

Referencia: Expediente T-83734

Peticionario: Germán Humberto Rincón Perfetti - Liga Colombiana de Lucha contra el Sida.

Procedencia: Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

Temas: Derecho al trabajo, a la seguridad social, a la igualdad, a la dignidad.
Portadores asintomáticos del virus VIH.

Magistrado Ponente:
Dr. VLADIMIRO NARANJO MESA

Santafé de Bogotá, D.C., treinta (30) de mayo de mil novecientos noventa y seis (1996)

La Sala Plena de la Corte Constitucional, conformada por los magistrados Jorge Arango Mejía, Antonio Barrera Carbonell, Eduardo Cifuentes Muñoz, Carlos Gaviria Díaz, José Gregorio Hernández Galindo, Hernando Herrera Vergara, Alejandro Martínez Caballero, Fabio Morón Díaz y Vladimiro Naranjo Mesa -Presidente de la Sala-

ha pronunciado la siguiente

SENTENCIA

en el proceso de tutela radicado bajo el número T- 83734, adelantado por el señor XX (se omite el nombre del accionante para protección de su intimidad) en contra de la Corporación Gun Club, el Instituto de Seguros Sociales y del médico Alvaro Erazo Murra.

I. ANTECEDENTES

De acuerdo con lo dispuesto en los artículos 86 de la Constitución Política y 33 del Decreto 2591 de 1991, la Sala de Selección correspondiente de la Corte Constitucional escogió para efectos de su revisión, la acción de tutela de la referencia.

De conformidad con el artículo 34 del decreto 2591 de 1991, esta Sala de Revisión procede a dictar la sentencia correspondiente.

1. *Solicitud*

El doctor Germán Humberto Rincón Perfetti, representante de la Liga Colombiana de lucha contra el Sida, actuando como apoderado del accionante, señor XX, interpuso ante la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá D.C., acción de tutela en contra de la Corporación Gun Club, del Instituto de Seguros Sociales y del médico Alvaro Erazo Murra, con el fin de que se le ampararan sus derechos fundamentales a la dignidad humana, a la igualdad, a la intimidad y al trabajo, consagrados en los artículos 1o., 13, 15 y 25 de la Constitución Política.

2. *Hechos*

Afirma el apoderado judicial que su representado laboró en la Corporación Gun Club a partir del 16 de marzo de 1992, devengando un sueldo de aproximadamente 230.000 pesos, que incluía el sueldo básico y las denominadas "comisiones por convenios" representadas en sumas de dinero recibidas por concepto de servicios prestados en matrimonios y reuniones especiales celebradas en el Club.

Dice que su representado acudió al servicio médico que prestaba el doctor Alvaro Murra Erazo en las instalaciones del Club, y que éste le ordenó que se practicara la prueba del VIH (Virus de Inmunodeficiencia Adquirida, agente causal del síndrome de inmunodeficiencia adquirida SIDA), la cual fue tomada por el citado médico en la Clínica San Pedro Claver el día 28 de abril de 1994. Afirma también que "Cuando el médico vio el resultado positivo, le aconsejó al accionante QUE RENUNCIARA A LA EMPRESA GUN CLUB y que hablaría con el gerente señor Joaquín Ricaurte para que le diera una recomendación y le sirviera de referencia para otro trabajo." (Mayúsculas del apoderado del peticionario).

Sostiene que el 28 de abril de 1994, el gerente de la Corporación Gun Club, Joaquín Ricaurte, llamó al peticionario a su oficina y le hizo firmar una carta que había sido previamente elaborada, y en la cual aparece como si su representado hubiera solicitado una licencia remunerada por el lapso de treinta días, con el fin de practicarse unos exámenes médicos.

Luego manifiesta que el día 3 de mayo de 1994 el actor presentó una carta al director de la Clínica San Pedro Claver, en la cual le informa de la insinuación del médico Erazo de que renunciara a su trabajo en la Corporación Gun Club. Dice que una vez que el referido médico se enteró de la mencionada comunicación, citó al señor XX a su consultorio médico y "allí el Dr. ERAZO sacó unas hojas que hizo firmar al accionante en blanco, aprovechándose de las circunstancias de depresión que vivía por ser portador del VIH y ejerciendo presión sobre él." Sin embargo, afirma que ese día el peticionario se encontraba en compañía del señor Arturo Torres, quien haciéndose pasar por su hermano, entró al consultorio y le rapó las hojas en blanco, las cuales, después de un forcejeo, se rompieron. (anexa copia de los pedazos de las cartas). Todo este incidente fue puesto en conocimiento del Tribunal de Ética Médica mediante carta de fecha 5 de mayo de 1994, suscrita por el señor XX.

