

ACOSO LABORAL EN PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN COLOMBIA: ANÁLISIS
CRÍTICO DE LA LEY 1010 DE 2006 EN EL MARCO DE LA NORMATIVA NACIONAL E
INTERNACIONAL SOBRE DISCAPACIDAD.

JOJAN MAURICIO LÓPEZ GARCÍA

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA LATINOAMERICANA

FACULTAD DE DERECHO

MEDELLÍN

2017

ACOSO LABORAL EN PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN COLOMBIA: ANÁLISIS
CRÍTICO DE LA LEY 1010 DE 2006 EN EL MARCO DE LA NORMATIVA NACIONAL E
INTERNACIONAL SOBRE DISCAPACIDAD.

JOJAN MAURICIO LÓPEZ GARCÍA

Monografía presentada como requisito para optar al título de abogado

CARLOS ARTURO PIDRAHITA CARDENAS

Asesor temático

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA LATINOAMERICANA

FACULTAD DE DERECHO

MEDELLÍN

2017

Marco de referencia

Discapacidad: Es un término general que abarca las deficiencias, las limitaciones de la actividad y las restricciones de la participación. Las deficiencias son problemas que afectan a una estructura o función corporal; las limitaciones de la actividad son dificultades para ejecutar acciones o tareas, y las restricciones de la participación son problemas para participar en situaciones vitales.

Por consiguiente, la discapacidad es un fenómeno complejo que refleja una interacción entre las características del organismo humano y las características de la sociedad en la que vive.

Acoso laboral: Toda conducta persistente y demostrable, ejercida sobre un empleado, trabajador por parte de un empleador, un jefe o superior jerárquico inmediato o mediato, un compañero de trabajo o un subalterno, encaminada a infundir miedo, intimidación, terror y angustia, a causar perjuicio laboral, generar desmotivación en el trabajo, o inducir la renuncia del mismo.

APT: Acoso psicológico en el lugar de trabajo

CIF: Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y la Salud

OMS: Organización Mundial de la Salud

OIT: Organización Internacional del Trabajo.

CIPCD: Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad

CDPCD: Convención de Derechos Humanos de las Personas con Discapacidad

SND: Sistema Nacional de Discapacidad

CDD: Comité Departamental de Discapacidad

CMD o CLD: Comité Municipal de Discapacidad o Comité Local de Discapacidad

Resumen

Atendiendo las problemáticas sociales actuales y a los desafíos legislativos que estas para quienes las regulan, este trabajo pretende un análisis crítico y hermenéutico de datos y normas que le permiten conjugar el fenómeno del acoso laboral y la desprotección particular de personas en situación de discapacidad dentro de este. Colombia, en materia jurisprudencial y acorde con la vanguardia mundial, tiene para la prevención y sanción del acoso laboral la Ley 1010 del 2006; es con base en esta norma que se hace un ejercicio de evaluación respecto a su aplicación y se proponen ajustes razonables legislativos que permiten abarcar de manera más amplia la problemática.

Palabras claves

- Personas con discapacidad
- Acoso Laboral o APT
- Convención de derechos humanos de las Personas con Discapacidad
- Constitución Política de 1991
- Ajuste razonable

Planteamiento del problema

Tanto la discapacidad como el acoso laboral son fenómenos de vieja data que, sin embargo, apenas recientemente en la historia de la humanidad han ocupado un lugar preponderante en la agenda social, política y académica. Por tal razón, sobre dichas problemáticas apenas si se ha logrado tener una mediana claridad, y es lo justo advertir en ellas una constante evolución hacia criterios cada vez más sólidos, pero no exentos de polémica.

La discapacidad como concepto, verbigracia, ha sido históricamente variante de acuerdo a los paradigmas sociales y culturales imperantes en cada período, e incluso de acuerdo a circunstancias geográficas y políticas. Se tiene que alguna vez su tratamiento estuvo determinado por criterios religiosos, políticos e incluso higiénicos. Sin embargo, modernamente, el concepto sobre discapacidad ha mutado considerablemente en un relativamente corto período de tiempo. Tras la humanización del continente europeo durante el Renacimiento, la humanidad imprimió sobre dicho fenómeno un matiz médico, que para finales del siglo XIX y la primera parte del siglo XX alcanzó un claro perfil clínico, pues se buscaba la rehabilitación de la persona con discapacidad. No obstante, dicho concepto fue remplazado por el llamado modelo o paradigma biopsicosocial, el cual apuntaba no tanto a la rehabilitación o curación del individuo, como a la integración social mediante la comprensión de factores contextuales concomitantes con la condición de discapacidad. Finalmente, la última apuesta conceptual, de amplia aceptación internacional, es la contenida en la Convención de Derechos Humanos de las Personas con Discapacidad, y se conoce con el nombre de enfoque de derechos, la cual apunta a reconocer en la persona con discapacidad un sujeto pleno de derechos al cual la sociedad y el Estado deben

garantizar la accesibilidad y la participación a través de robustos programas y legislaciones que concurran a ese propósito.

Por su parte, el acoso laboral es también una problemática social con antecedentes remotos que, sin embargo, tardó más en ser visibilizada por la sociedad. Lo anterior, se explica, en razón de que sólo hasta los años 80's con los estudios antropológicos Leymann se descubrió la importancia de este fenómeno sobre los individuos que lo padecen. A los trabajos del sueco se sumaron los de Hirigoyen, y de ahí en adelante la de numerosos teóricos que robustecieron el concepto de acoso laboral, bien mediante estudios aplicados y concretos, ora con ocasión de profundas reflexiones filosóficas. Lo cierto es que el APT, como también se le conoce, es una problemática que, al igual que el número de personas con discapacidad, acrece vertiginosamente, en un contexto de globalización no sólo cultural, sino también social, comercial y por ende laboral. Esto ha sido motivo para que los Estados se comprometan a la tarea de su tratamiento preventivo y correctivo, aunque en la práctica lo hagan de manera individual y aislada, puesto que las organizaciones internacionales llamadas a unificar criterios y proponer una normativa común han omitido su responsabilidad sobre la materia. Colombia, no obstante, está a la vanguardia mundial sobre la materia, no sólo por haber implementado la ley 1010 de 2006 sobre acoso laboral, sino porque esta ley desarrolla amplios conceptos doctrinarios en boga a nivel mundial.

No obstante lo anterior, cuando se conjugan ambos fenómenos sociales, es decir, el acoso laboral y la condición de discapacidad, se advierte que en Colombia, al menos, por ser el marco geoespacial en el que se desarrolla esta investigación, no se han relacionado adecuadamente para que la ley de referencia pueda satisfacer las obligaciones convencionales, constitucionales y legales asumidas por el Estado colombiano frente a la población con discapacidad, y pueda

brindar un plena protección a esta población que se ve especialmente afectada por el fenómeno del acoso laboral, en tanto su condición de discapacidad la hace ciertamente más vulnerable.

Así las cosas, es menester aplicar un análisis crítico hermenéutico a fin de desentrañar los vacíos jurídicos o situaciones de desprotección aparejados a la ley 1010 de 2006, teniendo como principales referencias las obligaciones asumidas por el Estado colombiano mediante la ratificación de la Convención de Derechos Humanos de las Personas con Discapacidad, pero también las obligaciones que emanan de su propia Carta Superior y sus leyes internas frente a la población con discapacidad.

Pregunta problematizadora

¿Cuál es la situación jurídica de las personas con discapacidad que se enfrentan al acoso laboral en el marco de la ley 1010 de 2006 y la normativa constitucional, convencional y legal sobre discapacidad vigente en Colombia?

Justificación

Mediante la ley 1010 de 2006, el Estado colombiano se puso a la vanguardia en Latinoamérica en el tratamiento de un fenómeno social complejo cual es el acoso laboral. Si bien es cierto que académicamente se reconoce que esta problemática no es nueva, lo cierto es que su abordaje académico, social y político sí es muy reciente, dado que otrora no se le prestó la atención requerida para visibilizarlo y mucho menos para tratar de prevenirlo o sancionarlo, como actualmente un buen número de países lo hace, incluido Colombia. Sin embargo, pese a los encomiables esfuerzos del legislador para otorgar herramientas jurídicas a través de las cuáles el Estado colombiano pueda enfrentar los conflictos laborales surgidos con ocasión de las prácticas de acoso, lo cierto es que la ley no ha cumplido cabalmente las expectativas de los operadores jurídicos, y ha sido criticada fuertemente en aspectos como la sanciones y los procedimientos, el ámbito de aplicación y los sujetos destinatarios, entre otras.

No obstante lo anterior, la ley en comento es una herramienta jurídica que en la actualidad muy pocos países latinoamericanos, y aún del mundo entero, poseen. Razón por la cual es imperioso que los colombianos nos apropiemos de ella y la integremos armónicamente al ordenamiento jurídico para que pueda cumplir plenamente su objeto normativo e irrigue todos los sujetos destinatarios con la misma fuerza, aunque ello implique su revisión, crítica y eventual modificación, para lo cual es importante que la sociedad, y especialmente la academia, se sume al propósito de enriquecerla.

Este trabajo se inscribe precisamente en esa línea propositiva, al advertir que respecto a la población con discapacidad la ley 1010 de 2006 resulta ciertamente insuficiente en materia de protección— lo cual no es enteramente responsabilidad del legislador, si se tiene en cuenta que

tanto el fenómeno del APT como la condición de discapacidad no sólo son de reciente aparición sino que están en constante replanteamiento.

La discapacidad como problemática social e individual exige de los Estados compromisos más decididos y la participación activa de la sociedad, de modo que sólo de manera mancomunada pueden superarse las dificultades que supone para una sociedad el hecho de que un número cada vez más crecientes de sus integrantes requiera un tratamiento diferencial a fin de igualarlos materialmente y garantizarles accesibilidad y participación. La Convención de Derechos Humanos de las Personas con Discapacidad ha comprendido esta situación y se erige internacionalmente como el instrumento normativo guía para los Estados que la han suscrito, como lo ha hecho el Estado Colombiano.

Con base en esa carta convencional y otras normas del ordenamiento jurídico patrio inspiradas en ella, este trabajo de compilación monográfica busca desarrollar una serie de críticas y propuestas que enriquezcan la ley 1010 de 2006, a fin de que las personas con discapacidad alcancen plena protección cuando estén enfrentadas al acoso laboral, en aplicación del nuevo paradigma científico, social, político y jurídico que recoge la Convención, conocido como el enfoque de derechos, el cual busca especialmente la plena accesibilidad y participación de las personas con discapacidad al interior de la sociedad.

Objetivos

Objetivo principal

- Analizar en detalle cuál es la situación jurídica de las personas con discapacidad que se enfrentan al acoso laboral en el marco de la ley 1010 de 2006 y la normativa constitucional, convencional y legal sobre discapacidad vigente en Colombia.

Objetivos específicos

- Aplicar un análisis hermenéutico al compilado de normas que regulan en Colombia el acoso laboral para advertir posibles vacíos normativos frente a la protección reforzada que convencional, constitucional y legalmente cubre a las personas con discapacidad.
- Desarrollar un análisis sobre la normativa que en Colombia regula la condición de discapacidad para determinar cuáles son las obligaciones del Estado colombiano, especialmente en materia de protección reforzada, para igualar materialmente a las personas que la padecen, con especial énfasis en el acoso laboral como fenómeno social que afecta a esta población vulnerable.
- Proponer posibles soluciones jurídicas a las situaciones de vacíos normativos que presenta la legislación sobre acoso laboral frente a las personas con discapacidad, bajo el marco de las obligaciones constitucionales, convencionales y legales que el Estado colombiano ha asumido para con esta población.

Introducción

El Estado colombiano promulgó en 2006 la ley 1010 sobre acoso laboral, cuyo objeto, al tenor literal de la norma es “definir, prevenir, corregir y sancionar las diversas formas de agresión, maltrato, vejámenes, trato desconsiderado y ofensivo y en general todo ultraje a la dignidad humana que se ejercen sobre quienes realizan sus actividades económicas en el contexto de una relación laboral privada o pública.”. Esta legislación, si se quiere, es pionera en Latinoamérica, puesto que muy pocos países en el continente, y aún en el mundo, han adopta medidas legislativas que enfrenten el fenómeno social del APT. Lo cual, sin embargo, no significa que el dicho fenómeno se haya superado socialmente, y es posible que, analizando casos concretos, la ley de marras resulte inocua para atacarlo.

Es el caso del acoso laboral cuando este se produce contra las personas con discapacidad, pues es consabido que esta población es más vulnerable a este tipo de eventos con ocasión de las relaciones laborales. Por tal razón, resulta imperioso el análisis crítico tanto de la legislación en materia de acoso laboral, como de los conceptos científicos entorno a la discapacidad y el régimen jurídico internacional y nacional aplicable a las personas que la padecen, de suerte que pueda identificarse cuál es la situación jurídica de éstas en el contexto de un evento de APT, y cuál es la medida o cuáles son las medidas aplicables para salvar eventuales casos de desprotección jurídica, especialmente bajo el entendimiento de que frente a esa población, dicha protección debe ser reforzada y diferencial, de acuerdo con las obligaciones asumidas por el Estado colombiano mediante la ratificación de la Convención de los Derechos Humanos de las

Personas con Discapacidad y de acuerdo con la propias normas constitucionales y legales del Estado colombiano.

Así pues, la Convención citada prevé dos mecanismos para que los Estados partes desarrollen a cabalidad los mandatos convencionales, cuales son las acciones afirmativas y los ajustes razonables. Estos mecanismos, aunque comparten gran número de sus elementos esenciales, se diferencian esencialmente en el aspecto preventivo de los primeros y el carácter supletivo o correctivo de los segundos, lo cual resulta de gran trascendencia para advertir cuál es la vía que un determinado Estado debe recorrer para lograr materializar plenamente los derechos humanos de las personas con discapacidad.

Aunque tanto la legislación sobre acoso laboral, como la normativa sobre discapacidad son de cuño reciente no sólo en el país, sino incluso internacionalmente, esta investigación conviene en desarrollar ambos continentes temáticos de manera detallada, de suerte que finalmente pueda tenerse una comprensión dimensional de una realidad concreta como el acoso laboral en personas con discapacidad, así como de los regímenes jurídicos aplicables a esta, para profundizar críticamente en ellos y a partir de los mismos formular propuestas de ajustes razonables o acciones afirmativas que converjan al desarrollo del objeto de la ley 1010 de 2006 como norma preventiva, correctiva y sancionatoria del acoso laboral, pero también al completo desarrollo de la Convención de los Derechos Humanos de las Personas con Discapacidad y las garantías y derechos reforzados contenidos en ésta, encaminados a la plena materialización de los derechos de esta población, que por mandato convencional y constitucional debe ser igualada materialmente a fin de garantizar su accesibilidad y participación social como sujetos plenos de derecho.

Tabla de contenidos

Capítulo I: Sobre la discapacidad.....	17
Sobre el concepto de discapacidad y su evolución en el tiempo.....	18
Personas con discapacidad en la Antigüedad.....	19
Personas con discapacidad en la Edad Media.....	23
Personas con discapacidad en el Renacimiento.....	27
La discapacidad en la modernidad: modelos conceptuales.....	29
Conceptualización contemporánea de la discapacidad: OMS.....	32
Modelo conceptual de la CIF.....	33
Definición de la discapacidad en el marco de la CIF y la OMS.....	39
Enfoque de derechos.....	40
Capítulo II: Régimen jurídico sobre la discapacidad en Colombia.....	41
Antecedentes normativos en torno a la discapacidad.....	41
Sistema interamericano de Derechos Humanos en el marco de la OEA.....	44
CIPCD.....	45
Constitución política colombiana 1991.....	49
Protección constitucional a las personas con discapacidad.....	51
CDPCD.....	56
Ley 1346 de 2009.....	57
Ley estatutaria 1618 de 2013.....	58
Capítulo III: Sobre el acoso laboral.....	61
Capítulo IV: Régimen Jurídico sobre el acoso laboral en Colombia.....	70

Antecedentes legislativos en el derecho internacional.....	72
Antecedentes normativos en el derecho interno colombiano.....	73
Constitución política de 1991.....	74
Ley 1010 de 2006.....	79
Desarrollo jurisprudencial ley 1010 de 2006.....	85
Capítulo V: El acoso laboral en personas con discapacidad.....	97
Capítulo VI: La ley 1010 de 2006 en el marco de la normativa nacional e internacional sobre discapacidad: propuestas de ajustes razonables legislativos.....	110
Ley 1010 de 2006 frente a la legislación en materia de discapacidad en Colombia.....	112
La ley 1145 de 2007.....	115
Ley 1346 de 2009 y CDPCD de 2006.....	119
Ley 1618 de 2013.....	126
Ajustes razonables de la ley 1010 de 2006.....	132
Análisis de las normas sustanciales de la ley 1010 de 2006.....	133
Análisis de las normas procesales o procedimentales de la ley 1010 de 2006.....	147
Conclusión.....	153
Referencias	

Capítulo I: Sobre la discapacidad

El informe mundial sobre la discapacidad (OMS, 2011) calcula que en el mundo más de mil millones de personas viven con algún tipo de discapacidad. Esta cifra representa aproximadamente un 15% del total de la población global. Un guarismo realmente alarmante, pues contrastado con el estimado en los años setenta, se advierte un crecimiento porcentual de cinco puntos. Situaciones como el envejecimiento, la insuficiente atención médica, las catástrofes naturales, así como las guerras, empeoran el panorama mundial. La relevancia de la problemática, sin embargo, no radica exclusivamente en el aumento de la población con discapacidad, sino también en lo que ello supone para los Estados y las organizaciones internacionales llamadas a afrontarla. Convenios internacionales, recursos económicos, investigación científica y diseño de infraestructura legislativa son apenas algunos de los retos que supone el tratamiento y la inclusión de la población con discapacidades.

En Colombia, particularmente, la información recopilada por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística – DANE- para el año de 2015, arroja que de un total de población de 48'203.405 colombianos aproximadamente el 6,3 % sufre alguna discapacidad o limitación, es decir, 3'051.217 (Minsalud, 2015, p. 6). La cifra amerita consideración dado que apenas diez años atrás, la misma era de 2'624.898 personas, lo cual refleja que la tendencia mundial al acrecimiento también se presenta en el contexto colombiano.

El Estado colombiano, consciente de su obligación como garante de los derechos fundamentales de todos los asociados, ha venido desarrollando en los últimos años, con el esfuerzo mancomunado de toda su institucionalidad, proyectos de inclusión social y políticas

públicas dirigidas a la población colombiana con alguna discapacidad, tratando de dar cumplimiento así con el mandato constitucional y convencional de garantizar una especial protección a este grupo demográfico vulnerable; sin embargo, dado que la discapacidad como fenómeno social repercute en todos los ámbitos de la actividad humana, no es extraño que frente ciertas situaciones complejas, los Estados se queden cortos en cuanto su tratamiento, y Colombia no es la excepción. Pese a los esfuerzos de las autoridades y la sociedad colombianas para aminorar los efectos negativos de la condición de discapacidad y por facilitar y fomentar la participación social de este grupo poblacional, resulta evidente la necesidad de profundizar en las políticas públicas para hacerlas más efectivas, así como de que la sociedad civil actúe propositivamente para coadyuvar a las instituciones en su camino hacia la plena materialización de los derechos humanos de los discapacitados.

Este trabajo, concretamente, ahonda en una problemática compleja que, sin embargo, no ha sido lo suficientemente estudiada, dado que el acoso laboral en personas con discapacidad es una realidad especialísima entre dos continentes académicos vastos y difíciles, la cual, empero, se inquirirá en lo que sigue con el firme propósito de contribuir como sociedad civil a su comprensión y abordaje.

Sobre el concepto de discapacidad y su evolución en el tiempo

La discapacidad en sí misma ha acompañado a la humanidad desde los albores evolutivos, sin embargo, la plena consciencia de su existencia como fenómeno social es bastante reciente. Pese a que existen noticias de lo que hoy conocemos por discapacidad desde las primeras manifestaciones escritas, del estudio de las mismas, así como de las sucedáneas en el transcurso

de la historia, no se deduce que la humanidad tuviera un especial interés por revelar la profundidad de dicho fenómeno, máxime si se recuerda que el mismo se circunscribió por luengo tiempo al ámbito moral o religioso, cuando no estrictamente sanitario. A continuación, se repasa someramente el fenómeno social de la discapacidad humana desde un enfoque histórico con el ánimo de sentar las bases contextuales de este proyecto.

Personas con discapacidad en la antigüedad.

No obstante existir escasa producción literaria sobre esta específica problemática humana en tiempos tan remotos, se considera pertinente echar mano de cuanto material al respecto está disponible, ya que sólo a través de un estudio global e integral, incluso desde las épocas más primigenias, puede adquirirse una amplia dimensión del significativo cambio de enfoque que la humanidad ha experimentado a propósito de la discapacidad como fenómeno social.

De la antigüedad, como es apenas natural, existe una información mínima que, empero, ilustra someramente cómo fue abordada la condición de discapacidad en las primeras sociedades humanas. Para Luciano Andrés Valencia (2014), es evidente que las sociedades más prístinas manifestaron distintas respuestas frente a la problemática, ora porque dichas sociedades fueran nómadas, ora porque siendo sedentarias, al estar geográficamente dispersas era natural que resolvieran de manera diferente, e incluso opuesta, sus conflictos sociales. Así, se tiene para aquellos primeros tiempos que,

Las complejas situaciones de supervivencia que debieron afrontar las primeras sociedades humanas ha llevado a pensar que las personas con discapacidad eran abandonadas o muertas por ser consideradas una carga durante los traslados de

campamento en busca de presas o mejores tierras, o cuando era necesario huir de los desastres naturales. Sin embargo existen evidencias de que se intentaban medidas curativas como trepanaciones (heridas en el cráneo para que “huyera el mal”) o amputaciones sin empleo de anestesia. Dos ejemplos de esto son el esqueleto de un anciano Neandertal encontrado en Shanidar Cave –que padecía un estado avanzado de artritis, tenía un brazo amputado y una herida en la cabeza-, y los restos de un hombre con artritis grave en Chapel Aux Saints. Del periodo Neolítico se conservan vasijas y pinturas en donde se pueden apreciar personas con escoliosis, acondroplasia o con miembros amputados (Valencia, 2014, p 5).

Ahora bien, las marcadas diferencias culturales, religiosas y políticas, determinaron el tratamiento que recibieron las personas con discapacidad en el mundo. Aunque la tendencia general fue el abandono y la eliminación física de dicha población, esta situación se matizó en razón de la idiosincrasia de cada pueblo. Egipcios y hebreos, particularmente, discriminaron a este grupo demográfico a causa de su “debilidad”, aunque sobre este punto, con ocasión de sus creencias religiosas, el tratamiento fue variable. Por ejemplo, los hebreos consideraban a la discapacidad, en palabras del autor en comentario

[...] como una “marca del pecado”, por lo que las personas con discapacidad presentaban serias limitaciones en el ejercicio de las funciones religiosas. En el Levítico (21: 17- 21) se señala que “si alguno de tus descendientes tiene algún defecto físico, no podrá acercarse a mi altar para presentarme las ofrendas que se queman en mi honor. No podrá ser sacerdote nadie que sea ciego, bizzo, cojo, manco, jorobado, enano o que esté deforme, que tenga alguna enfermedad en la piel o que tenga los testículos aplastados. Los que tengan alguno de estos defectos podrá

participar de las mejores ofrendas que los israelitas me presentan, pero no podrán entrar más allá de la cortina del santuario, ni podrán acercarse a mi altar. Si lo hicieran mi santuario quedaría impuro”. Pero a diferencia de otras religiones, el Judaísmo prohibía el infanticidio e institucionalizaba la caridad, como lo harían más tarde las religiones que de ella derivan: el Cristianismo y el Islam. Esto se debe a que su economía no era particularmente rica sino que se basaba en la cría de ovejas y cabras, y en el comercio. En una sociedad de este tipo, las personas con discapacidad contribuían de alguna forma al bienestar de la sociedad¹⁰. (Valencia, 2014, p. 5-6).

Por otra parte, africanos y asiáticos también concurren, al igual que otras culturas, a la eliminación física y al abandono. Excepcionalmente, algunas comunidades dieron tratamientos diferentes y especiales, hasta el punto de reconocerles poderes divinos o sabiduría a las personas con discapacidad (Valencia, 2014, p. 6).

El autor agrega que una situación particular se conoce de la antigua China, en donde pese a la propuesta de Confucio de amabilidad y responsabilidad moral frente a los discapacitados, esa misma sociedad, con motivo de sus profundas tradiciones culturales, practicaba la atrofia de los pies de las mujeres infantiles a través de vendajes por motivos estéticos. Otro caso semejante, relacionado con la opulencia y el estatus social al interior de dicha cultura, también generaba condición de discapacidad entre sus practicantes, así:

[...] se consideraba que las uñas largas eran un símbolo de riqueza, por lo que existía la práctica de atar las manos para que estas crecieran hasta atravesarlas. La persona a quién se le aplicaba este método quedaba como amputada de ambas manos. (Valencia, 2014, p. 5)

Ahora bien, tal vez una de las más complejas situaciones entorno a la discapacidad durante aquellas épocas pretéritas, sea la de las sociedad espartana. Conforme a las más elementales creencias griegas, cultura ésta para la cual la discapacidad constituía un problema estético así como económico, en Esparta se promulgó la Gran Retra, también conocida como Leyes de Licurgo, que “pretendían una mejora racial a ultranza, así como la pertenencia total del individuo al Estado”, lo cual obligaba a que todo aquel que al nacer presentase una deformidad física fuese eliminado (como se cita en Di Nasso, 2011, p 4). Se advierten allí, más que razones culturales, económicas o religiosas, móviles políticos, en razón de la estricta sujeción de los ciudadanos espartanos a un Estado que, como el suyo, tenía por prioridad la defensa militar de su territorio y recursos.

Finalmente, los romanos no fueron ajenos al infanticidio a causa de la influencia griega en su cultura. Sin embargo, esta sociedad presentó prácticas inusuales en torno a los discapacitados. En palabras de Patricia Di Nasso

Es en Roma donde se inicia el ejercicio de la mendicidad como oficio y donde nace la costumbre, tan extendida después, de aumentar las deformidades deliberadamente con el fin de que al ser mayor la compasión fuesen también mayores las limosnas. Esto originó un comercio de niños deformes y deformados a voluntad con distintos tipos de mutilaciones que se va a mantener prácticamente hasta nuestros días (Di Nasso, 2011, p. 6).

Posteriormente en la ciudad italiana, con la asimilación del cristianismo como religión imperial, estas prácticas, así como el infanticidio y el abandono disminuyen y en su lugar se retribuyen con tierras a los soldados afectados por alguna discapacidad y se crean bajo el gobierno de Constantino los llamados “nomocosios”, instituciones “destinadas a dar alojamiento,

manutención y ayuda espiritual a personas con discapacidad que no tuvieran medios de subsistencia” (Valencia, 2014, p. 7).

Personas con discapacidad en la Edad Media.

La Edad Media, como es consabido, se caracteriza por una enorme influencia del cristianismo en todos los ámbitos de la vida pública y privada. La condición de discapacidad, al menos en Occidente, se halla inmersa pues en este contexto religioso. En palabras de Valencia (2014):

Esta etapa de la historia, que se extiende desde la caída del Imperio Romano de Occidente en el año 476 hasta la toma de Constantinopla por los otomanos en 1453, se caracteriza por la influencia del cristianismo en todos los aspectos de la vida política, económica, social y cultural. Surgido como movimiento de renovación del judaísmo durante el Imperio Romano, el cristianismo fue en un primer momento una religión de “quienes carecían de privilegios” (esclavos, mujeres, personas con discapacidad) y por lo tanto, las obras benéficas que realizaba eran fundamentales para su capacidad de atracción y supervivencia en una época de persecución por parte de las autoridades. Esto cambió hacia el año 313 cuando el emperador Constantino admitió al cristianismo como religión autorizada inspirado en el mantenimiento de la idea romana de la necesidad de un fundamento religioso para el Estado. Más tarde Teodosio (346- 395) la declaró religión oficial del Imperio (Valencia, 2014, p. 7).

Para Valencia (2014) y Di Nasso (2011), durante la edad media adquieren relevancia dos características fundamentales del judaísmo, a saber; la prohibición del infanticidio y la discapacidad como “marca del pecado”, las cuales con posterioridad habrían de confluir al desarrollo de una moral cristiana ambigua, debatida entre la caridad y la discriminación, de tal suerte que los discapacitados, sin importar la naturaleza de su discapacidad, o bien era exhibidos para divertimento de las gentes o para persuadirlas con el fin de evitar en ellas el pecado y su respectivo castigo divino, sobre la base escolástica de que su discapacidad surgía de una posesión sobrenatural o demoniaca, acreedora de exorcismos; o bien eran tomados los discapacitados por sujetos “anormales” y “miserables”, objetos de la caridad expiatoria de los cristianos.

Bajo este contexto, Según Valencia (2014), tienen lugar la cacería de brujas y herejes contra personas “con enfermedades psíquicas o neurológicas tales como histeria, esquizofrenia, epilepsia o coreas (“Mal de San Vito”), por considerarlas poseídas o endemoniadas, a las que había que practicarles exorcismos. Muchas de ellas fueron a parar a la hoguera”.

