

Enfermedad, discapacidad y fuero de salud Tópicos nacionales e internacionales para su aplicación en Colombia

Liseth Haylen Pantoja Tobar¹³

José Alejandro Rosero Realpe¹⁴

Madeline Nataly Villacorte Bastidas¹⁵

Resumen

La protección hacia los trabajadores que padecen alguna discapacidad o enfermedad en el contexto del fuero de salud es una garantía fundamental dentro del ordenamiento jurídico colombiano; sin embargo, los conceptos y límites para las definiciones conceptuales y su aplicación y práctica son difusas, al igual que en la jurisprudencia en tensión y conflicto de la Corte Constitucional y Corte Suprema de Justicia. Sumado a lo anterior, resulta importante extraer del contexto internacional, los tópicos relevantes respecto de las definiciones conceptuales de enfermedad y discapacidad, así como la estabilidad laboral como concepto más cercano a la creación jurisprudencial del llamado fuero de salud. Este trabajo discute sobre la relación que subyace entre fuero de salud, discapacidad y enfermedad, para ser aplicada en el ordenamiento jurídico colombiano.

Palabras clave: fuero de salud, discapacidad, enfermedad, enfermedad y discapacidad laboral, estabilidad laboral.

¹³ Universidad de Nariño. E-mail: lisethpantojatobar@gmail.com

¹⁴ Universidad de Nariño. E-mail: alejo-0207@hotmail.com

¹⁵ Universidad de Nariño. E-mail: madeleynv08@gmail.com

Disease, disability and protection in regard to the health conditions National and international topics for its implementation in Colombia

Abstract

Protection for workers suffering from a disability or illness in the context of the health jurisdiction is a fundamental guarantee within the Colombian judicial system. However, concepts and limits for conceptual definitions and their practical application are diffuse as in the case law in tension and conflict of the Constitutional Court and Supreme Court of Justice. Added to the previous, it is important to extract from the international context the relevant topics regarding conceptual definitions of illness and disability, as well as labor stability as a concept closer to the jurisprudential creation of the called 'jurisdiction of health'.

This paper discusses the underlying relationship between health jurisdiction, disability and illness, to be applied in the Colombian legal system.

Key words: health jurisdiction, disability, sickness, sickness and occupational illness, job stability.

Introducción

El fuero de salud es una construcción propia del Sistema Jurídico Colombiano que nació en la cuna jurisprudencial y responde a la naturaleza protectora del trabajador que se ha puesto en debilidad manifiesta o que sufre de alguna discapacidad.

Las consecuencias derivadas de la discapacidad o indefensión del trabajador desembocan en situaciones de discriminación que alteran la estabilidad laboral y denigran el derecho al trabajo en condiciones de igualdad, las cuales necesitan ser amparadas por el sistema jurídico. Es allí donde el fuero de salud representa un concepto de gran valía conceptual para resolver esta suerte de tensiones jurídicas en pro del reconocimiento de derechos.

Sin embargo, en la práctica hay diferentes problemas que impiden el pleno desarrollo protector de dicho fuero; el problema esencial radica en la distinción de dos tópicos para su aplicación: la salud y la enfermedad, distinción que no ha sido resuelta en definitiva por las Altas Cortes y que, inclusive, ha marcado diferencialmente sus posiciones a la hora de resolver aspectos referentes a situaciones similares.

En ese entendido, la tarea del presente avance investigativo es el establecimiento de patrones que permitan esclarecer desde el ámbito nacional e internacional, la verdadera e inequívoca aplicación del fuero de salud desde sus dos tópicos: Enfermedad y Discapacidad, procurando especificar el verdadero alcance tanto para las personas que presentan afectación en su salud o

enfermedad, como para las personas que se encuentren en estado de discapacidad.

Metodología

La presente investigación se rige por el enfoque crítico social porque es un estudio que busca el logro de una conciencia autorreflexiva y crítica para transformar una realidad bajo un contexto cultural, donde la relación teórico-práctica del diálogo, el debate y la praxis, son el eje del quehacer investigativo. Se enmarca dentro del paradigma cualitativo porque se realiza un estudio amplio de las fuentes de derecho que puedan brindar solución al conflicto, lo cual proporciona ayuda para el logro de una conciencia autorreflexiva.

Dentro del análisis realizado se usó una metodología enfocada en el estudio minucioso de documentos relacionados con discapacidad, enfermedad y fuero laboral, a nivel internacional, de autoría de la Organización Mundial de la Salud, la Organización de las Naciones Unidas y la Unión Europea. Con el mismo objetivo se realizó una revisión en el ámbito nacional, de conceptos generados en el tema planteado por el Congreso de la República a través de sus leyes, el Ministerio de Trabajo, el Ministerio de Salud y de la Protección Social a través de sus reglamentos y conceptos, y los pronunciamientos de la Corte Constitucional y Corte Suprema de Justicia, con el fin de establecer las principales categorías jurídicas de orden nacional e internacional que subyacen a la relación entre fuero laboral, discapacidad y enfermedad, para ser aplicadas en el ordenamiento jurídico colombiano.

