y a la salud en conexidad con la vida. Esta jurisprudencia ha ido acompañada de ciertos condicionamientos operativos y presupuestales de la administración pública, como la ausencia de vacantes o la carencia de recursos. En estos casos, a menos que se demuestre fehacientemente la impostergabilidad del traslado o la reubicación, la medida consistirá en una orden de atención prioritaria a la persona, una vez exista la vacante o se apropien recursos para el efecto.*

Las personas se desenvuelven en diversas dimensiones de la vida, y de ellas se determina el valor de la persona o su expresión de valor ante los demás. La dimensión laboral hace parte de estas categorías, de tal suerte que el contar con un empleo o estar sin él, en personas adultas, es un factor de exclusión social. En atención a las personas con discapacidad y asociado esto a las dimensiones personales, y en particular la dimensión laboral, puede sentirse como un factor adicional de discriminación.

Para la vida en sociedad, contar con un empleo o una fuente de trabajo, es la mejor expresión de independencia y autonomía en el individuo, en tanto, las personas con discapacidad puedan acceder a un empleo o contar con medios de subsistencia autónomos, podría hablarse de inclusión social.

La discapacidad debe entenderse como una parte natural del ser humano, y de allí permitirle construir su propia vida laboral con sentido, contribuir a la sociedad de una forma adecuada y productiva, disfrutar de la autodeterminación, poder vivir con independencia y elegir de la misma manera.³⁹

La discapacidad desde el punto de vista jurídico, era considerada como un elemento de estudio en los sistemas de seguridad social en general y en el sistema de salud en particular; los servicios asistenciales y demás tratamientos médicos terapéuticos, llevaban a la rehabilitación, como el mejor de los métodos de beneficencia dentro de un modelo civilista del derecho.

³⁹ Pérez. B. L. y Andreus. A. (2010). Algunas claves a través de siete historias de vida. En editor CINCA, (Eds.), *Inclusión, discapacidad y empleo*. (pp. 193). Ecuador: Ediciones CINCA.

La evolución en las perspectivas del derecho condujo al concepto y tratamiento de la discapacidad, en tanto dicha evolución se dio en pro de los derechos humanos, es decir el cambio de paradigma hacia el modelo social, ha llevado a considerar las situaciones de discapacidad de las personas como un cuestionamiento de derechos humanos, desde todas las dimensiones del ser humano, y especialmente la dimensión laboral.

Así, entonces, las personas con discapacidad dejan de ser un “problema”, para pasar a ser titulares de derechos, y considerar los cambios de los sistemas sociales, políticos, laborales de la sociedad para adaptarlos a las diversas situaciones de discapacidad, contrario sensu, de la adaptación de la persona con discapacidad a los modelos existentes, que no le permitían adaptarse o desarrollar las habilidades y destrezas independientes de la discapacidad.⁴⁰

Los valores que sustentan los derechos humanos son el soporte del reconocimiento de la discapacidad como uno de ellos, la dignidad es una condición inescindible de la humanidad, la libertad entendida como autonomía que hace a las personas centro de las decisiones que le afecten, la igualdad respetuosa de la diferencia, como derecho inherente al ser humano. Las sociedades valoran el ser humano en razón de su utilidad. Si la utilidad es disminuida o limitada, el valor de los seres humanos también tiende a disminuir.⁴¹

Con relación a la autonomía, entendida como la forma en que cada persona se autogobierna y dirige sus metas; ésta, en la sociedad se niega a las personas con discapacidad, olvidando que es la asistencia del estado la que garantiza a estas personas el conservar su autonomía.

La teoría de *Martha Nussbaum* (2007) en las fronteras de la justicia, podría considerarse un paso hacia el reconocimiento de la igualdad a la dignidad de las personas con discapacidad, desde que valora la dignidad, la autonomía y el potencial de las personas y considera a cada persona como un fin en sí misma. La autora sostiene (Martha Nussbaum, 2007) que la dignidad no se funda en ninguna propiedad de la persona y que para resolver desde la teoría de la justicia la exclusión de las personas con discapacidad hace falta una nueva forma de pensar la ciudadanía y un

⁴⁰ Palacios, A. (2008). *El modelo social de discapacidad, orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad*. Madrid: Ediciones CINCA.

⁴¹ Quinn, G. (2005). *Next steps, Towards a United Nations Treaty on the rights of persons with Disabilities*. (pp. 519-541). [Sigüientes Pasos, Alrededor de Las Naciones Unidas. Tratado en los derechos de las personas con Disabilidades] Ashgate: Peter Blank

nuevo análisis de la cooperación social, la solución es reformular las teorías existentes.⁴²

Las personas con discapacidad tienen el derecho a la igualdad de oportunidades, en razón a su igual humanidad y no por la igualdad funcional, lo contrario, sería determinar el valor de las personas por lo que aportan, es decir considerarlas como un medio y no como un fin en sí mismo.

Por otro lado, el trabajo es un término con varias acepciones (DRAE, 2001). En la presente investigación se adopta como una actividad humana que esta previamente planificada por una manera consciente y deliberada, requiere del esfuerzo de un individuo, con el que obtiene un resultado productivo. Etimológicamente se deriva del latín *trabs*, *trabis*, *traba*, como instrumento de sujeción del hombre. Para la Real Academia de la Lengua (DRAE, 2001), se deriva del latín *tripaliare*, *tripalium* (tortura medieval) como sinónimo de tortura o torturarse, posteriormente surgió como sinónimo de laborar.

El concepto de trabajo ha evolucionado a lo largo de la historia y tiene una estrecha vinculación con factores de malestar físico, psicológico, social, de allí nace la relación entre salud-enfermedad. Por la naturaleza colectiva del trabajo humano y el sistema de relaciones sociales que la conforman se puede señalar que la división del trabajo humano ha llevado a la evolución social.⁴³

En la historia de la civilización se determina el trabajo como una actividad símbolo de castigo. En Génesis. 3 (La Biblia) el trabajo aparece como un insoportable castigo ante la desobediencia de Adán y Eva de cumplir con la promesa hecha a Dios, Gén. 3:17 (La Biblia): *“Al hombre le dijo: por haber escuchado la voz de tu mujer y comido el árbol del que yo te había prohibido comer, maldito sea el suelo por tu causa: con fatiga sacarás de él, el alimento de todos los días de tu vida”*

En siguientes civilizaciones la esclavitud se consideró como una forma natural y más adecuada de relación laboral. Los griegos en el Siglo VIII a.C. pensaban que solo el ocio recreativo era digno del hombre libre.

A mediados del Siglo XIX, en la mayoría de los países se abolió la esclavitud, bajo el desarrollo de la democracia y el sindicalismo, la esclavitud desaparece como expresión

⁴² Nussbaum, M.C. y Trad, De R. y Villa. V. y Santos M. A. (2007). Consideraciones sobre la exclusión. *Las fronteras de la justicia*. (pp. 26). Barcelona: Paidós.

⁴³ Comte, A. (1980). *Discurso sobre el espíritu positivo*. En Edición en español con prólogo de Marías, J. Madrid: Editorial Alianza.

fundamental del trabajo y surge el trabajo con remuneración o salario, nace entonces la teoría del valor positivo del trabajo.

Para la revolución industrial del Siglo XIX y el desarrollo técnico y tecnológico del Siglo XX la humanidad genera nuevas perspectivas del trabajo, se empieza a considerar las ventajas y desventajas para el desarrollo de una sociedad, la permanencia en el empleo de sus ciudadanos, así como los efectos del desempleo, estas dos situaciones llevan al surgimiento de nuevas disciplinas que estudias las afectaciones sociales de las personas por el hecho del trabajo y su vínculo con la salud, la calidad de vida y el desarrollo individual.⁴⁴

4.3 La Naturaleza de la Protección a las Personas en Condición de Discapacidad en las Relaciones Laborales

La búsqueda de la verdad es uno de los objetivos principales del sistema económico, en tanto, el valor del producto genera una relación directa con su duración en el tiempo, por ello, los sistemas de trabajo son cada vez más complejos y la remuneración al trabajador no es sólo económica, sino en beneficios materiales y no materiales, siendo necesario ante esta forma de retribución la intervención del tercero en la relación laboral, denominado Estado, en el entorno local, y a su vez se generan las instituciones de índole internacional. Estas formas de reconocimiento laboral, han generado para los trabajadores de finales del Siglo XX una situación difícil ante las altas tasas de desempleo y otras formas sutiles de precariedad laboral.⁴⁵

Las transformaciones en el ámbito laboral en los países denominados desarrollados han influenciado a los demás, dentro de ellas tenemos:

a. En lo político: los cambios legislativos han potenciado el respeto a las libertades de los individuos y con ellas las relaciones laborales; en el espacio internacional, se tiene una tendencia a la globalización y unificación de criterios contractuales.

b. Los cambios demográficos: Reducción de la natalidad frente al envejecimiento de la población, desaceleran la tasa de crecimiento de los países industrializados y acelera el proceso migratorio de la población de los países menos desarrollados, que pueden

⁴⁴ Sánchez R. O. (2012). *Desarrollo Profesional e inserción laboral en personas con enfermedad mental*. (pp. 26). Madrid: Editorial Grupo 5.

⁴⁵ De, E. y Peña, J. (2004). *Desigualdad Social y Relaciones de Trabajo*. (pp. 30). Salamanca: Editorial Universidad de Salamanca.

traer integración cultural, pero con ella problemas de acoplamiento de costumbres laborales de los grupos étnicos, que afectan los procesos productivos.

c. Socialmente. Se resalta la integración de la mujer en el campo laboral, en los sectores económicos y políticos, así como la integración más temprana de los jóvenes a la vida laboral y con ello la disminución de las relaciones familiares que han llevado al traste con los valores sociales como el respeto y la inestabilidad de los núcleos de la sociedad.

Estos elementos, entre otros, como los avances técnicos y tecnológicos en los procesos productivos han cambiado las formas de trabajo, pasando por empleos dependientes seguros, de por vida, de tiempo completo y en una misma empresa u organización a empleos temporales de corta duración, en diferentes empresas, confusión de empleadores, diversidad de lugares para prestar el servicio los cuales han precarizado las relaciones laborales.⁴⁶

En obras recientes tales como Lunt y Thorton (1994), se han estudiado temas relacionados con la puesta en práctica de políticas de empleo desde el punto de vista de un modelo social de la invalidez, pero, sin el examen del objetivo de esa propuestas, a tal punto que Finkelsntein (1980), señaló repetidas veces que: *“el factor predominante que contribuye a la invalidez de los diferentes grupos es la forma en que las personas pueden participar en la creación de riqueza social.*

Los niveles de empleo asumidos separan a las personas en diferentes grados de dependencia (...). Al tratar de distanciarse (los grupos de personas con determinadas insuficiencias o grados de invalidez) de los grupos a los que consideran más discapacitados que ellos, pueden albergar la esperanza de mantener su exigencia de una independencia económica y un status aceptable en la comunidad⁴⁷

El llamado a la unidad y a la coherencia entre la teoría de los derechos de protección e integración social de los discapacitados, deja a un lado un elemento fundamental de este grupo de personas, y es el de reconocer que por más esfuerzos que la sociedad a través de sus planes de gobierno o políticas de Estado, determine la inclusión de todos a la vida laboral o a la fuerza de trabajo, siempre habrá un grupo de excluidos debido a su insuficiencia, las cuales no podrán producir bienes y servicios para la sociedad, de tal suerte que la garantía de los derechos de los discapacitados en el ámbito laboral,

⁴⁶ Óp. cit. Pérez. B. L. y Andreus. A. (2010).

⁴⁷ Work Rehabilitation Foundation. (1980). *Attitudes and disable people: Issue for discussion.* [Actitudes y personas con Discapacidad: Cuestión por Discusión]. New York.

no puede forzosamente llevarnos a señalar que la integración debe ser completa de todos los discapacitados en los sistemas de trabajo y producción reconocidos.⁴⁸

(Jenny Morris, 1991) ha escrito que la filosofía del movimiento de la vida independiente se basa en cuatro supuestos:

- que toda vida humana tiene un valor
- que todos cualquiera que sea su insuficiencia, es capaz de hacer elecciones
- que las personas que están discapacitadas por la reacción de la sociedad a la insuficiencia física, intelectual y sensorial y a las afecciones emocionales tienen el derecho a ejercer el control de sus vidas
- que las personas discapacitadas tienen derecho a la plena participación en la sociedad

Estos supuestos representan determinaciones básicas y definitivas que se oponen al simple proceso de producción de bienes y servicios en el mundo laboral, de tal suerte que el respeto y proyección de los derechos de los discapacitados, no debe reflejarse para la empresa y el empleador en su inclusión y permanencia total en la fuerza productiva. Sociológicamente las personas discapacitadas han habitado un mundo de cultura, política e intelectualismo que no diferencia los intereses de éste grupo frente al mal llamado reconocimiento de su igualdad, que se ha convertido en una teoría de justificación de la exclusión social y laboral de los mismos.⁴⁹

Se considera importante en este estudio determinar que se debe hablar de una persona en condición de discapacidad, en el mundo laboral, enfatizando en el sustantivo “persona en condición”, lo cual contrarresta, los modismos tradicionales de la sociedad, y omitiendo pronunciarse respecto a la persona, detallando su limitación o incapacidad física.

Cuando hacemos uso del sustantivo persona, se indica, un conjunto de capacidades, potencialidades y de limitaciones, es decir, la discapacidad es tan solo una característica de algunas personas, pero no lo es todo en una de ellas. En los procesos relativos a la inserción laboral no se trabaja con la discapacidad, sino con una persona en dicha condición; se debe trabajar con las capacidades, intereses y expectativas, que ésta ofrece, debiendo proyectarse su actividad a la consecución de las metas que se ha planteado en busca de la felicidad individual. En este sentido las

⁴⁸ Barton, L. (1998). *Discapacidad y sociedad*. (pp. 78). Madrid: Ediciones Morata, S.L.

⁴⁹ *Ibid.*

personas con discapacidad, deben ser sujetos activos de las decisiones que respecto de su presente y futuro se puedan tomar.⁵⁰

Al respecto, el programa de Acción Mundial para las personas con discapacidad indica: “En el caso de las personas que no estén en capacidad de participar por si mismas de forma adecuada en decisiones que afectan sus vidas (como por ejemplo las personas con deficiencias mentales graves) sus familiares o representantes designados con arreglo a la ley deberán participar en la planificación y en la adopción de las decisiones”.⁵¹

En el ámbito laboral, las personas con discapacidad deben tener acceso a posibilidades sociales en los entornos físicos, de servicios, documentales, de información para estar al nivel de la actividad productiva, que les permita vivir con dignidad e independencia, cuya promoción y conservación del empleo tenga una representación en la productividad comparada con las demás personas de la sociedad y del campo laboral en particular.

El trabajo es un elemento fundamental en la acción social del ser humano, que supera los niveles de remuneración o reconocimiento económico del mismo, en tanto existen trabajos que no tienen remuneración económica, pero si posibilidades de crecimiento en dignidad y respeto por las diferencias, tales como los voluntariados. La integración laboral de las personas con discapacidad comprende los procesos de rehabilitación hasta llegar a la reubicación, readaptación o recuperación total.

Como es evidente que los Estados y en especial los Estados bienestar, debe ampliar los espacios para las personas que poseen una discapacidad, ya que estas también merecen su vida digna, igualdad y participación en el Estado laboralmente, a manera de inclusión. Es tan necesaria esta inclusión a la vida laboral para las personas limitadas que las organizaciones internacionales han expedido recomendaciones a los estados miembros para que garanticen la igualdad a los discapacitados.

En el Convenio 159 (OIT), de 22 de junio de 1983, sobre la readaptación profesional y el empleo de personas inválidas, propuso a los países miembros de esta.

Que la finalidad de la readaptación profesional es la de permitir que la persona inválida obtenga y conserve un empleo adecuado y progrese en el mismo, y que se promueva así la integración o la reintegración de esta persona en la sociedad.

⁵⁰ Montero. G, C. (2003). *Estrategias para facilitar la inserción laboral a personas con discapacidad*. San José de Costa Rica: Editorial Universidad Estatal a Distancia.

⁵¹ Grupo Latinoamericano de Rehabilitación Profesional -GLARP. (1993). *Descripción del modelo integral de evaluación MIEO*. Bogotá.

(...)

*Dicha política estará destinada a asegurar que existan medidas adecuadas de readaptación profesional al alcance de todas las categorías de personas inválidas y a promover oportunidades de empleo para las personas inválidas en el mercado regular del empleo.*⁵²

Es incuestionable entonces que los principios del Estado Social de Derecho, deben cobijar y garantizar la inclusión laboral a las personas en condición de discapacidad, pero también se hace necesario que los Estados cualifiquen y clasifiquen quienes son discapacitados atendiendo a su limitación, deficiencia o minusvalía. Y si es del caso zanjen hasta dónde puede llegar ese estado bienestar; para evitar así beneficiar a todo aquel que a pesar de estar discapacitado no se hace merecedor a este cobijo por su capacidad laboral residual; máxime cuando lo que realmente debe proteger el Estado son las discapacidades significativas y no las de pequeños índices de deficiencia o limitación.

La necesaria clasificación de los grados de discapacidad, permite al Estado y la empresa como empleadores, generar adaptaciones tecnológicas, espacios, equipos y herramientas, en los centros de trabajo y de capacitación, para permitir la competitividad en el mundo de la oferta y la demanda; pero ante todo para permitir la inclusión laboral. Esta clasificación adicionalmente, considera que aún después de los desarrollos de los procesos de habilitación, rehabilitación y formación para las personas con discapacidad no todos logran alcanzar el nivel óptimo de funcionalidad para desempeñar un cargo en las condiciones de rendimiento y productividad necesarios.⁵³

La Corte Constitucional se ha pronunciado en varias oportunidades con relación a los fines que orientan el trabajo y la inclusión laboral de las personas en condición de discapacidad, denominándola como estabilidad laboral reforzada; en Colombia, este tema se ha desarrollado en especial con las sentencias C-470 de 1997 y C- 531 de 2000, estableciendo, a través de dichos pronunciamientos, líneas jurisprudenciales apuntando a una consolidación de la protección a las personas en condición de discapacitadas y de los trabajadores que sin ser discapacitados se encuentran en un estado de “*debilidad manifiesta*” en virtud de una incapacidad médica legalmente expedida.

Respecto a lo anterior, señalando criterios relativos al sistema de inclusión laboral y reincorporación al trabajo, a la buena prestación del servicio empresarial y al logro de

⁵² OIT (1983). Convenio 159 del 22 de junio de 1983.

⁵³ Parra D, C. (2004). *Derechos Humanos y Discapacidad*. (pp. 46). Bogotá: Centro Editorial Universidad del Rosario.

los fines del Estado, la jurisprudencia confluye en un reconocimiento de esta protección laboral como uno de los mecanismos que concretizan el Estado Social de Derecho en materia de empleo. En este mismo sentido, la jurisprudencia de la Corte precisa que el acceso al trabajo se debe dar bajo condiciones de igualdad, y se dirige a una vigencia de los principios de eficiencia y eficacia de la función pública ante las actuaciones de los particulares que bajo el mencionado principio de autonomía de la voluntad, llegan a desconocer los derechos laborales de consagración Constitucional; de igual manera enfatiza cómo los derechos subjetivos son reconocidos y promovidos mediante las normas internas que reflejan los compromisos internacionales de protección a las personas en condición de discapacidad.

Así mismo, la Corte ha desarrollado algunos derechos subjetivos en beneficio de los trabajadores en condición de discapacidad, y ha tratado este tema en las sentencias de tutela; T – 554 de 2009, T- 457 de 2010, T - 132 de 2011, T - 301 de 2010, T- 434 de 2008, entre otras; en beneficio de ello, el principio de estabilidad en el empleo, el sistema para el retiro y los beneficios propios de la condición de discapacidad; indicando que las personas vinculadas a un empleo cualquiera que sea su origen privado o público son titulares de unos derechos adquiridos, que deben ser protegidos y respetados por el Estado y hacerlos respetar por los empleadores en su posición dominante de la relación laboral.

