UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA

TRABAJO FINAL DE MAESTRIA
"POSTURAS CONTRADICTORIAS ENTRE LA CORTE CONSTITUCIONAL Y LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA FRENTE AL TRATAMIENTO DE LA ESTABILIDAD REFORZADA DEL TRABAJADOR EN SITUACIÓN DE DISCAPACIDAD EN COLOMBIA. 1991 – 2016"

PAOLA ANDREA BELTRÁN CORREA

Directora:
DIANA DEL PILAR COLORADO ACEVEDO

Evaluador:
JAVIER ANTONIO FERNÁNDEZ SIERRA

UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA
FACULTAD DE DERECHO, CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES
MAESTRÍA EN DERECHO – PROFUNDIZACIÓN EN DERECHO DEL TRABAJO Y LA SEGURIDAD SOCIAL
BOGOTÁ, COLOMBIA
2016

POSTURAS CONTRADICTORIAS ENTRE LA CORTE CONSTITUCIONAL Y LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA FRENTE AL TRATAMIENTO DE LA ESTABILIDAD REFORZADA DEL TRABAJADOR EN SITUACIÓN DE DISCAPACIDAD EN COLOMBIA. 1991 - 2016

PAOLA ANDREA BELTRÁN CORREA

Trabajo final presentado como requisito parcial para optar por el título de Magíster en Derecho con énfasis en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Directora:
DIANA DEL PILAR COLORADO ACEVEDO

Evaluador:
JAVIER ANTONIO FERNÁNDEZ SIERRA

UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA
FACULTAD DE DERECHO, CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES
MAESTRÍA EN DERECHO – PROFUNDIZACIÓN EN DERECHO DEL TRABAJO Y LA SEGURIDAD SOCIAL
BOGOTÁ, COLOMBIA
2016

Tabla de Contenido

Resumen 4

Abstract 4

INTRODUCCIÓN 5

CAPÍTULO I. Evolución del concepto de trabajador en situación de Discapacidad. 9

Principio de la no discriminación 14

Desde el panorama Normativo 17

Normatividad Internacional 17

Normatividad Nacional 22

Tratamiento que se les ha dado a los trabajadores en situación de discapacidad desde la óptica empresarial. 26

CAPITULO II: Posturas Contradictorias entre la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia frente al tratamiento de la estabilidad reforzada del trabajador en situación de discapacidad en Colombia 32

Jurisprudencia de la Corte Constitucional 32

Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia 45

Confrontación entre los pronunciamientos de la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia en Colombia – Implicaciones de la confrontación. 49

CAPITULO III: Tratamiento de la Estabilidad Reforzada del Trabajador en Situación de Discapacidad en Colombia 59

Vulneración al Derecho de Igualdad 59

Transformación del concepto y tratamiento del trabajador en situación de discapacidad. 65

Retos frente al Panorama Jurídico 73

Conclusiones 77

Bibliografía 83

Resumen

En Colombia existen posturas contradictorias en el tratamiento de la estabilidad reforzada del trabajador en situación de discapacidad, por una parte se encuentra la Corte Constitucional siendo la garante de la Constitución Política de 1991 y por otra parte la Corte Suprema de Justicia, órgano máximo y de cierre de la Jurisdicción Ordinaria Laboral, la primera tiene un concepto de discapacidad amplio por cuanto la protección y estabilidad frente a este tipo de trabajadores es más garantista y se centra en la demostración de una debilidad manifiesta; por el contrario la segunda tiene un concepto limitado reflejando en sus fallos una estabilidad condicionada a la demostración de un porcentaje exigido de la pérdida de capacidad laboral.

PALABRAS CLAVES: Protección Reforzada Constitucional – Trabajador Con Discapacidad – posturas contradictorias.

Abstract

In Colombia there are different positions some of them are contradictory, in the treatment of enhanced stability of the worker on disability. At first place the Constitutional Court as the prime defender of constitutional law and secondly the Colombian Supreme Court of Justice, the highest body and closing institution on the labor law jurisdiction. The first one has a broad concept of disability consequently the protection and stability to this type of worker is broader too, it centers the protection on the concept of what has been called “manifest weakness”, however the second has a restricted concept of disability as show in its judicial decisions, basing this concept only in the demonstration of required percentage loss of working capacity.

KEYWORDS: Constitutional Enhanced Protection - Worker with Disabilities - contradictory positions.

INTRODUCCIÓN

Como tendencia desde el derecho del trabajo, en las últimas décadas en Colombia, se ha visibilizado el problema de las personas en situación de discapacidad, por cuanto se ha hecho necesaria la expedición de una serie de normas aplicables para el adecuado tratamiento de su condición de debilidad manifiesta en la que se encuentran; así mismo, se ha evidenciado por parte del Estado la implementación de múltiples políticas públicas orientadas a brindar mayores garantías respecto a la prevención, atención y protección de esta problemática social que va en aumento.

El auge y la prioridad que se le ha dado a este tema en nuestro país responde a un importante escenario, el cual consiste en el compromiso internacional que se tiene con los diferentes organismos y entidades supranacionales, donde el tema de la protección a las personas en situación de discapacidad ha sido prioritario en sus respectivas agendas, por lo cual, Colombia dentro de la estructura de las relaciones internacionales en las cuales se encuentra inmersa, debe acoger posturas garantistas y acciones afirmativas referentes a este grupo poblacional; así mismo, debe ratificar y acoger diferentes convenios y recomendaciones que establezcan los principios que deben orientar la normatividad, las acciones y las políticas públicas al respecto.

El mayor número de políticas públicas y de instrumentos normativos que se han adoptado en Colombia a partir de la Constitución Política de 1991, referentes a las personas en situación de discapacidad, van encaminadas a su protección desde el ámbito del trabajo, de su realización como persona a partir del centro de trabajo, de su protección desde la óptica del derecho laboral, estableciendo unas garantías para su ingreso, permanencia y estabilidad en el trabajo, se ha buscado desarrollar mediante la adopción de estos instrumentos, el derecho fundamental de la igualdad material que nos establece el artículo 13 de nuestra Constitución Política.

Para la Organización Internacional del Trabajo – OIT, el objetivo principal es que los países miembros logren brindar a TODOS los trabajadores de los respectivos países lo que ha denominado como “Trabajo Decente”, un trabajo que se enmarca dentro de la lógica de la dignidad humana y especialmente la protección de no ser discriminado por ningún motivo de raza, cultura, religión, edad, género o discapacidad en el empleo. Este macro-concepto que construye la OIT permite que todas las garantías que se han establecido y logrado a lo largo de la historia mediante reivindicaciones sociales sean aplicadas y reforzadas a este grupo poblacional que se encuentra en situación de discapacidad y a los cuales no se les ha permitido activamente el ingreso al mundo del trabajo, de la producción, o al contrario han sido incorporados pero en condiciones laborales inferiores de las que tienen los demás trabajadores.

Ha sido bastante ardua, compleja y determinante la tarea que ha venido desarrollando la OIT desde la primera mitad del Siglo XX, esta Organización permitió romper el esquema y

la concepción que se tenía sobre el concepto de discapacidad, visto en términos del "incapaz". Toda acción que realizaban los Estados al inicio del siglo XX respondía únicamente a acciones o temas netamente altruistas, era ilógico y poco usual que se permitiera involucrar a este grupo poblacional en el robusto, dinámico, acelerado e inequitativo mercado laboral, toda la colaboración o ayuda que se realizaba a este grupo poblacional provenía por parte del Estado o de la Iglesia como un acto benéfico.

Las personas en situación de discapacidad a inicios del siglo anterior, únicamente hacían parte dentro de la dinámica del Estado de Bienestar en cuanto éste debía proporcionarles todo lo necesario para su manutención y cuidado, pero al igual que en todos los demás Estados, esquemas y culturas eran vistos como personas ajenas a la producción, al mercado, personas incapaces de vender su mano de obra, por lo cual nunca se planteó la posibilidad que ellos mismos mediante la entrega de la fuerza de trabajo recibieran una remuneración que les permitiera una vida digna, las pocas personas que lograron entrar a la lógica del mercado laboral debieron hacerlo en condiciones laborales inferiores a la de los demás trabajadores, es decir tenían remuneración inferior y la jornada más extensa.

Desde el nacimiento de la OIT y la importancia que ha tenido este tema en las agendas internacionales, se ha consolidado la obligación por parte de los Estados miembros de adoptar políticas y principios como prioritarios en su agenda nacional, y es por esto que países como Colombia no han sido ajenos a esta tendencia. Es importante resaltar que desde la Constitución Política de 1991, se han creado instrumentos normativos y fallos jurisprudenciales que han permitido consolidar una protección reforzada constitucional de los trabajadores en situación de discapacidad, la cual se encuentra consagrada en los diferentes instrumentos internacionales que hacen parte del llamado bloque de constitucionalidad y que se vislumbra en los contenidos normativos de los artículos 13, 47, 53, 54 y 68 de la nuestra Constitución Política de 1991 y en el Código Sustantivo del Trabajo, donde el Derecho al trabajo se establece como un pilar fundamental de la sociedad, el cual va ligado con el concepto de dignidad humana y del derecho fundamental a la igualdad material.

En nuestro país se visibiliza la protección reforzada de la estabilidad en el puesto de trabajo de un trabajador con situación de discapacidad en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, la cual estableció el procedimiento de permiso ante el Ministerio del Trabajo para poder despedir o desvincular a un trabajador en situación de discapacidad cuando medie la justa causa en los términos del Código Sustantivo del Trabajo, por lo cual el Ministerio ha desarrollado el procedimiento y la documentación necesaria para acceder a este permiso, el cual se evidencia en el Concepto 363455 del 3 de Diciembre de 2010, en el cual explica el procedimiento de la autorización del Inspector del trabajo para proceder al despido. El concepto es claro al enfatizar que el despido no puede responder a la discriminación por su limitación, ni debe ir encaminado a la reducción de los derechos laborales, por el contrario únicamente procede cuando se configura la justa causa o cuando se ven afectados los intereses económicos de la empresa

En Colombia, se ha venido desarrollando el principio de Estabilidad Laboral Reforzada Constitucional que gozan los trabajadores en situación de discapacidad. Uno de los principales fallos o sentencias hito del presente tema es la Sentencia de Constitucionalidad N° 531 de 2000 proferida por la Corte Constitucional, en la cual se señala claramente la existencia y viabilidad en Colombia de la estabilidad laboral reforzada de las personas con alguna discapacidad, la cual de conformidad con el precitado fallo constituye un derecho constitucional, que consiste en dotar al trabajador de la garantía de acceder a un empleo, permanecer en él y gozar de estabilidad en el mismo. El papel que desempeñan los jueces respecto de esta problemática social ha sido protagónico, toda vez que mediante sus interpretaciones y fallos han venido configurando, desarrollando y consolidando lo que se conoce como estabilidad o protección reforzada constitucional:

> *"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 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…"* (Sentencia C 531, 2000)

Así mismo, nuestro Tribunal Constitucional mediante la Sentencia de Tutela 1040 del 27 de septiembre de 2001 desarrolló el principio de la estabilidad reforzada de la siguiente manera(Sentencia T 1040, 2001):

> *"Aquellos trabajadores que sufren una disminución en su estado de salud durante el transcurso del contrato laboral, deben considerarse como personas que se encuentran en situación de debilidad manifiesta. Razón por la cual, frente a ellas también procede la llamada estabilidad laboral reforzada, por la aplicación directa e inmediata de la Constitución.*
>
> *Estos sujetos de protección especial a los que se refiere el artículo 13 de la Constitución, que por su condición física estén en situación de debilidad manifiesta, no son sólo los discapacitados calificados como tales conforme a las normas legales. Tal categoría se extiende a todas aquellas personas que, por condiciones físicas de diversa índole, o por la concurrencia de condiciones físicas, mentales y/o económicas, se encuentren en una situación de debilidad manifiesta".*

Es importante señalar que la principal norma que busca proteger a las personas en situación de discapacidad, es la Ley 361 de 1997, que en su Artículo 26 establece que "en ningún caso la limitación de una persona, podrá ser motivo para obstaculizar una vinculación laboral, a menos que dicha limitación sea claramente demostrada como incompatible e insuperable en el cargo que se va a desempeñar. Así mismo, ninguna persona limitada podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su limitación, salvo que medie autorización de la oficina de Trabajo".

No obstante, a diferencia de lo anterior, la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral de Colombia, ha generado fallos y consolidado la línea jurisprudencial respecto a la estabilidad del trabajador en situación de discapacidad más rígida, la cual se ha centrado principalmente en enfatizar que le es aplicable este tipo de protección de los derechos fundamentales de las personas con limitaciones únicamente a los trabajadores que padezcan limitaciones en los grados de "severas y profundas" en los términos que se encuentran definidos en el artículo 7 del Decreto 2463 de 2001, mediante el cual se señalan los parámetros de severidad de las limitaciones expuestos en el artículo 5 de la Ley 361 de 1997.

En esta línea, el presente trabajo de tesis busca verificar que en Colombia existen posturas contradictorias entre la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia frente al tratamiento de la Estabilidad Reforzada del Trabajador en Situación de Discapacidad y que dicha contradicción lleva a que exista la indeterminación en el ordenamiento jurídico colombiano, lo cual nos genera que puede existir soluciones diferentes frente a la misma problemática, vulnerando así, el derecho de igualdad de personas que con idénticas afectaciones deciden acudir a la justicia para la protección de sus derechos mediante diferentes acciones (acción de tutela o proceso ordinario laboral) que a su vez generan resultados contrarios.

En Colombia existen posturas contradictorias en el tratamiento de la estabilidad reforzada del trabajador en situación de discapacidad entre la Corte Constitucional, garante de la Constitución Política de 1991, y la Corte Suprema de Justicia órgano máximo y de cierre de la Jurisdicción Ordinaria Laboral, pues la primera tiene un concepto de discapacidad amplio por cuanto la protección y estabilidad frente a este tipo de trabajadores es más amplia, garantista y se centra en la demostración de la debilidad manifiesta, por el contrario la segunda tiene un concepto más restringido reflejando en sus fallos la estabilidad condicionada y limitada a la demostración del porcentaje exigido de la pérdida de capacidad laboral.

CAPÍTULO I. Evolución del concepto de trabajador en situación de Discapacidad.

Antes de abordar el concepto del trabajador con discapacidad, es pertinente recordar algunos aspectos relativos al surgimiento del Derecho del Trabajo y sus énfasis en la sociedad actual, a efectos de generar unas ideas de contexto.

El Derecho del Trabajo, entiende el trabajo como producto humano, que obedece a necesidades de carácter general, y se ha constituido para poder brindarle seguridad, desarrollo social y garantías para todos los individuos de la especie humana. Modernamente se considera el trabajo como una actividad creadora, motor de progreso de los pueblos y elemento primordial y constitutivo de la elevación de calidad de vida espiritual y material del hombre (Rodriguez Ortega, 1997).

Históricamente, el trabajo ha sido visto como el engranaje del sujeto con su ámbito social, pues es a partir de la interacción en el centro de trabajo que se construye como sujeto, por cuanto ha sido tan importante el reconocimiento de derechos y garantías a partir de la lucha social dentro de la óptica laboral.

Toda persona tiene pues el derecho a trabajar y obtener un empleo que le permita satisfacer sus necesidades fundamentales, obtener un mínimum de seguridad social y vivir bajo condiciones de bienestar acordes a la dignidad humana (Rodriguez Ortega, 1997).

Si bien es cierto que en un principio el trabajo fue visto como la forma de castigo y a la vez de subsistencia de las personas de bajos recursos, es a partir de la consolidación del modelo capitalista que se entiende el trabajo como determinante en la condición social del ser humano, el determinador para formar y construir sujetos de conformidad con el statu quo, y la principal fuente de riqueza de las naciones, es a partir del trabajo que se comienzan a construir las grandes ciudades, culturas y las grandes riquezas de los detentadores de los medios de producción.

Las últimas tendencias abordan el trabajo en sus condiciones psicológicas, el trabajo humanizado, el trabajo auténticamente emancipado que crea las condiciones para la vida social libre, como una actividad creadora que transformará al individuo en una personalidad. El desarrollo de la sociedad es el desarrollo de cada individuo en cuanto le facilita las condiciones reales para transformar la naturaleza en pro de la satisfacción de las necesidades de esa sociedad y solo eso. (Rodriguez Ortega, 1997)

Es a partir de la comercialización de la fuerza de trabajo que se logra transar los valores, culturas e ideologías, la cultura de la sociedad del trabajo es tan marcada que aún sigue condicionando el lugar del ser humano en la sociedad, de acuerdo a su actividad económica.

La protección jurídica del trabajo surge bajo el reconocimiento de que es una actividad que le permite al hombre, según sus conocimientos, aptitudes y habilidades, emplear su fuerza laboral en pro de sí mismo, de terceras personas y de la sociedad. El trabajo permite la construcción del hombre a nivel social pues le ayuda a suplir sus necesidades de carácter general, dignifica su existencia y contribuye su desarrollo intelectual, físico y productivo (Manrique Villanueva, 2011).

Es en este contexto de la consolidación de la sociedad del trabajo, resultado de centenarios e impactantes procesos históricos como la Revolución Burguesa y la Revolución Industrial que nace de lo que conocemos hoy en día como el Derecho Laboral. Este derecho es producto de las luchas sociales de los trabajadores, pues es a partir de la lucha por la reivindicación de sus derechos que surgen las primeras garantías en el ámbito laboral, como las del salario, jornada de trabajo y horas extras. Desde principios del siglo XIX, se comienza a evidenciar el surgimiento de la clase obrera activa que exige un reconocimiento dentro del contexto de la empresa y del mismo Estado, como garante de la efectividad de la protección a la clase trabajadora.

El Derecho al Trabajo debe constituirse en un derecho fundamental cuyo ejercicio sea posible a todas las personas a fin de que mediante él logren una manera digna de vivir y puedan satisfacer sus necesidades más elementales, tales como la vivienda, la alimentación, el vestuario, la educación, las cuales se pueden satisfacer dignamente sólo cuando se tiene el acceso a este primordial derecho al trabajo (Rodriguez Ortega, 1997).

No obstante a lo largo del siglo XX, se ha evidenciado como las garantías reconocidas a través de las reivindicaciones de los trabajadores han sido instrumentalizadas a favor del capital, es decir como las relaciones del mercado laboral han permeado e instrumentalizado las garantías laborales, el trabajo ya no forja y construye realidades, es el mercado quien determina las reglas y condiciones tanto en el trabajo como en la sociedad misma, utilizando el marco del derecho laboral como mínimos de las reglas de juego del mercado, mínimos que después de un siglo no han evolucionado, ni se han transformado, a diferencia de los adelantos tecnológicos industriales y de la administración empresarial que cada vez más arroja mayores ganancias.

Nos encontramos frente a un derecho laboral que aun contiene las garantías exigidas en el siglo XX, pero que se está desarrollando en la lógica mercantilista, tecnológica, administrativa e industrial del siglo XXI, teniendo en cuenta que la globalización, la liberalización, la mutación de competencias entre el Estado Nación y las instancias supranacionales, el libre comercio de bienes y servicios y obviamente del trabajo, la rapidez en las comunicaciones y en las tecnologías de la información, por sólo dar algunos ejemplos, todo ello conformando el contexto de desregulación y flexibilización laboral, teniendo un desequilibrio evidente en las condiciones del mercado laboral, entre los detentadores de los medios de producción y los desposeídos de los mismos.

En este sentido (Rodriguez Ortega, 1997) declara:

> *La sociedad que en décadas anteriores había rodeado de garantías a la clase trabajadora en materia de prestaciones sociales, salud y educación hoy ha tenido que mirar con preocupación a los trabajadores informales que no tienen protección del estado ni de nadie y que han dejado sin importancia la vieja brecha entre capitalistas y proletarios para reemplazarla por la creciente distancia entre trabajadores PRIVILEGIADOS del sector dependiente y la clase media independiente en constante pauperización* (p.303).

El Informe Mundial sobre la Discapacidad de la Organización Mundial de la Salud (OMS) afirma que la discapacidad es un tema de derechos humanos, debido a las desigualdades que experimentan las personas con discapacidad, la experiencia de violación de la dignidad (como son prejuicios y abusos) y el débil e incluso imposible logro de la autonomía personal. Las personas con discapacidad se enfrentan a barreras que impiden el pleno ejercicio de sus derechos humanos. (Marbán Gallego, 2012)

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de la Organización de las Naciones Unidas del año 2006, definió la discapacidad como un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.

La condición de discapacidad es un concepto que ha tenido acercamientos múltiples a través del tiempo, que han generado, caracterizado y marcado acciones y respuestas de las sociedades. Este ejercicio de conceptualización no solo se orienta a aseverar qué es o no es la discapacidad; ya que constituye un asunto fundamental en cuanto tiene implicaciones políticas y prácticas, en las diferentes acciones u omisiones dirigidas a las personas con el rotulo de la discapacidad, que van desde provisión de servicios de cuidado médico, incluyendo diagnósticos, planificación e intervenciones, hasta propósitos del desarrollo de políticas y legislación, determinación de indemnizaciones y asignación de recursos. Aspectos que inciden en forma directa en la vida de las personas con discapacidad, ya que de esto dependerá el acceso a los beneficios de ciertos servicios y privilegios sociales. (García& Cuervo, 2007)

Asimismo, las diferencias de aplicabilidad de las definiciones al utilizarse para fines administrativos o para contextos de servicios de salud puede generar dificultades, que como resultado logren que una persona valorada bajo dos definiciones, en una puede considerarse como discapacitado mientras en la otra no. (García& Cuervo, 2007)

Razón por la cual es relevante presentar cómo el concepto de discapacidad ha sido abordado desde diversas perspectivas y cómo ha evolucionado históricamente:

Clasificación N° 1 (Puig de la Bellacasa, 1990)

- Modelo tradicional: asociado a una visión animista clásica asociada al castigo divino o la intervención del Maligno.
- Paradigma de la rehabilitación: donde prevalece la intervención médico-profesional sobre la demanda del sujeto.
- Paradigma de la autonomía personal: con el logro de una vida independiente como objetivo básico.

Clasificación N° 2(Casado Perez, 1991)

- Integración utilitaria: se acepta a los sujetos con menoscabo "con resignación providencialista o fatalista".
- Exclusión aniquiladora: al sujeto se le encierra y oculta en el hogar.
- Atención especializada y tecnificada: dominan los servicios y los agentes especializados sobre los usuarios.
- Accesibilidad: basado en el principio de "normalización", donde las personas con discapacidad tienen derecho a una vida tan normal como la de los demás.

Tanto el Modelo Social como el Modelo Individual han sido relevantes en los estudios en discapacidad, puesto que han permitido el desarrollo de conciliaciones entre las dos posiciones. Muestra de esto es que La Organización Mundial de la Salud en 2001, publicó la Clasificación Internacional del Funcionamiento, la Discapacidad y la Salud (CIF) como una adaptación perfeccionada de la Clasificación Internacional de la Deficiencia, la Discapacidad y la Minusvalía (ICDHI) de 1980. Esta clasificación aborda la discapacidad definiéndola como una interacción dinámica entre la condición de salud (enfermedades, trastornos, lesiones, traumas, entre otros) y los factores contextuales (factores personales y ambientales); en donde se considera que la condición de salud concierne al estado de las estructuras, órganos y funciones corporales, los cuales dependen de los factores ambientales que establecen un efecto facilitador o de barrera del ambiente, tanto a nivel físico, social como actitudinal, en el que las personas viven y conducen sus vidas (Organización Mundial de la Salud, 2001).

Frente al contexto señalado, es importante entrar a analizar cuál ha sido la definición del concepto del trabajador en situación de discapacidad y como ha sido abordado, toda vez que en la lógica mercantilista, tecnológica, administrativa e industrial del siglo XXI descrita anteriormente, no resulta funcional contar con personas que se encuentren con limitaciones físicas y psicológicas.

La discapacidad, es una condición resultante de la interacción entre las deficiencias que presenta una persona y las barreras físicas y sociales que se encuentran en su entorno, estas pueden generar limitaciones en la actividad y restricciones en la participación. Estas limitaciones y restricciones, impactan de forma muy severa sus condiciones socioeconómicas, sus posibilidades de desarrollar el proyecto de vida que consideran

valioso y su posibilidad de contribuir al desarrollo de sus familias y comunidades. (Angarita Moren, Cortes Reyes, & Cárdenas Jiménez, 2013)

En este sentido, La Organización de Naciones Unidas, plantea que la condición más difícil que deben enfrentar las personas en situación de discapacidad no es su discapacidad específica, sino su falta de acceso a recursos donde se incluye el empleo, lo cual tiene como resultado que tengan unas tasas desproporcionadamente altas de pobreza y exclusión social. Las PcD, representan el 15,0 % de la población mundial, y representan también el 20,0 % de los ciudadanos más pobres del mundo. Existe un círculo vicioso entre la discapacidad y la pobreza, en el cual cada una es causa y consecuencia de la otra. (Angarita Moren, Cortes Reyes, &Cárdenas Jiménez, 2013)

En términos generales se puede observar que la relación entre empleo y discapacidad se ve afectada por factores tales como el tipo y severidad de la discapacidad presentes en la persona, y las barreras en los entornos laborales como la falta de accesibilidad y de acomodaciones razonables y la presencia de prejuicios y actitudes de discriminación de parte de los empleadores. (Angarita Moren, Cortes Reyes, &Cárdenas Jiménez, 2013)

Paralelamente a este cambio en el mercado laboral, diferentes entidades nacionales e internacionales se han ocupado del tema de la discapacidad, especialmente del tratamiento de la misma en el mercado laboral, posiciones que a continuación se expondrán.

