

Protección laboral en la vejez del limitado físico, síquico o sensorial en el ordenamiento jurídico colombiano*

Labor protection for the elderly with physical, mental, or sensory disabilities

Sandra P. Duque Q¹; Natalia E. Gómez R²; Álvaro M. Villadiego V³.

¹ Candidata a Doctora en Educación, magíster en Derecho, especialista en Gestión ambiental, abogada, profesora vinculada a la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Antioquia, Medellín, Colombia. Correo electrónico: sanduque@derecho.udea.edu.co

² Magíster en Derecho, especialista en Derecho de la Seguridad Social, abogada. Profesora ces y Universidad de Antioquia, Medellín, Colombia. Correo electrónico: nataliaegomez@hotmail.com

³ Abogado, candidato a especialista en Derecho Administrativo, Universidad de Antioquia, Medellín, Colombia. Correo electrónico: a_villadiego@hotmail.com

Recibido: 31 de julio de 2011. Aprobado: 31 de mayo de 2012.

Duque S, Gómez N, Villadiego A. Protección laboral en la vejez del limitado físico, síquico o sensorial en el ordenamiento jurídico colombiano. Rev. Fac. Nac. Salud Pública 2012; 30(2): 212-221

Resumen

En la actualidad, se discute la necesidad de un amparo jurídico eficaz para las personas con limitaciones en la vejez. Desde esta perspectiva, en este artículo se analiza si existe una debida protección laboral al limitado en la vejez desde la deficiencia física, síquica y sensorial y si las normas constitucionales y legales, que ordenan proteger a las personas de la tercera edad, deben adoptar medidas que garanticen la satisfacción de

sus necesidades básicas y el goce efectivo de una vida digna en el ámbito laboral y pensional. En esta medida, se realizó una revisión e interpretación exhaustiva de las normatividad y jurisprudencia constitucional, con el fin de establecer si se desarrollan las políticas del envejecimiento contempladas en nuestra Carta Política. -----*Palabras clave:* protección laboral, vejez, deficiencia, invalidez, limitado, eficacia.

Abstract

The need for effective legal protection of the elderly with disabilities is currently being discussed. In this paper, the author analyzes if the labor protection mechanisms for these people are physically, psychologically, and sensorially adequate. Likewise, the author analyzes if the constitutional and legal regulations aimed at protecting the elderly must ensure the satisfaction of the basic needs of such people and the effective enjoyment of a

dignified life in terms of labor and pensions. With this in mind, extensive and thorough review and interpretation of the regulations and constitutional jurisprudence was conducted in order to determine if the aging-related policies included in our Political Charter are being developed. -----*Keywords:* labor protection, old age, handicap, disability, limited, effectiveness.

* Artículo de reflexión producto de la investigación “Pensión de vejez por deficiencia física, psíquica o sensorial: una mirada desde la eficacia en el sistema de pensiones colombiano”, inscrito ante el Centro de Investigaciones Jurídicas (CIJ), adscrito a la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia.

Introducción

En Colombia, a raíz de los convenios, de los tratados internacionales ratificados y de la consagración de los derechos de las personas de la tercera edad y los disminuidos en la Constitución de 1991, se creó un marco normativo para proteger en el contexto laboral a los limitados físicos, síquicos o sensoriales.

Este artículo de investigación tiene como objetivo dar a conocer cómo la protección laboral del limitado ha generado en el ámbito jurisprudencial diferentes posiciones sobre su conceptualización, encontrándose con fallos contradictorios según la acción judicial que se emprenda la acción de tutela o la jurisdicción ordinaria laboral y la posición del juez sobre la temática.

Adicionalmente, se pretende mostrar cómo en las últimas décadas posteriores a la Carta Política, en las reformas laborales se ha tenido como eje la generación de empleo y la consagración de normas que benefician a las personas en situaciones de debilidad manifiesta, en las que deberían estar inmersas las personas ancianas con limitaciones originadas por deficiencias. Sin embargo, en una revisión exhaustiva de las leyes y decretos, se evidencia que no hay tal desarrollo legal, puesto que existe únicamente una política del envejecimiento y la vejez para los años 2007-2019, la cual no está reglamentada en su totalidad y que se ha preocupado por otros aspectos como la salud, la educación y la cultura.

Se considera que para lograr esa protección laboral debe generarse una protección pensional para las personas que en la vejez presenten deficiencias, aspecto que fue tenido en cuenta por el legislador en la reforma realizada a la ley 100 de 1993 [1] a través de la ley 797 de 2003 [2], la cual creó una prestación económica especial; sin embargo, se muestra cómo en la práctica dicha prestación económica ha presentado problemas de eficacia ante la ausencia de un instrumento de calificación idóneo para la aplicación de la protección consagrada.

Protección laboral de las personas con limitación

Desde el marco internacional se ha desarrollado una normatividad general tendiente a la protección de las personas con cualquier clase de limitación física, síquica o sensorial. Ello puede observarse en la Declaración de los Derechos Humanos proclamada por las Naciones Unidas (1948), la Declaración de los Derechos del Deficiente Mental aprobada por la Organización de las Naciones Unidas (ONU) (1971), la Declaración de los Derechos de las Personas con Limitación aprobada por la Resolución 3447 de la misma organización (1975), el Convenio 159 de la Organización Internacional del Trabajo, en la Declaración de Sund Berg de Torremolinos apoyada por la Unesco (1981), la Declaración de las Naciones Unidas

concernientes a las personas con limitación (1983), la recomendación 168 de la OIT (1983) y la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad de la ONU (2007), parámetros que sirvieron para que en la legislación nacional a partir de la Constitución de 1991 se protegiera a las personas con limitaciones, consagrando en el artículo 47 que el Estado adelantaría una política de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos [2]; articulado que fue desarrollado a través de la ley 361 de 1997 [4], como mecanismos de integración social de la persona con limitación, incluyendo el ámbito laboral.