El fuero de salud en el marco internacional

Definición

Es importante resaltar que la expresión ‘fuero de salud’, es una construcción propia de la jurisprudencia de las Altas Cortes; por lo tanto, no existe un referente internacional similar o, al menos, no en los ordenamientos jurídicos de habla hispana, aunque sí existen definiciones afines al concepto de estabilidad laboral. Lo anterior imposibilita definir el fuero de salud en un contexto internacional, convirtiendo la estabilidad laboral en un concepto relevante en este ámbito, para entender qué se dispone para esta protección. Al respecto, Cavazos Flores (2002), manifiesta que “en Derecho Laboral, la estabilidad consiste en el derecho que un trabajador tiene a conservar su puesto indefinidamente de no incurrir en faltas previamente determinadas o de no acaecer especialísimas circunstancias” (p. 30).

Pero también es cierto que, al igual que en Colombia, la estabilidad laboral no es absoluta; es decir, el trabajador puede ser despedido si se configura alguna causa para proceder al mismo, situación que es reglada de distintas formas según el modelo y país en el que nos encontremos. Podemos distinguir entonces varios grupos: el primero de ellos sería el de los países que ponen limitaciones a la capacidad de despedir de los empleadores, a menos que una justa causa lo haga razonable, y estatuyen la obligación de pagar indemnizaciones en favor de los trabajadores, si el empresario mantiene su decisión de despedir. Este es el caso de los países del Mercado Común Europeo. El

otro gran grupo es el que tiene las características de los países socialistas de Europa en los que los trabajadores tienen derecho al trabajo, pero pueden ser despedidos mediante determinadas causas, previa aprobación del órgano sindical, el cual comparte las responsabilidades del manejo de la empresa con la dirección de la misma. El trabajador que pierde un empleo tiene derecho a que el Estado le asigne otro.

Así entonces, la protección a los trabajadores varía según cada país, pero de igual forma influye el modelo y nivel de desarrollo económico pues en los países denominados ‘en vía de desarrollo’, la protección de los trabajadores se ha venido debilitando como consecuencia de la crisis económica mundial. Sus legislaciones suelen recoger principios de protección de los trabajadores frente al despido, pero, con las limitaciones que les impone el realismo económico. Usualmente en estos países también es menor la protección contra el desempleo, primando en ocasiones el interés económico sobre las garantías fundamentales.

Discapacidad en el contexto internacional

Respecto de la discapacidad, es importante mencionar que no existe una noción única sobre discapacidad, y esto ha quedado demostrado con la evolución terminológica, conceptual y normativa que ha demostrado la historia, sumado a que existe una evolución propiamente dicha de la protección a las personas que la padecen en el ámbito laboral, pues las primeras medidas tenían más, un enfoque asistencial, en el entendido de brindar ayuda más que inclusión a las personas, basadas fundamentalmente en la caridad o la beneficencia dirigida hacia aquellos ciudadanos

más desfavorecidos; por eso no debe sorprender que no hubiese referencia alguna a las personas con discapacidad en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, como tampoco la habría años después en los Pactos Internacionales de 1965. Los grandes tratados de derechos humanos omitieron cualquier mención de la discapacidad, pues era una cuestión más vinculada a la política social de cada Estado que al reconocimiento de derechos. Ni siquiera se consideró expresamente como motivo de discriminación.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, pieza angular del sistema interamericano de derechos humanos, no incluyó ninguna referencia a las personas con discapacidad. Y cuando se hacía, como fue el caso del Convenio Europeo de Derechos Humanos, adoptado en el seno del Consejo de Europa, no era para reconocer derechos, sino más bien para limitarlos. El artículo 5.1.e) de dicho Convenio permitía -y permite- el internamiento conforme a derecho de los enajenados, como excepción a la prohibición de privación de libertad, toda vez que se consideraba que el objetivo de las políticas de los Estados no era otro que subsanar ese déficit; por ello considera que las actuaciones más vanguardistas de la época tenían como finalidad, normalizar a la persona con discapacidad, en tanto se creía que las limitaciones que la persona sufría, se debían exclusivamente a sus circunstancias médicas o corporales.

A pesar de que existen medidas y legislaciones que pretenden proteger a los trabajadores con algún tipo de discapacidad, ésta no pretende ser absoluta, pues también se pondera factores como

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

A continuación, se abordará lo referente a la discapacidad para la Organización de las Naciones Unidas (s.f.), en su Convención sobre las personas con Discapacidad y Protocolo Facultativo:

Es 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; en consecuencia, la discapacidad se ve afectada también por las problemáticas sociales de inclusión del modelo social, pues la garantía de la igualdad entre personas con y sin deficiencias no debe resumirse a la oferta de bienes y servicios biomédicos: así como la cuestión racial, generacional o de género, la discapacidad es esencialmente una cuestión de derechos humanos (p. 79).