La Organización Mundial de la Salud –OMS, desde el panorama médico nos define la discapacidad como: Cualquier restricción o impedimento de la capacidad de realizar una actividad en la forma o dentro del margen que se considera normal para el ser humano. La discapacidad se caracteriza por excesos o insuficiencias en el desempeño de una actividad rutinaria normal, los cuales pueden ser temporales o permanentes, reversibles o surgir como consecuencia directa de la deficiencia o como una respuesta del propio individuo, sobre todo la psicológica, a deficiencias físicas, sensoriales o de otro tipo (Organización Mundial de la Salud, 2012).

Así mismo, la OIT en su calidad de organismo internacional de protección del trabajo, en el año 2002 define a una persona discapacitada como un individuo cuyas posibilidades de obtener empleo, reintegrarse al empleo y conservar un empleo adecuado, así como de progresar en el mismo, resulten considerablemente reducidas como consecuencia de una disminución física, sensorial, intelectual o mental debidamente reconocida (Oficina Internacional del Trabajo, 2001).

En Colombia la principal Ley referente a las personas en situación de discapacidad, la Ley 361 de 1997, no se refiere a la persona discapacitada, si no personas con limitación, lo cual se evidencia en su Artículo 1°.

> *Artículo 1º.- Los principios que inspiran la presente Ley, se fundamentan en los artículos 13, 47, 54 y 68 de 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.*

Así mismo, la Honorable Corte Constitucional mediante la sentencia de Constitucionalidad 824 de noviembre 11 de 2011, nos presenta un excelente panorama y evolución del concepto de discapacidad, del cual sostiene que no ha tenido un desarrollo pacífico, y define a los discapacitados como "*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".*

El principio universal de protección especial a las personas en situación de inferioridad, se evidencia desde la declaración de los derechos humanos donde se señala que uno de sus objetivos es fomentar "el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos los individuos sin distinción de raza, sexo, idioma o religión" que precisamente se va desarrollando posteriormente en el derecho a la igualdad y la solidaridad sin distinción alguna, incluso frente a quienes padecen limitaciones físicas (Montañez Perez, 2008).

En este sentido Montañez Pérez (2008) declara:

> *El trabajo posee una doble connotación como el ser un derecho para cada ciudadano, pero coetáneamente una obligación para la sociedad misma, lo que se traduce en que tal derecho debe ser garantizado por la sociedad dando cumplimiento a los fines estatales de solidaridad y búsqueda de la paz, donde se reconoce que el trabajo además de ser un derecho inherente al individuo y por tato un derecho humano y fundamental, también se trata de un derecho de aplicación supletoria, donde el papel del Estado no es el garantizar un puesto de trabajo específico a cada ciudadano, es decir la llamada "alocación", sino el de conformar un sistema dentro del cual los ciudadanos puedan optar por un empleo y otra forma de subsistencia económica.(p.113)*

Principio de la no discriminación

El principio universal y absoluto de la no discriminación, hace referencia que nadie puede ser discriminado por motivos de raza, color, sexo, nacionalidad, idioma, estado de salud, religión u origen social, todas las personas deben ser tratadas, protegidas y cuidadas de la misma manera.

El principio de igualdad de trato, del que se parte, responde a dos vertientes: la igualdad formal, concebida como derecho de los ciudadanos a obtener un trato igual, ausente de discriminaciones por cualquiera de los motivos establecidos en las normas jurídicas de aplicación, en este caso el Tratado de la Unión Europea, y la igualdad sustancial o material, que, partiendo de diferencias reales existentes entre los grupos tratados desigualmente, legitima la introducción de desigualdades para restablecer la igualdad socialmente ignorada. Surge con fuerza la idea de la igualdad como diferenciación. Ambos conceptos se relacionan de dos formas distintas: la primera, diferenciación para la igualdad, indica que el fin de una sociedad más igualitaria, considerada más justa, exige políticas que traten desigualmente a quienes son desiguales con objeto de reducir la situación de desventaja; la segunda, diferenciación como igualdad, tiene el significado de la aspiración de una sociedad igualitaria en la que las relaciones sociales se caracterizan por una diferenciación o diversidad entre los distintos grupos que no implica ni dominación ni relación injusta entre ellos. (Cabra de Luna, 2004)

Muchas personas con discapacidad no tienen acceso a determinados derechos que para otras personas son considerados básicos. Por eso está cada vez más extendido utilizar el término de derechos humanos cuando se habla de la discapacidad. El acceso a la educación, a la cultura, a los medios de transporte, a la información son derechos que muchas personas con discapacidad no pueden acceder o no pueden acceder igual que otras personas. A nivel internacional, en especial en el marco de Naciones Unidas, se ha estado fortaleciendo la consideración de la discapacidad desde el punto de vista de los derechos humanos. (Cabra de Luna, 2004, pág. 26)

El Ministerio de Salud publicó en el año 2013 datos generales sobre la discapacidad en Colombia, especialmente sobre su caracterización, enfatizando que a Diciembre de 2013 1.062.917 colombianos se han inscrito en el registro para la localización y caracterización de personas con discapacidad, a continuación se muestra la distribución por sexo de dicha inscripción(Ministerio de Salud, 2013).

En Colombia, existe la discriminación respecto a las personas en situación de discapacidad, en especial en el ámbito laboral, en este mercado se prefiere desde términos económicos y marginales, a personas que se encuentren en perfecto estado de salud, siendo estás rentables y adaptables para el mercado laboral, si bien es cierto existen leyes que brindan mayores beneficios a las empresas que contraten personas con limitaciones, desde el punto de vista de la productividad, muchas empresas consideran beneficioso contar con trabajadores que cuenten con salud idónea que permita aumentar su producción.

Lo anterior se evidencia en el informe reciente realizado por la revista dinero(Revista Dinero, 2015), documento que expone que en Colombia el 55% de las empresas no contrata discapacitados y el 80% de las empresas contratantes, han reclutado menos de 10 personas en condición de discapacidad durante el último año, así mismo del 55% de empresarios que respondieron no contratar este tipo de personas, le preguntaron: ¿Por qué razón no contrata personas en condición de discapacidad?, pregunta a la cual, el 28% respondió que no recibe hojas de vida de estas personas, un 27% no sabe cómo contactar a personas en condición de discapacidad para vincularlas a su compañía, 24% opinó que estas personas no se adecuan al clima organizacional y ambiente laboral de su empresa, y finalmente el 21%, desconoce programas gubernamentales o privados en este sentido.

Estudios demuestran que en Colombia, el 92,4 % de la población con discapacidad está en edad de trabajar, y entre ellos 80,0 % no trabaja ni busca trabajo. Es decir, solamente el 14,9 % de las personas con discapacidad en el país se encuentra trabajando. De las personas que se encuentran trabajando el 66,5 % son hombres y solo el 33,5 % son mujeres. Otra situación alarmante es que el 95,1 % de las personas con discapacidad no han recibido ninguna capacitación para el trabajo después de haber adquirido su discapacidad (Fundación Saldarriaga Concha – FSC- . Discapacidad en Colombia: Reto para la Inclusión en Capital Humano; 2010). (Angarita Moren, Cortes Reyes, & Cardenas Jimenez, 2013)

El CONPES Social N° 166, referente a la Política Pública Nacional de Discapacidad e Inclusión Social, evidencia que las Personas en condición de discapacidad tienen más probabilidades de estar desempleadas, y generalmente perciben menores ingresos cuando trabajan, relativo a la población sin discapacidad. Los datos de la Encuesta Mundial de Salud indican que las tasas de ocupación son menores entre los hombres y mujeres con discapacidad (53% y 20%, respectivamente) que entre los hombres y mujeres sin discapacidad (65% y 30%, respectivamente).(CONPES SOCIAL N° 166, 2013)

En Colombia al categorizar a la Población en Edad de Trabajar, en las diferentes categorías ocupacionales a partir de la ECV 2012, se encontró que el 28,6% de las PcD se encontraban ocupadas, el 3,4% se encontraban desocupadas y el 68% inactivas. Al

indagar por la actividad principal que se encontraban realizando las PcD en los últimos 6 meses, se observó que la mayoría (29,1%) tiene una incapacidad laboral permanente y no recibe pensión, el 21,7% se encontraba realizando oficios del hogar, y sólo el 14,5% de las PcD identificadas se encontraba trabajando. Adicionalmente, 61 de cada 100 PcD no recibe ningún tipo de ingresos mientras que, aproximadamente, 30 de cada 100 recibe menos de $500.000 mensuales, es decir que aproximadamente el 91% de las PcD perciben ingresos inferiores al SMLV.(CONPES SOCIAL N° 166, 2013)

En términos generales se puede observar que la relación entre empleo y discapacidad se ve afectada por factores tales como el tipo y severidad de la discapacidad presentes en la persona, y las barreras en los entornos laborales como la falta de accesibilidad y de acomodaciones razonables y la presencia de prejuicios y actitudes de discriminación de parte de los empleadores. (Angarita Moren, Cortes Reyes, & Cardenas Jimenez, 2013)

Una vez analizada la evolución que ha tenido el derecho del trabajo y cuál ha sido la evolución del concepto de discapacidad en el trabajo abordamos el tratamiento que se le ha dado al tema desde el ámbito internacional y nacional:

Desde el panorama Normativo

Normatividad Internacional

Frente al surgimiento y evolución del derecho internacional del trabajo pueden identificarse varias etapas, a saber: la primera etapa corresponde a propuestas que se enmarcan a lo largo del siglo XIX donde se presentan luchas por reivindicaciones y la regularización de derechos; la segunda, corresponde a las conferencias internacionales y se puede ubicar desde finales del siglo XIX hasta la primera década del siglo XX; la tercera etapa, la de los tratados multilaterales en el marco de la Organización Internacional del Trabajo, y, la última, la de la protección judicial internacional de los derechos laborales y prestacionales, que inicia a finales de la década del cincuenta del siglo XX hasta la fecha (Ortiz, 2009).

Desde el nacimiento de la OIT y la importancia que ha tenido este tema en las agendas internacionales, se ha consolidado la obligación por parte de los Estados miembros de adoptar políticas y principios como prioritarios en la agenda nacional, y es por esto que países como Colombia no han sido ajenos a esta tendencia, es importante resaltar que desde la Constitución Política de 1991, se han creado una serie de instrumentos normativos y fallos jurisprudenciales que han permitido consolidar la protección reforzada constitucional de los trabajadores en situación de discapacidad, la cual se encuentra consagrada en los diferentes instrumentos internacionales que hacen parte del llamado bloque de constitucionalidad.

En el caso de la regulación laboral de la OIT, la necesidad de normas con contenidos y alcances semejantes aplicables a todos los Estados de la comunidad internacional tiene como propósito no sólo el mejoramiento de las condiciones de vida de los trabajadores, sino, también, la eliminación de la desigualdad en la competencia económica. El mejoramiento de la calidad de vida de los trabajadores implica necesariamente la elevación del costo de la mano de obra como factor del precio de producción (Ortiz, 2009).

La Organización Internacional del Trabajo - OIT se creó en el año de 1919, como parte del Tratado de Versalles que terminó con la Primera Guerra Mundial, para esta organización siempre ha sido un tema prioritario el tema de la discapacidad, lo anterior se evidencia en que solo 6 años después de su creación, en el año 1925 adoptó un primer instrumento de carácter internacional referente a las disposiciones en materia de readaptación profesional de trabajadores discapacitados, es la primera norma de carácter internacional que establece un tratamiento diferente y las condiciones idóneas para los trabajadores en situación de discapacidad. A continuación se expondrán los diferentes instrumentos internacionales que ha desarrollado la OIT referentes a esta condición (Villa Fernandez, 2007):

> *"En 1955 se adoptó una Recomendación que abordaba la readaptación profesional de personas con discapacidad. Durante los más de 50 años que han transcurrido desde entonces, la OIT ha trabajado en la promoción del desarrollo de capacidades y de oportunidades de empleo para las personas con discapacidad basándose en los principios de igualdad de oportunidades y de trato que están inscritos en la Recomendación.*
>
> *En 1983 se adoptó un Convenio sobre readaptación profesional y empleo (personas inválidas), (núm.159), acompañado por la consiguiente Recomendación, (núm. 168), para alentar ulteriormente la acción gubernamental en el ámbito de la promoción del empleo y de la igualdad en materia de formación y empleo para las personas con discapacidades.*
>
> *De forma análoga, los principios de igualdad de trato y de oportunidades se convirtieron en los pilares subyacentes al Repertorio de recomendaciones prácticas de la OIT para la gestión de las discapacidades en el lugar de trabajo (2002), un código de aplicación voluntaria para los empleadores.*
>
> *La OIT también suscribe activamente la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de Personas con Discapacidad, que recoge derechos y protecciones específicas, incluyendo aquellos relacionados con formación y empleo. Apela a la realización de ajustes razonables para que las personas con discapacidad puedan participar plenamente en la vida social y económica, también en el ámbito del trabajo".*

Desde el contexto internacional, también se tienen instrumentos como la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad del año 2006, las disposiciones buscan mejorar las condiciones de vida y la situación de las personas con discapacidad en todo el mundo, en su artículo 27 se establece:

> *Trabajo y empleo. 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 (…)*

El carácter tuitivo de la legislación para minusválidos condiciona el tratamiento que las autoridades públicas están en la obligación de dar a estas personas. En materia de empleo - la cual incluye la facultad de la declaratoria de insubsistencia en favor de la administración - el Convenio 159 constituye ***lex specialis*** frente a normas de igual categoría, por lo que debe ser aplicado con preferencia (Sentencia T 427 , 1992). Su artículo 1 establece:

> *"Artículo 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 progresar en el mismo queden sustancialmente 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 conforme con la práctica nacional.*
>
> *4. Las disposiciones del presente Convenio serán aplicables a todas las categorías de personas inválidas."*

La normatividad internacional citada anteriormente es parte integral de nuestra constitución política, en virtud del bloque de constitucionalidad.

En este sentido Ortiz (2009) afirma:

> *El bloque de constitucionalidad es un mecanismo por el cual se integran a la Constitución Política normas del derecho internacional. Es el mecanismo que*

asegura la operancia de la teoría monista entre el derecho internacional y el derecho nacional en Colombia, al incorporar al ordenamiento jurídico interno ciertas disposiciones del derecho internacional y bajo determinadas condiciones de aplicabilidad.

Así mismo a continuación se señalarán los instrumentos internacionales más importantes en los cuales se aborda el tema de trabajador en situación de discapacidad:

- ✓ Carta de las Naciones Unidas (1945), este instrumento internacional determina los lineamientos y la organización de las Naciones Unidas, mediante su articulado determina los derechos y las obligaciones de los Estados miembros.

- ✓ Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), se encuentra basado en los pilares de la libertad, la justicia y la paz en el mundo, teniendo como base el reconocimiento de la dignidad y de los derechos iguales e inalienables de todos los seres humanos, todos los Estados Miembros se comprometieron a asegurar, en cooperación con la Organización de las Naciones Unidas, el respeto universal y efectivo a los derechos y libertades fundamentales del hombre.

- ✓ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966), los pactos parten de la base que no puede realizarse el ideal del ser humano libre en el disfrute de las libertades civiles y políticas y liberado del temor y de la miseria, a menos que se creen condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos civiles y políticos, tanto como de sus derechos económicos, sociales y culturales, impone a los Estados la obligación de promover el respeto universal y efectivo de los derechos y libertades humanos.

- ✓ Programa de Acción Mundial para las Personas con Discapacidad de las Naciones Unidas (1982)

- ✓ Convenio N° 159 sobre la readaptación profesional y el Empleo (personas inválidas) de la Organización Internacional del Trabajo OIT (1983). El Convenio señala que debe entenderse por persona invalida a toda persona 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 o mental debidamente reconocida, así mismo ordena que todos los estados miembros deben 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.

- ✓ Normas Uniformes sobre la Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad de las Naciones Unidas (1993). El Programa de Acción Mundial 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 desarrollo nacional. En el Programa también se subraya la necesidad de abordar la discapacidad desde una perspectiva de derechos humanos. En sus tres capítulos se analizan las definiciones, los conceptos y los principios relativos a la discapacidad; se examina la situación mundial de las personas con discapacidad; y se formulan recomendaciones para la adopción de medidas a nivel nacional, regional e internacional. (Naciones Unidas, 1993)

- ✓ Hacia una sociedad para todos: Estrategia a largo plazo para promover la aplicación del Programa de Acción Mundial para los Impedidos hasta el Año 2000 y Años Posteriores (1995), esta estrategia fue elaborada al final del Decenio de las Naciones Unidas para los Impedidos (1983-1992) tras celebrar amplias consultas, de conformidad con las resoluciones 45/91, 46/96 y 48/99 de la Asamblea General y la resolución 1993/20 del Consejo Económico y Social. Contiene las medidas nacionales, regionales y mundiales que, en el transcurso del Decenio, han demostrado tener éxito y ser sostenibles. Considera los planes nacionales de mediano plazo como una vanguardia para la estrategia. Se sugieren los elementos componentes de un plan nacional, aunque se espera que estos se adapten a las necesidades, recursos y aspiraciones nacionales. La visión rectora de la estrategia es el concepto de una sociedad para todos. Su base continúa dada por los tres temas del Programa Mundial: la prevención de la discapacidad, la rehabilitación y la igualdad de oportunidades para las personas discapacitadas. (Naciones Unidas, 1995)

- ✓ Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad de la Organización de Estados Americanos OEA (1999). En la Convención se establece que se entiende por discapacidad y por discriminación contra las personas con discapacidad, definiendo esta última como: toda distinción, exclusión o restricción basada en una discapacidad, antecedente de discapacidad, consecuencia de discapacidad anterior o percepción de una discapacidad presente o pasada, que tenga 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 (Organización de Estados Americanos, 1999).

- ✓ Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de las Naciones Unidas (2008). La Convención va dirigida a lograr el reconocimiento mundial de la discapacidad como cuestión de los derechos humanos.

- ✓ Programa de Acción para el Decenio de las Américas: Por los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad (2006-20016) de la Organización de Estados Americanos, este programa construye un plan de acción para los Estados miembros que busca dignificar el tratamiento dado a las personas en situación de discapacidad.

Normatividad Nacional

La protección de carácter interno constitucional y normativo a las personas en situación de discapacidad se encuentran en los contenidos normativos de los artículos 13, 47, 53, 54 y 68 de la Constitución Política de 1991 y del Código Sustantivo del Trabajo, donde el Derecho al trabajo se establece como un pilar fundamental de la sociedad, el cual va ligado con el concepto de dignidad humana y del derecho fundamental a la igualdad material.

El mayor número de políticas públicas y de instrumentos normativos que se han adoptado en Colombia a partir de la Constitución Política de 1991 referentes a las personas en situación de discapacidad, van encaminadas a su protección desde el ámbito del trabajo, de su realización como persona a partir del centro de trabajo, de su protección desde la óptica del derecho laboral, estableciendo unas garantías adicionales para el ingreso, permanencia y estabilidad en el trabajo, se ha buscado desarrollar mediante la adopción de estos instrumentos el derecho fundamental de la igualdad material que nos establece el artículo 13 de nuestra Constitución Nacional.

En nuestro país se visibiliza la protección reforzada de la estabilidad en el puesto de trabajo del trabajador con situación de discapacidad en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, la cual estableció el procedimiento de permiso ante el Ministerio del Trabajo para poder despedir o desvincular a un trabajador en situación de discapacidad cuando medie una justa causa en los términos del Código Sustantivo del Trabajo, por lo cual el Ministerio ha desarrollado el procedimiento y la documentación necesaria para acceder a este permiso, el cual se evidencia en el Concepto 363455 del 3 de Diciembre de 2010, en cual explica el procedimiento de la autorización del Inspector del trabajo para proceder al despido, el concepto es claro al enfatizar que el despido no puede responder a una discriminación por su limitación, ni debe ir encaminado a una reducción de sus derechos laborales, por el contrario únicamente procede cuando se configura la justa causa o cuando se ve afectados los intereses económicos de la empresa, los documentos que debe presentar el empleador son:

> *a) Concepto, certificación o dictamen mediante el cual el tratamiento de rehabilitación culminó, no existe posibilidad de culminarse o no es procedente.*
>
> *b) Estudios de puesto de trabajo con el objeto de determinar si efectivamente en la empresa existe o no un cargo acorde a la salud del trabajador.*

c) La discriminación de cargos en la empresa.

d) Un documento que describa las competencias o funciones de cada cargo o puesto de trabajo relacionado en la nómina, versus el perfil, aptitudes físicas, sicológicas y técnicas con las que debe contar el trabajador que va a desempeñar el cargo.

e) Cualquier tipo de documento mediante el cual el empleador pruebe haber agotado todas las posibilidades de reincorporación o reubicación laboral mencionados y que en los puestos existentes en la empresa, empeorarían la condición de salud del trabajador ó que definitivamente con base en las capacidades residuales del trabajador, no existe un puesto de trabajo para ofrecerle conforme a su estado de salud.

Dentro de la Constitución no es posible encontrar la definición completa de lo que se considera constituye una discapacidad, es más, la Carta utiliza varios términos para referirse a ella, entre otros: limitados, personas en situación de debilidad manifiesta, disminuidos, minusválidos. Para hacerse a un concepto de discapacidad la Corte ha hecho uso del bloque de constitucionalidad y en concreto de la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación, en el sentido de entender la discapacidad como la deficiencia física, mental o sensorial, ya sea 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 social (Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación, (art. 1º, num.1º), Guatemala, 1999). (Correa Montoya, 2009)

La discapacidad será entonces la conjunción de dos elementos esenciales que se encuentran presentes en los dos instrumentos internacionales que se reseñan previamente. El primer elemento es la limitación o deficiencia que puede ser de tres tipos: física, sensorial o cognitiva y que además puede ser temporal o permanente y variar en intensidad o grado. En sí misma la limitación no constituye una discapacidad, sino que necesita interactuar el segundo elemento: así cuando la persona con la limitación interactúa socialmente y encuentra barreras físicas, actitudinales y sociales en general que le impiden integrarse socialmente en condiciones de igualdad, se considera que existe la discapacidad.

La Corte Constitucional agregó una sub-regla de especial importancia para el goce efectivo de los derechos humanos de las personas con discapacidad y es la diferenciación entre discapacidad e invalidez. En la Sentencia T-816 del 2006, recordó que con la palabra “discapacidad” se resumen un gran número de diferentes limitaciones funcionales, que pueden revestir la forma de una deficiencia física, intelectual o sensorial, una dolencia que requiera atención médica o una enfermedad mental y éstas a su vez pueden ser de carácter permanente o transitorio. Igualmente en la Sentencia T-198 del 2006 afirmó que la discapacidad es el género, mientras que la invalidez es la especie, y en consecuencia,

no siempre que existe discapacidad necesariamente nos encontramos frente a una persona inválida. La invalidez sería el producto de una discapacidad severa y no depende de su declaración específica la protección constitucional reforzada. (Correa Montoya, 2009)

A continuación se expondrán los instrumentos normativos internos que tienen una mayor relevancia referente a la estabilidad laboral que debe tener todo trabajador en situación de discapacidad.