En este sentido, sobre la integración laboral, la ley consagra que el gobierno en la política nacional de empleo deberá crear y fomentar fuentes de trabajo para las personas con limitación, e igualmente estimulará con incentivos a los empleadores particulares que vinculen laboralmente personas con limitaciones, a través de preferencias en igualdad de condiciones en los procesos de licitación, adjudicación y celebración de contratos, sean estos públicos o privados, prelación en el otorgamiento de créditos subvencionados de organismos estatales y tasas arancelarias a la importación de maquinaria y equipo especialmente adoptados o destinados al manejo de personas con limitación.

Respecto al trabajador, indica la ley 361 de 1997, que en ningún caso la limitación de una persona podrá ser un obstáculo para la vinculación laboral, y que tampoco puede ser despedido en estas condiciones sin la previa autorización del Ministerio de Protección Social, consagrando a su favor una indemnización de 180 días de salario en caso de un despido en razón de su limitación [4]; dichos temas fueron abordados y precisados por la Corte Constitucional en la sentencia C-531 de 2000, en la que se indica que no solamente procedía la indemnización sino el reintegro del trabajador, el cual sino es necesario, debe ser reubicado dentro del lugar de trabajo de acuerdo a las limitaciones y afecciones en la salud que presente [5].

Pero esta protección laboral desde su viraje internacional y nacional, ha generado en la práctica diferentes interpretaciones e inseguridad jurídica tanto para empleadores como para trabajadores, principalmente sobre el concepto de “persona con limitación”, ya que no han sido unánimes las posiciones de las Altas Cortes. Al respecto, la Corte Constitucional en sentencias como la T-504-2008 [6], T-503-10 [7] y T-390-10 [8], tiene un concepto amplio de la limitación física, síquica o sensorial que establece que basta demostrar a través de un documento idóneo, médico laboral, que la persona presenta una limitación física, síquica o sensorial, sin importar el porcentaje de calificación y que el despido se dio en razón de esa limitación. Con una visión alejada de la anterior, la Corte Suprema de Justicia en sentencias como las de los Radicados 35421-09, 32510-09 y 36115-10,

la reduce a un porcentaje de calificación determinado en el instrumento para establecer la invalidez, siendo necesario que el trabajador por lo menos acredite una limitación moderada, es decir, una pérdida de la capacidad laboral del 15% al 25% y, por consiguiente, debe ser evaluado conforme a los parámetros del Manual Único de Calificación (MUCI), consagrado en el decreto 917 de 1999 [9], para establecer si una persona es inválida.

De lo anterior, se puede evidenciar que la discusión está basada en el MUCI, consagrado en el decreto 917 ibídem, que en el artículo 5° define criterios de limitación física, síquica o sensorial como la deficiencia, discapacidad y/o minusvalía, que corresponden a la clasificación clásica de la Organización Mundial de la Salud (OMS), así:

Deficiencia: se entiende por deficiencia, toda pérdida o anomalía de una estructura o función psicológica, fisiológica o anatómica, que pueden ser temporales o permanentes, entre las que se incluyen la existencia o aparición de una anomalía, defecto o pérdida producida en un miembro, órgano, tejido u otra estructura del cuerpo humano, así como también los sistemas propios de la función mental. Representa la exteriorización de un estado patológico y en principio refleja perturbaciones a nivel del órgano.

Discapacidad: se entiende por Discapacidad toda restricción o ausencia de la capacidad de realizar una actividad en la forma o dentro del margen que se considera normal para un ser humano, producida por una deficiencia, y se caracteriza por excesos o insuficiencias en el desempeño y comportamiento en una actividad normal o rutinaria, los cuales pueden ser temporales o permanentes, reversibles o irreversibles, y progresivos o regresivos. Representa la objetivación de la deficiencia y, por tanto, refleja alteraciones al nivel de la persona.

Minusvalía: se entiende por Minusvalía toda situación desventajosa para un individuo determinado, consecuencia de una deficiencia o una discapacidad que lo limita o impide para el desempeño de un rol, que es normal en su caso en función de la edad, sexo, factores sociales, culturales y ocupacionales. Se caracteriza por la diferencia entre el rendimiento y las expectativas del individuo mismo o del grupo al que pertenece. Representa la socialización de la deficiencia y su discapacidad por cuanto refleja las consecuencias culturales, sociales, económicas, ambientales y ocupacionales, que para el individuo se derivan de la presencia de las mismas y alteran su entorno [9].

De los conceptos citados anteriormente se puede decir que mientras para la Corte Constitucional, cualquier persona con deficiencia, discapacidad y/o minusvalía, puede ser un limitado físico, síquico o sensorial sin establecer un porcentaje mínimo de pérdida de capacidad laboral, para la Corte Suprema de Justicia, es limitado quien reuniendo los tres criterios acredite una pérdida

de capacidad laboral no inferior al 15%. Sobre estas posiciones de los órganos de cierre, en el ámbito constitucional y de justicia ordinaria laboral respectivamente, debe tenerse en cuenta que nuestro Manual está desactualizado desde el contexto internacional, razón de ello radica en que la OMS en el año 2001 en la LIV Asamblea Mundial de la Salud, se aprobó una nueva clasificación con el título “Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud”, a través de la Resolución No. WHA5421 del 22 de mayo de 2001 con el acrónimo CIF.