La Corte Constitucional enfatiza que el legislador de 1991, en aras de una consolidación de la seguridad jurídica de los ciudadanos, determinó el carácter de protección laboral a las personas con discapacidad al señalar en el artículo 13 que: *“Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.*

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

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

Este precepto fue desarrollado en la Ley 361 de 1997, donde se precisan los requisitos y oportunidades para ingresar a la fuerza laboral y para que un empleador de por terminado el contrato de trabajo de una persona en condición de discapacidad o estado de debilidad manifiesta; pero también la H. Corte Constitucional perpetua los derechos a cualquier tipo de discapacidad, sin miramiento alguno a si esta es leve,

moderada, severa o profunda o a su capacidad laboral residual, que si le permite al discapacitado ser una persona activa en la vida laboral; dichas consideraciones serán objeto de estudio en los siguientes capítulos de esta investigación.

5. Segundo Capítulo: Origen de los mecanismos de protección de las Personas en Condición de Discapacidad en Colombia frente a la Relación Laboral

El estrecho vínculo entre los derechos humanos y los derechos laborales de los ciudadanos en su calidad de trabajadores, llevaron a las organizaciones de nivel internacional a pronunciarse respecto de la protección que los Estados deben garantizar a los habitantes de su territorio, en consecuencia encontramos tratados internacionales como el Convenio 182 de la OIT, sobre la prohibición de las peores formas de trabajo infantil y la acción inmediata para su eliminación; el Convenio I y II, 16 del III Convenio, 27 del IV Convenio, así como los artículos 75 del Protocolo adicional I y 4 del Protocolo adicional II, sobre la protección laboral de la mujer en estado de embarazo; la protección de trabajadores sindicalizados en el Convenio Número 87, relativo a la libertad sindical y a la protección al derecho sindical, adoptado el 9 de julio de 1948, por la XXXI conferencia internacional del trabajo.⁵⁴ Para interés, el presente capítulo analiza la estructura de la protección a las personas en estado de discapacidad, las funciones de las entidades públicas y privadas encargadas de hacer efectiva dicha protección en el marco del Estado Social de Derecho, evaluando sus desarrollos en relación con los objetivos que motivaron esta protección laboral, así como los pronunciamientos de las altas Cortes sobre los límites de esta condición especial.

5.1 Los Organismos y Pronunciamientos Internacionales relativos a la Protección Laboral de las Personas en Condición de Discapacidad

El tema de los derechos de las personas con limitaciones o en condición de discapacidad ha sido reconocido en profusos tratados internacionales que conforme a las normas del derecho internacional, han sido ratificados y asociados al bloque de constitucionalidad en nuestro país, entre los cuales se encuentran los convenios y recomendaciones expedidos por la Organización de las Naciones Unidas, tales como

⁵⁴ OIT (09, Julio, 1948), Conferencia Internacional del trabajo, Convenio No 87. Recuperado de: <http://www2.ohchr.org/spanish/law/sindicacion.htm>

la Declaración de los Derechos del Retrasado Mental (1971), la Declaración de los Derechos de los Impedidos (1975), y las Normas Uniformes sobre la Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad (de carácter no vinculante, adoptadas en 1993).

Dentro de ello, cabe resaltar el contenido que describe el Convenio 159 de 22 de junio de 1983⁵⁵, de la Organización Internacional del Trabajo OIT, sobre la readaptación profesional y el empleo de personas inválidas, el cual señala:

Art. 1. 1. A los efectos del presente Convenio, se entiende por «persona inválida» toda persona cuyas posibilidades de obtener y conservar un empleo adecuado y de progresar en el mismo queden substancialmente reducidas a causa de una deficiencia de carácter físico o mental debidamente reconocida.

2. A los efectos del presente Convenio, todo Miembro deberá considerar que la finalidad de la readaptación profesional es la de permitir que la persona inválida obtenga y conserve un empleo adecuado y progrese en el mismo, y que se promueva así la integración o la reintegración de esta persona en la sociedad.

3. Todo Miembro aplicará las disposiciones de este Convenio mediante medidas apropiadas a las condiciones nacionales y conformes con la práctica nacional.

4. Las disposiciones del presente Convenio serán aplicables a todas las categorías de personas inválidas.

En la recomendación No. 168 del 20 de junio de 1983⁵⁶, sobre la readaptación profesional y el empleo (personas inválidas), del mismo organismo internacional se indica:

*Al aplicar las disposiciones de esta Recomendación, así como las de la Recomendación sobre la adaptación y la readaptación profesionales de los inválidos, 1955, los Miembros deberían considerar que la expresión **persona inválida** se refiere a toda persona cuyas posibilidades de obtener y conservar un empleo adecuado y de progresar en el mismo estén substancialmente reducidas a causa de una deficiencia de carácter físico o mental debidamente reconocida.*

2. Al aplicar esta Recomendación, así como la Recomendación sobre la adaptación y la readaptación profesionales de los inválidos, 1955, los Miembros deberían considerar que la finalidad de la readaptación profesional, según se define en la segunda Recomendación, es la de permitir que una persona inválida obtenga y conserve un empleo adecuado y progrese en el mismo, y que se promueva así la integración o la reintegración de esta persona en la sociedad.

⁵⁵ OIT (22, Junio 1983). Convenio 159. Recuperado de: http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:312506

⁵⁶ *Ibíd.*

3. *Todo Miembro debería aplicar las disposiciones de esta Recomendación mediante medidas apropiadas a las condiciones nacionales y conformes con la práctica nacional.*

4. *Las medidas de readaptación profesional deberían quedar al alcance de todas las categorías de personas inválidas.*

5. *Al planear y prestar servicios de readaptación profesional y de empleo de las personas inválidas, deberían utilizarse en todo lo posible y con las adaptaciones necesarias los servicios existentes de orientación y formación profesional, colocación, empleo y afines destinados a los trabajadores en general.*

6. *La readaptación profesional debería comenzar lo antes posible. Con este fin, los sistemas de asistencia sanitaria y otros organismos responsables de la readaptación médica y social deberían cooperar de manera regular con los órganos responsables de la readaptación profesional.*

El Estado Colombiano mediante Ley 82 de 1988, ratificó el contenido del convenio y recomendación antes descrita, en atención a que los Estados miembros que los ratificaran, deberían cumplir con las disposiciones normativas sin escindirlas.

Nos interesa para desarrollar esta investigación los instrumentos internacionales, tales como:

1. Las Declaraciones sobre el Progreso y Desarrollo en lo Social⁵⁷ en el cual se establece que:

PARTE II: OBJETIVOS

El progreso y el desarrollo en lo social deben encaminarse a la continua elevación del nivel de vida tanto material como espiritual de todos los miembros de la sociedad, dentro del respeto y del cumplimiento de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, mediante el logro de los objetivos principales siguientes:

Artículo 10 (...)

f) La garantía de que a todos los individuos, sin discriminación de ninguna clase, se les den a conocer sus derechos y obligaciones y reciban la ayuda necesaria en el ejercicio y protección de sus derechos.

El "Programa de Acción Mundial para las Personas con Discapacidad" que para la Organización de las Naciones Unidas es 'una estrategia global para mejorar la prevención de la discapacidad, la rehabilitación y la igualdad de oportunidades, que busca la plena participación de las personas con discapacidad en la vida social y el

⁵⁷OIT (22, Abril, 2008). Declaración sobre el Progreso y el Desarrollo en lo Social recuperado de http://www.oit.org.pe/index.php?option=com_content&view=article&id=2068:declaracionbre-el-progreso-y-el-desarrollo-en-lo-social&catid=297:instrumentos-jurcos-onu&Itemid=1365

*desarrollo nacional. En el Programa también se subraya la necesidad de abordar la discapacidad desde una perspectiva de derechos humanos.*⁵⁸

Este programa que hace parte del bloque de constitucionalidad, busca la “*igualdad de oportunidades*”, que permita la participación total de las personas en condición de discapacidad y la integración en condiciones normales a la comunidad, en nuestro interés, a la vida laboral y/o productiva.

En las normas técnicas internacionales como la Declaración de Copenhagen, se describen las obligaciones de los Estados para promover la accesibilidad para las personas con discapacidad.⁵⁹ La Corte Constitucional como institución estatal a través de sus pronunciamientos jurisprudenciales ha contribuido al reconocimiento y protección de las personas en estado de discapacidad, ejemplo de ello es la Sentencia C-824 de 2011⁶⁰, en la cual se considera la aplicación de “*la guía para adaptar el ambiente construido para las personas con discapacidad*” como política determinada por la Organización de las Naciones Unidas, en el marco del Año Internacional de las personas con discapacidad, 1981. Estos instrumentos internacionales constituyen un importante parámetro interpretativo para la aplicación en el ordenamiento interno de los Estados.

Así mismo, en el ámbito americano cabe resaltar la expedición de la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad⁶¹, adoptada por la Asamblea General de la OEA en 1999, en la cual se indica:

⁵⁸ ONU (11, Diciembre, 1969). Asamblea General, Resolución 2542 (XXIV). Recuperado de: [http://www.un.org/spanish/d en su resolución 2542 \(XXIV\)disabilities/default.asp?id=500#1](http://www.un.org/spanish/d%20en%20su%20resoluci%20n%202542%20(XXIV)disabilities/default.asp?id=500#1)

⁵⁹ Para ampliar el contenido de la Declaración de Copenhagen, Organización de las Naciones Unidas. “*Nos comprometemos a crear un entorno económico, político, social, cultural y jurídico, que permita el logro del desarrollo social. Con ese fin, en el plano nacional: a) Proporcionaremos un marco jurídico estable, de conformidad con nuestras constituciones, leyes y procedimientos y de manera compatible con el derecho y las obligaciones internacionales, que incluya y promueva la igualdad y la equidad entre el hombre y la mujer, el pleno respeto de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales y el imperio de la ley, el acceso a la justicia, la eliminación de todas las formas de discriminación, el gobierno y la administración transparentes y responsables y el fomento de la colaboración con las organizaciones libres y representativas de la sociedad civil...*” Recuperado de: <http://www.un.org/documents/ga/conf166/aconf166-9sp.htm>

⁶⁰ Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 1º de la Ley 361 de 1997 “*Por la cual se establecen mecanismos de integración social de las personas con limitación y se dictan otras disposiciones.*” Actor: Sergio Andrés Duque Rodríguez y Silvia Consuelo Pardo Roa. Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva, Expediente D-8518.

⁶¹ OEA. (7, Junio, 1999). *Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con Discapacidad*, Recuperado de: <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/discapacidad.asp>

Para lograr los objetivos de esta Convención, los Estados parte se comprometen a:

1. Adoptar las medidas de carácter legislativo, social, educativo, laboral o de cualquier otra índole, necesarias para eliminar la discriminación contra las personas con discapacidad y propiciar su plena integración en la sociedad, incluidas las que se enumeran a continuación, sin que la lista sea taxativa:

a. Medidas para eliminar progresivamente la discriminación y promover la integración por parte de las autoridades gubernamentales y/o entidades privadas en la prestación o suministro de bienes, servicios, instalaciones, programas y actividades, tales como el empleo, el transporte, las comunicaciones, la vivienda, la recreación, la educación, el deporte, el acceso a la justicia y los servicios policiales, y las actividades políticas y de administración.

En Colombia se incorpora esta disposición internacional al derecho interno por medio de la Ley 762 de 2002⁶², así:

ARTÍCULO 1o. Apruébese la "Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Personas con discapacidad", suscrita en la ciudad de Guatemala, Guatemala, el siete (7) de junio de mil novecientos noventa y nueve (1999).

ARTÍCULO 2o. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 1o. de la Ley 7a. de 1944, la "Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Personas con discapacidad", suscrita en la ciudad de Guatemala, Guatemala, el siete (7) de junio de mil novecientos noventa y nueve (1999), que por el artículo 1o. de esta ley se aprueba, obligará al país a partir de la fecha en que se perfeccione el vínculo internacional respecto del mismo.

Esta convención tiene la finalidad de prevenir y eliminar todas las expresiones de discriminación contra las personas con discapacidad, así como la de propiciar su plena integración a la sociedad. De acuerdo con este instrumento, que hace parte de la legislación interna colombiana, el artículo 1 de esta Convención define el término 'discapacidad' como una deficiencia física, mental o sensorial, ya sea de naturaleza permanente o temporal, que limita la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, que puede ser causada o agravada por el entorno económico y social⁶³.

En esta Convención se considera que los Estados discriminan a las personas con limitaciones o con discapacidad cuando asumen actitudes que tengan el efecto o propósito de impedir o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por parte de las personas con discapacidad, de sus derechos humanos y libertades fundamentales,

⁶² Secretaría del Senado (2002). Ley 762 de 2002. Recuperado de: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2002/ley_0762_2002.html

⁶³ *Ibíd.*

razón por la cual ordena a los Estados a tomar medidas no sólo para “eliminar la discriminación contra las personas con discapacidad” sino también para “propiciar su plena integración en la sociedad.”

En virtud de dicho tratado, Colombia, como Estado parte, se comprometió a adoptar las medidas legislativas, sociales, educativas, laborales y de cualquier otra índole necesarias para eliminar la discriminación contra las personas discapacitadas y, a propiciar su plena integración en la sociedad.

El Protocolo de San Salvador⁶⁴ sobre derechos económicos, sociales y culturales, incluyó la disposición en la cual los Estados miembros deben garantizar el derecho al trabajo en igualdad de condiciones a las personas, describiendo en su articulado que:

Artículo 6. Derecho al Trabajo.

1. Toda persona tiene derecho al trabajo, el cual incluye la oportunidad de obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa a través del desempeño de una actividad lícita libremente escogida o aceptada.

2. Los Estados partes se comprometen a adoptar las medidas que garanticen plena efectividad al derecho al trabajo, en especial las referidas al logro del pleno empleo, a la orientación vocacional y al desarrollo de proyectos de capacitación técnico-profesional, particularmente aquellos destinados a los minusválidos. Los Estados partes se comprometen también a ejecutar y a fortalecer programas que coadyuven a una adecuada atención familiar, encaminados a que la mujer pueda contar con una efectiva posibilidad de ejercer el derecho al trabajo.

Colombia aprueba esta normatividad internacional y la incorpora a la interna mediante la Ley 319 de 1996⁶⁵, confirmando con ello el compromiso del Estado, por lo menos en las normas positivas la protección de los derechos de la seguridad social y a la salud de personas con discapacidad, la ley señala:

ARTICULO 1A. Apruébese el "Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales Protocolo de San Salvador, suscrito en San Salvador el 17 de noviembre de 1988.

ARTICULO 2A De conformidad con lo dispuesto en el artículo 1o. de la Ley 7a. de 1944, el "Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador", suscrito en San Salvador el 17 de noviembre de 1988, que por el artículo 1A de esta Ley

⁶⁴ OEA (17, Noviembre, 1988). Protocolo de San Salvador. Recuperado de: <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-52.html>

⁶⁵ Secretaria del Senado (1996). Ley 319 de 1996. Recuperado de: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley/1996/ley_0319_1996.html

se aprueba, obligará al país a partir de la fecha en que se perfeccione el vínculo internacional respecto del mismo.

Es amplio el mundo normativo que se ha forjado sobre los derechos de las personas con limitaciones o con discapacidad, los tratados multilaterales de carácter general, tales como la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Sociales, Económicos y Culturales, estos últimos suscritos en 1966, y la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes de 1984, así como los instrumentos relativos a la eliminación de distintas formas de discriminación, que si bien no se refieren directa y específicamente a las personas con discapacidad, sus garantías les son aplicables.

Convenios que tienen relación directa con el reconocimiento y ejercicio del derecho a la igualdad de oportunidades y acceso al trabajo de las personas en condición de discapacidad.

Así pues, el Estado Colombiano en su condición de ser un Estado Social de Derecho, ha desarrollado políticas paternalistas, heredadas del modelo de Estado de bienestar europeo⁶⁶, otorgando a los ciudadanos y trabajadores considerados en estado de discapacidad derechos y reconocimientos económicos que satisfacían sus necesidades y las de sus familias, es decir, fomentando, paradójicamente, con muchas de esas políticas, la pasividad y estado de comodidad de muchos trabajadores, los cuales se sentían seguros y protegidos por la ley frente a un riesgo de despido o terminación de su vínculo laboral.

Esta situación contradictoria, entendiendo que el Estado en cumplimiento de la normatividad interna y como miembro de las organizaciones internacionales ha expedido normas protectoras de las personas en estado de discapacidad en todos los aspectos de un vida digna, pero esta protección no ha sido clasificada ni regulada según los estados de discapacidad, hecho que ha venido generando lenta y progresivamente, la idea de que las personas con alguna discapacidad tienen una protección laboral inmune, dada su condición; así entonces, el empleador ha quedado sin argumentos legales ni apoyo jurídico para reaccionar frente a los trabajadores que descuidan la calidad y la dedicación al trabajo. Hecho que disparó la creación de empresas de servicios temporales, cooperativas y la tercerización en general, para alivianar al menos teóricamente, el peso de las obligaciones laborales a los empleadores y presionando una mayor calidad en el ejercicio de las funciones

⁶⁶Marshall, A. (1990). *Estudios sobre América Latina. El Empleo público frente a la crisis*. Buenos Aires: Instituto Internacional de Estudios Laborales.

encomendadas, mediante la libertad de contratar y dar por terminado los contratos con estas empresas evitando así una relación directa con los trabajadores.

En este sentido, el modelo de "Estado de bienestar", se orienta a la protección de los derechos sociales a través de mecanismos como la intervención estatal en el mercado laboral, la propensión hacia un trabajo digno que garantice los ingresos a los trabajadores productivos, la institucionalización del sistema de protección de contingencias que no puedan suplir los trabajadores con sus propios recursos, y la institucionalización de protecciones para los que no pueden trabajar, incapacitados temporales o los que perdieron capacidad laboral, discapacitados, entre otros.

El Estado Colombiano, en desarrollo de preceptos constitucionales aprobó los tratados y convenios internacionales, a fin de entregar protecciones especiales y crear políticas para vincular y promover la integración laboral de las personas en condición de discapacidad, pretendiendo con ello: " a) *luchar contra la discriminación promoviendo medidas afirmativas; b) buscar el reconocimiento de ciertos derechos específicos de la discapacidad; c) entender los derechos de la población con discapacidad desde una perspectiva holística e integral(...)*"⁶⁷

Es así que la Carta Magna, a fin de procurar el cumplimiento y desarrollo de estos derechos, reconoce la protección a los discapacitados así:

En el artículo 1º considera la garantía de la dignidad, el trabajo y la solidaridad; en el artículo 2º la garantía de la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; en el artículo 5 el reconocimiento sin discriminación alguna, de la primacía de los derechos inalienables de la persona; en el artículo 13, todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación.

En esta norma se describe taxativamente que el Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados. El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan; en el artículo 25 se considera el trabajo como un derecho y una obligación social y goza, en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado. Toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas.

⁶⁷ Parra D, C. (2004). *Derechos Humanos y Discapacidad*. (pp. 201). Bogotá: Centro Editorial Universidad del Rosario.

Estos elementos, que fueron asumidos en buena medida por el Estado colombiano, impulsaron el surgimiento del fuero de discapacidad o protección laboral reforzada para los trabajadores en estado de incapacidad temporal, en incapacidad permanente parcial o inválidos, el cual se remonta al artículo 47 que elevó a disposición constitucional las políticas de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, iniciativa seguida por la garantía a todos los habitantes del derecho irrenunciable a la Seguridad Social, en el artículo 48, y la obligación a los empleadores o generadores de empleo en el territorio colombiano la obligación de ofrecer formación y habilitación profesional y técnica a quienes lo requieran, propiciando la ubicación laboral de las personas en edad de trabajar y garantizando a los minusválidos el derecho a un trabajo acorde con sus condiciones de salud, en el sector público y privado.

Una primera conclusión que salta a la vista es la suficiente justificación institucional de la protección de las personas en estado de discapacidad a través de normas internas, en la medida que los organismos internacionales así los ha exigido a sus miembros, con la loable intención de garantizar la equidad y la paz duradera en el mundo, la protección laboral a estas personas es considerada como un medio para el cabal logro de los objetivos sociales del Estado, así como su fundamentación legal y constitucional, y es en este escenario en el que surge la pregunta que da origen a la presente investigación ¿se encuentra la protección laboral a las personas en estado de discapacidad debidamente regulada en razón a la disminución de la capacidad laboral y las posibilidades laborales?