Artículo 13 de la Constitución Política.	*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.*
Artículo 47 de la Constitución Política.	*El Estado adelantará una política de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a quienes se prestará la atención especializada que requieran.*
Artículo 54 de la Constitución Política.	*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.*
Artículo 68 de la Constitución Política.	*Los particulares podrán fundar establecimientos educativos. La ley establecerá las condiciones para su creación y gestión.* *La comunidad educativa participará en la dirección de las instituciones de educación.* *La enseñanza estará a cargo de personas de reconocida idoneidad ética y pedagógica. La Ley garantiza la profesionalización y dignificación de la actividad docente.* *Los padres de familia tendrán derecho de escoger el tipo de educación para sus hijos menores. En los establecimientos del Estado ninguna*

	persona podrá ser obligada a recibir educación religiosa. *Las integrantes de los grupos étnicos tendrán derecho a una formación que respete y desarrolle su identidad cultural.* *La erradicación del analfabetismo y la educación de personas con limitaciones físicas o mentales, o con capacidades excepcionales, son obligaciones especiales del Estado.*
Ley 361 de 1997	*Por la cual se establecen mecanismos de integración social de las personas en situación de discapacidad y se dictan otras disposiciones.*
Artículo 26 de la Ley 361 de 1997	*ARTÍCULO 26. NO DISCRIMINACIÓN A PERSONA EN SITUACIÓN DE DISCAPACIDAD. En ningún caso la limitación <discapacidad><1> de una persona, podrá ser motivo para obstaculizar una vinculación laboral, a menos que dicha limitación <discapacidad><1> sea claramente demostrada como incompatible e insuperable en el cargo que se va a desempeñar. Así mismo, ninguna persona limitada <en situación de discapacidad><1> podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su limitación <discapacidad><1>, salvo que medie autorización de la oficina de Trabajo.* *No obstante, quienes fueren despedidos o su contrato terminado por razón de su limitación <discapacidad><1>, 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.*
Ley 368 de 1997	*Por la cual se crea la Red de Solidaridad Social, el Fondo de Programas Especiales para la Paz, y el Fondo del Plan Nacional de Desarrollo Alternativo -Fondo Plante-, y se dictan otras disposiciones.*
Plan Nacional de atención a las personas con discapacidad 1999-2002	*El plan da continuidad al proceso de formación de una política pública en discapacidad, se exponen las acciones sectoriales que han implementado las entidades que integran el Gobierno Nacional para respeto y promoción de los derechos humanos de las personas con discapacidad.*
Artículo 7 del Decreto 2463 de 2001	*Grado de severidad de la limitación. En los términos del artículo 5º de la Ley 361 de 1997, las entidades promotoras de salud y administradoras del régimen subsidiado, deberán clasificar el grado de severidad de la limitación, así: Limitación moderada, aquella en la cual la persona tenga entre el 15% y el 25% de pérdida de la capacidad*

	laboral; limitación severa aquella que sea mayor al 25% pero inferior al 50% de pérdida de la capacidad laboral y limitación profunda, cuando la pérdida de la capacidad laboral sea igual o mayor al 50%.
CONPES SOCIAL 80 2004	*Política Pública Nacional de Discapacidad*
Ley 789 de 2002	*Por la cual se dictan normas para apoyar el empleo y ampliar la protección social y se modifican algunos artículos del Código Sustantivo de Trabajo.*
Ley 1145 de 2007	*Por medio de la cual se organiza el Sistema Nacional de Discapacidad y se dictan otras disposiciones.*
Ley 1306 de julio de 2009.	*Por la cual se dictan normas para la Protección de Personas con Discapacidad Mental y se establece el Régimen de la Representación Legal de Incapaces Emancipados.*
Ley 1346 de julio de 2009.	*Por medio de la cual se aprueba la "Convención sobre los Derechos de las personas con Discapacidad", adoptada por la Asamblea General de la Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006*
CONPES 122 de 2009	*Distribución Del Sistema General De Participaciones Once Doceavas De La Vigencia 2009.*
Ley 1618 de 2013	*Por medio de la cual se establecen las disposiciones para garantizar el pleno ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad.*

Tratamiento que se les ha dado a los trabajadores en situación de discapacidad desde la óptica empresarial.

En el mundo cada vez menos homogéneo, el concepto de la realidad de la empresa se fragmenta. No es posible hoy hablar de una única empresa; la mundialización y la alta competitividad que ella provoca van generando nuevas formas de gestión y producción que dan lugar a una variada tipología empresarial. La empresa obsoleta y aquellas reestructuradas, las pequeñas y medianas empresas y las multinacionales no solo compiten con las de otros países, sino que enfrentan una dura competencia interna para sobrevivir en un mercado en el que la libre competencia es la ley darwiniana de la sobrevivencia (Figueroa Bolaño, 2011).

Las personas con discapacidad se encuentran relegadas de manera desproporcionada al acceso al mercado de trabajo a través de ocupaciones en las que no se valoran las competencias mejor remuneradas, como son las relacionadas con habilidades de información, conocimiento y comunicación, además de tratarse de empleos en los que no se requiere habitualmente poseer experiencia previa. A su vez, el frecuente subempleo al que se ven obligadas las personas con discapacidad conlleva para ellas la percepción de

bajos salarios y una menor seguridad y estabilidad laboral (Alcover de la Hera & Pérez Torres, 2011).

El mercado laboral se ha transformado drásticamente en los últimos tiempos, el auge de los cambios tecnológicos y la acelerada globalización ha llevado a disolver la identidad que anteriormente se tenía hacia el trabajo, hay una distancia clara entre las identidades tradicionales y las redes sociales, los servicios son cada vez más sofisticados, las nuevas tecnologías desplazan cierta cantidad considerable de trabajadores, pero simultáneamente por esta misma dinámica de crecimiento se crean nuevos puestos de trabajo, se incrementa la productividad, se crea nuevos productos, y se llega a nuevos procesos, trayendo así, un cambio profundo en el entorno laboral, las medidas destinadas a aumentar los empleos o formar mejor a los trabajadores no son suficientes para superar y acoplarse a estas nuevas condiciones, la solución para conseguir un crecimiento del empleo debe ser analizado desde muchas más variables, en donde introduce como elemento fundamental la flexibilidad laboral.

En este sentido (Rodriguez Ortega, 1997) expone:

> *Existe un amplio consenso en el sentido de que la flexibilización de las relaciones de trabajo constituyen de por sí una reducción de los niveles de protección lo que supone una desregularización o precarización de las condiciones de vida y de trabajo como consecuencia del llamado Dumping Social. Esta consecuencia aprovechada por gran número de empresas de ganar mercados con apoyo en el desmejoramiento de las condiciones de trabajo, urge la reformulación del Derecho del trabajo. (p.17)*

Los importantes y acelerados cambios económicos y políticos experimentados por los países desarrollados en las últimas décadas, han tenido importantes repercusiones en el mundo de las relaciones de trabajo (retroceso del sector y de la cultura e ideología industrial, transformaciones socioeconómica y tecnológicas, desarrollo de grupos empresariales y de prácticas de descentralización productiva, aparición de nuevas necesidades y formas de organización del trabajo, incremento de los procesos de movilización internacional, pérdida de representatividad de los sindicatos, descentralización de la negociación colectiva, crisis y renovación de la concentración social, exigencias de elección individual y de autodeterminación e individualización), estas a su vez, han generado nuevas formas de organización de las relaciones industriales, caracterizadas por una mayor complejidad, descentralización y dispersión de los intereses en juego, que se resisten a negociaciones generalizadas, uniformes y abstractas (Figueroa Bolaño, 2011).

Por lo anterior, como respuesta a esa multiplicidad de normatividad garantista que busca proteger el derecho a los trabajadores en situación de discapacidad, la empresa desarrolla estrategias empresariales desde el área de talento humano, que logra afectar y disminuir la eficacia de la protección reforzada constitucional de los trabajadores en situación de discapacidad en Colombia en cada uno de estos escenarios, toda vez que

nos encontramos frente al desarticulado mercado laboral y a un derecho laboral que no es lo suficientemente exigente para imponer determinadas conductas, si bien es cierto en Colombia existe normativamente y jurisprudencialmente una estabilidad laboral reforzada, en la realidad se evidencia como las diferentes empresas buscan salidas alternativas a esta protección, como diferentes modalidades de contratos y otras estrategias empresariales se logran desdibujar estas garantías constitucionales, con ello, las empresas han desarrollado unos modelos de resistencia que permiten el incumplimiento de este principio dentro del marco legal.

En la mayoría de los casos, las diferentes empresas mediante el examen previo de ingreso, el cual permite la normatividad en seguridad y salud en el trabajo, restringe el ingreso de una persona en situación de discapacidad, entonces el primer supuesto de la protección al trabajador discapacitado desarrollado tanto por la OIT como por la Corte Constitucional, consistente en la facilidad en el ingreso se encuentra desvirtuado, así mismo la permanencia se ve limitada dado el uso preferente de términos fijos, o por la modalidad de prestación de servicios se logra extraer esta problemática a otros campos del derechos ajenos al mundo y principios del derecho laboral.

En este escenario, vale la pena destacar que la Ley 361 de 1997 nos establece el procedimiento idóneo para efectuar el despido de las personas en condición de discapacidad cuando se configura una justa causa en los términos del Código Sustantivo del Trabajo, empero, al empleador le resulta fácil demostrar la configuración de una justa causa, exponiendo incluso que no es apto para las labores que desempeña.

El tercer supuesto referente a la posibilidad de ascenso en el empleo también se ve desvirtuada en el sentido que la normatividad, también en Seguridad y Salud en el Trabajo, obliga a realizar exámenes periódicos a los trabajadores, y ese mecanismo propio de los riesgos laborales y del control de las condiciones de salud y seguridad, muchas veces es usada por algunos empresarios para documentar la decisión de terminación de la relación laboral con la persona discapacitada. Se encuentra que la motivación importante en nuestro país de contratar personas en situación de discapacidad va encaminada a los estímulos en materia tributaria, pero no existe la cultura, como en otros países especialmente los desarrollados, de incentivo en materia académica, progreso y ascenso de esta población.

Frente a lo anterior, las diferentes estrategias empresariales adoptadas y desarrolladas en Colombia en los últimos años como respuesta a la consolidación de la institución de la estabilidad reforzada de los trabajadores en situación de discapacidad, se encuentra dentro del marco de posibilidades jurídicas dadas por el ordenamiento jurídico, es decir dichas actuaciones son válidas en el derecho desde una perspectiva prevalentemente positivista; hay que recordar que, en este escenarios, Kelsen asumía el derecho como una ciencia exacta que debe actuar como una variante independiente de cualquier otra clase de conocimiento, separándola de la política, la historia, la sociología, la antropología, etc. Para Kelsen el tema de la legitimidad o de la eficacia de la actuación no era importante en su construcción de la Teoría Pura del Derecho.

Entonces, desde una perspectiva estrictamente legal, las aisladas actuaciones vistas como momentos determinados y no como conjunto (finalidad), son válidas desde el marco del ordenamiento jurídico, es decir los exámenes de salud ocupacional de ingreso son obligatorios legalmente, por cuanto la empresa únicamente está acatando esta norma, lo que sucede posteriormente es una actuación interna y subjetiva al margen del derecho, por el cual realizan un análisis en el que se evidencia que la persona por razones de salud no es la más óptima para desarrollar el cargo, por lo cual simplemente escogen a otra persona, la actuación jurídica la están acatando, no obstante el raciocinio interno de tipo empresarial está alejado del derecho, desposeído de toda relación social.

Así mismo, el segundo supuesto de permanencia, también encaja dentro de esta lógica, toda vez que dentro de un marco legal que es la Ley 361 de 1997 se encuentra establecido el procedimiento idóneo de despido del trabajador cuando existe la justa causa y el Concepto 363455 del 3 de Diciembre de 2010 expedido por el Ministerio de Protección Social, explica el procedimiento de la autorización del Inspector del trabajo para proceder al despido, entonces desde la perspectiva estrictamente positivista, ese despido es válido siempre y cuando medie autorización (obligación impuesta por la Ley), la cual será dada con el simple hecho que se demuestre la justa causa establecida en el Código Sustantivo del Trabajo, lo cual para el empleador es de fácil manejo, pues a partir de múltiples sistemas de gestión y de índices de rendimiento puede configurarse fácilmente la justa causa, también bajo la modalidad de contratos con termino definido o labor especifica se puede dar por terminado el contrato de trabajo sin importar la condición de debilidad manifiesta.

Igualmente, se encuentra que la principal actuación de las empresas es el arreglo directo económico con el trabajador, actuación que es extrajurídica, pero que como elemento externo del sistema, puede no ser relevante de una perspectiva Kelseniana.

Para muchos colombianos la búsqueda de empleo puede resultar una tarea bastante ardua. En ocasiones el camino de la inserción laboral está lleno de dificultades, no todas aceptables desde el punto de vista constitucional y legal. Es muy posible que el desempleado se haya sentido discriminado durante la búsqueda, o recibió un trato diferencial por cuestiones de género o por pertenecer a una minoría étnica, religiosa, o sexual. A estas prácticas discriminatorias, desafortunadamente arraigadas en nuestra cultura, se unen otras como aquellas donde no se brinda igualdad de oportunidades a los más jóvenes, a los de avanzada edad, y a las personas con discapacidad. (Ceron, Icesi, 2013)

Como resultado de estas prácticas, los discapacitados se enfrentan a estar desempleados; o al empleo bajo condiciones laborales desiguales, con salarios menores a los percibidos por una persona sin limitaciones en el mismo cargo, a la falta de adecuación del puesto de trabajo que dificulta el buen desempeño de sus funciones y empeora sus dolencias; al constante menosprecio por su “condición” y a la falta de credibilidad en sus capacidades, conocimientos y habilidades para asumir tareas de alta responsabilidad, o el liderazgo de proyectos. Estos tratos discriminatorios generan efectos

negativos de tipo personal y social: los desmotiva para seguir su plan de vida, les niega la oportunidad de ganarse dignamente lo necesario para cubrir sus necesidades y las de sus familias y de contribuir al crecimiento de la economía nacional. (Ceron, Icesi, 2013)

La discriminación en los procesos de selección de personal se presenta cuando existe una diferenciación de trato a las personas por razón de su raza, color de su piel o sexo, entre otros motivos, sin tomar en consideración los méritos ni las calificaciones necesarias para el puesto de trabajo de que se trate. Según se manifieste, existen dos tipos de discriminación, (1) directa e (2) indirecta. La discriminación es directa cuando la normativa, las leyes o las políticas, excluyen o desfavorecen explícitamente a ciertos trabajadores atendiendo a características tales como la opinión política, el estado civil o el sexo. Este tipo de discriminación se basa en prejuicios y estereotipos que atribuyen ciertas aptitudes o la falta de éstas a determinadas personas, en función de su pertenencia a un cierto colectivo racial, sexual, religioso u otro, independientemente de sus calificaciones y experiencia laboral. (Vera Rojas, 2006)

Las políticas y prácticas de la empresa, especialmente las relacionadas con los procedimientos de reclutamiento y selección y la evaluación del rendimiento, están influidas por la cultura organizacional y tienen un efecto directo sobre el trato que reciben los trabajadores con discapacidad. Los estudios realizados en el ámbito de la selección y contratación de personas con discapacidad exploran la influencia de la naturaleza o tipo de discapacidad de los candidatos a los puestos y las expectativas del futuro empleador sobre los trabajadores con discapacidad. (Alcover de la Hera & Pérez Torres, 2011)

En relación con el empleo, la discapacidad puede llegar a afectar el tipo y la cantidad de trabajo que una persona puede llegar a realizar, lo cual afecta la posibilidad de generar ingresos y fortalecer capacidades de las PdC. De acuerdo con la Organización Internacional del Trabajo cerca de un 60 % de las en edad de trabajar se encuentra desempleada (Centro Latinoamericano y Caribeño de Demografía (CELADE) – División de Población de la CEPAL. Las personas con discapacidad en América Latina: del reconocimiento jurídico a la desigualdad real. 2011; 103: 1-83), y según el Informe Mundial de Discapacidad, generalmente, cuando las PcD logran acceder al empleo, ganan menos en comparación con la población sin discapacidad que realiza el mismo trabajo. (Angarita Moren, Cortes Reyes, & Cardenas Jimenez, 2013)

Para muchos colombianos la búsqueda de empleo puede resultar una tarea bastante ardua. En ocasiones el camino de la inserción laboral está lleno de dificultades, no todas aceptables desde el punto de vista constitucional y legal. Es muy posible que el desempleado se haya sentido discriminado durante la búsqueda, porque a pesar de ser un profesional altamente calificado, y cumplir con el perfil requerido, recibió un trato diferencial por cuestiones de género o por pertenecer a una minoría étnica, religiosa, o sexual. A estas prácticas discriminatorias, desafortunadamente arraigadas en nuestra cultura, se unen otras como aquellas donde no se brinda igualdad de oportunidades a los más jóvenes, a los de avanzada edad, y a las personas con discapacidad. (Ceron, Icesi, 2013)

Finalmente es importante concluir que solo parte de esta población accede a la administración de justicia, por cuanto un gran número de personas se seguiría rigiendo por la lógica de las estrategias empresariales, únicamente hasta que en la cultura se logre introducir el elemento de protección real en el acceso, permanencia y ascenso en el trabajo puede hablarse de una eficacia real de la protección reforzada constitucional del trabajador en situación de discapacidad en Colombia.

CAPITULO II: Posturas Contradictorias entre la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia frente al tratamiento de la estabilidad reforzada del trabajador en situación de discapacidad en Colombia

Jurisprudencia de la Corte Constitucional

Para iniciar esta discusión es importante exponer como se ha venido desarrollando el principio de Estabilidad Laboral Reforzada que gozan normativamente y jurisprudencialmente los trabajadores en situación de discapacidad.

Uno de los principales fallos o sentencias hito del presente tema es la Sentencia de Constitucionalidad N° 531 de 2000 en la cual se señala claramente la existencia y viabilidad en Colombia de la estabilidad laboral reforzada de las personas con alguna discapacidad, la cual de conformidad con el precitado fallo constituye un derecho constitucional, que consiste en dotar al trabajador de la garantía de **acceder** a un empleo, **permanecer** en él y **gozar de estabilidad** en el mismo, el papel que desempeñan los jueces al respecto de esta problemática social ha tenido un papel protagónico, toda vez que mediante sus interpretaciones y fallos han venido configurando, desarrollando y consolidando lo que se conoce como estabilidad o protección reforzada constitucional:

> *"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 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 constitucion****al, igualmente predicable de otros grupos sociales como sucede con las mujeres embarazadas y los trabajadores aforados…" (*Subrayado fuera del texto)(Sentencia C 531, 2000)

Es importante señalar que la principal norma que busca proteger a las personas en situación de discapacidad, es la Ley 361 de 1997, que en su Artículo 26 establece que *"en ningún caso la limitación de una persona, podrá ser motivo para obstaculizar una vinculación laboral, a menos que dicha limitación sea claramente demostrada como incompatible e insuperable en el cargo que se va a desempeñar. Así mismo, ninguna*

persona limitada podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su limitación, salvo que medie autorización de la oficina de Trabajo".

El recuento normativo y jurisprudencial enunciado anteriormente y explicado someramente busca evidenciar que desde un panorama formal, Colombia cuenta con una sólida y robusta categoría de estabilidad reforzada en el empleo de las personas en situación de discapacidad, que como se expuso anteriormente también ha sido desarrollado por la OIT.

Frente al principio de Estabilidad Laboral Reforzada que se predica para los trabajadores en situación de discapacidad, se analizará las disposiciones normativas que se han desarrollado en Colombia y el alcance que se le ha dado mediante los fallos de la Corte Constitucional.

Profesionales y académicos en el campo del derecho del trabajo, afirman que el sustento normativo de la estabilidad laboral reforzada del trabajador discapacitado se encuentra en el Artículo 26 de la Ley 361 de 1997, el cual establece que *"en ningún caso la limitación de una persona, podrá ser motivo para obstaculizar una vinculación laboral, a menos que dicha limitación sea claramente demostrada como incompatible e insuperable en el cargo que se va a desempeñar. Así mismo, ninguna persona limitada podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su limitación, salvo que medie autorización de la oficina de Trabajo"*.

Así mismo, nuestro Tribunal Constitucional mediante la Sentencia de Tutela 1040 del 27 de septiembre de 2001 desarrollo el principio de la estabilidad reforzada de la siguiente manera:

> *"Aquellos trabajadores que sufren una disminución en su estado de salud durante el transcurso del contrato laboral, deben considerarse como personas que se encuentran en situación de debilidad manifiesta. Razón por la cual, frente a ellas también procede la llamada estabilidad laboral reforzada, por la aplicación directa e inmediata de la Constitución.*
>
> *Estos sujetos de protección especial a los que se refiere el artículo 13 de la Constitución, que por su condición física estén en situación de debilidad manifiesta, no son sólo los discapacitados calificados como tales conforme a las normas legales. Tal categoría se extiende a todas aquellas personas que, por condiciones físicas de diversa índole, o por la concurrencia de condiciones físicas, mentales y/o económicas, se encuentren en una situación de debilidad manifiesta".*

En un fallo posterior, la Honorable Corte Constitucional siguiendo la misma postura y línea establecida, mediante la sentencia de Constitucionalidad 824 de noviembre 11 de 2011, afirmo que el amparo de la protección especial debe estar dirigido a una persona que *"sufre una disminución que dificulta o impide el desempeño normal de sus labores, por padecer (i) una deficiencia, entendida como una pérdida o anormalidad permanente o*

transitoria, sea psicológica, fisiológica o anatómica, de estructura o función; (ii) discapacidad, esto es, cualquier restricción o impedimento del funcionamiento de una actividad, por disminución frente al ámbito considerado "normal" para el ser humano; o (iii) minusvalidez, desventaja humana que limita o impide el desempeño de una función, acorde con la edad u otros factores sociales o culturales".

La jurisprudencia constitucional colombiana en relación con la protección de los Derechos Humanos de las personas con discapacidad ha jugado un rol activo, a través de las sentencias la Corte ha protegido ampliamente a las personas con discapacidad y se ha referido a sus derechos en numerosas ocasiones, los ha ampliado, ha garantizado y en general ha dignificado a la persona con discapacidad y recalcado la posición privilegiada que les otorga el texto constitucional. (Correa Montoya, 2009)

El Estado tiene el deber de remover las normas discriminatorias y abstenerse de establecer diferenciaciones fundadas en discapacidades físicas, sensoriales o cognitivas. A juicio de la Corte, una disposición que se funde en este criterio para restringir los derechos de los grupos desaventajados solo será constitucional si la misma resulta necesaria e idónea para el cumplimiento de una finalidad constitucionalmente imperiosa y siempre que, desde una perspectiva constitucional, el beneficio obtenido sea superior a la restricción impuesta (El test de igualdad ha sido aplicado en múltiples sentencias T-288 de 1995, T-207 de 1999, C- 673 del 2001, C-128, T-150 y T-983 del 2002). Esta obligación cobija, además del legislador, a los jueces y a la administración pública en todos sus niveles y manifestaciones así como a los particulares en general. (Correa Montoya, 2009)

Colombia cuenta con una sólida y robusta categoría de estabilidad reforzada en el empleo de las personas en situación de discapacidad, que como se expuso anteriormente también ha sido desarrollado por la OIT se basa en tres grandes escenarios:

1. Acceso al empleo
2. Permanencia en el empleo
3. Posibilidad de ascenso en el empleo

En forma a veces dogmática, nuestra Corte Constitucional se ha visto precisada a ejercer una tarea intensamente pedagógica, para hacer valer en el universo del derecho laboral, lo que el profesor John Rawls denomina no solo un papel activo en defensa de la razón pública, entendida como "la razón de los ciudadanos en pie de igualdad que, como cuerpo colectivo, ejercen el poder político y coercitivo unos sobre otros al poder en vigor de las leyes, poder político que es solo justificable cuando se ejerce en concordancia con una Constitución, cuyos elementos esenciales todos los ciudadanos pueden suscribir a la luz de principios e ideales aceptables para ellos razonables y racionales (Figueroa Bolaño, 2011).

El texto constitucional colombiano de 1991 identifica claramente a las personas con discapacidad como un grupo de especial protección constitucional y en su interior

establece ciertas obligaciones básicas y concretas a favor de dicha población, obligaciones que a su vez constituyen el punto de partida para la protección jurisprudencial. Eliminar la discriminación removiendo las normas y prácticas excluyentes en función de la discapacidad, así como la implementación de acciones afirmativas para el logro de la igualdad material y la inclusión social, constituyen el primer deber constitucional. En segundo lugar, el Estado deberá desarrollar una política de previsión, rehabilitación e inclusión a favor de las personas con discapacidad, y en tercer y cuarto lugar, el Estado deberá garantizar especialmente los derechos al trabajo y a la educación sin que ello implique la desatención de los demás derechos constitucionales de los cuales también son titulares. (Correa Montoya, 2009)

Como manifestación del primer enfoque se encuentra la Sentencia C-076 del 2006, en la cual la Corte estudió si constituía una discriminación injustificada e inconstitucional impedir a los sordos y a los ciegos acceder al cargo de notario público. Para el caso concreto la Corte planteó que "a las personas con discapacidad no se les puede negar, condicionar o restringir el acceso a un puesto de trabajo –público o privado– o la obtención de una licencia para ejercer cualquier cargo, con fundamento en la discapacidad respectiva, a menos que se demuestre que la función que se encuentra afectada o disminuida resulta imprescindible para las labores esenciales del cargo o empleo respectivo". En los términos anteriores, resultará inconstitucional la norma que impida el acceso al cargo respectivo de personas: (i) cuya incapacidad no aparece demostradamente incompatible con las funciones esenciales para desempeñar; (ii) que tienen incapacidades incompatibles con las funciones accidentales accesorias o delegables del cargo, pero compatibles con las funciones esenciales; (iii) que podrían desempeñar adecuadamente las funciones del respectivo cargo o empleo, si se adoptaran adecuaciones laborales razonables. Considerando como adecuaciones razonables aquellas que resultan fáctica y jurídicamente posibles y cuya implementación ofrece un mayor valor con respecto al costo constitucional que su implementación puede aparejar. (Correa Montoya, 2009).

A continuación, se expondrá la línea jurisprudencial que ha venido desarrollando la Corte Constitucional frente al tratamiento de la estabilidad de los trabajadores en situación de discapacidad desde el año 1991.

