

Campus Universitario del Puente del Común, Chía, Septiembre 25 de 2006.

Doctores
MARCO GERARDO MONROY CABRA
Presidente
RAFAEL FORERO CONTRERAS
Secretario General
Academia Colombiana de Jurisprudencia
Calle 84 # 9-32
Bogotá, D.C.

Referencia: Asignación de Consulta remitida por correo electrónico.

Hernán Alejandro Olano García, ciudadano en ejercicio identificado como aparece al pie de mi firma, actuando como comisionado de la ACADEMIA COLOMBIANA DE JURISPRUDENCIA, entidad en la cual ostento el título de Miembro Correspondiente, mediante el presente escrito y dentro del término concedido, presento respuesta a la consulta de la referencia, que fue recibida de la Academia el diez de julio de 2006, formulada por el señor Eduardo Dávila (vieda_9@hotmail.com), residente en la calle 53 # 19-53 del municipio de Barrancabermeja, Santander, teléfono celular 3115181581, procedo a transcribir en primer lugar las inquietudes del consultante:

“Si una persona es portadora del VIH y es provisional y no pasa el concurso lo pueden echar del puesto” (sic).

Para poder emitir el correspondiente concepto, se consideran tres asuntos que integran la inquietud el SIDA-VIH, el derecho a la igualdad y los concursos de méritos.

EL SIDA-VIH:

Antes de comenzar, bien vale la pena explicar de qué se trata el SIDA y el VIH. De acuerdo con la Fundación EUDES¹, el SIDA, se explica así:

S -- Síndrome -- Porque cuando alguien se enferma de SIDA puede experimentar un amplio espectro de diferentes enfermedades e infecciones oportunistas.

I -- de Inmuno -- Porque afecta al sistema inmunológico del cuerpo, la parte del cuerpo que usualmente trabaja para combatir invasores tales como gérmenes y virus.

D -- Deficiencia -- Porque hace que el sistema inmunológico sea deficiente, es decir, que no funcione correctamente.

A -- Adquirida -- Porque es una afección que uno puede contraer. La enfermedad no se transmite genéticamente.

Y, el VIH así:

V -- Virus -- Porque este organismo, como todos los demás virus, es incapaz de reproducirse por si solo. El VIH se reproduce solamente al invadir células humanas.

I -- de Inmunodeficiencia -- Porque el efecto de este virus es crear una deficiencia, un impedimento al funcionamiento apropiado del sistema inmunológico del cuerpo.

¹ http://www.fundacioneudes.faihtweb.com/whats_new.html, consultada septiembre 28 de 2006.

H -- Humana -- Porque el virus solo puede ser contraído por seres humanos.

El VIH es el virus que, en la opinión de la mayoría de los investigadores, causa el SIDA. Otros creen que el VIH puede causar el SIDA solo si se da en combinación de un "co-factor" (algún otro virus o condición aun no identificada).

Algunos científicos han presentado recientemente informes sobre casos en que las personas tienen una pronunciada inmunodeficiencia pero sin rastro de infección por VIH. Algunos investigadores sospechan la existencia de un virus diferente. Otros creen que tales inmunodeficiencias proceden de otras causas. Es preciso hacer mas investigaciones para aclarar esos casos.

Sin embargo, debido al hecho de que la gran mayoría de los investigadores creen que el VIH es la única causa del SIDA, o al menos la causa fundamental, nos referimos a menudo al VIH como al "virus del SIDA".

La Definición del SIDA

Las personas que desarrollan síntomas recibirán un diagnostico de SIDA si su situación entra dentro de ciertos criterios establecidos por los Centros de Control y Prevención de Enfermedades (CDC). CDC es una oficina federal en Atlanta, Georgia, que monitorea todas las enfermedades infecciosas en los Estados Unidos. Los doctores que diagnostican el SIDA en un paciente deben reportar el diagnostico a los CDC.