Como resultado de ese proceso de revisión de la clasificación inicial, la OMS define la deficiencia como aquellos problemas en las funciones o estructuras corporales, a la discapacidad como la objetivación de la deficiencia en el sujeto y con una repercusión directa en su capacidad de realizar actividades en los términos considerados normales para cualquier sujeto de sus características, y respecto del término minusvalía, que fue abandonado y que hoy se habla es de participación, como la implicación de la persona en una situación vital que representa la perspectiva de la sociedad respecto al funcionamiento.

La incidencia de la nueva clasificación sobre los criterios de pérdida de capacidad laboral para definir a la persona con limitación en la legislación interna, es el reconocimiento de que son criterios autónomos que necesariamente no están orientados a visualizarse desde la invalidez, es decir, a una pérdida de capacidad laboral del 50% o más; por el contrario, pueden ser definidos y analizados de forma individual y reconocer las limitaciones que pueden ocasionar individualmente al sujeto, lo que conllevará a que la Corte Suprema de Justicia reevalúe su posición de exigir un determinado porcentaje de pérdida de capacidad laboral.

Pero hasta tanto no se actualice el Baremo Colombiano frente a esta dicotomía conceptual, el trabajador en caso de presentar limitaciones físicas, síquicas o sensoriales, se ve enfrentado a situaciones concretas como la incertidumbre en la continuidad de la relación laboral, ya que si tiene el dictamen médico laboral que acredite una pérdida de capacidad laboral del 15% o más, el empleador será cuidadoso en efectuar un despido sin la autorización del Ministerio ante la posibilidad de ser demandado y ordenarse el reintegro del trabajador y el pago de los salarios dejados de percibir. Por otro lado, en el caso de que el trabajador sólo se encuentre en tratamiento o se hayan realizado recomendaciones médicas sin que exista una calificación de pérdida de capacidad laboral, se generará la duda si el empleador tomará la decisión de despedirlo sin la autorización del Ministerio de Protección Social y asumir el riesgo de que el trabajador presente una acción de tutela ante la violación de sus derechos fundamentales y se ordene el reintegro y el pago de la indemnización de 180 días de salario por haber sido despedido en razón de su limitación, o tam-

bién que el trabajador presente una demanda ordinaria y esperar si la posición del juez ordinario laboral está acorde con los preceptos de la Corte Constitucional, siendo la misma favorable para el trabajador o a lo indicado por la Corte Suprema de Justicia y lo absuelva ante la ausencia de prueba de la pérdida de capacidad laboral del 15% o más.

En adición a lo anterior, más allá de las discusiones jurisprudenciales, es importante indagar sobre la protección de las personas con limitaciones en la vejez, especialmente con deficiencias, partiendo de dos interrogantes: ¿cuál es la relación entre vejez y deficiencia? y ¿existe normatividad de protección especial en el campo laboral de las personas ancianas que presentan deficiencias físicas, síquicas o sensoriales?

La protección laboral del limitado en la vejez desde la deficiencia física, síquica o sensorial

Para ubicar la relación existente entre la deficiencia y la vejez, se puede partir de la valoración médica del daño corporal limitada a los hechos clínicos, sobre lo cual Rodríguez [10] manifiesta que no es lo mismo la valoración médica del daño corporal, que la valoración del daño, ya que cualquier actuación en el ámbito profesional del médico se ha de restringir a establecer un juicio diagnóstico de las lesiones y secuelas, y las consecuencias funcionales de las mismas. Este aspecto puede concretarse dentro de nuestra legislación como la definición de la deficiencia aislada de los criterios de discapacidad y minusvalía que correspondería a la valoración del daño desde los conceptos amplios de las limitaciones para realizar actividades en condiciones de cualquier sujeto normal y la afectación en el rol social respectivamente. Desde esta perspectiva se debe analizar si el estado de vejez puede conllevar deficiencias en el ser humano.

En sentido etimológico, el concepto de ancianidad se enmarca dentro de la relación del ser humano con el tiempo, y como lo define Dabove “la persona anciana es la que cuenta con un antes, un pasado mayoritario, que respalda lo poco que vendrá” [11], lo que significa que la protección a esta población se encuentra limitada en el tiempo por su corta expectativa de vida.

Desde la biología se ha entendido que la senectud consiste en el “conjunto de procesos biológicos que condicionan el deterioro de células, tejidos y órganos” [12]. No obstante, otros autores como Morelli [13] y Gonem [14], señalan que el envejecimiento no constituye sólo un proceso biológico, sino también comporta aspectos históricos y culturales. Dentro del marco de la seguridad social, especialmente en regímenes de pensiones, Kemelmajer [15] indica que probablemente la seguridad

social es el ámbito en el que la ancianidad apareció legislada por primera vez, lo que se observa en el marco internacional de las pensiones de vejez, a través de los convenios de la OIT.