<u>Sentencia T-427 de 1992, Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz</u>

La sentencia realiza un análisis del ejercicio de la facultad de remover libremente a los empleados no inscritos en la carrera administrativa cuando median circunstancias de debilidad manifiesta por invalidez parcial o total, estableciendo que es indispensable para las autoridades públicas ceñir sus actuaciones al principio de la buena fe, consagrado en el artículo 83 de la Constitución. Al vulnerarse la efectiva protección de las personas disminuidas física, sensorial o psíquicamente, aquélla sólo será constitucional si es compatible con el principio de la buena fe en cuanto a la oportunidad y proporcionalidad

de la medida. Una resolución inoportuna o inadecuada que no tenga en cuenta la condición de manifiesta debilidad en que se encuentra la persona al momento de ser proferida, está, en consecuencia, viciada de nulidad.(Sentencia T 427 , 1992).

La especial protección de ciertos grupos y personas por parte del Estado tiene como consecuencia la inversión de la carga de la prueba cuando la constitucionalidad de una medida administrativa sea cuestionada por afectar los derechos fundamentales de la persona directamente perjudicada. En dicho evento, es a la administración a quien corresponde demostrar por qué la circunstancia o condición de desventaja de la persona protegida por el Estado no ha sido desconocida como consecuencia de su decisión. (Sentencia T 427 , 1992)

Sentencia C- 531 de 2000, Magistrado Ponente: Álvaro Tafur Galvis

Se resuelve la Acción de Constitucionalidad contra la Ley 361 de 1997 *"por la cual se establecen mecanismos de integración social de las personas con limitación y se dictan otras disposiciones."*.

Esta sentencia retoma los argumentos expuestos en la Sentencia T-427 de 1992, en el sentido de exponer que conforme al artículo 53 de la Carta, todos los trabajadores tienen un derecho general a la estabilidad en el empleo, existen casos en que este derecho es aún más fuerte, por lo cual en tales eventos cabe hablar de un derecho constitucional a una estabilidad laboral reforzada. Esto sucede, por ejemplo, en relación con el fuero sindical, pues sólo asegurando a los líderes sindicales una estabilidad laboral efectiva, resulta posible proteger otro valor constitucional, como es el derecho de asociación sindical (CP art. 39). Igualmente, en anteriores ocasiones, esta Corporación también señaló que, debido al especial cuidado que la Carta ordena en favor de los minusválidos (CP art. 54), estas personas gozan de una estabilidad laboral superior, la cual se proyecta incluso en los casos de funcionarios de libre nombramiento y remoción. En efecto, la Corte estableció que había una inversión de la carga de la prueba cuando la constitucionalidad de una medida administrativa sea cuestionada por afectar los derechos fundamentales de los minusválidos, por lo cual, en tales eventos “es a la administración a quien corresponde demostrar porqué la circunstancia o condición de desventaja de la persona protegida por el Estado no ha sido desconocida como consecuencia de su decisión. (Sentencia T 427 , 1992)

Esta sentencia es considerada como la sentencia HITO en el tema de la estabilidad reforzada constitucional de los trabajadores en situación de discapacidad, a continuación se expondrán los aspectos de mayor relevancia que tiene la sentencia y los cuales han sido el punto de partida para la Corte Constitucional en casos posteriores:

- 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 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 Corporación.(Sentencia C 531, 2000)

- Con esa estabilidad laboral reforzada se garantiza la permanencia en el empleo del discapacitado luego de haber adquirido la respectiva limitación física, sensorial o sicológica, 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 sicológica.(Sentencia C 531, 2000)

- La Corte estima que la posibilidad de despedir a un discapacitado, sin autorización de la oficina de Trabajo, debiendo el patrono asumir el pago de una indemnización por la suma de "ciento ochenta días de 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 modifiquen, adicionen, complementen o aclaren", no configura una salvaguarda de sus derechos y un desarrollo del principio de protección especial de la cual son destinatarios, por razón de su debilidad manifiesta dada su condición física, sensorial o mental especial, en la medida en que la protección de esta forma establecida es insuficiente respecto del principio de estabilidad laboral reforzada que se impone para la garantía de su derecho al trabajo e igualdad y respeto a su dignidad humana.(Sentencia C 531, 2000)

<u>Sentencia T- 1040 de 2001, Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil</u>

La presente sentencia es punto de partida para los siguientes fallos expuestos por la corte, define en materia laboral quien cuenta con la protección especial por su condición física de debilidad manifiesta, extendiendo también a las personas respecto de las cuales esté probado que su situación de salud les impida o dificulte el desempeño de sus

labores en las condiciones regulares, **sin necesidad de que exista una calificación previa que acredite su condición de discapacitados**.

De conformidad con el fallo puede sostenerse lo siguiente:

- La jurisprudencia constitucional ha extendido el beneficio de protección laboral reforzada a favor, no solo de los empleados discapacitados calificados como tales, sino a todos aquéllos que padecen de deterioros en su estado de salud que comprometen su desenvolvimiento funcional. En efecto, en virtud de la aplicación directa de la Constitución, constituye un trato discriminatorio el despido de un empleado en razón de la enfermedad por él padecida, frente a la cual procede la tutela como mecanismo de protección(Sentencia T 1040, 2001).

- El derecho a la estabilidad laboral reforzada de los trabajadores no puede ser entendido como la simple imposibilidad de retirar a un trabajador que ha sufrido una merma en su estado de salud, sino que comporta el derecho a la reubicación en un puesto de trabajo en el que el discapacitado pueda potencializar su capacidad productiva y realizarse profesionalmente, no obstante la discapacidad que le sobrevino, de forma que se concilien los intereses del empleador de maximizar la productividad de sus funcionarios y los del trabajador en el sentido de conservar un trabajo en condiciones dignas(Sentencia T 1040, 2001).

- El alcance del derecho a la reubicación laboral se somete a la evaluación y ponderación de los siguientes tres elementos: (i) el tipo de función que desempeña el trabajador, (ii) la naturaleza jurídica del empleador, y (iii) las condiciones de la empresa y/o la capacidad del empleador para efectuar los movimientos de personal. Así pues, la Corte, en la misma providencia, concluyó que "[s]i la reubicación desborda la capacidad del empleador, o si impide o dificulta excesivamente el desarrollo de su actividad o la prestación del servicio a su cargo, el derecho a ser reubicado debe ceder ante el interés legítimo del empleador. Sin embargo, éste tiene la obligación de poner tal hecho en conocimiento del trabajador, dándole además la oportunidad de proponer soluciones razonables a la situación"(Sentencia T 1040, 2001).

<u>Sentencia T 519 de 2003, Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra</u>

Esta sentencia es denominada integradora, es enfática en establecer que cuando se ha despedido de manera unilateral a una persona debido a su condición física limitada, tal trato constituye una discriminación puesto que a las personas en estado de debilidad física manifiesta no se les puede tratar de igual manera que aquellas sanas. No es suficiente el mero hecho de la presencia de una enfermedad o una discapacidad en la

persona que el empleador decida desvincular de manera unilateral sin justa causa, debe haber nexo de causalidad probado entre condición de debilidad manifiesta por el estado de salud y la desvinculación laboral. Los aspectos más relevantes que siguen siendo utilizados por la Corte Constitucional de la presente sentencia son:

- Cuando se ha despedido de manera unilateral a una persona debido a su condición física limitada, la Corte ha encontrado que tal trato constituye una discriminación puesto que a las personas en estado de debilidad física manifiesta no se les puede tratar de igual manera que aquellas sanas. No es suficiente el mero hecho de la presencia de una enfermedad o una discapacidad en la persona que el empleador decida desvincular de manera unilateral sin justa causa. Para que la protección vía tutela prospere debe estar probado que la desvinculación laboral se debió a esa particular condición. Es decir, debe haber nexo de causalidad probado entre condición de debilidad manifiesta por el estado de salud y la desvinculación laboral(Sentencia T 519, 2003).

- Independientemente la naturaleza de la enfermedad –laboral o común- la empresa ha debido brindar especial protección al accionante por su estado de debilidad manifiesta. Ni en la Constitución, ni en la jurisprudencia de esta Corporación, ni en ninguna norma de protección a los disminuidos físicos se ha fijado que la protección reforzada en el campo laboral se deba brindar únicamente cuando por causa del trabajo se empiece a padecer la dolencia(Sentencia T 519, 2003).

- Se puede afirmar que (i) en principio no existe un derecho fundamental a la estabilidad laboral; sin embargo, (ii) frente a ciertas personas se presenta una estabilidad laboral reforzada en virtud de su especial condición física o laboral. No obstante, (iii) si se ha presentado una desvinculación laboral de una persona que reúna las calidades de especial protección la tutela no prosperará por la simple presencia de esta característica, sino que (iv) será necesario probar la conexidad entre la condición de debilidad manifiesta y la desvinculación laboral, constitutiva de un acto discriminatorio y un abuso del derecho. Por último, (v) la tutela sí puede ser mecanismo para el reintegro laboral de las personas que por su estado de salud ameriten la protección laboral reforzada, no olvidando que de presentarse una justa causa podrán desvincularse, con el respeto del debido proceso correspondiente(Sentencia T 519, 2003).

<u>Sentencia T 504 de 2008, Magistrado Ponente: Roberto Escobar Gil</u>

En la presente sentencia la corte reitero la jurisprudencia sobre las relaciones jurídicas que pueden surgir en desarrollo del contrato de cooperativa de trabajo asociado, así como aquélla que se ha proferido alrededor del deber de reubicación de los trabajadores que han sufrido merma en su capacidad laboral.

Respecto a los trabajadores con disminución en su capacidad productiva, la protección laboral reforzada y el derecho de reubicación, el fallo realizó los siguientes pronunciamientos:

- La Corte Constitucional, ha señalado que las personas con limitaciones físicas, sensoriales o síquicas tienen derecho a una estabilidad laboral reforzada, que se concreta en la prerrogativa de permanecer en el empleo y de gozar de cierta seguridad de continuidad, mientras no se configure una causal objetiva que justifique su desvinculación , siendo una de sus mayores implicaciones la inversión de la carga de la prueba, de suerte que se constituye una presunción de discriminación sobre todos los actos que tengan por finalidad desmejorar las condiciones laborales de los trabajadores con alguna discapacidad, al punto que corresponde al empleador desvirtuar la presunción y demostrar que tales actuaciones atienden a una causal objetiva(Sentencia T 504, 2008).

- En desarrollo de los principios constitucionales consagrados en los artículos citados, el Congreso de la República aprobó la Ley 361 de 1997 que, en su artículo 26, establece una protección laboral reforzada positiva y negativa, a favor de las personas con limitación. En la arista positiva, la protección legal se concreta en la prohibición de que la limitación se erija en obstáculo para la concreción de una vinculación laboral, mientras que en la arista negativa, se prohíbe el despido o terminación del contrato de una persona discapacitada en razón de su limitación, salvo que medie autorización de la Oficina de Trabajo(Sentencia T 504, 2008).

- La Corte Constitucional ha establecido en reiterada jurisprudencia que la estabilidad laboral reforzada no aplica únicamente a los trabajadores que han sido calificados como discapacitados o inválidos conforme a las normas vigentes, sino que se extiende a todas aquellas personas que se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta, de manera que al juez de tutela le es dado dar aplicación directa a los principios y derechos superiores y ponderar diferentes elementos fácticos para deducir la ocurrencia de dicha circunstancia, contando con amplio margen de decisión para amparar los derechos fundamentales amenazados o vulnerados(Sentencia T 504, 2008).

<u>Sentencia T 828 de 2008, Magistrado Ponente: Jaime Córdoba Triviño</u>

La Sala reiteró la jurisprudencia de la Corte Constitucional y estableció unas sub-reglas para determinar la procedencia de la acción en relación con la estabilidad laboral de un discapacitado:

(i) La existencia de mandatos de protección especial vinculantes para todos los actores sociales y el Estado

(ii) El principio de solidaridad social, y de eficacia de los derechos fundamentales

(iii) El principio y derecho a la igualdad material, que comporta la adopción de medidas afirmativas en favor de grupos desfavorecidos, o de personas en condición de debilidad manifiesta (art. 13, incisos 2º a 4º), han llevado a la Corte a considerar que un despido que tiene como motivación -explícita o velada- la condición física del empleado, constituye una acción discriminatoria, y un abuso de la facultad legal de dar por terminado unilateralmente un contrato de trabajo(Sentencia T 828, 2008).

Sentencia T 263 de 2009, Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva

La sentencia reitera la jurisprudencia de la Corte Constitucional (Sentencia C 531 de 2000), y sostiene que en el marco de las relaciones de trabajo, la protección especial a quienes por su condición económica, física o mental, se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta o indefensión, implica la titularidad del derecho fundamental a la estabilidad laboral reforzada, esto es:

(i) El derecho a conservar el empleo,
(ii) No ser despedido en razón de su situación de vulnerabilidad
(iii) Permanecer en él hasta que se configure una causal objetiva que amerite la desvinculación laboral
(iv) El inspector de trabajo o la autoridad que haga sus veces, autorice el despido con base en la verificación previa de dicha causal, a fin de que el mismo pueda ser considerado eficaz

La sentencia establece que en virtud del derecho a la estabilidad laboral reforzada, el trabajador que se encuentre en una situación de debilidad manifiesta como resultado de la grave afectación de su salud, tiene derecho a conservar su trabajo, a no ser despedido en razón de su situación de vulnerabilidad y a permanecer en él hasta que se configure una causal objetiva que amerite su desvinculación laboral, previa verificación y autorización de la autoridad laboral correspondiente. En tal sentido, cuando la relación laboral dependa de un contrato de trabajo a término fijo o de obra o labor contratada, el trabajador tiene derecho a conservar su trabajo, aunque el término del contrato haya expirado o la labor para la cual fue contratado haya expirado, esto si subsisten las causas que dieron origen a la relación laboral y se tenga que el trabajador ha cumplido de manera adecuada sus funciones (Sentencia T 263, 2009).

Sentencia C 606 de 2012, Magistrado Ponente: Adriana María Guillén Arango

Reitera lo establecido en la Sentencia C-531 de 2000, y hace un especial énfasis en que las personas en situación de discapacidad deben ser tuteladas en primer lugar (i) mediante la prohibición de medidas negativas o restrictivas que constituyan obstáculos o barreras para hacer efectivos sus derechos; y en segundo término (ii) mediante medidas de acción positiva o acciones afirmativas de tipo legislativo, administrativo o de otra índole que sean pertinentes para hacer efectivos los derechos de dicho colectivo de personas. En este último caso dichas medidas no deben ser entendidas como una forma de discriminación, sino como una preferencia que tiene como fin promover la integración social o el desarrollo individual de las personas en situación de discapacidad para su integración efectiva en la sociedad. Aborda los medios de prueba para acreditar la situación de limitación o discapacidad, en este sentido indica que para efectos de acreditar o de probar la situación de limitación o discapacidad prevalece la realidad sobre la forma. En efecto, el principio de primacía de la realidad sobre las formas y el carácter no tarifado de los medios de prueba ha sido la constante para probar tanto la condición general de limitación, como la situación particular de discapacidad o minusvalía, en relación con el acceso y goce efectivo de los derechos a la salud y a la estabilidad laboral reforzada de la población en situación de discapacidad. (Sentencia C 606, 2012)

Sentencia C-744 de 2012, Magistrado Ponente: Nilson Pinilla Pinilla

El fallo analizó la constitucionalidad del artículo 137 del Decreto Ley 19 de 2012 que derogó el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, el cual establecía que no se requerirá del procedimiento que prevé la previa autorización del Ministerio de Trabajo cuando se configurará una justa causa en la relación laboral con un trabajador en situación de discapacidad.

La sentencia reitero la jurisprudencia al respecto y enfatizó en las siguientes temáticas:

- Las exigencias que en relación con la protección de los derechos de aquellas personas que sufren algún tipo de discapacidad, bien sea de carácter permanente o transitorio, emergen de la preceptiva internacional de protección de los derechos humanos, e igualmente del ordenamiento jurídico colombiano, que evidencia la especial preocupación por quienes se hallan en circunstancias de indefensión y ordena adoptar un conjunto de medidas para protegerlas(Sentencia C 744, 2012).

- El amparo cobija a quien sufre una disminución que dificulta o impide el desempeño normal de sus labores, por padecer (i) una deficiencia, entendida como una pérdida o anormalidad permanente o transitoria, sea psicológica, fisiológica o anatómica, de estructura o función; (ii) discapacidad, esto es, cualquier restricción o impedimento del funcionamiento de una actividad, por disminución frente al ámbito considerado “normal” para el ser humano; o (iii) minusvalidez, desventaja humana que limita o impide el desempeño de una

función, acorde con la edad u otros factores sociales o culturales. Esta corporación señaló que la protección laboral reforzada es inaplicable en los casos de invalidez, pues al haberse perdido el 50% o más de la capacidad laboral, la persona no tendría aptitud para trabajar(Sentencia C 744, 2012).

Sentencia T-018 de 2013, Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva

El fallo en el caso en concreto es enfático en establecer que carece de todo efecto despido o terminación de contrato sin la autorización previa del Ministerio de Trabajo, así mismo se refiere al origen constitucional de la estabilidad laboral, e indica que este derecho adquiere el carácter de fundamental y de reforzado en las personas discapacitadas, debido a que las afecciones físicas o sicológicas las coloca en un alto grado de vulnerabilidad, desarrollando lo siguiente:

- Constitucionalmente la estabilidad laboral reforzada hace parte del derecho al trabajo y las garantías que de éste se desprenden. Ello no quiere decir que la estabilidad laboral sea un derecho fundamental reconocido a todos los trabajadores en cuanto que no existe inamovilidad en el puesto de trabajo, por ejemplo en los eventos en que el patrono quiere desvincular al empleado sin que medie una justa causa, le bastara cancelar la indemnización por el despido correspondiente. Así mismo, ésta garantía debe armonizarse con otros principios constitucionales como el derecho a la propiedad y la libertad de empresa(Sentencia T 018, 2013).

- La estabilidad laboral reforzada ha sido definida como “la permanencia en el empleo del discapacitado luego de haber adquirido la respectiva limitación física, sensorial o sicológica, como medida de protección especial y en conformidad con su capacidad laboral”. Al mismo tiempo esta garantía implica que el empleador tiene la obligación de reubicar al trabajador discapacitado “en un puesto de trabajo que le permita maximizar su productividad y alcanzar su realización profesional. Ello significa que el núcleo esencial del referido derecho en los discapacitados no se agota en el permiso de la autoridad de trabajo correspondiente, por el contrario el empleador también está obligado a intentar la reubicación de la persona en un cargo de acuerdo a su estado de salud(Sentencia T 018, 2013).

Sentencia T-041 de 2014, Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva

En esta sentencia se analiza el derecho a la estabilidad reforzada de las personas por razones de salud, cuando no ha sido calificada su discapacidad por la autoridad competente, por cuanto establece las siguientes directrices:

- Cuando el sujeto no haya sido calificado científicamente por un médico que determine el nivel de discapacidad, el amparo será transitorio. En otros términos,

"la garantía a la estabilidad laboral reforzada no sólo se predica de las personas en invalidez, sino también de aquellos que por su estado de salud, limitación física o psíquica se encuentran discapacitados y en circunstancias de debilidad manifiesta, cuya seriedad impone al juez de tutela conceder la petición como mecanismo transitorio, así no se haya calificado su nivel de discapacidad, hasta tanto la autoridad judicial competente tome las decisiones respectivas". Por el contrario, si se tiene certeza del grado de discapacidad, el amparo será definitivo.(Sentencia T 041, 2014)

- La garantía de la estabilidad en el empleo cobija todas las modalidades de contratos, incluidos los que suscriben las empresas de servicios temporales, los cuales tienen, en principio, una vigencia condicionada al cumplimiento pactado o a la finalización de la obra. Lo anterior, por cuanto el principio de estabilidad en el empleo se predica de todos los trabajadores, sin distingo de la naturaleza del vínculo contractual, en tanto lo que se busca es asegurar al empleado la certeza mínima de que el vínculo laboral contraído no se romperá de manera abrupta y sorpresiva, de manera tal que este no quede expuesto, en forma permanente, a perder su trabajo y con él los ingresos que permiten su propio sustento y el de su familia, por la decisión arbitraria del empleador.(Sentencia T 041, 2014)

<u>Sentencia T-217 de 2014, Magistrado Ponente: María Victoria Calle Correa</u>

El fallo nuevamente reitera la jurisprudencia que ha venido desarrollando la corte, en especial la Sentencia C 531 de 2000, sosteniendo que las personas con disminuciones físicas o mentales,-incluso temporales, o que no han sido calificadas, tienen derecho a gozar de estabilidad laboral reforzada (arts. 13 y 53 de la Constitución), al respecto reafirma que:

- No sólo las personas declaradas inválidas son sujetos de especial protección constitucional. La norma superior y la jurisprudencia constitucional han establecido que los empleadores no pueden despedir a los trabajadores por razón de una disminución en las capacidades para desempeñar la labor para la que fueron contratados, y que mientras subsistan las causas de debilidad manifiesta, que los hacen merecedores de una relativa estabilidad, debe garantizarse al trabajador y su familia el goce efectivo de sus derechos fundamentales al mínimo vital y a la seguridad social. (Sentencia T 217, 2014)

- Esta protección se extiende a aquellos trabajadores que sufren una **condición de debilidad manifiesta** y que su contrato de trabajo finaliza sobre la base de que venció el término pactado. La Corte ha sostenido que la sola terminación del plazo del contrato laboral o de la obra, no es razón suficiente para desvincular al trabajador de su cargo. (Sentencia T 217, 2014)

Sentencia T-098 de 2015, Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

En este fallo reiteran que la protección especial de la estabilidad laboral reforzada le aplica a todos los tipos de contratos, incluidos aquellos que suscriben las empresas de servicios temporales, los cuales, como ya se señaló, tienen en principio una vigencia condicionada al cumplimiento del tiempo pactado o a la finalización de una labor, realiza una recopilación de las garantías que constituyen las protección reforzada constitucional:

- 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 acredita una discapacidad. (Sentencia T 098, 2015)

- La protección implica "(i) el derecho a conservar el empleo; (ii) a no ser despedido en razón de la situación de vulnerabilidad; (iii) a permanecer en el empleo hasta que se requiera y siempre y cuando que no se configura una causal objetiva que conlleve a la desvinculación del mismo y; (iv) a que la autoridad laboral competente autorice el despido, con la previa verificación de la estructuración de la causal objetiva, no relacionada con la situación de vulnerabilidad del trabajador."(Sentencia T 098, 2015)

- El efecto más relevante de la "estabilidad laboral reforzada" es la ineficacia del despido del trabajador amparado cuando la razón del mismo es la condición especial que lo caracteriza.(Sentencia T 098, 2015)

Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia

La Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral de Colombia, ha generado fallos y consolidado una línea jurisprudencial respecto a la estabilidad del trabajador en situación de discapacidad más rígida, la cual se ha centrado principalmente en enfatizar que le es aplicable este tipo de protección de los derechos fundamentales de las personas con limitaciones únicamente a los trabajadores que padezcan limitaciones en los grados de "severas y profundas" en los términos que se encuentran definidos en el artículo 7 del Decreto 2463 de 2001, mediante el cual se señalan los parámetros de severidad de las limitaciones expuestos en el artículo 5 de la Ley 361 de 1997.

A continuación, se expondrá la línea jurisprudencial que ha venido desarrollando la Corte Suprema de Justicia frente al tratamiento de la estabilidad de los trabajadores en situación de discapacidad.

Sentencia Radicado 32532 de 2008, Magistrada Ponente: Elsy Del Pilar Cuello Calderón

La Corte Suprema parte de la protección de los derechos fundamentales de las personas con limitaciones en los grados de "severas y profundas", observando que la Ley 361 de 1997 está dirigida de manera general 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, como ya se anotó, a quienes padecen una minusvalía significativa, esta postura fue reiterada en las del 25 de marzo de 2009 (Radicado 35606), 16 y 24 de marzo de 2010 (Radicados 36115 y 37235), entre otras, al fijar el alcance del artículo 26 del Ley 361 de 1997, en este orden de ideas la Corte realiza las siguientes precisiones:

- La prohibición que contiene el artículo 26 de la citada Ley 361, relativa a que ninguna persona con discapacidad podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su minusvalía, salvo que medie autorización de la Oficina de Trabajo, se refiere a las personas consideradas por esta ley como limitadas, es decir, todas aquellas que tienen un grado de invalidez superior a la limitación moderada. Situación en la que no se encuentra el demandante, pues su incapacidad permanente parcial tan sólo es del 7.41%, es decir, inferior al 15% del extremo mínimo de la limitación modera, que es el grado menor de discapacidad respecto del cual operan las garantías de asistencia y protección que regula esa ley, conforme con su artículo 1º.(Radicado 32532, 2008)

Sentencia Radicado 35606 de 2009, Magistrada Ponente: Isaura Vargas Díaz

En el presente fallo, la Corte Suprema de Justicia reitera la Sentencia del Radicado 32532 de 2008 y establece las siguientes directrices:

- 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.(Radicado 35606, 2009)

Sentencia Radicado 36115 de 2010, Magistrado Ponente: Gustavo José Gnecco Mendoza

La sentencia reitera lo establecido en el Radicado 35606 de 2009, afirmando que para que un trabador pueda acceder a la indemnización estatuida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, se requiere estar inmerso en las hipótesis planteadas en el fallo expuesto anteriormente.