La definición del SIDA de los CDC ha cambiado varias veces desde que comenzó la epidemia. Los cambios han sucedido conforme se tiene más información sobre la enfermedad y es posible incluir a mas personas que desarrollan síntomas o inmunodeficiencia. La definición se aplica a cualquier persona que:

- sea VIH positiva, y además,
- tenga un conteo de células T de 200 o menos, o bien una o más de las enfermedades oportunistas.

En los Estados Unidos, el VIH difiere de comunidad a comunidad, dependiendo de si existen o no programas de intercambio de jeringas (que pueden reducir la transmisión entre los consumidores de drogas), de si se ofrece una educación continua (como se hace en ciertas áreas urbanas) o no; de si la población puede recibir mensajes en su propio idioma y si estos mensajes son apropiados culturalmente; del nivel de discriminación que existe, y dependiendo de muchas otras razones (económicas, políticas, culturales y demográficas). Todos estos aspectos repercuten en el grado de conocimiento y capacidad de la población de protegerse y tener acceso a tratamientos y servicios.

Es importante hacer hincapié en el hecho de que la gente no contrae el VIH por el sitio donde vivan, o el grupo social al que pertenezcan, ni por su orientación sexual. Lo que hace que el VIH se transmita, más o menos fácilmente, depende de ciertos comportamientos, porque no importa **quién eres**, sino lo que **haces**.

Al mismo tiempo, si es muy cierto que las circunstancias en la vida de cada persona pueden llevarle a estar mas cerca de actividades que pueden ser riesgosas. Ahora vamos a detenernos un momento para hablar de ciertos grupos de personas con necesidades y perfiles específicos en la epidemia del VIH.)

En este punto, si alguien esta enfermo por causa del VIH, pero su enfermedad no esta incluida en la "Lista del SIDA", simplemente se considera que tiene "la enfermedad del VIH."

El derecho a la vida y a la salud en conexidad, como fundamentales han sido ampliamente amparados por el ordenamiento emanado del constituyente, en especial cuando se trata de las denominadas enfermedades catastróficas o ruinosas, tal como lo reconoce la Organización Mundial de la Salud en sus múltiples documentos; en el caso del Síndrome de Inmuno Deficiencia Adquirida, SIDA, encuentra algunos tópicos en la ley 100 de 1993 y en decretos reglamentarios como el 1938 de agosto 5 de 1994, la resolución 046 de febrero 1 de 94, etc. Sin embargo, es la jurisprudencia constitucional la que más se ha detenido sobre el particular, especialmente en la sentencia T - 505 de 1992, (Magistrado ponente Eduardo Cifuentes Muñoz), cuando se expresaron las razones por las cuales se deben tutelar con especial celeridad los derechos de las personas infectadas o portadoras de SIDA. Afirma la Corte Constitucional:

“El infectado o enfermo de SIDA goza de iguales derechos que las demás personas, sin embargo debido al carácter de la enfermedad, las autoridades están en obligación de darle a estas personas protección especial con miras a garantizar sus derechos y su dignidad. En particular, el Estado debe evitar toda medida discriminatoria o de estigmatización contra estas personas en la provisión de servicios, en el empleo y en su libertad de locomoción. Los derechos de igualdad, a la intimidad, al libre desarrollo de la personalidad, al trabajo, a la salud, entre otros, pueden ser objeto de vulneración o amenaza por parte de las autoridades o de los particulares, en muchos casos, como consecuencia exclusiva del temor que despierta el SIDA. Esta reacción negativa debe ser contrarrestada con una eficaz acción estatal tendiente a suscitar la comprensión y la solidaridad, evitando la expansión de la enfermedad. La Constitución de 1991 cuenta con mecanismos eficaces para proteger los derechos del enfermo de SIDA. Entre ellos la acción de tutela contra particulares encargados del servicio público de la salud, cuando de su prestación dependen los derechos a la vida, a la intimidad, a la igualdad y a la autonomía. El carácter de orden público de las normas epidemiológicas obliga a los centros médicos a prestar una atención integral a los enfermos o infectados de SIDA”.²