Además, para Sen Amartya (2004), “los derechos humanos poseen una alegación de validez universal importante, que devuelven la responsabilidad por las desigualdades a las construcciones sociales opresoras” (p. 23). Ahora bien, también es importante mencionar que ha existido un cambio en el paradigma de cómo

se considera a las personas que padecen alguna discapacidad, pues no siempre han sido objeto de políticas de inclusión; en algún momento se las consideró como seres inferiores por su misma condición. Uno de los problemas fundamentales de toda la acción anterior, con relación a las personas con discapacidad, ha sido precisamente el focalizar en ellas el objetivo de toda la normativa.

El cambio de perspectiva necesario a estos efectos, asentado sobre la óptica de los derechos humanos, supone, por un lado, considerar a las personas con discapacidad, como sujetos y no como objetos de derecho; y, por otro lado, centrar la acción no solo en la persona con discapacidad, sino también y, sobre todo, en su entorno social. En consecuencia, cada país ha intentado proteger a sus trabajadores con discapacidad, pero no siempre bajo el mismo nombre; en Estados Unidos, por ejemplo, se la entiende como una limitación.

Para la ley denominada *Americans with Disabilities Act* (ADA), la condición de des-habilidad es entendida en la norma extranjera como una limitación física o mental que afecta de forma considerable una actividad principal en la vida personal y laboral, o demuestra clínicamente la existencia de un antecedente de padecer tal limitación. Así, la figura jurídica de la des-habilidad permite la clasificación de la discapacidad en los trabajadores; en algunas ocasiones puede ser obvia; es decir, evidente en el aspecto físico o mental; en otros casos no puede determinarse su severidad o duración. En uno u otro caso, se genera para el empleador, la creación de buenas prácticas de administración de

personal, para una acomodación razonable de los trabajadores. La consideración de las des-habilidades permitiría al empleador proveer los cargos conforme las condiciones del trabajador y mantenerlo en el mismo cargo, sin que esto ocasione un costo excesivo o interrupciones a la empresa. Respecto a las limitaciones, la ADA las clasifica como un impedimento, cuando cumplen la condición de des-habilidad, si éstas limitan de forma considerable a la persona en una o más actividades principales de la vida diaria. Esto significa que la persona no pueda llevar a cabo cualquiera de estas actividades, en comparación con la población general.

En consecuencia, resulta evidente el intento de protección que los países intentan brindar y queda de manifiesto la dificultad para definir un concepto similar al fuero de salud en Colombia, con los brindados en las legislaciones internacionales; sin embargo, resulta importante resaltar que siempre se trata de generar una igualdad de los trabajadores con discapacidad, sin importar la denominación que se le dé a la limitación padecida. Lo que resulta relevante en mayor medida, es el intento de brindar unas mayores oportunidades laborales y de desarrollo personal y profesional, sin olvidar que la misma protección no es absoluta.

Diferencias entre enfermedad y discapacidad

Enfermedad y discapacidad son dos conceptos estrechamente vinculados entre sí, de manera que la segunda no parece más que una consecuencia de la primera. Es por ello que se tiende a tomar como sinónimos mutuos ambos términos; no obstante,

este vínculo entre enfermedad y discapacidad no es tan inevitable como a menudo parece. Según el planteamiento expuesto en este trabajo, se trata de realidades distintas que son interpretadas como parte de una misma cosa bajo el código de la mirada médica. Así entonces, la enfermedad se define como:

Una condición patológica del cuerpo que presenta un grupo de signos, síntomas y hallazgos de laboratorio peculiares y que identifica la condición como una entidad anormal que difiere de otro estado del cuerpo normal o patológico. El concepto de enfermedad puede incluir la condición de enfermedad o sufrimiento que no necesariamente proviene de cambios patológicos en el cuerpo, pero hay dos interpretaciones de la palabra enfermedad, una es tangible y hasta puede ser medida, mientras que la segunda es muy individual y personal, como en el caso del dolor, el sufrimiento y la angustia. Los ejemplos que se presenta son: la hipertensión es una enfermedad en el primer sentido, pero no en el segundo; la histeria o la enfermedad mental son ejemplos de la segunda interpretación de enfermedad; no hay posibilidades de medir cambios patológicos en el cuerpo. (Taber, 1993).