Sentencia Radicado 38992 de 2010, Magistrado Ponente: Camilo Tarquino Gallego

La Corporación reiteró el 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 1°, 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, en este sentido precisó:

- La protección con la que cuentan las personas limitadas en lo concerniente a que no pueden ser despedidas o su contrato terminado por razón de su limitación, salvo que medie la autorización de la Oficina de Trabajo se encuentra regulada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, de manera que la minusvalía a que se refiere esta disposición debe ser buscada, en primer lugar, en el contexto de este articulado y, sólo en ausencia de disposición que lo determine, es dable acudir a la aplicación supletoria de otras normas, conforme lo prevé el artículo 19 del C. S. del T.(Radicado 38992 , 2010)
- La ley examinada no determina los extremos en que se encuentra la limitación moderada, debe recurrirse al Decreto 2463 de 2001 que sí lo hace, aclarando que en su artículo 1º de manera expresa indica que su aplicación comprende, entre otras, a las personas con derecho a las prestaciones y beneficios contemplados en las Leyes 21 de 1982, 100 de 1993, 361 de 1997 y 418 de 1997. Luego, el contenido de este Decreto en lo que tiene que ver con la citada Ley 361 , es norma expresa en aquellos asuntos de que se ocupa y por tal razón no es dable acudir a preceptos que regulan de manera concreta otras materias.(Radicado 38992 , 2010)

- Pues bien, el artículo 7 del Decreto 2463 de 2001 señala los parámetros de severidad de las limitaciones en los términos del artículo 5 de la Ley 361 de 1997; define que la limitación "moderada" es aquella en la que la pérdida de la capacidad laboral oscila entre el 15% y el 25%; "severa", la que es mayor al 25% pero inferior al 50% de la pérdida de la capacidad labora y "profunda" cuando el grado de minusvalía supera el 50%.(Radicado 38992 , 2010)

Sentencia Radicado 39207 de 2012, Magistrado Ponente: Jorge Mauricio Burgos Ruíz Mendoza

La sentencia reitera que no toda discapacidad goza de la protección a la estabilidad contenida en el artículo 26 de la Ley 361 pues, en concordancia con los artículos 1º y 5º de la citada ley, dedujo que gozan de dicha protección aquellos trabajadores con grado de discapacidad moderada (del 15% al 25%), severa (mayor del 25% y menor al 50%) y profunda (mayor del 50%) y adiciona lo siguiente:

- En el articulado de la Ley 361 de 1997 se toman como parámetros los diferentes grados de minusvalías a que se ha hecho alusión para establecer condiciones que garanticen su incursión en el ámbito laboral o que los haga merecedores de la protección del Estado, entre otros, en el campo de vivienda, seguridad social y educación.(Radicado 39207, 2012)

- Es claro entonces que la precipitada Ley se ocupa esencialmente del amparo de las personas con los grados de limitación a que se refieren sus artículos 1 y 5; de manera que quienes para efectos de esta ley no tienen la condición de limitados por su grado de discapacidad, esto es para aquellos que su minusvalía está comprendida en el grado menor de moderada, no gozan de la protección y asistencia prevista en su primer artículo.(Radicado 39207, 2012)

<u>Sentencia Radicado 41380 de 2013, Magistrado Ponente: Elsy del Pilar Cuello Calderón</u>

En el presente fallo se reitera la postura establecida por la Sala Laboral en Radicado 36115 de 16 de marzo de 2010, en tanto indicó que:

- En ningún caso la limitación de una persona, podrá ser motivo para obstaculizar la 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.(Radicado 41380, 2013)

- 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 de 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.(Radicado 41380, 2013)
- De tal suerte que la repulsa decidida y la sanción severa del legislador se predican del despido o del fenecimiento del contrato de trabajo cuyo solo motor haya sido la disminución física, sensorial o psíquica del trabajador.(Radicado 41380, 2013)
- El artículo 26 de la Ley 361 de 1997 constituye una valiosa herramienta que propende por garantizar la asistencia y la protección necesarias de las personas con limitaciones significativas, en la medida de reprimir severamente el fenecimiento del vínculo de trabajo que haya tenido causa en esas especiales condiciones que afectan a los trabajadores.(Radicado 41380, 2013)

Sentencia Radicado 41867 de 2013, Magistrado Ponente: Carlos Ernesto Molina Monsalve

En el presente fallo se reiteró la postura que ha utilizado la en múltiples ocasiones, en torno a que la terminación del contrato de trabajo por justa causa por parte del empleador, debe ser, además de explícita y concreta, tempestiva, toda vez que aun cuando el legislador no ha establecido límites temporales máximos para que ante tal situación éste invoque en su favor la condición resolutoria del vínculo jurídico, no puede desatenderse que entre éstas y aquella no debería mediar término o, a lo sumo, el que resulte apenas razonable. También ha dicho que de no proceder el empleador inmediatamente o dentro de un plazo prudencial a provocar el despido del trabajador, se impone entender, en sana lógica, que absolvió, perdonó, condonó o dispensó la presunta falta. (Radicado 41867, 2013)

Sentencia Radicado 53083 de 2015, Magistrado Ponente: Rigoberto Echeverri Bueno

Reitera la postura que la protección a los trabajadores en situación de discapacidad es de carácter especial dentro de la legislación del trabajo, pues procede exclusivamente para las personas que presenten limitaciones en grado severo y profundo y no para las que padezcan cualquier tipo delimitación, ni, menos aún para quienes se hallen en incapacidad temporal por afecciones de salud, de tal suerte que, tratándose de una garantía excepcional a la estabilidad, no puede el juez extenderla de manera indebida para eventos no contemplados en la mencionada norma.(Radicado 53083, 2015)

Sentencia Radicado 56315 de 2015, Magistrado Ponente: Rigoberto Echeverri Bueno

El fallo reitera el criterio jurisprudencial (radicado 36115 de 16 de marzo de 2010), frente que el artículo 26 de la Ley 361 de 1991 establece una sanción para la desvinculación de un empleado que tenga discapacidad de carácter severa comprobada, y de la que tenga pleno conocimiento el empleador.

Sentencia Radicado 46770 de 2015, Magistrada Ponente: Clara Cecilia Dueñas Quevedo

En el caso en concreto, la corte analizó que el art. 26 de la L. 361/1997, no consagraba presunción alguna acerca de que la terminación del contrato de trabajado de una persona con limitaciones «físicas, sensoriales o síquicas» se originara en razón de dicha limitación, por cuanto si al momento de la finalización de la relación laboral, la empleadora desconocía la discapacidad, NO puede predicarse que tal decisión obedeció a su limitación.(Radicado 46770 , 2015)

Confrontación entre los pronunciamientos de la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia en Colombia – Implicaciones de la confrontación.

En esta sección se realizará el paralelo entre los pronunciamientos que ha realizado la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia frente al tratamiento de la Estabilidad

Reforzada del Trabajador en Situación de Discapacidad, evidenciando que existe la confrontación de posturas, así mismo se analizará que dicha contradicción lleva a que exista la indeterminación jurídica o una solución diferente frente a la misma problemática, vulnerando así, el derecho de igualdad de personas que con idénticas problemáticas acuden a diferentes acciones jurídicas y logran el resultado contrario.

Es importante comenzar dicho análisis exponiendo cada las posibles acciones que tiene la persona para iniciar la defensa de sus derechos como trabajador en situación de discapacidad, la primera acción es la denominada acción de tutela para la cual es competente el juez constitucional, y para la segunda es la acción contenida en el proceso ordinario laboral, cuya competencia se encuentra en el juez laboral, a continuación se realizará una breve descripción de cada una de las acciones mencionadas.

La acción de Tutela está consagrada para reclamar la protección de los derechos constitucionales de los ciudadanos. Dicha acción se encuentra prevista en el artículo 86 de nuestra Carta Fundamental como mecanismo procesal especifico y directo que tiene por objeto la protección concreta e inmediata de los derechos constitucionales fundamentales en una determinada situación jurídica, cuando estos sean violados o se presente amenaza de violación sin que se pueda plantear en estos estrados discusión sobre el derecho mismo. Se trata del medio específico porque se contrae a la protección inmediata de los derechos constitucionales afectados de modo actual e inminente y no otros, y conduce previa la solicitud que contenga una o varias órdenes de efectivo e inmediato cumplimiento, igualmente, es directo porque siempre presupone una actuación preferente y sumaría a la que el afectado solo puede acudir en ausencia de cualquier otro medio de defensa.(Sentencia T - 508 , 1992).

El proceso ordinario laboral es aquella acción que busca resolver conflictos propios del orden laboral, la misma cuenta con un procedimiento y etapas establecidas en el Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social. Al respecto, es importante señalar que los procesos ordinarios son aquellos que se desarrollan por etapas o periodos sucesivos, que se van cerrando durante el ejercicio de los derechos procesales hasta su culminación en una sentencia que decide la reclamación laboral. Los conflictos jurídicos tienen en los procesos ordinarios las formas apropiadas y los trámites más amplios para su solución, siempre que no se halle señalado un procedimiento especial para el ejercicio de las acciones laborales. Los procesos ordinarios son de única instancia o primera instancia, según la cuantía y la procedibilidad para interponer recurso de apelación contra la decisión que se dicte en ellos.(Obando Garrido, 2010)

El orden jurídico de las relaciones laborales apremia de la existencia del proceso laboral, para hacer del Derecho Sustantivo del Trabajo un derecho efectivo para los propósitos que persigue, en la protección de los derechos de los trabajadores, que no pueden quedar al árbitro privado de los patronos. Los conflictos que se generan de los hechos o actos laborales, no deben resolverse según los trámites de un proceso extraño a la esencia del Derecho Laboral, como el civil o de cualquiera otra índole, sino mediante el genuino y prístino proceso del trabajo.(Obando Garrido, 2010)

Así mismo, por jurisdicción del trabajo se entiende la jurisdicción especial instituida para decidir los conflictos que se originen directa o indirectamente del contrato de trabajo, regulada por un conjunto de normas propias e integrada por instituciones de carácter estatal y extraestatal, que dentro de la jurisdicción en general ha sido establecida para conocer de aquellos conflictos de trabajo cuya solución debe obtenerse por la vía judicial.(Salazar, 1984)

El proceso judicial laboral se torna con un carácter mixto, con predominio de lo oral, bajo el trámite previsto en el Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, encabezado por la promoción o impulso escrito de la petición mediante demanda que califica el juez en sus requisitos y anexos, una contestación igualmente escrita que se presenta una vez surtidos los trámites de notificación, la cual también surte un proceso de calificación jurídica formal(Corredor Avendaño, 2013).

Al respecto, el Profesor Marcel Silva afirma que cuando se inicia un estudio integral de la regulación actual del proceso y de los procedimientos laborales, no pasa mucho tiempo en saltar a la vista la existencia de varios estatutos legislativos, reguladores del proceso laboral, que en ocasiones se armonizan, en otras se complementan y en la mayoría de las veces se enfrentan. (Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, 2013)

El Código de 1948 adoptó la oralidad, no obstante la práctica judicial redujo a un proceso por 'audiencias dictadas' en los términos del Profesor Marcel Silva, así mismo sostiene que el decreto 1762 de 1956 suprimió el Tribunal Supremo del Trabajo y creó La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, destruyendo la autonomía de la jurisdicción laboral; décadas después la ley 712 de 2001 trató de regresar a la escrituralidad, más adelante la 1149 de 2005 buscó efectivizar la oralidad, además como normas suplementarias se tienen disposiciones civiles o generales, algunas contrapuestas entre sí. (Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, 2013)

Una vez expuesto el contenido de las posibles acciones que tiene el trabajador en situación de discapacidad, se hace necesario entrar a confrontar las diferentes posturas que existe entre el juez constitucional en cabeza de la Corte Constitucional y entre el juez laboral cuyo órgano de cierre es la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, es importante señalar que los jueces de única, primera o segunda instancia conocen conflictos tanto en el ejercicio de la acción de tutela, como de las acciones laborales ordinarias y en tal sentido, resulta procedente considerar que el artículo 48 del CPTSS indica:

> *Artículo 48: El juez asumirá la dirección del proceso adoptando las medidas necesarias para garantizar el respeto de los derechos fundamentales y el equilibrio entre las partes, la agilidad y rapidez en su trámite.*

En la primera parte del presente capítulo se expuso la línea jurisprudencial tanto de la Corte Constitucional como de la Corte Suprema de Justicia, por cuanto teniendo los elementos descritos, se realizará una comparación entre sus pronunciamientos, los cuales

llevan a tener contradicciones en la aplicación del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, como se expondrá seguidamente.

PROCEDIMIENTO	
Corte Constitucional	**Corte Suprema de Justicia**
Acción de Tutela – No requiere abogado, puede presentarse a nombre propio. Tramite corto, ágil, sumario, preferente, no impone la carga de demostrar la discapacidad, solo demostrar debilidad manifiesta o que se encuentra en un tratamiento médico. Transitorio.	Ordinario Laboral de Primera Instancia – requiere abogado para presentar la demanda laboral. Es un procedimiento largo[1]que generalmente presenta una duración aproximada de 449 días cuando se termina en primera instancia o de 938 días cuando pasa a la etapa de segunda instancia, las anteriores cifras se extraen del Tablero de indicadores generales de justicia elaborado por la Corporación Excelencia en la justicia[2](Corporción Excelencia en la Justicia, 2015), la pretensión va encaminada a una obligación de hacer (reintegro), en el tópico que nos ocupa, es el proceso de primera de instancia de conformidad con el Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

ESTABILIDAD REFORZADA DEL TRABAJADOR EN SITUACIÓN DE DISCAPACIDAD	
Corte Constitucional	**Corte Suprema de Justicia**
La Corte predica que gozan de estabilidad laboral reforzada por la aplicación directa e inmediata de la Constitución aquellos trabajadores que sufren una disminución en su	La Corte Suprema parte de la protección de los derechos fundamentales únicamente de las personas con limitaciones en los

[1]Al respecto, es necesario exponer la postura del Profesor Marcel Silva Romero, referente a que la labor de los actores procesales laborales también se dificulta para lograr una justicia rápida, con credibilidad y realización de la justicia social, pues en la práctica se han creado dos cuellos de botella o que bien derrotan la agilidad de los procesos pretendida en las leyes 712 y 1149, como es el caso de las notificaciones, o impiden el acceso efectivo a la administración de justicia, como lo es el refugio en los recovecos existentes o inventados en los procedimientos de ejecución de quienes son condenados en los juicios ordinarios.(Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, 2013)

[2]Teniendo en cuenta los datos del Tablero de indicadores generales de justicia elaborado por la Corporación Excelencia en la justicia, se evidencia que en Colombia se tiene un alto número de ingresos por año de procesos en la jurisdicción laboral, para el año 2010 ingresaron 236.754, para el 2011:272.321, para el 2012: 261.443, para el 2013: 270.750 y para el primer trimestre de 2014: 121.118, frente a un índice de evacuación para esta jurisdicción del 53% en el año 2012, 55% en el año 2013 y 36% para el primer trimestre de 2014.(Corporción Excelencia en la Justicia, 2015).

Así mismo de conformidad con los datos suministrados por la Unidad de Desarrollo y Análisis Estadístico se encontró que a nivel nacional el tiempo promedio general de un proceso laboral tiene un tiempo estimado de 829 días calendario.(Consejo Superior de la Judicatura, 2008).

estado de salud, trabajadores que se encuentran situación de debilidad manifiesta. Razón por la cual, frente a ellas también procede la llamada estabilidad laboral reforzada. La Estabilidad laboral reforzada no está encaminada a la protección única a los trabajadores discapacitados calificados, aplica también a aquellas personas que se encuentren en situación de debilidad manifiesta, es una categoría **amplia** que se extiende a todas aquellas personas que, por condiciones físicas de diversa índole, o por la concurrencia de condiciones físicas, mentales y/o económicas, se encuentren en una situación de debilidad manifiesta.(Sentencia T 1040, 2001)	grados de "**severas y profundas**", observando que la Ley 361 de 1997 está dirigida de manera general 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, como ya se anotó, a quienes padecen una minusvalía significativa. (Radicados 35606, 36115 y 37235, 32532)

DISCAPACIDAD - DEBILIDAD MANIFIESTA	
Corte Constitucional	**Corte Suprema de Justicia**
La Corte Constitucional utiliza el concepto de debilidad manifiesta para ampliar la protección de estabilidad laboral reforzada, teniendo en cuenta que esta protección no solo va dirigida a las personas calificadas en su grado de pérdida de capacidad laboral, sino aquellas personas que están en circunstancias de debilidad manifiesta. Cuando se trata del amparo por debilidad manifiesta, la tutela es utilizada como mecanismo transitorio, así no se haya calificado su nivel de discapacidad, hasta tanto la autoridad judicial competente tome las decisiones respectivas.	La Sala Laboral de la Corte Suprema ha sido enfática en afirmar que la protección a la estabilidad contenida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 se predica únicamente para aquellos trabajadores con grado de discapacidad moderada (del 15% al 25%), severa (mayor del 25% y menor al 50%) y profunda (mayor del 50%).

OBJETO DE PROTECCIÓN DEL ARTÍCULO 26 DE LA LEY 361 DE 1997	
Corte Constitucional	**Corte Suprema de Justicia**
La Corte Constitucional establece que cuando se ha despedido de manera unilateral a una persona debido a	El artículo 26 de la Ley 361

su condición física limitada, este trato constituye una discriminación. El artículo 26 de la Ley 361 de 1997 establece una protección laboral reforzada positiva y negativa, a favor de las personas con limitación. En la arista positiva, la protección legal se concreta en la prohibición de que la limitación se erija en obstáculo para la concreción de una vinculación laboral, mientras que en la arista negativa, se prohíbe el despido o terminación del contrato de una persona discapacitada en razón de su limitación, salvo que medie autorización de la Oficina de Trabajo.(Sentencia T 504, 2008)	de 1997 se refiere exclusivamente a las personas consideradas como discapacitadas, es decir, todas aquellas que tienen un grado de invalidez superior a la limitación moderada, es decir, superior al 15% de la pérdida de capacidad laboral.

CARGA DE LA PRUEBA	
Corte Constitucional	**Corte Suprema de Justicia**
La carga de la prueba recae tanto en el empleador como en el trabajador. El empleador debe demostrar que el despido no obedeció a la discapacidad o una circunstancia de debilidad manifiesta por parte del trabajador. El trabajador debe demostrar su discapacidad o la condición de debilidad manifiesta (limitación o tratamiento médico), la estabilidad laboral reforzada no aplica únicamente a los trabajadores que han sido calificados como discapacitados o inválidos conforme a las normas vigentes, sino que se extiende a todas aquellas personas que se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta.	La carga de la prueba recae en cabeza del trabajador, el cual debe demostrar que el despido obedeció a su discapacidad, la cual debe estar debidamente calificada con un porcentaje mayor o igual al 15% (limitación moderado) por parte de la Junta de Calificación de Invalidez. Dicha calificación en Colombia se ha convertido en un proceso largo, teniendo en cuenta el procedimiento establecido en el Capítulo III del Decreto 2463 de 2001, el cual desde el inicio del referido capitulo (artículo 23) impone la obligación de que *La solicitud de calificación de pérdida de capacidad laboral <u>sólo podrá tramitarse cuando las entidades del sistema de seguridad social integral, el Fondo de Solidaridad y Garantía, los regímenes de excepción o el empleador, según sea el caso, hayan adelantado el tratamiento y rehabilitación integral o se compruebe la imposibilidad para su realización</u>.* Aunado a lo anterior, establece la obligatoriedad de presentar documentos técnicos que desbordan el ámbito del trabajador, como por ejemplo el certificado de cargos y labores, y análisis del puesto de trabajo.

PROCEDIMIENTO ESTABLECIDO POR EL DECRETO 2463 DE 2001		
1	Etapas previas	Responsables: administradores de fondos de pensiones y administradoras de riesgos profesionales *Art 23: Sólo podrá tramitarse cuando las entidades del sistema de seguridad social integral, el Fondo de Solidaridad y Garantía, los regímenes de excepción o el empleador, según sea el caso, hayan adelantado el tratamiento y rehabilitación integral o se compruebe la imposibilidad para su realización*
2	Presentación de la solicitud	Si la solicitud de calificación de capacidad laboral se encuentra incompleta, se cuentan con 10 días para aportar los documentos faltantes
3	Reparto	Las solicitudes deberán ser radicadas por el secretario con números consecutivos. Una vez radicada procederá dentro de los dos (2) días siguientes, a efectuar el reparto entre los miembros de la correspondiente junta.
4	Sustanciación y ponencia	El procedimiento deberá realizarse en el término máximo de seis (6) días. Cuando el ponente solicite la práctica de pruebas o la realización de valoraciones por especialistas, éste registrará la providencia que las decreta dentro del término establecido en el inciso anterior. Recibidas las pruebas o valoraciones decretadas, el ponente registrará el proyecto de dictamen dentro de los dos (2) días siguientes a su recibo y se incluirá el caso en la siguiente reunión de junta.
5	Audiencia	Una vez sustanciada la solicitud, la secretaría citará al afiliado, al pensionado o al beneficiario, e informará a todos los interesados sobre fecha y hora de la audiencia y los temas a tratar. Si la junta considera necesaria la solicitud de exámenes o valoraciones diferentes a los contenidos en la historia clínica y a los estudiados por el ponente, procederá a solicitar su práctica y continuará el trámite del caso cuando le sean aportados. Estas nuevas pruebas deberán practicarse dentro de los quince (15) días siguientes a la solicitud.
6	Notificación del dictamen	El dictamen se notificará personalmente a los interesados en la audiencia en la que se profiere, entregando copia del mismo. Cuando los interesados no asistan a la audiencia, el secretario les remitirá dentro de los dos (2) días siguientes y por correo certificado copia del dictamen, el cual será fijado simultáneamente en un lugar visible de la secretaría durante diez (10) días. En todo caso se deberán indicar los recursos a que tiene derecho
7	Recurso de reposición	Contra el dictamen emitido por la junta regional de calificación de invalidez procede el recurso de reposición, el cual podrá interponerse directamente dentro de los diez (10) días siguientes a su notificación, sin que requiera de formalidades especiales, exponiendo los motivos de inconformidad y acreditando las pruebas que se pretendan hacer valer.
8	Recurso de apelación	El dictamen emitido por la junta podrá ser apelado por cualquiera de los interesados, dentro de los diez (10) días siguientes a su notificación.

DESPIDO	
Corte Constitucional	**Corte Suprema de Justicia**
La Corte estima que la posibilidad de despedir a un discapacitado, sin autorización de la oficina de Trabajo, debiendo el patrono asumir el pago de una indemnización por la suma de “ciento ochenta días de 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 modifiquen, adicionen, complementen o aclaren”, no configura una salvaguarda de sus derechos y un desarrollo del principio de protección especial de la cual son destinatarios, por razón de su debilidad manifiesta dada su condición física, sensorial o mental especial, en la medida en que la protección de esta forma establecida es insuficiente respecto del principio de estabilidad laboral reforzada que se impone para la garantía de su derecho al trabajo e igualdad y respeto a su dignidad humana.(Sentencia C 531, 2000)	La Corte Suprema sostiene que quienes fueren despedidos o su contrato terminado por razón de su limitación, sin el cumplimiento del requisito previsto en el inciso anterior, tendrán derecho a una indemnización equivalente a ciento ochenta días de 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.(Radicado 41380, 2013)

PRESUNCIÓN	
Corte Constitucional	**Corte Suprema de Justicia**
La especial protección de ciertos grupos y personas por parte del Estado tiene como consecuencia la inversión de la carga de la prueba cuando la constitucionalidad de una medida administrativa sea cuestionada por afectar los derechos fundamentales de la persona directamente perjudicada. En dicho evento, es a la administración a quien corresponde demostrar por qué la circunstancia o condición de desventaja de la persona protegida por el Estado no ha sido desconocida como consecuencia de su decisión. (Sentencia T 427 , 1992)	El art. 26 de la L. 361/1997, no consagraba presunción alguna acerca de que la terminación del contrato de trabajado de una persona con limitaciones «físicas, sensoriales o síquicas» se originara en razón de dicha limitación, por cuanto si al momento de la finalización de la relación laboral, la empleadora desconocía la discapacidad, NO puede predicarse que tal decisión obedeció a su limitación

A continuación se analizaran las implicaciones tanto jurídicas como sociales de la confrontación entre las posiciones expuestas en el presente capitulo entre la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia.

En este sentido, desde el panorama jurídico encontramos dos tratamientos diferentes a la misma problemática, en un primer momento encontramos un trámite garantista que busca la protección de los derechos fundamentales de los trabajadores en situación de discapacidad o debilidad manifiesta mediante la acción de tutela, y de otra parte, un trámite ordinario laboral que busca reincorporar a la persona por cuanto dicha terminación del contrato de trabajo obedeció a la terminación sin justa causa sin que medie autorización de la autoridad competente cuando se trata de un trabajador que cuenta con una calificación de pérdida de la capacidad laboral superior al 15%.