Por su parte, con relación al incremento de la población con discapacidad, así como de los tratamientos que ésta recibió a raíz de la asimilación del cristianismo en todas las esferas del poder y de la vida privada de las gentes, Hernández Gómez (2001) explica:

[...] el número de discapacitados aumentó considerablemente debido a las invasiones, fundamentalmente la árabe, y las Cruzadas, así como a las innumerables epidemias que azotaron a Europa. De esta manera se inicia una larga e importante etapa en la historia del discapacitado, como es el asilo y socorro en los centros y comunidades religiosas. Pronto nace, sin embargo, la idea de atribuirles actos de

hechicería y brujería por pactos hechos con Satanás, creencia que les consigue el odio y la animadversión generales. Se incrementa también de modo fabuloso la explotación de la mendicidad como negocio y, por tanto, la mutilación de niños nacidos incluso sin ninguna alteración. De bien poco sirven a este respecto los esfuerzos de legisladores bien intencionados, que entre nosotros se remontan a Alfonso X el Sabio, continuando a través de Pedro II y Enrique II, quienes especificaron que los mendigos “robustos y voluntarios” fuesen expulsados y no recibiesen limosna (Di Nasso, 2011, p. 11).

Afirma también, Hernández Gómez (2001), que en otras latitudes geográficas la situación para los discapacitados no era mejor, o muy diferente, toda vez que las distintas tribus americanas y del Pacífico los abandonaban al no poder valerse por sí mismos cuando la supervivencia del grupo así lo demandaba. Sólo los indios norteamericanos Pies Negros, constituyeron una excepción a esta tendencia, al sacrificar el interés común para cuidar de sus miembros impedidos.

No obstante lo anterior, también cabe mencionar que el trato de las personas con discapacidad en el Medioevo fue variable de acuerdo al contexto social donde ellas se desarrollaran o conforme a la naturaleza y características de su discapacidad. Así lo afirma Antonio León Aguado Díaz (1995):

También en el Medioevo van a tener lugar algunos acontecimientos que tendrán como beneficiarios a los discapacitados físicos y sensoriales. En cuanto a los sensoriales, en 1260 se produce la creación, atribuida a Luis IX de Francia (1214-1270), del primer centro para ciegos destinado a los 300 soldados que regresan con

problemas visuales de las cruzadas. Un poco antes, tras la batalla de las Navas de Tolosa (1212), los excombatientes que quedan ciegos forman una cofradía en Toledo, a la que el rey castellano Alfonso VIII protege con exenciones y privilegios (48). En el año 685, Juan de Beverley (fallecido en 721) publica un ensayo teórico aislado sobre educación de sordomudos y en la centuria del mil cuatrocientos Rodolfo Agrícola (1433-1485) expone el caso de un sordomudo instruido (p. 49).

En relación con los físicos, debido a las grandes epidemias y a las frecuentes guerras, invasiones, cruzadas, etc., aumenta considerablemente el número de discapacitados de todo tipo, lo cual trae consigo algunas consecuencias también ambivalentes. Por un lado, la mendicidad y el asilo de la iglesia se convierten en prácticamente sus únicas posibilidades de subsistencia. En cualquier caso, las legiones de mendigos llegan a constituir una amenaza social y sobre ellos se descargan las acusaciones de brujería y de posesión de artes diabólicas (p. 68).

Otro acontecimiento favorable a los discapacitados, especialmente a aquellos cuya discapacidad consiste en una limitación física, tienen lugar con ocasión de los heridos de guerra y la pérdida de sus extremidades que éstos sufren en combate. Así continúa explicando el autor

Por otro lado, el incremento de discapacitados físicos, en especial los amputados como consecuencia de heridas de guerra, provoca el desarrollo de la técnica protésica. Las primeras manifestaciones de esta técnica datan de finales de la edad media y principios de la moderna. Así, se suele datar hacia 1400 una prótesis manual de hierro con pulgar rígido y flexión de los restantes dedos. Por aquél entonces aparecen algunos casos famosos, como el general Hugonote mano de hierro y el

pirata Barbarroja, con su prótesis de mano. Asimismo, Hernández Gómez (1977) menciona otra mano artificial del siglo XV, más admirable por su funcionalidad, que, a través de un pequeño engranaje y una polea accionados por la flexión y extensión del codo, permite la flexión y el bloqueo de los dedos. Finalmente, a principios del mil quinientos, concretamente en 1509, se fabrica la mano de hierro del caballero Gotz von Berlinghingen, construida por un herrero y conservada en el museo de Nuremberg (Aguado, 1995, p. 70)

Finalmente, sólo hasta principios del siglo XV, Occidente conocería las primeras instituciones psiquiátricas, siendo la primera de ellas el Hospital de Santa María de los Ángeles, cuya fundación la encabezó Juan Gilberto Jofré en 1409. En adelante, al menos en España se instituirían varios de estos establecimientos, especialmente dirigidos a la curación de heridos y prisioneros de guerra, esclavos y desvalidos (Valencia, 2014). Lo anterior, aunado a otras circunstancias concomitantes como las que han sido referidas atrás, y otras posteriores de gran calado, aun cuando no significó una nueva y radical concepción entorno a la discapacidad, sí abrió las puertas para un nuevo período más dinámico, acucioso y profundo en la comprensión de la misma.

Personas con discapacidad en el Renacimiento.

Durante el Renacimiento, época de expansión cultural a raíz de los nuevos comercios y la invención de la imprenta, así como de complejos fenómenos sociales y religiosos, tiene lugar un

silente pero valioso cambio de perspectiva frente a la discapacidad. Así lo concluye Aguado Díaz (1995)

El Renacimiento supone el debilitamiento del feudalismo y del Papado, el auge de los nacionalismos, de la burguesía ciudadana y la creación del estado moderno. Por lo que concierne a nuestros intereses, aporta el humanismo y el culto a la belleza y atrae el interés por el cuerpo y por su anatomía, lo que provoca el desarrollo de la cirugía, en general, y de la cirugía ortopédica, en particular, a la vez que mejora la medicina. Persisten la mayoría de las ideas y prácticas medievales, pero se introducen las primeras brechas a la inmutabilidad de la enfermedad y deficiencia mentales y de otras discapacidades: no todos se presentan en el mismo estado, algunos pueden mejorar. (p.70)

Para Valencia (2014), dos fenómenos en el período renacentista tuvieron grandes implicaciones en torno la discapacidad, ellos son: el descubrimiento e invasión de América y la reforma Luterana. Al primero se refiere Valencia para enfatizar en que aquel proceso colonizador por parte de las potencias europeas, significó el acrecimiento de personas con discapacidad en este continente y en el africano, ello en razón de las guerras de colonización y la explotación de los hombres y mujeres amerindios y del continente madre. Respecto al segundo, comenta:

El otro elemento fue la reforma protestante que no representó un alivio para las personas con discapacidad. Martín Lutero (1483- 1546) y Joan Calvino (1509- 1564) las denunciaban como “habitadas por el demonio”. El primero llegó a ordenar la ejecución de un niño con discapacidad mental. En las ciudades reformadas de Hamburgo y Frankfurt existían las “jaulas de los idiotas”. Los puritanos fundadores

de las colonias inglesas en Norteamérica le asignaban el papel de bufón o “tonto del pueblo” a quienes tuvieran discapacidad mental (Valencia, 2014, p.11).

Huelga decir finalmente que, con independencia de los detalles que hayan rodeado la variación de perspectiva respecto a la discapacidad, lo cual cualitativamente constituiría otra línea de investigación, lo cierto es que el Renacimiento representó para lo sucesivo el primer aliento humanista en la búsqueda de nuevas preguntas acerca del cuerpo y sus enfermedades físicas y psíquicas. Especialmente sobre estas últimas se enfocaría la modernidad, fundamento a partir del cual el siguiente apartado recopila someramente los hechos más relevantes de la época moderna.

La discapacidad en la modernidad: modelos conceptuales

Con el mismo propósito ilustrativo de los acápites antecedentes, se desarrollará aquí, de manera informativa y sintética, una contextualización de lo que en épocas más recientes de la historia humana se ha entendido por discapacidad. Dada la vastedad de estudios que con posterioridad al Renacimiento han sido desarrollados en las diferentes áreas médicas o terapéuticas, como la psiquiatría, la psicología y la ortopedia, en lo ulterior se hará un condensado repaso por las escuelas más influyentes y las circunstancias más determinantes que habrían de influir en el conocimiento actual de la condición de discapacidad, hasta lograr un acercamiento conceptual al consenso que hoy por hoy, en cabeza de la Organización Mundial de la Salud –OMS- , se ha logrado en torno a la definición y caracterización de las diferentes tipologías de la misma.

Se tiene pues que para Valencia (2014), la naciente burguesía en Europa comenzó a interesarse por las personas con discapacidad, especialmente por aquellas que padecían sordera o eran sordomudas; sin embargo, las personas con discapacidades mentales fueron relegadas a centros de enclaustramiento. Di Nasso (2011), a su vez, arguye que en virtud de la revolución francesa, la condición de incapacidad tuvo otro enfoque, a partir del cual las personas con discapacidad fueron consideradas sujetos de asistencia por parte del Estado. La revolución industrial, los avances científicos propiciados por el humanismo renacentista, la consolidación de las universidades y la desteologización del conocimiento, puede concluirse, también alentaron el descubrimiento del entonces novísimo continente médico que supuso un cambio paradigmático que Aguado-Díaz (1995) advierte como el paso de “un modelo demonológico a un modelo organicista y biologicista, de la idea de pecado a la de enfermedad” (p.78).

Sobre este cambio paradigmático hacia una perspectiva biologicista, discurrirá la historia moderna hasta nuestros días. Desde entonces han sido transitados inconmensurables senderos académicos por parte de ciencias y disciplinas de todo orden. Sin embargo, dado que no es el propósito de esta investigación recorrer esos caminos o cuestionar los mismos, en adelante se expondrán someramente dos de los modelos conceptuales más sólidos que han sido el producto de los estudios más recientes. Ellos son el modelo médico y el modelo social.

Mónica Isabel Hernández Ríos (2015), se refiere a esos dos grandes modelos de conceptualización de la discapacidad, contruidos a partir de la superación de la histórica barrera religiosa que demonizaba a los discapacitados en los términos en que se explicó en los acápites anteriores. Escribe la autora, citando a Ripollés (2008)

En el modelo médico las causas que justifican la discapacidad ya no son religiosas sino, científicas, se alude a la discapacidad como enfermedad y se considera que la

persona con discapacidad puede aportar a la sociedad siempre y cuando sean rehabilitadas y logren parecerse a las demás, para tener valor como personas (Como se cita en Hernández, 2015, p. 49).

El tratamiento social otorgado en este modelo se basa en una actitud paternalista y caritativa porque las personas con deficiencias tienen menos valor que el resto, por eso la educación especial se concibe como una de las mejores herramientas de normalización de la persona con discapacidad.

A su vez, respecto al modelo social, afirma la investigadora con fundamento en Soane (2011) y Ripollés (2012).

En este modelo la discapacidad ya no es un atributo de la persona sino el resultado de las relaciones sociales y se resalta la importancia de los aspectos externos y de la dimensión social en la definición y el tratamiento de la discapacidad. Este modelo trajo como consecuencia positiva la influencia en la creación de políticas sociales y legislativas en contra de la discriminación de las personas con discapacidad.

Las principales características de este modelo tienen que ver con que las causas de la discapacidad no son religiosas, sino sociales y las limitaciones individuales de las personas no son el problema, sino las limitaciones impuestas por la sociedad para garantizarle las necesidades. Además que las personas con discapacidad pueden contribuir a la sociedad en la medida que sean incluidas y aceptadas socialmente (Como se cita en Hernández, 2015, p. 49).

Cada uno de estos modelos, como es natural, es el resultado de procesos académicos que aún hoy tienen lugar al interior de la sociedad civil. Dilatados procesos que, protagonizados por

distintas ramas del saber, confluyen sin embargo para sentar las bases de la discusión contemporánea. Al interior de este escenario, organizaciones internacionales de todo orden han construido, sin que esté exento de controversia, un consenso ampliamente consentido a cerca de la discapacidad y sus alcances conceptuales.

Conceptualización contemporánea de la discapacidad: Organización Mundial de la Salud.

Como se advirtió anteriormente, el proceso de conceptualización de la discapacidad ha estado siempre determinado por factores económicos, sociales, culturales e incluso religiosos. Esto no ha sido ajeno a la historia contemporánea de este proceso. Sin embargo, desde bien entrado el siglo XX la discusión acerca de las deficiencias, limitaciones, impedimentos, anomalías, enfermedades y posteriormente discapacidades ha estado circunscrita, al menos en el ámbito internacional, al campo médico o científico. Esto, como se explicó, con ocasión de la ruptura paradigmática que poco a poco se concretó en el modelo biologicista – médico, después del Renacimiento. Este modelo se concretó mundialmente en 1980 en la Clasificación Internacional de Deficiencias, Discapacidades y Minusvalías de la OMS.

Sin embargo, esta clasificación, en palabras de Hernández Ríos (2015) es insuficiente por cuanto “omite y no trata de manera adecuada factores individuales y sociales relevantes en la determinación de la discapacidad, dando origen al modelo social que pretende corregir lo que quedó faltando en el médico” (p.49)

En su lugar, la Organización Mundial de la Salud diseña en 2001 una nueva síntesis llamada Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y la Salud –CIF-, cuyo espíritu busca conciliar ambos modelos, el médico y el social, que conjugados constituyen a su vez el modelo biopsicosocial. Esta nueva clasificación representa el insumo primario a partir del cual se nutren no sólo las investigaciones acerca de la discapacidad, sino también todas las políticas públicas al interior de los Estados y los programas mundiales adelantados por las organizaciones internacionales.

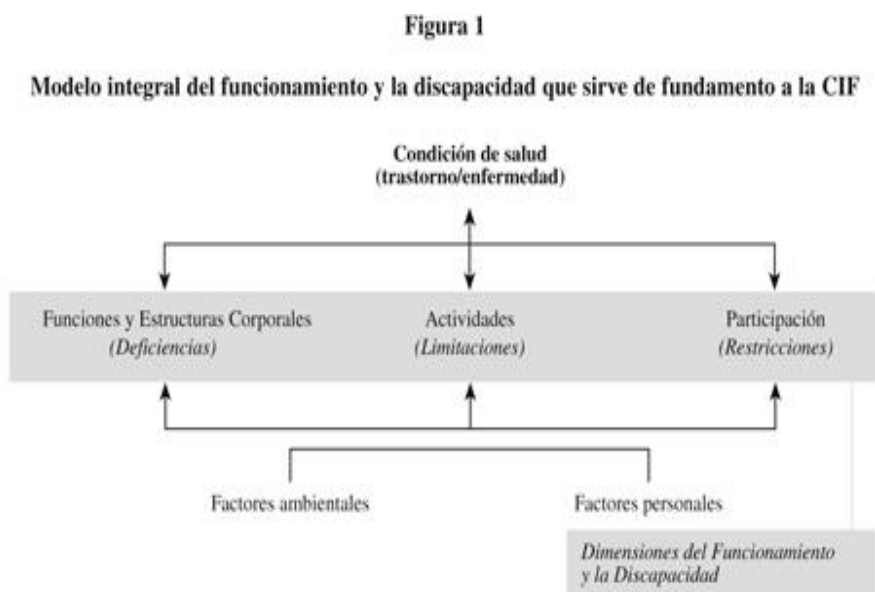
A continuación, se refieren los aspectos más importantes de la Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y la Salud –CIF-, con base en el texto Funcionamiento y discapacidad: la clasificación internacional del funcionamiento del año 2009.

Modelo conceptual de la CIF.

Juan Antonio Fernández López, María Fernández Fidalgo, Reed Geoffrey, Gerold Stucki y Alarcos Cieza sintetizan en su texto Funcionamiento y discapacidad: la clasificación internacional del funcionamiento (CIF) en el 2009, el informe Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y la Salud –CIF-, diseñado por la OMS en el año 2001 en los siguientes términos:

Como se muestra en la figura 1, la CIF está basada en un modelo integral del funcionamiento, la discapacidad y la salud. Consta de tres componentes esenciales. El primero de ellos, funciones y estructuras corporales, tiene que ver con las funciones fisiológicas/psicológicas y los elementos anatómicos, y es su ausencia o alteración lo que concebimos como deficiencias en las funciones y las estructuras. El

segundo componente, la actividad, se refiere a la ejecución individual de tareas y las dificultades que tiene una persona para realizarlas son las limitaciones. El tercer componente, la participación, se refiere al desenvolvimiento de las situaciones sociales y los problemas que el individuo experimenta en tal desenvolvimiento constituyen las restricciones (p. 777)



Fernández López, Fernández Fidalgo, Geoffrey, Stucki y Cieza (2009) ahondan en su explicación sobre la discapacidad, el funcionamiento y la incidencia de los factores contextuales y ambientales:

Los tres componentes están integrados bajo los términos funcionamiento y discapacidad y dependen tanto de la condición de salud como de su interacción con los factores personales y ambientales. Discapacidad es el término genérico que incluye déficits, limitaciones y restricciones e indica los aspectos negativos de la

interacción entre el individuo (con una condición de salud dada) y sus factores contextuales (factores ambientales y personales). Por el contrario, funcionamiento es el término genérico que incluye función, actividad y participación, indicando los aspectos positivos de esa interacción. Son las dos caras de una misma moneda dependiente de la condición de salud y de la influencia de los factores contextuales.

Los factores contextuales pueden ser externos (ambientales) o internos (personales). Ambientales son las actitudes sociales, las características arquitectónicas, el clima, la geografía, las estructuras legales y sociales, etc. Personales son la edad, el sexo, la biografía personal, la educación, la profesión, los esquemas globales de comportamiento, el estilo coping, el carácter, etc.

El impacto de los factores contextuales es tan importante que respecto al funcionamiento pueden actuar como facilitadores o como barreras. Hasta la fecha se han podido clasificar los factores ambientales mientras que los factores personales están en vía de serlo (p. 778).

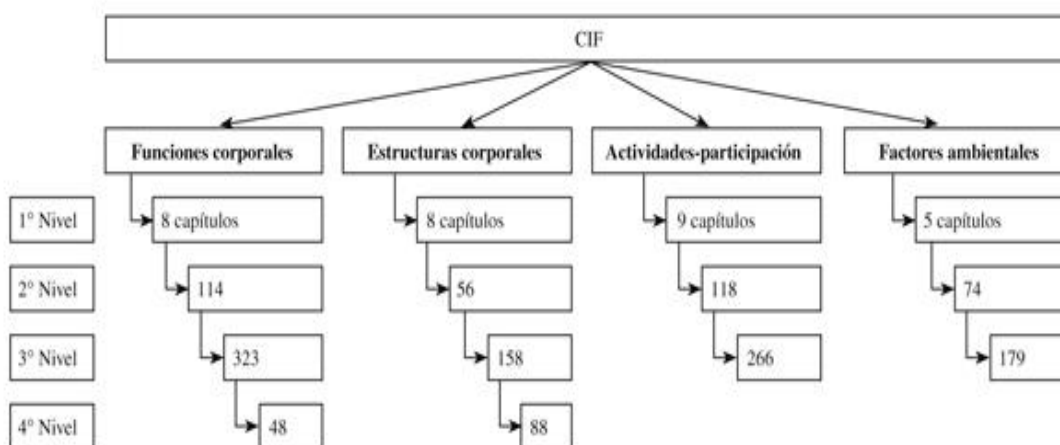
Por otra parte, ahora refiriéndose a Estructura operacional de la CIF, desde una perspectiva integral del modelo, discriminan las categorías operacionales, advirtiendo que los factores personales permanecen sin clasificar hasta el momento:

Desde la visión integral de este modelo, el nivel personal de funcionamiento es algo complejo con múltiples determinantes e interacciones que ejercen sus efectos a múltiples niveles e incluyen diferentes dimensiones⁷. Los componentes de las funciones y estructuras corporales, las actividades, la participación y los factores ambientales están clasificados en la CIF mediante categorías. [...] Hoy por hoy la CIF consta de 1.424 categorías mutuamente excluyentes que tomadas en conjunto

cubren un espectro exhaustivo e integral de la experiencia humana y que están organizadas como una estructura jerárquica de 4 niveles diferenciados de menor a mayor precisión.

Figura 2

Estructura y distribución de las 1.424 categorías de la CIF en sus cuatro componentes y niveles jerárquicos



Las categorías de la CIF están indicadas por medio de códigos alfanuméricos con los cuales es posible clasificar funcionamiento y discapacidad, tanto a nivel individual como poblacional. Un ejemplo de la estructura jerárquica es el siguiente:

Capítulo/1º Nivel	b2	Funciones sensoriales y dolor
2º nivel	b280	Sensación de dolor
3º nivel	b2801	Dolor en una parte del cuerpo
4º nivel	b28013	Dolor de espalda

Por su parte, los factores ambientales son cuantificados con una escala negativa o positiva que indica la medida en la cual un factor ambiental actúa como barrera o facilitador:

0 – No barrera	0 – No facilitador
-1 – Barrera Leve	+1 – Facilitador Leve
-2 – Barrera Moderada	2 – Facilitador Moderado
-3 – Barrera Severa	+3 – Facilitador Severo
-4 – Barrera Completa	+4 – Facilitador Completo

Fuente:(Fernández et al, 2009).

De esto modo, de acuerdo con los investigadores en comento, se estandariza la medición de la funcionalidad, la discapacidad y la salud. Como lo señala la Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y la Salud –CIF, entre otras aplicaciones, dicha medición estandarizada es útil “como herramienta clínica – en la valoración de necesidades, para homogeneizar tratamientos con condiciones específicas de salud, en la valoración vocacional, en la rehabilitación y en la evaluación de resultados” (Reyes, 2014, p.11).

En el mismo texto, Fernández López, Fernández Fidalgo, Geoffrey, Stucki y Cieza (2009), dimensionan el alcance de la CIF:

La CIF complementa los indicadores que tradicionalmente se han utilizado para medir la mortalidad o las enfermedades³. Esta complementariedad se hizo necesaria porque tales datos no recogen adecuadamente los resultados de salud en individuos o poblaciones (por ejemplo, los diagnósticos por sí solos no explican lo que son capaces de hacer las personas que padecen las enfermedades, cuál es su pronóstico, qué necesitan o cuál es el coste de sus tratamientos). En este sentido la CIF es útil para evaluar el diferencial existente entre el funcionamiento real y el potencial del enfermo (con ayuda de los calificadores). Asimismo identifica facilitadores y/o

barreras ambientales que deben ser objeto de intervención y sirve de guía para la evaluación multidisciplinaria de personas con una determinada patología.

El uso de categorías CIF en la descripción del funcionamiento de las personas ofrece una excelente oportunidad para mejorar la comunicación médico-paciente acerca del nivel de función y de los objetivos terapéuticos. También es muy útil en la evaluación multidisciplinaria del proceso rehabilitador y en las evaluaciones de expertos legales. En algunos países desarrollados ha sido introducida -la CIF y su modelo de discapacidad-, en las políticas legislativas y sociales de diferentes sectores. En este sentido la OMS está promoviendo su uso en servicios como la educación, el trabajo, los seguros o la estadística sanitaria. Se espera que en el futuro se convierta en un estándar mundial para datos de discapacidad y un modelo de política social, favoreciendo la introducción de legislaciones adecuadas en muchos países del mundo (p. 781).

De lo anterior, es posible inferir la trascendencia del enfoque biopsicosocial, dado que no se limita, como el modelo biologicista, exclusivamente a la rehabilitación médica del paciente, pero tampoco prescinde de la valoración médica aun cuando reconoce la existencia de factores sociales o ambientales y personales de especial consideración en la persona con discapacidad. Finalmente, los autores del texto guía concluyen:

En resumen, la CIF -como marco de la OMS para la salud y la discapacidad-, es la base conceptual para la definición, medición y formulación de políticas de salud y discapacidad. Abarca la mayoría de los aspectos del funcionamiento, la discapacidad y la salud relevantes para los pacientes y que son objetivos de la intervención sanitaria y social. Asimismo, como base esencial para la estandarización de datos

mundiales, relacionados con el funcionamiento y la discapacidad, constituye la clasificación universal de referencia para su uso en el campo de la salud y los sectores relacionados (Fernández et al, 2009, p. 782).

Definición de la discapacidad en el marco de la CIF y la OMS.

Actualmente, la OMS, fundamentada en la Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y la Salud –CIF-, conceptúa sobre la discapacidad como sigue:

[...] es un término general que abarca las deficiencias, las limitaciones de la actividad y las restricciones de la participación. Las deficiencias son problemas que afectan a una estructura o función corporal; las limitaciones de la actividad son dificultades para ejecutar acciones o tareas, y las restricciones de la participación son problemas para participar en situaciones vitales.

Por consiguiente, la discapacidad es un fenómeno complejo que refleja una interacción entre las características del organismo. (OMS, página web, s.p)

Ese es pues el resultado dialéctico entre los modelos médico y social modernos en torno a la discapacidad. A partir de este concepto amplio e integral, la OMS y las organizaciones sociales materializan el enfoque biopsicosocial en boga durante las últimas décadas. Al igual que en los años 80's, la definición comprende una noción tripartita que, sin embargo, no se traduce en comprensiones estrictamente médicas encaminadas a la eventual rehabilitación, sino que incluye además factores contextuales respecto al individuo, la sociedad en que éste se desarrolla y la idoneidad de ésta para incluir a la población con discapacidad y materializar su participación.

Las limitaciones y restricciones, se advierte, superan la esfera del individuo e implican a la sociedad en que éste habita y se desenvuelve.

Enfoque de derechos: un novísimo modelo conceptual de la discapacidad.

A propósito del avance que ha significado en la conceptualización de la discapacidad la escuela biopsicosocial, es menester abordar, de un modo sugerente, un novísimo enfoque que se abre camino gracias a la reciente Convención de Derechos Humanos de las personas con discapacidad (ONU, 2006). Se trata del llamado Enfoque de derechos. Apoyada en Seoane (2011), Hernández Ríos se refiere al mismo de la siguiente forma:

Con la Convención surge el denominado enfoque de derechos, como propuesta teórica normativa que armoniza el modelo médico y el modelo social; este enfoque significa un reconocimiento de los derechos de las personas con discapacidad en razón de su dignidad humana; culminando normativamente el proceso de humanización de la persona con discapacidad como un sujeto titular de derechos, obligaciones y sujeto de relaciones jurídicas. Este modelo de derechos es una propuesta conceptual diferente para el tratamiento del concepto de discapacidad (Citado en Hernández, 2015, p. 55)

Este enfoque será retomado más adelante para introducir el debate sustantivo correspondiente a otros capítulos de este proyecto de investigación, razón por la cual en este acápite apenas se esboza de modo orientativo.

Capítulo II: Régimen jurídico sobre la discapacidad en Colombia

Antecedentes normativos internacionales en torno a la discapacidad

Como se explicó en capítulos anteriores, la conceptualización de la discapacidad en lo corrido de la historia ha sido controversial en tanto ha estado ligada intrínsecamente a los diferentes modelos de sociedad, creencias religiosas, momentos económicos y políticos y la idiosincrasia de cada pueblo. En el ámbito internacional, sólo hasta la segunda mitad del siglo XX no se desarrollarían programas y políticas comunes, sobre conceptos y definiciones compartidos, para afrontar la discapacidad, especialmente aquella producida como efecto de los dos períodos de guerra experimentados en el mundo. Como antecedente basilar de la normativa internacional sobre la discapacidad, se tiene la Declaración Universal de los Derechos Humanos (ONU, 1948), mediante la cual “se confieren derechos iguales y se reconoce la dignidad intrínseca e inalienable de todo ser humano” (Ortiz, 2015, p.17). En cabeza de este mecanismo internacional se ha desarrollado una serie de instrumentos internacionales cuyo propósito es la protección y el tratamiento de la discapacidad en el mundo, hasta culminar finalmente con la promulgación de la Convención de Derechos Humanos de las personas con discapacidad (ONU, 2006).

Antes de llegar a este punto, internacionalmente se promulgaron otras declaraciones e instrumentos que, sin estar dirigidos exclusivamente a la protección, tratamiento e inclusión de las personas con discapacidad, de modo incontestable sí contribuyeron a alcanzar estos objetivos. A continuación, se reproduce con base en información recopilada por el Ministerio de Salud de Colombia (Minsalud, 2015), un cuadro cronológico ascendente de los instrumentos y declaraciones internacionales en torno a la discapacidad, a partir de la Declaración de los Derechos Humanos de 1948 y finalizando con la promulgación de la Convención de 2006.

ORGANIZACIÓN	NORMA	AÑO	FUNDAMENTO
ONU	Convención de Derechos Humanos de las Personas con Discapacidad	2006	Se aprueba la Convención de las Personas con Discapacidad adoptada por la Asamblea general de las Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006
PAISES IBEROAMERICANOS	Declaración de Cartagena	2002	Sobre las Políticas Integrales para las Personas con Discapacidad en el área iberoamericana.
PAISES IBEROAMERICANOS	Declaración de Caracas	2001	Los Estados miembros se comprometen a aunar esfuerzos para crear y actualizar el ordenamiento jurídico a favor de las personas con discapacidad
OMS	Clasificación internacional del funcionamiento de la discapacidad y la salud CIF	2001	Clasificación internacional del funcionamiento de la discapacidad y la salud CIF
OEA	Convención Interamericana para la	2000	Convención Interamericana para la Eliminación de todas

	Eliminación de todas formas de discriminación contra las personas con discapacidad		formas de discriminación contra las personas con discapacidad
PANAMA	Declaración de Panamá	2000	La Discapacidad un asunto de Derechos Humanos: El Derecho a la equiparación de oportunidades y el respeto a la diversidad
ONU	Convención Interamericana para la Eliminación de todas formas de discriminación contra las personas con discapacidad	2000	Convención Interamericana para la Eliminación de todas formas de discriminación contra las personas con discapacidad
ONU	Principios para la protección de los enfermos mentales y para el mejoramiento de la atención en salud mental.	1991	Principios para la protección de los enfermos mentales y para el mejoramiento de la atención en salud mental.
ONU	Declaración sobre las personas sordo ciegas.	1979	Declaración sobre las personas sordo ciegas.
ONU	Declaración de los	1975	Declaración de los

	Derechos de los impedidos.		Derechos de los impedidos.
ONU	Declaración de los Derechos de las Personas con retardo mental	1971	Declaración de los Derechos de las Personas con retardo mental
ONU	Declaración Universal de los Derechos Humanos	1948	Declaración Universal de los Derechos Humanos

Así, se puede colegir de dicho cuadro que la aparición desde 1948 de dichos instrumentos y declaraciones ha estado marcada por el modelo biologicista y el modelo social, hasta finalmente concluir, como se verá más adelante, en la Convención de Derechos Humanos de las personas con discapacidad de 2006, de cuyo espíritu emana el nuevo Enfoque de Derechos (Hernández, 2015, p. 50).