Sobre la deficiencia, la clasificación clásica de la OMS la definió como “toda pérdida o anomalía de una estructura o función psicológica, fisiológica o anatómica, que pueden ser temporales o permanentes” [16] y, posteriormente, con la modificación de la Clasificación Internacional denominada *del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud*, precisó el criterio como “todos los problemas en las funciones o estructuras corporales”, que se divide en dos secciones: unas son las funciones fisiológicas de los sistemas corporales, que incluye las funciones psicológicas y las otras son las estructuras corporales que son las partes anatómicas del cuerpo: órganos, extremidades y componentes.

También existe una definición aislada y que corresponde a criterios internacionales distantes a la Organización Mundial de la salud, realizada por la *American Medical Association* (AMA) [17] en la cual se denominó inicialmente la deficiencia como un menoscabo, describiéndolo como una disminución previsiblemente permanente en las facultades físicas, síquicas o sensoriales. En conclusión, en todas las definiciones se habla de la deficiencia para referirse a la parte orgánica y funcional del ser humano, orientado necesariamente desde la medicina.

Entonces, la relación de la deficiencia y la vejez, se da desde aspectos amplios y no ceñidos necesariamente al derecho, que reúne como elemento en común el aspecto médico, tal y como se plantea en estudio realizado por Rodríguez, Aguado y Carpintero [18], puesto que se cita, como problemas de la salud física y mental de los ancianos, la pérdida de movilidad, una mayor tendencia a caídas y lesiones traumáticas, el deterioro de la visión y la audición y la incontinencia como limitaciones presentes en un porcentaje elevado de estos sujetos, así como los problemas siquiátricos que son comunes en esta población debido a la mayor frecuencia de trastornos de la conducta; apreciaciones que integralmente corresponden a deficiencias enmarcadas en cualquiera de las definiciones internacionales; de ahí que sea posible afirmar que la sola edad conlleva a la adquisición de algunas deficiencias, aunque no puede descartarse que se posean algunas antes de la vejez, incluso de forma congénita, las cuales en esta etapa de la vida se sumarán a las propias de su estado de salud actual.

Además, la deficiencia en la vejez no importa de qué origen sea, es decir, común o profesional, ya que lo relevante es su manifestación o presencia en ese estado que por las propias condiciones de la edad que las hacen más gravosas y encaminadas a una especial protección del Estado como lo consagra la Constitución Política de forma amplia. Asimismo, para definir la deficiencia de una persona en la vejez, no es determinante como lo se-

ñalan Hernández y Villanueva [19], que la edad sea la predisposición más clara de la valoración del daño corporal, ya que no es importante si se da, antes o durante de la ancianidad, sino simplemente su presencia en este período específico.

Respecto a otras teorías orientadas al estudio del daño, como la desarrollada por Fernández [20], sobre el deslinde entre el daño a la persona, daño al proyecto de vida y daño moral, se podría ubicar la deficiencia dentro del daño a la persona, que tiene como subtemas el daño biológico y el daño psíquico, los cuales, a su vez, se diferencian del daño a la salud o daño al bienestar como las inevitables y automáticas repercusiones que produce cualquier lesión en el bienestar de la persona en sus intereses existenciales, con prescindencia de su magnitud e intensidad, ya que en las demás teorías, solamente interesa la afectación de las estructuras y funciones del ser humano fácilmente identificables en la etapa de la vejez como antecedente o concomitante al estado mismo.

Por lo anterior, puede indicarse que la deficiencia efectivamente puede observarse desde la cuestión clínica de la persona anciana que es sometida a un examen de la lesión y su repercusión funcional, realizándose una descripción anatómica o de la perturbación estructural. Para esto se requiere la diferenciación de la cuestión laboral, la cual se centra en la investigación del puesto de trabajo, que permite distinguir aspectos generales y otros de naturaleza concreta, más directamente relacionados con el caso problema que se haya de analizar.

Por consiguiente, se entiende la deficiencia como la lesión que abarca cuánto menoscabo en lo orgánico o en lo funcional tiene el individuo, sin tener que identificarse con la enfermedad o falta de salud que pueda tener una repercusión práctica en uno o varios campos de la actividad humana y que por el solo hecho de presentarse en esta etapa de la vida, requiere de atención especial del legislador en el desarrollo de la protección laboral del limitado.

Por lo tanto, además de identificar la relación estrecha entre vejez y deficiencia, debe indagarse sobre normatividad especial que existe en Colombia para proteger a la persona limitada en su vejez, especialmente cuando presenta deficiencias ante el inevitable menoscabo en sus órganos y/o funciones desde un punto de vista médico que comprende los problemas en los órganos o estructuras adquiridos antes, durante o por la sola consecuencia de la vejez.

En este sentido, se revisan dos grandes reformas en los últimos años en materia de Derecho Laboral Individual, cuyo desarrollo estuvo fundamentado en fomentar el empleo, la ley 789 de 2002 [21] y la ley 1429 de 2010 [22], en las cuales se encuentra que no se incluye ninguna política de inclusión laboral para las personas mayores y mucho menos ancianas con deficiencias, ya

que están basadas en la generación de empleo con amplios beneficios para los empleadores, especialmente en la ley 1429 se establece exenciones tributarias en la contratación de menores de 28 años que ingresan por primera vez al mundo laboral y mujeres no mayores de 40 años que durante los 12 meses anteriores hubieran estado desempleadas.