Ahora bien, es enfermedad laboral, la contraída como resultado de la exposición a factores de riesgo inherentes a la actividad laboral o del medio en el que el trabajador se ha visto obligado a trabajar. El gobierno nacional determinará en forma periódica las enfermedades que se considera como laborales y, en los casos en que una enfermedad no figure en la tabla de enfermedades laborales, pero se demuestre la relación de causalidad con los factores de riesgo ocupacional, será reconocida como enfermedad laboral conforme a lo establecido en las normas legales vigentes.

También resalta en el marco del desarrollo de la enfermedad asociada con el ámbito de trabajo de las personas, el concepto asociado de enfermedad ocupacional, que es otro nombre que se les brinda a aquellos padecimientos que tienen su origen en el trabajo y que son definidos como:

Todo proceso patológico que sobreviene a raíz de la repetición de una causa proveniente en forma directa del tipo de trabajo que desempeña el trabajador, o bien del medio en que se ha visto obligado a desempeñarlo. Puede decirse que es aquella enfermedad que tiene por escenario el lugar de trabajo y que está condicionada al cumplimiento de una determinada ocupación. Así, el factor irritativo del hollín de una chimenea (lugar de trabajo) exponía a riesgos continuos a los deshollinadores (durante su trabajo de limpieza), hecho que a su vez provocaba una mayor incidencia de cáncer de escroto en esta población. (Badía, 1985).

Es importante resaltar la diferencia entre accidente y enfermedad ocupacional. Méndez (1981), menciona:

Al contrario de los accidentes, en que la ruptura del equilibrio de la salud es brusca y nítida, las enfermedades ocupacionales significan una desestabilización más lenta e insidiosa de las relaciones agente-huésped-ambiente, provocada por la naturaleza o las condiciones del trabajo, y contraídas durante el mismo.

Esto se debe a dos tipos de factores: los relacionados con el diagnóstico y los específicos de la notificación y registro. Entre ellos cabe citar la inespecificidad de signos y síntomas; la ausencia de enseñanza de la ‘medicina del trabajo’ en los planes de estudios médicos, la dificultad de confirmación diagnóstica (laboratorios especiales, toxicología), la falta de conocimientos de los trabajadores

sobre los riesgos a que están expuestos y la carencia de estudios epidemiológicos sobre estas enfermedades. (p. 81).

Bajo este entendimiento, la enfermedad tiene distintas connotaciones e implicaciones, toda vez que existe la enfermedad de origen común, entendida como la que es propia del ser humano con individuo independiente; esto es, las que tienen, por ejemplo, origen congénito o las cuales ya padecía antes de ingresar a laborar y que no había visto afectadas por la actividad que realiza. Luego están las que tienen su origen en un accidente como evento traumático, o las enfermedades que se han desarrollado a partir de una serie de etapas o ciclos; es decir, las denominadas enfermedades ocupacionales.

El fuero de salud en el marco nacional

Estabilidad laboral reforzada

El concepto de estabilidad laboral reforzada se ha desarrollado como una

Garantía a favor de ciertos sujetos, como son las personas con discapacidad, los trabajadores que padecen alguna enfermedad, así como las mujeres embarazadas y en licencia de maternidad. A través de esta figura se pretende proveer a este conjunto de personas cierto grado de certidumbre en relación con su ocupación, así como resguardarlas de los actos discriminatorios por parte de sus patronos. (Sentencia T-368 de 2016).

Ahora bien, se debe puntualizar que la noción del fuero de salud como tal, ha sido una construcción que se ha realizado por vía

jurisprudencial, al determinarse que este tipo de fuero tiene una relación directa con la aplicación de la estabilidad laboral reforzada destinada a un grupo de personas en específico; se trata de los trabajadores que presenten una limitación en su salud o que inclusive hayan sufrido una pérdida de su capacidad laboral. El fuero contempla las prerrogativas con las cuales se les garantiza la permanencia en su empleo y se les ofrece una cierta seguridad de continuidad, mientras no se configure una causal objetiva que justifique su desvinculación (Godoy, Valdivieso y Londoño, 2009).

El legislativo y el poder judicial, en el ejercicio de sus funciones, al referirse al fuero de salud han partido de un marco constitucional bastante amplio y garantista, pues el Estado, con el constituyente de 1991, otorgó varios presupuestos de protección laboral. Uno de estos aspectos, que de hecho conforma uno de los mandatos transversales que dan cuenta del cumplimiento de los demás, es el derecho a la igualdad consagrado en el artículo 13 superior que, al ser aplicado en el ámbito laboral, se convierte en un espacio indistintamente garantista. En este punto es clave preguntarse ¿Cuál es el papel del Estado colombiano para materializar directa o indirectamente esa igualdad en el campo laboral? El Estado ha entendido que, al ser éste uno de los aspectos primordiales en el desarrollo de vida de toda persona, se encuentra en la obligación de crear, planificar e impulsar medidas suficientemente coherentes con la situación de los trabajadores que cuentan con ciertas limitaciones o que han sufrido una pérdida de capacidad laboral, con el fin de garantizar una estabilidad laboral reforzada.