La respuesta más acertada puede encontrar un soporte en el modelo de "Estado de Bienestar", el cual es un intento fallido por concretizar el "Estado social de derecho", que pierde legitimidad, por no cumplir cabalmente con la garantía de los derechos sociales, así como pierde credibilidad por el aumento de la politiquería, prevalencia de los intereses particulares e influencia malsana de las asociaciones de trabajadores en las actividades empresariales⁶⁸, entre otros, justificando, al menos formalmente, los procesos de redimensionamiento de la economía estatal, y lo que llegó a llamarse "la globalización del trabajo".

⁶⁸ A éste respecto se pronuncia Adela Cortina (1997). *Ciudadanos del mundo. Hacia una teoría de la ciudadanía*. Afirmando que no se puede identificar la crisis y obsolescencia del modelo de Estado de Bienestar, con la invalidez del Estado social de derecho, ya que el primero es sólo un intento de concretización del segundo, que extravió su camino al comprometerse, según, el axioma utilitarista, con "el mayor grado de felicidad para el mayor número de personas, dejando por fuera la objetividad de la justicia. Madrid: Alianza.

Habiendo incurrido históricamente en el error de identificar la quiebra del Estado de bienestar con la invalidez del Estado Social de Derecho, se emprende en el país la publicación de una serie de normas que analizaremos seguidamente en las que se legitima el derecho al trato digno, igual y justo de las personas en estado de discapacidad, atendiendo la dimensión laboral, las cuales en su momento detuvieron tratos injustos por parte de los empleadores, en su posición dominante, pero que hoy quince años después requieren de una revisión y modulación, al desviarse el espíritu de la norma por el camino de la ineficiencia laboral, abuso de la protección y violación del derecho a la libre empresa y desarrollo de una actividad económica productiva.

Una de las normas sobre las que se funda la presente investigación es el Convenio sobre los Derechos de las personas con Discapacidad, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas del 13 de diciembre de 2006, ingresado a la normatividad interna mediante la ley 1346 del 31 de julio de 2009; en el cual determino en el artículo 27 obligaciones a los Estados miembros, de garantizar los derechos laborales a las personas en estado de discapacidad, indicando:

“Artículo 27. Trabajo y empleo

1. Los Estados Partes reconocen el derecho de las personas con discapacidad a trabajar, en igualdad de condiciones con las demás; ello incluye el derecho a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente elegido o aceptado en un mercado y un entorno laborales que sean abiertos, inclusivos y accesibles a las personas con discapacidad. Los Estados Partes salvaguardarán y promoverán el ejercicio del derecho al trabajo, incluso para las personas que adquieran una discapacidad durante el empleo, adoptando medidas pertinentes, incluida la promulgación de legislación, entre ellas:

a) Prohibir la discriminación por motivos de discapacidad con respecto a todas las cuestiones relativas a cualquier forma de empleo, incluidas las condiciones de selección, contratación y empleo, la continuidad en el empleo, la promoción profesional y unas condiciones de trabajo seguras y saludables;

b) Proteger los derechos de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a condiciones de trabajo justas y favorables, y en particular a igualdad de oportunidades y de remuneración por trabajo de igual valor, a condiciones de trabajo seguras y saludables, incluida la protección contra el acoso, y a la reparación por agravios sufridos;

c) Asegurar que las personas con discapacidad puedan ejercer sus derechos laborales y sindicales, en igualdad de condiciones con las demás;

d) Permitir que las personas con discapacidad tengan acceso efectivo a programas generales de orientación técnica y vocacional, servicios de colocación y formación profesional y continua;

e) Alentar las oportunidades de empleo y la promoción profesional de las personas con discapacidad en el mercado laboral, y apoyarlas para la búsqueda, obtención, mantenimiento del empleo y retorno al mismo;

f) Promover oportunidades empresariales, de empleo por cuenta propia, de constitución de cooperativas y de inicio de empresas propias;

g) Emplear a personas con discapacidad en el sector público;

h) Promover el empleo de personas con discapacidad en el sector privado mediante políticas y medidas pertinentes, que pueden incluir programas de acción afirmativa, incentivos y otras medidas;

i) Velar por que se realicen ajustes razonables para las personas con discapacidad en el lugar de trabajo;

j) Promover la adquisición por las personas con discapacidad de experiencia laboral en el mercado de trabajo abierto;

k) Promover programas de rehabilitación vocacional y profesional, mantenimiento del empleo y reincorporación al trabajo dirigidos a personas con discapacidad.”

Es evidente que estos pactos o acuerdos internacionales no dan miramiento alguno a las relaciones internas de cada país miembro respecto de las protecciones jurídicas laborales que se deben implementar para todos aquellos trabajadores que posean una “*discapacidad*”. Tan solo se limitan a establecer unas generalidades y condiciones mínimas de protección, sin identificar ni cualificar desde cuando o desde que condición se deba dar la protección, si desde el momento en que empieza un tratamiento médico o desde la expedición de una recomendación medico laboral, o si por el contrario es menester que se haya codificado al sujeto como persona en condición de discapacidad, es por ende que esta investigación, en capítulo posterior aportara conceptos y conclusiones lógico-jurídicas relativas a la eficacia de la protección a las personas en condición de discapacidad y si efectivamente debe contar o no con una protección estatal, cuando se posee una capacidad residual para ejecutar otra función o labor.

Las normas internacionales siempre han protegido a las personas en condición de discapacidad para su inserción laboral, entregando para aquellas disposiciones de eliminación de barreras, accesibilidad a los medios de educación y demás, concluyéndose por ende que lo que pretenden estas es la inclusión laboral del discapacitado, mas no la protección de quien habiendo sido contratado con discapacidad alguna, pueda alegar posteriormente que le están terminando su relación contractual laboral por el mismo hecho de su discapacidad.

La ausencia o falta de esta distinción, ha dado origen en nuestro país a la desigualdad en las relaciones laborales entre empleadores y trabajadores en estado de discapacidad, en tanto los segundos bajo el argumentos de las normas nacionales e internacionales, ante una investigación y/o exigencia laboral, esgrime su estado como punto fundamental, dejando al primero en estado de indefensión y con las pruebas que contradicen lo dicho pero no valoradas por el estado.

5.2 Evolución normativa de la Protección Laboral de las personas en Condición de Discapacidad en Colombia.

En la relación laboral, el trabajador se ha considerado en la posición más débil⁶⁹ y con el fin de equilibrar esta relación, el Estado crea normas guardianas para los trabajadores; pero adicional a ello implementa medidas protectoras para las personas en condición de discapacidad, por encontrarse éstas en estado de debilidad manifiesta y en imposibilidad de acceder a laborar o de mantenerse en el cargo que desempeñaban antes de su discapacidad.

La especial protección de los trabajadores discapacitados nace en las normas sobre salud ocupacional, que tienen como fin primordial proteger la salud del trabajador. Durante el periodo comprendido entre 1950 y 1993 atendiendo a los cambios económicos, políticos y sociales se promulgaron normas orientadas a la conservación de la salud de los trabajadores en sus lugares de trabajo.

El artículo 81 de la ley 9 de 1979 como norma primigenia señala:

La salud de los trabajadores es una condición indispensable para el desarrollo socioeconómico del país, su preservación y conservación son actividades de interés social y sanitario en la que participan el gobierno y los particulares.

El Decreto 614 de 1984, implementó el Plan Nacional de Salud Ocupacional, con el propósito de garantizar la efectiva coordinación entre las distintas entidades públicas relacionadas con la prevención y el mejoramiento de las condiciones de trabajo y la unidad de acción del gobierno en salud ocupacional. En el artículo 3 se indicó:

Artículo 3º.- *Campo de aplicación de las normas sobre Salud Ocupacional. Las disposiciones sobre Salud Ocupacional se aplicarán en todo lugar y clase de trabajo, cualquiera que sea la forma jurídica de su organización y prestación; así mismo regularán las acciones destinadas a promover y proteger la salud de las personas.*

Todos los empleadores, tanto públicos como privados, contratistas, subcontratistas y trabajadores, así como las entidades públicas y privadas estarán sujetas a las disposiciones que sobre la organización y la administración de la Salud Ocupacional se establecen en este Decreto y en las demás disposiciones complementarias que expidan los Ministerios de Trabajo y Seguridad Social y de Salud Pública; sea que presten los servicios directamente a través del respectivo organismo de seguridad o previsión social o contratando con empresas privadas.

⁶⁹Marín, E. C. (2007). *La buena fe en el contrato de trabajo*. (pp. 143) Madrid: Editorial la Ley 1.

Mediante el Decreto 2177 de 1989, se consideró en sus tres primeros artículos la protección y trato sin discriminación a las personas con invalidez física, mental y sensorial, los cuales señalaban:

ARTÍCULO 1o. El Estado garantizará la igualdad de oportunidades y derechos laborales a las personas inválidas física, mental o sensorialmente, conforme al Convenio número 159 suscrito con la organización Internacional del Trabajo y las disposiciones vigentes sobre la materia.

ARTÍCULO 2o. Para los efectos del presente Decreto, se entiende por persona inválida, aquella cuyas posibilidades de obtener y conservar un empleo adecuado y de progresar en el mismo queden sustancialmente reducidas a causa de una deficiencia de carácter físico, mental o sensorial debidamente reconocida.

ARTÍCULO 3o. En ningún caso la existencia de limitaciones físicas, sensoriales o mentales podrá ser impedimento para ingresar al servicio público o privado, a menos que éstas sean incompatibles con el cargo que se vaya a desempeñar.

En nuestro país el Congreso de la Republica liderando las entidades públicas encargadas de velar el ordenamiento jurídico y dando cumplimiento el mandato Constitucional del año 1991, promulga una serie de normas protectoras encaminadas al aparejamiento de los derechos laborales entre los ciudadanos y las personas en condición de discapacidad, dentro de ellas la Ley 100 de 1993, en la cual se establece el Sistema de Seguridad Social Integral:

ARTÍCULO 1o. SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL INTEGRAL. El sistema de seguridad social integral tiene por objeto garantizar los derechos irrenunciables de la persona y la comunidad para obtener la calidad de vida acorde con la dignidad humana, mediante la protección de las contingencias que la afecten.

El sistema comprende las obligaciones del Estado y la sociedad, las instituciones y los recursos destinados a garantizar la cobertura de las prestaciones de carácter económico, de salud y servicios complementarios, materia de esta Ley, u otras que se incorporen normativamente en el futuro.

Para reglamentar y desarrollar los preceptos de la ley 100 de 1993, en materia de riesgos profesionales hoy laborales, se expide el Decreto 1295 de 1994 como norma marco del Sistema General de Riesgos Profesionales en el cual se describen los objetivos del mismo así:

ARTICULO 1o. DEFINICION. El Sistema General de Riesgos Profesionales es el conjunto de entidades públicas y privadas, normas y procedimientos, destinados a prevenir, proteger y atender a los trabajadores de los efectos de las enfermedades y los accidentes que puedan ocurrirles con ocasión o como consecuencias del trabajo que desarrollan.

El Sistema General de Riesgos Profesionales establecido en este decreto forma parte del Sistema de Seguridad Social Integral, establecido por la Ley 100 de 1993.

Las disposiciones vigentes de salud ocupacional relacionadas con la prevención de los accidentes trabajo y enfermedades profesionales y el mejoramiento de las condiciones de trabajo, con las modificaciones previstas en este decreto, hacen parte integrante del Sistema General de Riesgos Profesionales.

ARTICULO 2o. OBJETIVOS DEL SISTEMA GENERAL DE RIESGOS PROFESIONALES. El Sistema General de Riesgos Profesionales tiene los siguientes objetivos:

- a. Establecer las actividades de promoción y prevención tendientes a mejorar las condiciones de trabajo y salud de la población trabajadora, protegiéndola contra los riesgos derivados de la organización del trabajo que puedan afectar la salud individual o colectiva en los lugares de trabajo tales como los físicos, químicos, biológicos, ergonómicos, psicosociales, de saneamiento y de seguridad.*
- b. Fijar las prestaciones de atención de la salud de los trabajadores y las prestaciones económicas por incapacidad temporal a que haya lugar frente a las contingencias de accidente de trabajo y enfermedad profesional.*
- c. Reconocer y pagar a los afiliados las prestaciones económicas por incapacidad permanente parcial o invalidez, que se deriven de las contingencias de accidente de trabajo o enfermedad profesional y muerte de origen profesional.*
- d. Fortalecer las actividades tendientes a establecer el origen de los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales y el control de los agentes de riesgos ocupacionales.*

En atención a las personas con limitaciones o en estado de discapacidad, se promulga la Ley 324 de octubre de 1996 por medio de la cual se crean algunas normas para la protección a la población con limitaciones auditivas, establece en su artículo 10:

Artículo 10: El Estado garantizará que los establecimientos o empresas del orden Nacional, Departamental, Distrital y Municipal en que tenga participación, se vincule laboralmente un porcentaje de limitados auditivos. A la población sorda que no pueda ser incluida laboralmente el Estado la Considerará como prioritaria para ser incluido en el Régimen Subsidiado de Seguridad Social.

Es así que el congreso de Colombia, para el año de 1997, promulga la ley 361 de 1997, donde se establecen mecanismos de integración social de la personas con limitación, en especial plasma los principios y las condiciones especiales de protección, reintegración y rehabilitación de las personas con limitación entendidas estas en la presente investigación como personas en condición de discapacidad; pero en especial aporta la protección en materia laboral a las personas con limitaciones diferenciando la limitación en grados de severidad.

En este sentido la ley 361 de 1997, cuyo epígrafe describe “*Por la cual se establecen mecanismos de integración social de la personas con limitación y se dictan otras disposiciones.*” La norma prescribe en los artículos 1, 2, 3, 4 y 5 como principios los

contemplados en la Constitución Política, para todas las personas ciudadanas o residentes en el territorio colombiano, así:

Artículo 1º.- Los principios que inspiran la presente Ley, se fundamentan en los artículos 13, 47, 54 y 68 que la Constitución Nacional reconocen en consideración a la dignidad que le es propia a las personas con limitación en sus derechos fundamentales, económicos, sociales y culturales para su completa realización personal y su total integración social y a las personas con limitaciones severas y profundas, la asistencia y protección necesarias.

Artículo 2º.- El Estado garantizará y velará por que en su ordenamiento jurídico no prevalezca discriminación sobre habitante alguno en su territorio, por circunstancias personales, económicas, físicas, fisiológicas, síquicas, sensoriales y sociales.

Artículo 3º.- El Estado Colombiano inspira esta ley para la normalización social plena y la total integración de las personas con limitación. (...)

Artículo 4º.- Las ramas del poder público pondrán a disposición todos los recursos necesarios para el ejercicio de los derechos a que se refiere el artículo 1 de la presente ley, siendo obligación ineludible del Estado la prevención, los cuidados médicos y psicológicos, la habilitación y la rehabilitación adecuadas, la educación apropiada, la orientación, la integración laboral, la garantía de los derechos fundamentales económicos, culturales y sociales.

(...)

Artículo 5º.- Las personas con limitación deberán aparecer calificadas como tales en el carné de afiliado al Sistema de Seguridad en Salud, ya sea el régimen contributivo o subsidiado. Para tal efecto las empresas promotoras de salud deberán consignar la existencia de la respectiva limitación en el carné de afiliado, para lo cual solicitarán en el formulario de afiliación la información respectiva y la verificación a través de diagnóstico médico en caso de que dicha limitación no sea evidente.

Dicho carné especificará el carácter de persona con limitación y el grado de limitación moderada, severa o profunda de la persona. Servirá para identificarse como titular de los derechos establecidos en la presente Ley.

El Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud realizará las modificaciones necesarias al formulario de afiliación y al carné de los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud con el objeto de incorporar las modificaciones aquí señaladas.

Lo dispuesto en este artículo se entiende sin perjuicio de las políticas que con relación a las personas con limitación establezca el "Comité Consultivo Nacional de las Personas con Limitación".

Teniendo como interés dentro de esta propuesta investigativa, la relación directa de consideración a las personas en estado de discapacidad y las capacidades laborales,

para establecer el grado de protección estatal y del empleador, frente a la relación de trabajo, la norma objeto de estudio considera la integración laboral de estas personas dentro de las políticas de creación y fomento del empleo, al señalar:

Artículo 22º.- El Gobierno dentro de la política nacional de empleo adoptará las medidas pertinentes dirigidas a la creación y fomento de las fuentes de trabajo para las personas con limitación, para lo cual utilizará todos los mecanismos adecuados a través de los Ministerios de Trabajo y Seguridad Social, Salud Pública, Educación Nacional y otras entidades gubernamentales, organizaciones de personas con limitación que se dediquen a la educación, a la educación especial, a la capacitación, a la habilitación y rehabilitación.

Igualmente el Gobierno establecerá programas de empleo protegido para aquellos casos en que la disminución padecida no permita la inserción al sistema competitivo.

El proceso de integración a cargo del estado se delegó al Servicio Nacional de Aprendizaje SENA, como entidad estatal, con una función específica, contribuir a la formación y capacitación de las personas en estado de discapacidad, para que ingresen y permanezcan en el mundo laboral y del trabajo, disminuyendo los índices de desempleo y sostenibilidad del sistema de seguridad social por medio de los aportes de estos en vigencia de la relación contractual. En tal sentido los artículos 23 y 26 de la ley 361 de 1997, señala:

Artículo 23º.- El Servicio Nacional de Aprendizaje, Sena realizará acciones de promoción de sus cursos entre la población con limitación y permitirá el acceso en igualdad de condiciones de dicha población previa valoración de sus potencialidades a los diferentes programas de formación. Así mismo a través de los servicios de información para el empleo establecerá unas líneas de orientación laboral que permita relacionar las capacidades del beneficiario y su adecuación con la demanda laboral.

Artículo 26º. 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.

Entendida esta norma con la claridad y rigurosidad positiva del derecho, témenos en esta que la protección establecida está circunscrita a las condiciones calificadas en el artículo 1 de la ley 361; la cual exige que la persona limitada posea una limitación severa o profunda de sus condiciones normales frente a su igual.

Con la citada norma, el Estado pretende garantizar la estabilidad en el empleo del trabajador discapacitado, cuando el empleador decida dar por terminado el contrato de trabajo debe solicitar autorización ante el Inspector de Trabajo para tal fin. La presente investigación busca considerar el punto medio entre la protección del disminuido y los derechos del empleador.

La protección de las personas en estado de discapacidad ha sido desarrollado por la Honorable Corte Constitucional, a través de innumerables fallos de tutela, en los cuales se garantiza al trabajador la denominada estabilidad laboral reforzada, pero no se ha realizado un estudio más profundo en relación a las diferencias que se evidencian en los tipos de discapacidad y en consecuencia determinar una ponderación de la protección a fin de dar mayores posibilidades de gestión a los empresarios y empleadores en el país.

Mediante el Decreto 2381 de 1993, se consagró el 3 de diciembre de cada año como el día internacional de las personas con Discapacidad, como un reconocimiento que el país le da a los ciudadanos en estas condiciones.

En la etapa final de este trabajo de investigación, nos encontramos con la publicación de la ley estatutaria 1618 de febrero de 2013, por medio de la cual se establecen las disposiciones para garantizar el pleno ejercicio de los derechos con las personas con discapacidad.

El artículo primero de la mencionada norma, determina el objeto de la misma así:

“Artículo 1°. OBJETO. El objeto de la presente ley es garantizar y asegurar el ejercicio efectivo de los derechos de las personas con discapacidad, mediante la adopción de medidas de inclusión, acción afirmativa y de ajustes razonables y eliminando toda forma de discriminación por razón de discapacidad, en concordancia con la Ley 1346 de 2009”

En el pensamiento kelseniano, esta norma es válida, puesto que mantiene coherencia interna frente a las condiciones que se deben garantizar a todas las personas en estado de discapacidad, sin distinción de edad y condición social, y frente a las otras disposiciones nacionales e internacionales aprobadas por Colombia, pero continuamos dejando por fuera a la política, a la ética y a la sociología, en tanto que como lo veremos frente al estudio que hemos realizado en la presente investigación nada se dice, se cumple con el elemento de validez y se sigue desconociendo el de legitimidad y eficacia; en otras palabras, los empleadores continuaran con las dificultades de exigir cumplimiento a sus colaboradores y los trabajadores continuaran usando como escudo la protección laboral reforzada, consientes de poder prestar un mejor servicio.