Sistema Interamericano de Derechos Humanos en el marco de la OEA.

Al circunscribirse en un ámbito territorial y político más específico cual es el latinoamericano, cabe comentar un importante instrumento nacido en el seno de la Organización de Estados Americanos – OEA- con fundamento en la Convención Americana de Derechos Humanos – CADH: la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (1999). Este instrumento constituye el esfuerzo más encomiable al interior del Sistema Interamericano de Derechos Humanos en aras de garantizar a plenitud los derechos humanos de las personas con discapacidad.

*Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de
Discriminación contra las Personas con Discapacidad (CIPCD, 1999)*

Esta convención se traza como objetivos en su artículo segundo “la prevención y eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad y propiciar su plena integración en la sociedad” (CIPCD, 1999, Art. II).

Para los efectos de este proyecto de investigación, se hará especial referencia a algunos aspectos que prestan suma relevancia con relación a la discapacidad en el marco de las relaciones laborales y el acoso laboral. Inicialmente, es menester destacar que pese a ser un instrumento anterior a la propia Clasificación Internacional de la Funcionalidad, la Discapacidad y la Salud – CIF- (2001), en su definición de discapacidad consagrada en el artículo 1^{ro}, numeral 1^{ro}, comprende elementos característicos del conocido como modelo Biopsicosocial:

1. Discapacidad

El término "discapacidad" significa una deficiencia física, mental o sensorial, ya sea de naturaleza permanente o temporal, que limita la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, que puede ser causada o agravada por el entorno económico y social (CIPCD, 1999).

Términos empleados en la Convención como “deficiencia”, “limita” o la expresión “entorno económico y social” denotan la coexistencia, ya para entonces, aunque sea de manera preliminar y tentativa, del modelo biologicista y el modelo social, lo que permite advertir, al interior del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, la aprehensión precoz del modelo biopsicosocial, que en los primeros años del siglo XXI sería el paradigma orientador en Colombia de la política pública en materia de discapacitados.

Ahora bien, del acuerdo convencional también se deduce sobre la materia específica de este trabajo, cual es el acoso laboral en personas con discapacidad, el propósito de erradicar esta problemática, en el contexto de la eliminación de la discriminación y la promoción de la integración en cabeza de los Estados partes. Así, se lee en el artículo 1^{ro}, numeral 2^{do}, literal a:

2. Discriminación contra las personas con discapacidad.

a) El término “discriminación contra las personas con discapacidad” significa 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 (CIPCD, 1999) (negrilla fuera de texto).

También en su artículo III, numeral 1^{ro}, literal a), se lee:

Artículo III

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

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

a) Medidas para eliminar progresivamente la discriminación y promover la integración por parte de las autoridades gubernamentales y/o entidades privadas en la prestación o suministro de bienes, servicios, instalaciones, programas y actividades,

tales como el empleo, el transporte, las comunicaciones, la vivienda, la recreación, la educación, el deporte, el acceso a la justicia y los servicios policiales, y las actividades políticas y de administración;

Respecto al modelo o enfoque sobre la discapacidad imperante en la CIPCD, es importante mencionar aquí que dicha cuestión a resultado polémica, con ocasión de las diferentes posturas que se alinean en torno a los dos enfoques o modelos representativos que han sido explicados en el desarrollo de este trabajo. No obstante, como ya se manifestó en párrafos anteriores, si bien es cierto que la CIPCD no es plenamente biopsicosocial, sí de manera germinal o precoz, esta Convención amplía la perspectiva médica de rehabilitación, y otorga a la persona con discapacidad su condición de sujeto de derechos. En este sentido escribe Bregaglio (2015):

Si bien no puede decirse que la CIPCD plantea una definición completamente compatible con el modelo médico (en tanto reconoce al entorno como posible factor causante), a diferencia del modelo planteado por la CDPCD (donde la discapacidad surge de la interacción entre la deficiencia y la barrera), la CIPCD posiciona la discapacidad en el individuo, a partir de su deficiencia

[...]

No obstante lo anterior, en una lógica de uniformizar estándares, la CorteIDH ha señalado que, al igual que la CDPCD, la CIPCD tiene en cuenta el modelo social para abordar la discapacidad, lo cual implica que la discapacidad no se define exclusivamente por la presencia de una deficiencia física, mental, intelectual o sensorial, sino que se interrelaciona con las barreras o limitaciones que socialmente existen para que las personas puedan ejercer sus derechos de manera efectiva¹⁵. (p.117-118).

Bregaglio (2015), pone de relieve la importancia de una lectura hermenéutica de la Convención Americana de los Derechos Humanos, la CIPCD y de todas las convenciones que de manera tangencial o principal aborden el tema de la discapacidad al interior del Sistema interamericano, especialmente en el marco de los pronunciamientos de CorteIDH y la Convención de Derechos Humanos de las personas con discapacidad:

[..] es importante tener en cuenta que los sistemas de protección de derechos humanos plantean una interpretación hermenéutica, donde los estándares de uno u otro se interrelacionan a efectos de lograr la interpretación más adecuada para el ser humano. Esto está íntimamente relacionado con el estándar del *corpus iuris* desarrollado por la CorteIDH, y entendido como el conjunto de instrumentos internacionales referidos a la protección de un derecho o grupo social en situación de vulnerabilidad específico. Desde esta perspectiva, sería posible afirmar la existencia de un *corpus iuris* en discapacidad, mediante el cual sería posible hacer una interpretación conjunta (a la luz del modelo social) de la CADH, el artículo 18 del Protocolo de San Salvador, el artículo 9 de la Convención de Belem do Pará, la CIPCD, y la CDPCD. Ello está directamente relacionado con lo establecido en los artículos 29.b) de la CADH que establece que ninguna disposición de dicho tratado puede ser interpretada en el sentido de limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados (Bregaglio, 2015, p.118-120).

Constitución Política colombiana de 1991 y contexto internacional contemporáneo.

Con la promulgación de la Constitución Política de 1991 surge en Colombia una nueva concepción política del Estado con profundas consecuencias en todo el ordenamiento jurídico. El Estado colombiano, bajo la vigencia de esta Carta Suprema, adopta la forma del Estado Social y Constitucional de Derecho. Lo anterior significa que a partir de la promulgación de la nueva Carta, Colombia incluye dentro de sus elementos basilares, además del respeto de las libertades individuales y la defensa de los derechos civiles y políticos clásicos del siglo XIX y XX, la obligación de garantizar a los asociados, a través de acciones positivas contrarias a la clásica abstención de interferir en la vida y la libertad de los ciudadanos, prestaciones encaminadas a la protección de derechos sociales que, aunque desbordan la órbita personal del individuo, finalmente repercuten de manera notable en la satisfacción de sus más elementales derechos. Así lo explica el profesor Luis Villar Borda:

El Estado de derecho es insuficiente para hacer realidad el principio formalmente consagrado de la igualdad, pues el legislador no tiene en cuenta, dentro de tal Estado, las relaciones sociales de poder, convirtiendo así el derecho en una expresión de los más fuertes. Por el contrario, el Estado social de derecho ha de proponerse favorecer la igualdad social real.

Esto trae como consecuencia la obligación de proteger derechos tales como el del empleo, el del arrendatario, el de la mujer y la juventud, el de seguridad social y asistencia médica, etc. [...] Su aplicación puede decirse que comprende principios como el de la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad, derecho a la vida y la integridad personal, igualdad, **prohibición de toda discriminación**,

protección del matrimonio y de la familia , derecho a la vivienda, a la educación, obligación social de la propiedad, derecho a un ambiente sano y derecho a la cultura (Villar Borda, 2007, p. 83) (negrilla fuera de texto).

Aunado a lo anterior, el Estado colombiano se reconoce a través del artículo 4^{to} de su Carta Política como un Estado Constitucional, es decir, uno en el cual la Constitución Política se erige como norma de normas al interior del ordenamiento jurídico. Lo anterior, lo concreta la Corte Constitucional en sentencia SU-747 de 1998, aduciendo que “la norma jurídica fundamental es la Constitución (C.P. art. 4), lo cual implica que toda la actividad del Estado debe realizarse dentro del marco de la última. En esta situación se habla entonces de Estado constitucional de derecho.”

En este contexto, del Estado social y constitucional de derecho, tiene lugar una novísima legislación en Colombia dirigida a la protección e inclusión de las personas con discapacidad, cuya consolidación sin embargo, fue paulatina en el ordenamiento, aunque ciertamente satisfactoria, especialmente si se le compara con la normatividad antecedente a la Constitución de 1991. A partir de esta Carta Política en el país han sido diseñadas múltiples propuestas legislativas que van, principalmente, desde la creación del Sistema Nacional de Discapacitados, la ratificación de la Convención de Derechos Humanos de Personas con Discapacidad (CDPCD, 1999) – mediante la ley 1346 de 2009 – y el CONPES 166 de 2013, hasta la expedición de la ley estatutaria 1618 de 2013, la más reciente propuesta legislativa para sentar en un texto legal de superior jerarquía las bases de la política pública dirigida a personas con discapacidad.

Protección Constitucional a las Personas con Discapacidad.

La protección de las personas con discapacidad en la Constitución Política de Colombia reposa, principalmente, en los artículos 13, 47, 54 y 58, aunque también pueden ser referidas aquí otras disposiciones y apartados de la Carta Superior de las cuales se desprenden también enunciados normativos insoslayables encaminados a tutelar los derechos de este grupo poblacional. Así, se tiene que desde el mismo preámbulo de la Carta el constituyente primario estableció como propósitos del Estado

[...] asegurar a sus integrantes la vida, **la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad** y la paz, dentro de un marco jurídico, democrático y participativo que garantice un **orden político, económico y social justo**, y comprometido a impulsar la **integración** de la comunidad latinoamericana. (Negrilla fuera de texto, Constitución Política de Colombia, Preámbulo).

Se advierte que el constituyente traza de manera definitiva el objetivo de buscar la igualdad entre sus ciudadanos, así como también la justicia, el trabajo y la integración, entre otros. Derechos estos especialmente demandados por personas con alguna discapacidad, como consecuencia del frecuente rechazo o asilamiento a los cuales se ven expuestos. El preámbulo de la Constitución, claramente, es el primer referente de protección constitucional de las personas con discapacidad, pues, como ha sido reiterado constantemente por la Corte Constitucional, dicho apartado superior no es accesorio a la Carta, por el contrario la integra y es vinculante a los operadores jurídicos. Así lo expresó esa Corporación

El Preámbulo da sentido a los preceptos constitucionales y señala al Estado las metas hacia las cuales debe orientar su acción; el rumbo de las instituciones jurídicas.

Lejos de ser ajeno a la Constitución, el Preámbulo hace parte integrante de ella. Las normas pertenecientes a las demás jerarquías del sistema jurídico están sujetas a toda la Constitución y, si no pueden contravenir los mandatos contenidos en su articulado, menos aún les está permitida la transgresión de las bases sobre las cuales se soportan y a cuyas finalidades apuntan. El Preámbulo goza de poder vinculante en cuanto sustento del orden que la Carta instauro y, por tanto, toda norma -sea de índole legislativa o de otro nivel- que desconozca o quebrante cualquiera de los fines en él señalados, lesiona la Constitución porque traiciona sus principios." (Sentencia No. C-479/92 Magistrados Ponentes: Doctores JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO y ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO.)

En el mismo sentido, la Corte Constitucional profundizó en 2005

"El Preámbulo da cuenta del sentido político y jurídico que el Pueblo de Colombia le imprimió a la formulación de la Carta Política de 1991; es decir, indica los principios que la orientan y los fines a cuya realización se dirige y por ello no sólo hace parte de ésta como sistema normativo sino que además tiene efecto vinculante sobre los actos de la legislación, la administración y la jurisdicción y constituye parámetro de control en los procesos de constitucionalidad. Y esto es comprensible pues carecería de sentido que una fórmula política y jurídica tan densa de contenidos como la advertida en el Preámbulo, no estuviera llamada a tener implicaciones en los ejercicios de poder subordinados a la teleología en ella señalada." (Mediante Sentencia C-477/05, con Ponencia del Magistrado Jaime Córdoba Triviño)

Por su parte, el artículo 13 superior es tal vez el artículo de mayor preponderancia en cuanto a la protección de personas con discapacidad, lo cual, aunado a su complejidad hermenéutica,

obliga a su detenido análisis. En sentencia T 933 de 2013, la Corte Constitucional conceptúa al respecto

[...] en consonancia con reiterada jurisprudencia de esta Corporación [41], se pueden presentar los siguientes contenidos del derecho a la igualdad. **En primer lugar**, la igualdad formal ante la ley que asegura que todas las personas recibirán la misma protección y trato por parte de las autoridades; **en segundo lugar**, la prohibición de discriminación, dirigida a evitar que se mantenga, agrave o perpetúe la exclusión de grupos tradicionalmente discriminados en la sociedad por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica y; **en tercer lugar** la igualdad de oportunidades o igualdad material, cuya finalidad es superar las desigualdades que afrontan las personas que se encuentran en situación de vulnerabilidad, o que soportan ciertos grupos que son tradicionalmente discriminados o marginados.(Sentencia T-933-13) (Negrilla fuera de texto)

Para el asunto en comento, es importante resaltar de la anterior conceptualización la tercera interpretación del complejo hermenéutico que supone el artículo 13. La igualdad material o igualdad de oportunidades peculiarmente reviste suma importancia, dado que a partir de ella discurren los actuales debates en torno a la condición de discapacidad. La Máxima Corporación ha insistido en que esta dimensión del derecho fundamental a la igualdad supone para el Estado y sus instituciones el desarrollo de *acciones afirmativas*, entendidas como

[...] las políticas o medidas dirigidas a favorecer a determinadas personas o grupos, ya sea con el fin de eliminar o reducir las desigualdades de tipo social, cultural o económico que los afectan [45], bien de lograr que los miembros de un

grupo subrepresentado, usualmente un grupo que ha sido discriminado, tengan una mayor representación [46].”[47] (T-933-13).

En sentencias C-371 de 2000, C-964 de 2003 y C-293 de 2010, la Corte ahonda más en el concepto de *acciones afirmativas* y propone una clasificación tripartita de las mismas, las cuales son explicadas como sigue en sentencia T-387 de 2012. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub:

i) **las acciones de concientización**, encaminadas a la sensibilización con respecto a una problemática, como lo son las campañas publicitarias[51]; (ii) **las acciones de promoción y facilitación**, como lo son, verbi gratia, el apoyo económico a los pequeños productores, las becas y ayudas financieras para estudiantes de escasos recursos y los subsidios en los servicios públicos[52]; y (iii) **las acciones de discriminación inversa o positiva**, que se distinguen por tomar como eje ‘categorías sospechosas’ de discriminación como lo son el sexo o la raza y se producen ante una situación de especial escasez de bienes deseados, como ocurre con respecto a los puestos de trabajo o cupos universitarios, lo que implica que el beneficio que se brinda a ciertas personas, tiene como contrapartida el perjuicio de otras.

Tanto el Preámbulo, como el artículo 13 y las acciones afirmativas subsecuentes al mandato constitucional de especial protección a las personas con discapacidad, finalmente se concretan en el artículo superior 47, el cual obliga al Estado colombiano a adelantar “una política de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a quienes se prestará la atención especializada que requieran”. Este mandato, en el marco del principio de solidaridad del Estado Social y Constitucional de Derecho, implica, consecuentemente, un trato favorable, que en términos de la CDPCD es conocido como **ajuste**

razonable. En sentencia T-823 del 21 de octubre de 1999. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, se explica

“[...] el trato favorable no constituye un privilegio arbitrario o una concesión caritativa. Es, por el contrario, simple cumplimiento del deber constitucional de especial protección al que se ha hecho mención, a fin de lograr que las personas con discapacidad no tengan que sumar a su circunstancia y a la marginación a la que usualmente se ven sometidos, una carga adicional a la que deben soportar el resto de los habitantes de la ciudad. Desconocer esta situación no sólo contradice el postulado mínimo de igualdad sino la más elemental idea de un orden justo” (Corte Constitucional. 1999, M.P. Cifuentes Muñoz)

En un sentido complementario, en sentencia T-207/99 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz), la Corporación aclara que lo anterior, sin embargo, no compromete la inherente responsabilidad ciudadana de las personas con discapacidad, en los términos subsecuentes:

[...] la Corte ha reiterado que el derecho a un trato especial, no llega hasta liberar a las personas con limitaciones de sus deberes ni exonerarlos de manera anticipada por sus faltas. En criterio de la Corte ´en la misma medida en que el Estado y la sociedad les brindan a los discapacitados posibilidades de integrarse a la vida social, los discapacitados adquieren distintos deberes para con las organizaciones política y social, que les podrán ser exigidos como a cualquier otro ciudadano” (Corte Constitucional. 1999, M.P. Cifuentes Muñoz)

Convención de Derechos Humanos de las Personas con Discapacidad (CDPCD).

El 13 de diciembre de 2006, la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas (ONU), adoptó la Convención de Derechos Humanos de Personas con Discapacidad (CDPCD), mediante resolución A/RES/61/106. Dicho instrumento es el primer tratado de Derechos Humanos del siglo XXI y obliga a los Estados suscriptores a proteger y promover los derechos de las personas con discapacidad, así como evitar la discriminación de las mismas.

La CDPCD fue ratificada por el Estado colombiano mediante la ley 1346 de 2009, quedando así integrada la Convención al llamado Bloque de constitucionalidad, figura ésta ampliamente decantada por la jurisprudencia y la doctrina, las cuales coinciden en otorgar iguales jerarquía y operatividad jurídica al texto constitucional y los tratados y convenciones que en virtud del artículo superior 93 se le suman a este.

Así las cosas, la Convención en comento está plenamente vigente en el sistema jurídico colombiano desde la fecha de ratificación, y desde entonces ha irrigado el ordenamiento con su nuevo enfoque socio jurídico en torno a la condición de discapacidad que incluye, entre otros, nueva terminología y nueva principalística orientadoras de los programas y políticas públicas al respecto.

No obstante, en este capítulo, más que inquirir propiamente en este instrumento, se hace una somera referencia al mismo con el propósito de denotar su marcada influencia en el diseño legislativo reciente relativo a la problemática abordada. Así, tal vez el primero de los esfuerzos legislativos recientes influenciados por la CDPCD sea el Sistema Nacional de Discapacidad (SND), creado mediante la ley 1145 de 2007.

El SND fue creado apenas medio año después de la adopción de la CDPCD por parte de la ONU y dos años antes de que esta Convención fuera ratificada por el Estado colombiano. No obstante, la ley 1145 de 2007, especialmente en su capítulo destinado a la consagración de los principios generales, permite entrever no sólo un claro influjo de las conceptualizaciones en torno a la discapacidad establecidas en la CIF, sino que también manifiesta la adopción de algunos de los criterios establecidos en la CDPCD, particularmente en su artículo 3, al consagrar como uno de sus principios generales el *enfoque de derechos*. El texto legal es como sigue

Artículo 3°. Principios generales que orientan la Política Pública Nacional para la discapacidad:

1. Enfoque de Derechos: Énfasis en las personas Y sus relaciones sociales a partir de la unidad entre el sujeto social y el sujeto de derechos (1145 de 2007)

(negritas fuera de texto)

De igual manera, el asentamiento de principios tales como la solidaridad, la equidad y la corresponsabilidad social, también sugieren, ante la ausencia de una expresa referencia al instrumento internacional, que empero éste si fue tenido en cuenta por el legislador colombiano.

Ley 1346 de 2009.

Como ya se enunció en párrafos antecedentes la CDPCD fue ratificada por medio de la ley 1346 de 2009, la cual expresamente materializó por primera vez en Colombia los principios y obligaciones derivados del instrumento internacional.

Tanto la CDPCD como el acto legislativo para su ratificación serán analizados detenidamente en el último capítulo, razón por la cual en este acápite se resaltaré únicamente el valor de su

entrada en vigencia dentro del contexto normativo colombiano. Lo primero que ha de ser señalado, en aras de dimensionar su impacto jurídico, es que la ratificación de ese instrumento de derechos humanos significó un punto de apoyo indiscutido para los operadores jurídicos del país, especialmente en el ejercicio legislativo, el diseño de programas y políticas públicas y para la operatividad administrativa y la administración de justicia. Así lo demuestra su empleo en la fundamentación de las posteriores decisiones judiciales al interior del país, particularmente las proferidas por las altas cortes. Entre estas resoluciones jurisdiccionales se destacan la sentencia C-293 de 2010, la sentencia T-340 de 2010, la sentencia T-1035 de 2010, la sentencia C-606 de 2012, la sentencia C-744 de 2012, la sentencia C-765 de 2012, la sentencia T-933 de 2013 y la sentencia C-021 de 2015.

Ley estatutaria 1618 de 2013.

Ahora bien, la ley estatutaria 1618 de 2013 constituye el último y definitivo aporte del legislador colombiano encaminado a la plena protección de los derechos de las personas con discapacidad. Este texto legal, cuyo carácter estatutario le eleva jerárquicamente sobre las demás disposiciones normativas nacionales, asimila completamente la CDPCD ratificada por Colombia. A diferencia de la ley 1145 de 2007, creadora del Sistema Nacional de Discapacidad (SND), esta legislación sí se refiere expresamente a la Convención y su ley ratificatoria y se propone en concordancia con estas últimas.

Con relación a su carácter estatutario y las consecuencias jurídicas que de él se derivan, es oportuno acudir a la sentencia C-582/99 de la Corte Constitucional, la cual explicita el alcance de esta clasificación legal y su relación con el bloque de constitucionalidad

Es por ello que la jurisprudencia ha señalado que es posible distinguir dos sentidos del concepto de bloque de constitucionalidad. El primero: *stricto sensu*, conformado por aquellos principios y normas que han sido normativamente integrados a la Constitución por diversas vías y por mandato expreso de la Carta, por lo que entonces tienen rango constitucional, como los tratados de derecho humanitario (C.P. arts. 93 y 103). De otro lado, **la noción lato sensu del bloque de constitucionalidad se refiere a aquellas disposiciones que “tienen un rango normativo superior a las leyes ordinarias”, aunque a veces no tengan rango constitucional, como las leyes estatutarias y orgánicas, pero que sirven como referente necesario para la creación legal y para el control constitucional.** (Negrilla fuera de texto) (Corte Constitucional. 1999, M.P. Cifuentes Muñoz

Así las cosas, se da por entendido que esta norma integra el bloque de constitucionalidad, lo cual no significa otra cosa que no sólo está por encima de otras disposiciones legales de menor jerarquía, sino que sus preceptos son de insoslayable observancia por parte de los operadores jurídicos, las instituciones y la sociedad colombianas. Así mismo, su naturaleza estatutaria además tiene una implicación adicional, aunque no menos importante, cuál es su primacía en caso de antinomias o vacíos jurídicos que tengan lugar en el ordenamiento jurídico. Así lo explica la Máxima Corporación en la sentencia en comento:

En este contexto, podría decirse que, en principio, integran el bloque de constitucionalidad en sentido lato: (i) el preámbulo, (ii) el articulado de la Constitución, (iii) algunos tratados y convenios internacionales de derechos humanos (C.P. art. 93), (iv) las leyes orgánicas [3] y, (v) las leyes estatutarias [4]. **Por lo tanto, si una ley contradice lo dispuesto en cualquiera de las normas que**

integran el bloque de constitucionalidad la Corte Constitucional deberá retirarla del ordenamiento jurídico [...]. (Sentencia C-582/99) (Negrillas fuera de texto)

Finalmente, se concluye pues que actualmente en cuanto a la tutela jurídica de las personas con discapacidad, existen principalmente tres instrumentos basilares del orden constitucional, los cuales se comunican entre sí en virtud de la figura del bloque de constitucionalidad, irrigando por completo el sistema jurídico nacional, a saber: la propia Constitución Política de 1991, la Convención de Derechos Humanos de Personas con Discapacidad y la ley estatutaria 1618 de 2013. Lo anterior, se acota, no significa de ningún modo que no exista en el país otra legislación sobre el punto de derecho, sino que en virtud de su rango constitucional y su contenido jurídico, son estas las tres más determinantes y completas.

Huelga decir, para finalizar, que también concurren a la protección de los derechos de las personas con discapacidad los pronunciamientos judiciales en ejercicio de la administración de justicia, pero éstos serán analizados en el capítulo final, especialmente para denotar cómo estos fueron influenciados paulatinamente por el debate internacional y los cambios de paradigmas científicos y jurídicos recientes.

Capítulo III: Sobre el acoso laboral

Las cifras sobre el acoso laboral como fenómeno global han incrementado de manera alarmante en los últimos años, sus múltiples y vagas manifestaciones no permitieron, en principio, incluirlo en la perspectiva estructural de los estudios del trabajo antes de los años noventa (Peña, Ravelo y Sánchez, 2007, p.16), es por esto que su problematización resulta urgente para, en principio, delimitar el acoso laboral en sí y los factores que participan y facilitan el suceso y, de este modo, establecer criterios conceptuales que a su vez permitan prever, impedir, y en último caso, sancionar, estas conductas.

El acoso laboral parece intensificarse en las condiciones que privan hoy en el empleo formal y se vincula a la distribución del poder, el ritmo y la intensidad del trabajo, la productividad en los centros laborales, la competencia entre los empleados (por trabajo, recursos, o acceso a las escasas opciones de desarrollo). El sector formal, pese a ser considerado todavía un sector protegido, se caracteriza por mantener bajos salarios, jornadas intensas, contratos por periodos determinados, subcontrataciones, inestabilidad laboral, embestidas empresariales contra los sindicatos, privatizaciones, precarización del empleo, etc., cuyos contextos favorecen el surgimiento del acoso laboral en las organizaciones. Por tal motivo, desde hace veinte años el acoso psicológico en el trabajo (APT) ha llamado la atención de los analistas, sobre todo en Europa, Canadá y Australia, aunque comienza a ser considerado en otros países (Peña y Sánchez, 2007, p.24)

Esta intensificación permite alertar sobre el fenómeno a distintas perspectivas disciplinarias alrededor del globo, son estas las que proporcionan a las entidades competentes las herramientas

para abarcar el acoso psicológico laboral con todas sus connotaciones y tomar las medidas pertinentes para evitarlo.

Los estudios y cifras que presenta el Observatorio Europeo de la Vida Laboral nutren la preocupación, señala que para el 2006 el 82.8% de la población económicamente activa encuestada había experimentado al menos una manifestación directa o indirecta de acoso laboral, usando como indicadores situaciones como: sobrecargas de funciones y presión para cumplirlas, amenazas, uso de notas y chistes provocativos, aislamiento, asignación de trabajo inapropiado, monitoreo oculto e injustificado, tareas poco realistas o incluso agresión y violencia física. (Eurofond, 2007), por otro lado

Kelly Dann, editor de la revista norteamericana *Workforce*, aporta el dato de que un 25% de los trabajadores norteamericanos han experimentado o experimentarán a lo largo de sus carreras profesionales el acoso psicológico o psicoterror laboral. (Piñuel, 2001, p.50)

Sin embargo, para llegar a la delimitación de las manifestaciones de este fenómeno e incluso a las cifras que arrojan los estudios que de ella se ocupan, debe hacerse mención del recorrido conceptual del acoso laboral y sus implicaciones. Así, Hirigoyen (2001) explica:

En 1980, en Suecia, Heinz Leymann acuñó el concepto, llevó a cabo investigaciones y escribió sobre el tema; en 1992, Andrea Adams publicó en el Reino Unido el libro *Workplace Bullying*, proponiendo el término con el que el fenómeno es conocido en ese país y en el mundo anglosajón en general; en 1993, Australia puso atención al fenómeno y en 1994, Sudáfrica. Actualmente, en España existen diversas asociaciones e investigadores que se esfuerzan por combatir el acoso moral en el trabajo[...] indudablemente, Heinz Leymann es reconocido como el padre del

concepto por la profundidad y solidez en su enfoque del problema y porque desarrolló una teoría y una metodología para su estudio (Como se cita en Peña y Sánchez, 2007, p.23).

Fue a raíz del trabajo realizado por Heinz Leymann que efectivamente se materializó el acoso laboral como objeto de estudio, experimentación y análisis, sin embargo, la expresión no adquiere un significado real en términos laborales ni se constituye como problemática social hasta que se tienen en cuenta los aportes de Marie- France Hirigoyen. Se puede afirmar así que, el surgimiento del concepto y su estudio se ubicaron en Europa entre las dos últimas décadas del siglo XX, y es sólo a partir de principios del siglo XXI que se logró su entendimiento desde la perspectiva social, laboral y, posteriormente, jurídica, haciendo del acoso laboral una problemática contemporánea.