En este orden de ideas, y como bien lo describen Godoy et al., (2009), la interpretación de las normas de orden nacional que han sido creadas con el fin de proteger y dar un tratamiento especial a aquellos trabajadores, debe hacerse en todo momento bajo los principios y valores constitucionales como se dijo, el derecho a la igualdad, el derecho a la vida (artículo 11), el derecho al debido proceso (artículo 29), la prevalencia del orden social justo, y otros que se refieren a tal situación de manera más especial como lo es la protección especial a favor de los disminuidos físicos, instituyendo a su favor también la previsión, rehabilitación e integración de estos, al igual que establece atención especializada según el artículo 47 de la Constitución nacional y la ubicación laboral de disminuidos físicos que trae el artículo 54.

Ahora bien, desde el punto de vista normativo, se puede decir que lo que actualmente se conoce como fuero de salud, se ha sido desarrollando a lo largo de los años, agotando una etapa tras otra. En 1997, a través de la Ley 361, se puede observar un ánimo especial en cuanto a la protección y mecanismos de integración social de las personas en situación de discapacidad; en su artículo 26 expresa una orden de no discriminación frente a esta población que, evidentemente, se encuentra en un estado de debilidad manifiesta, afirmando:

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. (Art. 26).

Posteriormente, con el Decreto 2463 de 2001 se reglamenta la integración, financiación y funcionamiento de las juntas de calificación de invalidez, con lo que se da un enfoque más cercano al procedimiento. Paralelo a ello, en esta normatividad se evidencia una clara distinción de las clases de limitaciones existentes, pues instauro el grado de severidad de la limitación, donde se expone:

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%.”, en esa misma línea los artículos 3 y 9 del decreto expresan tanto la calificación del grado de pérdida de la capacidad laboral como algunos fundamentos para la calificación del origen y grado de pérdida de la capacidad laboral. (Art. 7).

Alcance del fuero de salud en el marco jurisprudencial colombiano

El fuero de salud en la Jurisprudencia de la Corte Constitucional

Para la Corte Constitucional, el fuero de salud cobija situaciones a las que se pueden enfrentar los trabajadores cuando se encuentren enfermos, pero también hace una distinción especial a aquéllos que se hallan en situación de discapacidad; ello da

lugar a que sean protegidos de la discriminación en el trabajo. Por consiguiente, en pronunciamientos como la Sentencia T-603 del 31 de agosto de 2009, ha establecido que hay lugar al reintegro por vía de acción de tutela, cuando el accionante pueda considerarse una persona en situación de discapacidad, o cuando se encuentre en estado de debilidad manifiesta, siempre y cuando el empleador tenga conocimiento de tal situación y, se halle demostrado el nexo causal entre el despido y el estado de salud del trabajador.

De igual manera, en la Sentencia T-198 de 2006 señaló que el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 contiene una protección laboral reforzada que se despliega en dos ámbitos: uno positivo, que se traduce en la prohibición de que las limitaciones físicas o mentales de una persona sean motivo para obstaculizar su vinculación laboral, salvo que dicha limitación resulte claramente demostrada como incompatible con el cargo que va a desempeñar; y, uno negativo según el cual, ninguna persona discapacitada podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su limitación, a menos que medie autorización de la Oficina de Trabajo. Sin embargo, quienes hayan sido retirados de su empleo por esta causa, tendrán derecho a una indemnización, sin perjuicio de las demás prestaciones a que hubiere lugar, de acuerdo con lo establecido en las normas correspondientes. Bajo este contexto, el artículo mencionado no solamente propende por la igualdad en el acceso al mercado laboral, sino que además establece una clara limitación a la facultad de los empleadores para despedir a los trabajadores que sufren de algún tipo de discapacidad.

Protección conjunta: discapacitados y trabajadores que se encuentran en condiciones de debilidad manifiesta.

Ahora bien, en lo que interesa a la presente causa, debe señalarse que, para la Corte Constitucional¹⁶, están amparadas por la protección prevista en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, no solamente aquellas personas que tienen la condición de discapacitadas, de acuerdo con la calificación efectuada por los organismos competentes, sino también, quienes se encuentran en una situación de debilidad manifiesta por la ocurrencia de un evento que afecta su salud o, de una limitación física, sin importar si ésta tiene el carácter de accidente, enfermedad profesional o enfermedad común, ni si es de carácter transitorio o permanente¹⁷. No obstante, si bien la situación de los trabajadores calificados como discapacitados es distinta a la de aquellos que padecen un deterioro en su estado de salud, pero aún no han sido objeto de calificación por los organismos establecidos para el efecto, la Corte ha sostenido que en ambos casos existen razones que justifican la existencia de una especial protección laboral. Así, en Sentencia T-1040 de 2001, indicó:

En la actualidad, el ordenamiento jurídico colombiano distingue entre trabajadores discapacitados calificados como tales por las normas legales, frente a los trabajadores que sufren una disminución en su condición física durante la ejecución del contrato de trabajo, quienes a partir de lo dispuesto en el artículo 13 Superior, exigen

¹⁶ Véanse Sentencias T-1040 del 27 de septiembre de 2001 y T-256 del 24 de marzo de 2003. M.P. Rodrigo Escobar Gil y T-1183 del 24 de noviembre de 2004. M.P. Manuel José Cepeda.