En contraposición a esta escuela, esta investigación pretende dejar plantadas las condiciones para que conforme al aporte de Jürgen Habermas, se aplique al principio discursivo, tanto el razonamiento ético como jurídico, por cuanto la razón de crear una

norma que refiera al trato a las personas en estado de discapacidad o con deshabilitades, no es monológica, a contrario sensu es dialógica, intersubjetivista, en tanto que la racionalidad de las normas debe pasar por el prisma del conceso para que adquiera así su legitimidad y se garantice su eficacia.⁷⁰

El dialogo que pretendo entablar, no puede ser entendido como un asalto a los derechos de las personas en estado de discapacidad, quienes a través de luchas y ruegos a los estados, han logrado ser reconocidos como personas con dignidad y derechos frente a los demás. Haciendo la distinción ya mencionada entre lo bueno y lo justo, considero determinar consensualmente lo justo, al incorporar los intereses de los empleadores en el desarrollo de su actividad económica podremos construir un consenso frente a las normas que regulan la protección laboral de los discapacitados.

Veamos las razones de lo dicho, en el contenido de los artículos 12 y 13 de la novísima disposición que con categoría de ley estatutaria, continua desarrollando la teoría positivista de la garantía de los derechos a las personas discapacitadas, pero en ninguno de sus articulados, resaltando aquí los referidos a la protección social y al trabajo, enuncia un camino de solución a la problemática desarrollada en la presente investigación.

“ARTÍCULO 12. DERECHO A LA PROTECCIÓN SOCIAL. Las personas con discapacidad tienen derecho a la protección social especial del Estado, en concordancia con artículo 28 de la Ley 1346 de 2009. Para la garantía del ejercicio total y efectivo del derecho a la protección social, el Ministerio de Trabajo o quien haga sus veces, y demás autoridades competentes, adoptarán entre otras, las siguientes medidas: (...)

ARTÍCULO 13. DERECHO AL TRABAJO. Todas las personas con discapacidad tienen derecho al trabajo. Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho al trabajo de las personas con discapacidad, en términos de igualdad de oportunidades, equidad e inclusión, en concordancia con el artículo 27 de la Ley 1346 de 2009, el Ministerio de Trabajo o quien haga sus veces y demás entidades competentes establecerán entre otras, las siguientes medidas@...)

Así mismo y retomando el hilo conductor de la recopilación normativa, el Ministerio del Trabajo, órgano administrativo cuya función principal es vigilar y controlar el cumplimiento de las normas laborales dentro del territorio colombiano, dentro de sus procesos de gestión de calidad, emitió con fecha 09 de noviembre de 2012, dentro del proceso de inspección, vigilancia y control, el procedimiento para autorizar o negar la terminación del vínculo laboral o de trabajo asociativo a trabajadores con discapacidad, en el cual señala:

“El inspector de trabajo únicamente tiene competencia para autorizar la terminación de un vínculo contractual a una empresa, empleador o una cooperativa o precooperativa de trabajo asociado cuando motive la condición de discapacidad de un trabajador, es decir dicha limitación sea

⁷⁰ Salas Cardona. Juan Camilo. “Elementos para una superación del normativismo en la promoción de la ética de la función pública. Revista Gestión Pública Procuraduría de la Administración de Panamá. Pag, 18. Diciembre 2009.

considerada como incompatible o insuperable con los cargos existentes del interesado, no obstante el esfuerzo del solicitante para realizar la reubicación o incluso la reconversión de mano de obra de la persona según el caso.

Lo anterior implica que dentro del procedimiento únicamente se evalúa, cuando en materia laboral se trate, la causal contemplada en el literal A-13 del artículo 62 del C.S.T. Para todos los casos, el referente será la ineptitud del trabajador para realizar sus funciones, teniendo en cuenta el grado de disminución de su condición física y su pérdida de capacidad laboral”.

Dadas las competencias de los inspectores de trabajo fijadas por la normativa legal vigente, no es posible a los mismos pronunciarse de fondo sobre existencias de conductas que puedan estar enmarcadas dentro de las justas causas establecidas en el artículo 62 del C.S del T, diferentes a la enunciada con anterioridad, puesto que no es posible declarar la existencia de derechos ciertos e indiscutibles en concordancia con lo establecido en el artículo 486 del C.S.T.”

En atención por lo dispuesto en las instrucciones anteriores del órgano administrativo, se reconoce la necesidad de mantener un constante proceso de reelaboración de normas y de un dialogo permanente entre los actores de los procesos y procedimientos, permitiendo en todo momento, la argumentación racional que formule lo justo en medio de sociedades como la nuestra.

Así las cosas, perpetuar los derechos laborales de las personas en condición de discapacidad a favor de estos de manera meramente positiva, en lugar de lograr la tan rogada inclusión laboral, por el contrario logra un efecto contrario como lo es la discriminación por su condición, máxime que el trabajador luego de incorporarse a laborar posteriormente podrá el trabajador alegar su condición con la cual fue contratado ahora en su favor para no ser despedido; así lo ha dejado ordenado la H. corte Constitucional en las sentencias C 470 de 1997 y C 531 de 2000, siendo estas obligatorias por ser estudio constitucional.

5.3 Obligatoriedad de cumplir Sentencias de la Corte Constitucional

La Corte Constitucional es una institución creada por la Constitución Política de 1991, con la función principal de “confiar a ella la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución...”⁷¹

⁷¹ Gómez, S, F. (1991). *Constitución Política de Colombia*. (pp. 151). Artículo 241. Colombia: Editorial Leyer.

En este sentido la Corte Constitucional es la intérprete autorizada del contenido de la Carga Magna y de establecer la congruencia o no de las normas, decisiones administrativas y judiciales con ésta, en consecuencia, se ha desarrollado una doctrina que define el carácter vinculante de las decisiones de este cuerpo colegiado, para los administradores de justicia, los servidores públicos y las empresas privadas que cumplan funciones públicas.

Estas sentencias que reciben la calificación de jurisprudencia, dictadas en procesos de constitucionalidad abstracta o en sede de revisión de tutela, generan para la doctrina el precedente judicial en el nivel constitucional.⁷²

En sentencia T-292 de 2006 el Tribunal sintetizó las razones que permiten adjudicar el carácter de fuente formal de derecho a los *precedentes constitucionales* contenidos en las decisiones de esta Corporación. La Corte fundamentó la fuerza vinculante de la *ratio decidendi* en:

- i) *el respeto a la cosa juzgada constitucional reconocida en el artículo 243 de la Carta, que se proyecta a algunos de los elementos de la argumentación [ratio decidendi], (...).*
- ii) *La posición y la misión institucional de esta Corporación que conducen a que la interpretación que hace la Corte Constitucional, tenga fuerza de autoridad y carácter vinculante general, en virtud del artículo 241 de la Carta. Igualmente, y en especial respecto de las sentencias de tutela, la Corte resaltó con posterioridad otros fundamentos de la fuerza vinculante de la ratio decidendi, tales como iii) el principio de igualdad, la seguridad jurídica, el debido proceso y el principio de confianza legítima (...).*⁷³

En sentencia SU-1219 de 2001 la Corte precisó que la *ratio decidendi* “*integra la norma constitucional y adquiere fuerza vinculante al ser parte del derecho a cuyo imperio están sometidas todas las autoridades en un Estado Social de Derecho*”, aspecto que permite predicar de ella la calidad de fuente formal de derecho.

En línea con lo expuesto, es pertinente indicar que ya en sentencia T-1317 de 2001 el Tribunal Constitucional, refiriéndose a la *ratio decidendi* identificada a partir de sentencias de revisión, puso de manifiesto que esta tiene la estructura de una regla de derecho, la cual, dicho sea de paso, por definición contiene un enunciado deóntico que autoriza, prohíbe u ordena determinada conducta. Al respecto la Corte enfatizó:

⁷² Para ampliar el tema de precedente jurisprudencial se puede consultar las sentencias. Corte Constitucional. Sentencias T-292 de 2006, C-836 de 2001, SU-1219 de 2001, C-036 de 1997, C-447 de 1997, SU-047 de 1999, C-104 de 1993, C-113 de 1993, C-131 de 1993, T-123 de 1995 y C-038 1995.

⁷³ Sobre estas consideraciones. Ver Sentencias T-123 de 1995; T-260 de 1995; C-252 de 2001; C-836 de 2001; SU-047 de 1999 y T-698 de 2004.

Sea lo primero advertir que el precedente judicial se construye a partir de los hechos de la demanda. El principio general en el cual se apoya el juez para dictar su sentencia, contenida en la ratio decidendi, está compuesta, al igual que las reglas jurídicas ordinarias, por un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica. El supuesto de hecho define el ámbito normativo al cual es aplicable la sub-regla identificada por el juez. De ahí que, cuando en una situación similar, se observe que los hechos determinantes no concuerdan con el supuesto de hecho, el juez esté legitimado para no considerar vinculante el precedente. Lo anterior se apoya en el principio de igualdad, que obliga aplicar la misma regla a quienes estén en la misma situación de hecho.⁷⁴

En el Estado Social de Derecho, el juez en su labor de interpretación e integración del ordenamiento positivo,

Desarrolla una tarea de construcción y ponderación de principios de derecho que dan sentido a las instituciones jurídicas, lo cual supone un cierto grado de abstracción o de concreción respecto de las normas particulares para darle integridad al conjunto del ordenamiento jurídico y atribuirle al texto de la ley un significado concreto, coherente y útil, que le permita encauzar el ordenamiento hacia la realización de los fines constitucionales⁷⁵

5.3.1 El Estado de Debilidad manifiesta como Institución Jurídica creada por la Corte Constitucional

En consideración a la importancia de las decisiones judiciales emanadas de la Corte Constitucional, como fuente del derecho, con relación a las personas en estado de discapacidad, la Honorable Corte ha edificado una postura sobre la protección de las personas a quienes denominó en “*estado de debilidad manifiesta*” para referirse a las personas en condición de discapacidad, institución que expresa en (Sentencia C-531, 2000).

Esto significa que si la organización jurídica y política colombiana está encauzada hacia la protección de las personas que presenten una debilidad manifiesta con efectividad de los principios de respeto a la dignidad humana, solidaridad, derecho al trabajo y a la estabilidad laboral reforzada, las relaciones laborales igualmente deben reflejar esos contenidos.

Para la consecución de esos fines, la efectividad del ejercicio del derecho al trabajo, como ocurre para cualquier otro trabajador, está sometida a la vigencia directa en las relaciones laborales de unos principios mínimos fundamentales establecidos en el artículo 53 de la Carta Política. Cuando la parte trabajadora de dicha relación está

⁷⁴ Corte Constitucional, Sentencia SU-047 de 1999, T-1625 de 2000, SU-544 de 2001.

⁷⁵ Corte Constitucional, Sentencia T-1023 de 2003.

conformada por un discapacitado, uno de ellos adquiere principal prevalencia, como es el principio a la estabilidad en el empleo, es decir a permanecer en él y de gozar de cierta seguridad en la continuidad del vínculo laboral contraído, mientras no exista una causal justificativa del despido, como consecuencia de la protección especial laboral de la cual se viene hablando con respecto a este grupo de personas.

Tal seguridad ha sido identificada como una “estabilidad laboral reforzada” que a la vez constituye un derecho constitucional, igualmente predicable de otros grupos sociales como sucede con las mujeres embarazadas y los trabajadores aforados, en la forma ya analizada por esta Corporación⁷⁶

Con esa estabilidad laboral reforzada se garantiza la permanencia en el empleo del discapacitado luego de haber adquirido la respectiva limitación física, sensorial o psicológica, como medida de protección especial y en conformidad con su capacidad laboral. Para tal fin deberán adelantarse los programas de rehabilitación y capacitación necesarios que le permitan alcanzar una igualdad promocional en aras del goce efectivo de sus derechos. La legislación nacional no puede apartarse de estos propósitos en favor de los discapacitados cuando quiera que el despido o la terminación del contrato de trabajo tenga por fundamento la disminución física, mental o psicológica. A continuación se analizará esta situación en los segmentos demandados del artículo 26 de la Ley 361 de 1997 "por la cual se establecen mecanismos de integración social de las personas con limitación y se dictan otras disposiciones.

4. Alcance de la protección del Estado a la discapacidad en el ámbito laboral, ante la posibilidad de despido de un trabajador por razón de su limitación

4.1. Visión nacional e internacional de la respectiva protección

4.1.1. La expedición de la Ley 361 de 1997, según se lee en la exposición de motivos⁷⁷ que acompañó el proyecto de ley que le dio origen, fue resultado del propósito de los legisladores colombianos de establecer mecanismos obligatorios que garantizaran la incorporación social de las personas con limitaciones, en el ámbito educativo, del trabajo, de las comunicaciones, del transporte y de los distintos lugares en donde actúan como parte del conglomerado social. La disposición acusada, esto es el artículo 26, forma parte del Capítulo IV relativo a la Integración Laboral.

Como se puede observar en el texto legal aludido, son varios los contenidos normativos mediante los cuales se pretende impedir que la discapacidad de una persona constituya impedimento para el acceso a una vinculación laboral o una causal de retiro del trabajo. Interesan en este estudio, exclusivamente, los segmentos demandados por el actor, según los cuales: i.) ninguna persona limitada podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su limitación, salvo que medie autorización de la oficina de trabajo y ii.) el que ordena el reconocimiento de una indemnización para la persona limitada en el evento de ser despedida o su contrato de trabajo terminado, por razón de su limitación, y sin la obtención de dicho permiso.

⁷⁶ Sentencia C-470 de 1997, M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero.

⁷⁷ Congreso de la República (1995). Gaceta del Congreso No. 364 del 30 de octubre de 1995, (pp. 14-15).

Recogiendo las consideraciones planteadas en el acápite anterior, se destaca como primer aspecto, que los desarrollos legales que contemplen la situación de los trabajadores con limitaciones físicas al igual que la interpretación y aplicación de los derechos surgidos de la relación laboral, tienen un marco constitucional preciso que rige las relaciones del trabajo. Esto significa que si la organización jurídica y política colombiana está encauzada hacia la protección de las personas que presenten una debilidad manifiesta con efectividad de los principios de respeto a la dignidad humana, solidaridad, derecho al trabajo y a la estabilidad laboral reforzada, las relaciones laborales igualmente deben reflejar esos contenidos. (Sentencia C-531, 2000).

Siendo las sentencias de Tutela, decisiones con efectos inter-partes, judicialmente aquellas que hayan pasado por la revisión del órgano constitucional supremo y que en suma de más de cinco, mantengan la línea de decisión constitucional, conforman un precedente jurisprudencial, para perseverar en casos que refieran a una situación similar.

De tal forma, mediante sentencias de tutela se ha consolidado la teoría de la estabilidad laboral reforzada para los trabajadores que se encuentren en situación de debilidad manifiesta, conforme se ha dispuesto en las siguientes decisiones judiciales:

En aplicación del derecho a la estabilidad laboral reforzada, todo trabajador que se encuentre en una situación de debilidad manifiesta como resultado de la grave afectación de su estado de salud, tiene derecho a permanecer en su lugar de trabajo hasta que se configure una causal objetiva que amerite la desvinculación laboral, causal que, en todo caso, deber ser previamente verificada por el inspector de trabajo o la autoridad que haga sus veces. En este sentido, se reitera que el derecho a la estabilidad laboral reforzada es una consecuencia de la grave afectación del estado de salud del trabajador, afectación que no necesariamente se deriva del estado de invalidez o discapacidad declarado así por la autoridad competente. (Sentencia T – 554, 2009).

En virtud de lo anterior, la Corte ha dicho que si el juez constitucional comprueba que el despido o la no renovación del contrato de trabajo de una persona cuya salud se encuentra afectada seriamente, se produjo sin la autorización de la autoridad del trabajo, deberá presumir que la desvinculación laboral es una consecuencia de los padecimientos de salud del trabajador⁷⁸. De ser así, de conformidad con la jurisprudencia de esta Corporación, el juez deberá concluir que se causó una grave afectación de los derechos fundamentales del accionante, conceder el amparo invocado, declarar la ineficacia del despido y ordenar su reintegro a un cargo acorde con su situación especial.

En esta sentencia adicionalmente se indicó:

⁷⁸ Sentencias T-518 de 2008, T-521 de 2008, T-1219 de 2005 y T-1040 de 2001.

Una orden en igual sentido fue dada por esta Corporación en la sentencia T-962 de 2008. En esta oportunidad, la Corte tuteló los derechos fundamentales a la vida digna, la salud, el trabajo y el mínimo vital de una mujer que había sido despedida de su trabajo, a pesar de que padecía serios problemas de salud. La cooperativa de trabajo asociado para la cual trabajaba justificó el despido en que, dada la imposibilidad de dar cumplimiento a la recomendación de reubicación efectuada por su médico tratante, la actora debía renunciar. Así, al estimar que la accionante tenía derecho a la estabilidad laboral reforzada, la Corte resolvió: [Ordenar] a la Cooperativa de Trabajo Asociado de Maquila y Logística, Maquilcoop, que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta Sentencia, efectúe la reubicación laboral de Maribel Bermúdez Mosquera en un trabajo acorde con su estado de salud, de acuerdo con lo prescrito por su médico tratante y de conformidad con la parte motiva de esta sentencia. En cumplimiento de esta decisión judicial, el reintegro se deberá hacer a un cargo de igual o mayor jerarquía al que la accionante venía desempeñando. Para ello, Maquilcoop debe darle la primera opción laboral que surja como resultado de la ejecución de cualquier contrato de prestación de servicio de trabajo asociado celebrado entre la cooperativa y otra persona natural o jurídica, y en caso de no existir dichos contratos, deberá contratarla dentro de la misma cooperativa, de tal manera que sus labores no interfieran con la recuperación de su estado de salud.

Es por ello que la garantía real y efectiva del derecho a la estabilidad laboral reforzada, se encuentra en armonía con: (i) el derecho a conservar el empleo, (ii) a no ser despedido por el estado de vulnerabilidad o por presentar una grave afectación en la salud, y (iii) a permanecer en el cargo hasta tanto no se configure una causa objetiva que amerite la terminación del vínculo laboral, que en todo caso, debe ser previamente evaluada por el inspector de trabajo.

Sin embargo, la Corte también ha establecido que en los casos donde se pretende el reintegro laboral a través de la acción de tutela, cuando se alega la titularidad del derecho a la estabilidad laboral reforzada, no basta con que la persona demuestre encontrarse en situación de debilidad manifiesta como consecuencia de su estado de salud o de las limitaciones físicas que padece, sino que también debe comprobar que a causa de dicho estado se produjo la terminación del contrato de trabajo. (Sentencia T-457, 2010).

De igual forma, la jurisprudencia constitucional ha determinado que en las relaciones obrero patronales, la estabilidad laboral reforzada de la población discapacitada o afectada de manera importante o sensible en su estado de salud, opera independientemente de la modalidad contractual convenida por las partes. En particular, sobre los contratos a término fijo, la Corte, en sentencia T-449 de 2008 señaló:

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 ó 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. (Sentencia T- 132, 2011).

En el mismo sentido trazado, el Tribunal Constitucional en sentencia T-263 de 2009 consideró que en los contratos a término fijo “el vencimiento del término de dicho contrato o la culminación de la obra, no significan necesariamente una justa causa para su terminación. De este modo, en todos aquellos casos en que (i) subsistan las causas que dieron origen a la relación laboral y (ii) se tenga que el trabajador ha cumplido de manera adecuada sus funciones, el trabajador tiene el derecho de conservar su trabajo aunque el término del contrato haya expirado o la labor haya finiquitado”.

Sobre el particular, se pueden consultar las sentencias T-992 de 2008, T-976 de 2008, T-953 de 2008, T-1083 de 2007, T-661 de 2006, T-530 de 2005, T-309 de 2005, T-689 de 2004, T – 132 de 2011, T – 996 de 2010, T – 961 de 2010, T- 860 de 2010, T– 772 de 2010, T – 683 de 2010, T – 554 de 2010, T– 503, de 2010, T- 490 de 2010, T- 480 de 2010, T- 462 de 2010, T – 457 de 2010.