El acoso laboral es definido, de manera técnica, como Acoso Psicológico en el Trabajo o APT, sin embargo, el concepto encierra términos como *bossing*, *bullying*, *mobbing*, terror psicológico, psicoterror, acoso moral o linchamiento emocional en el trabajo, los cuales surgen históricamente de la necesidad de dimensionar la complejidad del fenómeno.

Para el catedrático de psiquiatría y psicología médica, José Luis González de Rivera del Instituto de Psicoterapia e Investigación Psicosomática de Madrid (González, 2005)

“los términos acoso moral, acoso psicológico y *mobbing* son intercambiables. Sin embargo, hay pequeñas diferencias de matiz entre ellos, más relacionados con la orientación y el punto de vista de las personas que los definieron que con la naturaleza precisa del fenómeno que definen” (p.17).

En términos globales y generales, el vocablo más usado para designar al concepto es *mobbing*, que tiene su origen en la etología (Del lat. *ethologĭa* 'etopeya', y este

del gr. ἠθολογία *ēthologia*, de ἦθος *êthos* 'costumbre', 'carácter' y -λογία -
logía 'logía'. f. Parte de la biología que estudia el comportamiento de los animales) gracias al
 nobel austriaco Konrad Lorenz quien lo designó como 'el ataque de una coalición de miembros
 débiles de una misma especie contra otro individuo más fuerte que ellos' (Piñuel, 2001, p. 51).
 Esta definición, una vez constituida, se ve enriquecida con un nuevo enfoque semántico por los
 estudios de psicología pedagógica y psiquiatría realizados por el doctor Heinz Leymann en la
 década de los 80's, logrando materializar lo que hoy se conoce como *mobbing* o APT.

El *mobbing* o terror psicológico (Leymann) consiste en comunicación hostil y sin
 ética, dirigida de manera sistemática por uno o varios individuos contra otro, que es
 así arrastrado a una posición de indefensión y desvalimiento, y activamente
 mantenido en ella. Estas actividades tienen lugar de manera frecuente (como criterio
 estadístico, por lo menos una vez a la semana) y durante largo tiempo (criterio
 estadístico: por lo menos seis meses). A causa de la elevada frecuencia y duración de
 la conducta hostil, este maltrato acaba por resultar en considerable miseria mental
 psicosomática y social (González, 2005, p.18).

En México, la antropóloga física y doctora en antropología sociocultural Florencia Peña Saint
 Martín y el doctor en ciencias sociales y especialista en antropología, Sergio Sánchez, se
 aproximan etimológicamente al término:

La palabra *mobbing* es un anglicismo que se aplica al acoso psicológico en el
 trabajo y proviene del vocablo *mob* que significa turba, muchedumbre. *Mobbing*,
 como concepto, por lo tanto, significa agolparse, asediar, acosar en masa en torno de
 algo o alguien. El significado en español de la palabra *mob* tiene connotaciones
 claramente despectivas y clasistas, pues según el diccionario significa 'muchedumbre

de gente confusa y desordenada' que, también se define como tropel, plebe o populacho (Peña y Sánchez, 2007, p.28)

Por otra parte, a partir de sus estudios y experiencia en psiquiatría, psicoanálisis, psicoterapia y más propiamente en victimología, la francesa Marie-France Hirigoyen publica en 1998 la obra *Le harcèlement moral* a partir de la cual se establece el *acoso moral* como un nuevo término que, por lo demás, imprime una noción más extensa al entendimiento del concepto. Para González (2005) “existe cierta discusión sobre si es correcta la traducción española de *harcèlement moral*, el término que usa Hirigoyen en su francés original, por *acoso moral*” (p.18). Acercándose el autor al enfoque semántico de la francesa, concluye que es “correcto el uso del término ‘moral’ que se refiere más a las consecuencias del acoso (“comer la moral”) que a los medios psicológicos utilizados para ello” (p.18) señalando, de este modo, cómo el acoso supone un acto desmoralizante para la víctima. Así pues, Hirigoyen propone que

Por acoso en el lugar de trabajo hay que entender cualquier manifestación de una conducta abusiva y, especialmente, los comportamientos, palabras, actos, gestos y escritos que puedan atentar contra la personalidad, la dignidad o la integridad física o psíquica de un individuo, o que puedan poner en peligro su empleo, o degradar el clima de trabajo. (Hirigoyen, 2001, p.48)

Esta conceptualización del acoso tiene una primera implicación psicológica sobre el individuo que se ve reflejada en inseguridad, ansiedad, inquietud, baja autoestima y depresión; una segunda implicación, de índole social, supone como efectos consecutivos el aislamiento, la disminución del rendimiento laboral y la intolerancia con quienes rodean a la víctima. Ambos aspectos pueden devenir en somatización, describiendo cuadros clínicos en los que se presentan

hipertensión, alergias, infecciones, trastornos cardiovasculares, digestivos y respiratorios, e incluso, la muerte por suicidio.

Es con ocasión de estas interpretaciones psicológicas y clínicas que tiene lugar la reevaluación conceptual del acoso laboral y su connotación social y moral.

En España, desde principios de la primera década de este siglo, se ha estudiado y problematizado el APT de forma interdisciplinar, conjugando la psiquiatría, gracias al trabajo del catedrático José Luis González de Rivera; y la psicología, con los aportes de Iñaki Piñuel y Zabala de la Universidad Complutense de Madrid. Es este último quién, con el apoyo de la Universidad de Alcalá, realiza en el año 2001 un estudio estadístico que brinda, inicialmente, información acerca de alarmante cifra de víctimas, para posteriormente hacer precisiones sobre la carga semántica del concepto:

Los datos preliminares de la primera encuesta sobre la violencia en el entorno laboral, desarrollada en mayo de 2001 por la Universidad de Alcalá sobre una muestra de casi mil personas en activo, apuntan a que un 11,44% de las personas encuestadas manifiestan que para ellas el acoso laboral es una pesada carga cotidiana (ello elevaría la cifra a más de millón y medio de personas en activo padeciendo de este problema) (Piñuel, 2001, p.54).

Hace notar, además, que la linealidad entre acosador y acosado existe no sólo de forma unilateral descendente (superior-subordinado), sino también de forma bilateral (entre compañeros) e incluso unilateral ascendente (subordinado-superior), lo que amplía el concepto de acoso laboral, entendido regularmente dentro del primer supuesto, explicando así que:

Los agentes del acoso suelen ser mayoritariamente jefes, aunque también existen acosadores entre los mismos compañeros y, quién lo iba a decir, ¡entre los propios

subordinados! Los datos de la encuesta de la Universidad de Alcalá señalan al propio jefe en el 46% de los casos y a los propios compañeros en el 44%

(Piñuel, 2001, p.54).

Los aportes desde la psiquiatría española, por otro lado, permiten contextualizar el APT dentro del ámbito científico y propiamente clínico. El experto José Luis Gonzáles, psiquiatra español, afirma que (González, 2005) “de manera incomprensible para quien no lo ha vivido de cerca, el *mobbing* destruye no sólo el bienestar y la capacidad de trabajo de quien lo sufre, sino toda su vida emocional y hasta la estructura misma de su cerebro.” En el marco de su búsqueda por una “Teoría Unificada del Acoso Psicológico”, el autor propone la inclusión de una tipología adicional de acoso que sirve para visibilizar las características de ciertos casos de APT en los que se ve involucrada la institucionalidad

Acoso Institucional: Fenómeno grupal en el que un sujeto es sometido a persecución, agravio o presión psicológica por uno o varios miembros del grupo al que pertenece, con la complicidad o la aquiescencia del resto, que acepta esta dinámica como necesaria para mantener la estabilidad del grupo [...]

El concepto de acoso institucional tiene en cuenta la función que el acoso cumple en la dinámica del grupo en el que tiene lugar, y puede ser aplicado, además de al ámbito laboral y funcionarial, a otras situaciones grupales disfuncionales, desde las bandas juveniles a los estados totalitarios. La cultura interna de los grupos que favorecen el acoso considera que el poder, la conformidad y el control son valores más importantes que la satisfacción, la productividad y la autonomía. La persecución del acosado mantiene el grupo unido, refuerza la identidad colectiva y ayuda a conservar el control en manos del subgrupo dominante. El acoso institucional es la

manifestación concreta de una dinámica más amplia, destinada a evitar el progreso y a preservar organizaciones corruptas y decadentes (González, 2005, p.18)

Ahora bien, las precisiones semánticas sobre el concepto de acoso laboral, han tenido lugar también a partir del hecho histórico de que, socialmente, el acoso en el ámbito laboral se ha visto reducido y problematizado desde una sola de sus connotaciones, a saber, la sexual, esto porque son los comportamientos de esta naturaleza los que adquieren mayor visibilidad y suelen ser más evidentes. No obstante el Acoso Psicológico en el Trabajo (APT) merece otras consideraciones.

A este efecto, la colombiana Mónica María Urresta Tascón, abogada de la Universidad de Nariño y especialista en derecho laboral y constitucional añade que:

Se ha dado una evolución en la formación del constructo de acoso laboral puesto que, aunque no se ha eliminado la identificación automática de esa idea con una sola de las modalidades de acoso laboral consistente en la persecución sexual, se han introducido a ese concepto otras opciones que han ampliado el significado del mismo y las modalidades de *mobbing* identificadas y denunciadas. Esa visibilización en Colombia ha ocurrido con gran auge en las últimas décadas, lo cual no quiere decir que antes no existieran sino, por el contrario, que eran admitidas como conductas normales dentro de los procesos productivos como rezago de los modelos esclavistas y feudales que el país ha vivido y que aún tienen impacto en la economía (Urresta, 2013, p. 402).

Es pertinente señalar además que, dentro del APT, se enmarcan situaciones más sutiles e imperceptibles que pueden surgir de expresiones o actitudes desprovistas de contenido sexual, lo que facilita que sean invisibilizadas, dado que se “utiliza un lenguaje aparentemente inofensivo que hace alusiones e insinuaciones indirectas que inician el golpeteo emocional sobre la otra

persona; maneja palabras y comportamientos deliberados destinados a provocar inseguridad, sentimientos de rechazo, ansiedad, duda y culpabilidad de la víctima” (Peña y Sánchez, 2007, p.26). El enfoque entonces, rebasa el acoso sexual como límite conceptual del APT.

Aludiendo nuevamente a la sutileza con que puede llegar a presentarse el acoso laboral, es posible que el evento en sí mismo de acoso sea atenuado o, incluso, ignorado (Peña y Sánchez, 2007, p. 25): “debido a su lenguaje enmascarador, vago e impreciso, que lo justifica con expresiones como <<así somos aquí>>, <<ya sabes cómo son>>, [...]<<son nuestras tradiciones>>, etc., que generan confusión y desconcierto y provocan duda sobre la realidad de lo ocurrido, naturalizándolo”. A su vez, los antropólogos mexicanos concluyen que “el acoso psicológico constituye una forma de violencia simbólica extrema”. Lo anterior, en parte, puede explicar la aparición tardía del término APT como problemática institucional, laboral y psicosocial, oculta durante mucho tiempo tras la incompreensión del fenómeno por parte, incluso, de la víctima.

Así pues, el APT como fenómeno comprende actores más allá del acosado (entendido como víctima) y el acosador (entendido como victimario), sujetos ambos, inscritos por su propia condición laboral dentro de un entorno institucional que, sin importar su naturaleza pública o privada, puede propiciar el acoso, dado que el mismo es un reflejo social y cultural complejo que rebasa cualquier límite conceptual que pretenda describir el fenómeno.

Capítulo IV: Régimen jurídico del acoso laboral en Colombia

El acoso laboral, como se explicó en el antecedente capítulo, fue una problemática inadvertida por la sociedad y las instituciones hasta hace relativamente poco, pues únicamente finalizando el siglo XX tuvo lugar investigaciones específicas sobre la materia, que eventualmente acarrearían un amplio movimiento académico, así como político en torno suyo. Jurídicamente, los primeros pasos en dirección a la regulación y sanción de este fenómeno se dieron en Suecia, y posteriormente en otros países europeos como Holanda, Dinamarca, Francia, Noruega, Bélgica y Gran Bretaña (Carvajal y Londoño, 2013, p. 11). Es oportuno resaltar que dicha avanzada normativa en estos países se debe particularmente a que, al inicio, en ellos tuvo lugar el mayor desarrollo investigativo sobre el punto, especialmente en el país sueco de la mano de Leymann.

Paulatinamente, con motivo de la creciente visibilización del fenómeno en los países mencionados, sus gobiernos adoptaron gradualmente medidas legales para prevenirlo, siendo Suecia pionero al respecto por el especial influjo de los estudios de Leymann. Anota Mota Cárdenas

Suecia fue el primer país de la Unión Europea en expedir una legislación nacional para prevenir el acoso moral en el trabajo desde una óptica preventiva. En septiembre de 1993 adoptó, por medio de la ordenanza del Consejo Nacional Sueco de Seguridad y Salud Laboral, “que el empresario está en la obligación de prevenir anticipadamente el acoso moral y de adoptar medidas correctoras, apoyar y tratar a las víctimas en casos de aparición de situaciones de Mobbing”. (Mota Cárdenas, 2008, p.96).

En países como Francia, Bélgica y Dinamarca se legisló expresamente sobre la materia apenas entrado el siglo XXI, lo cual ocurrió generalmente en la mayoría de países que han incorporado a su orden jurídico normas preventivas y sancionatorias del acoso laboral, pues también los hay en los que dicha problemática aún es ajena a sus legislaciones y a los propios centros de estudio. En América Latina, por su parte, también sólo hasta el siglo XXI se conocerían legislaciones que regulan expresamente el asunto, Argentina, Colombia y Puerto Rico fueron los primeros en suscribirse a esta empresa.

Para el caso Colombiano concretamente, como resaltan Martínez Cárdenas y Ramírez Mora (2012) en ponencia presentada para el XX Congreso Mundial de derecho del Trabajo y la Seguridad Social, la primera referencia significativa sobre el tema fue el estudio “Formas y consecuencias de la violencia en el trabajo, adelantado en el año 2004 por el Ministerio de la Protección Social en convenio con la Universidad de Antioquia, en los sectores económicos de vigilancia privada, transporte, salud y finanzas” (p.3). De lo anterior se colige, pues, una realidad palmaria: en Colombia, pese al auge del acoso laboral como problemática académica y social en el viejo continente desde mediados de la década del ochenta, sólo toma fuerza el estudio del fenómeno, como ocurrió en gran parte del mundo, en el siglo XXI, y cabe afirmar entonces que el mismo es bastante reciente. Así se refiere Mota Cárdenas en su texto *El acoso laboral en Colombia*

En Colombia el acoso laboral es un tema nuevo. Haciendo un rastreo jurídico juicioso se encuentra poca jurisprudencia y escasa doctrina del derecho. Los psicólogos son pioneros en este estudio, soslayando la versión del acoso sexual y demostrando que hay diversidad de formas de maltrato en las relaciones laborales afectando la salud de los trabajadores.

El número creciente de casos divulgados ha puesto de moda un fenómeno que no es ciertamente nuevo, pero cuya incidencia y crecimiento en los últimos años es verdaderamente alarmante. (Motta Cárdenas, 2008, p. 94 -95).

Antecedentes legislativos en el derecho internacional.

Es menester recordar en ese punto que principalmente el desarrollo legislativo entorno al acoso laboral como fenómeno social ha tenido lugar al interior de cada país en el marco de su voluntad legislativa soberana, aunque siempre bajo el influjo teórico de la academia europea. Sin embargo, desde la Organización Mundial del Trabajo – OIT- , pese a no existir un convenio expresamente dedicado al tratamiento del acoso laboral, sí se han diseñado otros mecanismos que tangencialmente repercuten en el fenómeno, pudiendo mencionarse el convenio No.155 de 1981 y su protocolo de 2002 y el convenio No. 161 de 1985, cuyos objetivos son la seguridad y la salud en el trabajo, y que en el caso colombiano fueron asimilados con la creación, por parte del Ministerio del Trabajo, de los Planes Nacionales de Salud Ocupacional, primero para la vigencia de 2003 – 2007 y el más reciente para 2013 – 2021,

Empero, a todas luces, internacionalmente, los organismos competentes debitan al mundo una unificación de criterios normativos para afrontar un fenómeno que como ya fue expresado, alcanza consecuencias cada vez más serias y nocivas para los trabajadores.

Antecedentes normativos en el derecho interno colombiano.

Lo mismo que ocurre en el plano internacional en la actualidad, tuvo lugar en Colombia hasta la todavía reciente expedición de la ley 1010 de 2006, que expresamente regula la problemática. Apenas algunas normas laborales concurren a la protección del trabajador, aunque ninguna, huelga decirlo, bajo apreciaciones sociojurídicas concretas entorno al acoso laboral. Así, el primer referente jurídico interno es el Código Sustantivo de Trabajo de 1950, que en sus artículos 57, numeral 5^{to} y 59, numeral 9^o, conminan al empleador a respetar al trabajador su dignidad e impedir actos que le vulneraran sus derechos. El texto legal es como sigue

Art 57-5 Es obligación del empleador “Guardar absoluto respeto a la dignidad personal del trabajador, a sus creencias y sentimientos”.

Art 59-9 Está prohibido al empleador “Ejecutar o autorizar cualquier acto que vulnere o restrinja los derechos de los trabajadores o que ofenda su dignidad” (CST, República de Colombia, 1950)

Otra remota referencia es también el artículo 7^o del Decreto 2351 de 1965, al disponer como causales justas de terminación del contrato, para ambas partes contractuales, los actos de violencia, injuria o malos tratamientos durante la relación laboral.

Por otra parte, Mota Cárdenas (2008) refiere como un antecedente sobre la materia el Decreto 1832 de 1994, en los siguientes términos

El decreto 1832 de 1994 por medio del cual se regulan las enfermedades profesionales, y enuncia en el artículo 1, numeral 42 las patologías causadas por estrés. El artículo 2 y 3 del decreto enunciado establecen que de no encontrarse la enfermedad profesional regulada en el artículo primero del decreto, pero reuniéndose

unos requisitos y demostrándose la relación de causa y efecto y demostrándose el riesgo, se configurará una enfermedad profesional (p. 98).

Este último autor, también alude a los artículos 178 (Tortura), 182 (Constreñimiento ilegal), 198 (Violación de la libertad de trabajo) y 220 (Injuria) del Código Penal Colombiano, en su estudio de precedentes, sin detallar su verdadera repercusión el ámbito laboral, pero es a todas luces evidente que, en ciertos eventos, podría el laboralmente acosado oponer estos tipos penales a su acosador, aunque ello no aporte en lo más mínimo a la erradicación social de la problemática.

Como es notorio, los antecedentes normativos son mínimos, y ciertamente sólo con la promulgación de la Carta Política de 1991 se extenderían los horizontes de protección laboral para el trabajador colombiano, al estar inscrita la nueva Constitución en el constitucionalismo contemporáneo de garantías reforzadas y acciones afirmativas para la materialización de los derechos de los asociados.

Constitución Política de 1991.

Como se explicó en el acápite referido al régimen jurídico de la discapacidad en Colombia, la Constitución Política de 1991 sentó las bases de un nuevo modelo de Estado, social y constitucional de Derecho, bajo cuyo marco tienen lugar dos dimensiones del poder público, a saber: el respeto por la vida y las libertades individuales y la obligación positiva de materializar progresivamente los derechos sociales, económicos y culturales de los ciudadanos, siempre bajo la observancia inexcusable de la principalística constitucional.

Ahora bien, con relación al acoso laboral como fenómeno sociojurídico determinado, sin embargo, la Constitución colombiana no hace una alusión concreta, puesto que, como es apenas comprensible, un texto de principios y normas estructurales del ordenamiento jurídico dispone de manera general esencialidades deontológicas y axiomáticas, y por lo mismo no detalla situaciones particulares como el acoso asociado al trabajo.

No obstante lo anterior, ese carácter deontológico y axiomático de la norma constitucional es la puerta de entrada a un escenario más favorable para los trabajadores, pues a él están sometidos los operadores jurídicos al momento de resolver situaciones jurídicas concretas que vulneren o amenacen los derechos laborales individuales y colectivos. De articulado constitucional se desprenden múltiples derechos e interpretaciones que, aún después de la ley 1010 de 2006, la cual regula concretamente el acoso laboral en Colombia, cobijan al proletariado colombiano y suplen el vacío jurídico que genere una situación o legislación concreta, como la citada ley, pues es menester recordar que la Constitución, en virtud de su artículo 4^{to}, es norma de normas, e irriga con sus principios el ordenamiento.

Mota Cárdenas (2008), expone como sigue las principales normas constitucionales implicadas en la problemática de marras

La Constitución Política en su artículo 1^o consagra lo siguiente “...Colombia es un Estado Social de Derecho fundado en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general”. El artículo 13 dice que “todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo,

raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica”

(Cárdenas, 2008, p.98)

Por su parte el artículo 15 establece que “todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar”. El artículo 21 declara que “se garantiza el derecho a la honra y que será la ley la que señale su forma de protección”. El artículo 258 de la Constitución proclama el derecho al trabajo, en condiciones dignas y justas, lo que implica que la protección no solo se extiende a los principios dispuestos en el artículo 53⁹, sino que además comprende la garantía de otros derechos fundamentales en el ámbito laboral como son el derecho a la integridad tanto física como moral, el derecho a la igualdad, a la intimidad, al buen nombre y a la libertad sexual (Cárdenas, 2008, p. 98).

Es así que el autor rescata de la normativa superior sus artículos 1, 13, 15, 21, 258 y 53, para denotar, plausiblemente, como el entramado constitucional concurre al reforzamiento de las garantías a favor de los asociados y al tiempo impele al Estado a actuar de manera concreta y progresiva en la materialización de los derechos, en este caso de los trabajadores colombianos.

Para dimensionar a una mejor escala el impacto de la Constitución de 1991 sobre la materia estudiada, es conveniente acudir a la jurisprudencia constitucional anterior al año 2006, fecha de promulgación de la ley sui géneris 1010 de 2006, pues así es posible esclarecer la importancia de la Carta Superior, que permitió a los operadores jurídicos reconocer y amparar los derechos de ciudadanos acosados laboralmente, aun cuando no existía en el país una ley específica para ello.

Se proponen aquí, entonces, las sentencias T - 461 de 1998, T - 013 de 1999 y T - 170 de 1999 como claros ejemplos del influjo superior del articulado constitucional, pues en ellas el juez constitucional acude a la Carta para sustentar sus consideraciones y fallos.

En la primera de ellas, la T - 461 de 1998, el actor por la vía tutelar busca el reconocimiento de un derecho laboral, cual es la remuneración, razón por la cual el juez constitucional en primera y segunda instancia niega su pretensión, oponiéndole la subsidiariedad como característica inherente a la acción de tutela, y le conmina a elevar su pretensión frente a instancias ordinarias. Sin embargo, en sede de revisión oficiosa, la Corte Constitucional, aunque confirma el fallo de segunda instancia, advierte que de los hechos fundantes de la acción tutelar, se desprende una hostilidad contra el actor por parte de su empleador, y esto fue inadvertido por los jueces constitucionales en las instancias surtidas. De este modo, concede el amparo al accionante y ordena a su empleador la cesación de las hostilidades en su contra. La Corporación Superior sustenta su fallo en la dignidad del trabajador, haciendo una interpretación del carácter absoluto de la dignidad humana, fundante, según artículo 1º de la Carta Superior, de la República y sus instituciones; alude también al derecho al trabajo contenido el artículo 25, destacando que éste debe ser digno; la misma reflexión hace sobre el artículo 53, resaltando el texto constitucional como sigue: “la ley, los contratos, los acuerdos y convenios no pueden menoscabar la libertad, **la dignidad humana** ni los demás derechos de los trabajadores”. Finalmente acude al Estatuto Laboral en sus artículos 57, numeral 5º, y 59, numeral 9º, para insistir en que la dignidad del trabajador reposa en los textos legales, pero también en la propia Constitución, y por tal razón es imperativo amparar el derecho del actor, destinatario de las hostilidades de su empleador.

Por su parte, en la sentencia T - 013 de 1999, la actora presenta hechos semejantes a los expuestos en la sentencia T - 461 de 1998, aduciendo que “algunos funcionarios de la entidad le han manifestado su inconformidad verbal más no escrita, con su presencia en la empresa hasta el punto que han decidido invalidar su trabajo o quitarle algunas funciones propias de su cargo”, procediendo entonces la Corte a resolver, bajo las mismas consideraciones, el amparo del derecho de la accionante y ordenar la cesación de los hostigamientos ejercidos por el empleador. La Corporación consideró entonces

Por tanto, si la empresa para la que labora la actora quiere prescindir de sus servicios, así debe hacérselo saber a su empleada, motivando las razones de la decisión y pagando los emolumentos que tal decisión puede acarrear. Pero no puede continuar desplegando conductas que pueden estar atentando contra la dignidad de la señora Suta Fajardo, hasta el punto de forzar un despido de carácter indirecto, tal como fue explicado en la sentencia T-461 de 1998, tantas veces citada (Sentencia T-013, 1999)

Por último, en la sentencia T - 170 de 1999, aunque varían los supuestos de hecho, al circunscribirse estos a una comprobada persecución por parte de Supertiendas y Droguerías Olímpica S.A a un directivo de su sindicato, llama la atención que los corporados también ordenan a esa sociedad y sus administradores, entre otras decisiones del resuelve, cesar las hostilidades laborales en contra del actor, con ocasión de sus roles sindicales.

El anterior repaso a los fallos de tutela anteriores a ley 1010 de 2006, evidencia de manera incontestable que la Constitución Política de 1991 aportó a los operadores jurídicos herramientas normativas más idóneas para enfrentar problemáticas sociales complejas, cual es, verbigracia, el acoso laboral. Es verdad que las decisiones tomadas por la Corte Constitucional se descubren

tímidas si son leídas actualmente, pero en su momento constituyeron grandes avances en dirección al amparo de los derechos del trabajador colombiano, al reconocer un fenómeno que, como se infiere de las propias sentencias tutelares, era desapercibido incluso por los jueces de menor jerarquía funcional. Cimentada sobre la dignidad humana, absoluta y orientadora, la Corporación recorrió un sendero interpretativo que sin la Carta Suprema hubiera sido imposible trazar.

Ley 1010 de 2006

Como se ha insistido durante el desarrollo de esta monografía, la ley 1010 de 2006 es el primer y único instrumento legislativo que en Colombia regula expresamente el acoso laboral. Su expedición se enmarcó dentro de una tendencia mundial al reconocimiento de este fenómeno social, aunque dicho reconocimiento no se haya efectuado en el seno de una organización internacional o se haya plasmado en una convención o tratado de esa índole, pues el mismo estuvo y aún hoy está sujeto a la soberanía legislativa de cada país.

El proceso de juridización del fenómeno en Colombia lo explica Urresta Tascón como sigue

En Colombia se ha tenido una tradición de manejo de los problemas sociales a través de la normativización o juridización de los fenómenos que resultan irregulares, entendiendo por juridización, de acuerdo a lo definido por Pedro Federico Hooft “la regulación jurídica -e incluso reducción a formas jurídicas- de la totalidad de los fenómenos sociales”.

Uno de esos fenómenos es el acoso laboral, cuyo control pretendió darse a través de la expedición de la Ley 1010 de 2006, siendo sus objetivos principales la

prevención, corrección y sanción de dichas conductas cuando se presentan dentro de las relaciones obrero-patronales y entre compañeros de trabajo.

Se entiende que, con esa juridización, a lo que se aspiró fue a desarrollar plenamente el principio-derecho a la dignidad humana como sustento fundamental del derecho-garantía al trabajo en condiciones dignas (Goyes & Hidalgo, 2007), es decir, decentes y justas, consagrado en el artículo 25 de la Constitución Política de Colombia, mismo que corresponde a una obligación social y cuyo desarrollo permite alcanzar los fines del Estado. (Urresta, 2013, p. 389)

Esta ley ordinaria, “por medio de la cual se adoptan medidas para prevenir, corregir y sancionar el acoso laboral y otros hostigamientos en el marco de las relaciones de trabajo”, sin duda, bebe profusamente de las ahora clásicas teorías de Leymann e Hirigoyen. Dispone la norma en comento, además de una definición amplia del acoso laboral, una discriminación conceptual en tipologías del mismo, las cuales están palmariamente ligadas a las teorías de los autores citados, así como a la de otro de gran difusión en el medio hispanoparlante, como lo es Piñuel y Zabala.

A propósito del espíritu de esta norma continúa la autora citada

Los motivos, expresados por el ponente del proyecto, que llevaron a formular lo que finalmente sería la Ley 1010 de 2006 fueron, básicamente, las necesidades de propender por un trabajo en condiciones dignas; de proteger a las personas dentro del ámbito de desarrollo de sus labores, sean trabajadores privados u oficiales e, incluso, contratistas de servicios profesionales en las entidades públicas, frente a comportamientos asumidos por superiores, compañeros de trabajo y subalternos que menoscaban la dignidad humana y afectan la salud como “un estado de completo

bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades” (Organización Mundial de la Salud, 1946) de quien las padece; y de combatir actitudes que han sido culturalmente aceptadas en observancia de un poder subordinante mal entendido (Corte Constitucional, 2006). (Urresta, 2013, p. 397)

Es de anotar que, como suele suceder producto del sano ejercicio deliberativo al interior de una corporación legislativa, la ley 1010 de 2006, integrada finalmente por 19 artículos, inicialmente constó tan sólo de 12. Algunas presiones institucionales, así como los conceptos técnicos de juristas y colegios, lo mismo que la propia dialéctica de los corporados en ejercicio de su función legislativa, terminaron modificando el texto original hasta mejorarlo considerablemente, sin que por ello pueda afirmarse que el mismo se constituye como un instrumento acabado e inobjetable, como se probará más adelante.