Como se puede leer claramente, de lo expuesto por la Corte Constitucional se hacen dos extracciones, una encaminada a la necesidad de reivindicar al infectado de VIH. en su condición de persona, con todas las prerrogativas que ello implica, como la dignidad, la NO-DISCRIMINACIÓN y por otro lado, las garantías de una vida con el mínimo vital, lo anterior, en franca concordancia con los propósitos del Estado Social de Derecho que rige nuestra cotidianidad en cuanto al ejercicio límite de nuestros derechos al interior de la sociedad colombiana; una segunda premisa es la de la conservación de la especie, pues ante una enfermedad a la que no se le conoce cura exacta, y que día tras día profana a ritmos acelerados la salud de quienes habitamos el globo, mal haría la sociedad en general en no procurar los medios adecuados y facilitadores para la adecuada cura de dicho mal por parte de quienes lo padecen, para evitar que se conviertan en seres resentidos por el rechazo de la comunidad, y por defecto en propagadores de tan letal enfermedad; solo en la medida en que la sociedad otorgue a las personas que padecen los embates de tal virus una garantía de tratamiento y control de la infección que les permita seguir siendo considerados como parte activa de la comunidad, podrá la sociedad en general tener la certeza que dichos individuos procederán con responsabilidad y diligencia en el manejo y prevención de la propagación del mortal virus.

1.Contenido del derecho a la salud en conexidad con el derecho fundamental a la vida en enfermos de SIDA.

1.1.Premisa general del derecho a la salud conexo a la vida.

La Sentencia T-271 de 1995 (Magistrado ponente Alejandro Martínez Caballero), delimitó desde los primeros años de la Corte, la tutela de dichos derechos en los siguientes términos:

“La salud reviste la naturaleza de derecho fundamental merced a su relación inescindible con el derecho a la vida y al mínimo vital. La vinculación entre el derecho a la vida y el derecho a la salud se aprecia con absoluta claridad, ya que la presencia de una patología semejante, además de conducir a la muerte, desmejora la calidad de la vida durante el tiempo al que todavía puede aspirarse. Se torna patente, entonces, la necesidad de proceder al tratamiento pertinente encaminado a atacar las manifestaciones de

² Sentencia Corte Constitucional T-505 de 1992, Magistrado Ponente, Cifuentes Muñoz Eduardo, www.google.com, agosto de 2006.

la enfermedad para impedir su desarrollo o morigerar sus efectos, tratando de conservar, en lo posible, las posibilidades que faciliten al enfermo desenvolver la propia personalidad dentro del medio social”³.

El anterior marco del derecho a la salud es la compilación que hace desde sus inicios la Corte Constitucional de su doctrina sentada en el sentido que la salud solo es derecho fundamental si su vulneración amenaza la vida, es la reiteración que el derecho a la salud es inescindible del derecho a la vida para su tutela, doctrina sostenida a lo largo de sentencias como la T-488/98 (Magistrado ponente Alfredo Beltrán Sierra), la T-505/92 (Magistrado ponente Eduardo Cifuentes Muñoz), la T-502/94 (Magistrado ponente Antonio Barrera Carbonell), ratificadas en la T-080/01 (Magistrado ponente Fabio Morón Díaz) y la T-177/99 (Magistrado ponente Carlos Gaviria Díaz); pero llama la atención que incurre en un contrasentido en las consideraciones expuestas en la Sentencia nodriza T-271/95 (Magistrado Ponente Alejandro Martínez Caballero), cuando afirma citando la Sentencia T-597/92 (Magistrado ponente Eduardo Cifuentes Muñoz): *“No solo la intervención puntual necesaria para evitar la enfermedad, sino también la actuación difusa necesaria para lograr la recuperación de la calidad de vida”*, luego al citar la sentencia T-494/93 (Magistrado ponente Vladimiro Naranjo Mesa), en la que se consigna: *“Es un contrasentido manifestar que el derecho a la vida es un bien fundamental y dar a entender que sus partes – derecho a la salud y a la integridad física – no lo son. Este discernimiento responde a las exigencias de la dignidad humana porque “la vida que es debida al hombre en justicia es la vida digna, es decir, íntegra y saludable”, en otros términos, al ser la salud “una condición existencial de la vida humana en condiciones de plena dignidad: al hombre no se le debe una vida cualquiera, sino una vida saludable”⁴.*