La estabilidad laboral reforzada que se viene comentando no se predica exclusivamente de quienes tienen la calidad certificada de inválidos o discapacitados. De forma reiterada la Corte Constitucional ha sostenido que este derecho constitucional se extiende a aquellos trabajadores que debido a serios deterioros en su estado de salud se encuentran en una situación de debilidad manifiesta. Así, corresponde al juez de tutela analizar, en el campo de la sana crítica y de acuerdo con su autonomía judicial, las características específicas del asunto sometido a su enjuiciamiento, para constatar si la afección en la salud del actor es de una envergadura tal que lo sitúa en la señalada posición de debilidad manifiesta. Esto sucede cuando, por ejemplo, la enfermedad le impide desarrollar su potencial laboral en condiciones regulares, limitando de manera importante su capacidad laboral y su posibilidad de acceder a un nuevo puesto de trabajo, amenazando de esta manera, igualmente, la garantía al mínimo vital. (Sentencia T -132, 2011)

Así, en sentencia T-198 de 2006, la Corte indicó:

En materia laboral, la protección especial de quienes por su condición física están en circunstancia de debilidad manifiesta se extiende también a las personas respecto de las cuales esté probado que su situación de salud les impide o dificulta sustancialmente el

desempeño de sus labores en las condiciones regulares, sin necesidad de que exista una calificación previa que acredite su condición de discapacitados o de invalidez.

En aplicación de la jurisprudencia constitucional referida, la Corte Constitucional ha protegido el derecho a la estabilidad laboral reforzada de las personas que se encuentren en estado de debilidad manifiesta por causa de una enfermedad o accidente que afecte de manera sensible e importante su estado de salud. En sentencia T-263 de 2009, la Sala Tercera de Revisión estudió la situación de una mujer a quien, en desarrollo de la relación laboral que mantenía con una de las allí demandadas, se le diagnosticó *cáncer de mama*. La accionada, pese a tener conocimiento del estado de salud de la peticionaria, dio por terminado el vínculo laboral, amparándose para ello en las justas causas contempladas en la normatividad laboral, sin contar para el efecto con la previa autorización del inspector del trabajo.

La Sala, luego de reiterar la jurisprudencia de esta Corporación relativa a la estabilidad laboral reforzada de que gozan las personas que como resultado de padecimientos físicos o sensoriales se encuentran ubicadas en condiciones de debilidad manifiesta, concedió la tutela constitucional reclamada, y ordenó, en consecuencia, el reintegro laboral de la actora. En aquella oportunidad la Corte señaló lo siguiente:

En virtud de lo anterior, dado que se encuentra demostrado que la empresa de servicios temporales Acción S.A. vulneró el derecho fundamental a la estabilidad laboral reforzada de Maribel Zuluaga Gómez, al efectuar la terminación unilateral de su contrato de trabajo a pesar de sus padecimientos de salud en razón del cáncer que la aqueja, esta Sala ordenará a la empresa de servicios temporales Acción S.A. que dentro del término de las 48 horas siguientes a la notificación de esta sentencia, efectúe el reintegro laboral de la accionante a un cargo acorde con sus actuales condiciones de salud y según el criterio de su médico tratante.

En conclusión, los trabajadores afectados sensiblemente en su estado de salud física o sensorial y que como consecuencia de ello se encuentran en condiciones de debilidad manifiesta, tienen derecho al reconocimiento de una estabilidad laboral reforzada, independientemente de (i) la modalidad contractual adoptada por las partes y; (ii) que su condición haya sido certificada como de *discapacidad* por el organismo competente. En virtud de lo anterior, esta población detenta, entre otros, el derecho a permanecer en su lugar de trabajo hasta tanto se configure una causal objetiva que extinga la relación laboral, previa verificación de la misma por el inspector del trabajo o la autoridad que haga sus veces.

Por otra parte, la Corte Constitucional ha determinado, de forma puntual, que el derecho fundamental a la estabilidad laboral reforzada no es predicable *exclusivamente* de las personas calificadas como inválidas, ni tampoco sólo de los estrictamente discapacitados, sino de todos aquellos que: tengan una afectación en su

salud; esa circunstancia les “*impida[a] o dificult[e] sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares*. (Sentencia T-301, 2010).

Están amparados por la protección prevista en la Ley 361 de 1997, por una parte, aquellos que tienen la condición de discapacitados, y han sido calificados como tales por los organismos competentes; pero también comprende a quienes, sin tener tal calificación se encuentran en una situación de debilidad manifiesta debida a la ocurrencia de un evento que afecta su salud, o de una limitación física. (Sentencia T-434, 2008).

Sobre el particular, se pueden consultar las sentencias T-992 de 2008, T-976 de 2008, T-953 de 2008, T-1083 de 2007, T-661 de 2006, T-530 de 2005, T-309 de 2005 y T-689 de 2004, T-518 de 2008, T-521 de 2008, T-1219 de 2005 y T-1040 de 2001.

5.3.2 El debido proceso y las personas en Condición de Discapacidad para la Corte Constitucional

En América Latina, durante la década de los ochenta, los modelos de dirección de los Estados se vieron afectados por los cambios económicos y políticos de la época. Crisis que se enfrentó con decisiones de privatización, liberalización y desregulación, en diversos sectores de la economía y con mayor influencia en las relaciones obrero-patronales.

El surgimiento de nuevas formas de relaciones laborales, no regidas por el contrato de trabajo o la tercerización de esta relación, fue concebida como un cambio estratégico hacia la reestructuración del sector productivo dentro del territorio, se buscó fortalecer las fuerzas de mercado en la asignación de recursos, y el estímulo de la iniciativa privada y la promoción de la competitividad empresarial en el exterior.

Estas políticas de reestructuración y privatización de operaciones de producción de bienes y servicios del Estado, en teoría buscaron garantizar la competencia y, por lo tanto, tener un impacto positivo sobre la eficiencia económica. Uno de los problemas que se plantean en estas decisiones, es el de una pretendida búsqueda de la eficacia económica, que sacrifica la garantía estatal de los derechos sociales, al someterlos a la lógica del mercado.⁷⁹

⁷⁹ OIT. (2009). *Gestión de la privatización y reestructuración de los servicios públicos*. Ginebra.

En este contexto, las lecturas neoliberales del problema clamaban por el encogimiento del Estado con respecto a su rol empresarial anterior y la ampliación de la participación de la empresa privada en las operaciones estatales. Como resultado de esta crisis, y con la presión de organismos económicos multilaterales, los países menos desarrollados, inmersos en situaciones de alta inflación, recesión, crisis fiscales y caos social y político, se vieron forzados a realizar reformas que buscaban ampliar la competitividad del Estado de ahí las reformas que buscaron cambiar las estructuras básicas y las estrategias económicas.

Estas reformas fueron propuestas, entre otros, por el llamado Consenso de Washington, formado por el ejecutivo norteamericano, miembros de centros de investigación de derecha en una era republicana, e instituciones financieras. Dentro de las recomendaciones (imposiciones) principales de este órgano se encuentra la desregulación de mercados y el fortalecimiento de los derechos a la propiedad privada.

Para el desarrollo y cumplimiento de estas recomendaciones, Colombia autoriza la creación de cooperativas de trabajo asociado, empresas de servicios temporales, contratación por servicios, y todas las demás figuras creadas para la deslaboralización del trabajo, con el único fin de disminuir los costos de funcionamiento de la empresa pública y privada, aumentar la producción y por sobre todo evitar permitir la movilidad de los trabajadores sin la intervención del Estado o el riesgo de una acción judicial.

La flexibilización del mercado de trabajo se hizo palpable con la expedición de la Ley 50 de 1990, la cual significó para los trabajadores, entre otras cosas, la reducción de beneficios y garantías laborales, la desaparición de los contratos a término indefinido y la parcial privatización del sistema de seguridad social.

Como consecuencia de estas políticas, el Estado tomó el rol liberal clásico de proveedor de defensa, de bienes colectivos (públicos), rentables para el sector privado y supervisor de los derechos de propiedad. Se puede afirmar entonces, que en América Latina, el Estado se redujo y se debilitó como supuesto medio para alcanzar el crecimiento y desarrollo económicos deseados, circunstancia que, a la postre, no redundó en un desarrollo económico estructural, aparte de que relegó a un segundo plano la garantía de los derechos sociales por parte del Estado y en particular los derechos laborales de los ciudadanos.

En síntesis, la adopción del modelo neoliberal de desarrollo económico comprendía en su intención más benefactora una recomposición de las relaciones entre las clases sociales y la generación de más empleo con menos tropiezos, factor que fue desconocido en las reformas legislativas en mención; y que abrió más la brecha para el proyecto de sociedad, con un modelo de desarrollo económico que articule las relaciones entre el Estado, la sociedad civil y la economía.

En su concepción tradicional, la autonomía se ha entendido como la capacidad del Estado para tomar distancia respecto de intereses parciales de la sociedad civil. La existencia de un proyecto de sociedad, no permite la aplicación completa de esta autonomía, exige que la acción estatal sea el resultado de una combinación de fortaleza interna de las instituciones estatales y de su articulación con los sectores claves de la sociedad civil que aspiran a liderar el proceso de transformación social. En este sentido, el régimen político es el vínculo de unión entre el Estado y el modelo de desarrollo económico, y permite desplegar este último como un proyecto de sociedad o impedir u obstaculizar su implementación⁸⁰.

Los procesos de flexibilización de las relaciones laborales, generaron en la vida laboral de los ciudadanos, una afectación personal y familiar, por cuanto los empresarios empezaron a prescindir de los servicios de un trabajador incapacitado o con una disminución de su capacidad laboral, por consecuencia de un accidente o enfermedad sin analizar su origen, efectuaron despidos considerados con justa causa de un trabajador, que no asistió a su lugar de trabajo por encontrarse en estado de incapacidad, concretaron la terminación de un contrato o relación laboral por cumplimiento de la obra o labor contratada, estando afectada la salud del trabajador, que además de sufrir una afectación personal tenía a su cargo la familia, quien directamente ve afectada la calidad de vida de todos sus miembros.

En vigencia de la Constitución Política de 1991, de la ley 100 de 1993, del Decreto 1295 de 1994 y de la ley 361 de 1997, expedidas en desarrollo de los derechos fundamentales de los ciudadanos, los trabajadores que estando incapacitados médicamente fueron despedidos de su trabajo, o su contrato terminado o sancionados por la empresa empleadora, cooperativa y toda unidad de producción con la que generaron un vínculo laboral, decidieron presentar acciones de tutela, la cual por virtud del artículo 86 de la Constitución Política, es la acción judicial más eficaz para recuperar sus derechos y en consecuencia la de sus familias.

En decisiones de revisión de estas sentencias judiciales, la Corte Constitucional, expone su teoría y línea jurisprudencial, de dar prevalencia a los derechos constitucionales de igualdad, trabajo en condiciones dignas, seguridad social entre otros para los trabajadores sobre otras normas sustantivas, de tal suerte que para este órgano judicial, las normas en mención se extienden a *todos los trabajadores que se encuentren en estado de incapacidad médica, en procesos de rehabilitación y/o de invalidez*, por cuanto estas condiciones los ubican en un estado de debilidad manifiesta

⁸⁰ Avila, N. (1999). *Globalización, Estado y economía solidaria*. Tegucigalpa: Guaymurás

frente a sus pares, de tal suerte que un trabajador puesto en alguno de los escenarios indicados no podrá ser despedido ni su contrato terminado sin previa autorización del Ministerio del Trabajo y se hace acreedor de la indemnización que describe la norma.

Bajo estas decisiones jurisprudenciales, tal como se afirmó en el capítulo anterior, los fundamentos del Estado Social de Derecho en Colombia, entran en conflicto, cuando a través de la expedición de las normas que protegen a los ciudadanos en situaciones especiales, no se atienden los derechos del empleador, generando así una manifiesta inseguridad jurídica para los ciudadanos empresarios en el ámbito del derecho laboral ,máxime cuando entra en contrapeso las decisiones tomadas por el organismo de cierre de casación de la jurisdicción ordinaria laboral al manifestar posición jurídica totalmente contraria a la aquí citada, como veremos en el siguiente capítulo.

Se consideró que el debido proceso establecido para el retiro del servicio o terminación del contrato de trabajo, debía ser suspendido por el empleador y abstenerse de despedir al trabajador hasta tanto no cuente con el permiso del inspector de trabajo, acto éste que brilla por su ausencia máxime cuando las autoridades administrativa – inspector de trabajo- están sometidos al imperio de la ley y en especial a la protección otorgada por la Constitución Nacional para los trabajadores, por ende, existen pocos casos, donde se ha otorgado la autorización de despido, pero como se observa no es un regla sino una excepción, excepción esta que siendo infrecuente en el mundo laboral, la cual conlleva a ampliar la problemática entre las posiciones legales y las decisiones jurisprudenciales.

Desde esta iniciativa, la Corte Constitucional ha venido considerando que tales decisiones resuelven el problema de la inestabilidad laboral de los trabajadores, pero la continuidad de los pronunciamientos judiciales para cumplir con el precedente constitucional, le da continuidad cíclica al conflicto de los empresarios, quienes requieren de trabajadores que produzcan para mantener la capacidad de pago a los mismos salarios y se encuentran con la obligación de realizar pagos a personas que no están en la actividad productiva y en muchas ocasiones , no hacen nada para que su situación de salud mejore, por encontrarse en un estado de confort, denominado “fuero de discapacidad “ o “protección laboral reforzada”

Los pronunciamientos de la Corte Constitucional, y las dificultades evidenciadas para los empleadores, tiene un análisis jurídico diferente por parte de la Corte Suprema de Justicia, órgano de cierre de la justicia ordinaria, quien en sentencias de casación ha considerado una teoría opuesta a la esgrimida por la Corte Constitucional, la cual sin desconocer los derechos fundamentales de los trabajadores, considera que éstos deben cumplir con cinco requisitos procesales, para ser cobijados por el fuero en referencia. Seguidamente expondré la posición de la Corte Suprema de Justicia frente

a la protección laboral de los trabajadores y personas en estado de debilidad manifiesta.

5.3.3 Requisitos para la Garantía de la Protección Laboral de las personas en Condición de Discapacidad según la Corte Suprema de Justicia

En la consideración de la protección laboral de las personas en estado de incapacidad, debemos mencionar el artículo 26 de la ley 361 de 1997, que señala:

ARTÍCULO 26. 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 del Ministerio del Trabajo.

Sin perjuicio de lo establecido en el inciso anterior, no se requerirá de autorización por parte del Ministerio del Trabajo cuando el trabajador limitado incurra en alguna de las causales establecidas en la ley como justas causas para dar por terminado el contrato. Siempre se garantizará el derecho al debido proceso.

No obstante, quienes fueren despedidos o su contrato terminado por razón de su limitación, sin el cumplimiento del requisito previsto en el inciso primero del presente artículo, tendrán derecho a una indemnización equivalente a ciento ochenta (180) 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 artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo:

ARTICULO 62. TERMINACION DEL CONTRATO POR JUSTA CAUSA. Son justas causas para dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo:

A). Por parte del empleador:

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. El despido por esta causa no podrá efectuarse sino al vencimiento de dicho lapso y no exime al empleador de las prestaciones e indemnizaciones legales y convencionales derivadas de la enfermedad.

En los casos de los numerales 9 a 15 de este artículo, para la terminación del contrato, el empleador deberá dar aviso al trabajador con anticipación no menor de quince (15) días.

La comparación que surge de la sola lectura del artículo 26 de la ley 361 de 1997 y del numeral 15 del artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo, es suficiente para verificar que éste último tiene notable incidencia en el contenido del primero, pues la sola calificación de “*justa causa*” que el artículo le otorga a la terminación del contrato de trabajo por encontrarse el trabajador en estado de incapacidad durante un lapso de tiempo igual o mayor a 180 días, denota que el régimen contemplado en el artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo es el “*ordinario*” y, por lo tanto, el aplicable en los supuestos y condiciones no regidas por el artículo 26 de la ley 361 de 1997, que es régimen “*especial*”.

Procede entonces, efectuar una aproximación general al alcance de la consideración de la ley especial, alcance que, en este caso, surge de la conjugación de lo establecido 62 del Código Sustantivo del Trabajo con el contenido del 26 de la ley 361 de 1997 y para ello resulta de utilidad tener en cuenta, con los debidos matices, lo que KELSSEN denominó el ámbito de validez de las normas del derecho que, de conformidad con su teoría, puede ser considerado desde los puntos de vista espacial, material, personal y temporal⁸¹.

Como su designación lo indica, el ámbito espacial está determinado por el espacio en que un precepto es aplicable y, desde esta perspectiva, las disposiciones jurídicas pueden ser generales o locales según que rijan en todo el territorio estatal o en una parte del mismo. Atendido este criterio, la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional observan que las normas descritas son de carácter general.

El ámbito material se refiere a la materia regulada en el precepto de que se trate y en relación con este aspecto es de interés destacar que, tanto el artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo y el artículo 26 de la ley 361 de 1997, se ocupan de la protección a personas en estado de discapacidad, pero lo hacen de manera diferente, porque, conforme se ha indicado, la primera considera la posibilidad de despedir a estas personas en atención a unas condiciones y la segunda prohíbe esta decisión material aunque lo permita formalmente mediante la autorización del Estado.

Conviene señalar que el artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo enlista las justas causas para dar por terminado el contrato de trabajo, el primer análisis que hace el operador judicial ordinario frente a un trabajador que se encuentre en una de las justas causas descrita en el artículo 62 y 63 del Código Sustantivo del Trabajo pero que a su vez tenga la condición de discapacitado es verificar si cumple con el requisito

⁸¹ Kelsen (1993). *Teoría pura del derecho*, (pp. 23), Aunque la Corte se vale de las categorías kelsenianas, ello no significa que siga estrictamente el planteamiento del autor respecto de las mismas; además, hace uso de la exposición que, basada en Kelsen, realiza García M, E. (1975). *Introducción al estudio del derecho*, (pp.80). México: Editorial Porrúa

establecido en el artículo 1 de la ley 361, ya que esta norma describe la condición de la estabilidad laboral reforzada en atención a la calificación del grado de discapacidad, siendo estas severa y profunda.

En tal sentido, judicialmente todo aquel que no obtenga o soporte estos niveles de discapacidad no cuenta con la protección especial, razón por la cual debe ser juzgado por las reglas generales, observándose en este aspecto la primera contradicción con los operadores constitucionales, quienes no atienden a esta cualificación, y dan prioridad al hecho puro y simple de estar el trabajador en limitación, estado de debilidad manifiesta hoy entendida como discapacidad.

Una vez alcanzado el hito de la igualdad formal ante la ley para los trabajadores, el siguiente paso que la Corte Suprema de Justicia ha dado para lograr el pleno ejercicio de los derechos fundamentales en igualdad de condiciones para los empleadores y los trabajadores dentro de una relación de trabajo dependiente, ha sido adoptar “una línea de decisión judicial dirigida a establecer los requisitos para la protección laboral en estado de discapacidad”

Construye el honorable cuerpo colegiado una línea jurisprudencial que establece una serie de requisitos para que los trabajadores sean beneficiarios de la protección laboral descrita en la ley 361 de 1997, los cuales describe en forma somera en la Sentencia 35606 del 25 de marzo de 2009:

De acuerdo con la sentencia en precedencia para que un trabajador acceda a la indemnización estatuida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, se requiere: (i) que se encuentre en una de las siguientes hipótesis: a) con una limitación “moderada”, que corresponde a la pérdida de la capacidad laboral entre el 15% y el 25%, b) “severa”, mayor al 25% pero inferior al 50% de la pérdida de la capacidad labora, o c) “profunda” cuando el grado de minusvalía supera el 50%; (ii) que el empleador conozca de dicho estado de salud; y (iii) que termine la relación laboral “por razón de su limitación física” y sin previa autorización del Ministerio de la Protección Social.