¹⁷ Véase, Sentencia T-830 del 28 de agosto de 2008. M.P. Mauricio González Cuervo.

una protección especial por parte del Estado, dada su situación de debilidad manifiesta.¹⁸

El alcance y los mecanismos legales de protección -en cada caso- son distintos, en primer lugar, porque la Ley 361 de 1997, en su artículo 26, consagra un sistema de estabilidad laboral reforzada y, en segundo, porque la protección de los trabajadores en situación de debilidad manifiesta se deriva de la aplicación inmediata de la Constitución, junto con algunas normas de rango legal que constituyen el denominado sistema normativo integrado; por ello, tratándose de trabajadores puestos en circunstancias de debilidad manifiesta, el juez de tutela puede, al momento de conferir el amparo constitucional, identificar y ponderar un conjunto más o menos amplio y variado de elementos fácticos para deducir la ocurrencia de tal circunstancia y, a su vez, goza de un amplio margen de decisión para proteger el derecho fundamental amenazado o vulnerado. Esto significa, en otras palabras, que la protección laboral de los trabajadores que se encuentran en condiciones de debilidad manifiesta no depende de una calificación previa que acredite su condición de discapacitados, sino de la prueba de las condiciones de salud que impidan o dificulten el desempeño regular de sus labores (Subrayado fuera de texto).

Es importante señalar también que la protección a la estabilidad laboral reforzada de las personas en condiciones de discapacidad no solamente comprende la prohibición impuesta al empleador de dar por terminado el contrato de trabajo en razón de la

¹⁸ Lineamiento establecido en la sentencia T-1040 de 2001 y citado en Sentencia T-351 de 2003. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

discapacidad del trabajador, sino que, además, el legislador previó (artículo 8° Ley 776 de 2002) que, un empleado parcialmente incapacitado, debe ser reubicado cuando sus condiciones de salud puedan verse afectadas por las funciones de su cargo, debiéndose realizar en estos casos, los ajustes pertinentes en las plantas de personal¹⁹, salvo que ello resulte fácticamente imposible.

Así, a través de la evolución de la jurisprudencia, se ha extendido el umbral de protección que otorga la estabilidad laboral reforzada. En virtud de ello, hoy en día también se encuentran cobijadas por esta garantía, las personas que sufren algún tipo de enfermedad, aunque la misma no sea considerada estrictamente como una limitación permanente, al igual que quienes se hallen convalecientes o con una incapacidad temporal, en razón a que, también en estas hipótesis, el trabajador está en un estado de debilidad manifiesta que requiere protección constitucional.

En síntesis, el derecho a la estabilidad laboral reforzada apareja para este especial grupo de trabajadores:

(i) el derecho a conservar el empleo, (ii) a no ser despedido en razón de su situación de vulnerabilidad, (iii) a permanecer en él hasta que se configure una causal objetiva que amerite la desvinculación laboral y (iv) a que 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

¹⁹ El artículo 8 de la Ley 776 de 2002 consagra: Reubicación del Trabajador. “Los empleadores están obligados a ubicar al trabajador incapacitado parcialmente en el cargo que desempeñaba o a proporcionarle un trabajo compatible con sus capacidades y aptitudes, para lo cual deberán efectuar los movimientos de personal que sean necesarios”.

ser considerado eficaz. Esto último, con independencia de la modalidad contractual adoptada por las partes²⁰.

Conforme a lo expuesto, para proceder a dilucidar este tipo de controversias donde está envuelto el derecho a la estabilidad laboral reforzada, se requiere discernir los siguientes aspectos puntuales:

la terminación unilateral del vínculo laboral por parte del empleador; el estado de debilidad manifiesta de que adolece el trabajador o la trabajadora sujeto del despido, a raíz de una afectación en su salud; (iii) la ausencia de autorización por parte del Ministerio de Trabajo para que el patrono adopte dicha decisión, (iv) el conocimiento previo del empleador respecto de la condición de salud que presenta el subalterno; los mismos permitirán establecer si procede o no, el reintegro del accionante al puesto de trabajo, en condiciones iguales o mejores a las existentes al momento de la ruptura de la relación laboral –con la debida capacitación para cumplir sus funciones, en caso de ser necesaria una reubicación–, como consecuencia de la ineficacia del despido. (Corte Constitucional, 2016).