Frente al proceso ordinario, la demanda es el instrumento a través del cual se pone en movimiento el aparato jurisdiccional del Estado para obtener el reconocimiento de un derecho que se estime violado o desconocido por alguna persona. También la podemos definir como el mecanismo mediante el cual se pone en ejercicio el derecho de acción o como el medio escrito que representa la voluntad de quien pone en actividad la jurisdicción, o el acto inicial que fija las bases para la controversia jurídica.(Botero Zuluaga, 2011), al respecto es importante señalar que el proceso ordinario laboral ha sido criticado siempre por tratarse de un proceso en el cual existe desigualdad en la partes, en un extremo se encuentra el trabajador desposeído de los medios de producción y el cual cuenta únicamente con su fuerza de trabajo, en el otro extremo se encuentra el empleador quien cuenta con una mayor capacidad económica, los medios de producción y el detentador del poder en la relación laboral.

Las personas como sujetos jurídicos implica automáticamente la desigualdad de los individuos concretos (el trabajador, el empresario): Para el uno el libre contrato permite una nueva forma de dominio social con el que subordina los demás a sí mismo, para el otro este mismo libre contrato significa sólo una nueva forma de servidumbre social con la que se subordina a otro.(Cerroni, 1972)

Muchas veces no somos conscientes que la relación de desigualdad natural y propia de las relaciones de trabajo no solo se refleja en los principios que las rigen y en las normas sustantivas que las regulan, sino también en las normas de índole procesal y en los principios que rigen los procesos judiciales donde se ventilan los conflictos originados de la prestación personal de servicios subordinados. Es decir, las normas procesales se encuentran sustentadas en principios que, de alguna manera, reconocen que las diferencias que se encuentran en una relación laboral se trasladan al proceso judicial laboral.(Lora Álvarez, 2015).

Lo anterior, se refleja en el conflicto en cuanto compromete valores de distinta jerarquía patrimonial para el trabajador y el empleador. El trabajador pone en juego la satisfacción de derechos de contenido alimentario, en función de las necesidades que tienda a

satisfacer, el empleador en cambio no asiste en el proceso al debate de problemas esenciales de subsistencia económica, sino una disminución de su margen de utilidad o en el peor de los casos de su capital. De eso se deriva distintos grados de urgencia para las partes. Un aspecto de la desigualdad económica consiste en el desequilibrio de información, y asesoramiento derivado de la extracción modesta del trabajador en conflicto, su carencia de medios económicos, por ende general de medios culturales, lo que lo coloca en desventaja frente al patrono para obtener la información o el asesoramiento adecuado.(Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, 2013)

El derecho es considerado como elemento o instrumento del poder, y de las diferentes estructuras de dominación que han estado presente a lo largo de la existencia de la sociedad capitalista, siendo el Estado necesario para ejercer y detentar el poder estatal, como productor y reproductor de las subjetividades.

Por lo anterior, es evidente que nos encontramos frente a dos procedimientos jurídicos encaminados a la protección de los derechos de los trabajadores, no se busca cuestionar el carácter restrictivo de la protección de la estabilidad por parte de la Corte Suprema de Justicia o del carácter amplio y desbordado de la Corte Constitucional referente a la condición de la debilidad manifiesta con la simple demostración del desarrollo de el tratamiento médico, por el contrario, el presente trabajo va encaminado a la demostración de cómo en el mismo ordenamiento jurídico existen posturas contradictorias que pueden estar desconociendo el derecho de igualdad, puesto que con la misma situación se está teniendo un trato diferente referente a la protección o no del derecho a la estabilidad reforzada que gozan los trabajadores en situación de discapacidad.

CAPITULO III: Tratamiento de la Estabilidad Reforzada del Trabajador en Situación de Discapacidad en Colombia

En el presente capítulo, se expondrán casos similares de trabajadores en situación de discapacidad que han tenido un trato diferente por parte de la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, lo anterior con el fin de aterrizar las implicaciones de las contradicciones de las Altas Cortes planteadas en el capítulo anterior y evidenciar la vulneración del derecho de igualdad de estos trabajadores.

Así mismo, se expondrán posibles respuestas a la problemática evidenciada por las posturas contradictorias de las Altas Cortes, por un lado se enunciará la necesidad de transformación del concepto de discapacidad que se tiene en Colombia, mostrando el panorama que desborda la óptica jurídica y por otro lado se analizarán posibles salidas jurídicas para resolver este enfrentamiento de posturas y la búsqueda de la unificación en el tratamiento de los trabajadores en situación de discapacidad.

Vulneración al Derecho de Igualdad

La Corte Constitucional ha abordado el tema del Derecho de Igualdad como un principio y un derecho. Como principio, implica un deber de obligatorio cumplimiento para todas las autoridades y, en especial, para el legislador cuando configura el derecho y fija las directrices necesarias para estructurar las políticas públicas porque es una regla de justicia elemental y se proyecta para definir la forma de Estado. Como derecho, la igualdad es un derecho subjetivo que se concreta en deberes de abstención como la prohibición de la discriminación y en obligaciones de acción como la consagración de tratos favorables para grupos que se encuentran en situaciones de debilidad manifiesta. La correcta aplicación del derecho a la igualdad no sólo supone la igualdad de trato respecto de los privilegios, oportunidades y cargas entre los iguales, sino también el tratamiento desigual entre supuestos disímiles. (Sentencia C 862, 2008)

Es claro que la Constitución no prohíbe el trato desigual sino el trato discriminatorio porque de hecho el trato distinto puede ser obligatorio para ciertos supuestos, siendo el trato discriminatorio aquel que establece diferencias sin justificación constitucionalmente válida. El principio a la igualdad y el derecho subjetivo a la no discriminación, entendidos éstos conceptos desde una perspectiva material que implica el trato igual o diferente pero no discriminatorio.(Sentencia C 862, 2008)

En los casos que se expondrán a continuación problemáticos en el área de los riesgos profesionales, en los cuales se evidenciará la vulneración del derecho de igualdad de los trabajadores en situación de discapacidad, observando un trato discriminatorio que

establece diferencias sin justificación constitucionalmente válida, casos similares que han sido llevados a la jurisdicción por diferentes vías (acción de tutela o proceso ordinario) y que han tenido un tratamiento diferenciado y desigual dentro de un mismo ordenamiento jurídico.

CASO N° 1	
Sentencia T-018 de 2013 proferida por la Corte Constitucional(Sentencia T 018, 2013)	
HECHOS	El trabajador ingresó a laborar por medio de contrato de trabajo a término indefinido en el cargo de soldador, sufrió un accidente laboral en el que perdió cuatro dedos de su mano izquierda. Un año después, la empresa término el contrato de trabajo aduciendo la configuración de justas causas establecidas en los numerales 9, 10 y 11 del artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo, puesto que el actor desarrolló en forma inadecuada las labores que le fueron asignadas. La configuración de la justa causa se sustentó en 6 memorandos que la compañía impuso al actor.
PRETENSIONES	El trabajador promovió acción de tutela por considerar que vulneró sus derechos fundamentales de petición, a la protección laboral y al mínimo vital, al dar por terminado su contrato de trabajo aduciendo la ocurrencia de una justa causa que en realidad nunca existió. Por consiguiente, solicitó la garantía de sus derechos laborales.
PROBLEMA JURÍDICO	¿La empresa vulneró el derecho fundamental a la estabilidad laboral reforzada del trabajador, quien perdió cuatro dedos de su mano izquierda en un accidente laboral, al terminar su contrato de laboral sin el permiso de la autoridad de trabajo correspondiente aduciendo la configuración de justas causas establecidas en los numerales 9, 10 y 11 del artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo toda vez que el actor desarrolló de forma inadecuada las funciones asignadas?
RATIO DECIDENDI	Carece de todo efecto el despido o terminación de contrato sin la autorización previa del Ministerio de Trabajo. La estabilidad laboral reforzada ha sido definida como la permanencia en el empleo del discapacitado luego de haber adquirido la respectiva limitación física, sensorial o sicológica, como medida de protección especial y en conformidad con su capacidad laboral.
ARGUMENTOS DE LA CORTE	La Sala reitera que el artículo 26 de la ley 361 de 1997, establece que el despido de una persona en razón de una “limitación”, sin autorización previa de la autoridad del trabajo, es absolutamente ineficaz. Es decir, carece de efectos, razón por la cual, en caso de producirse, el juez debe ordenar el reintegro laboral del afectado y el pago de 180 días de salario como sanción por el desconocimiento de la especial protección que cobija a las personas con discapacidad. De hecho, según la sentencia C-824 de 2011, esa protección se extiende a todos aquellos que se encuentren en condición de debilidad manifiesta, con independencia si la limitación es leve o severa.
DECISIÓN	La Corte Constitucional ordena el reintegro del trabajador

CASO N° 2	
Sentencia Radicado 35606 de 2009 proferida por la Corte Suprema de Justicia(Radicado 35606, 2009)	
HECHOS	Docente a quien le terminaron el contrato de trabajo cuando se encontraba limitada físicamente, para el momento del despido, el empleador no tenía conocimiento de la discapacidad. No existió autorización del Ministerio del Trabajo
PRETENSIONES	La demandante pretende que se declare que al momento de la terminación de la relación laboral se encontraba en estado de limitación y que en consecuencia se condene a reconocerle y pagarle la indemnización establecida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997; la totalidad de las cesantías; la sanción moratoria; y lo que resulte probado extra y ultra petita.
PROBLEMA JURÍDICO	¿Se debe condenar a la comunidad religiosa a a reconocerle y pagarle la indemnización establecida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 a la trabajadora por encontrarse limitada físicamente al momento del despido?
RATIO DECIDENDI	La Ley se ocupa esencialmente del amparo de las personas con los grados de limitación a que se refieren sus artículos 1 y 5; de manera que quienes para efectos de esta ley no tienen la condición de limitados por su grado de discapacidad, esto es para aquellos que su minusvalía está comprendida en el grado menor de moderada, no gozan de la protección y asistencia prevista. Además de la limitación, debe demostrarse la comunicación al empleador y que el despido obedezca al estado de discapacidad o *"por razón de su limitación física"*, afirmando que no fue el caso, toda vez que el contrato terminó por vencimiento del plazo.
ARGUMENTOS DE LA CORTE	Descendiendo al estudio del elenco probatorio encuentra la Corte Suprema de Justicia que el Tribunal no incurrió en los desaguisados que la censura le enrostra toda vez que, en verdad, no desconoció la existencia de las diferentes incapacidades médicas, sino que estimó que el dictamen de la Junta de Calificación Invalidez, por medio del cual se estructuró la pérdida de la capacidad laboral en un 55.60%, a partir del 8 de agosto de 2004, le fue notificado a la actora el 28 de junio de 2005, es decir, con posterioridad a la terminación del contrato de trabajo, que lo fue por vencimiento del plazo inicialmente pactado; luego, para ese momento, el empleador no tenía conocimiento de la discapacidad de la actora. 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.
DECISIÓN	La Corte Suprema No caso la sentencia recurrida y como consecuencia no ordenó el reintegro del trabajador.

CASO N° 3	
Sentencia T-504 de 2008 proferida por la Corte Constitucional(Sentencia T 504, 2008)	
HECHOS	El trabajador celebró convenio de trabajo asociado con la Cooperativa de Trabajo Asociado, a través de ella, prestó sus servicios como cortero de caña a una empresa, posteriormente el actor presentó dolores en el dorso lumbar lo que le impidió continuar trabajando con buen rendimiento y le generó reiteradas incapacidades por período superior a los 350 días, ordenadas por la EPS Coomeva. Estando incapacitado, la Cooperativa suspendió el pago de los aportes al sistema de seguridad social en salud y, por su parte, la empresa se negó a reintegrarlo y reubicarlo.
PRETENSIONES	El accionante solicita al juez de tutela que ordene a dicha empresa su reintegro y reubicación en actividades que no impliquen la movilización de cargas que afecten su estado de salud y que vincule a la EPS Coomeva y la ARP del Seguro Social para efectos de definir lo concerniente a su incapacidad y a la calificación del estado de invalidez.
PROBLEMA JURÍDICO	¿Le vulneraron al accionante los derechos al trabajo, la seguridad social y la igualdad, como consecuencia de la negativa a reintegrarlo y reubicarlo tras el vencimiento del período de incapacidad en que se encontraba?
RATIO DECIDENDI	La estabilidad laboral reforzada no aplica únicamente a los trabajadores que han sido calificados como discapacitados o inválidos conforme a las normas vigentes, sino que se extiende a todas aquellas personas que se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta.
ARGUMENTOS DE LA CORTE	Se violaron los derechos invocados por el accionante como quiera que (i) lo desvincularon laboralmente mientras se encontraba incapacitado desconociendo su derecho a la estabilidad laboral reforzada, (ii) hicieron caso omiso de las recomendaciones de reubicación elevadas por los médicos de salud ocupacional que atendieron al actor, (iii) superado el término de 180 días de incapacidad del accionante no adelantaron gestiones para procurar su rehabilitación y reintegración laboral, así como tampoco procuraron definir su estado de invalidez, de suerte que violaron el principio de solidaridad que les asiste frente a sujetos de especial protección, (iv) suspendieron el pago de las cotizaciones al sistema de seguridad social integral sin reparar en el estado de salud del actor y sin indagar sobre su posibilidad de ser reintegrado laboralmente.
DECISIÓN	La Corte Constitucional ordena el reintegro del trabajador

CASO N° 4	
Sentencia Radicado 32532 de 2008 proferida por la Corte Suprema de Justicia(Radicado 32532, 2008)	
HECHOS	Un trabajador que desempeñaba el cargo de auxiliar de trenes, sufrió un accidente de trabajo en el tren en el que siempre prestaba sus servicios, debido a un mal manejo del maquinista; la empresa dio por terminado el contrato de trabajo sin justa causa y sin autorización del Ministerio de la Protección Social, contaba con una calificación de pérdida de capacidad laboral del 7.41%.
PRETENSIONES	Que se declare que la terminación de su contrato de trabajo no contó con la autorización del Ministerio de la Protección Social, y en consecuencia se condene a pagarle una indemnización equivalente a seis meses de su último salario como auxiliar de trenes y la indemnización por despido sin justa causa.
PROBLEMA JURÍDICO	¿Debe la empresa reconocer la indemnización contemplada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 a un trabajador que fue despedido y contaba con una pérdida de capacidad laboral del 7.41%?
RATIO DECIDENDI	La prohibición que contiene el artículo 26 de la citada Ley 361, relativa a que ninguna persona con discapacidad podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su minusvalía, salvo que medie autorización de la Oficina de Trabajo, se refiere a las personas consideradas por esta ley como limitadas, es decir, todas aquellas que tienen un grado de invalidez superior a la limitación moderada (15%), Situación en la que no se encuentra el demandante, pues su incapacidad permanente parcial tan sólo es del 7.41%, es decir, inferior al 15% del extremo mínimo de la limitación modera.
ARGUMENTOS DE LA CORTE	La Ley 361 de 1997 está dirigida de manera general 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 padecen una minusvalía significativa.
DECISIÓN	La Corte Suprema No caso la sentencia recurrida

CASO N° 5	
Sentencia T- 225 de 2012 proferida por la Corte Constitucional	
HECHOS	El trabajador suscribió un contrato para realizar la labor de Ingeniero Director, sufrió un accidente de tránsito el 7 de marzo de 2011, cuando se desplazaba en su motocicleta al chocar con unas vallas que se encontraban en la vía. Dicho accidente le causo fractura del radio distal, fractura de platillos tibiales, fractura de clavícula izquierda, trauma en hemicuerpo izquierdo, excoriaciones. Cuando aún se encontraba en estado de incapacidad médica la empresa decidió prescindir de sus servicios, con el argumento que la labor para la cual había sido contratado ya había terminado.

PRETENSIONES	El accionante solicitó que tutelaran sus derechos fundamentales de la Estabilidad Laboral Reforzada por causa de la debilidad manifiesta, a la Seguridad Social y en consecuencia se ordene el reintegro inmediata en un puesto o cargo que pueda desempeñar hasta tanto se recupere totalmente de su incapacidad, se le cancele los salarios y prestaciones dejados de percibir en todo el tiempo que fue desvinculado de sus labores y se le cancele la indemnización de que trata la Ley 361 de 1997 artículo 26, reglamentada parcialmente por el decreto Nacional 1538 de 2005, adicionada por la Ley 1287 de 2009.
PROBLEMA JURÍDICO	¿Se vulneraron los derechos fundamentales a la salud, al mínimo vital y a la estabilidad laboral reforzada del trabajador?
RATIO DECIDENDI	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.
ARGUMENTOS DE LA CORTE	La estabilidad no supone que el trabajador sea inamovible, pues una vez se presenten causales objetivas (situaciones de indisciplina, ineficiencia y bajo rendimiento) que autorizan a la terminación unilateral del contrato de trabajo, deben ser observadas las reglas propias del debido proceso que son exigibles a los particulares, garantizándose concretamente el derecho a la defensa, que exige del empleador informar los motivos que originaron el despido y reconoce al trabajador la posibilidad de controvertir las razones aludidas. Pero en todo caso como se explicó en el aparte anterior si el trabajador se encuentra en una situación de protección especial debe mediar autorización de la autoridad del trabajo so pena de la ineficacia de tal despido.
DECISIÓN	La Corte Constitucional ampara los derechos a la estabilidad laboral, seguridad social y ordena el reintegro del trabajador, así como salarios y prestaciones dejados de percibir

En los cinco (5) ejemplos expuestos anteriormente se reafirma la desigualdad que existe en Colombia en el tratamiento de los trabajadores en situación de discapacidad dependiendo de la acción judicial que se pretenda, la Corte Constitucional no impone la carga de superar el 15% de pérdida de capacidad laboral para entrar a la clasificación de una discapacidad moderada, únicamente exige que se demuestre la situación de debilidad manifiesta en la que se encuentra el trabajador, por el contrario la Corte Suprema de Justicia además del porcentaje mínimo exigido también impone la obligación de demostrar que el despido obedeció a su estado de salud y que el empleador tenía el pleno conocimiento de dicha condición.

Frente a lo anterior, es necesaria la protección del derecho a la igualdad de los trabajadores en situación de discapacidad, teniendo en cuenta que este grupo poblacional siempre ha sido discriminado, el derecho de igualdad es uno de los pilares sobre los

cuales se funda el Estado colombiano, por esta razón esta población debe tener una especial protección desde la óptica del Estado Social de Derecho que se consagra en la Constitución Política de 1991.

La Constitución reconoce la igualdad, como principio, valor y derecho fundamental, que va más allá de la clásica formula de igualdad ante la ley, para erigirse en el postulado que apunta a la realización de condiciones de igualdad material. Bajo esta perspectiva, el propósito central de la cláusula de igualdad, es la protección de grupos tradicionalmente discriminados o marginados; protección que en el Estado social de derecho, se expresa en la doble dimensión: por un lado, como mandato de abstención o interdicción de tratos discriminatorios (mandato de abstención) y, por el otro, como un mandato de intervención, a través del cual el Estado está obligado a realizar acciones tendentes a superar las condiciones de desigualdad material que enfrentan dichos grupos (mandato de intervención).(Sentencia T 221, 2009)

Teniendo en cuenta la vulneración al derecho de igualdad que se ha venido demostrando a lo largo del presente trabajo, es necesario exponer posibles soluciones a la problemática evidenciada por las posturas contradictorias de las Altas Cortes. A continuación se desarrollará la necesidad de transformación del concepto de discapacidad que se tiene en Colombia desde un panorama político, social y cultural, también se plantearán posibles salidas jurídicas que se tienen para resolver este enfrentamiento de posturas.

Transformación del concepto y tratamiento del trabajador en situación de discapacidad.

Para llevar a cabo la verdadera transformación del concepto de trabajador en situación de discapacidad, es muy importante retomar el concepto del valor social del trabajo, y la importancia que tiene en la identificación y en la construcción de relaciones sociales, el trabajo construye realidades e identidades. A lo largo de la historia el trabajo ha existido como medio de subsistencia, pero no solamente le es atribuible esta función, sino que también construye lazos, y define la identidad individual y colectiva, el trabajo es más que una fuente de ingresos, es la fuente principal de las relaciones sociales, el trabajo es el lugar principal donde se muestran las capacidades, donde se interactúa y se construye realidades.

Asistimos a la transformación social más rápida y profunda de la historia, sin confrontaciones violentas, pues el trabajador contemporáneo casi en nada se parece con aquel que dio nacimiento al derecho del trabajo (Rodriguez Ortega, 1997).

Si se analiza la posibilidad que tiene el derecho laboral de tener la vocación de ser el derecho común de todas las relaciones de trabajo, en términos de Supiot podríamos pensar que este derecho social si tiene esta vocación, pues a partir de él se han desencadenado derechos esenciales como los de la seguridad social, el derecho sindical, el derecho de la formación profesional o el derecho de la negociación colectiva, y estos derechos a su vez ya han extendido su alcance y poder sobre la mayoría de trabajadores independientes, que si bien es cierto no están cobijados bajo la lógica del contrato de trabajo tradicional y antiguo, si están siendo cobijados por estas ramas propias y derivadas de ese derecho laboral; se puede hablar de una extensión del derecho laboral que al contrario de su matriz están completamente fortalecidos, las relaciones de dominación económica que hicieron nacer y consolidar al Derecho del trabajo se extienden más allá de los límites del trabajo asalariado o dependiente.

El trabajo ya no se toma desde un ámbito económico únicamente, pues se debe considerar al ser humano desde sus diferentes dimensiones y no solamente como un instrumento de producción. Por este motivo se encuentra una relación estrecha entre el derecho al trabajo con otros derechos consagrados en la Constitución como los derechos a la dignidad, a la igualdad, al libre desarrollo de la personalidad y al mínimo vital (Manrique Villanueva, 2011).

Los trabajadores en Colombia se ven enfrentados a un gran problema de estabilidad laboral debido a las dificultades del modelo económico para garantizar fuentes de empleo a quienes hacen parte de la población económicamente productiva; pero mucho más difícil es la situación de los trabajadores que presentan alguna limitación en sus condiciones físicas o psíquicas para laborar (Montañez Perez, 2008).

Es importante el cambio en el concepto que se tiene del trabajador en situación de discapacidad, retomando el concepto de trabajo como determinador de la sociedad, y del trabajador discapacitado como parte fundamental de la sociedad del trabajo, al cual no debe excluirse y temerle por todas las implicaciones que este genera en el mercado laboral, sino que por el contario es necesario entenderlo desde el panorama funcional, dentro de la lógica sistémica, claramente enfatizando en la especial protección que debe brindárseles.

La discapacidad en los lugares de trabajo se ha considerado tradicionalmente de manera negativa o problemática, utilizándose enfoques basados en conceptos como estereotipo, prejuicio, hándicap, estigma, incapacidad o discriminación. Como resultado de ello las políticas y prácticas organizacionales y las disposiciones legales y normativas se han orientado hacia la compensación, la protección, la adaptación o los riesgos específicos asociados con este colectivo de la fuerza de trabajo. Sin embargo, en los últimos años y vinculado al movimiento más amplio dirigido a valorar la diversidad en las organizaciones, han surgido modelos y teorías que tratan la discapacidad de modo más positivo. Así, desde una perspectiva integradora o sistémica se analiza la variabilidad –evitando valoraciones positivas o negativas– en cómo las personas con diferentes discapacidades

interactúan y afrontan las demandas y situaciones de trabajo en función de los recursos, el apoyo y las respuestas que brindan tanto la organización como los compañeros y el grupo de trabajo (Alcover de la Hera & Pérez Torres, 2011)

En relación con este último aspecto, en el estudio de la Fundación Once (Landy FJ, Conte JM. Work in the 21st Century, An Introduction to Industrial and Organizational Psychology. Boston, MA: McGraw-Hill; 2004), más de un 70% de los empresarios encuestados manifestaron una opinión positiva sobre el rendimiento de las personas con discapacidad. Por ejemplo, consideraron que se integraban adecuadamente a la plantilla y que su rendimiento era similar al del resto de trabajadores. Además, aquellas empresas que han tenido o tienen actualmente personas con discapacidad en su plantilla presentan una visión más favorable acerca de su desempeño en comparación con el resto de empresas encuestadas. Este resultado incide en la importancia de las experiencias reales con personas con discapacidad en el entorno laboral y su influencia en la integración de este colectivo posteriormente. (213) (Alcover de la Hera & Pérez Torres, 2011)

La transformación también debe realizarse desde la academia, es preocupante que el común de las opiniones sobre la universidad colombiana se orienten a señalar los avances que esta ha tenido en cuestiones de desarrollo técnico y tecnológico; sin embargo, en lo referente a la interacción con la sociedad, se queda corta, incluso en su dinámica interior se ha llegado a decir que la organización universitaria, el enfoque universitario, los estatutos universitarios, la posición de la universidad se han resistido a los cambios sociales. En este sentido, (Ortiz, 2009) señala:

> *Al ocuparnos de la enseñanza especializada del derecho, necesariamente debemos ubicarnos en un contexto marcado por elementos característicos como: estado moderno, cosmogonía occidental, modelo capitalista, división de clases sociales determinadas por categorías de poder, condiciones de dominación, transformación del mundo del trabajo e integralidad del derecho. Bajo estos aspectos es difícil tratar de traspasar los límites que dimensionan el debate epistemológico porque, hoy por hoy, estos criterios se imponen a las discusiones sobre la enseñanza del derecho, llegando a determinar incluso principios pedagógicos basados no en paradigmas interpretativos sino en intereses eminentemente utilitaristas, es decir, la profesionalización se basa más en la oferta y demanda que en criterios pedagógicos, epistemológicos y humanistas.*

Las Universidades y especialmente las facultades de Derecho tienen el papel fundamental al momento de la enseñanza del Derecho y de la Seguridad y Salud en el trabajo, disciplinas como el derecho, la administración de empresas, ingeniería industrial, psicología organizacional deben replantear la enseñanza que se está dando al respecto, y la sociedad misma debe repensar en un nuevo concepto y tratamiento del trabajador en situación de discapacidad.