Del contrasentido expuesto por la Corte Constitucional, no cumple con su función de sentar doctrina, pues, como veremos en los análisis particulares de las sentencias mencionadas en este concepto, en unos fallos le da al derecho a la salud alas para ser considerado como fundamental sin ningún tipo de conexidad, pero en otros fallos declara que es obligatoria la conexidad con la vulneración al derecho a la vida, para que el de la salud sea considerado fundamental.

1.2. Premisa específica del derecho a la salud conexo a la vida en enfermos de SIDA.

Aunque es difícil establecer en los primeros años de la Corte el amparo tutelar empleado por ella para proteger el derecho a la salud y la vida en los enfermos de SIDA, al punto que se ha establecido como fundamento de la doctrina, que busca proteger al enfermo de SIDA, la expuesta en la Sentencia T-271/95 (Magistrado Ponente Alejandro Martínez Caballero), con el siguiente concepto:

“El concepto de enfermedad es, por esencia, dinámica y no corresponde tan sólo a la afectación biológica o a una simple referencia de carácter fisiológico, ya que está implicado históricamente y unido a condicionamientos culturales, sociales y económicos. No por azar periodos enteros de la historia se identifican con alguna enfermedad; lepra en la antigüedad, peste en el medioevo, sífilis en la edad moderna, tuberculosis en el siglo XIX, SIDA en las postrimerías del siglo XX, y en cada tramo las variables que definen los estados de sanidad y de enfermedad son distintos. El especial tipo de enfermedad que hace parte decisiva de las preocupaciones de una época, más que ningún otro, trasciende la esfera individual generando, en torno suyo, un conjunto de manifestaciones que suele conducir a la discriminación real de las minorías afectadas”.

Llega la Corte Constitucional a la anterior definición como resultado del acatamiento de lo prescrito en la Constitución de 1991 en su artículo 13, inciso final: *“...El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta*

³ Sentencia Corte Constitucional T-271 de 1995, Magistrado Ponente, Martínez Caballero Alejandro, www.google.com, Febrero de 2003.

⁴ Sentencia Corte Constitucional T-494 de 1993, Magistrado Ponente, Vladimiro Naranjo Mesa, www.google.com, Febrero de 2003.

y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan”⁵, pues ha estimado la Corte Constitucional, a lo largo de sus Sentencias que versan sobre el tema, que las personas infectadas por tal virus se encuentran inmersas en lo contemplado por dicho inciso, ya que tal enfermedad no tiene cura conocida, y sus efectos psíquicos y físicos someten a dichos pacientes en la citada debilidad manifiesta, y por tal cree que es necesario brindar protección amplia a dichos enfermos en cuanto a sus demás derechos, tales como a la vida digna, a la igualdad, al tratamiento médico, a la intimidad y a la solidaridad como producto del declarado Estado Social de Derecho. Expuestas las cosas en los términos anteriores, la situación definitiva que tiene la Corte Constitucional como determinante para tutelar los derechos de los enfermos de SIDA, es que se encuentran en estado de debilidad manifiesta, casi de indefensión, ante los embates que padecer tal infección acarrea para los portadores una posición de blanco a disposición de toda la sociedad para amenazar sus derechos, como la igualdad, la dignidad, la no discriminación entre otros, debido al gran temor que suscita la enfermedad y del lado de las consecuencias directas del SIDA sobre quienes lo padecen, ser una presa fácil para la muerte. Si embargo, en las sentencias C-079/96 y T-136/00, así como en otras 165 decisiones emitidas sobre el particular por la Corte entre 2001 y julio de 2006, como las Sentencias T-523/01, T-849/01, T-1141/01, T-070/02, T-1119/02, T-327/02, T-978/04, T-530/05, T-739/05, T-816/05, T-934/05, T-159/06, T-361/06, T-434/06, se ha hablado de la prohibición de discriminar a los enfermos del SIDA y a los portadores del virus VIH., particularmente en los siguientes términos:

Hace casi una década, esta Corte, en sentencia SU-256 de 1996, con ponencia del Magistrado Vladimiro Naranjo Mesa, abordó el tema relativo a la necesidad de erradicar la discriminación, especialmente de tipo laboral y social, a la cual están sometidas las personas que son portadoras del Virus de Inmunodeficiencia Humana, conocido como el VIH., o que padecen el Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida, enfermedad denominada SIDA (por sus siglas en español), pues, dijo la Corte, “[e]n el Estado contemporáneo es impensable la existencia de “ghettos”, como otrora existían con los individuos de alguna raza, o los portadores de enfermedades como la lepra. El concepto de “intocables”, ha quedado revaluado por el devenir histórico, que se orienta a hacer más sólido el principio de igualdad. El grado de civilización de una sociedad se mide, entre otras, por la manera como coadyuva con los débiles, los enfermos y en general con los más necesitados y no, en cambio, por la manera como permite su discriminación o eliminación”.

De manera que es indispensable comprender que aunque el SIDA e inclusive su agente causal, el VIH., son considerados un flagelo para la humanidad y el riesgo de su propagación es muy grande, también “es evidente que, por falta de información y de concientización más amplias, los enfermos de SIDA, e inclusive los portadores sanos del VIH, vienen siendo objeto de discriminación social y laboral, no sólo en nuestro medio sino en el resto del mundo” y el Estado no puede permitir tal discriminación porque i.) la dignidad humana impide que cualquier sujeto de derecho sea objeto de un trato discriminatorio, ya que la discriminación, per se, es un acto injusto y el Estado de derecho se fundamenta en la justicia, con base en la cual construye el orden social y ii.) porque el derecho a la igualdad, de acuerdo con el artículo 13 superior, comporta el deber irrenunciable del Estado de proteger especialmente a quienes se encuentran en condiciones de inferioridad manifiesta^{6[2]}.

Por lo tanto, esta Sala reitera “la necesidad de recordar que el enfermo de SIDA o el simple portador del virus V.I.H. es un ser humano y, por tanto, titular, de acuerdo con el artículo 2o. de la Declaración Universal de Derechos Humanos, de todos los derechos proclamados en los textos internacionales de

⁵ Constitución Política de 1991, Op. Cit. artículo 13.

⁶ Cfr. Sentencia SU-256 de 1996, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa.

derechos humanos, sin que pueda ser objeto de ninguna discriminación, ni de ninguna arbitrariedad por razón de su situación. Sería ilógico que a una persona por padecer un mal, se le tratara de manera nociva para su integridad física, moral o personal.”

La Corte, en la Sentencia T-1218/05 (Magistrado Ponente Jaime Córdova Treviño), ha reconocido a los portadores del Virus de Inmunodeficiencia Humana (VIH), como sujetos de especial protección teniendo en cuenta que: “[S]u enfermedad los hace particularmente vulnerables a todo tipo de segregación social, sexual, económica y laboral, convirtiéndolos en una población propensa a ver vulnerada su dignidad y sus derechos a la igualdad, intimidad, salud, seguridad social y trabajo”⁵.

Y, en concreto, sobre la discriminación que puede presentarse en el ámbito laboral, el Decreto 1543 de 1997 "por el cual se reglamenta el manejo de la infección por el Virus de Inmunodeficiencia Humana (VIH), Síndrome de la Inmunodeficiencia Adquirida (SIDA) y las otras Enfermedades de Transmisión Sexual (ETS)" señala:

“Artículo 35. Situación laboral. Los servidores públicos y trabajadores privados no están obligados a informar a sus empleadores su condición de infectados por el Virus de Inmunodeficiencia Humana (VIH). En todo caso se garantizarán los derechos de los trabajadores de acuerdo con las disposiciones legales de carácter laboral correspondientes.