El fuero de salud en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia

Alcance

Para el razonamiento de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia no es suficiente por sí solo, el quebrantamiento de la salud de los o las trabajadoras o el encontrarse en incapacidad médica para merecer la especial protección de que trata el artículo 26

²⁰ Concepto desarrollado por la Corte Constitucional en Sentencia T-320 de 2016.

de la Ley 361 de 1997, pues debe acreditarse que el asalariado, al menos tenga una limitación física, psíquica o sensorial y con el carácter de moderada. En este sentido, la Sala tuvo la oportunidad de pronunciarse en Sentencia de 7 de febrero de 2006, radicada con el número 25130, y manifestó lo siguiente:

Aclarado lo anterior, se observa 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. (p. 16).

Al efecto, es pertinente destacar lo que indicó la Corte en la Sentencia CSJ SL del 28 de agosto de 2012, rad. 39207, cuando fijó el alcance de la protección de que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, según la cual:

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

Tras copilar el precedente de la Corte Suprema de Justicia, este Tribunal en Sentencia del 29 de junio de 2016, Radicación No. 42451 considera que, en desarrollo de esta preceptiva y particularmente en lo que tiene que ver con las personas a quienes está orientada la protección especial que consagra, según el grado de su limitación, dispone en el artículo 5 que las personas con limitaciones deberán estar afiliadas al Sistema de Seguridad Social en Salud, correspondiendo a las empresas promotoras de salud consignar la existencia de la respectiva limitación, con la especificación del grado de limitación que presenta su portador, en las escalas de moderada, severa y profunda, con el fin de que puedan identificarse como titulares de los derechos previstos en la ley comentada.

No se trató entonces de una previsión caprichosa del legislador al aludir, en esta disposición, a los distintos grados de minusvalía que pueden afectar a las personas según la limitación que padezcan; por el contrario, la razón está de parte de aquellas que padecen mayores grados de limitación, naturalmente con el propósito de lograr su integración social en todos los ámbitos de la vida en comunidad en que se desenvuelven los seres humanos. Obviamente que el amparo es menor o inexistente para las personas con limitaciones de menor intensidad que no se les dificulta su inserción en el sistema competitivo laboral (Subrayado fuera del texto). (Corte Suprema de Justicia, 2016).

Ahora, como 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 expresa 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. 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 laboral y ‘profunda’, cuando el grado de minusvalía supera el 50 %.

De acuerdo con la sentencia en precedencia, para que un trabajador acceda a la indemnización estatuida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, se requiere:

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 laboral, c) ‘profunda’, cuando el grado de minusvalía supera el 50 %; que el empleador conozca de dicho estado de salud; (iii) que termine la relación laboral ‘por razón de su limitación física’ y sin previa autorización del Ministerio de la Protección Social. (Corte Suprema de Justicia, 2016).

Conclusiones

Existe una tendencia a confundir y convertir en sinónimos la enfermedad y la discapacidad, pero estos son conceptos diferentes. De hecho, una persona que padece alguna enfermedad, ya sea de origen común o laboral, puede no tener una afectación tan grave que le genere una discapacidad, pues ésta es entendida como los padecimientos que sufre una persona, ya sean temporales o permanentes, los cuales le genera una deficiencia en su cuerpo, que le impide estar en condiciones de igualdad frente al resto de la población.

A nivel internacional, existen en los ordenamientos jurídicos o, al menos en los de habla hispana y de EE. UU., referencias e intentos de constituir figuras que protejan a los trabajadores que padecen alguna enfermedad o discapacidad laboral, otorgando distintos nombres, pero siempre con el mismo fin; es decir, la protección.

Pese al intento de eliminar las barreras de discriminación y fomentar la inclusión, lo difuso de los términos referentes al fuero de salud, enfermedad y discapacidad, impiden una aplicación práctica de estos conceptos, debido a que son una construcción jurisprudencial y con ello devienen los inevitables conflictos entre los distintos pronunciamientos de las Altas Cortes.

En el ámbito nacional, para la Corte Constitucional, 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.

De modo que, es sujeto de protección, todo aquel que tenga una afectación en su salud y que esas circunstancias le impidan o dificulten sustancialmente el desempeño de sus funciones laborales en condiciones regulares y que se tema que, en esas condiciones particulares, pueda ser discriminado por ese solo hecho.