La autora de referencia enuncia en su trabajo las etapas y modificaciones surtidas a lo largo del proceso legislativo de la ley estudiada, de las cuales destacamos a continuación las más relevantes.

Como resultado de los debates que se desarrollaron en la Cámara de Representantes, tanto en la comisión séptima constitucional permanente como en la plenaria de dicha cámara, se formularon por parte de algunos ciudadanos, de manera colectiva e individual, modificaciones al articulado propuesto inicialmente, las cuales fueron aprobadas y que se concretan así:

- Se lo delimitó únicamente al campo de las relaciones netamente reguladas por un contrato de trabajo, excluyendo las relaciones circunscritas a vínculos civiles o comerciales, a solicitud de FENALCO (Federación Nacional de Comerciantes).

- Se incluyeron como conductas constitutivas de acoso laboral la inequidad (sic) y la desprotección laboral.

- Se estableció la necesidad de acreditar al menos con un solo acto hostil la presencia de acoso laboral, cuando antes se mencionaba que podía presumirse su existencia.

- Se otorgó la posibilidad a terceros de denunciar las conductas de acoso laboral.

- Se otorgó la competencia para conocer de asuntos de acoso laboral dentro del derecho laboral privado a los jueces del trabajo, en razón de la posibilidad de aplicar sanciones y, por ende, se modificó el procedimiento sancionatorio establecido acorde a lo mencionado (Cámara de Representantes del Congreso de Colombia, 2004).

Para los debates surtidos en el Senado se ajustó nuevamente el proyecto realizando las siguientes modificaciones:

- Se le adicionó la aclaración que no se aplica a relaciones de contratación pública.

- Se autorizó el llamamiento en garantía del directamente responsable en los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho, cuando la decisión pueda afectar el erario público, en razón de una “falsa motivación o desviación de poder” derivada de acoso laboral.

- Pero, tal vez, la modificación más importante fue que se eliminó de todo el proyecto cualquier referencia a los contratistas de servicios profesionales (Senado del Congreso de Colombia, 2005), que se entiende excluye a aquellas personas que en aplicación del principio de primacía de la realidad sobre las formas, consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política de Colombia, a pesar de denominarse de esa manera tengan una relación en la cual se preste un servicio de manera personal, se

obtenga una remuneración por dicha prestación y además se desarrolle bajo subordinación frente a quien requiere y remunera el servicio, conforme se establece en el artículo 23 del Código Sustantivo de Trabajo. (Urresta, 2013, pp. 398-400)

Así pues, el proyecto de Ley experimentó importantes mutaciones durante el debate legislativo, las cuales Seco Martín (2015) clasifica en negativas y positivas, considerando que estas últimas fueron aquellas que

[...] se orientaron a ampliar las modalidades de acoso laboral; al reconocimiento del daño físico y psíquico como agravante; al establecimiento de sanción – suspensión del cargo provisionalmente- en los casos del sector público; y a la protección de la víctima en la medida en que suspende la evaluación de desempeño [...]. (Seco Martín, 2015, p. 134).

Respecto a las modificaciones negativas efectuadas sobre el texto del proyecto de ley, Seco Martín (2015) se pronunció como sigue

Seis de ellas se refieren a limitaciones en la definición del mobbing al introducir atributos que indican que para que haya acoso la conducta debe ser “repetida y pública” y “persistente y demostrable”; a restricciones en el ámbito de aplicación de la Ley en los casos de los contratos de prestación de servicios; a no ampliación de las situaciones que constituyen acoso; y restar al Estado responsabilidad como empleador al introducir la figura de llamamiento en garantía, que permite al Estado fijar responsables de los actos de acoso denunciados.

Cinco de ellas tuvieron que ver con limitaciones establecidas sobre el tratamiento sancionatorio o sobre los actores sancionables, entre ellas el aumento de la relación

de atenuantes; o la eliminación del abuso de superioridad como agravante (Senado de la República 2005b: 5).

Tres de ellas restringen también los mecanismos de prevención y de protección de las víctimas: limitación del poder de decisión del “escenario para escuchar las opiniones de los trabajadores” a la hora de adaptar los reglamentos de trabajo a los cambios propuestos por dicha Ley¹⁵ y la eliminación de la función de los inspectores de trabajo para trasladar de lugar de trabajo a los denunciantes¹⁶. Por último, llama poderosamente la atención la restricción que supone impedir a terceros poner en conocimiento de las autoridades los casos de acoso laboral¹⁷. (p. 134-135).

La ley 1010 de 2006, como se observa, fue formalizada por el legislador como respuesta a una problemática desregulada, cuyo impacto psicológico y social en el individuo vulnera abiertamente sus derechos más elementales, incluso aquellos de consagración constitucional. El proceso de formalización, como es natural sin embargo, estuvo marcado por una activa participación de gremios e instituciones con intereses encontrados, lo que produjo, a juicio de Seco Martín (2015, p. 140), más modificaciones negativas que positivas, las cuales como se verá más adelante, han sido el flanco de la crítica que académicos y actores sociales han realizado sobre el texto legal y su aplicación y uso por parte de los operadores jurídicos.

Sin embargo, en este capítulo, se prescinde de abordar en profundidad las instituciones establecidas mediante la ley de marras, puesto que su abordaje tendrá lugar en el capítulo final de este proyecto, en el cual se conjugarán las temáticas hasta aquí expuestas, incluida esta norma, de modo que sea comprensible en todos sus aspectos, especialmente aquellos sustanciales, en tanto ella define y clasifica la materia que regula e incorpora supuestos de hechos típicos elevados a presunciones legales con sus respectivas sanciones; como aquellos procesales, en tanto establece

unos procedimientos y otorga las respectivas competencias para que éstos se surtan ante las autoridades respectivas; pero siempre dentro del marco propuesto en el objetivo de esta monografía de compilación, cuál es informar sobre la situación jurídica en que se hallan las personas con discapacidad que se enfrentan al acoso laboral.

No obstante lo anterior, lo que sí resulta pertinente en este apartado es hacer algunas consideraciones acerca de la jurisprudencia constitucional posterior a la Ley 1010 de 2006, en especial aquella que resuelve sobre acciones de constitucionalidad, pues estas eventualmente pueden modificar el texto legal en cuanto a la exequibilidad, inexecutable o exequibilidad condicionada de su articulado. Las sentencias de esta índole, según rastreo jurisprudencial realizado para este trabajo, fueron proferidas entre 2006 y 2007, y se referencian a continuación.

Desarrollo jurisprudencial ley 1010 de 2006.

Sentencia C - 738 de 2006

El actor mediante demanda de inconstitucionalidad busca la declaración de inexecutable del artículo 14 de la ley 1010 de 2006, al considerar que la multa contemplada por esa disposición, así como la inexistencia de un procedimiento para imponerla garantizando el debido proceso y el derecho a la defensa, al igual que la desproporcionalidad y la forma directa de cobro de la misma, contradicen postulados constitucionales y anteriores pronunciamientos de la misma Corte Constitucional. La Máxima Corporación procede pues a realizar un análisis detallado de la norma bajo los cargos acusados por el actor, concluyendo que el establecimiento de una multa, siempre que no contraste con la Carta fundamental, es de exclusiva reserva del poder legislativo,

en virtud de la Libertad de configuración del legislador. Por otra parte, una lectura hermenéutica del ordenamiento jurídico le llevó a concluir que, respecto a la supuesta inexistencia de un procedimiento para imponerla garantizando el debido proceso al cargo de la demanda en cuanto a ausencia de elementos que garanticen el derecho de defensa no prospera pues tanto en la Ley 1010 de 2006, como en la Ley Estatutaria de Administración de Justicia y en el Código Disciplinario Único sí se establece el procedimiento aplicable para la imposición de multas por conducta temeraria, incluso la de temeridad en la queja de acoso laboral

Con relación al cargo que acusa la proporcionalidad de la multa, la Corte señala que

[...] los máximos y mínimos dentro de los que puede moverse el operador sancionatorio para imponer la multa, lo cual garantiza, como primera medida, el principio de tipicidad de la sanción, pero también deja la determinación del quantum de la misma al criterio de la autoridad, criterio que, como se dijo, puede ser de todos modos impugnado mediante los recursos procedentes.

Y finalmente, al aludir al cargo que acusa la manera en que el artículo ordena el cobro del monto de la multa, la Corte se pronuncia

Lo anterior porque la Ley 1010 prescribe en su artículo 10 que la sanción por acoso laboral podrá ser cobrada mediante la jurisdicción coactiva, pero para la acusación temeraria, la ley ha dispuesto un procedimiento de ejecución directa, desprovisto de las garantías propias de la jurisdicción coactiva.

Razón por la cual la Corte decide declarar la exequibilidad de la norma respecto de los cargos formulados por el actor, **excepto sobre la expresión “los cuales se descontarán sucesivamente de la remuneración que el quejoso devengue, durante los seis (6) meses siguientes a su imposición.” la cual será declarada inexecutable.**

Sentencia C – 898 de 2006

En esta providencia la Corte Constitucional, con ocasión de la pretensión de inconstitucionalidad incoada por el accionante, encaminada a la declaración de inexecutable del literal f, del artículo 3º de la ley 1010 de 2006, se plantea el siguiente problema jurídico Corte Constitucional (2006) “¿Vulnera el derecho a la dignidad humana, a la integridad personal, a la igualdad y a un trabajo en condiciones dignas y justas el que los vínculos familiares y afectivos sean una circunstancia de atenuación del acoso laboral?”.

La Corte conceptúa, respecto al problema jurídico planteado, lo siguiente

Las causales de atenuación buscan aminorar la sanción de una conducta reprochable después de que ésta haya sido debidamente comprobada. Así, ante la verificación de una de las causales de atenuación la sanción será menor. Por lo tanto, en el presente caso, la finalidad de la medida de atenuar la sanción del acoso laboral en razón a un vínculo familiar o afectivo, es disminuir el alcance de la protección al trabajador así como admitir que tales vínculos ofrecen un espacio para que el trato en el contexto laboral sea no solo distinto sino menos cuidadoso en cuanto al respeto por la dignidad del familiar o del ser querido.

La Máxima Corporación, con los siguientes argumentos, se responde a la pregunta, proponiendo tres criterios, a saber: el fin, el medio y la proporcionalidad respecto a la protección de los derechos del acosado.

La garantía de la dignidad en el trabajo no admite una graduación de la protección en razón a vínculos familiares, pues lo anterior implicaría que existe un margen de permisibilidad para la afectación de derechos estrechamente relacionados con la

dignidad humana, como la intimidad, la integridad física y moral e inclusive la libertad sexual, entre miembros de la familia que se encuentren en un mismo ámbito laboral. Así, esta condición atenuante es una medida que atenta directamente contra la igual protección de la dignidad de todas las personas en el ámbito laboral.

Si la aminoración de la sanción por el acoso laboral parte tan solo de la existencia de un vínculo afectivo, bastaría con la expresión del cariño de una persona respecto de otra para que se configure la causal, expresión que vendría del mismo acosador. Esta causal tornaría en inocua la regulación legal del acoso laboral porque el afecto, como se dijo, es subjetivo, lo que implica la imposibilidad de acudir a criterios verificables que determinen la existencia de un sentimiento propio del fuero interno de la persona

La finalidad de la medida, en cuanto al “vínculo familiar”, es ilegítima al atentar directamente contra el artículo 25 de la Constitución que garantiza la igual protección de las personas en las condiciones dignas y justas de trabajo. La atenuación del acoso laboral por vínculos afectivos resulta irrazonable dado que la medida no es adecuada al fin buscado con la sanción del acoso laboral, sino que resulta contraproducente habida cuenta de la vaguedad y subjetividad de la expresión “vínculos afectivos”.

De acuerdo con lo anterior, la Corte Constitucional **declara la inconstitucionalidad del literal f, del artículo 3º, de la Ley 1010 de 2006.**

Sentencia C – 078 de 2007

La Corte Constitucional se dispone a resolver, sobre el cargo de inconstitucionalidad elevado por el accionante, si el literal e, del artículo 3º, de la ley 1010 de 2006, parcialmente puede ser declarado inexecutable en razón de que la expresión “*de inferioridad*” refleja un contenido discriminatorio contrario a la Carta Suprema, para lo cual la Corporación razona en los siguientes términos

[...] para que una disposición pueda ser parcial o integralmente expulsada del ordenamiento jurídico en virtud del lenguaje legislativo, es necesario que las expresiones utilizadas resulten claramente denigrantes u ofensivas, que “despojen a los seres humanos de su dignidad” [3], que traduzcan al lenguaje jurídico un prejuicio o una discriminación constitucionalmente inaceptable o que produzcan o reproduzcan un efecto social o cultural indeseado o reprochable desde una perspectiva constitucional.

Así, para el caso concreto, encuentra la Corte Constitucional que

“[...] el lenguaje no sólo refleja y comunica los hábitos y valores de una determinada cultura sino que conforma y fija esos hábitos y valores” sobre el lenguaje del legislador cabe el control de constitucionalidad. Sin embargo, para que una disposición sea parcial o integralmente expulsada del ordenamiento en virtud del lenguaje empleado en ella – es decir de su efecto simbólico y no jurídico-normativo - , es necesario que no exista ninguna interpretación alternativa de las expresiones cuestionadas”.

Cimentado su decisión en los anteriores argumentos, finalmente los corporados resuelven **declarar la constitucionalidad simple o modulada de la expresión “de inferioridad”**, contenida en el literal e, del artículo 3º, de la ley 1010 de 2006, en tanto la misma no refleja simbólicamente un menoscabo a la dignidad, ni jurídicamente reviste una implicación contraria a la propia Constitución.

Sentencia C – 282 de 2007

Mediante demanda de inconstitucionalidad, el actor pretende la declaración de inexecutable de las expresiones “los reglamentos de trabajo” (numeral 1º), “la denuncia deberá dirigirse por escrito” (numeral 2º) y “los empleadores deberán adaptar los reglamentos de trabajo” (parágrafo 1º) del artículo 9º de la Ley 1010 de 2006. Se plantea la Corte Constitucional dos problemas jurídicos, a saber: si la expresión “reglamentos de trabajo” limita el ámbito de aplicación de ley 1010 de 2006 a aquellas empresas privadas donde este efectivamente exista, excluyendo así tanto a las empresas privadas que no cuenten con un reglamento de trabajo, como a las entidades públicas, las cuales no están obligadas a tenerlo; y si la expresión “la denuncia deberá dirigirse por escrito”, vulnera el acceso a la justicia de quienes no saben leer y escribir.

Respecto al primer problema jurídico planteado la Corporación razona

No se desconoce que gran parte de las entidades estatales no tienen un “reglamento de trabajo” en los términos del Código Sustantivo del Trabajo, pero como señalan los intervinientes en el contexto del artículo 9º de la Ley 1010 de 2006 dicha expresión tiene un sentido amplio y, por tanto, comprende también los actos

que deben expedir las entidades estatales para adoptar mecanismos preventivos y correctivos del hostigamiento laboral.

Así mismo, el hecho de que las empresas que están obligadas a tener un reglamento de trabajo no lo hayan adoptado, no significa que la ley no les sea aplicable, sino que se encuentran en una situación de incumplimiento que deriva en la presunción de tolerancia del acoso laboral (parágrafo 2º del artículo 9º). No puede confundirse, como lo hacen los actores, la inaplicación de la ley por sus destinatarios con la inconstitucionalidad de la misma, pues lo primero hace referencia solamente a un problema de eficacia de la norma, que no afecta per se su validez.

Ahora bien, con relación al segundo cargo, el cual plantea un aparente problema jurídico que afecta a personas analfabetas, en tanto la solicitud escrita implica conculcar su derecho a acceder a la justicia, la Corte en ese oportunidad, bajo la vigencia del anterior Código Contencioso Administrativo, arguye que,

La expresión acusada no admite la interpretación dada por los demandantes, pues ella desconoce que el legislador ha previsto la forma en que las autoridades administrativas deben actuar para garantizar la efectividad del derecho de petición de las personas que no manejan el lenguaje escrito. En esa medida, contrario a lo afirmado por los accionantes, la expresión acusada, que por regla general exige la presentación de una denuncia escrita, no impide que las personas que no saben o no pueden escribir ejerzan su derecho de denunciar conductas de acoso laboral, en su caso de manera verbal, ni mucho menos exonera a las autoridades encargadas de su recepción de darles el trámite correspondiente y de garantizar la protección de la

integridad y dignidad humana de quien se ha visto afectado por las conductas señaladas en la Ley 1010 de 2006.

Para resolver al final que las expresiones acusadas son exequibles, al no contrariar norma constitucional.

Sentencia C – 780 de 2007

A través de este pronunciamiento, la Corte Constitucional estudia los cargos interpuestos contra las expresiones “repetida y pública” contenidas en el artículo 7º de la ley 1010 de 2006, pues a consideración de los actores, la exigencia, para que se presuma el acoso laboral, de que la ocurrencia del mismo sea pública, desconoce que la misma puede tener lugar en privado, con lo cual se vulnera el derecho a la igualdad y eventualmente a los de intimidad, honra y buen nombre del acosado. Sin embargo, la Máxima Corporación discurre sobre el asunto puntualizando que los cargos referidos a la honra, buen nombre e intimidad, son improcedentes “por carencia de certeza, claridad, especificidad, pertinencia y suficiencia en el cargo planteado”, sometiendo exclusivamente a su estudio el cargo relativo al derecho a la igualdad y por contera al trabajo digno, y preguntándose

“¿Se vulneran los derechos fundamentales a la igualdad (C.P., art. 13) y, de contera, al trabajo en condiciones dignas y justas (C.P., art. 25) de las víctimas de hostigamientos que han tenido lugar en privado, al establecerse en el artículo 7º de la Ley 1010 de 2006 una presunción de acoso laboral que únicamente opera frente a quienes han sido sometidos a cualquiera de las actuaciones enumeradas en esa misma

disposición, por cuanto dicha exclusión haría más exigente la carga procesal para los primeros”.

Para responderse, los corporados acuden al concepto jurídico de las presunciones, recordando que las mismas pueden ser legales y de derecho, caso este último en el que la presunción no admite prueba en contrario. Sin embargo, acota la Corte Constitucional, las primeras, es decir, las legales, son presunciones que sí admiten prueba en contrario.

Por otra parte, arguyen los corporados, la ocurrencia repetida y pública de las conductas contempladas por el artículo 7º, hace que sobre ellas opere la presunción legal de acoso laboral, lo cual no sucede cuando la ocurrencia del hecho tiene lugar en el ámbito privado de las relaciones laborales, puesto que en esa circunstancia el quejoso debe probar por los medios probatorios legales que el mismo ha tenido lugar y que se trata de un acoso laboral. La Corte Constitucional explica

La exclusión de las conductas ocurridas en privado, de la presunción de acoso laboral consagrada en el artículo 7º, se justifica entonces no a partir de la consideración de que estos actos carecen de capacidad de ofender los bienes jurídicamente protegidos por la Ley, sino en la circunstancia de que los mismos si bien son igualmente lesivos de garantías fundamentales, no son igualmente evidentes ni manifiestos, por lo cual la actividad a desplegar ante el juzgador para que éste alcance la convicción de que se trata de conductas constitutivas de acoso laboral se hace más exigente, sin resultar por ello desproporcionada.

Por lo anterior, la Corporación **resuelve declarar exequibles las expresiones acusadas del artículo 7º de la ley 1010 de 2006.**

Sentencia C – 960 de 2007

Mediante demanda de inconstitucionalidad, el actor acusa parcialmente el parágrafo 1º del artículo 1º de la ley 1010 de 2006, argumentando que la expresión *“La presente ley no se aplicará en el ámbito de las relaciones civiles y/o comerciales derivadas de los contratos de prestación de servicios en los cuales no se presenta una relación de jerarquía o subordinación”* desprotege el derecho a la igualdad de quienes bajo la figura de contrato de prestación de servicios se ven sometidos al acoso laboral, y desconoce los artículos superiores 1º y 2º. La Corte Constitucional, con motivo de la demanda, se plantea el siguiente problema jurídico:

¿La exclusión de las relaciones civiles y comerciales derivadas de los contratos de prestación de servicios en los cuales no se presenta una relación de jerarquía o subordinación de la protección establecida en la Ley 1010 de 2006 para prevenir, corregir y sancionar el acoso laboral y otros hostigamientos en el marco de las relaciones de trabajo vulnera el derecho a la igualdad?

Para proceder al abordaje del problema, la Corporación razona como sigue

La Corte estima, en este primer paso del juicio de igualdad, que los dos grupos de personas relevantes no son comparables. El grupo de quienes trabajan está conformado por las personas que laboran en el marco de una relación laboral. Como se mencionó, las relaciones laborales son aquellas en las que, independientemente de cómo se las haya clasificado o denominado formalmente en un contrato, se

encuentren tres elementos esenciales: i) la actividad personal del trabajador; ii) la subordinación; y iii) un salario como retribución del servicio.

El segundo grupo, según el demandante, está integrado por quienes presten un servicio en cumplimiento de un contrato civil y/o comercial. De otra parte, los contratos civiles o comerciales de prestación de servicios son aquellos donde de manera independiente una persona se obliga a hacer o realizar una actividad de acuerdo al objeto del contrato para con otra persona.

Por lo tanto, el elemento diferenciador determinante entre las relaciones laborales y los contratos de prestación de servicios es la dependencia o subordinación. Pues en las primeras dicho elemento se encuentra presente mientras que en los segundos no.

Finalmente, la Corte Constitucional advierte que del artículo 1° en su párrafo 1° pueden desprenderse dos interpretaciones, a saber: a) que en los contratos de prestación de servicios, civiles o comerciales, nunca hay subordinación; y otra, que postula que si existe subordinación, la figura del contrato de prestación de servicios muta automáticamente en relación laboral. Así pues, la Corporación no hace más que aplicar el principio rector del derecho laboral conocido como Principio de la realidad sobre la forma, para concluir que la figura contractual no puede sobreponerse a la realidad y que, en tanto la misma sea la de una relación laboral, le es aplicable la 1010 de 2006, **declarando pues la exequibilidad condicionada de la norma acusada.**

Se concluye así que el texto legal de la ley 1010 de 2006, sometido a control de constitucionalidad por los ciudadanos en diferentes oportunidades, se modificó de la siguiente manera:

1. Se declaró la inexecutable de la expresión excepto sobre la *expresión “los cuales se descontarán sucesivamente de la remuneración que el quejoso devengue, durante los seis (6) meses siguientes a su imposición”*, contenida en el artículo 14 de la ley 1010 de 2006, mediante la sentencia C - 738 de 2006.

2. Se declaró la inconstitucionalidad del literal f, del artículo 3º, de la Ley 1010 de 2006, a través de la sentencia C - 898 de 2006.

3. Se declaró la executable condicionada del párrafo 1º del artículo 1º de la ley 1010 de 2006, en los términos expuestos arriba, por medio de la sentencia C - 960 de 2007.

Las demás demandas de inconstitucionalidad no prosperaron, de modo que no afectaron la integridad del texto normativo.

Capítulo V: El acoso laboral en personas con discapacidad

Habiendo ahondado en el conocimiento histórico, científico, conceptual y jurídico de la discapacidad y del acoso laboral como objetos de estudio diferenciados, es menester en este capítulo conjugarlos de tal modo que se integren como una problemática social concreta, a fin de que sobre ella pueda realizarse, cual es el propósito de este proyecto monográfico, un análisis hermenéutico y multidisciplinar que advierta la verdadera situación jurídica que viven las personas con discapacidad que se enfrentan al acoso laboral.

Aunque es cierto que tanto el acoso laboral como la discapacidad son fenómenos sociales hartamente estudiados y delimitados por la academia, incluso jurídicamente, lo mismo no ocurre cuando ambos fenómenos son conjugados en un solo objeto de estudio, pues existe un notorio vacío en cuanto a investigaciones sobre el tema del acoso laboral en personas con discapacidad, presumiblemente, porque al ser el acoso laboral una problemática reciente al interior de la academia y el debate público, su asimilación ha sido gradual y parcial, y por lo mismo no ha sido ampliamente extendida hasta ahora sobre situaciones tan precisas y determinadas como lo es, verbigracia, la discapacidad.

En vista de lo anterior, se considera pertinente, para efectos pedagógicos, diseñar tentativamente, una síntesis relacional que aporte verdaderas luces sobre cómo debe entenderse el acoso laboral cuando recae sobre personas con discapacidad, lo cual le imprime un enfoque diferencial al propio análisis. Esto implica, naturalmente, una conciliación entre las conductas establecidas por los teóricos como expresiones de acoso laboral y la afectación que ellas suponen en las personas con discapacidad, de acuerdo a la propuesta terminológica e interpretativa que de ese fenómeno ha establecido la OMS. Como ya fue puesto en consideración en los últimos títulos

del primer capítulo de este trabajo, es la Organización Mundial de la Salud, mediante la expedición de la Clasificación Internacional del Funcionamiento de la Discapacidad y de la Salud –CIF, aprobada en 2001, quien define y clasifica de manera más óptima y completa la noción de discapacidad, teniendo como guía el constructo conceptual del siglo XX y dándole forma al nuevo enfoque biopsicosocial.

Tradicionalmente la salud y la discapacidad se han definido como conceptos excluyentes. Así, la discapacidad se entendía como un estado que empieza donde termina la salud, pasando entonces a constituir una categoría separada (modelo biomédico). En este punto la CIF supone un cambio conceptual radicalmente distinto. Asume que todos podemos experimentar en un momento determinado de nuestra vida un deterioro de la salud y, por tanto, un cierto grado de discapacidad. Así, salud y discapacidad se extienden por igual a lo largo del continuum de nuestra vida y de todas sus facetas y no son, por tanto, categorías separadas. Discapacidad no es, pues, la característica de algunos grupos sociales sino que se trata de una experiencia humana universal, un concepto dinámico bidireccional fruto de la **interacción entre estado de salud y factores contextuales** (modelo biopsicosocial).
(Negrilla fuera de texto) (Fernández-López et al, 2009, p. 776)

Aparece aquí el acoso laboral como un factor contextual especial, en los términos de la CIF, el cual se relaciona de manera singular con la condición de discapacidad, bien por la provoqué, ora porque la agudice, o bien porque el mismo acoso laboral ocurra con ocasión de la propia condición de discapacidad. En la actualidad, se conoce por datos estadísticos que el acoso u hostigamiento laboral tiende a dirigirse contra ciertos grupos etarios, sociales, culturales,

políticos, etcétera, entre los cuales también se encuentran las personas con discapacidad. Peña y Sánchez (2007), a propósito, comentan

Según una encuesta aplicada por la propia Hirigoyen (2001), los individuos de edad madura entre 46 y 55 años, son objeto de *mobbing* con mayor frecuencia que los pertenecientes a otros rangos de edad. Las mujeres lo viven más frecuentemente que los hombres y por sus estrechos vínculos a las múltiples formas de discriminación, está presente por motivos raciales, religiosos, enfermedad o defecto físico y en contra de individuos que poseen distintas inclinaciones sexuales, etc. (p. 36)

De esta forma, el modelo propuesto en la CIF resulta fundamental para comprender cuáles son las implicaciones del acoso laboral, como factor contextual, en personas con discapacidad, especialmente vulnerables al APT según concluyen los teóricos y la estadística. El enfoque biopsicosocial que permea la Clasificación de la OMS no sólo reconoce la propia realidad del individuo con discapacidad, en tanto deficiencia o limitación, sino que le pone en escenarios sociales, familiares, laborales, políticos, que terminan restringiéndole su participación social. Se explica así:

Se trata de una clasificación universal útil para múltiples usos y sectores que pretende establecer un marco y un lenguaje estándar para describir la salud y las dimensiones relacionadas con ella. Se la denomina habitualmente CIF porque pone el acento más en la salud y el funcionamiento que en la discapacidad, entendiendo funcionamiento como lo referente a las funciones corporales, las actividades y la participación y la discapacidad como lo relativo a deficiencias, limitación de actividades o restricción de la participación. Es, pues, una perspectiva corporal,

individual y social. Adicionalmente la CIF también considera los factores contextuales (ambientales y personales) que interaccionan con estos componentes.

(Fernández-López et al, 2009, p.776)

Agrega además:

Los factores contextuales pueden ser externos (ambientales) o internos (personales). Ambientales son las actitudes sociales, las características arquitectónicas, el clima, la geografía, las estructuras legales y sociales, etc. Personales son la edad, el sexo, la biografía personal, la educación, la profesión, los esquemas globales de comportamiento, el carácter, etc. (Fernández-López et al, 2009, p. 778).