Por otra parte, es pertinente revisar la Política Nacional del envejecimiento y vejez 2007-2019 del Ministerio de Protección Social [23], que tuvo como origen el documento CONPES 2793 de 1995, en el cual se plantea desde el punto de vista democrático, que las políticas pensionales han aumentado, cada vez más, la edad de jubilación; sin embargo, no se corresponde en la misma proporción la oferta de empleos para personas mayores de 60 años. En este documento se indica que se consideran personas mayores a mujeres y hombres que tienen 60 años o más (o mayores de 50 años si son poblaciones de riesgo, por ejemplo indigentes o indígenas) y que este límite de edad es reconocido y usado por Naciones Unidas para referirse a las edades avanzadas y que, por ende, este grupo de personas entra a competir con los jóvenes que inician su vida laboral, de ahí que es común encontrar a las personas mayores vinculados a la vida laboral a través de lo que comúnmente se denomina “empleo informal” [24].

En virtud de lo anterior, dentro de la línea estratégica de las políticas, se plantea protección legal y gestión normativa, que establece como una línea de acción la elaboración de normas laborales que protejan el acceso al trabajo y eviten la discriminación laboral de las personas mayores.

Es así como, en desarrollo de la política nacional del envejecimiento y vejez 2007-2019, hasta la fecha se han promulgado las siguientes normas: decreto 3039 de 2007 (Plan Nacional de Salud Pública) [25], ley 1171 de 2007 (beneficios mayores de 62 años) [26], ley 1251 de 2008 (protección, promoción y defensa de los derechos del adulto mayor) [27], ley 1276 de 2009 (*criterios de atención integral del adulto mayor en los Centros Vida*) [28] y ley 1315 de 2009 (condiciones mínimas que dignifiquen la estadía de los adultos mayores en los centros de día e instituciones de atención) [29].

De la normatividad descrita anteriormente, únicamente la ley 1251 de 2008 en su artículo 17, numeral 4.º, plantea que “el Estado, a través de sus entidades del orden Nacional, Departamental, Distrital y Municipal, de conformidad con el ámbito de sus competencias, las instituciones públicas y privadas, la sociedad y la familia, deberán generar acciones tendientes a involucrar al adulto mayor en el desarrollo económico y productivo de nuestro país” [27]. Para lograrlo deberán:

- Facilitar y promover la obtención de ingresos mediante el empleo, el desarrollo de proyectos pro-

ductivos y la formación de empresas sociales para el adulto mayor;

- desarrollar mecanismos para el acceso al crédito con propósitos productivos para el adulto mayor;
- promover el acceso del adulto mayor al empleo formal;
- capacitar, promover y facilitar el acceso a las nuevas tecnologías y al teletrabajo como mecanismo para la generación de ingresos y de empleo.

Pero el precitado postulado legal no deja de ser simplemente programático, es decir, que requiere de una reglamentación que indique cómo aplicar en el contexto nacional la protección laboral del adulto mayor, en la cual, por ejemplo, se contemple específicamente cómo proteger a la persona con deficiencias en la vejez y las alternativas de empleo que pueden crearse para estas personas.

Como se puede observar, desde las políticas públicas se plantea la protección laboral para las personas mayores, pero hay ausencia de reglamentación que permita que se desarrollen y se cumplan en la legislación colombiana. Por otra parte, desde las condiciones de trabajo tampoco se han realizado estudios que involucren la relación entre la deficiencia y la vejez y su importancia en la protección laboral de las personas con limitación física, síquica o sensorial, que desde criterios objetivos brindados por la medicina, deberían ser focalizados para brindarles en la sociedad oportunidades de empleo en condiciones dignas.

Al respecto, la OMS, en el marco de la Segunda Asamblea Mundial de las Naciones Unidas, sobre el envejecimiento, celebrada en Madrid - España en 2002, se trazó como política “el envejecimiento activo”, entendido este como el proceso de optimización de oportunidades de salud, participación y seguridad con el fin de mejorar la calidad de vida a medida que las personas envejecen, todo esto surgió de estudios realizados en 2002, los cuales arrojaron como resultado que en los países en vía de desarrollo, entre ellos Colombia, se presenta un rápido ascenso del envejecimiento que se acompaña de grandes cambios en las estructuras y los roles familiares, así como en los patrones de trabajo y migración.

De esta manera se indica que en materia de participación, el envejecimiento activo debe preocuparse por la reducción de la pobreza y generación de ingresos, además de incluir a las personas mayores en la planificación, la puesta en práctica y la evaluación de las iniciativas de desarrollo social y en los esfuerzos para reducir la pobreza, garantizar que las personas ancianas tengan el mismo acceso que las jóvenes a las becas de desarrollo, a los proyectos que generen ingresos y a los programas de crédito; igualmente que se genere trabajo formal, siendo necesario: promulgar políticas y programas del mercado laboral y de empleo que permitan la participación de las personas en trabajos gratificantes a

medida que envejecen, de acuerdo con sus necesidades, preferencias y capacidades individuales (por ejemplo, la eliminación de la discriminación por razón de edad en la contratación y la conservación de trabajadores mayores) apoyar las reformas de las pensiones que fomenten la productividad, un sistema heterogéneo de planes de pensiones y unas alternativas de jubilación más flexibles (por ejemplo, la jubilación gradual o parcial).

Desde esta perspectiva del envejecimiento activo, podría considerarse que las políticas en Colombia han centrado su atención en la protección social, cultural y educativa, puesto que el sistema pensional debe preocuparse de los ingresos del adulto mayor para suplir sus necesidades, a través de prestaciones económicas, como resultado o recompensa por los años laborados y cotizados.