Por otro lado, según la Corte Suprema de Justicia, no cualquier limitación o discapacidad es objeto de protección de la Ley 361 de 1997; por ello, en primer lugar, ser despedido por 180 días de incapacidad permanente de conformidad con el literal A-15 del artículo 7° del Decreto 2351 de 1965, no es prueba para determinar que el trabajador se encontraba discapacitado; en segundo lugar, el actor debe probar que se encontraba inválido con una prueba científica, dictamen pericial; en tercer lugar, son sujeto de la estabilidad reforzada quienes padecen limitaciones superiores al 15 % (limitaciones severas y profundas) y, finalmente, no todo quebranto de salud se encuadra en tales hipótesis. La protección es menor o inexistente para las personas de menor limitación, suponiendo no dificultárseles la inserción laboral.

Referencias

- Badía, R. (1985). Salud ocupacional y riesgos laborales. *Boletín de la Oficina Sanitaria Panamericana*, 98(1), 20-33.
- Cavazos Flores, B. (2002). *Causales de despido: análisis pormenorizado del artículo 47 de la ley laboral vigente*. México: Trillas.
- Congreso de la República de Colombia. (11 de febrero de 1997). Ley 361 de 1997 “por la cual se establece mecanismos de integración social de las personas con limitación y se dicta otras disposiciones”. Recuperada de <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=34>
- Congreso de la República de Colombia. (2002). Ley 776 de 2002 “por la cual se dicta normas sobre la organización, administración y prestaciones del Sistema General de Riesgos Profesionales”. Recuperada de http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0776_2002.html
- Constitución Política de Colombia [Const.]. (1991). Bogotá, Colombia. Recuperado de <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=4125>
- Corte Constitucional. República de Colombia. (2001) Sentencia T-1040 [MP. Rodrigo Escobar Gil]. Recuperado de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/T-1040-01.htm>

Corte Constitucional. República de Colombia. (24 de marzo de 2003). T-256. [M.P. Rodrigo Escobar Gil]. Recuperado de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/T-256-03.htm>

Corte Constitucional. República de Colombia. (2003) Sentencia T-351 del 5 de mayo de 2003 [MP. Rodrigo Escobar Gil]. Recuperado de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/T-351-03.htm>

Corte Constitucional. República de Colombia. (2004). T-1183 del 24 de noviembre de 2004. [M.P. Manuel José Cepeda]. Recuperado de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/T-1183-04.htm>

Corte Constitucional. República de Colombia. (2006) Sentencia T-198 [MP. Marco Gerardo Monroy]. Recuperado de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/T-198-06.htm>

Corte Constitucional. República de Colombia. (2008). Sentencia T-830 del 28 de agosto de 2008 [M.P. Mauricio González Cuervo]. Recuperado de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/T-830-08.htm>

Corte Constitucional. República de Colombia. (31 de agosto de 2009). Sentencia T-603 [MP. Gabriel Eduardo Mendoza]. Recuperado de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/T-603-09.htm>

- Corte Constitucional. República de Colombia. (2016) Sentencia T-368 [MP. Alberto Rojas Ríos]. Recuperado de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/T-368-16.htm>
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. (07 de febrero de 2006). Sentencia 25130. [M.P. Fernando Carrillo Cadena]. Recuperado de <https://corte-suprema-justicia.vlex.com.co/vid/552524042>
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. (2012). Sentencia 39207 de 28 de agosto de 2012 [M.P. Jorge Mauricio Burgos]. Recuperada de http://legal.legis.com.co/document/Index?obra=jurcol&document=jurcol_cd7437859a7c01bee0430a01015101be
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. (2016). Sentencia del 29 de junio de 2016, Radicación No. 42451 [M.P. Fernando Castillo Cadena]. Recuperada de http://legal.legis.com.co/document/Index?obra=jurcol&document=jurcol_ba1babb928074e8e941d8d927e7db759
- Godoy, C., Valdivieso, D. y Londoño, J. (2009). Hacia un entendimiento adecuado del fuero de salud. *Actualidad Laboral y Seguridad Social*, 151, 19-24.
- Méndez, R. (1981). La salud ocupacional en América Latina. *VI Congreso Interamericano de Prevención de Riesgos Profesionales*. Caracas. Venezuela.

Naciones Unidas. (s.f.). Convención sobre las personas con Discapacidad y Protocolo Facultativo. Recuperado de <https://www.un.org/disabilities/documents/convention/convoptprot-s.pdf>

Presidencia de la República de Colombia. (5 de agosto de 1950). Decreto 2663 de 1950. Código Sustantivo del Trabajo. Recuperado de <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=33104>

Presidencia de la República de Colombia. (20 de noviembre de 2001). Decreto 2463 de 2001 “por el cual se reglamenta la integración, financiación y funcionamiento de las juntas de calificación de invalidez. Recuperado de <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=6273>

Sen, Amartya. (2004). Elements of a Theory of Human Rights. *Philosophy and Public Affairs*, 32(4), 315-356. DOI: <https://doi.org/10.1111/j.1088-4963.2004.00017.x>

Taber, C.W. (1993). Taber’s Cyclopedic Medical Dictionary (17th ed.). F.A. Davis.