Ahora bien, en cuanto al APT entendido como factor contextual dentro del modelo biopsicosocial de la discapacidad, es necesario definir e individualizar a los agentes involucrados en ese fenómeno, es decir, diferenciar en principio dos sujetos: el acosable o acosado, y el acosador. Gonzáles señala a este respecto

En primer lugar la selección de la víctima del APT no es casual, sino que se ve estimulada por algunos rasgos o acontecimientos que hacen que determinada persona sea percibida como envidiable, vulnerable o amenazadora. En segundo lugar, una o varias personas han de tener el deseo de convertirse en acosadores y la capacidad de poner en marcha pautas sistemáticas de maltrato psicológico. (González, 2005, p.20)

Aunado a lo anterior, las voces académicas han venido manifestándose recientemente sobre un posible factor que de manera determinante influye en el fenómeno del acoso laboral, el cual no puede ser soslayado aquí, siempre que este se halla intrínsecamente relacionado con lo que la

CIF denomina factor contextual de la persona con discapacidad: la organización. Así lo explica González (2005)

La organización en su conjunto debe tolerar el libre desarrollo de estas pautas, promocionar el acceso de los acosadores potenciales a los puestos de decisión y carecer de estructuras y procedimientos destinados a detectar y erradicar estrategias de acoso. Finalmente, y aun dándose todas estas condiciones previas, la víctima presunta podría escapar o, al menos, blindarse contra el acoso que se avecina, si no favorables en otros contextos, le exponen a grave riesgo en organizaciones que favorecen o toleran el acoso (p.20)

Es claro hasta aquí que, tratándose del acoso laboral, existen dos sujetos claramente definidos, cuales son el acosado o acosable y el acosador, y un tercer elemento, agente o factor, que de manera determinante puede concurrir al fenómeno del acoso, como lo es la organización, cuando ésta directamente participa del acoso, sistemática o estructuralmente lo tolera o no toma las acciones necesarias para detenerlo.

Habiendo establecido esto, González (2005) se propone además describir el proceso de acoso laboral en sus etapas, introduciendo sus conocimientos en las disciplinas psicológica y psiquiátrica. Se plantean en segundo lugar, enfocándose en la víctima y los efectos que sobre ésta genere el APT, cinco ciclos diferenciados,: negación, transformación depresiva, transformación hostil-paranoide, transformación psicósomática y transformación creativa.

- a) En la primera fase, la negación, el acosado no se reconoce como tal, normaliza la situación al entenderla como un hecho cotidiano que encontrará resolución en el tiempo;

b) en la segunda etapa, se da lugar a la transformación depresiva, el acosado da muestras de una patología con cuadros disociativos, lapsos, inconsistencias mnémicas y reactivación emocional ante estímulos relacionados con la experiencia laboral;

c) el tercer ciclo, transformación hostil-paranoide, el acosado suele ser más reactivo frente a su situación, se presentan una serie de sentimientos agresivos y persecutorios que se acompañan con la necesidad creciente de retaliación, en este espacio, el acosado resulta menos preocupado por sus intereses por fuera del lugar del trabajo, a saber, sus relaciones familiares y el tiempo que ocupa en ocio o asuntos personales;

d) el cuarto ciclo, la transformación psicósomática, el acosado es ya incapaz de reconocer la experiencia de daño, además, se le dificulta distinguir sus propias emociones, todo esto se manifiesta con cuadros somáticos que afectan, por lo general, el sistema músculo-esquelético y digestivo, y en menor medida, el cardiovascular;

e) en cuanto la última etapa, la transformación creativa, el acosado logra superar, mediante estructuras mentales compensatorias que permiten su sublimación y detoxificación, la condición de daño, posibilitando las condiciones para despersonalizar, en principio, y perdonar, por último, el acto de acoso. Es en esta última en la que el acosado logra superar su condición de víctima (González, 2005).

Es importante destacar además que, para elucidar el acoso laboral en su compleja magnitud, es necesario finalmente identificar, además de los agentes involucrados y sus principales características o las etapas cíclicas que tienen lugar sobre la víctima o acosado, las expresiones, actos o formas típicas en que se presenta el evento mismo de acoso u hostigamiento. En consecuencia, la tipificación de los actos en este contexto resulta verdaderamente relevante. Peña y Sánchez (2007), acudiendo a Leymann, la presentan:

Según Leymann, existen 45 tipos de acciones hostiles, mismas que pueden agruparse en cinco categorías y que pueden ser ejercidas sinérgicamente combinadas. Estas acciones fueron encontradas sistemáticamente a partir de más de 300 estudios de caso (Merino, 2005):

1. Actitudes enfocadas a impedir que la víctima se exprese:
 - El superior jerárquico no permite que la víctima se exprese
 - Se le interrumpe constantemente
 - Sus compañeros no le permiten expresarse
 - Sus compañeros le gritan o le recriminan
 - Critican su trabajo
 - Critican su vida privada
 - Aterrorizan a la víctima con llamadas telefónicas
 - La amenazan verbalmente
 - La amenazan por escrito
 - Evitan todo contacto visual
 - Ignoran su presencia dirigiéndose exclusivamente a los demás
2. Aislamiento de la víctima

- No hablarle
 - No permitirle hablar
 - Asignarle sitios de trabajo que la alejen y aíslen de sus compañeros
 - Prohibir que sus compañeros le dirijan la palabra
 - Negar su presencia física
3. Descrédito de la víctima frente a sus compañeros
- Murmurar o calumniarla
 - Inventar y difundir rumores sobre ella
 - Ridiculizarla o reírse de ella
 - Hacerla parecer enferma mental
 - Intentar someterla a exámenes psiquiátricos
 - Burlarse de sus dolencias o minusvalías
 - Imitar sus maneras, su voz, sus gestos para ridiculizarla
 - Criticar sus convicciones políticas o creencias religiosas
 - Burlarse de su vida privada
 - Mofarse de sus orígenes, de su nacionalidad
 - Darle trabajos humillantes
 - Criticar el trabajo de la víctima de manera malintencionada
 - Cuestionar y desautorizar sus decisiones
 - La injurian con términos obscenos o degradantes
 - Es acosada sexualmente (directa o indirectamente)
4. Desacreditar el trabajo de la víctima
- No confiarle ninguna tarea

- Privarle de toda ocupación y vigilar que no pueda encontrar ninguna
- Exigirle tareas totalmente absurdas o inútiles
- Darle tareas muy inferiores a sus competencias
- Darle incesantemente nuevas tareas
- Hacerla realizar trabajos humillantes
- Darle tareas muy superiores a sus capacidades para demostrar su incompetencia

5. Comprometer la salud de la víctima

- Imponerle trabajos peligrosos o perjudiciales para su salud
- Amenazarla físicamente
- Agredirla físicamente
- Ocasionarle gastos para perjudicarla
- Ocasionarle desperfectos en su domicilio o en su puesto de trabajo
- Agredirla sexualmente (p.29)

La anterior síntesis, como se observa, ofrece una generosa tipología de los actos constitutivos de acoso laboral o APT, los cuales de manera tácita o expresa han sido considerados o incluidos en la ley 1010 de 2006, en cuyo artículo 2º el acoso es definido de manera general y además discriminado en seis modalidades, cuales son **el maltrato** (actitudes enfocadas a impedir que la víctima se exprese, aislamiento de la víctima, descrédito de la víctima frente a sus compañeros), **la persecución** (desacreditar el trabajo de la víctima), **la discriminación** (descrédito de la víctima frente a sus compañeros), **el entorpecimiento** (desacreditar el trabajo de la víctima), **la inequidad** (desacreditar el trabajo de la víctima, comprometer la salud de la víctima) y **la desprotección laborales** (comprometer la salud de la víctima).

Ahora bien, una vez identificados los sujetos del APT, sus efectos cíclicos sobre la víctima y la tipología de actos o expresiones constitutivos del mismo, es posible diseñar una síntesis relacional tentativa que dé cuenta, bajo el marco conceptual de la CIF, del impacto que sobre las personas con discapacidad puede tener el acoso laboral, según el acto o tipo de acoso, el ciclo que experimenta la víctima y los sujetos o factores que participan de él.

Se tiene pues que la CIF reconoce tres dimensiones de la discapacidad, las limitaciones, las deficiencias y las restricciones. Como se explicó en capítulo antecedentes, por estas debe entenderse lo siguiente

Las deficiencias son problemas que afectan a una estructura o función corporal; las limitaciones de la actividad son dificultades para ejecutar acciones o tareas, y las restricciones de la participación son problemas para participar en situaciones vitales. (OMS, 2001, s.p)

Al ser estas tres dimensiones conjugadas con el fenómeno del acoso laboral, pueden notarse a simple vista que **las deficiencias**, en tanto afectan la función corporal, puede propiciar el acoso en su modalidad de **discriminación, inequidad o maltrato laboral**, puesto que con ocasión de la deficiencia, contra la víctima pueden ejercerse actos que la desacrediten o desacrediten su trabajo, o que comprometan su salud. Lo anterior no significa que no puedan llegar a tener lugar situaciones de persecución, entorpecimiento o desprotección laboral en contra de la víctima, sino que ésta, por poseer una condición de deficiencia, se halla más susceptible de padecer las primeras, incluso de modo imperceptible para ella, al no identificar los actos discriminatorios, inequitativos o de maltrato que se ejercen contra ella por desatención a la especial protección que en razón de su discapacidad merece.

Huelga a decir, con relación a las deficiencias como modalidad de la condición de discapacidad, que las mismas pueden no sólo propiciar cierto tipo de acoso laboral, sino que además el acoso laboral puede llegar a producirlas, cuando las consecuencias del APT se manifiestan dentro del cuarto ciclo, conforme a la clasificación de González (2005) expuesta arriba, etapa en la cual se somatiza la experiencia del acoso, afectando por lo general el sistema músculo-esquelético y digestivo, y en menor medida, el cardiovascular.

Por otra parte, al hablar de **limitaciones de actividades** como modalidad de la condición de discapacidad, es probable que la persona con discapacidad, como acosable, sufra igualmente la **discriminación, el maltrato, la inequidad** e incluso la **desprotección laborales**, puesto que al ser las limitaciones de actividades “dificultades para ejecutar acciones o tareas”, la persona con esta discapacidad está mayormente expuesta al APT, cuando este implica, o la recriminación a causa de su limitación, traducida en discriminación o maltrato; o el desconocimiento de la misma, que le hace susceptible a la inequidad laboral o incluso la desprotección laboral, al comprometerse su salud con la asignación de funciones o tareas que se le dificultan. Encontramos aquí también que, en un sentido recíproco, como en el caso de las deficiencias, el acoso laboral a su vez, cuando este es somatizado por la víctima, puede devenir en una situación de discapacidad para ésta si llegase a adquirir, con ocasión del evento de acoso, alguna limitación, física o psíquica, para ejecutar acciones o tareas concretas.

Por último, dado que las **restricciones en la participación** son entendidas como “problemas para participar en situaciones vitales”, las modalidades de acoso laboral que pueden producirse sobre una persona con discapacidad, son por antonomasia **el maltrato** y especialmente **la discriminación**. Lo anterior se explica porque la restricción es una dimensión de la discapacidad estrechamente relacionada con los factores contextuales, como el APT, y se enfocan, más que en

el individuo con discapacidad, en la sociedad o el entorno en que este se desarrolla o desenvuelven. Así las cosas, en el contexto laboral, una persona con discapacidad puede verse discriminada por el medio con motivo de esa condición de discapacidad, al negársele su derecho a ser empleada. Este es un verdadero y común caso de acoso laboral que padecen las personas con discapacidad, del que no es desatinado afirmar que se trata de una discriminación sistemática, pues es ejercida no ya por un acosador individualizado, sino por un medio social hostil que vulnera los derechos de este grupo poblacional. Los maltratos laborales, por su parte, también se convierten en restricciones en la participación, en tanto estos comportan actitudes enfocadas a impedir que la víctima se exprese o al aislamiento de la víctima, e incluso al descrédito de la víctima frente a sus compañeros, categorías estas de la tipificación esbozada por González (2005).

Finalmente, una vez presentada la anterior síntesis relacional, es menester abordar el fenómeno del acoso laboral o APT en consideración de la calidad especial de la persona con discapacidad como sujeto del acoso, para lo cual es oportuno identificar, al interior del evento de APT, posibles variables en los sujetos y sus posiciones:

- 1) El evento de acoso laboral tiene como víctima o acosado a una persona con discapacidad, caso en el cual, el acosador puede ser: Una persona sin discapacidad en calidad de empleador, linealidad unilateral descendente; una persona sin discapacidad en calidad de compañero, bilateralmente; o una persona sin discapacidad en calidad de subordinado, linealidad unilateral ascendente.

- 2) El evento de acoso laboral tiene como víctima o acosado a una persona con discapacidad y como victimario o acosador a otra persona con discapacidad, caso en el

cual, las variables son las siguientes: Una persona con discapacidad en calidad de empleador, linealidad unilateral descendente; una persona con discapacidad en calidad de compañero, bilateralmente; o una persona con discapacidad en calidad de subordinado, linealidad unilateral ascendente.

3) El evento de acoso laboral tiene como víctima o acosado a una persona con discapacidad y como victimario o acosador a la organización, caso en el cual: No es posible establecer un criterio de linealidad, puesto que cuando el acosador es pues una organización, en el sentido anteriormente expuesto, el fenómeno del APT ocurre sistemáticamente, mediante estructuras implícitas de difícil identificación que terminan por invisibilizar al responsable del acoso laboral. Lo anterior, se aclara, también ocurre cuando, aunque la organización no se proponga acosar laboralmente a las personas con discapacidad, tolera o no detiene o sanciona los actos o conductas del acosador, evento en el cual, no obstante la organización no pueda ser considerada sujeto acosador, si puede entenderse como un factor contextual en contra de la persona con discapacidad.

Capítulo VI: La ley 1010 de 2006 en el marco de la normativa nacional e internacional sobre discapacidad: propuestas de ajustes razonables legislativos.

Ahora bien, como el propósito de este trabajo es inquirir por la situación jurídica de la personas con discapacidad cuando se enfrentan al fenómeno del acoso laboral, es pertinente analizar al detalle la ley 1010 de 2006, pero también la normativa colombiana en torno a la condición de discapacidad, para establecer un criterio amplio de interpretación, especialmente con base en el texto constitucional y los pronunciamientos jurisprudenciales de la Corte Constitucional, pues sólo de un examen integral del ordenamiento jurídico puede desprenderse una visión clara y suficiente sobre la problemática así planteada.

Se propone aquí, metodológicamente, realizar un análisis detenido de la ley 1010 de 2006 desde un enfoque que priorice a las personas con discapacidad como destinatarias de esa legislación. Para ese efecto, es posible dividir las disposiciones de la ley en comento de acuerdo a su naturaleza y su objetivo normativo en dos grandes grupos, a saber: disposiciones sustanciales y disposiciones procesales.

Las normas sustanciales regulan dentro de la ley los bienes jurídicos, las definiciones, los sujetos, el ámbito de aplicación, las modalidades de comisión de las conductas presuntamente constitutivas de acoso laboral, sus respectivos agravantes y atenuantes y las respectivas sanciones; es decir, regulan la materia en tanto su contenido, estableciendo derechos y obligaciones para los sujetos destinatarios. Por otra parte, las normas procesales o adjetivas son aquellas que buscan la efectivización del derecho mediante determinado procedimiento, de ahí que su carácter sea instrumental, puesto que a través de ellas el legislador prevé la forma en que se materializará el derecho contenido en las normas sustanciales. La ley 1010 de 2006 contempla

normas procesales sobre competencia, procedimiento, medidas preventivas y correctivas, sujetos procesales, etcétera.

No obstante lo anterior, cabe señalar que con ocasión de la técnica legislativa empleada por el legislador, es posible que al interior de una disposición se hallen normas sustanciales y procesales. Por ejemplo, el artículo 9º en lo atinente al reglamento de trabajo es parcialmente una norma sustancial, aunque en lo restante es a todas luces una disposición procesal. Igualmente ocurre con el artículo 7º, el cual además de consagrar las conductas sobre las cuales recae la presunción legal de acoso laboral, dispone en su último inciso una remisión normativa de índole procesal, pues está relacionada con los medios de prueba. Pero aun así, es posible y además plausible clasificar en términos generales la norma para lograr un correcto análisis.

Por otra parte, como es notorio, la legislación sobre acoso laboral en Colombia no hace referencia expresa a las personas con discapacidad, lo cual no significa empero que estas personas no sean destinatarias de la ley, pues esta está dirigida a

[...] definir, prevenir, corregir y sancionar las diversas formas de agresión, maltrato, vejámenes, trato desconsiderado y ofensivo y en general todo ultraje a la dignidad humana que se ejercen sobre **quienes realizan sus actividades económicas en el contexto de una relación laboral privada o pública.** (Ley 1010 de 2006, artículo 1)

Así las cosas, cualquier persona, incluidas las personas con discapacidad, que realice actividades económicas en el contexto de una relación laboral privada o pública, puede ser sujeto destinatario de esta ley, lo cual resulta inicialmente estimable pues extiende derechos y garantías a los trabajadores colombianos con independencia de consideraciones de orden etario, sexual, religioso, político, etcétera, en palmaria aplicación del principio superior de la igualdad.

Sin embargo, como se explicó en acápite anterior de este trabajo, la igualdad como derecho no puede ser reducida a la expresión clásica de igualdad formal ante la ley, pues jurisprudencialmente se han establecido dos dimensiones más: la prohibición de discriminación y la igualdad material. Con base en la igualdad material, especialmente, cabe considerar insuficiente la ley 1010 de 2006 frente a las personas con discapacidad, puesto que si la igualdad implica como finalidad, al tenor de la Corte Constitucional en Sentencia T-933 de 2013, “superar las desigualdades que afrontan las personas que se encuentran en situación de vulnerabilidad, o que soportan ciertos grupos que son tradicionalmente discriminados o marginados” (Ley 1010, 2006), no es razonable que el legislador haya omitido mención expresa a este grupo poblacional para disponer medidas especiales (de orden sustancial) o mecanismos alternativos más expeditos y efectivos (de naturaleza procesal) en aras de materializar la vida dignidad con un enfoque diferencial en atención a las características de vulnerabilidad de este grupo demográfico.

De lo anterior resulta, entonces, que sin perder de vista las normas sustanciales y procesales de la ley sobre acoso laboral, es necesario hacer un análisis detallado del ordenamiento jurídico para hallar posibles respuestas a situaciones de desprotección, frente a vacíos jurídicos no percibidos por el legislador, pero posiblemente suplidos por la Constitución Política y el bloque de constitucionalidad, así como por la jurisprudencia y normas afines.

Ley 1010 de 2006 frente a la legislación en materia de discapacidad en Colombia

Como se explicó atrás, la ley 1010 de 2006 no hace expresa mención a las personas con discapacidad, razón por la cual es posible concluir que si bien su objeto y protección son

extensibles a ellas como personas en el amplio sentido jurídico, no se implementó por parte del legislador un enfoque diferencial para dotar a esa normativa de herramientas más idóneas frente a una población mucho más vulnerable al fenómeno del APT o acoso laboral.

Lo anterior, sin embargo, no es enteramente reprochable a la corporación legislativa, puesto que ciertamente la regulación del acoso laboral es anterior a los esfuerzos del legislativo por proteger de manera amplia y completa la condición de discapacidad y las personas que la padecen. La ley 1145 de 2007, mediante la cual se crea el Sistema Nacional de Discapacidad – SND, es precisamente del 7 de julio de ese año, es decir, un año y medio posterior a la fecha de expedición y vigencia de la ley 1010 de 2006. La misma situación tiene lugar frente a las normas posteriores en materia de discapacidad, cuales son la ley 1345 de 2009, la cual ratifica la CDPCD, y la ley 1618 de 2013, norma estatutaria que a día de hoy articula toda la política pública entorno a la condición de discapacidad, con base en el documento CONPES 166 de ese mismo año. Lo anterior implica que las obligaciones para el Estado impuestas en el SND y la normativa ulterior, no estuvieran vigentes para la fecha de expedición de la ley de acoso laboral.

Sin embargo, huelga decirlo, el legislador estaba obligado constitucionalmente a formular, diseñar y legislar disposiciones con base en criterios diferenciales que igualaran, formal y materialmente, el ejercicio de los derechos consagrados por cada una de sus normas, pues de la propia Carta política se desprende tal consecuencia, si se atienden entre otros los principios de solidaridad, corresponsabilidad y atención especializada, así como los derechos a la igualdad, vida digna y demás normas y jurisprudencias constitucionales encaminadas a la protección especial de los derechos de quienes se hayan en situación de vulnerabilidad. Pero el legislador omitió esa responsabilidad, dejando en aparente estado de desprotección a los trabajadores con

alguna discapacidad, pues la ley sobre acoso laboral, se reitera, omitió una referencia expresa a estas personas como destinatarias de su objeto normativo.

No obstante, la Corporación legislativa colombiana sí ha avanzado considerablemente hacia a una legislación integral en torno a las personas con discapacidad. Lo que ocurre, realmente, como se advirtió en otro acápite de este trabajo, es que el acoso laboral en personas con discapacidad es una problemática concreta que, debatida entre dos amplios continentes académicos, cuales son la propia discapacidad y el acoso laboral, todavía no ha sido suficientemente estudiada y por lo mismo tampoco ha sido ampliamente discutida política y socialmente. Lo que sí es claro, por ahora, es que la normativa colombiana vigente, de orden constitucional, estatutario o legal, así como la jurisprudencia constitucional y los tratados ratificados, pueden suplir los vacíos dejados por el legislador, o conminar a este último a cumplir cabalmente con sus obligaciones constitucionales o legales, obligándole a adaptar la infraestructura legislativa a las necesidades especiales de la población con discapacidad.

En adelante, pues, se realizará un repaso por esa normativa que tiene por materia la discapacidad y la protección de quienes la padecen, para comprender adecuadamente cuáles son esas obligaciones en cabeza del Estado colombiano, confrontándolas con la ley 1010 de 2006 en materia de acoso laboral y advertir finalmente cuáles son esos vacíos y cuáles pueden ser los posibles caminos normativos para lograr una completa protección ante el fenómeno del acoso laboral.

La ley 1145 de 2007

Pese a ser esta ley posterior a la vigencia de la ley colombiana de acoso laboral, es menester atender de ella especialmente su principalística, pues este instrumento normativo desarrolla importantes principios que en adelante guiarían el orden jurídico sobre la materia. Ellos son:

1. Enfoque de Derechos: Énfasis en las personas y sus relaciones sociales a partir de la unidad entre el sujeto social y el sujeto de derechos.

2. Equidad: Igualdad de oportunidades a partir de la inclusión de las personas con discapacidad sin ningún tipo de discriminación.

3. Solidaridad: Construcción de una cultura basada en el reconocimiento recíproco y la solidaridad social.

4. Coordinación: Está orientada a subordinar las políticas sectoriales, territoriales e institucionales tanto públicas como privadas al cumplimiento de las metas comunes adoptadas en el marco del SND.

5. Integralidad: Orientada al desarrollo de intervenciones con enfoque global, que abarquen los distintos aspectos biopsicosociales de la atención a las personas con discapacidad y sus familias, dentro de los componentes de la Política.

6. Corresponsabilidad Social: Tanto el Gobierno como las Organizaciones de la Sociedad Civil, OSC, gremiales, profesionales y de servicios, entre otras, que representan y atienden a esta población, participarán y asumirán compromisos para la gestión y desarrollo de la política pública y de las acciones que se desprenden para la atención de la discapacidad en Colombia.

7. Sostenibilidad: Busca mantener la viabilidad del SND, mediante el fortalecimiento y la modernización institucionales y la responsabilidad compartida entre el Gobierno y las Organizaciones de la Sociedad Civil.

8. Transversalidad: Entendida como la coordinación inter e intrasectorial de las actividades estatales y de los particulares para garantizar el cumplimiento de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución y en las leyes para las personas con y en situación de discapacidad.

9. Concertación: Busca la identidad de fines y propósitos dentro de la diversidad de perspectivas e intereses, a través del diálogo y la comunicación (Negrillas fuera de texto, Ley 1145, 2007).

Como se observa, esta norma dispone para la creación del SND la adopción de principios que irrigan completamente el ordenamiento jurídico con base en la CDPCD de 2006, entre los que sobresalen la solidaridad, la transversalidad, la integralidad, el enfoque de derechos y la igualdad. Estos dos últimos, especialmente, concurren a la protección reforzada de las personas con discapacidad, puesto que el enfoque de derechos definido como “énfasis en las personas y sus relaciones sociales a partir de la unidad entre el sujeto social y el sujeto de derechos” (Ley 1145, 2007), convierte a la persona con discapacidad en sujeto pleno de derecho, conforme a la CDPCD, lo cual implica, implícitamente, la superación del enfoque biopsicosocial y el acogimiento de un nuevo modelo o paradigma frente a la problemática que, una vez asumido por el Estado, le impone compromisos concretos para garantizar la equidad, pues este otro principio supone una obligación de carácter positivo para el Estado, que se traduce en acciones afirmativas en algunos casos, y en otros en ajustes razonables, como los denomina la CDPCD y se les conoce en Latinoamérica, y como los llama también la Corporación Constitucional colombiana.

El término *ajuste razonable* tiene origen en Norteamérica, como recuerda Bolaños (2015), y se usó inicialmente para referirse a la obligación de los Estados de respetar a los trabajadores que por cuestiones religiosas no podían trabajar determinado día de la semana. Sin embargo, la Unión Europea lo empleó luego para designar la obligación de garantizar la igualdad e impedir la discriminación de las personas con discapacidad en el ámbito laboral.

Para el caso colombiano, en reciente sentencia T – 933 de 2013, la Corte Constitucional señala respecto a los ajustes razonables

En definitiva, la realización del derecho a la igualdad material de las personas con discapacidad, implica que las medidas legislativas, administrativas, entre otras, respondan a su situación concreta. Estas adaptaciones, a la luz del instrumento internacional de la Convención se denominan **ajustes razonables**, que involucran no solo la infraestructura física sino también las reglas jurídicas que, en muchos casos, imponen limitaciones a las personas en situación de discapacidad, y desconocen las diferencias existentes entre este grupo y el resto de personas que no se encuentran en su misma circunstancia. (Negrilla fuera de texto) (Corte Constitucional T – 933 de 2013).

En el ámbito académico, Bolaños (2015) recoge la síntesis de los elementos propios del ajuste razonable realizada por Luis Cayo de la siguiente manera.

a) conducta positiva de actuación para transformar el entorno; **b)** que la transformación se dirija a adaptar y hacer corresponder ese entorno a las necesidades específicas de las personas con discapacidad (elemento de individualización); **c)** que no signifiquen una carga desproporcionada (elemento razonable); **d)** finalidad dirigida a facilitar la accesibilidad o la participación de las personas con

discapacidad, y e) que se hace exigible en aquellos casos no alcanzados por las obligaciones generales de protección de los derechos de las personas con discapacidad (pp. 165 - 166). (Bolaños, 2015, p. 48). (Negrilla fuera de texto)

Es claro pues que el concepto de ajuste razonable tiene un lugar preponderante en cuanto al tratamiento y regulación de la condición de discapacidad, pues mediante este se amparan derechos y garantías desprotegidos por circunstancias de hecho o incluso por situaciones jurídicas, como lo explica la Corte Constitucional

Desde esa perspectiva, la protección de los derechos de las personas en situación de discapacidad pasa por la eliminación de esas barreras, las cuales no son únicamente de índole físico, sino **también jurídico**. Las diferentes modalidades de infraestructura, la conformación institucional y las reglas jurídicas deben, en ese orden de ideas, adaptarse de modo tal que su configuración no imponga limitaciones de acceso a las personas con discapacidad. Así, como lo ha señalado la Corte `... para el Constituyente, la igualdad real sólo se alcanza si el Estado se quita el velo que le impide identificar las verdaderas circunstancias en las que se encuentran las personas a cuyo favor se consagra este derecho. Una vez revelado el panorama real, el Estado tiene la tarea de diseñar políticas públicas que permitan la superación de las barreras existentes para que las personas puedan incorporarse, en igualdad de condiciones, a la vida social, política, económica o cultural... el derecho a la igualdad en el Estado Social de Derecho, trasciende los imperativos clásicos de la igualdad ante la ley, y obliga al Estado a detenerse en las diferencias que de hecho existen entre las personas y los grupos de personas. Justamente, en consideración a las diferencias relevantes, deben diseñarse y ejecutarse políticas destinadas a alcanzar la

verdadera igualdad. (Negrilla del texto) (Corte Constitucional, sentencia T933 de 2013).

Este pronunciamiento de la Corte Constitucional es clave en esta instancia para comprender cuán profundo es el nuevo cambio paradigmático en torno a la discapacidad, del modelo biopsicosocial al enfoque de derechos, pues implica que no sólo se cuestionen las barreras físicas sino que se haga especial acento en las barreras u obstáculos jurídicos que impiden la plena participación social de estas personas, pues la accesibilidad física, política, social, cultural, laboral, etcétera, es su mayor propósito.

Ley 1346 de 2009 y CDPCD de 2006

La CDPCD fue sancionada por la ONU en diciembre de 2006, pero Colombia sólo la ratificó hasta 2009 con la ley 1346 de ese año. Esta convención materializó, como ya se ha manifestado, el enfoque de derechos en materia de discapacidad, como un nuevo paradigma para abordar esta problemática social.

La Convención se fundamentó sobre principios como el respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas; la no discriminación; la participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad; el respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas; la igualdad de oportunidades; la accesibilidad; la igualdad entre el hombre y la mujer; y el respeto a la evolución de las facultades de los niños y las niñas con discapacidad y de su derecho a preservar su identidad.

Consagra además obligaciones expresas para los Estados, entre las que sobresalen

a) Adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean pertinentes para hacer efectivos los derechos reconocidos en la presente Convención;

b) Tomar todas las medidas pertinentes, incluidas medidas legislativas, para modificar o derogar leyes, reglamentos, costumbres y prácticas existentes que constituyan discriminación contra las personas con discapacidad;

e) Tomar todas las medidas pertinentes para que ninguna persona, organización o empresa privada discriminen por motivos de discapacidad;

Entre los derechos reconocidos por la CDPCD se destacan a su vez los siguientes, siempre con miras al objeto de estudio de este proyecto

Artículo 5

Igualdad y no discriminación

1. Los Estados Partes reconocen que todas las personas son iguales ante la ley y en virtud de ella, y que tienen derecho a igual protección legal y a beneficiarse de la ley en igual medida sin discriminación alguna.