El gran avance de nuestra centuria es colocar en el centro de las sociedades y de las instituciones a los seres humanos, de carne y hueso, con sus virtudes, cualidades y defectos, no como abstracciones del derecho tales como individuos o 'personas' (titular de derechos y obligaciones), con una gama de derechos básicos necesarios para el desarrollo de su humanidad, definidos en tratados internacionales, leyes, principios y costumbres. El derecho a la existencia en condiciones dignas de todos los hombres y las mujeres del mundo es la regla reina de nuestra supervivencia.(Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, 2013)

Una realidad que se vive en Colombia diariamente, es que un porcentaje muy pequeño accede a la administración de justicia, por cuanto el porcentaje restante que es el mayoritario se seguiría rigiendo por la lógica de las normas sociales y estrategias empresariales, únicamente hasta que en la cultura logre introducir el elemento de protección real en el acceso, permanencia y ascenso en el trabajo puede hablarse de la eficacia real de la protección reforzada constitucional del trabajador en situación de discapacidad en Colombia.

No todo el mundo es favorable a medidas obligatorias. Se prefiere que las empresas u organismos sean convencidos por las ventajas que conlleva hacer accesibles sus instalaciones y servicios a un número creciente de clientes. La experiencia demuestra que las empresas que han sido «obligadas» por ley a hacer accesibles sus servicios, han logrado ventajas competitivas por ello, pero también está más que claro que si no hubiera existido el incentivo legal no hubiera sucedido. Una legislación de no discriminación tiene un impacto importante en la manera que una sociedad incluye a las personas con discapacidad. (Cabra de Luna, 2004)

Estas personas siempre quedarían fuera de la cobertura de una legislación de no discriminación que solo «protege» a aquellas personas con discapacidad que, con o sin una adaptación de su puesto de trabajo, pueden rendir a un nivel «normal» y que además han de ejercer su derecho demandando ante los Tribunales a la empresa discriminadora. Medidas de acción positiva tienen que complementar una legislación básica de no discriminación. Subvenciones a empresas, entidades especializadas, sistemas de cuotas, beneficios fiscales, son algunos ejemplos de medidas que han dado resultados. (Cabra de Luna, 2004)

Frente a todo lo expuesto, deben tomarse las acciones necesarias tendientes a la reivindicación, protección real y efectiva del trabajador en situación de discapacidad, si bien es cierto nos encontramos en un contexto nada idóneo para realizar estas transformaciones sociales referentes al concepto y tratamiento de este tipo de población, si es evidente que frente a toda acción se genera una reacción inmediata, la resistencia que puede ser generada desde todos los sectores de la sociedad, como por ejemplo, que el Estado sea consciente de la realidad que está construyendo y legitimando a través de sus actuación y/o omisiones, y a su vez tome las acciones correctivas correspondientes,

las universidades tienen el papel fundamental al momento de la enseñanza de las diferentes disciplinas.

El Estado debe tener mayor protagonismo, debe realizar auditorías exhaustivas a las empresas respecto a las diferentes estrategias empresariales que obstaculizan el ingreso, permanencia, estabilidad y crecimiento dentro de las empresas a los trabajadores en situación de discapacidad.

El Ministerio del Trabajo, debe asumir una posición activa frente a estas auditorías, actualmente los seguimientos a las normas de seguridad y salud en el trabajo, son meramente formales, indicando el cumplimiento o no de los diferentes indicadores, identificar las estrategias empresariales que menoscaban los derechos de los trabajadores en situación de discapacidad no es fácil, por cuanto la auditoria debe ir encaminada a vigilar la práctica de los exámenes de ingreso, analizar la desvinculación de este tipo de trabajadores por mutuo acuerdo, y el mantenimiento que tiene este tipo de población dentro de la empresa.

El enfoque para lograr la igualdad en el lugar de trabajo consiste en complementar las medidas tradicionales de lucha contra la discriminación, como la adopción de leyes coherentes y exhaustivas, la instauración de mecanismos eficaces de ejecución y la creación de organismos especializados en esta esfera, con instrumentos programáticos, como políticas dinámicas de mercado de trabajo. Es, en efecto, posible contrarrestar la discriminación y mejorar el funcionamiento de los mercados de trabajo mediante políticas exhaustivas que mejoren los servicios públicos y privados de colocación en el empleo y que aumenten las probabilidades de empleo de las personas vulnerables a la discriminación. También se requieren nuevas políticas para reducir las diferencias de género en el empleo y la remuneración.(Organización Internacional del Trabajo, 2007)

Es necesario mirar el contexto internacional, donde se han adoptado medidas de acción positiva o afirmativa que se insertan en las políticas de recursos humanos pueden ayudar a los empleadores a crear unos lugares de trabajo más incluyentes. En el Informe global se facilita información sobre los programas emprendidos en el Canadá, Estados Unidos, India, Malasia, Namibia, Reino Unido y Sudáfrica, donde se han promulgado leyes para eliminar o compensar la discriminación en el empleo mediante la introducción de objetivos numéricos o cupos que deben cumplirse en plazos determinados. Los resultados evidencian que, cuando el grado de compromiso de los empleadores es alto y los mecanismos de ejecución de las leyes eficaces, la acción positiva mejora la representación de los colectivos víctimas de discriminación, aunque ese impacto varía en función del colectivo y del tenor de la legislación de que se trate.(Organización Internacional del Trabajo, 2007)

Como iniciativa desde el Estado se debe plantear la herramienta de encuentros entre jurisdicciones dirigidas a estudiar el punto de la protección de los trabajadores con discapacidad, es decir, conversatorios, publicaciones conjuntas o actividades académicas

conjuntas, en la cual asistan todos los actores que conforman la red de protección de este tipo de trabajadores, en la cual siempre deben estar presentes los representantes de los trabajadores y de los Ministerios de Salud y del Trabajo.

A instancias del Ministerio del Trabajo deben adelantarse reuniones técnicas entre diferentes autoridades o instituciones, por un lado que definan política pública respecto a discapacidad, respecto a trabajo, respecto a salud, con la participación (voluntaria) de las Altas Cortes, para abordar puntos como el de la definición de discapacidad, definición de incapacidad y el objeto de protección del artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

Es necesario que se vuelva a relacionar al trabajo como eje fundamental de identidad, es a partir del rol que desempeña el trabajador en situación de discapacidad en la sociedad que se le atribuye una identificación y reconocimiento, es a partir de la actividad en la que se desempeña que logra interactuar con las demás personas y las demás esferas, a lo largo de la historia de la sociedad se ha visto como es a partir del trabajo que se desarrollan cambios sociales, económicos, y culturales, el trabajo como motor de la sociedad misma.

No existe relación laboral porque haya empleadores y trabajadores, existe relación laboral porque en la base de tal interacción hay seres autónomos y racionales. Este punto de partida conduce el discurso por terrenos evidentemente kantianos en la medida en que se produzca el reconocimiento elemental de nuestra condición de seres con fines propios que no tienen precio y en cambio, si poseen capacidad de querer en su máxima se convierta en ley general (Figueroa Bolaño, 2011).

La sociedad en conjunto debe repensar y reformular el concepto de la discapacidad, toda vez que actualmente tiene una connotación de desvalido, lo cual en el entendimiento social es una persona no funcional.

Hay consenso sobre el hecho de que la discriminación en el trabajo constituye una violación de un derecho humano que entraña un derroche de talento y efectos perjudiciales en la productividad y el crecimiento económico. Además, en los planos social y económico genera desigualdades que debilitan la cohesión y la solidaridad social, amén de dificultar la reducción de la pobreza. Se coincide asimismo en que la eliminación de la discriminación, tanto en la legislación como en la práctica, presupone ineludiblemente promover la igualdad de oportunidades y de trato.(Organización Internacional del Trabajo, 2007)

La empresa juega un lugar fundamental en la transformación del concepto de trabajador en situación de discapacidad, puesto que es el centro de generación del conflicto y de elaboración de las normas sociales en las cuales está inmersa esta problemática, razón por la cual es necesario entrar analizar el desarrollo que ha venido teniendo la psicología organizacional la cual se consolidó en el siglo XX, puesto que ha sido la determinante no solo para el crecimiento económico, empresarial y gerencial, sino que a través de sus

herramientas se ha catalogado y clasificado al trabajador discapacitado, así como ha determinado un lugar específico de esta población dentro de la organización

La Psicología Organizacional y del Trabajo está definida conceptualmente como una ciencia de la conducta y otras variables humanas que emplea teorías de procesos psicológicos como la cognición, motivación y aprendizaje entre otras, para describir, explicar, predecir y controlar la conducta humana en el trabajo y las organizaciones (Schaper, 2004 citado por Martínez & Castañeda, 2006).

Esta disciplina aborda el escenario laboral desde el panorama psicológico, se centra en la forma más idónea de reclutar y seleccionar el personal, así mismo busca garantizar que el clima laboral se encuentre en condiciones óptimas que permita un mayor rendimiento productivo dentro de la organización.

Teniendo en cuenta que grandes teóricos de la psicología organizacional desde el Siglo XX, han planteado y definido las formas de selección de personal y el acceso a la empresa, es necesario que dicha disciplina vaya orientada a su vez a construir la transformación misma del concepto de trabajador en situación de discapacidad, puesto que esta disciplina cuenta con la herramienta de construir y transformar que se entiende por trabajador en una organización especifica.

El término “laboral” se construye desde la perspectiva psicosocial, al tener en cuenta elementos de ese orden, claves para el adecuado funcionamiento de la organización y que influyen directamente en la consecución de objetivos y el cumplimiento de metas pactadas en los planes de acción anual.(Programa Empresarial de Promoción Laboral para Personas con Discapacidad, 2013)

En los últimos años, desde la psicología organizacional se ha logrado pequeños intentos de inclusión en el mercado laboral un ejemplo de esto se evidencia en Ecuador, puesto que se ha construido un Manual de Buenas Practicas Para la Inclusión Laboral de Personas con Discapacidad como una política pública fuerte desde el Ministerio de Relaciones Laborales, se propone una inclusión laboral de personas con discapacidad, permitiendo el acceso al empleo en las mismas condiciones de tareas, sueldos y horarios que cualquier otro trabajador sin discapacidad.(Ministerio de Relaciones Laborales - Ecuador, 2013)

En Colombia, también se ha logrado que varias empresas incluyan dentro de su política de Responsabilidad Social Empresarial el apoyo a personas con discapacidad, bien sea a través de programas de estímulo al emprendimiento, la adquisición de productos o servicios ofrecidos por organizaciones productivas conformadas por comunidades vulnerables, o la vinculación laboral de personas en estas condiciones. Una de las empresas colombianas que fomenta la inclusión laboral de personas con algún grado de discapacidad es el Grupo Endesa Colombia –con su filial Codensa–, dedicado al negocio de la generación, comercialización y distribución de energía.(Periódico SENA, 2014)

Así mismo, en Colombia desde la perspectiva empresarial y no como política pública de Estado se ha tratado de desarrollar un Pacto de Productividad, entendido como un programa empresarial de promoción laboral para personas con discapacidad, Programa piloto en las ciudades de Bogotá, Medellín, Cali y Pereira, respaldado por el liderazgo regional de las Cajas de Compensación Familiar CAFAM, COMFENALCO Antioquia, COMFANDI y COMFAMILIAR Risaralda, como socios regionales, este pacto busca mejorar las oportunidades de empleo a través de la implementación de un modelo de inclusión laboral que permita articular y fortalecer en alianza con el sector empresarial, los servicios de formación e inclusión para el trabajo.(Programa Empresarial de Promoción Laboral para Personas con Discapacidad, 2013)

En las últimas décadas el concepto de trabajo decente ha sido el objetivo principal de la Organización Internacional del Trabajo, por lo tanto la perspectiva de la organización empresarial debe ir encaminada a su consecución, siendo esta una herramienta necesaria para conseguirlo, si bien es cierto cada empresa es una lógica diferente en lo económico, en lo social, en lo productivo e incluso en lo cultural, desde lo organizacional deben diseñar políticas globales de inclusión y no discriminación, la cual debe incorporarse e manera gradual, es evidente que la cultura empresarial se construye durante años, por cuanto los cambios también van a ser graduales, pero que a largo plazo permiten la transformación del concepto mismo de trabajador discapacitado.

En este sentido, no solamente es tarea del Estado y de las organizaciones empresariales, se debe tener un empoderamiento de las organizaciones de trabajadores en situación de discapacidad, es necesario que actúen de manera más sistemática, planificada e informada, lo que conlleve a las reivindicaciones de sus derechos sociales laborales, que permitan realizar un adecuado control político, jurídico, social y cultural frente a las diferentes estrategias empresariales que coartan sus derechos fundamentales.

Las organizaciones de trabajadores y de empleadores han elaborado iniciativas para eliminar la discriminación en el lugar de trabajo y a inscribir la igualdad como cuestión fundamental objeto de la negociación colectiva.(Organización Internacional del Trabajo, 2007)

Las organizaciones de empleadores y las redes empresariales pueden jugar un rol muy importante al brindar asesoría técnica y servicios que ayuden a los empleadores en la contratación, gestión y mantenimiento en el empleo de trabajadores con discapacidad. Con su trabajo y compromiso, que diferirán según el entorno en el que estén insertas, pueden transformar y mejorar sus prácticas en materia de discapacidad demostrando liderazgo y brindando orientación.(Organización Internacional del Trabajo OIT, 2011)

El empoderamiento de las organizaciones de trabajadores es fundamental para el reconocimiento de sus derechos, históricamente se ha demostrado que después de una lucha social de trabajadores llega la reivindicación y reconocimiento de garantías y

derechos, así mismo pasa con la protección de los derechos de los trabajadores en situación de discapacidad, es a partir de su movilización y lucha que esta problemática se puede visibilizar, y es a partir de estas acciones sociales concretas que el gobierno e incluso las altas cortes se ven obligadas a tomar posturas garantistas y adoptar directrices que ya fueron establecidas y están siendo pilares en organizaciones internacionales como la OIT.

El modelo de atención a la discapacidad se ha apartado progresivamente de un enfoque médico en favor de un modelo que pivota sobre los derechos humanos; un modelo centrado en la idea de la autonomía personal y que condiciona el desarrollo de las políticas sociales y de la investigación social, poniendo de relieve la creciente conciencia en nuestra sociedad sobre la situación de vulnerabilidad de las personas con discapacidad.(Marbán Gallego, 2012)

Los actores que convergen en la red de protección del trabajador en situación de discapacidad (trabajadores, empresas, Estado, academia, organizaciones, sector salud) deben tener un papel protagónico e iniciar un cambio paulatino en el cual se transforme el concepto de discapacidad y se articule al modelo económico y social en el cual nos encontramos inmersos, es necesario elaborar políticas públicas de inclusión en donde la corresponsabilidad sea obligatoria para todos los actores, los postulados de dicha red deben ir encaminados a la protección real y efectiva de los derechos de las personas con discapacidad.

Retos frente al Panorama Jurídico

Respecto a las posturas contradictorias que existen entre la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional en torno al tratamiento del trabajador en situación de discapacidad en Colombia, se expondrán proposiciones jurídicas que si fuesen previstas por el legislador, podrían generar un escenario normativo que permita reducir en lo posible, las diferencias interpretativas.

La primera opción dentro del ordenamiento jurídico colombiano es la actuación por parte de la rama legislativa, puesto que se requiere una actuación protagónica desde el legislativo para modificar el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, de tal manera que la norma quede completamente clara y no esté sujeta a diversas interpretaciones como sucede en la actualidad por parte de las altas cortes.

La Constitución Política de Colombia de 1991, estableció la organización del Estado Colombiano, por cuanto determinó que serían 3 las ramas del poder público, la legislativa, la ejecutiva y la judicial. La rama legislativa debe cumplir diferentes funciones (constituyente, legislativa, función de control político, función de protocolo, función electoral y función judicial).

Para tal efecto, el Congreso tiene la facultad de elaborar las leyes. Para el trámite de éstas, se requieren cuatro debates (el primero en la comisión de origen, el segundo en la respectiva plenaria y el tercero y cuarto en la comisión y en la plenaria de la otra cámara). En cada sesión habrá de verificarse el quórum; es decir, el número de miembros de la respectiva corporación, necesario para deliberar y para decidir, de acuerdo con el tipo de ley.(Congreso Visible, 2010).

En el presente caso, el poder legislativo ha hecho caso omiso a estas contradicciones de las posturas en el tratamiento del trabajador en situación de discapacidad, lo cual ha llevado que se generen tratos discriminatorios a este tipo de población como se ha demostrado, es evidente que no es un tema prioritario en la agenda nacional, y las normas que han sido expedidas en torno a la problemática responden a momentos sociales determinados y presiones coyunturales o internacionales.

En la agenda de los partidos políticos tampoco es un tema que se encuentre presente frecuentemente, puesto que la población a la cual se busca proteger no es un número considerable de posibles votantes o de determinadores de condiciones económicas y políticas, esta exclusión del panorama legislativo es un retrato de la sociedad en la cual vivimos, donde la discapacidad es un tema de segundo orden que no busca ser integrado dentro de la comunidad, de la economía y mucho menos dentro del sector productivo.

No obstante, frente al panorama de olvido expuesto en las anteriores líneas, la opción propuesta para poner fin a la controversia de interpretación del artículo 26 de la Ley 361 de 1997 es realizar la adición y/o modificación a la norma por parte del poder legislativo, una adición dentro de su contenido que reduzca las posibilidades diversas de interpretación, un articulado dirigido a la protección real y efectiva de los trabajadores discapacitados.

El texto de adición al artículo 26 de la Ley 361 de 1997 que se propone es el siguiente:

> ***ARTÍCULO 26. NO DISCRIMINACIÓN A PERSONA EN SITUACIÓN DE DISCAPACIDAD.*** *En ningún caso la discapacidad* ***sin importar el grado de severidad de la limitación*** *de una persona, podrá ser motivo para obstaculizar una vinculación laboral, a menos que dicha discapacidad sea claramente demostrada como incompatible e insuperable en el cargo que se va a desempeñar. Así mismo, ninguna persona en situación de discapacidad* ***sin importar el grado de severidad de la limitación*** *podrá ser despedida o su contrato terminado, salvo que medie autorización de la oficina de Trabajo.* ***Se presume que el despido sin autorización fue en razón a su discapacidad.***

Con la adición propuesta en la norma, se soluciona la postura de la Corte Suprema de Justicia frente a la protección únicamente encaminada al grado de limitación severa o moderada unificando la postura de la Corte Constitucional, en el sentido que toda situación de discapacidad, sin importar el grado de severidad entra dentro del panorama de la protección reforzada constitucional del trabajador en situación de discapacidad.

Así mismo, la presunción que se establece respecto a que el despido obedeció a su condición de salud, también logra recoger la postura establecida por la Corte

Constitucional, en razón a que la carga de la prueba debe ser del empleador, el cual debe demostrar que dicho despido fue ajeno a sus condiciones de salud, y no trasladar dicha carga de la prueba al trabajador quien es la parte débil de la relación laboral como ha sucedido en varios de los pronunciamientos realizados por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Una segunda salida jurídica posible al conflicto de posiciones entre las altas cortes, es la transformación de la norma mediante la acción de constitucionalidad por omisión legislativa.

La inconstitucionalidad por omisión, desde un punto de vista doctrinal, se puede definir como la falta de desarrollo por parte del Poder Legislativo, durante un tiempo excesivamente largo, de aquellas normas constitucionales de obligatorio y concreto desarrollo, de forma tal que se impide su eficaz aplicación (Fernández Rodríguez, 1998).

En la arquitectura de un Estado Democrático de Derecho es el Poder Legislativo el encargado de emanar las normas que desenvuelvan los preceptos constitucionales que requieran tal proceder. Por ello, parece lo más adecuado que la omisión inconstitucional se predique sólo del legislador. El período excesivamente prolongado a la hora de actuar introduce la necesidad de un proceder casuístico que analice individualmente las circunstancias de cada supuesto. La ineficacia de la norma constitucional sería la negativa consecuencia de una situación de este tipo. (Fernández Rodríguez, 2012)

Es preciso indicar que el artículo 4 de la Constitución Política de Colombia establece:

> *ARTICULO 4.* ***La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales****. Es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades.*

Así mismo, La Corte Constitucional ha establecido que la demanda de inconstitucionalidad por omisión legislativa relativa, procede en los siguientes casos(Sentencia C 173, 2010):

(i) Que exista una norma sobre la cual se predique necesariamente el cargo;
(ii) Que la misma excluya de sus consecuencias jurídicas aquellos casos que, por ser asimilables, tenían que estar contenidos en el texto normativo cuestionado, o que el precepto omita incluir un ingrediente o condición que, de acuerdo con la Constitución, resulta esencial para armonizar el texto legal con los mandatos de la Carta;
(iii) Que la exclusión de los casos o ingredientes carezca de un principio de razón suficiente;
(iv) Que la falta de justificación y objetividad genere para los casos excluidos de la regulación legal una desigualdad negativa frente a los que se encuentran amparados por las consecuencias de la norma; y

(v) Que la omisión sea el resultado del incumplimiento de un deber específico impuesto por el constituyente al legislado.

Respecto a la procedencia de la acción en el caso en concreto, es necesario volver al tema de la vulneración al Derecho de Igualdad que genera la contradicción entre las posturas de las altas cortes.

Al respecto, se precisa que el legislador puede violar los deberes que le impone la Constitución de las siguientes maneras: cuando no produce ningún precepto encaminado a ejecutar el deber concreto que le ha impuesto la Constitución; cuando en cumplimiento del deber impuesto por la Constitución, favorece a ciertos grupos, perjudicando a otros; cuando en desarrollo de ese mismo deber, el legislador en forma expresa o tácita, excluye a un grupo de ciudadanos de los beneficios que otorga al resto; cuando el legislador al regular o construir una institución omite una condición o un ingrediente que, de acuerdo con la Constitución, sería exigencia esencial para armonizar con ella. En el primer caso, se presenta una omisión legislativa absoluta por cuanto falta la disposición de desarrollo legislativo de un determinado precepto constitucional; mientras que en los restantes, existe una omisión legislativa relativa porque si bien el legislador ha expedido la ley en ella solamente ha regulado algunas relaciones dejando por fuera otros supuestos análogos, con clara violación del principio de igualdad.(Sentencia C 543, 1996)

La omisión legislativa relativa tiene lugar cuando el legislador al regular o construir una institución omite una condición o un ingrediente que, de acuerdo con la Constitución, sería exigencia esencial para armonizar con ella, y puede ocurrir de varias maneras (Sentencia C 351, 2013):

(i) Cuando expide una ley que si bien desarrolla un deber impuesto por la Constitución, favorece a ciertos sectores y perjudica a otros;
(ii) Cuando adopta un precepto que corresponde a una obligación constitucional, pero excluye expresa o tácitamente a un grupo de ciudadanos de los beneficios que otorga a los demás; y
(iii) Cuando al regular una institución omite una condición o un elemento esencial exigido por la Constitución.

Analizando las condiciones propuestas por la Sentencia C 351 de 2013 proferida por la Corte Constitucional, a la luz de la confrontación de las posiciones de las altas cortes respecto al artículo 26 de la Ley 361 de 1997, es importante resaltar que se cumplen los supuestos exigidos por dicha sentencia para que proceda la acción de constitucionalidad por la omisión del legislador, por cuanto el legislador al regular dicha disposición omitió la condición de proteger a todos los discapacitados sin importar su grado de limitación, la expedición de esta ley desarrolló un deber impuesto desde la constitución, y excluyó directamente a los trabajadores en situación de discapacidad que no se encuentran en los grados de limitación severa y moderada (interpretación impuesta por la Corte Suprema de Justicia).

Conclusiones

Teniendo en cuenta los argumentos expuestos a lo largo del presente trabajo de investigación, me permito señalar las conclusiones que se derivan de dicha tarea, cuyo punto de partida fue verificar si en Colombia existen posturas contradictorias entre la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia frente al tratamiento de la Estabilidad Reforzada del Trabajador en Situación de Discapacidad y en demostrar que dicha contradicción lleva a que exista una indeterminación en el ordenamiento jurídico colombiano, lo cual genera que pueden existir soluciones diferentes frente a la misma problemática, vulnerando así, el derecho de igualdad de personas que con idénticas afectaciones deciden acudir a la justicia para la protección de los derechos mediante diferentes acciones (acción de tutela o proceso ordinario laboral) que a su vez generan resultados contrarios.