La protección laboral reforzada de los trabajadores conforme el artículo 26 de la ley 361 de 1997, comprende entonces para la justicia ordinaria el cumplimiento de cinco requisitos sine qua non a saber:

1. El trabajador se encuentre calificado por las entidades competentes para determinar su pérdida de capacidad laboral.

2. El porcentaje de pérdida de capacidad laboral sea superior al 25% es decir, se encuentre dentro de los establecidos para una discapacidad en clasificación de severa y profunda.⁸²
3. Una vez calificado el trabajador este debe notificar al empleador la existencia de dicha calificación y el porcentaje determinado.⁸³
4. El trabajador debe contar con el carné de discapacitado expedido por la EPS, en donde se describa su grado de discapacidad.⁸⁴
5. La causal de despido sea la discapacidad del trabajador.⁸⁵

De no cumplirse cualquiera de estos requisitos por parte del trabajador la protección laboral es nugatoria. Una lectura de las obiter dicta que fundamentan las decisiones judiciales señaladas, nos permiten comprender la envergadura y la trascendencia social y jurídica que tienen estas decisiones en el mundo del trabajo.

La obligación judicial de presentar el dictamen de pérdida de capacidad laboral como requisito para ser beneficiario de la protección laboral, se describe en la Sentencia 37514 de 2010, así:

(...)al referirse a los principios que la inspiran y al señalar sus destinatarios, de modo que delimita el campo de su aplicación a quienes por ley son consideradas discapacitadas, es decir, todas aquellas que tengan un grado de minusvalía o invalidez superior a la limitación moderada, además de que el estado de salud debe ser de conocimiento del empleador, pues la sola circunstancia de que el trabajador se encuentre incapacitado para el momento de la ruptura del contrato de trabajo, no acredita que tenga una limitación física y dentro de los porcentajes anteriormente mencionados, requiriéndose por tanto de una prueba científica como sería el respectivo dictamen o calificación(...).

Esta decisión confirma la línea jurisprudencial, que inicia con la sentencia hito “También es cierto que las incapacidades, por sí solas, no acreditan que la persona se encuentre en la limitación física y dentro de los porcentajes anteriormente mencionados, para efectos de ser cobijada por la protección a la que se refiere el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.” (Sentencia 35606, 2009).

En sentencia se consideró el ostentar una calificación de pérdida de capacidad laboral superior al 25%:

En las condiciones que anteceden, debe determinarse si a pesar de la demostración de los referidos supuestos fácticos, el proceder del empleador se ajustó al ordenamiento jurídico existente y, en consecuencia, el despido se produjo por una justa causa prevista legalmente, tal como lo aduce el impugnante, o si por el contrario, le asiste el derecho al

⁸² Sentencia 38992 de 03 de Noviembre de 2010

⁸³ Sentencia 37514 de 27 de Enero de 2010

⁸⁴ Sentencia 32532 de 15 de Julio de 2008.

⁸⁵ Sentencia 37514 de 27 de Enero de 2010.

trabajador a ser reintegrado por no haber perdido su capacidad laboral en forma tal que se considere inválido y no haberse obtenido la autorización del Inspector del Trabajo, conforme lo concluyó el Tribunal, con apego en la especial protección que prevé el inciso 2º del artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

Para la Corte, el sentenciador de alzada sí incurrió en las violaciones legales denunciadas, pues en el presente asunto, no se dan las condiciones exigidas para obtener la garantía de estabilidad de que trata la Ley 361 de 1997, pues dentro de los requisitos para que proceda la protección estatuida en la citada Ley (inciso 2º del artículo 26), se encuentra el que la pérdida de la capacidad laboral supere el 25%, para esa forma poder ser considerada con una limitación severa, situación en la que no se encuentra el demandante, toda vez que su discapacidad sólo alcanza el 21.55%.

En efecto, ya ésta Corporación ha fijado su criterio en torno al tema relacionado con la aplicación de la Ley 361 de 1997, en el sentido de que ella está diseñada para garantizar la asistencia y protección necesaria de las personas con limitaciones “severas y profundas”, pues así lo establece el artículo 1º, al referirse a los principios que la inspiran y al señalar sus destinatarios, en cuanto son las personas consideradas discapacitadas, esto es, aquellas que tengan un grado de minusvalía o invalidez superior a la limitación moderada, pues la sola circunstancia de que el trabajador sufra alguna enfermedad que lo haya incapacitado temporalmente para laborar, no lo hace merecedor a esa especial garantía de estabilidad laboral. (Sentencia 38992, 2010).

En sentencia 37514 del 27 de enero de 2010, se crea la necesidad de notificación previa al empleador de la discapacidad o minusvalía, por parte del trabajador calificado:

Superados los anteriores escollos y al abordar el fondo del asunto, se observa que la acusación está encaminada a que se determine jurídicamente, que para considerar una persona como limitada y beneficiaria de la protección especial que consagra el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, no se requiere que el discapacitado, inválido, minusválido, disminuido, incapacitado, reubicado, etc., tenga un determinado grado de minusvalía, ni una calificación previa de su limitación, sino que éste se encuentre en una manifiesta debilidad al momento del despido o terminación del contrato de trabajo.

Planteadas así las cosas, es de anotar, que esta Sala de la Corte ya tuvo la oportunidad de analizar y definir el tema, fijando su propio criterio, en el sentido de que la Ley 361 de 1997 está diseñada a garantizar la asistencia y protección necesaria de las personas con limitaciones severas y profundas, pues así lo contempla su artículo 1º, al referirse a los principios que la inspiran y al señalar sus destinatarios, de modo que delimita el campo de su aplicación a quienes por ley son consideradas discapacitadas, es decir, todas aquellas que tengan un grado de minusvalía o invalidez superior a la limitación moderada, además de que el estado de salud debe ser de conocimiento del empleador, pues la sola circunstancia de que el trabajador se encuentre incapacitado para el momento de la ruptura del contrato de trabajo, no acredita que tenga una limitación física y dentro de los porcentajes anteriormente mencionados, requiriéndose por tanto de una prueba científica como sería el respectivo dictamen o calificación(...).

(...) De tal modo que, siguiendo las anteriores directrices o enseñanzas jurisprudenciales, el Tribunal no pudo cometer ningún yerro jurídico cuando concluyó que para que opere la protección especial de la Ley 361 de 1997 y se generen las consecuencias previstas en su artículo 26, en el evento de un despido o terminación del contrato de trabajo, se requería establecer en el sub lite la condición de limitado de la trabajadora demandante en los porcentajes establecidos por ley, y que esa discapacidad física, minusvalía o pérdida de capacidad laboral tenga efectos vinculantes, esto es, que esté demostrada su existencia y conocimiento por parte del empleador para el momento

en que se ponga fin a la relación laboral, y no en forma ulterior o con posterioridad al rompimiento del vínculo.

Ser portador del carné de discapacitado existe en el artículo 5 de la ley 361 de 1997, pero la Corte Suprema de Justicia, convierte este elemento en un requisito para la protección laboral reforzada, según lo dispuesto en la Sentencia 32532 15-07-2008:

Es en desarrollo de esta preceptiva y particularmente en lo que tiene que ver con las personas a que está orientada la protección especial que consagra, según el grado de su limitación, que se dispone en el artículo 5 que las personas con limitaciones deberán aparecer como tales en los carné de afiliación al Sistema de Seguridad Social en Salud, correspondiendo a las empresas promotoras de salud consignar, en tal documento, la existencia de la respectiva limitación, con la especificación del grado de limitación que presenta su portador, en las escalas de moderada, severa y profunda, con el fin de que puedan identificarse como titulares de los derechos previstos en la ley comentada. No se trató entonces de una previsión caprichosa del legislador al aludir, en esta disposición, a los distintos grados de minusvalía que pueden afectar a las personas según la limitación que padezcan, por el contrario, la razón está de parte de aquellas que padecen mayores grados de limitación, naturalmente con el propósito de lograr su integración social en todos los ámbitos de la vida en comunidad en que se desenvuelven los seres humanos. Obviamente que el amparo es menor o inexistente para las personas con limitaciones de menor intensidad que no se les dificulta su inserción en el sistema competitivo laboral.

Es indudable que la protección laboral que existe para los trabajadores esta acuñada por las sentencias de constitucionalidad referidas, pero también es claro que la jurisdicción ordinaria laboral tiene condicionada la citada estabilidad laboral reforzada al cumplimiento de los cinco requisitos descritos.

Hay una necesidad de establecer criterios y un sistema que refuerce la objetividad de los procesos tendientes a obtener el reconocimiento de protección laboral, en línea con lo hasta aquí expuesto, estando presente en todo tipo de organizaciones productivas las dificultades que se derivan de la afectación de la salud de los trabajadores. La pequeña y mediana empresa son las más afectadas en este campo laboral pero así mismo son las que actúan con mayor discrecionalidad y amplitud frente al trabajador.

En el último capítulo nos proponemos presentar argumentos que permitan incidir en la reglamentación que el país necesita sobre los estados de discapacidad en las personas y por sobre todo en los trabajadores, para combatir la discriminación en el acceso a la empleo y en el mismo sentido la afectación económica de las empresas. El instrumento para ello, está soportado estudios y normas de carácter internacional que aunados a las decisiones judiciales dejaran los cimientos para soslayar la necesidad de la comprobación de la existencia de una situación previa para el trabajador que plantea en sí misma una discriminación social, no tiene aplicaciones prácticas ni eficientes, ante la negligencia administrativa de las entidades administradoras del sistema de seguridad social en Colombia, y para el empleador limita la potencial aplicación de su libertad de empresa frente a los trabajadores.

6. Tercer Capítulo: Intereses Políticos-Económicos Vs Derecho al Trabajo

6.1 Búsqueda del equilibrio entre los Derechos al Trabajo y al Desarrollo de una Actividad Económica

El Estado Colombiano, en desarrollo de los principios constitucionales expidió normas orientadas a garantizar la inclusión de las personas en estado de discapacidad al mundo laboral, bajo la orientación y vigilancia del Ministerio del Trabajo, otrora Ministerio de Protección social; institución que a pesar de las reformas administrativas sufridas por los cambios de gobierno, a continuando con la función descrita.

De conformidad con lo estudiado anteriormente, la imposibilidad del cumplimiento de las funciones de vigilancia y control y los intereses políticos, llevaron a la generalización en un primer momento del despido de los trabajadores, en virtud del numeral 15 del artículo 62 del Código Sustantivo del trabajo, el cual indica:

ARTICULO 62. TERMINACION DEL CONTRATO POR JUSTA CAUSA. Son justas causas para dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo:(...)

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. El despido por esta causa no podrá efectuarse sino al vencimiento de dicho lapso y no exime al {empleador} de las prestaciones e indemnizaciones legales y convencionales derivadas de la enfermedad.

Esta norma permite la decisión legal de los empleadores de dar por terminado el contrato de trabajo de los trabajadores cuando su incapacidad médica supere los ciento ochenta (180) días, decisiones que beneficiaron a los empleadores y afectaron los derechos fundamentales de los trabajadores que estando incapacitados o limitados, hoy entendidas en condición de discapacidad, pueden ser despedidos con una justa causa.

Ante esta problemática social, se introdujeron normas protectoras para las personas en condición de discapacidad atendiendo a los principios establecidos constitucionalmente y a los tratados ratificados por nuestro país, que estudiamos en un primer capítulo.

Las normas internas de protección a los trabajadores en estado de discapacidad tienen como principal exponente la ley 361 de 1997. En ella se verifica la creación de un fuero

laboral, considerando algunos tratadistas y jueces de la república que esta norma ha derogado tácitamente el numeral 15 del artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo, interpretación que ha generado conflictos jurídico laborales respecto de la condición de un despido justo versus un despido sin la protección de los derechos fundamentales.

Ventilados estos conflictos laborales se empezaron a generar jurisprudencias con teorías contrarias, en primera instancia se manifestó la Corte Constitucional consideró en sentencia Sentencia C-470 de 1997, que no se podía despedir a persona en condición de discapacidad o estado de debilidad manifiesta, más tarde la Corte Suprema de Justicia, en criterio contrario indica que los despidos se ajustaban a derecho Sentencia 35606 del 25 de marzo de 2009.

Estas decisiones de igual nivel jerárquico jurisdiccional se aplican indistintamente entre los operadores judiciales y los asociados del territorio nacional, son dos tesis opuestas ente sí, que dan solución a un mismo asunto, hecho por el cual el gobierno nacional, mediante actos administrativos ha tratado de solucionar el conflicto social sin desconocer las decisiones judiciales aquí estudiadas. Desde esta iniciativa, el Estado ha venido considerando que tal figura de la protección laboral reglamentada en los actos administrativos, resolvería el problema de los despidos y la inestabilidad laboral de los trabajadores, pero los despidos y los reintegros por orden judicial, le dan continuidad cíclica al conflicto de la elusión, del principio de equidad en las relaciones laborales.

Nos encontramos entonces en una operación de solicitar reintegro por parte de los trabajadores por vía de acción de tutela, protectora de los derechos fundamentales como medio más expedito para la garantía de los derechos, cuando estando en cualquier grado de discapacidad o incapacidad es despedido, en tanto, los empleadores consideran renunciar a los beneficios tributarios establecidos por la ley 361 de 1997 y en consecuencia no contratar a personas en estado de discapacidad, en atención al difícil y hoy casi imposible ejercicio de la facultad de autonomía en la decisión de dar por terminada la relación laboral con estas personas.

Sin embargo, el ideal de garantizar los derechos de los trabajadores sin vulnerar los de los empleadores, no ha logrado materializarse por muchas razones entre las que destacamos la inexistencia de un régimen que considere la clasificación de los niveles de incapacidad o discapacidad en las personas, la claridad legal de los requisitos que deben cumplir los trabajadores según su nivel de discapacidad y la transitoriedad o permanencia de la protección laboral.

Estas son las situaciones que me han motivado para presentar en esta investigación una exposición de motivos que sirva de insumo para la expedición por parte de la autoridad administrativa de un acto administrativo que determine la clasificación de las

discapacidades teniendo en cuenta la verdadera deficiencia, y la capacidad residual del trabajador para prestar sus servicios en otro sitio de trabajo diferente para el que fue contratado, siguiendo con esto los postulados de reubicación, rehabilitación y readaptación laboral que se encuentran inmersos en nuestra legislación, pero también sopesando la posibilidad de despedir a estos trabajadores cuando a pesar de haberse cumplido con los postulados citados éstos se encuentran incumpliendo sus obligaciones contractuales, por ende incursos en una justa causa para la terminación de su contrato.

Considero que si mis aportes son atendidos por la autoridad administrativa y aceptados por el órgano constitucional, se abre el camino a la justicia social en el campo laboral referido. El futuro de las relaciones laborales de las personas en estado de discapacidad y los empresarios del país, depende de la voluntad de todos de avanzar. Si se acepta una clasificación de las discapacidades, se crea un instrumento eficaz para alcanzar la igualdad efectiva, será necesario entre otras cosas, hacer diagnósticos adecuados que cumplan unos requisitos mínimos para considerar que los trabajadores con una discapacidad pueden realizar en igualdad de condiciones a quien no lo es un trabajo que no tenga relación con su discapacidad, y de esta forma regresar al derecho de trato igual ante los iguales, estas disposiciones crearán en mi consideración efectos positivos en las organizaciones y en la sociedad en general.

6.2 El Tratamiento Internacional a las Condiciones de Discapacidad en los Trabajadores.

La premisa general y principal de la que se debe partir en el análisis del tema relativo al manejo de los estados de discapacidad en los trabajadores, es la que ésta, se ha constituido en un presupuesto absolutamente esencial de la igualdad real y efectiva entre trabajadores con un buen estado de salud y aquellos que la han perdido por causa u ocasión de su trabajo, en el específico ámbito de las relaciones de trabajo.

Las medidas que hacen posible en países del primer mundo como Estados Unidos, puedan compaginar en forma armónica los estados de discapacidad con las habilidades existentes en los trabajadores se describen en la Ley para Personas con Discapacidades -Americans with Disabilities Act- (ADA), norma de carácter civil promulgada el 26 de julio de 1990 que prohíbe discriminación contra personas con discapacidades en el empleo, en programas de estado y administración municipal, en lugares públicos, en lugares comerciales, en transporte público, y telecomunicaciones.

En los Estados Unidos se consideró que la promulgación de la ley ADA, era un paso para permitir que la sociedad se beneficie con las destrezas y aptitudes de las personas con discapacidades, para generar ganancias gracias al aumento de su poder adquisitivo y su capacidad de emplearlos, y para que todos los estadounidenses tengan vidas más activas y productivas.⁸⁶

Las medidas que hacen posible que los trabajadores puedan armonizar adecuadamente su vida laboral y familiar son de diversas tipologías. La ley denominada Americans with Disabilities Act- (ADA), trae una de ellas que no ha sido evaluada en la legislación laboral en nuestro país, es la definición de la condición de “deshabilidad”, entendida en la norma extranjera como una limitación física o mental que afecta de forma considerable una actividad principal en la vida de la persona, o demostrar clínicamente la existencia de un antecedente de padecer tal limitación.

La figura jurídica de la “deshabilidad” permite la clasificación de las discapacidad en los trabajadores, en algunas ocasiones puede ser obvia, es decir, evidente en el aspecto físico o mental, en otros casos no puede determinarse su severidad o duración, en uno u otro caso se genera para el empleador la creación de buenas prácticas de administración de personal, para una acomodación razonable de los trabajadores. La consideración de las deshabilidades permitirían al empleador proveer los cargos conforme las condiciones del trabajador y mantenerlo en el mismo cargo sin que esto ocasiona un costo excesivo o interrupciones a la empresa.⁸⁷

Respecto a las limitaciones, en la ADA, se clasifican como un impedimento, cuando cumplen la condición de “deshabilidad”, si éstas limitan de forma considerable a la persona en una o más actividades principales de la vida diaria. Esto significa que la persona no pueda llevar a cabo, o éste extremadamente limitada para llevar a cabo cualquiera de estas actividades, si se compara con otra persona de la población general. El origen, severidad y el impacto del impedimento pueden ser factores relevantes para que éste sea considerado como limitante.

Pero también dentro de este grupo se integrarían otro tipo de medidas, tales como la ceguera o sordera, que por sí mismas están consideradas como limitantes dentro de las deshabilidades, pero es necesario realizar un estudio de su impacto con respecto a la funcionalidad del trabajador.

⁸⁶ ADA. (2001). *Comisión de Igualdad de Oportunidades en el Empleo Estados Unidos*: Departamento de Justicia los Estados Unidos. División de Derechos Civiles. Recuperado de: http://www.ada.gov/adaqa02_spanish.htm.

⁸⁷ *Ibíd.*

La inclusión en la normatividad laboral, de las expresiones “limitar de forma considerable”, al referirse a una deshabilidad de los trabajadores, según la gravedad de la lesión que puede ser fisiológica, mental o psicológica. La ADA define como cualquier desorden o condición fisiológica, desfiguración cosmética o un daño anatómico que afecta uno o más de los sistemas múltiples del cuerpo, incluyendo los órganos específicos de los sentidos, los sistemas neurológico, músculo-esquelético, respiratorio, cardiovascular, reproductivo, digestivo, genitourinario, sanguíneo o linfático, de la piel y el sistema endocrínológico.

Incluye además cualquier desorden mental o psicológico, permitirá establecer que las discapacidades o estados de debilidad manifiesta como lo ha denominado la Honorable Corte Constitucional, por el hecho de afectar una actividad principal, no se considere dentro de las categorías de una “limitación considerable”, en tanto esta persona podría cumplir otras actividades en forma plena, permitiéndole seguir en la vida laboral y al empleador utilizar las habilidades y posibilidades en otro cargo o trabajo, con la seguridad jurídica del respeto a la libertad de contratación laboral y permanencia de la relación laboral.

La limitación en Norteamérica debe ser *significativa*, razón por la cual en la administración de justicia se evalúa las actividades que la persona puede desempeñar para determinar si ella o él están realmente limitado de forma considerable. Puede decidir el órgano judicial que un trabajador no tiene una limitación considerable en cuanto a la habilidad de caminar, cuando se encuentra que puede mantener un ritmo de vida activo, puede ir de cacería, de pesca, puede jugar golf al igual que lo hace cualquier otra persona, marchar a doble tiempo y correr una milla y media en 15 minutos.⁸⁸

Ahora bien, en atención a la duración, un impedimento de corto plazo sin un efecto permanente a largo plazo, generalmente no se determina como una “*limitación considerable*”, pero esta determinación en el tiempo, es la dificultad que presenta este sistema de clasificación de las deshabilitades o discapacidades en nuestro territorio, en tanto no se puede demarcar la línea entre el largo plazo y el corto plazo, solo por la duración de una incapacidad médica válidamente expedida. Una limitación por pocos días o una semana generalmente se consideraría a corto plazo, pero a si mismo podría

⁸⁸ Lamb Vs. Corporación de Carbón del Condado de Bell, 1999 US APP LEXIS 22201 (Sexto Cir. 1999).

una incapacidad ordenada por el médico tratante durante seis (6) semanas como de corto plazo.