En esta medida, es importante indagar por la protección en el trabajo y el sistema de pensiones de las personas ancianas en Colombia, porque al ser un imperativo constitucional proteger a las personas de la tercera edad, de acuerdo con el artículo 46 de la Carta Política y a las personas débiles física y psíquicamente según el artículo 47 de la Constitución, en el ámbito laboral y pensional debe con mayor fuerza adoptarse medidas tendientes para que las personas en la vejez que presenten deficiencias físicas, síquicas o sensoriales puedan satisfacer sus necesidades básicas y obtener una calidad de vida digna [3].

Protección laboral del limitado en la vejez: alternativa en el Sistema Pensional

En la creación del Sistema General de Pensiones, la única protección existente para los afiliados con limitaciones físicas, síquicas o sensoriales, estuvo dirigida a las personas inválidas, sin importar la edad, a través de una pensión por invalidez de origen común en la cual debía reunir unos porcentajes mínimos de deficiencia, discapacidad y minusvalía, que no tenía una consideración especial por las personas que en su vejez presentarían cualquier limitación [2].

A partir de la ley 797 de 2003, como puede observarse en los debates de ley, comienza el legislador a preocuparse por la consagración de normas pensionales para las personas limitadas en la vejez, inquietud que tuvo como resultado la adición en el artículo 33 de la ley 100 de 1993, de una pensión especial para las personas que acreditando 55 años de edad y 1000 semanas cotizadas, presentaran una deficiencia física, síquica o sensorial del 50%, prestación económica que debe diferenciarse de otras pensiones como la pensión de vejez general y la pensión de invalidez, ya que de acuerdo con antecedentes de la regulación normativa, no se trata de un acto involuntario que el legislador hablara de defi-

ciencia y no de invalidez, considerando que el Sistema General de Pensiones, consagra en el capítulo aparte la pensión por invalidez y los requisitos que de forma general o excepcional debe reunir un afiliado para acceder a ella [2].

No obstante, la consagración de esta norma de pensión especial de vejez ha generado algunas controversias, desde el instrumento evaluador utilizado en Colombia para determinar la pérdida de capacidad laboral, el MUCI, el cual está diseñado para establecer la invalidez en el sujeto y no solamente si presenta uno de sus criterios, como es la deficiencia. Asimismo, dentro de su regulación, específicamente en el artículo 4º, señala que las consecuencias normales de la vejez, por sí solas, sin patología sobreagregada, no generan deficiencia para los efectos de la calificación de la invalidez en el Sistema Integral de Seguridad Social y que en caso de coexistir alguna patología con dichas consecuencias, se podrá incluir dentro de la calificación de acuerdo con la deficiencia, discapacidad y minusvalía correspondientes.

Entonces, si este es el criterio de deficiencia para la invalidez, ¿cómo debe ser analizada la deficiencia de la pensión especial de vejez? Es este el punto de partida para anunciar que los criterios para determinar la deficiencia en la invalidez no pueden ser los mismos que para la pensión especial de vejez, ya que lo importante para esta prestación económica es que la deficiencia corresponda al 50% o más, sin importar el origen, la preexistencia o que se generó en la vejez.

Sobre la definición de deficiencia, es indiscutible que el MUCI sigue siendo el instrumento existente de valoración en la Seguridad Social Colombiana, pero realmente debe aceptarse que el artículo 33 de la ley 100 de 1993, en el cual se consagra la pensión especial de vejez, no prevé cómo se definirá o establecerá la deficiencia física, síquica o sensorial, por lo tanto debe acudir al mismo Decreto 917 de 1999, que en el numeral 4º del artículo 11, señala que cuando una patología o diagnóstico no aparezca en el texto del Manual, o no se pueda homologar al mismo, se acudirá a la interpretación dada en instrumentos similares de otros países o de organismos internacionales, tales como la Comisión de Expertos de la OIT, el Manual de Consecuencias de la Enfermedad de la OMS y el Manual de Discapacidades de la AMA [9].

La presencia de estos instrumentos internacionales se identifica con mayor amplitud en el proyecto de actualización del MUCI, que en caso de la deficiencia se aplica el criterio de la Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud (2001) que, a su vez, está acorde con el criterio amplio de la AMA, ya que desde su 5ª edición, en las Guías para la Evaluación de Permanente Deterioro, define la deficiencia como una alteración del estado de salud de un individuo, una desviación de lo normal en una parte u órgano del cuerpo, del sistema y su funcionamiento,

mientras la OMS en la CIF, lo restringe a los problemas en las funciones o estructuras corporales, dividiéndola en dos secciones: unas son las funciones fisiológicas de los sistemas corporales, que incluyen las funciones psicológicas y las otras son las estructuras corporales que son las partes anatómicas del cuerpo: órganos, extremidades y componentes.

Lo anterior significa que el problema no se encuentra en el concepto sino en la aplicación del mismo, ya que se entiende deficiencia como deterioro, menoscabo, desviación o pérdida, lo determinante es la distinción entre la deficiencia y la discapacidad, para lo cual sí es útil la aclaración conceptual que se realiza en la Guía para la Evaluación de Permanente Deterioro de la AMA, en su sexta y última versión de 2008, al citar la deficiencia como *deterioro* (ya no como menoscabo) y desviación significativa o pérdida del uso de cualquier estructura del cuerpo o cuerpo de la función en un individuo con una condición de salud, trastorno o enfermedad y la discapacidad (que aglutina el clásico concepto de minusvalía) como la limitación de actividades y/o restricciones en la participación de un individuo con una condición de salud, trastorno o enfermedad.