Para lo anterior, se realizó en el primer capítulo la descripción de la evolución del concepto de trabajador en situación de discapacidad, evidenciando que históricamente ha sido una población vista como personas incapaces ajenas a participar en el sistema de producción y en el mercado laboral; a su vez se expuso cómo desde el nacimiento de la OIT y la importancia que ha tenido este tema en las agendas internacionales, se ha consolidado una obligación por parte de los Estados miembros de adoptar políticas y principios como prioritarios en su agenda nacional, y es por esto que países como Colombia no han sido ajenos a esta tendencia.

Desde la Constitución Política de 1991, se han creado instrumentos normativos y fallos jurisprudenciales constitucionales que han permitido consolidar la protección reforzada constitucional de los trabajadores en situación de discapacidad, la cual se encuentra consagrada en los diferentes instrumentos internacionales que hacen parte del llamado bloque de constitucionalidad y que se vislumbra en los contenidos normativos de los artículos 13, 47, 53, 54 y 68 de nuestra Constitución Política de 1991 y en el Código Sustantivo del Trabajo, donde el Derecho al trabajo se establece como un pilar fundamental de la sociedad, el cual va ligado con el concepto de dignidad humana y del derecho fundamental a la igualdad material.

En nuestro país se visibiliza la protección reforzada de la estabilidad en el puesto de trabajo del trabajador con situación de discapacidad en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, la cual estableció el procedimiento de permiso ante el Ministerio del Trabajo para poder despedir o desvincular al trabajador en situación de discapacidad cuando medie la justa causa en los términos del Código Sustantivo del Trabajo, por lo cual el Ministerio ha desarrollado el procedimiento y la documentación necesaria para acceder a este permiso, el cual se evidencia en el Concepto 363455 del 3 de Diciembre de 2010, en cual explica el procedimiento de la autorización del Inspector del trabajo para proceder al despido, el despido no puede responder a la discriminación por su limitación, ni debe ir encaminado a la reducción de los derechos laborales.

Frente al artículo 26 de la Ley 361 de 1997 en el ordenamiento jurídico colombiano existen dos interpretaciones diferentes y contradictorias en el tratamiento de la estabilidad reforzada del trabajador en situación de discapacidad entre la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia.

Las posturas contradictorias entre la Corte Constitucional, garante de la Constitución Política de 1991, y la Corte Suprema de Justicia órgano máximo y de cierre de la Jurisdicción Ordinaria Laboral, consisten principalmente en que la primera tiene el concepto de discapacidad amplio por cuanto la protección y estabilidad frente a este tipo de trabajadores es más amplia, garantista y se centra en la demostración de una debilidad manifiesta, por el contrario la segunda tiene el concepto más restringido reflejando en sus fallos una estabilidad condicionada y limitada a la demostración de un porcentaje exigido de la pérdida de capacidad laboral (limitación severa y profunda).

La Corte Constitucional parte de la estabilidad laboral reforzada por la aplicación directa e inmediata de la Constitución a aquellos trabajadores que sufren disminución en su estado de salud durante el transcurso del contrato laboral, puesto que son personas que se encuentran en situación de debilidad manifiesta.

El artículo 13 de la Constitución Política, establece que 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 este sentido la Corte Constitucional mediante la Sentencia de Tutela 1040 del 27 de septiembre de 2001 determinó que en el ámbito laboral, la categoría de debilidad manifiesta del trabajador se extiende a todas aquellas personas que tengan afectaciones físicas de diversa índole, o por la concurrencia de condiciones físicas, mentales y/o económicas.

La Corte Constitucional ha establecido en reiterada jurisprudencia que la estabilidad laboral reforzada no aplica únicamente a los trabajadores que han sido calificados como discapacitados o inválidos conforme a las normas vigentes, sino que se extiende a todas aquellas personas que se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta o indefensión, de manera que al juez de tutela le es dado dar aplicación directa a los principios y derechos superiores y ponderar diferentes elementos fácticos para deducir la ocurrencia de dicha circunstancia, contando con amplio margen de decisión para amparar los derechos fundamentales amenazados o vulnerados(Sentencia T 504, 2008).

El derecho a la estabilidad laboral reforzada está encaminado a la protección del trabajador que se encuentre en una situación de debilidad manifiesta como resultado de la grave afectación de su salud la cual les impide o dificulta sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares, sin necesidad de que exista una calificación previa que acredita una discapacidad.

Es preciso indicar que no toda incapacidad conlleva a una situación de debilidad manifiesta, por cuanto esta última va encaminada a la protección de las personas que se encuentren con una limitación física, sensorial o mental especial que les dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares. La Corte Constitucional ha tratado de definir este concepto, no obstante ha dejado un concepto difuso que en ocasiones puede ir de la mano con el concepto de discapacidad severa o profunda de la Corte Suprema de Justicia o en otros casos se centra en la demostración de la limitación ya sea duradera o permanente de su estado de salud, mediante la Sentencia T 519 de 2003 se expone que debe existir un nexo de causalidad probado entre condición de debilidad manifiesta por el estado de salud y la desvinculación laboral.

Si bien es cierto la jurisprudencia y la Ley en ocasiones confunden los tres conceptos: incapacidad, discapacidad y debilidad manifiesta, es claro que el objeto de protección de la Ley 361 de 1997 va encaminado al trabajador en condición de discapacidad en los términos establecidos por la Corte Suprema de Justicia, no obstante la Corte Constitucional ha permitido que dicha protección se extienda a las personas que se encuentran en condiciones de debilidad manifiesta, es decir aquellas personas que cuenten con una limitación física, sensorial o mental especial duradera o permanente, que conlleve a una alteración grave del desarrollo de sus labores en el centro de trabajo, por cuanto el concepto de debilidad manifiesta desborda el concepto de incapacidad, siendo necesario en todas las ocasiones entrar a determinar la gravedad de la incapacidad para que pueda entrar dentro del objeto de protección.

El concepto de debilidad manifiesta desborda también el concepto de discapacidad, puesto que en Colombia es necesario encontrarse calificado para entrar a esta categoría, la discapacidad entendida como una condición resultante de la interacción entre las deficiencias que presenta la persona y las barreras físicas y sociales que se encuentran en su entorno, estas pueden generar limitaciones en la actividad y restricciones en la participación. Estas limitaciones y restricciones, impactan de forma muy severa sus condiciones socioeconómicas, sus posibilidades de desarrollar el proyecto de vida que consideran valioso y su posibilidad de contribuir al desarrollo de sus familias y comunidades. (Angarita Moren, Cortes Reyes, & Cárdenas Jiménez, 2013)

Por su parte la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, parte de la protección de los derechos fundamentales únicamente de las personas con limitaciones en los grados de “severas y profundas”, observando que la Ley 361 de 1997 está dirigida de manera general 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 la aplicación, como ya se anotó, a quienes padecen la minusvalía significativa. (Radicados 35606, 36115 y 37235, 32532), ha sido enfática en afirmar que la protección a la estabilidad contenida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 se predica únicamente para aquellos trabajadores con grado de discapacidad moderada (del 15% al 25%), severa (mayor del 25% y menor al 50%) y profunda (mayor del 50%).

Desde el panorama jurídico encontramos dos tratamientos diferentes a la misma problemática, en un primer momento encontramos un trámite garantista que busca la protección de los derechos fundamentales de los trabajadores en situación de discapacidad o debilidad manifiesta mediante la acción de tutela, y de otra parte, el trámite ordinario laboral que busca el reintegro de la persona por cuanto dicha terminación del contrato de trabajo obedeció a la terminación sin justa causa y sin que medie autorización de la autoridad competente cuando se trata del trabajador que cuenta con la calificación de pérdida de la capacidad laboral superior al 15%.

En el segundo y tercer capítulo del presente trabajo se evidenció la materialización de las posturas contradictorias entre las altas cortes, demostrando como en casos similares que se han presentado con trabajadores en situación de discapacidad, han tenido tratamiento desigual dependiendo de la jurisdicción a la cual se acuda (por medio de la acción de tutela o proceso ordinario), evidenciado tratos diferentes en el mismo ordenamiento jurídico.

Se identifica que en el ordenamiento jurídico colombiano existe desigualdad en el tratamiento de los trabajadores en situación de discapacidad dependiendo de la acción judicial que se pretenda, la Corte Constitucional no impone la carga de superar el 15% de pérdida de capacidad laboral para entrar a la clasificación de una discapacidad moderada, únicamente exige que se demuestre la situación de debilidad manifiesta en la que se encuentra el trabajador, por el contrario la Corte Suprema de Justicia además del porcentaje mínimo exigido también impone la obligación de demostrar que el despido obedeció a su estado de salud y que el empleador tenía el pleno conocimiento de dicha condición.

Por lo anterior, el trabajo de investigación en el capítulo final expone algunas opciones frente a la problemática evidenciada por las posturas contradictorias de las Altas Cortes. Por un lado propone la necesidad de la transformación del concepto de discapacidad desbordando el panorama jurídico y por otro lado posibles salidas jurídicas frente a las diversas posturas.

En primer término, respecto a la transformación del concepto de trabajador en situación de discapacidad, es muy importante retomar el concepto del valor social del trabajo, y la importancia que tiene en la identificación y en la construcción de relaciones sociales, el trabajo construye realidades e identidades, es fundamental retomar el concepto de trabajo como determinador de la sociedad, y del trabajador discapacitado como parte fundamental de la sociedad del trabajo, al cual no debe excluirse y temerle por todas las implicaciones que este genera en el mercado laboral, sino que por el contario es necesario entenderlo desde el panorama funcional, dentro de la lógica sistémica, claramente enfatizando en la especial protección que debe brindárseles.

El Estado debe tener mayor protagonismo, debe realizar auditorías exhaustivas a las empresas respecto a las diferentes estrategias empresariales que obstaculizan el ingreso, permanencia, estabilidad y crecimiento dentro de las empresas a los trabajadores en

situación de discapacidad. El Ministerio del Trabajo, debe asumir la posición activa frente a estas auditorías, actualmente los seguimientos a las normas de seguridad y salud en el trabajo, son meramente formales, indicando el cumplimiento o no de los diferentes indicadores, identificar las estrategias empresariales que menoscaban los derechos de los trabajadores en situación de discapacidad no es fácil, por cuanto la auditoria debe ir encaminada a como se está realizando los exámenes de ingreso, analizar la desvinculación de este tipo de trabajadores por mutuo acuerdo, y el mantenimiento que tiene este tipo de población dentro de la empresa.

Las Universidades y especialmente las facultades de Derecho tienen el papel fundamental al momento de la enseñanza del Derecho y de la Seguridad y Salud en el trabajo, disciplinas como el derecho, la administración de empresas, ingeniería industrial, psicología organizacional deben replantear la enseñanza que se está dando al respecto, y la sociedad misma debe repensar nuevos conceptos y tratamientos del trabajador en situación de discapacidad.

La empresa se encuentra en el lugar fundamental para la transformación del concepto de trabajador en situación de discapacidad, puesto que es el centro de generación del conflicto y de elaboración de las normas sociales en las cuales está inmersa esta problemática, razón por la cual es necesario entrar analizar el desarrollo que ha venido teniendo la psicología organizacional la cual se consolidó en el siglo XX, puesto que ha sido la determinante no solo para crecimiento económico, empresarial y gerencial, sino que a través de sus herramientas se ha catalogado y clasificado al trabajador discapacitado, así como ha determinado un lugar específico de esta población dentro de la organización

Se debe tener un empoderamiento de las organizaciones de trabajadores en situación de discapacidad, es necesario que actúen de manera más sistemática, planificada e informada, lo que permitan las reivindicaciones de sus derechos sociales laborales, que permitan realizar un adecuado control político, jurídico, social y cultural frente a las diferentes estrategias empresariales que coartan sus derechos fundamentales.

La transformación del concepto de trabajador en situación de discapacidad implica la actuación de todos los que integran y participan en esta red de protección trabajadores, empresas, Estado, academia, organizaciones, sector salud), estos actores deben tener el papel protagónico e iniciar un cambio paulatino en el cual se transforme el concepto de discapacidad y se articule al modelo económico y social en el cual nos encontramos inmersos, es necesario elaborar políticas públicas de inclusión en donde la corresponsabilidad sea obligatoria para todos los actores, los postulados de dicha red deben ir encaminados a la protección real y efectiva de los derechos de las personas con discapacidad.

Siguiendo esta línea de proposiciones frente las implicaciones de las contradicciones entre las altas cortes, una opción frente a la controversia de interpretación del artículo 26

de la Ley 361 de 1997 desde el panorama jurídico, es realizar la adición y/o modificación a la norma por parte del poder legislativo, una adición dentro de su contenido que reduzca la diversidad de interpretación en lo posible, un articulado dirigido a la protección real y efectiva de los trabajadores discapacitados.

La modificación de la norma terminaría con la postura de la Corte Suprema de Justicia frente a la protección únicamente encaminada al grado de limitación severa o moderada, unificando la postura de la Corte Constitucional, en el sentido que es necesario la protección a la discapacidad sin importar el grado de severidad, lo que entra dentro del panorama de la protección reforzada constitucional del trabajador en situación de discapacidad, también se integraría una presunción referente a que el despido obedece a su condición de salud, imponiendo la carga de la prueba al empleador, el cual debe demostrar que dicho despido fue ajeno a sus condiciones de salud, y no trasladar dicha carga de la prueba al trabajador quien es la parte débil de la relación laboral, como ha sucedido en varios de los pronunciamiento realizados por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Una segunda salida jurídica posible al conflicto de posiciones entre las altas cortes es el control de la norma mediante la acción de constitucionalidad por omisión legislativa.

En este escenario es importante resaltar que podrían cumplirse los supuestos exigidos por la sentencia C-351 de 2013 para que proceda la acción de constitucionalidad por la omisión del legislador, por cuanto el legislador al regular dicha disposición omitió la condición de proteger a todos los discapacitados sin importar su grado de limitación, la expedición de esta ley desarrolló un deber impuesto desde la Constitución, y llevó a la exclusión de los trabajadores en situación de discapacidad que no se encuentran en los grados de limitación severa y moderada (interpretación impuesta por la Corte Suprema de Justicia).

Se aclara que estas proposiciones pueden ser objeto de estudio posterior y que en este trabajo se plantean como opciones de acción frente a la situación demostrada, sin que haya sido objeto de este documento su detallado análisis jurídico constitucional, lo que sería tema suficiente para un estudio adicional.

Bibliografía

Alcover de la Hera, C. M., & Pérez Torres, V. (2011). Trabajadores con discapacidad: problemas, retos y principios de actuación en salud ocupacional. *Medicina y Seguridad del Trabajo*, 206-223.

Alexy, R. (1998). *Derecho y Razón Práctica.* Ciudad de México: Distribuciones Fontana .

Angarita Moren, M., Cortes Reyes, E., & Cardenas Jimenez, A. (2013). Valoración ocupacional de las personas con discapacidad, desde la perspectiva de las capacidades humanas. *Salud Pública Vol 15.*, 764-777.

Botero Zuluaga, G. (2011). *Guía Teórica y Práctica de Derecho Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.* Bogotá: Ibañez.

Cabra de Luna, M. A. (2004). Discapacidad y aspectos sociales: la igualdad de oportunidades, la no discriminacipn y la accesibilidad universal como ejes de una nueva política a favor de las personas con discapacidad y sus familias. *Revista del Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales*, 25.

Casado Perez, D. (1991). *Panoramica de la Discapacidad.* Barcelona: INTRESS.

Ceron, P. A. (14 de abril de 2013). *Icesi.* Recuperado el 15 de febrero de 2016, de Icesi: https://www.icesi.edu.co/grupo_acciones_publicas_icesi/images/pdfs/articulo_discapacitados.pdf

Ceron, P. A. (14 de abril de 2013). *Icesi.* Recuperado el 15 de febrero de 2016, de Icesi: https://www.icesi.edu.co/grupo_acciones_publicas_icesi/images/pdfs/articulo_discapacitados.pdf

Cerroni, U. (1972). *La Libertad de los modernos.* Madrid: Martinez Roca.

Congreso Visible. (1 de Enero de 2010). *Congreso Visible.* Obtenido de Congreso Visible: http://www.congresovisible.org/democracia/congreso/funciones/

CONPES SOCIAL N° 166. (2013). *CONPES SOCIAL N° 166.* Bogotá: Departamento Nacional de Planeación.

Consejo Superior de la Judicatura. (2008). *Medición del Tiempo Procesal en la Gestión Judicial Moderna.* Bogotá: Rama Judicial del Poder Público.

Corporción Excelencia en la Justicia. (1 de Enero de 2015). *www.cej.org.co.* Obtenido de www.cej.org.co: https://docs.google.com/spreadsheets/d/1fOTae9wdvvfaexh7f1yUtBXuukmSbn_1iN16nUHtwnw/pubhtml

Correa Montoya, L. (2009). Panorama de la Protección Jurisprudencial a los Derechos Humanos de las Personas con Discapacidad en Colombia. *Vniversitas*, 116-139.

Corredor Avendaño, L. (16 de Abril de 2013). *http://www.bdigital.unal.edu.co/.* Obtenido de http://www.bdigital.unal.edu.co/: http://www.bdigital.unal.edu.co/11369/1/6700966.2013.pdf

Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. (2013). *Modulo Sobre Integración del Codigo General del Proceso al Proceso del Trabajo y la Seguridad Social.* Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura.

Fernández Rodríguez, J. J. (25 de Noviembre de 2012). *Diccionario Iberoamericano de Derechos Humanos y Fundamentales.* Obtenido de Diccionario Iberoamericano de Derechos Humanos y Fundamentales: http://diccionario.pradpi.org/inicio/index.php/terminos_pub/view/103

Figueroa Bolaño, A. E. (2011). *Flexibilización para Relaciones Globalizadas.* Barranquilla: Universidad Libre de Colombia.

Franco Agudelo, R. (1981). *La Salud Pública y el Trabajo.* Medellín: Facultad Nacional de Salud Pública.

Guzman Suarez, O. B. (15 de enero de 2013). Certificación de discapacidad como herramienta para la accesibilidad a derechos e inclusión social. *Revista de Salud Pública*, 149-157. Recuperado el 16 de febrero de 2016, de Scielo: http://www.scielo.org.co/pdf/rsap/v15n1/v15n1a14.pdf

Lora Álvarez, G. (1 de Enero de 2015). *revistas.pucp.edu.pe.* Obtenido de revistas.pucp.edu.pe: http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/viewFile/12123/12688

Manrique Villanueva, J. E. (2011). *Protección del Derecho al Trabajo: Jurisprudenia Constitucional.* Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Marbán Gallego, V. (1 de Diciembre de 2012). *www.cermi.es.* Recuperado el 24 de Abril de 2016, de www.cermi.es: http://www.cermi.es/es-ES/Biblioteca/Lists/Publicaciones/Attachments/297/01-EL%20SECTOR%20DE%20LA%20DISCAPACIDAD%20N%C2%BA%2059.pdf

Ministerio de Relaciones Laborales - Ecuador. (1 de Enero de 2013). *jardinuniversitario.* Obtenido de jardinuniversitario: http://www.jardinuniversitario.utm.edu.ec/departamento/media/areatecnica/buenas_practicas_inclusion_laboral.pdf

Ministerio de Salud. (1 de Diciembre de 2013). *www.minsalud.gov.co*. Obtenido de www.minsalud.gov.co: www.minsalud.gov.co

Mintra, S. (2005). *Disability and Social Safety Nets in Developing Countries.*Washington: World Bank Institute.

Montañez Perez, J. G. (2008). *Estudios Jurídios y Económios en el Escenario Laboral.* Bogotá: Universidad La Gran Colombia.

Naciones Unidas. (2 de Diciembre de 1993). *Naciones Unidas*. Recuperado el 26 de Marzo de 2016, de http://www.un.org/spanish/disabilities/default.asp?id=500

Obando Garrido, J. M. (2010). *Derecho Procesal Laboral.* Bogotá: Doctrina y Ley.

Oficina Internacional del Trabajo. (1 de Octubre de 2001). *ilo.org.* Recuperado el 2 de mayo de 2015, de http://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/gb/docs/gb282/pdf/tmemdw-2.pdf

Organización de Estados Americanos. (06 de 07 de 1999). *OAS.ORG.* Obtenido de http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/a-65.html

Organización Internacional del Trabajo. (1 de Junio de 2007). *ILO.ORG.* Recuperado el 24 de Abril de 2016, de ILO.ORG: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---webdev/documents/publication/wcms_082609.pdf

Organización Internacional del Trabajo OIT. (14 de Noviembre de 2011). *www.ilo.org.* Obtenido de www.ilo.org: http://www.ilo.org/public/spanish/dialogue/actemp/downloads/publications/working_paper_n6_sp.pdf

Organización Mundial de la Salud. (2001). Clasificación internacional del funcionamiento, la discapacidad y la salud (CIF).

Organización Mundial de la Salud. (11 de Noviembre de 2012). *bibliodigital*. Recuperado el 2 de mayo de 2015, de http://www.bibliodigital.udec.cl/index.php?option=com_content&task=view&id=335

Ortiz, I. D. (2009). *Lecciones Básias sobre el Derecho Internacional Laboral y de la Seguridad Social.* Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.

Periódico SENA. (5 de Febrero de 2014). *periodico.sena.edu.co.* Obtenido de periodico.sena.edu.co: http://periodico.sena.edu.co/inclusion-social/noticia.php?t=Responsabilidad_social&i=78

Programa Empresarial de Promoción Laboral para Personas con Discapacidad. (1 de Octubre de 2013). *http://www.pactodeproductividad.com/.* Obtenido de http://www.pactodeproductividad.com/: http://www.pactodeproductividad.com/s_programa.html

Puig de la Bellacasa. (1990). *Discapacidad e Información.* Madrid: Real Patronato de Prevención y Atención a personas con Minusvalia.

Radicado 32532 de 2008 (Corte Suprema de Justicia 15 de Julio de 2008).

Radicado 35606 de 2009 (Corte Suprema de Justicia 25 de Marzo de 2009).

Radicado 38992 de 2010 (Corte Suprema de Justicia 3 de Noviembre de 2010).

Radicado 39207de 2012 (Corte Suprema de Justicia 28 de Agosto de 2012).

Radicado 41380 de 2013 (Corte Suprema de Justicia - Sala Laboral 13 de Marzo de 2013).

Radicado 41867 de 2013 (Corte Suprema de Justicia 30 de Enero de 2013).

Radicado 46770 de 2015 (Corte Suprema de Justicia 17 de Junio de 2015).

Radicado 53083 de 2015 (Corte Suprema de Justicia 11 de Febrero de 2015).

Revista Dinero. (26 de febrero de 2015). *Revista Dinero*. Recuperado el 26 de marzo de 2016, de http://www.dinero.com/empresas/articulo/personas-discapacidad-colombia-no-encuentran-trabajo-55-empresas/206236

Rodriguez Ortega, J. A. (1997). *El Nuevo Derecho del Trabajo.* Bogotá: Leyer.

Salazar, M. G. (1984). *Curso de Derecho Procesal del Trabajo.* Bogotá: Juridicas Wilches.

Sentencia C 173 de 2010 (Corte Constitucional 10 de Marzo de 2010).

Sentencia C 351 de 2013(Corte Constitucional 19 de Junio de 2013).

Sentencia C 531 de 2000 (Corte Constitucional 10 de Mayo de 2000).

Sentencia C 543 de 1996 (Corte Constitucional 16 de Octubre de 1996).

Sentencia C 606 de 2012 (Corte Constitucional 1 de Agosto de 2012).

Sentencia C 744 de 2012 (Corte Constitucional 26 de Septiembre de 2012).

Sentencia C 862 de 2008 (Corte Constitucional 3 de Septiembre de 2008).

Sentencia T - 508 de 1992 (Corte Constitucional 28 de Agosto de 1992).

Sentencia T 018 de 2013 (Corte Constitucional 25 de Enero de 2013).

Sentencia T 041 de 2014 (Corte Constitucional 31 de Enero de 2014).

Sentencia T 098 de 2015 (Corte Constitucional 10 de Marzo de 2015).

Sentencia T 1040 de 2001 (Corte Constitucional 27 de Septiembre de 2001).

Sentencia T 217 de 2014 (Corte Constitucional 1 de Abril de 2014).

Sentencia T 221 de 2009 (Corte Constitucional 23 de Abril de 2009).

Sentencia T 263 de 2009 (Corte Constitucional 3 de Abril de 2009).

Sentencia T 427 de 1992 (Corte Constitucional 24 de Junio de 1992).

Sentencia T 504 de 2008 (Corte Constitucional 16 de Mayo de 2008).

Sentencia T 519 de 2003 (Corte Constitucional 23 de Junio de 2003).

Sentencia T 828 de 2008 (Corte Constitucional 22 de Agosto de 2008).

Uprimmy, R. (1997). Estado Soial de Derecho y Respuesta Juridical Correcta. En U. d. Rosario, *Hermenéutica Jurídica* (pág. 156). Bogotá: Universidad del Rosario.

Vera Rojas, P. (2006). *La Discriminación en los Procesos de Selección de Personal.* Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo.

Villa Fernandez, N. (1 de Julio de 2007). *sid.usal.* Recuperado el 23 de Junio de 2015, de http://sid.usal.es/idocs/F8/FDO10299/inclusion_progresiva.pdf