La valoración de la condición física y su clasificación entre las deshabilidades por la duración de una incapacidad es muy subjetiva, encontrando así una dificultad en el largo camino de la clasificación de las deshabilidades, denominadas así para E.E.U.U y como discapacidad para Colombia.

Por las variables que afectan el organismo del ser humano es imposible predecir la duración exacta de un estado de salud, de tal forma que si una condición es grave, con duración indefinida o desconocida, ésta puede considerarse como una deshabilidad. Las condiciones crónicas de salud que son extremadamente limitantes cuando los síntomas se activan pueden también ser consideradas como deshabilidades. Esto incluiría, por ejemplo, las condiciones que se presentan episódicamente como el desorden bipolar. Un impedimento temporal que puede tener efectos permanentes o residuales a largo plazo, tales como una contusión cerebral que cause un daño permanente al cerebro se puede considerar también como una deshabilidad.⁸⁹

Siendo así, bajo esta posición frente a la determinación de condiciones especiales de protección laboral de las personas, es necesario considerar si un impedimento o los efectos que éste conlleva a una afectación suficientemente graves y a largo plazo (o al menos de varios meses) para considerarse como una deshabilidad.

6.3 Las Limitaciones, Deshabilidades y/o Discapacidades en el Campo Laboral

En los inicios de estudio de las deshabilidades que generan limitaciones a los trabajadores y pueden ser considerados como discapacitados, para su protección en todos los aspectos de la vida en interpretación de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de América, las medidas de atenuación como los medicamentos o aparatos prostéticos no deben ser tenidos en cuenta para considerar si el impedimento de una persona alcanza el nivel de deshabilidad, pero para el año 1999, la línea jurisprudencial cambia determinando que la deshabilidad existe sólo si el impedimento limita de forma sustancial una actividad principal y no cuando “quizás”, “pudiera ser”, “lo hiciera”, o “definitivamente” limitara en forma considerable sin utilizar las medidas de atenuación, a manera de ejemplo se presentan los siguientes casos: a) unas

⁸⁹ Bruyère, S. (2001). Perspectiva general y actualización práctica. *Definición de la discapacidad con base en la ley de la ADA*. Washington D.C.

hermanas gemelas pilotos quienes tienen un grado visual sin corrección que no cumplía con los requisitos de la aerolínea⁹⁰; un mecánico cuya hipertensión le impedía cumplir con los requisitos para obtener la licencia comercial de conducción del Departamento de Transporte (DOT.)⁹¹, y un chofer de camión que puede ver sólo por un ojo y que no cumplía con los requisitos regulares para licencias de conducción del DOT⁹². La Suprema Corte decidió que ninguno de ellos calificaría como una persona con deshabilidad si se considera que ellos utilizan medidas de atenuación como anteojos, medicamentos, o comportamientos compensatorios.

6.3.1. Los juegos paraolímpicos y la clasificación de las discapacidades en las personas.

Es oportuno para nuestro estudio, entrar a considerar la clasificación que la Organización Mundial a los Juegos Paraolímpico ha establecido para los deportistas que participan en estas justas, siendo el deporte una de las actividades de mayor desarrollo físico, social y emocional de las personas, la clasificación de una discapacidad en varias categorías, es un ejemplo a seguir en los asuntos del sistema general de seguridad social, para los trabajadores, en el entendido que una afección física puede no perturbar el desarrollo de otra, así: “Cada deporte tiene diferentes exigencias físicas y por lo tanto tiene su propio conjunto de clasificaciones”.

6.3.1 Atletismo

Personas con todo tipo de discapacidades pueden competir en atletismo, con un sistema de letras y números para diferenciar las categorías.

La letra F es para los atletas de campo (en inglés, field), T representa a los que compiten en la pista (track), y el número que se muestra se refiere a su grado de discapacidad.

11-13: Atletas de campo y pista con discapacidad visual. Los atletas ciegos compiten en la clase 11 y con los ojos vendados y corren con una persona que los guía. Los atletas en la clase 12 son personas con discapacidad visual, que pueden optar por ir con un guía.

20: Atletas de campo y pista con discapacidades intelectuales. Hay tres eventos para hombres y mujeres en el programa de Londres: 1500 metros, salto en largo y lanzamiento de peso.

⁹⁰ Sutton Vs. United Airlines, Inc., 527 U.S. 471 (1999)

⁹¹ Murphy Vs. United Parcel Service, 527 U.S. 516 (1999)

⁹² Kirkingburg Vs. Albertson's, 527 U.S. 555 (1999)

31-38: Atletas de campo y pista con parálisis cerebral u otras enfermedades que afectan la coordinación y el control muscular. Los atletas en la clase de 31 a 34 compiten en posición sentada; de 35 a 38 de pie.

40: Atletas de pista y de campo con estatura baja (enanismo).

42-46: Amputados. En la clase de 42-44 las piernas se ven afectadas y en la clase de 45-46 son los brazos los afectados. Los atletas en estas clases compiten de pie y no utilizan una silla de ruedas.

T51-54: Atletas de pista en silla de ruedas. Los atletas de clase 51-53 se ven afectados tanto en las extremidades inferiores como las superiores, mientras que los atletas T54 tienen tronco parcial y las funciones de la pierna

F51-58: Atletas de campo en silla de ruedas. Los atletas en F51-54 clases tienen limitaciones en el movimiento del hombro, el brazo o la mano y no pueden mover el tronco ni las piernas mientras que los atletas de F55 a 58 atletas tienen la función normal en los brazos y las manos.

6.3.2 Baloncesto

El baloncesto es un deporte paralímpico para personas en silla de ruedas. Las discapacidades pueden incluir paraplejía, amputación de miembros inferiores, parálisis cerebral y poliomiéltis. Los atletas se clasifican de acuerdo con su capacidad física y se les da una calificación de puntos entre uno y 4,5. Un punto equivale a la discapacidad más severa.

6.3.3 Boccia

Este juego, parecido a las bochas o la petanca, es practicado por atletas con parálisis cerebral y otras discapacidades físicas graves (distrofia muscular, por ejemplo) que compiten en silla de ruedas, y la clasificación se divide en cuatro clases.

BC1: Los jugadores con parálisis cerebral que son capaces de utilizar sus manos o pies para impulsar constantemente la pelota en juego. Los atletas BC1 pueden tener un ayudante en la cancha para pasarles la bola antes de cada tiro.

BC2: Los jugadores con parálisis cerebral que son capaces de utilizar sus manos para impulsar constantemente la pelota y tienen una mayor capacidad funcional que un atleta BC1.

BC3: Los jugadores con parálisis cerebral u otra discapacidad con disfunción locomotriz en las cuatro extremidades que no pueden tirar o patear una pelota y, por lo tanto, se les permite utilizar un dispositivo de ayuda, como una rampa para impulsar la pelota y son ayudados por un asistente (" que ajusta la rampa siguiendo sus instrucciones.

BC4: Jugadores que no tienen parálisis cerebral, pero tienen otra discapacidad locomotriz en las cuatro extremidades y tienen una capacidad funcional similar a los atletas BC2. Las enfermedades tales como la distrofia muscular, espina bífida y tetraplejía se incluyen en esta clasificación.

6.3.4 Ciclismo

El ciclismo está abierto a los amputados, a "les autres" ("los otros", atletas cuya discapacidad no se incluye en ninguna categoría), atletas con parálisis cerebral y atletas con discapacidad visual, que compiten en carrera de ruta individual y pruebas de pista. Los atletas con discapacidades físicas compiten en bicicletas (carretera y pista) o triciclos (sólo carretera).

Los atletas con discapacidad visual compiten en tándem con un guía vidente.

Triciclo clases H1-4: Los ciclistas de H1-3 compiten en una posición reclinada. Los H1 atletas no tienen movimiento en el tronco o las piernas y el de los brazos es limitado, mientras que los H3 no tienen ninguna movilidad en las piernas, pero sí en el tronco y los brazos. H4 atletas se sientan sobre sus rodillas y se impulsan usando los brazos y el tronco.

Triciclo T1-2: Las carreras de los atletas que no pueden andar en bicicleta a causa de una enfermedad que afecta el equilibrio y la coordinación. Los atletas de la categoría T1 tienen problemas de coordinación más serios que los T2.

Bicicleta C1-5: Los ciclistas pueden tener una enfermedad como parálisis cerebral o una pierna o brazo amputados. Los C1 atletas tienen una limitación más severa, mientras que los atletas C5 cumplen con los criterios de discapacidad mínimos.

6.3.5 Equitación

Todos los grupos de personas con discapacidad puedan participar en el único deporte ecuestre del programa paralímpico. Los jinetes se dividen en cinco clases.

Grado Ia: Jinetes severamente impedidos, con discapacidad en todas las extremidades y poco control del tronco, que suelen utilizar una silla de ruedas en la vida diaria.

Grado Ib: Jinetes, ya sea con el control del tronco muy limitado y control mínimo de las extremidades superiores o control moderado de todas las extremidades y el tronco. . La mayoría utiliza una silla de ruedas en la vida diaria.

Grado II: Jinetes con una capacidad muy limitada en ambos miembros inferiores y un equilibrio del tronco bueno, o limitaciones más leves en las extremidades superiores e inferiores con el control del tronco reducido. Algunos utilizan una silla de ruedas en la vida diaria.

Grado III: Jinetes ambulantes (que pueden caminar de forma independiente) que tienen alteraciones en ambos brazos, o no tienen brazos, o deficiencias moderadas de las cuatro extremidades. Esta categoría también incluye los corredores ciegos y las personas con condiciones tales como enanismo.

Grado IV: Los atletas ambulantes, ya sea con dificultades de visión o de movimiento, fuerza muscular reducida o las funciones de brazos o piernas alteradas.

6.3.6 Esgrima

La esgrima está abierta a los atletas en silla de ruedas, cuyas deficiencias pueden incluir lesiones de la médula espinal, amputación de miembros inferiores y parálisis cerebral y cuya situación les impide competir contra atletas de pie. Los atletas que compiten en este evento se dividen en dos clases.

Categoría A: Deportistas con buen equilibrio y recuperación, y movimiento del tronco completo.

Categoría B: Los atletas con poco equilibrio y recuperación, pero pleno uso de uno o ambos miembros superiores.

6.3.7 Fútbol

El fútbol 5 está diseñado para las personas con discapacidad visual, mientras que el fútbol 7 es practicado por atletas con parálisis cerebral.

Todos los jugadores de fútbol 5 deben llevar antifaces, excepto el portero, que ve, pero no puede abandonar una zona muy restringida. No existe el fuera de juego. La pelota tiene rulemanes y cápsulas que suenan al moverse.

El fútbol incluye las categorías C5, C6, C7 y C8 divisiones, según el control de sus extremidades y los problemas de coordinación. Todas las clases están compuestas por atletas ambulantes. Los de la clase cinco son los menos ágiles y los de la clase ocho son mínimamente discapacitados.

6.3.8 Goalball

Goalball es un deporte exclusivamente paralímpico, practicado por atletas con discapacidad visual y no hay necesidad de clasificación.

Los participantes visten máscaras para asegurar que todos, ya sean ciegos o con deficiencias visuales, compitan en igualdad de condiciones. La pelota tiene campanas en su interior para ayudar a orientar a los jugadores y, como resultado, el juego se practica en un silencio total.

6.3.9 Judo

En el judo compiten solamente atletas con discapacidad visual. No hay categorización y los competidores se dividen por peso, de la misma manera que los atletas no discapacitados. La principal diferencia es que los atletas comienzan la pelea en contacto físico, en lugar de separados. El deporte comenzó a existir hace 128 años en Japón, cuando el Dr. Jigoro Kano modernizó el arte marcial antiguo de jiu-jitsu. Es una disciplina Paralímpicos desde 1988.

6.3.10 Levantamiento de Pesas

También llamado potencia (en inglés powerlifting) es un deporte de fuerza que consiste en tres eventos: el press de banca, las sentadillas y el peso muerto. Está abierto a todos los atletas con discapacidad física y la clasificación es exclusivamente según el peso.

Los levantadores de pesas que participan en los Juegos Paralímpicos tienen discapacidades en sus extremidades inferiores o caderas tales como parálisis, parálisis cerebral y amputación de extremidades. Todos los competidores -hombres y mujeres- participan en 10 categorías de peso.

6.3.11 Natación

La natación es el único deporte que combina, en diferentes categorías, discapacidades como la pérdida de extremidades, la parálisis cerebral (coordinación y las restricciones de movimiento), lesión de la médula espinal (debilidad o parálisis que implica cualquier combinación de las extremidades) y otras discapacidades tales como enanismo y las demás minusvalías juntas.

1-10: Nadadores con discapacidad física. Cuanto menor el número, más grave es la discapacidad.

11-13: Nadadores con discapacidad visual.

14: Nadadores con discapacidad intelectual.

El prefijo S indica la clase para estilo libre, espalda y mariposa. SB indica la clase para braza (también llamado pecho), y SM denota combinado. Las letras y números combinadas dentro de una variada gama de clasificaciones, desde los nadadores con discapacidad severa (S1, SB1, SM1) a aquellos con discapacidad mínima (S10, SB9, SM10).

En cualquiera de las clases, los nadadores pueden empezar con una inmersión o ya en el agua. Esto se tiene en cuenta a la hora de clasificar un atleta. La clase 14 vuelve a los Juegos Paralímpicos de Londres después de haber sido omitido en Atenas y Pekín.

6.3.12 Remo

El remo se divide en cuatro clases de embarcaciones.

AM1x: Un barco con asientos fijos e individuales para los hombres. Los atletas tienen movimiento completo solamente en los brazos.

AW1x: Igual que la anterior, pero para mujeres.

TA2x: Un bote de dos personas, de géneros mixtos, para atletas con movimiento del tronco y los brazos solamente.

LTA4 +: Un barco de dos hombres y dos mujeres, además de un capitán, con asientos que se desplazan. Abierto a los atletas con discapacidad pero que tienen movimiento en las piernas, el tronco y los brazos. Un barco puede incluir un máximo de dos atletas con discapacidad visual que usan vendas de los ojos durante el entrenamiento y la competición.

6.3.13 Rugby en Silla de Ruedas

Los jugadores de rugby en silla de ruedas se clasifican mediante un sistema de puntos, con los atletas más severamente discapacitados siendo calificados en 0,5 puntos, llegando a 3,5 puntos para los menos impedidos. Cada equipo se compone de cuatro jugadores y se permite un máximo de ocho puntos en la cancha.

6.3.14 Tenis

El tenis se juega desde una silla de ruedas con dos clases abiertas y quad - (discapacidad en tres o más miembros).

En las competiciones de tenis en silla de ruedas, a los jugadores se les permite que la pelota rebote dos veces, siempre y cuando el primer rebote haya sido dentro de la cancha.

6.3.15 Tenis de Mesa

El tenis de mesa es practicado por atletas con discapacidad física o intelectual y se divide en 11 clases.

1-5: Los atletas compiten en silla de ruedas, siendo los de clase 1 los más gravemente discapacitados y los de clase 5 menos impedidos.

6-10: Atletas ambulantes, siendo, nuevamente, los de menor número, los más gravemente discapacitados.

11: Atletas con discapacidad intelectual.

6.3.16 Tiro

El tiro es para atletas discapacidad física y se clasifica en tres clases:

ARW1: Los usuarios de sillas de ruedas con discapacidad en las cuatro extremidades.

ARW2: los usuarios de silla de ruedas con pleno uso de sus brazos.

ARST (de pie): Los atletas que compiten de pie y también aquellos que necesitan ayudarse con un taburete debido a la falta de equilibrio.

6.3.17 Tiro con Arco

Los tiradores se dividen en atletas en silla de ruedas y atletas de pie.

Ambos grupos se dividen en seis sub-clases, cada una de las cuales determina el tipo de equipo de que cada competidor puede de usar.

SH1: Para los competidores de pistola y rifle que no necesitan un soporte de disparo.

SH2: Para los competidores de rifle que tienen una discapacidad en las extremidades superiores y requieren un puesto de tiro.

6.3.18 Vela

La vela es un deporte de discapacidad múltiple donde pueden participar atletas amputados, con parálisis cerebral, discapacidad visual, silla de ruedas, y los grupos "les autres" (otras categorías) también pueden competir juntos.

Hay tres clases de vela: el Sonar, con tres tripulantes, el Skud-18, de dos personas, y el 2.4mR, que es con un solo tripulante. Los competidores se clasifican de acuerdo con un sistema de puntos de uno a siete. Cuantos menos puntos, más severamente discapacitados los atletas.

6.3.19 Voleibol sentado

El voleibol sentado es para los atletas hombres y mujeres con alguna discapacidad física. Hay dos clases llamadas mínimamente Discapacitados (MD) y discapacitados (D). Cada equipo sólo puede tener un jugador MD en la cancha, mientras que los otros cinco jugadores tienen que ser de clase D. (BBC, 2012).

6.4 La Comisión para la Igualdad de Oportunidades en el empleo EEOC y los Trabajadores en Estado de Deshabilidad o Discapacidad.

La Comisión para la Igualdad de Oportunidades en el Empleo EEOC, es una agencia federal de los Estados Unidos, que ejecuta las leyes que están en contra de la discriminación y el hostigamiento en el empleo. Dentro de sus objetivos se encuentra eliminar la discriminación de los lugares de empleo para todos los trabajadores.⁹³

Dentro de sus estudios se encuentra la consideración de determinar si un impedimento limita de forma sustancial una actividad principal aparte de la de trabajar. Si no existe una limitación considerable en alguna otra actividad principal, la última parte del análisis debe determinar si la persona está limitada considerablemente en la actividad principal de trabajar.

Para la EEOC, una persona está limitada considerablemente en la actividad principal de trabajar, si ella/él tiene muchas restricciones para desempeñarse en una clase específica de empleo o un rango de empleos en varias clases de trabajo, en

⁹³ EEOC (2012). *U.S. Equal Employment opportunity*. Recuperado de http://www.eeoc.gov/youth/downloads/brochure_es.pdf

comparación con una persona promedio que tenga el entrenamiento, habilidad técnica, y destrezas. El área geográfica a la que la persona tiene acceso razonable es considerado, así como el número de empleos que requieren habilidades y destrezas similares (de la misma clase) y habilidades y destrezas diferentes (de gran amplitud.) El hecho de no poder desempeñar una función específica de un puesto no constituye una limitación sustancial en la actividad principal de trabajar.

De esta forma, las discapacidades se clasifican según la actividad principal de trabajar y el hecho de no poder desempeñar una función específica de un puesto, no constituye una limitación sustancial en la actividad principal de trabajar. La persona que no puede trabajar en edificios elevados debido a sus alergias, y alguien con una limitación auditiva que no puede trabajar en un medio ambiente ruidoso como taller de carpintería, garaje de reparación de automóviles, trabajo en demoliciones y trabajo en mantenimiento de terrenos del aeropuerto.