De acuerdo con lo expuesto, el MUCI presenta dificultades de aplicación para la pensión de vejez por deficiencia física, síquica o sensorial, al considerar que se encuentra diseñado para medir pérdida de capacidad laboral y no la deficiencia desde la perspectiva del envejecimiento, lo que ha generado que la administradora de pensiones no exija únicamente la acreditación de la deficiencia sino un estado de invalidez.

Sobre el asunto, a la fecha solamente se conoce una sentencia de la Corte Constitucional, T-007-2009 [30], en la cual se protegen los derechos al mínimo vital y seguridad social, en un caso en el que el accionante solicita se le otorgue esta prestación económica, revisando de forma exclusiva su deficiencia física y el órgano de cierre; al respecto, ordena reconocer la pensión, e indica que se debe fraccionar el porcentaje máximo de deficiencia establecido en el Baremo Colombiano y porcentualizarlo al 50%, lo que significa que si la máxima puntuación de la deficiencia es el 50% para efectos de la pensión especial de vejez, la deficiencia física, síquica o sensorial podrá corresponder al 25% o más.

Sin embargo, esta sentencia, por tratarse de una acción de tutela que solamente tiene efectos entre las partes, no ofrece una solución para todos los demás afiliados con deficiencias que, aunque reúnan la edad y las semanas, no tienen cómo demostrar la limitación exigida por la norma en el porcentaje del 50% y quedan supeditados a la interposición de una acción de tutela o una demanda ordinaria laboral, en la cual la libre interpretación de la norma del juez constitucional u ordinario laboral, respectivamente, puede o no estar acorde con lo planteado por la Corte Constitucional en la citada

jurisprudencia, situación que no debería presentarse en la práctica, porque la norma en su creación tenía una perspectiva social y esto hace que la prestación económica corra el riesgo de ser simplemente enunciativa en el marco de las pensiones en Colombia y que presente problemas de eficacia dentro del ordenamiento jurídico.

Es decir, que en materia pensional, aunque se pretende una protección especial al limitado desde la vejez por presentar deficiencias, en la práctica la aplicación de la norma no ha cumplido los fines para los que fue consagrada, de ahí que en materia legislativa y jurisprudencial queda todavía mucho por hacer para lograr la protección laboral y pensional de las personas con deficiencias en la vejez, porque que a pesar de que existan normas constitucionales y legales que aboguen por la atención de este sector de población especial, la generalidad con que están contempladas no permiten una práctica eficaz y, por lo tanto, se requiere una reglamentación facultativa del Presidente de la República.

Conclusiones

De acuerdo con lo expuesto, la protección laboral del limitado ha tenido un amplio desarrollo internacional y en nuestra legislación aunque fue acogida a través de la Constitución Política y la ley 361 de 1997, las diferentes posiciones entre la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia y el desarrollo jurisprudencial de cada una de estas Corporaciones sobre el concepto de limitado, no han permitido una protección integral y por el contrario han puesto al trabajador frente al hecho objetivo de la limitación en situaciones apremiantes frente a la estabilidad de su empleo y las condiciones de trabajo.

Sobre el concepto de limitado, tanto el ámbito legislativo como jurisprudencial, Colombia debe atender los parámetros internacionales de la OMS, en el sentido de comprender los criterios de la pérdida de capacidad laboral como conceptos aislados que pueden relacionarse pero que son independientes, situación que lleva a concluir que cualquier deficiencia, discapacidad o minusvalía puede producir una limitación física, síquica o sensorial.

Igualmente, en el marco normativo y de políticas públicas, la discusión de la protección laboral debe avanzar y analizar grupos poblacionales concretos como los ancianos y preocuparse principalmente por las limitaciones presentadas en la vejez debido a las deficiencias adquiridas antes y durante la vejez en razón o no de este estado, pero que por presentarse en ese ciclo de la vida, debe ofrecer desde el concepto de envejecimiento activo, bienestar y garantías laborales, que implican además de la generación de empleo, condiciones laborales dignas, bienestar y estabilidad para el trabajador.

Por otra parte, como desarrollo de la protección laboral, el Sistema de Pensiones, debe ser garante que las

personas desde los 55 años de edad que presenten deficiencias y reúnan los requisitos mínimos de semanas señalados en la Ley, efectivamente puedan gozar de la prestación económica denominada pensión de vejez por deficiencia del 50% o más, lo cual requiere de una verdadera voluntad política por parte del Gobierno de reglamentar el parágrafo 4º del artículo 33 de la ley 100 de 1993 modificado por el artículo 9 de la ley 797 de 2003 y cumplir con los fines para los cuales fue propuesta en el Congreso, protección a las personas con debilidad manifiesta en la vejez, al presentar deficiencias físicas, síquicas o sensoriales.