Parágrafo 1º. Quienes decidan voluntariamente comunicar su estado de infección a su empleador, éste deberá brindar las oportunidades y garantías laborales de acuerdo a su capacidad para reubicarles en caso de ser necesario, conservando su condición laboral.

Parágrafo 2º. El hecho de que una persona esté infectada con el Virus de Inmunodeficiencia Humana (VIH) o haya desarrollado alguna enfermedad asociada al Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida (SIDA), no será causal de despido sin perjuicio de que conforme al vínculo laboral, se apliquen las disposiciones respectivas relacionadas al reconocimiento de la pensión de invalidez por pérdida de la capacidad laboral.”

En consecuencia, no existe por parte del empleado portador de VIH una obligación legal de comunicar a su empleador tal condición⁶. De hecho, la Corte ha señalado que está prohibido exigir la prueba de VIH para acceder o permanecer en una actividad laboral⁷.

Sin embargo, la misma Corte aseguró que según quedó establecido en la sentencia SU-256 de 1996⁹, de la Corte Constitucional, lo que se reprocha desde el punto de vista constitucional, en lo que tiene que ver con las personas que están infectadas del virus del VIH o padecen la enfermedad que se desarrolla a partir de él -el SIDA-, no es el despido en sí mismo -al que puede acudir todo patrono siempre que lo haga en los términos y con los requisitos fijados por la ley- sino la circunstancia -que debe ser probada- de que la terminación unilateral del contrato por parte del patrono haya tenido origen precisamente en que el empleado esté infectado con el virus -VIH- o padezca el síndrome que desarrolla -SIDA-.

Adicionalmente, la Corte Constitucional ha advertido de manera reiterada que el empleador que despida a un trabajador motivado en la enfermedad de este último, como portador del Virus de Inmunodeficiencia Humana, incurre en un trato discriminatorio que es constitucionalmente inadmisibles⁸. En tales casos, la Corte ha concluido que se vulnera el derecho a la igualdad de los portadores de VIH, quienes se encuentran en un estado de debilidad manifiesta.

Esto según las reglas que en ausencia de legislación del Congreso o decreto del gobierno, la Corte, en su calidad de intérprete de la Constitución y “legislador auxiliar”, fijó en sentencia T-519 de 2003:

“(i) en principio no existe un derecho fundamental a la estabilidad laboral; sin embargo, (ii) frente a ciertas personas se presenta una estabilidad laboral reforzada en virtud de su especial condición física o laboral. No obstante, (iii) si se ha presentado una desvinculación laboral de una persona que reúna las calidades de especial protección la tutela no prosperará por la simple presencia de esta característica, sino que (iv) será necesario probar la conexidad entre la condición de debilidad manifiesta y la desvinculación laboral, constitutiva de un acto discriminatorio y un abuso del derecho. Por último, (v) la tutela sí puede ser mecanismo para el reintegro laboral de las personas que por su estado de salud ameriten la protección laboral reforzada, no olvidando que de presentarse una justa causa podrán desvincularse, con el respeto del debido proceso correspondiente.”¹¹

En tal sentido, el juez constitucional ha amparado los derechos a la igualdad, a la dignidad y al trabajo de los portadores del VIH cuando se ha comprobado la existencia de un nexo causal entre la enfermedad del trabajador y la terminación del vínculo laboral⁹.

Según el artículo 125 de la Carta, los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera, con excepción de los cargos de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los que determine la ley. Además, el ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se hará previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes.