2. Los Estados Partes prohibirán toda discriminación por motivos de discapacidad y **garantizarán a todas las personas con discapacidad protección legal igual y efectiva contra la discriminación por cualquier motivo.**

3. A fin de promover la igualdad y eliminar la discriminación, **los Estados Partes adoptarán todas las medidas pertinentes para asegurar la realización de ajustes razonables.**

4. No se considerarán discriminatorias, en virtud de la presente Convención, las medidas específicas que sean necesarias para acelerar o lograr la igualdad de hecho de las personas con discapacidad.

Artículo 13

Acceso a la justicia

1. Los Estados Partes asegurarán que las personas con discapacidad tengan acceso a la justicia en igualdad de condiciones con las demás, incluso mediante ajustes de procedimiento y adecuados a la edad, para facilitar el desempeño de las funciones efectivas de esas personas como participantes directos e indirectos, incluida la declaración como testigos, en todos los procedimientos judiciales, con inclusión de la etapa de investigación y otras etapas preliminares.

2. A fin de asegurar que las personas con discapacidad tengan acceso efectivo a la justicia, los Estados Partes promoverán la capacitación adecuada de los que trabajan en la administración de justicia, incluido el personal policial y penitenciario.

Artículo 16

Protección contra la explotación, la violencia y el abuso

1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas de carácter legislativo, administrativo, social, educativo y de otra índole que sean pertinentes para proteger a las personas con discapacidad, tanto en el seno del hogar como fuera de él, contra todas las formas de explotación, violencia y abuso, incluidos los aspectos relacionados con el género.

2. Los Estados Partes también adoptarán todas las medidas pertinentes para impedir cualquier forma de explotación, violencia y abuso asegurando, entre otras cosas, que existan formas adecuadas de asistencia y apoyo que tengan en cuenta el género y la edad para las personas con discapacidad y sus familiares y cuidadores, incluso proporcionando información y educación sobre la manera de prevenir, reconocer y denunciar los casos de explotación, violencia y abuso. Los Estados Partes asegurarán que los servicios de protección tengan en cuenta la edad, el género y la discapacidad.

3. A fin de impedir que se produzcan casos de explotación, violencia y abuso, los Estados Partes asegurarán que todos los servicios y programas diseñados para servir a las personas con discapacidad sean supervisados efectivamente por autoridades independientes.

4. Los Estados Partes tomarán todas las medidas pertinentes para promover la recuperación física, cognitiva y psicológica, la rehabilitación y la reintegración social de las personas con discapacidad que sean víctimas de cualquier forma de explotación, violencia o abuso, incluso mediante la prestación de servicios de protección. Dicha recuperación e integración tendrán lugar en un entorno que sea favorable para la salud, el bienestar, la autoestima, la dignidad y la autonomía de la persona y que tenga en cuenta las necesidades específicas del género y la edad.

5. Los Estados Partes adoptarán legislación y políticas efectivas, incluidas legislación y políticas centradas en la mujer y en la infancia, para asegurar que los casos de explotación, violencia y abuso contra personas con discapacidad sean detectados, investigados y, en su caso, juzgados.

Artículo 27

Trabajo y empleo

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

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

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

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

- d) Permitir que las personas con discapacidad tengan acceso efectivo a programas generales de orientación técnica y vocacional, servicios de colocación y formación profesional y continua;
 - e) Alentar las oportunidades de empleo y la promoción profesional de las personas con discapacidad en el mercado laboral, y apoyarlas para la búsqueda, obtención, mantenimiento del empleo y retorno al mismo;
 - f) Promover oportunidades empresariales, de empleo por cuenta propia, de constitución de cooperativas y de inicio de empresas propias;
 - g) Emplear a personas con discapacidad en el sector público;
 - h) Promover el empleo de personas con discapacidad en el sector privado mediante políticas y medidas pertinentes, que pueden incluir programas de acción afirmativa, incentivos y otras medidas;
 - i) Velar por que se realicen ajustes razonables para las personas con discapacidad en el lugar de trabajo;
 - j) Promover la adquisición por las personas con discapacidad de experiencia laboral en el mercado de trabajo abierto;
 - k) Promover programas de rehabilitación vocacional y profesional, mantenimiento del empleo y reincorporación al trabajo dirigidos a personas con discapacidad.
2. Los Estados Partes asegurarán que las personas con discapacidad no sean sometidas a esclavitud ni servidumbre y que estén protegidas, en igualdad de condiciones con las demás, contra el trabajo forzoso u obligatorio

Es importante poner de relieve que la CDPCD consagra un amplio catálogo de derechos, pero que para los efectos de este trabajo se enfatiza en los anteriores, cuales son el derecho a la

igualdad y no discriminación, el derecho al acceso a la justicia, el derecho a la protección contra la explotación, la violencia y el abuso, y finalmente, el derecho al trabajo, pues es bajo el marco de estos derechos conjugados que tiene lugar la discusión sobre la situación jurídica de las personas con discapacidad que se enfrentan al APT. A este punto, es de suma importancia concentrar la atención especialmente en el literal b del artículo 27 de la CDPCD, el cual contempla como obligación del Estado

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

Nótese como la CDPCD de manera expresa contempla el compromiso por parte del Estado de proteger a las personas con discapacidad frente al acoso, entiéndase acoso laboral, puesto que este literal está integrado al derecho al trabajo. Esta obligación, conjugada a su vez con la de garantizar la igualdad, la no discriminación y el acceso a la justicia, es suficiente para cuestionar por qué al día de hoy, habiéndose ratificado ya la Convención, el Estado colombiano no ha tomado cartas en el asunto frente a la ley de acoso laboral que, como se explicó, no contempla de manera especial a las personas con discapacidad como sujetos destinatarios de la misma, frente a los cuales se invoquen derechos reforzados y procedimientos especiales, aplicando coherentemente los ajustes razonables, también preceptuados por la CDPCD, en el numeral 3º del artículo 5, el numeral 1º del artículo 13, el numeral 1º del artículo 16 y el propio literal i) del artículo 27, así como en los literales a, b y e de las obligaciones consignadas en el artículo 4º del instrumento convencional, los cuales conminan al Estado a adoptar todas las medidas

legislativas, administrativas y de otra índole que sean pertinentes para hacer efectivos los derechos reconocidos en la Convención; tomar todas las medidas pertinentes, incluidas medidas legislativas, para modificar o derogar leyes, reglamentos, costumbres y prácticas existentes que constituyan discriminación contra las personas con discapacidad; y tomar todas las medidas pertinentes para que ninguna persona, organización o empresa privada discriminen por motivos de discapacidad.

Ley 1618 de 2013

Respecto a la ley estatutaria sobre la discapacidad huelga decir que está cimentada sobre la base convencional de la CDPCD, pues en la mayoría de su articulado se remite a ésta bajo la expresión “en concordancia” con la ley 1346 de 2009, mediante la cual se ratifica el instrumento convencional. De esta norma, principalmente, cabe hacer las siguientes anotaciones relativas al tema en comentario.

La primera es que la ley estatutaria 1618 de 2013, pese a que la CDPCD sí hace expresa mención de la protección debida por el Estado a las personas con discapacidad frente a situaciones de acoso laboral, no regula expresamente este tema en su artículo 13 consagrado al derecho al trabajo. Lo anterior, desde un análisis jurídico preliminar, no necesariamente implicaría el desconocimiento de dicha protección, puesto que siempre que el artículo 13 referido emplee la expresión “en concordancia con la ley 1346 de 2009” puede pensarse que dicha disposición integra también a cabalidad los mandatos contemplados por la CDPCD. Sin

embargo, en términos prácticos, es claro que la ley 1618 de 2013 no dispuso ninguna obligación concreta a este respecto, y por ende la ley 1010 de 2006 sobre acoso laboral no fue modificada por esta vía, pues la ley estatutaria no prevé mecanismos especiales o derechos reforzados en cuanto a la materia del APT frente a la población con discapacidad, dando continuidad a la misma situación jurídica anterior.

Ahora bien, por otra parte, la ley 1618 de 2013 dispone en su objeto lo siguiente

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

De él se desprenden dos conceptos, cuales son los ajustes razonables y las acciones afirmativas, los cuales han venido siendo confundidos por la doctrina e incluso por el operador jurídico, pero Bolaños (2015) analiza de la siguiente manera sus diferencias, con especial atención al carácter subsidiario de los primeros y sus elementos característicos:

Para dilucidar la diferencia que existe entre estos dos conceptos debemos centrarnos en sus finalidades. Así, hay algunas medidas a favor de las personas con discapacidad que tienen como finalidad conseguir la igualdad material del colectivo, independientemente de las características individuales específicas de sus miembros (Giménez, 2011, p. 161). A estas medidas se les puede denominar acciones afirmativas. En cambio, existen otras medidas que parten de una desigualdad material objetivada de manera individual de las personas con discapacidad, beneficiando a estas con la finalidad de que puedan alcanzar la igualdad material individualmente. Es decir, comporta una medida que distingue entre ciudadanos

individuales, cuya desigualdad material se manifiesta de manera individual; al contrario de las medidas positivas o afirmativas, que distinguen entre colectivos, como se ha precisado. Esta definición parece aproximarse más a los componentes de “ajuste razonable” que hemos evaluado anteriormente²². También a estas medidas que buscan la igualdad material individual, David Giménez las denomina “medidas de igualación positiva”. (Bolaños, 2015, p. 51)

De la anterior explicación, surge una pregunta insoslayable, ¿frente a la omisión del legislador de no incluir derechos reforzados y procedimientos especiales para las personas con discapacidad en la ley 1010 de 2006 sobre acoso laboral, el Estado colombiano y su institucionalidad debe proceder para cumplir el mandato convencional, constitucional y estatutario de protección reforzada con ajustes razonables o acciones afirmativas? Para dar un respuesta suficiente a este interrogante es conveniente detenernos en los elementos del ajuste razonable aportados por Luis Cayo, para a partir ellos concretar una posición académica y fundamentada.

Comparativamente, las acciones afirmativas comparten con los ajustes razonables la mayor parte de sus elementos, a excepción de uno, que en la clasificación de Cayo corresponde al literal e y la cual predica frente a los ajustes razonables que estos se “hagan exigibles en aquellos casos no alcanzados por las obligaciones generales de protección de los derechos de las personas con discapacidad”. Lo anterior se justifica porque, al igual que las los ajustes razonables, **las acciones afirmativas también implican actuaciones positivas encaminadas a hacer corresponder el entorno frente a necesidades específicas de las personas con discapacidad y así facilitar la accesibilidad y la participación sin imposición de cargas desproporcionadas. Lo que las acciones afirmativas no contemplan es precisamente la posibilidad de suplir de manera correctiva la desprotección originada en los vacíos normativos o la desregulación**

de una materia determinada, o cuando una situación de hecho no prevista afecte los derechos humanos de las personas con discapacidad. Allí reside la principal característica del ajuste razonable, que la diferencia notoriamente de la acción afirmativa.

Podría concluirse bajo esta perspectiva comparativa que los ajustes razonables, a diferencia de las acciones afirmativas, son herramientas de las cuales el Estado puede echar mano para corregir una situación de vulneración de derechos. Las acciones afirmativas, en cambio, se vislumbran como figuras preventivas a través de las cuales los Estados buscan evitar la afectación de derechos de un grupo poblacional o de individuos vulnerables, y estas se traducen especialmente en formulación diseño y creación de infraestructura legislativa, institucional, social, etcétera, mientras que los ajustes razonables, como medidas correctivas o supletivas, enfrentan situaciones concretas de vulneración de derechos que ya han tenido lugar con ocasión de vacíos normativos o situaciones de hecho imprevistas, las cuales buscan, en palabras de Bolaños (2015), la igualación positiva; y pueden expresarse mediante manifestaciones concretas del derecho, como las sentencias, o mediante el ajuste razonable o modificación del orden jurídico, la adopción de medidas correctivas a programas y políticas públicas, etcétera.

Ahora bien, de la distinción hecha por Bolaños (2015) entre acciones afirmativas y ajustes razonables, hay todavía un punto polémico sobre el cual es oportuno fijar una posición crítica, a saber: Bolaños sugiere que la diferencia entre ambos conceptos también radica en que las primeras tiene por objetivo la protección de un colectivo en búsqueda de su igualdad material, mientras las segundas pretenden con la igualación positiva una igualdad material individual, es decir, de un individuo concreto (p. 51). Sin embargo, se considera pertinente cuestionar este análisis, en cuanto a partir de esta postura se llegan a conclusiones equívocas.

Si se atiende a la propuesta de Bolaños, podría concluirse sin que resultase gratuito que el diseño, la formulación y la creación de las leyes se enmarcan dentro de las acciones afirmativas, pues es sabido que las leyes se caracterizan por ser abstractas, generales e impersonales, dado que están dirigidas a los sujetos destinatarios, aun cuando estos pertenezcan a un grupo poblacional, etario, racial, político, etcétera, sin consideración de ningún individuo particular, pues su objeto está destinado a un colectivo, sea este la totalidad de los ciudadanos de un Estado o una parcialidad de estos. Esta conclusión, a su vez, excluye la posibilidad de que mediante ajustes razonables puedan, una vez creadas las leyes, modificarse, pues si estas últimas medidas buscan la protección o igualación positiva de un individuo concreto, no son las leyes la vía adecuada para implementar los referidos ajustes, toda vez que esa protección individualizada es incompatible con la propia esencia de las leyes, en tanto estas buscan, se reitera, una regulación general, abstracta e impersonal. Los ajustes razonables, entendidos desde la perspectiva de Bolaños, sólo serían aplicables en situaciones concretas para la protección de un individuo determinado, y esto jurídicamente se traduce, por ejemplo, en sentencias judiciales, actos administrativos de carácter particular y similares.

De este modo, se pregunta entonces, ¿la reforma de la ley 1010 de 2006 para incluir derechos reforzados y mecanismos especializados a favor de las personas con discapacidad constituye una acción afirmativa o un ajuste razonable? En vista de lo anterior, es lógico concluir que para Bolaños, tratándose de leyes propiamente dichas, las del legislador son acciones afirmativas frente a la creación e incluso reforma de las leyes, pues estas están destinadas a un colectivo sin consideración de los individuos concretos.

Es menester cuestionar dicha conclusión, pues es cierto que uno de los elementos característicos de los ajustes razonables, según Luis Cayo, es precisamente la exigibilidad en los

casos no alcanzados por las obligaciones generales, y esto los diferencia de las acciones afirmativas hasta tal punto de que una norma que no se dirige exclusivamente en forma general, abstracta e impersonalmente a las personas con discapacidad, sino que regula un fenómeno social concreto, cual es el acoso laboral, pueda ser modificada por la vía del ajuste razonable legislativo, pues es cierto que aunque dicho ajuste no es precisamente la resolución de un caso individual, sí salva la desregulación o los vacíos que presenta una ley cuya finalidad no es la protección únicamente de las personas con discapacidad, pero que como norma requiere un ajuste razonable en el sentido de reforzar las garantías que se conceden de manera general, abstracta e impersonal a todos los destinatarios.

Finalmente, de manera crítica, se plantea que si se acoge plenamente la distinción que hace Bolaños basada en el sujeto destinatario, bien del ajuste razonable (individual), bien de la acción afirmativa (colectivo), se diluye el carácter supletivo o correctivo del primero y pierde sentido hablar del carácter preventivo de la segunda, razón por la cual es aconsejable hacer hincapié en estos dos últimos aspectos para clarificar ambos conceptos y maximizar su efectividad, con plena conciencia de que la subsidiariedad del ajuste razonable no necesariamente se restringe a la intervención jurídica mediante sentencias o manifestaciones concretas e individuales del derecho, como también lo son los actos administrativos de carácter particular, sino que los ajustes se pueden realizar sobre aquellas obligaciones generales, como la de prevenir, corregir y sancionar el acoso laboral por la vía legislativa, aunque ello suponga la modificación de una ley protectora de un colectivo más amplio que la propia población con discapacidad y sin consideración de una situación individual concreta.

Con base en este análisis, en adelante se procede a cuestionar la ley 1010 de 2006 para advertir los vacíos que la misma deja en materia de protección reforzada de las personas con

discapacidad y de ese modo plantear posibles ajustes razonables legislativos frente a situaciones de desprotección, que permitan satisfacer a cabalidad las obligaciones convencionales asumidas por el Estado colombiano mediante la ratificación de la CDPCD y se traduzcan en un goce pleno de derechos para la población con discapacidad.

Ajustes razonables de la ley 1010 de 2006.

Como se señaló en otro apartado de este capítulo, es posible clasificar las disposiciones de la ley 1010 de 2006 de acuerdo a su contenido en normas sustanciales y normas procesales o procedimentales. Esta clasificación, en este punto, cobra vital importancia, pues se pretende advertir en lo que sigue los vacíos que la ley en comento ha dejado respecto a la protección reforzada frente a las personas con discapacidad, para lo cual se tendrá en cuenta la naturaleza normativa de cada disposición, toda vez que de las normas sustanciales se hará un análisis detallado para identificar si las mismas han omitido garantías reforzadas o si es posible incluir derechos reforzados no contemplados en esa legislación; y frente a las normas procesales o procedimentales se pretende, de igual modo, advertir si la ley prevé suficientes y adecuados mecanismos o si es necesario incluir mecanismos especiales en aras de garantizar un pleno acceso a la justicia de las personas con discapacidad que experimentan o han experimentado el acoso laboral.

Así pues, se tiene que las normas sustanciales consagradas por la ley 1010 de 2006 son las contenidas en los artículos 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 10, 11, 14, 16 y 19, mientras que las restantes, a saber, las dispuestas en los artículos 9, 12, 13, 15, 17 y 18 son de orden procesa o procedimental,

pues como se explicó arriba las primeras hacen referencia expresa a los derechos otorgados y las respectivas obligaciones que de ellos emanan, mientras las segundas regulan los mecanismos de acceso a la justicia y cuestiones adjetivas relacionadas con los procedimientos a emplear para hacer efectivos los derechos.

Análisis de las normas sustanciales de la ley 1010 de 2006.

Con el ánimo de evitar extensas transcripciones literales del articulado, se propone sólo hacer uso de citas concretas de las normas cuando se requieran para efectos pedagógicos, de modo que pueda dotarse de fluidez el texto sin perder el rigor hermenéutico. Aclarado esto, sea lo primero hacer una consideración de aquellas normas sustanciales relativas al objeto, las definiciones y los sujetos y el ámbito de aplicación de la ley, indicando que estas disposiciones al interior de la norma reflejan el carácter general, abstracto e impersonal de la misma, pues esa es su esencia normativa.

El objeto de la norma, consagrado en el artículo 1º, expresa en amplios términos cuál es la finalidad del instrumento, encaminada a la prevención, corrección y sanción del acoso laboral. A su vez, determina los bienes jurídicos tutelados por la ley, entre los que se destacan el trabajo digno, la libertad y la salud mental de los trabajadores. Un aspecto interesante, no exento de fuertes críticas, es el hecho de que el ámbito de la ley se restrinja a las relaciones laborales del Código Sustantivo de Trabajo y la función pública, descartando su aplicación frente a Contratos de Prestación de Servicios. Sin embargo, como se explicó atrás, mediante jurisprudencia la Corte Constitucional ha validado dicha restricción, al no encontrarla inexecutable. El artículo 2º, por su

parte, contempla una definición amplia del acoso laboral y también sendas definiciones sobre las modalidades de este. La influencia de las teorías de Leymann, Hirigoyen y Piñuel, como se dijo antes, son notables, lo que pone al legislador colombiano a la vanguardia mundial sobre la materia. Finalmente, el artículo 6º, además de reiterar el ámbito de aplicación limitado a las relaciones laborales de subordinación, enumera los posibles sujetos destinatarios de la ley, bien como víctimas o victimarios, implementado una técnica legislativa inadecuada, puesto que desde Piñuel se sabe que el fenómeno del APT puede presentarse en diferentes líneas (vertical descendente, vertical ascendente e incluso horizontalmente) y por tal razón una clasificación a priori de los roles de quienes participan en el evento de acoso laboral de acuerdo a sus posiciones laborales o institucionales resulta, cuando menos, tendenciosa. No obstante lo anterior, es cierto que la clasificación de los sujetos dispuesta en el artículo 6º no discrimina negativamente a las personas con discapacidad, pues éstas se incluyen en la categoría de personas naturales, atributo que naturalmente comparten con los demás ciudadanos, quedando así reconocidos como sujetos destinatarios de la ley.

Pues bien, las anteriores normas, se considera, no requieren un ajuste razonable legislativo en los términos planteados atrás, pues se reitera que estas disposiciones cumplen el objetivo normativo principal de determinar, sin consideración a un sujeto o individuo particular, el objeto y el alcance de la ley, delimitando los sujetos destinatarios y el ámbito de aplicación de forma general, abstracto e impersonal.

En este mismo sentido, los artículos 3º, 5º, 8º y 16, relativos a las circunstancias atenuantes del acoso laboral, la graduación de las faltas en materia disciplinaria con independencia de lo dispuesto en esta ley, las conductas que no constituyen acoso laboral y la suspensión de evaluación de rendimiento laboral, respectivamente, tampoco ameritan un ajuste razonable

legislativo siempre que las mismas no conculcan los derechos de las personas con discapacidad como grupo poblacional vulnerable.

Por otra parte, una serie de disposiciones previstas en la ley 1010 de 2006 sí requieren un ajuste razonable, que aquí se propondrán tentativamente, pues se considera que dichas normas, al omitir una regulación expresa sobre las personas con discapacidad, desconocen las obligaciones convencionales, constitucionales y estatutarias asumidas por el Estado colombiano. Con el propósito pues de dejar en evidencia esta situación y proponer una solución mediante la adopción de medidas subsidiarias de orden legislativo, a continuación se citará textualmente cada norma para advertir con claridad aquellos aspectos que requieren de medidas supletivas y correctivas, a fin de lograr la plena protección y brindar amplias y suficientes garantías a las personas con discapacidad.

El primero de estos artículos es el artículo 4º, que en su literalidad reza como sigue

Artículo 4º. Circunstancias agravantes. Son circunstancias agravantes:

- a) Reiteración de la conducta;
- b) Cuando exista concurrencia de causales;
- c) Realizar la conducta por motivo abyecto, fútil o mediante precio, recompensa o promesa remuneratoria,
- d) Mediante ocultamiento, o aprovechando las condiciones de tiempo, modo y lugar, que dificulten la defensa del ofendido, o la identificación del autor partícipe;
- e) Aumentar deliberada e inhumanamente el daño psíquico y biológico causado al sujeto pasivo;
- f) La posición predominante que el autor ocupe en la sociedad, por su cargo, rango económico, ilustración, poder, oficio o dignidad;

g) Ejecutar la conducta valiéndose de un tercero o de un inimputable

h) Cuando en la conducta desplegada por el sujeto activo se causa un daño en la salud física o psíquica al sujeto pasivo (Ley 1010, 2006)

Como se advierte fácilmente, el legislador no contempló ninguna circunstancia de agravación en el evento de que el acoso laboral fuera dirigido contra una persona con discapacidad, omitiendo con ello no sólo la satisfacción de sus obligaciones convencionales, constitucionales y estatutarias de velar por las garantías reforzadas de esta población, sino también el hecho insoslayable de que las personas con discapacidad, como se explicitó en el capítulo anterior, son especialmente vulnerables al fenómeno del APT y que por esta razón la conducta de quien acose laboralmente a una persona con discapacidad merece un mayor reproche social, motivo suficiente para agravarla en los términos de la presente ley.

Bajo este argumento se considera imperiosa la necesidad de realizar un ajuste razonable legislativo que tenga en cuenta la situación de especial vulnerabilidad de las personas con discapacidad frente al acoso laboral y que agrave la conducta del acosador que, sacando provecho de esa condición de discapacidad de su víctima, ejerza actos que vulneren los derechos protegidos por la ley 1010 de 2006.

El artículo 7º, a través del cual se consagran taxativamente las conductas sobre las cuales recae la presunción de acoso laboral, también merece una detenida revisión, en tanto el mismo adolece de omisiones importantes que generar un panorama de desprotección. El texto de esta norma es el siguiente

Artículo 7º. Conductas que constituyen acoso laboral. Se presumirá que hay acoso laboral si se acredita la ocurrencia repetida y pública de cualquiera de las siguientes conductas:

- a) Los actos de agresión física, independientemente de sus consecuencias;
- b) Las expresiones injuriosas o ultrajantes sobre la persona, con utilización de palabras soeces o con alusión a la raza, el género, el origen familiar o nacional, la preferencia política o el estatus social;
- c) Los comentarios hostiles y humillantes de descalificación profesional expresados en presencia de los compañeros de trabajo;
- d) Las injustificadas amenazas de despido expresadas en presencia de los compañeros de trabajo;
- e) Las múltiples denuncias disciplinarias de cualquiera de los sujetos activos del acoso, cuya temeridad quede demostrada por el resultado de los respectivos procesos disciplinarios;
- f) La descalificación humillante y en presencia de los compañeros de trabajo de las propuestas u opiniones de trabajo;
- g) las burlas sobre la apariencia física o la forma de vestir, formuladas en público;
- h) La alusión pública a hechos pertenecientes a la intimidad de la persona;
- i) La imposición de deberes ostensiblemente extraños a las obligaciones laborales, las exigencias abiertamente desproporcionadas sobre el cumplimiento de la labor encomendada y el brusco cambio del lugar de trabajo o de la labor contratada sin ningún fundamento objetivo referente a la necesidad técnica de la empresa;
- j) La exigencia de laborar en horarios excesivos respecto a la jornada laboral contratada o legalmente establecida, los cambios sorpresivos del turno laboral y la exigencia permanente de laborar en dominicales y días festivos sin ningún

fundamento objetivo en las necesidades de la empresa, o en forma discriminatoria respecto a los demás trabajadores o empleados;

k) El trato notoriamente discriminatorio respecto a los demás empleados en cuanto al otorgamiento de derechos y prerrogativas laborales y la imposición de deberes laborales;

l) La negativa a suministrar materiales e información absolutamente indispensables para el cumplimiento de la labor;

m) La negativa claramente injustificada a otorgar permisos, licencias por enfermedad, licencias ordinarias y vacaciones, cuando se dan las condiciones legales, reglamentarias o convencionales para pedirlos;

n) El envío de anónimos, llamadas telefónicas y mensajes virtuales con contenido injurioso, ofensivo o intimidatorio o el sometimiento a una situación de aislamiento social.

En los demás casos no enumerados en este artículo, la autoridad competente valorará, según las circunstancias del caso y la gravedad de las conductas denunciadas, la ocurrencia del acoso laboral descrito en el artículo 2°.

Excepcionalmente un sólo acto hostil bastará para acreditar el acoso laboral. La autoridad competente apreciará tal circunstancia, según la gravedad de la conducta denunciada y su capacidad de ofender por sí sola la dignidad humana, la vida e integridad física, la libertad sexual y demás derechos fundamentales.

Cuando las conductas descritas en este artículo tengan ocurrencias en privado, deberán ser demostradas por los medios de prueba reconocidos en la ley procesal civil. (Ley 1010, 2006)

Sobre este texto normativo caben varias consideraciones

a) Respecto al literal b) de este artículo, se considera razonable añadir al texto que las expresiones injuriosas o ultrajantes sobre la persona también se presuman acoso laboral cuando hagan alusión a una condición de discapacidad, en los términos de esa disposición, pues ésta no hace una referencia expresa a esta situación en la literalidad del texto normativo y por tal razón amerita un ajuste razonable.

b) Con relación al literal g) del artículo en comento, también se cree necesaria una medida razonable de ajuste que expresamente incluya las burlas con ocasión de una discapacidad, sea esta deficiencia o limitación, pues es cierto que comúnmente las personas que la padecen se ven expuestas a un tratamiento discriminatorio y ofensivamente burlesco, que afecta los derechos más elementales de las personas víctimas de estos tratamientos, cuales puedan ser, por ejemplo, la vida digna, la honra y la salud mental.