Esta categorización ha sido atendida por la justicia americana, que dentro de sus decisiones a manera de ejemplo ha establecido: un tribunal evaluó si la tendinitis de un empleado que le impedía trabajar en puestos que requerían movimientos repetitivos con las manos y lo limitaba sustancialmente en el desempeño de una clase amplia de cargos. La corte encontró que las restricciones impedían que la persona trabajara en una gran variedad de puestos en el área metropolitana, incluyendo cualquier puesto en una línea de ensamblaje que requería movimientos repetitivos⁹⁴. En otro caso la Corte consideró si un trabajador de la construcción especializado en asegurar los techos, quien se había lastimado el hombro, estaba limitado considerablemente para trabajar si no podía hacer trabajo manual sobre su cabeza, levantar objetos pesados, o hacer movimientos necesarios para empujar o jalar objetos hacia y lejos de su cuerpo. La corte estableció que esta lesión podría considerarse como una limitación sustancial para poder trabajar, porque se puede aplicar a una gran diversidad de puestos incluyendo cualquier cargo en una mina de carbón o en puestos relacionados, como en la construcción.⁹⁵

Otro juzgado encontró 'que la diabetes (sin el uso de la insulina) le causaba a cierta persona tal grado de irritabilidad que no podía llevarse bien con los demás empleados y otras personas, lo cual lo limitaba considerablemente en la actividad de trabajar. La Corte opinó que la habilidad de llevarse bien con sus colegas y clientes es necesaria en la mayoría de puestos.⁹⁶

⁹⁴ *Depaoli Vs. Laboratorios Abbot*. 140 F3d 668 (7mo Cir. 1998)

⁹⁵ *Cochrum Vs. Old Ben Coal Co*. 102 F.3d 908 (7mo Cir. 1996)

⁹⁶ *Gilday Vs. el Condado de Mecosta*. 124 F.3d 760 (6to Cir.), enmendado, 7 AD Casos 1268 (6to Cir. 1997)

Los juzgados han encontrado que la inhabilidad de trabajar bajo el mando de cierto supervisor⁹⁷ o en un edificio en particular⁹⁸ no implica que dicho individuo no pueda desempeñarse una clase de puestos o un rango de puestos en varias clases de trabajos.

Destacamos como importante para fundamentar el aporte que se quiere dar mediante la presente investigación en el siguiente aparte, que en varias ocasiones los jueces norteamericanos, concentran su estudio para la decisión de los conflictos jurídicos de los trabajadores discapacitados con los empleadores en los trabajos que la persona aún puede desempeñar y no como lo está haciendo el operador judicial en Colombia en cuán deshabilitada está la persona para trabajar.

En este sentido la Suprema Corte decidió que el demandante no estaba limitado sustancialmente para trabajar, ya que existían muchos otros puestos que éste podía desempeñar, incluyendo puestos como mecánico que no requieren certificación.⁹⁹

Un hecho que llama la atención en la cultural laboral de los países capitalistas y especialmente en los países latinoamericanos, es que cuando se trata de analizar la situación de la población en condición de discapacidad se apela casi indefectiblemente a la elaboración de leyes y reglamentaciones de protección, bajo la presunción de que el conocimiento de las normas y sus eventuales sanciones, conducirán a mejorar la conducta de quienes deben obedecer a estos preceptos.

La tendencia a reglamentar todas las conductas humanas se verifica en casi cualesquier orden de la vida institucional en las sociedades postmodernas. Dentro de las reglamentaciones, se incluyen aquellas que determinan las relaciones laborales y de trabajo, siendo probablemente el trabajo humano una de las más difíciles actividades de la vida para enmarcar en un código.

La calidad y cantidad de normas y reglamentos están a un abismo de distancia de la eficacia que ellas tienen a la hora de propiciar una mejor conducta, una mayor efectividad y una mejor convivencia en el ámbito laboral, interpersonal, institucional y empresarial.

⁹⁷ *Weiler Vs Corporación de Financiación para Hogares*. 101 F3d 519 (7mo Cir. 1996).

⁹⁸ *Mobley Vs. Comité de Miembros del Sistema Universitario de Georgia*. 924 F. Supp. 1179 (S.D. Ga. 1996).

⁹⁹ *Murphy Vs. United Parcel Services*, 527 U.S. 516 (1999)

Colombia ha expedido las normas objeto de estudio en este trabajo para cumplir con los tratados internacionales sobre la protección a las personas en estado de discapacidad pero dentro de estos actos de codificación no se ha incluido la determinación de los impedimentos físicos o psicológicos que pueden limitar de forma sustancial una actividad principal de la vida, una actividad laboral y las consideraciones para realizar o no determinados trabajos.

Ante este escenario vale la pena hacerse varias preguntas ¿debemos renunciar a las normas que regulen los grados de discapacidad para los trabajadores? ¿Dónde estarían los complementos o condicionamientos que podrían hacer que estas normas se expidieran bajo la aceptación social?, en atención a los intereses de los empleadores, nos preguntamos si ¿debe seguir estando obligado el empleador a mantener vigente el contrato de un trabajador discapacitado y malintencionado? ¿Una discapacidad de un órgano, miembro o función del cuerpo trae consigo la determinación permanente de protección del trabajador, cuyo órgano, miembro o función, no tiene relación con el desarrollo de su trabajo?

Responder a estas preguntas, obviamente demandaría del concurso de un contingente de especialistas en la materia laboral y de la salud ocupacional, para que después de muchos debates e investigaciones publicasen unas disposiciones al respecto que arrojaran luz sobre estas cuestiones, sin embargo de una forma modesta, en el presente capítulo quiero ofrecer solo algunas ideas introductorias para por lo menos, aclarar el trasfondo de la cuestión de las discapacidades de los trabajadores y su relación con el trabajo.

En Estados Unidos, para la EEOC una persona está limitada considerablemente en la actividad principal de trabajar, si tiene muchas restricciones para desempeñarse en una clase específica de empleo o un rango de empleos en varias clases de trabajo, en comparación con una persona promedio que tenga el entrenamiento, habilidad técnica, y destrezas. Esta determinación comprende además el área geográfica al que la persona debe tener acceso, en igual sentido se atiende la cantidad de trabajos que requieren habilidades y destrezas similares o parecidas y habilidades y destrezas diferentes o muy disimiles. Estas condiciones detalladamente consideradas permitirán establecer que el no poder desempeñar una función específica en un trabajo, constituye una limitación sustancial en la actividad principal de trabajar, cuando en el mismo estudio se pueda determinar que la persona está en condiciones y habilidades de desempeñar otro cargo o trabajo, en la misma empresa y/o con el mismo empleador.

Algunos juzgados en Estados Unidos para considerar la protección de un trabajador en estado de discapacidad o deshabilidad, como mejor lo describen, se concentran en los *trabajos que la persona aún puede desempeñar, en lugar de enfocarse en cuán*

deshabilitada está la persona para trabajar, decidiendo que si el trabajador demandante no estaba limitado sustancialmente para trabajar, ya que existían muchos otros puestos que éste podía desempeñar, no le era viable acceder a la protección legal solicitada¹⁰⁰.

¹⁰⁰ *Murphy Vs. United Parcel Services, 527 U.S. 516 (1999)*

7. Conclusiones y Recomendaciones

7.1 Necesidad de la diferenciación de los mecanismos de Protección Laboral frente a los Estados de Discapacidad en las Personas

Las condiciones de discapacidad de las personas, atendiendo a los derechos humanos y políticas de inclusión, merecen una protección especial del Estado, lo que se ha reflejado en los contenidos normativos que se describen en este estudio y que no se cuestiona en lo que respecta a su intención de mejorar el nivel de vida y desarrollo de estas personas.

El aporte que se quiere brindar, está orientado a establecer en criterios ético-políticos de clave hermenéutica, es decir, estando consientes del carácter interpretativo del conocimiento humano, nos dirigimos no a los conceptos humanizados y defensores de derechos en abstracto, sino a una sociedad concreta, y más precisamente a nuestra sociedad colombiana, pluralista, en la que acudiendo a las teorías de Rawls¹⁰¹, de Paul Ricoeur¹⁰² y de Habermas¹⁰³, partimos de una distinción entre lo justo y lo bueno, entendiendo por lo justo un fundamento común en los valores de la sociedad, los cuales deben servir de fundamento para la construcción de los proyectos particulares de los empleadores y trabajadores, que deben ser “reconocidos y respetados por todos”, en tanto que, lo bueno, se inviste de un carácter subjetivo y particular y está fundado en el margen de lo justo, y de ninguna manera fuera de ellos.

Esta distinción entre lo justo y lo bueno, se expresa entre otras, de esta forma: para John Rawls, lo justo en una interpretación de la justicia “esta es la estructura básica de la sociedad”, lo bueno son “las ideas comprensivas del bien”. Encontramos en la obra de Paul Ricoeur que “lo justo es aquello que se ubica entre lo legal y lo bueno”, distinciones que Adela Cortina¹⁰⁴ expresa como los “mínimos de justicia” y los “máximos de felicidad”.

¹⁰¹ Gargarella, R. (1999). *Las teorías de la justicia después de Rawls. Un breve manual de filosofía política*. (pp.192). Barcelona: Ediciones Paidós.

¹⁰² Ricoeur, P (1995). *Lo justo*. (pp.56). Chile: Editorial Jurídica.

¹⁰³ Habermas, J. (2006). *Habermas y la sociedad contemporánea*. (pp. 166). España:Fondo de Cultura económica.

¹⁰⁴ Cortina A. (1986). *Ética mínima. Introducción a la filosofía práctica*. Madrid: Tecnos.

Estos conceptos, tienen una utilidad en el presente estudio, teniendo en cuenta que nuestra sociedad pluralista y compleja, confunde las condiciones de protección de los discapacitados como normativos absolutos, de imposible modificación, es decir, “proponer como algo justo, la distinción de las discapacidades” analizado desde una esfera del bien, será una propuesta objeto de rechazo, oposición e ineficacia como norma; razón por la cual, considero fundamental entender que cuando se trata de construir campos de diferenciación de las discapacidades para los trabajadores, solamente serán eficaces, aquellas distinciones o criterios que los trabajadores y empleadores en particular, y la sociedad en general, reconozcan como “ una forma de expresión de justicia”, en tanto que si, como se acostumbra en la elaboración de las normas, se vislumbra en la intensión de clasificación un sesgo que no se sintoniza con el “sentir social de la justicia”; ni los trabajadores ni los empleadores, acogerán tales disposiciones.

A manera de conclusión, una clasificación de las discapacidades en los trabajadores, que permita diferenciar aquellos trabajos de imposible ejecución para un trabajador por su discapacidad y en consecuencia la libertad de realizar todos aquellos que no lo limiten, debe ofrecer razones y fundamentos éticos para una mejor toma de decisiones, siendo dichas razones y fundamentos expresiones “no de bien, sino de lo justo”.

La protección laboral de las personas en estado de discapacidad, tiene una aceptación dentro de la categoría del bien, pero partiendo del análisis normativo y siguiendo al estudio jurisprudencial nacional e internacional, de las situaciones fácticas de esta protección, encontramos que no toda discapacidad puede ser un elemento que afore al trabajador, ya que si se realizan las reubicaciones medico laborales por parte del empleador, atendiendo a la nueva capacidad laboral residual de su trabajador, para desempeñar una labor cualquiera, este fuero o protección laboral desaparece, y el trabajador entra al campo normativo del nuevo trabajo, sin una distinción frente a sus iguales, es decir, el trabajador discapacitado debe contar con el aforo para la actividad en que la que médicamente le es imposible desarrollar, pero contrario sensu, cuando es reubicado, en este nuevo cargo no continua con la protección mencionada, por falta de relación causal entre el trabajo y la discapacidad.

Es necesario por parte del Estado tanto en la rama legislativa, como administrativa y judicial cualificar los estados de discapacidad y ordenar la reubicación laboral de los trabajadores atendiendo a la capacidad laboral residual. Esta normatividad para que apunte al concepto de lo justo y no de lo bueno, debe estudiarse con participación de todos los actores y expertos en las áreas.

7.2 Recomendaciones

Dentro de los elementos que deben atender, quienes asuman la misión de reglamentar las condiciones laborales para los discapacitados están:

1. Eliminar los denominados “MITOS, ESTEREOTIPOS Y TEMORES”, que se reflejan con las creencias sociales y en particular de los trabajadores y empleadores, de que una discapacidad del orden físico es una limitación total del ser humano para desenvolverse a una actividad.
2. Considerar que no todos los impedimentos, son limitaciones laborales, y desechar las actitudes de rechazo negativos de otros, para asumir la capacidad laboral de una persona. A manera de ejemplo, presento la consideración de que una persona con protección laboral por una afección en su rostro no pueda desempeñarse como recepcionista de un call center, y que estando en este cargo, sea despedido por incumplimiento de las funciones.
3. Acudiendo a la muy detallada clasificación de los atletas en los juegos paraolímpicos, en tratándose de asuntos laborales, podría establecerse estándares para cada una de las limitaciones, entre ellas de visión y audición, Habilidad de alzar cierto peso, para trabajar a ciertos niveles de altitud, para trabajar con ciertas herramientas, aparatos o substancias, habilidad para trabajar bajo situaciones con mucho estrés, entre otras.
4. Se debe fomentar la conciencia entre los juzgadores y los tribunales, que no toda discapacidad puede ser aforada, y que a pesar de un trabajador tener discapacidad alguna, si se le asignó un nuevo cargo compatible con su capacidad laboral residual, no podrá existir fuero sobre la discapacidad que padece puesto que la discapacidad citada era para una función diferente.

Bibliografía

Alemán, C. y García, M. (1999). *Fundamentos de bienestar social*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Allue, M. (2003). *Discapacitados: La reivindicación de la igualdad en la diferencia*. Barcelona: Bellaterra.

Alonso García, B. (1997). *El régimen jurídico de la protección social del minusválido*. Madrid: Civitas.

Archila, M. (1991). *Cultura e identidad obrera: Colombia 1910-1945*. Bogotá: CINEP.

Ávila, N. (1999). *Globalización, Estado y economía solidaria*. Tegucigalpa: Guaymuras.

Barton, L. (1998). *Discapacidad y sociedad*. Madrid: Ediciones Morata, S.L.

Campoy Cervera, I. (2004). *Los derechos de las personas con discapacidad: perspectivas sociales, jurídicas, políticas y filosóficas*. Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas. Madrid: Universidad Carlos Tercero.

Carbonell, M., Orozco W., Vásquez, R. (2002). *Estado de Derecho. Concepto, fundamentos y democratización en América Latina*, Espiral, Estudios sobre Estado y Sociedad. México: Siglo XXI. Morris, J (1991). *Pride against prejudice: transforming attitudes to disability*, Londres: The Womn's Press

Comte, A. (1980). *Discurso sobre el espíritu positivo. 1844*. Edición en español con prólogo de Marias, J. Madrid: Editorial Alianza.

Cortina A. (1986). *Ética mínima. Introducción a la filosofía práctica*. Madrid: Tecnos.

Cortina, A. (2002). *Ciudadanos del mundo, hacia una teoría de la ciudadanía*. Madrid: Alianza Editorial.

De Asís, R. (2000). *Las paradojas de los derechos fundamentales como límites al poder*. (2da Edición). Madrid: Dykinson.

De, E. & Peña, J. (2004). *Desigualdad Social y Relaciones de Trabajo*. (1ra Edición). Salamanca: Editorial Universidad de Salamanca.

Eluti C, Munir. (2003). *Estudio sobre el concepto del trabajo desde los siguientes enfoques: histórico, laboral, sociológico, físico jurídico, académico, comercial, artístico, cristiano y evolucionista*. Recuperado de: <http://munireduardoeluticuetto.blogspot.com/2008/09/estudio-sobre-el-concepto-del-trabajo.html>.

Espring Andersen, G. (2000). *Fundamentos sociales de las economías postindustriales*. Barcelona: Ariel.

Fukuyama, F. (1995). *El fin de la historia y el último hombre*. Barcelona: Planeta.

Galiana, A. (2003). *La legislación en el Estado de Derecho*. Universidad Carlos III, Instituto de Derechos Humanos. Madrid: Editorial Dykinson.

García Maynez, E. (1975). *Introducción al estudio del derecho*, México D. F: Editorial Porrúa. 1975.

Gargarella, R. (1999). *Las teorías de la justicia después de Rawls. Un breve manual de filosofía política*. Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica S.A.

Gómez Sierra, F. (1991). *Constitución Política de Colombia*. Artículo 241. Colombia: Editorial Leyer.

Grupo Latinoamericano de Rehabilitación Profesional –GLARP. (1993). *Descripción del modelo integral de evaluación MIEO*. Bogotá.

Hernández Díaz, M. (2004). *Legislación básica sobre discapacitados*. Madrid: Tecnos.

Habermas J. *Habermas y la sociedad contemporánea*. España: Fondo de Cultura económica.

INAP (2002). *La profesionalización de la Gestión pública en Iberoamérica*, Colección Informes y Documentos. (ISBN 8470887262). Madrid.

Kelsen, H. (1993). *Teoría pura del derecho*, México: Editorial Porrúa.

Keynes, J. (2007). *Las consecuencias económicas de la paz*. Barcelona: Crítica.

Laporta, F. (1988). *Sobre la precariedad del individuo en la sociedad civil y los deberes del estado democrático, Sociedad civil y Estado*. Salamanca: Fundación F. Ebert / Instituto Fe y Secularidad.

Lema Añon, C. (2009). *Salud, justicia, derechos. El derecho a la salud como derecho social*. Madrid: Dykinson.

Lucas, J. (1993). *El concepto de solidaridad*. México: Fontamara.

Marín, E. C. (2007). *La buena fe en el contrato de trabajo*. Madrid: Editorial la Ley 1.

Marsahll, A. (1990). *El Empleo público frente a la crisis: estudios sobre América Latina*. Buenos Aires: Instituto Internacional de Estudios Laborales.

Martínez de Pisón C. J. (1998). Un estudio sobre los derechos sociales. *Políticas de Bienestar* Madrid: Tecnos

Maslow, A. (1963). *Motivación y Personalidad*. Madrid: Díaz de Santos.

Mejía, O. (2005). *Teoría política, democracia radical y filosofía del derecho: legitimidad, validez y eficacia en el pensamiento contemporáneo*. Bogotá: Temis.

Montagut, T. (2004). *Política Social*. Madrid: Ed. Ariel.

Montero Gómez, C. (2003). *Estrategias para facilitar la inserción laboral a personas con discapacidad*. (1ra Edición). San José de Costa Rica: Editorial Universidad Estatal a distancia.

Nozick R. (2007). *Anarquía, Estado y Utopía*. México: FCE.

Nussbaum, M.C. y Trad, De R. y Villa. V. y Santos M. A. (2007). Consideraciones sobre la exclusión. *Las fronteras de la justicia*. Barcelona: Paidós.

Palacios, A. (2008). *El modelo social de discapacidad, orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad*. Madrid: Ediciones CINCA.

Parra Dusan, C. (2004). *Derechos Humanos y Discapacidad*. Bogotá: Centro Editorial Universidad del Rosario.

Pérez Bueno, L. C. y Andreus, A. (2010). *Inclusión, discapacidad y empleo. Algunas claves a través de siete historias de vida. Caso Ecuador*. (1ra Edición). Ecuador: Ediciones CINCA.

Quinn, G. (2005). *Next steps, Towards a United Nations Treaty on the rights of persons with Disabilities*. [Sigüientes Pasos, Alrededor de Las Naciones Unidas. Tratado en los derechos de las personas con Discapacidades] Ashgate: Peter Blank.

Ramírez, A. (2008). *El Estado de Justicia más allá del Estado de Derecho*. Bogotá: Editorial el Búho.

Rawls, J. (2007). *Lecciones sobre la historia de la filosofía política*. Londres: Cambridge Universitypress.

Ricoeur, P. (1995). *Lo justo*. Chile: Editorial Jurídica

Rodríguez. C. (2009). *Discapacidad y derecho al trabajo*. Colombia: Universidad de los Andes.

Rodríguez Cabrero, G. (2004). *El Estado del Bienestar en España: debates, desarrollo y retos*. Madrid: Ed. Fundamentos.

Rodríguez Ortega, J. (2009). *La legitimidad en el Estado Social de Derecho.*, Bogotá: Grupo Editorial Leyer.

Sánchez Rodríguez, O. (2012). *Desarrollo Profesional e inserción laboral en personas con enfermedad mental*. Madrid: Editorial Grupo 5.

Sen, A. (2000). *Desarrollo y libertad*. Barcelona: Planeta.

Vicente Giménez, T. (2006). *La exigibilidad de los derechos sociales*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Villasmil, H. (2001). *Estudios sobre el Derecho del Trabajo*. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello.

Viola, F. y Zaccaria, G. (1999). *Derecho e interpretación. Elementos para una teoría hermenéutica del derecho*. Instituto de Derechos humanos Bartolomé de las Casas. Madrid: Universidad Carlos III.