Referencias

- 1 República de Colombia, Ministerio de Salud. Ley 100 de 1993: por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones. Bogotá: El Ministerio; 1993.
- 2 República de Colombia, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Ley 797 de 2003: por la cual se reforman algunas disposiciones del sistema general de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 y se adoptan disposiciones sobre los Regímenes Pensionales exceptuados y especiales. Bogotá: El Ministerio; 1993.
- 3 República de Colombia, Asamblea Nacional Constituyente. Constitución Política de Colombia de 1991. Bogotá: La Asamblea; 1991.
- 4 República de Colombia, Congreso de Colombia. Ley 361 de 1997: por la cual se establecen mecanismos de integración social de la personas con limitación y se dictan otras disposiciones. Bogotá: El Congreso; 1997.
- 5 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-531 de 2000. Bogotá: La Corte 2009.
- 6 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-504-2008. Bogotá: La Corte 2008.
- 7 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-503-10. Bogotá: La Corte 2010.
- 8 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-390-10. Bogotá: La Corte 2010.
- 9 República de Colombia. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Ministerio de Salud. Decreto 917 de 1999: por el cual se modifica el Decreto 692 de 1995, en uso de sus facultades constitucionales y legales, en especial de las conferidas en el artículo 189, numeral 11, de la Constitución Política, el artículo 41 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 5o. de la Ley 361 de 1997. Bogotá: El Ministerio; 1999.
- 10 Rodríguez M. Manual del perito médico: fundamentos técnicos y jurídicos. Madrid: Díaz de Santo, 2000.
- 11 Dabove M. Los derechos de los ancianos. Argentina: Ciudad Argentina, 2002.
- 12 Salas A. Derecho de la senectud. En: Salas A, Sánchez R. Estudios de derecho Familiar. México: Editorial Universitaria Potosina; 1998.
- 13 Morelli M. Ética, derecho y ancianidad. Algunas cuestiones vinculadas con el concepto de ancianidad. *Bioética y Bioderecho* [Revista en internet] 1999 [acceso 15 de abril de 2011]; 4: 33-40. Disponible en: <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/byb/article/viewFile/258/161>.
- 14 Gonet G. Reflexiones sobre la condición de los ancianos en la actualidad. [Internet] 1999 [acceso 15 de abril de 2011]; 4: 41-

48. Disponible en: <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/centro/article/viewFile/508/414>.
- 15 Kemelmajer A. Las personas ancianas en la jurisprudencia Argentina ¿Hacia un derecho de la ancianidad? *Revista Chilena de Derecho* 2006; 33: 37-68.
- 16 Instituto Nacional de Servicios Sociales. Clasificación internacional de deficiencias, discapacidades y minusvalías: manual de clasificación de las consecuencias de la enfermedad. Madrid: Instituto Nacional de Servicios Sociales, 1983.
- 17 Rondinelli R, Genovese E, Brigham C. Guides to the evaluation of permanent impairment. Chicago: American Medical Association; 2008.
- 18 Rodríguez P, Aguado A, Carpintero A. Discapacidad y envejecimiento. Investigación y alternativas de intervención en el proceso de envejecimiento de las personas con discapacidad. Madrid: Escuela Libre Editorial; 2003.
- 19 Hernández C, Villanueva E. Importancia del estado anterior en la valoración del daño corporal. *Revista Aragonesa de Medicina Legal* 2005; 7: 193-204.
- 20 Fernández C. Deslinde conceptual: daño a la persona, daño al proyecto y daño moral [Internet]. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú; 2003. [acceso 10 de junio de 2011]. Disponible en: http://dike.pucp.edu.pe/bibliotecadeautor_carlos_fernandez_cesareo/articulos/ba_fs_6.PDF.
- 21 Congreso de la República de Colombia. Ley 789 de 2002: por la cual se dictan las normas para apoyar el empleo y ampliar la protección social. Bogotá: El Congreso; 2002.
- 22 Congreso de la República de Colombia. Ley 1429 de 2010: por la cual se expide la ley de formalización y generación de empleo. Bogotá: El Congreso; 2010.
- 23 Ministerio de la Protección Social. Política nacional de envejecimiento y vejez. Bogotá: El Ministerio; 2007.
- 24 Instituto Colombiano de Bienestar Familiar [Internet] Bogotá: 2011 [20 de junio de 2011]. Departamento Nacional de Planeación. Documento CONPES DNP-2793. Disponible en: https://www.icbf.gov.co/transparencia/derechobienestar/conpes/conpes_dnp_2793_1995.html
- 25 República de Colombia, Ministerio de la Protección Social. Decreto 3039 de 2007: por el cual se adopta el Plan Nacional de Salud Pública 2007-2010. Bogotá: El Ministerio; 2007.
- 26 Congreso de la República. Ley 1171 de 2007: por medio de la cual se establecen unos beneficios a las personas adultas mayores. Bogotá: El Congreso; 2007.
- 27 Congreso de la República de Colombia. Ley 1251 de 2008: por la cual se dictan normas tendientes a procurar la protección, promoción y defensa de los derechos de los adultos mayores. Bogotá: El Congreso; 2008.
- 28 Congreso de la República de Colombia. Ley 1276 de 2009: a través de la cual se modifica la Ley 687 del 15 de agosto de 2001 y se establecen nuevos criterios de atención integral del adulto mayor en los centros vida. Bogotá: El Congreso; 2009.
- 29 Congreso de la República de Colombia. Ley 1315 de 2009: por medio de la cual se establecen las condiciones mínimas que dignifiquen la estadia de los adultos mayores en los centros de protección, centros de día e instituciones de atención. Bogotá: El Congreso; 2009.
- 30 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-007 de 2009. Bogotá 2009. Expediente T-1795754.