Los anteriores ajustes propuestos, además de prestar la importancia explicada, tienen también un propósito complementario pero de suma importancia: generar una consciencia colectiva cada vez más amplia y compartida acerca de la importancia social y jurídica que tienen las personas con discapacidad. Sin duda alguna, como se reconoce a través de los instrumentos y declaraciones internacionales, así como desde la academia, esto tiene un fuerte impacto positivo sobre la prevención de eventuales conculcaciones de derechos, pues a través de las propias leyes se visibiliza a la población vulnerable, sujeta de especial protección jurídica pero también social, en atención al principio de corresponsabilidad.

c) El literal i) del articulado 7^o también merece un ajuste razonable en el sentido de que se agregue la posibilidad fáctica de que a una persona con discapacidad se le acose laboralmente mediante la imposición de cargas desproporcionadas de acuerdo a su deficiencia o limitación, pues resulta apenas lógico que éstas circunstancias le impidan el desarrollo de determinadas actividades y ello afecte la medición de su rendimiento o su derecho a trabajar en condiciones dignas y justas. Este literal contempla situaciones similares, pero no advierte la especial situación de quien padece una deficiencia o limitación, de acuerdo a la CIF, pues es peculiarmente vulnerable a este tipo de conductas, bien a través de imposiciones o de exigencias desproporcionadas o irracionales.

d) El segundo inciso de este artículo indica que “en los demás casos no enumerados en este artículo, la autoridad competente valorará, según las circunstancias del caso y la gravedad de las conductas denunciadas, la ocurrencia del acoso laboral descrito en el artículo 2^o”. Aunque la disposición es bastante conveniente en tanto permite que aquellas conductas sobre las cuales no recaiga la presunción del acoso laboral puedan ser valoradas para evitar su desestimación a priori, también es necesario ajustarla razonablemente, toda vez que dada la vulnerabilidad de las personas con discapacidad frente al fenómeno de APT, es plausible establecer una regla general según la cual toda conducta denunciada como acoso laboral por parte de una persona con discapacidad, aunque de manera taxativa no se halle consignada en esta disposición, sea presumida como tal, y que sean las autoridades competentes las encargadas de determinar si este ha ocurrido realmente.

e) En el mismo sentido, finalmente, el inciso 3º de esta disposición merece igualmente un ajuste razonable, pues frente a las garantías reforzadas merecidas por las personas con discapacidad, disponer que sólo excepcionalmente un único acto hostil pueda ser constitutivo de acoso laboral, dependiendo de la entidad de dicho acto para lograr socavar los derechos de la víctima, implica una carga desproporcionada para una persona con discapacidad, sujeto de especial protección, para quién un único acto hostil es suficientemente vulnerador de sus derechos, con independencia de la naturaleza o alcance de éste. Por tal razón, en el caso especial de las personas con discapacidad víctimas de acoso laboral, sería conveniente ajustar razonablemente esta disposición, de suerte que para estas no se haga exigible que la conducta de acoso sea reiterada y pública, sino que baste con una sola manifestación lesiva de sus derechos para que tenga lugar la presunción de acoso laboral.

Por otra parte, el artículo 9º, el cual dispone las medidas preventivas y correctivas del acoso laboral, aunque su esencia sea la de una norma procedimental, con ocasión de la técnica legislativa empelada, en su numeral 1º dispone como medida preventiva de índole sustancial la adopción, en los respectivos reglamentos de trabajo, de mecanismos internos, confidenciales, conciliatorios y efectivos para superar eventos de acosos laboral. Huelga decir que las entidades públicas, como se explicó en capítulo antecedente, no quedan absueltas de esta obligación por no poseer reglamentos de trabajo propiamente dichos, pues jurisprudencialmente se ha determinado que si bien estos no tiene lugar al interior de dichas entidades, estas están obligadas mediante circulares u otras instrucciones o resoluciones a adoptar los mecanismos que este numeral del artículo 9o prevé. El ajuste razonable sobre este artículo consistiría precisamente en que en los

reglamentos de trabajo o circulares, según fuere el caso, se incluya de manera expresa a las personas con discapacidad, en el sentido de que se visibilice su vulnerabilidad, así como que se faciliten además de los mecanismos comunes, el acompañamiento de un profesional en psicología o quien cumpla ese rol en el departamento de recursos humanos o uno semejante, para que vele por la integridad psíquica de la víctima, pero también acompañe atentamente el procedimiento a fin de proteger a la persona con discapacidad de eventuales atropellos.

Ahora bien, respecto al artículo 10, consagradorio de las sanciones y el tratamiento del acoso laboral, también es conveniente hacer ciertas acotaciones, para lo cual inicialmente se transcribirá la norma en su literalidad.

Artículo 10. Tratamiento sancionatorio al acoso laboral. El acoso laboral, cuando estuviere debidamente acreditado, se sancionará así:

1. Como falta disciplinaria gravísima en el Código Disciplinario Unico, cuando su autor sea un servidor público.
2. Como terminación del contrato de trabajo sin justa causa, cuando haya dado lugar a la renuncia o el abandono del trabajo por parte del trabajador regido por el Código Sustantivo del Trabajo. En tal caso procede la indemnización en los términos del artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo.
3. Con sanción de multa entre dos (2) y diez (10) salarios mínimos legales mensuales para la persona que lo realice y para el empleador que lo tolere.
4. Con la obligación de pagar a las Empresas Prestadoras de Salud y las Aseguradoras de riesgos profesionales el cincuenta por ciento (50%) del costo del tratamiento de enfermedades profesionales, alteraciones de salud y demás secuelas originadas en el acoso laboral. Esta obligación corre por cuenta del empleador que

haya ocasionado el acoso laboral o lo haya tolerado, sin perjuicio a la atención oportuna y debida al trabajador afectado antes de que la autoridad competente dictamine si su enfermedad ha sido como consecuencia del acoso laboral, y sin perjuicio de las demás acciones consagradas en las normas de seguridad social para las entidades administradoras frente a los empleadores.

5. Con la presunción de justa causa de terminación del contrato de trabajo por parte del trabajador, particular y exoneración del pago de preaviso en caso de renuncia o retiro del trabajo.

6. Como justa causa de terminación o no renovación del contrato de trabajo, según la gravedad de los hechos, cuando el acoso laboral sea ejercido por un compañero de trabajo o un subalterno.

Parágrafo 1. Los dineros provenientes de las multas impuestas por acoso laboral se destinarán al presupuesto de la entidad pública cuya autoridad la imponga y podrá ser cobrada mediante la jurisdicción coactiva con la debida actualización de valor.

Parágrafo 2. Durante la investigación disciplinaria o el juzgamiento por conductas constitutivas de acoso laboral, el funcionario que la esté adelantando podrá ordenar motivadamente la suspensión provisional del servidor público, en los términos del artículo 157 de la Ley 734 de 2002, siempre y cuando existan serios indicios de actitudes retaliatorias en contra de la posible víctima. (Ley 1010, 2006)

Frente a este artículo en concreto, de orden sustancial en tanto establece sanciones y tratamiento del fenómeno del APT, es posible identificar posibles ajustes razonables en cabeza de legislador, con el ánimo de brindar mayor protección a la población con discapacidad e integrar más efectivamente las instituciones dedicadas a ese propósito.

Una primera y principal observación sobre la norma en comento, es precisamente el hecho de que no consagra una sanción específica contra quienes acosen laboralmente a una persona con discapacidad. Esto, sea dicho, implicaría una discriminación positiva, constitucionalmente aceptada y respaldada, en aras de garantizar la salvaguarda plena de estas personas, cuyos derechos son más vulnerables.

En este punto, como la pretensión de este trabajo no es la arrogación de ninguna competencia de las autoridades colombianas, y mucho menos la legislativa, se deja planteada como inquietud la inexistencia pues de una sanción concreta para que se contemple la posibilidad de establecerla, sugiriendo apenas que la misma puede comprender para el acosador cursos pedagógicos sobre discapacidad y acoso laboral, o alguna obligación semejante. Lo anterior, empero, no quiere decir que las sanciones y tratamientos contemplados en el artículo no puedan ser ajustados razonablemente para lograr una mejor garantía de derechos, así como una mayor satisfacción de las obligaciones asumidas por el Estado colombiano frente a esta población, por lo que a continuación se procede a acotar el texto normativo.

Sea lo primero referirse a la multa contemplada como sanción en el numeral 3º de esta norma, en el sentido de que la misma debería aumentarse para quienes comentan acoso laboral contra personas con discapacidad o lo toleren. Este ajuste legislativo, se cree, puede prevenir a los potenciales acosadores de su conducta, así como generar un impacto ejemplarizante mediante su imposición. El aumento de las sanciones, o la agravación de las mismas, es práctica recurrente en otras áreas del derecho, como el derecho penal o el derecho tributario, que en atención al bien jurídico que se protege, o la finalidad que se persigue por medio de una disposición, elevan o disminuyen las penas o sanciones imponibles a quienes lesionen o pongan en peligro dichos bienes jurídicos o entorpezca esa determinada finalidad. En vista pues de que los derechos de las

personas con discapacidad merecen una protección reforzada, no es descabellado pensar en un aumento de la multa imponible a quien acose laboralmente a una persona con discapacidad, lesionando con ello bienes jurídicos de especial protección.

En segundo lugar, cabe referirse al párrafo primero de esta disposición, en el cual se establece que el dinero correspondiente a las multas pagadas se recaudará a favor de la autoridad que las imponga. Esta directriz resulta a todas luces inconveniente si se le analiza desde la perspectiva de las personas con discapacidad como víctimas del fenómeno de APT, puesto que las autoridades llamadas a la imposición de estas sanciones dinerarias son los jueces laborales, el Ministerio Público – Procuraduría o las Salas Disciplinarias de los Consejos Superiores y Seccionales de la Judicatura, de acuerdo a las competencias establecidas en el artículo 12, y por tanto éstas recibirían la suma que por ese concepto pague el sancionado, privando de estos recursos a las instituciones creadas para la defensa de los intereses de las personas con discapacidad, como aquellas que integran el Sistema Nacional de Discapacidad – DNS - en el orden local o departamental, denominadas al interior del sistema como Comités Municipales o Locales de Discapacidad y Comités Departamentales de Discapacidad, respectivamente. Por lo tanto, es posible pensar en un ajuste razonable en este sentido, bien mediante la modificación del párrafo en cuestión o a través de la adenda de un párrafo adicional, pues como es palmario, si se realizara este ajuste razonable se contribuiría más idóneamente a la armonización de la normativa y al impulso de las instituciones encargadas de la vigilancia y desarrollo de políticas públicas a favor de la población con discapacidad.

Con relación al artículo 11 y las garantías contra retaliaciones contenidas en él a favor de quienes fungen como víctimas o testigos en procesos preventivos, correctivos y sancionatorios del acoso laboral, sólo se observa como posible medida de ajuste razonable la ampliación del

término temporal contemplado por el numeral 1º de dicha disposición, el cual es de seis (6) meses, cuando la víctima o el testigo sean personas con discapacidad. Veamos al detalle esta disposición

Artículo 11. Garantías contra actitudes retaliatorias. A fin de evitar actos de represalia contra quienes han formulado peticiones, quejas y denuncias de acoso laboral o sirvan de testigos en tales procedimientos, establézcanse las siguientes garantías:

1. La terminación unilateral del contrato de trabajo o la destitución de la víctima del acoso laboral que haya ejercido los procedimientos preventivos, correctivos y sancionatorios consagrados en la presente Ley, carecerán de todo efecto cuando se profieran dentro de los seis (6) meses siguientes a la petición o queja, siempre y cuando la autoridad administrativa, judicial o de control competente verifique la ocurrencia de los hechos puestos en conocimiento. (Ley 1010, 2006)

Tratándose del artículo 14, el cual regula la temeridad de la queja de acoso laboral, se cree conveniente un ajuste razonable peculiar, que discrimine la discapacidad de las personas según la CIF, a fin de distinguir de entre ellas aquellas discapacidades mentales, cognoscitivas, psíquicas y demás similares, para que a quien padezca una de estas últimas no le sea aplicable lo dispuesto en este artículo sobre la temeridad de la queja o denuncia de acoso laboral, esto precisamente en razón de la naturaleza de su discapacidad, la cual puede impedirle reconocer la naturaleza de determinadas conductas, o confundirlas, de modo que sea la autoridad competente la encargada de determinar en cada caso concreto y respecto de cada queja si ocurre o no un evento de acoso laboral, sin ejercer su facultad sancionatoria, evitando de esta manera la imposición mediante multas de cargas desproporcionadas a esta población con una discapacidad tan específica, que

pese a ella debe gozar de una protección reforzada, aunque ello implique discriminaciones positivas para igualarlas materialmente a las demás.

Análisis de las normas procesales o procedimentales de la ley 1010 de 2006.

Respecto a las normas procedimentales estipuladas por el legislador para hacer efectivos los derechos consagrados en la ley 1010 de 2006, también es posible sugerir sobre algunas de ellas sendos ajustes razonables como medidas supletorias o correctivas de los vacíos jurídicos que impiden la materialización plena de las garantías contempladas por dicha legislación. Para identificar tanto los vacíos como las posibles medidas correctivas, se empleará también la cita textual del texto legal a analizar, de modo que se imprima con ello fluidez a este ejercicio hermenéutico.

En primer lugar, de acuerdo a la explicación dada precedentemente, si bien el artículo 7º es en general una norma sustancial también prevé una situación adjetiva o procedimental, puesto dispone en su último inciso que cuando el evento de acoso laboral tenga lugar en privado debe ser demostrado mediante los medios de prueba empleados por la legislación civil, que para el caso colombiano son los estipulados en el Código General del Proceso, y entre los cuales se encuentran el testimonio, el interrogatorio de parte, el peritaje, la inspección judicial, etcétera.

Esta disposición ha resultado polémica en tanto representa una compleja dificultad para quien busca probar la ocurrencia del evento de acoso laboral, e incluso doctrinariamente ha sido catalogada como una prueba diabólica, significando con ello que es una prueba imposible para la parte que busca soportar mediante ella sus pretensión. Sin embargo, a propósito de este trabajo, se ha realizado un análisis concienzudo de esta disposición, el cual permite concluir que en estos

eventos particularmente, la carga de la prueba la tiene sobre quien recae la presunción de derecho de que ha incurrido en acoso laboral, pues precisamente este es el llamado a desvirtuar mediante medios probatorios pertinentes y conducentes la presunción que sobre su conducta recae.

Empero, la ley no brinda claridad al respecto, ni tampoco por la vía jurisprudencial se ha fijado una posición interpretativa, razón suficiente para considerar que en estos eventos de ocurrencia privada del acoso laboral es necesario que, expresamente, el legislador mediante ajuste razonable legislativo invierta la carga de la prueba cuando la víctima se trate de una persona con discapacidad.

Por otra parte, el numeral 2º del artículo 9º dispone lo siguiente

Artículo 9º. Medidas preventivas y correctivas del acoso laboral.

2. La víctima del acoso laboral podrá poner en conocimiento del Inspector de Trabajo con competencia en el lugar de los hechos, de los Inspectores Municipales de Policía, de los Personeros Municipales o de la Defensoría del Pueblo, a prevención, la ocurrencia de una situación continuada y ostensible de acoso laboral. La denuncia deberá dirigirse por escrito en que se detallen los hechos denunciados y al que se anexa prueba sumaria de los mismos. La autoridad que reciba la denuncia en tales términos conminará preventivamente al empleador para que ponga en marcha los procedimientos confidenciales referidos en el numeral 1 de este artículo y programe actividades pedagógicas o terapias grupales de mejoramiento de las relaciones entre quienes comparten una relación laboral dentro de una empresa. Para adoptar esta medida se escuchará a la parte denunciada. (Ley 1010, 2006)

De la lectura del texto legal se desprende que las autoridades competentes para conocer las denuncias de acoso laboral son a prevención el Inspector de Trabajo, los Inspectores Municipales

de Policía, los Personeros Municipales y la Defensoría del Pueblo, quienes conminarán al empleador preventivamente para que ponga en marcha los mecanismos previstos en el reglamento de trabajo. Aunque esta disposición pretende ser suficiente para todos los sujetos destinatarios de la ley, aquí se considera que no lo es frente a las personas con discapacidad, puesto que ningún sentido tendría reforzar los derechos y las garantías de estas si a la vez no se facilita el acceso a la justicia cuanto sea posible para hacer efectivos sus derechos.

Bajo este argumento se considera pertinente ajustar razonablemente esta disposición a fin de que se amplíen el número de autoridades competentes para conocer a prevención las denuncias de acoso laboral realizadas por las personas con discapacidad. Como se manifestó anteriormente, dado que el propósito de este trabajo no es remplazar la función legislativa, sólo de manera tentativa se sugiere que también las EPS, en tanto pueden percatarse de situaciones de acoso laboral somatizadas por la víctima, puedan conocer la denuncia y conminar al empleador a cumplir sus obligaciones preventivas y correctivas, o al menos dirigir la denuncia a las autoridades ya facultadas por el legislador para cumplir con ese propósito. También se considera oportuno estudiar la posibilidad de que tanto los Comités Municipales de Discapacidad como los Comités Departamentales de Discapacidad puedan fungir como autoridades competentes para conocer las denuncias de acoso laboral interpuestas por las personas con discapacidad, de suerte que de este modo se armonice el Sistema Nacional de Discapacidad con la demás normativa existente en el ordenamiento jurídico colombiano.

Ahora bien, respecto al artículo 13 de la ley 1010 de 2006, cuyo objeto es el procedimiento sancionatorio del acoso laboral, sólo se consideran pertinentes dos ajustes razonables en búsqueda de un trámite más expedito y efectivo para las personas con discapacidad que denuncien un evento de acoso laboral en su contra, estos son:

a) Ajustar razonablemente la norma en comento, para cuando el trámite se adelante ante un juez de trabajo o laboral, se reduzcan los términos estipulados en el inciso 3° de esta norma, en concreto los de fijación de audiencia inicial y plazo para resolución de apelación, de treinta (30) días a diez (10) días cada uno, de modo que por tratarse de personas con discapacidad se priorice su atención, puesto que a más demora en la toma de una decisión mayor es la conculcación de derechos para una persona que requiere especial protección y sobre todo atención pronta y eficaz.

b) El segundo ajuste razonable tiene que ver con las pruebas al interior del procedimiento de sanción del acoso laboral. Si bien la denuncia puede ser acompañada con prueba sumaria del evento de acoso, lo cierto es que eventualmente, tanto el denunciante como el denunciado tendrán que hacer uso de otros medios de prueba como los contemplados por el Código General del Proceso para soportar sus pretensiones. Ello supone un despliegue de actividades y recursos, pues no gratuitamente a esta obligación de aportar las pruebas de los hechos afirmados se le conoce como carga probatoria subjetiva. Así pues, se considera encomiable que en el evento en que una persona con discapacidad sea víctima de acoso laboral, y deba para probar dicha situación soportar una excesiva carga probatoria, que le demanden recursos que no posee o actividades complejas respecto a su discapacidad, el juez o la autoridad competente, con plena consciencia de estas circunstancias, invierta la carga de la prueba acogiendo el Código General del Proceso y lo dispuesto en él para la realización de dicha inversión, pero sobre todo atendiendo a la especial protección que amerita una persona con discapacidad, en

aras de materializar su derecho al acceso a la justicia para obtener una tutela judicial efectiva.

Por otra parte, el artículo 17 de la ley de marras refiere los sujetos procesales en los procesos disciplinarios adelantados por acoso laboral, sin hacer mención de aquellos que participan en la actuación ante juez laboral, seguramente bajo el entendido de que estos son las partes y el juez, como se deduce del artículo de competencia, o del artículo sobre el procedimiento sancionatorio. Sin embargo, se cree también oportuno un ajuste razonable sobre este artículo, en el sentido de que cuando el proceso esté integrado en cualquiera de sus polos por una parte con discapacidad, al mismo acuda necesariamente también el Ministerio Público como garante de los derechos humanos de esta parte y en cumplimiento de su obligación constitucional de velar por los derechos de todos los colombianos, pero especialmente de aquellos más vulnerables. Lo anterior, se reitera, se propone de manera académica y tentativa y de ninguna manera busca desconocer la competencia constitucional del legislador para crear las leyes nacionales.

Finalmente, una última propuesta de ajuste razonable legislativo recaería sobre el artículo 18 de la ley 1010 de 2006, en la medida en que esta consagra un término de caducidad de las acciones derivadas del acoso laboral de seis (6) meses a partir de la ocurrencia del hecho, el cual puede resultar insuficiente para una persona con discapacidad, especialmente psíquica, mental, cognoscitiva y similares, pues como se explicó anteriormente esa condición de discapacidad puede impedir que el propio acosado advierta el evento de acoso, o que se decida a denunciarlo, y por ende se considera prudente aumentar este término al menos a un (1) año, o un término mayor.

Sobre los artículos 12 y 15 no se hacen especiales acotaciones puesto que de los mismos no se advierten vacíos normativos en cuanto a la situación de derechos y garantías de las personas con discapacidad.

Conclusión

Este proyecto investigativo y de compilación crítica parte de una realidad insoslayable, cual es el hecho de que la discapacidad es una problemática social e individual en crecimiento a nivel mundial. Las cifras aquí aportadas lo demuestran, y Colombia no es una excepción a las mismas: las autoridades colombianas registran un aumento de 6,3 por ciento en esta población, que a 2015 ascendía ya a 3'051.217 de personas (Minsalud, 2015, p. 6).

El panorama es cuando menos alarmante e implica un desafío para el Estado en su calidad de garante de los derechos de sus asociados, y especialmente de los de aquellos que se encuentran en una situación de vulnerabilidad o indefensión, pues ese es el mandato constitucional que caracteriza un Estado social y constitucional de Derecho como es el colombiano. En su afán de satisfacer dicho mandato, el Estado colombiano ha creado el Sistema Nacional de Discapacidad, ha promulgado la ley estatutaria 1618 de 2013 y también ha ratificado el más reciente y completo instrumento internacional sobre la discapacidad, la Convención de Derechos Humanos de las Personas con Discapacidad – CDPCD, sobre la cual se soporta todo el andamiaje normativo respecto a la materia, toda vez que esta convención se erige sobre un nuevo paradigma social frente a la condición de discapacidad, conocido como el enfoque de derechos, el cual irradia todas sus disposiciones y en consecuencia el ordenamiento jurídico colombiano. Así pues, esta convención otorga unos derechos especiales y unas garantías reforzadas para esta población específica, desarrollados en un compendio normativo amplio, de cuyas disposiciones merecen especial atención las llamadas acciones afirmativas y los conocidos como ajustes razonables, que se advierten dentro de dicho texto convencional como las herramientas a disposición del Estado para dar cumplimiento a las obligaciones asumidas mediante la ratificación del instrumento y al

tiempo como los mecanismos para que sean implementados los derechos y las garantías convenidos en él.

Es claro, no obstante, que dichos conceptos, pese a compartir gran parte de sus elementos, se diferencian esencialmente en el carácter subsidiario y correctivo o supletivo de los segundos y la naturaleza preventiva de las primeras, pues como fue explicado, los ajustes razonables suplen o corrigen las situaciones de hecho o de derecho que tienen lugar con ocasión de las obligaciones generales que no alcanzan a cumplir el objetivo de proteger especialmente los derechos de los grupos o personas vulnerables, como lo son las personas con discapacidad.

Con base en esta distinción, previa compilación y análisis crítico y hermenéutico de datos, normas y jurisprudencia, es que se logra un ejercicio propositivo de ajustes razonables legislativos de una norma en concreto, cual es la ley 1010 de 2006 sobre acoso laboral, pues es bien sabido que éste fenómeno, también conocido como el APT, atenta contra derechos fundamentales de las víctimas como la vida digna, la igualdad, el buen nombre y el derecho a la honra, entre otros, y que en tratándose de personas con discapacidad como sujetos pasivos de las conductas de acoso laboral es posible y plausible pensar en el reforzamiento de las garantías y la creación de mecanismos especiales, en atención incluso a la clasificación CIF de las discapacidades, que garanticen la protección de los derechos fundamentales mencionados, pero también el acceso a la justicia y la garantía de una tutela judicial efectiva, a las cuales tiene derecho cualquier ciudadano colombiano en virtud de la Constitución Política de 1991, la cual dispone también, se reitera, el deber de dar un trato preferente o especial a las personas vulnerables o que se hayan en situación de indefensión, y expresamente en su artículo 49 consagra su obligación, aunque ello implique una discriminación positiva a fin de igualar

material o positivamente a aquellos que requieren ese tratamiento diferencial para lograr el pleno goce de sus derechos.

Así, se logra la proposición de un número importante de ajustes razonables sobre el texto legal de la ley 1010 de 2006, a fin de que un fenómeno tan complejo como lo es el acoso laboral sea eficazmente combatido social y jurídicamente y bajo todas sus manifestaciones, especialmente aquellas que tienen como víctima a una persona con discapacidad, dada su demostrada su vulnerabilidad ante este tipo de eventos. Se destacan entre las propuestas aquellas que buscan el reforzamiento de normas sustanciales que consagran derechos y obligaciones para los destinatarios de dicha legislación, como la inclusión de un agravante cuando la conducta de acoso laboral tenga por sujeto pasivo a una persona con discapacidad, o la modificación del artículo 7° a fin de que se tenga en cuenta la naturaleza de la discapacidad para establecer si existe APT ante la imposición de ciertas cargas laborales, o también otros ajustes razonables como la inversión de la carga de la prueba en determinados casos, o la inaplicación del artículo 14, consagratorio de la temeridad de la queja de acoso laboral, cuando en atención a la discapacidad de una persona pueda eximirse de una sanción desproporcionada, entre otros.

Otras propuestas, pero estas con relación a las normas adjetivas o procedimentales buscan, por ejemplo, la disminución de términos frente a trámites procesales o la ampliación de estos frente a la caducidad de las acciones derivadas del acoso laboral, o la inclusión de nuevas autoridades, mediante la ampliación de la competencia a prevención, que puedan conocer de los casos de acoso laboral cuando estos se dirijan contra una persona con discapacidad; o también la participación obligatoria del Ministerio Público en aquellos procesos sobre acoso laboral en los que participe como parte o testigo una persona con discapacidad, entre otras, todas encaminadas a robustecer el catálogo de derechos y garantías especiales que, de acuerdo al ordenamiento

jurídico colombiano, integrado por normas constitucionales, convencionales, estatutarias, legales y además por la jurisprudencia, pertenecen a las personas con discapacidad, en aplicación del enfoque de derechos como nuevo paradigma social, académico, político y jurídico frente a la discapacidad, dejando atrás el viejo paradigma biologicista-rehabilitador e incluso también el modelo biopsicosocial, pues a partir de la Convención de 2006 las personas con discapacidad no son más meros receptores del derecho, sino que además pueden y deben intervenir en su propio destino, integrándose a la vida social, cultural y política del país, como sujetos plenos en un Estado social y constitucional de Derecho que garantice su participación

Lista de referencias

Aguado Díaz, A.L (1995) Historia de las deficiencias. Madrid, España: Escuela libre editorial Fundación Once.

Bolaños Salazar, E (2015) La idea de los ajustes razonables como forma complementaria para conseguir la igualdad de las personas con discapacidad. *Actualidad jurídica*, ed. 8, p. 40-54

Carvajal Orozco, Dávila Londoño (2013) Mobbing o acoso laboral. Revisión del tema. *Cuadernos de administración*, Vol. 29 (N. 49), p. 1-16

Cayo Pérez, L. (s.f) La configuración jurídica de los ajustes razonables. Recuperado de <http://convenciondiscapacidad.es/Noticias/LA%20CONFIGURACION%20JURIDICA%20DE%20LOS%20AJUSTES%20RAZONABLES.pdf>

Di Nasso, P (2011) Mirada histórica de la discapacidad. Recuperado de http://fci.uib.es/Servicios/libros/articulos/di_nasso/

Fernández López, Fernández-Fidalgo, Geoffrey, Stucki, Cieza (2009) Funcionamiento y discapacidad: la clasificación internacional del funcionamiento (CIF). *Revista Española de Salud Pública*, Vol. 83 (N. 6), p. 775-783

Gonzáles de Rivera, J.L (2005) El maltrato psicológico. Madrid, España: SPASA.

Hernández Ríos, M.I (2015) El concepto de discapacidad: De la enfermedad al enfoque de derechos. *Revista CES Derecho*, Vol. 6 (N.2), p. 46-59

Hirigoyen, M.F (2001) El acoso moral: el maltrato psicológico en la vida cotidiana. Barcelona, España: Paidós Ibérica.

Ley 1010 de 2006, Diario Oficial No. 46.160, de 23 de enero de 2006.

Ley 1145 de 2007. Diario Oficial N°. 46.685, de 10 de julio de 2007.

Ley 1346 de 2009.

Ley 1618 de 2013.

Martínez Cárdenas, E. Ramírez, Mora, J.M (2012) En XX Congreso Mundial de derecho del Trabajo y la Seguridad Social. Congreso llevado a cabo en Santiago de Chile, Chile.

Ministerio de salud y protección social (2015) Sala situacional de personas con discapacidad.

Mota Cárdenas, F (2007) El acoso laboral en Colombia. *Vía Iuris* (N. 4), p 95-105

Organización de los Estados Americanos (1999) Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. Recuperado de <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-65.html>

Organización Mundial de la Salud (2011) Informe mundial sobre la discapacidad. Recuperado de http://www.who.int/disabilities/world_report/2011/accessible_es.pdf?ua=1

Organización Mundial de la salud (2001) Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y la Salud. Recuperado de http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/43360/1/9241545445_spa.pdf

Organización Mundial de la salud (2006) Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. Recuperado de <http://www.un.org/spanish/disabilities/default.asp?id=618>

Ortiz Hernández, M (2015) *El modelo de Gestión Deliberativa Responsable: Un caso aplicado a la inclusión en discapacidad* (Tesis de pregrado). Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá D.C.

[Peña Saint Martin, Sánchez Díaz \(2007\) *El mobbing. Contribuciones del concepto al estudio del trabajo y su organización* en Cuando el trabajo nos castiga. Debates sobre el mobbing en México. Azcapotzalco, México: UAM.](#)

Piñuel y Zabala, I (2006) El mobbing o acoso psicológico en el trabajo. *Estudios de derecho judicial* (N.94), p. 15-84

- Seco Martín, E. (2015) Génesis y problematización de la ley de acoso laboral en Colombia. *Cuadernos de relaciones laborales Vol. 33* (N.1), p. 119-147
- Urresta Tascón, M.M (2013) Aproximaciones a una conceptualización del acoso laboral en el ordenamiento jurídico colombiano. *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas Vol. 13* (N. 118) p. 387-405
- Valencia, L.A (2014) Breve historia de las personas con discapacidad. De la opresión a la lucha por sus derechos. *Rebelión*. Recuperado de <http://www.rebelion.org/docs/192745.pdf>