Los aspectos fundamentales de las condiciones y términos de los concursos de méritos que se han realizado en los últimos años se fijan previamente y básicamente son los siguientes:

1. Los requisitos mínimos que debían acreditar los aspirantes en el término de inscripción.
2. Las reglas para la inscripción.
3. La verificación de los requisitos y la decisión sobre la admisión o inadmisión al concurso.
4. Las etapas del concurso, que fueron concebidas de la siguiente manera:
 - Etapa de selección, conformada por la Fase I, o de oposición, y por la Fase II, o curso de formación, cuando se de esta circunstancia, como en la Rama Judicial, en la que en la Fase I se evaluaron los conocimientos de los aspirantes, la experiencia adicional, la capacitación adicional y publicaciones y se realizó una entrevista a los aspirantes y en la Fase II, o curso de formación judicial, fueron citados aquellos aspirantes que obtuvieron los máximos puntajes en la Fase I hasta la cantidad de vacantes existentes al momento de expedirse el Registro de Elegibles y de las que se producirían dentro del término de vigencia del mismo, adicionadas en un 25%.
 - Etapa clasificatoria. En ella se establece el orden de clasificación en el Registro Nacional de Elegibles.
5. La notificación de resultados y recursos.
6. La publicación de los resultados finales.
7. La elaboración de los listados de inscripción en el Registro Nacional de Elegibles.
8. La opción de sedes.
9. La exclusión del registro.

De este modo, al estarse frente a un acto legítimo de poder de la administración, no considero que a un enfermo de SIDA o portador del VIH se le vulnere derecho fundamental alguno y no puede haber lugar al amparo constitucional pretendido, ya que la misma jurisprudencia ha desestimado la

protección constitucional de los trabajadores portadores del VIH cuando la consideración del empleador para dar por terminado el contrato laboral no se relaciona con la enfermedad del empleado⁷, como sería, a mi juicio, el caso consultado, toda vez que está de por medio la realización de un concurso de méritos, al que en igualdad de condiciones han accedido enfermos y sanos y no por el hecho de estar infectado con el virus debe el Estado acogerlo dentro de su nómina sin haber obtenido la calificación mínima exigida, frente a personas sanas o enfermas de otras dolencias, que efectivamente aprueben las evaluaciones del Estado y superen la entrevista y demás requisitos exigidos para el acceso a un cargo de carrera administrativa.

Por tanto, a la pregunta: “*Si una persona es portadora del VIH y es provisional y no pasa el concurso lo pueden echar del puesto*” (sic), **la respuesta es: SÍ**, lo pueden despedir mediante acto motivado, siempre que el caso se enmarque dentro de los considerandos de la presente respuesta.

De los HH. Presidente y Secretario, con todo respeto,

HERNÁN ALEJANDRO OLANO GARCÍA

Miembro Correspondiente de la Academia Colombiana de Jurisprudencia.

⁶En sentencia T-826/99 la Corte señaló que: “(...) *lo que resulta reprochable desde el punto de vista constitucional no es el despido en sí mismo —al que puede acudir todo patrono siempre que lo haga en los términos y con los requisitos fijados por la ley— sino la circunstancia —que debe ser probada— de que la terminación unilateral del contrato por parte del patrono haya tenido origen precisamente en que el empleado esté afectado por el virus o padezca el síndrome del que se trata (SIDA)*” En este caso se negó la tutela a una persona contagiada con VIH que había sido despedida, por no encontrarse probado que la desvinculación se debió a su enfermedad y fuera, por tanto, una forma de discriminación. En el mismo sentido, en la sentencia T-066/00 la Corte concluyó que si bien el hecho de ser portador del VIH situaba a la accionante en una situación de debilidad manifiesta, no fue esa la motivación del empleador al terminar el contrato laboral sino que la desvinculación obedeció a una conducta omisiva y negligente de la accionante. Igualmente en la sentencia T-434/02 la Corte comprobó la inexistencia de una relación de causalidad entre el despido y la enfermedad del actor, quien era portador del VIH. En efecto, se desvirtuó la inmediatez entre la comunicación de la enfermedad al empleador (julio de 1999) y la terminación del contrato de trabajo de forma unilateral por parte del empleador (abril de 2001).