Posteriormente dice que la Corporación Gun Club le otorgó otra licencia remunerada por el término de un mes, contado a partir del 1o. de junio de 1994. Durante este lapso, dice que el peticionario acudió a la Defensoría del Pueblo, en donde luego de escuchar su caso, le ayudaron a redactar una carta dirigida a la Corporación Gun Club, mediante la cual manifestaba que el hecho de ser portador del virus del SIDA no implicaba riesgo alguno, y además expresó su desacuerdo con el otorgamiento de las licencias remuneradas, ya que, de acuerdo con la legislación laboral, consideraba que lo que se pretendía era dar por terminado su contrato de trabajo.

Dice el apoderado judicial que en esa época el peticionario acudió a la Liga Colombiana de Lucha contra el SIDA, en donde contrató sus servicios profesionales. Así, el peticionario y su apoderado se reunieron con el abogado de la Corporación Gun Club quien le hizo un ofrecimiento de tipo económico a manera de "indemnización", pero fue rechazado por el petente. El día 1o. de julio de 1994, fecha en la cual se terminaba la licencia remunerada del señor XX, recibió una carta de las directivas del Club en la que se le informaba que se daba por terminado su contrato de trabajo.

Afirma que el día 3 de agosto de 1994 su representado acudió al Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Santafé de Bogotá D.C., y concilió sus diferencias laborales con la representante de la Corporación Gun Club, en relación con lo cual manifiesta: "Sin embargo, en esta conciliación *sui generis* el juzgado permitió algo en contra de la ley laboral, es decir, que se pagara por plazos, mensualmente \$170.000 el primero de cada mes. Digo que en contra de la ley, ya que las prestaciones que se generan al finalizar una relación laboral se deben pagar de inmediato."

Sostiene el apoderado del petente que una vez tuvo conocimiento de la mencionada conciliación se comunicó con la representante de la Corporación Gun Club, quien según dice "se comprometía a que dentro de un año le renovarían por otro año el pago y así sucesivamente". Empero, una vez cumplido el término previsto en el acuerdo, el peticionario acudió al gerente del Club, con la esperanza de recibir algún tipo de apoyo económico, ante lo cual el gerente del Club le manifestó que no tenía ningún tipo de responsabilidad para con él.

Finalmente dice que el señor XX no ha podido conseguir empleo, ya que en algunas empresas como Wimpy y la cadena hotelera Forte Travelodge se le ha exigido la prueba del VIH, lo cual, de acuerdo con el artículo 22 del Decreto 559 de 1991, considera que es ilegal, que en este momento se encuentra en una pésima situación económica, y la enfermedad que padece ha empezado a deteriorar su estado de salud.

3. Pretensiones

El apoderado del actor solicita que se ordene a la Corporación Gun Club y/o a quien corresponda "continuar cancelando la retribución básica mensual que por espacio de un año (conciliación) y dos meses (período de licencia remunerada) pagó al accionante con los incrementos de ley, y hasta tanto el ISS asuma la pensión por enfermedad"; además solicita que se ordene a dicha institución que continúe cancelando las cotizaciones al ISS hasta que esta entidad se haga cargo de la pensión del peticionario. Igualmente pretende que se prevenga al ISS que se abstenga de violar la reserva de las historias clínicas de sus pacientes y que se le condene, solidariamente con el médico Alvaro Erazo Murra, al pago del daño emergente causado al señor XX. Por último pide que se compulse copia de la actuación a la Procuraduría General de la Nación, con el fin de que se investigue la conducta de la señora Juez Décimo Laboral del Circuito de Santafé de Bogotá, y se oficie a la Secretaría Distrital de Salud y al

Ministerio de Salud para que investigue a las empresas Wimpy y Forte Travelodge "por estar pidiendo la prueba de VIH para ingresar a trabajar".

El apoderado del peticionario acompañó a la demanda de tutela los documentos que a continuación se relacionan:

- Escrito sin fecha, suscrito por el peticionario, en el cual hace un resumen de su precaria situación económica.

- Fotocopia de los certificados de incapacidad expedidos por el Instituto de Seguros Sociales, correspondientes a los meses de junio y julio de 1995.

- Fotocopia del acta correspondiente a la audiencia pública de conciliación celebrada el día tres (3) de agosto de 1994, entre el señor XX y la apoderada de la Corporación Gun Club ante el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Santafé de Bogotá D.C.

- Fotocopia de la carta de fecha veintinueve (29) de abril de 1994, dirigida al gerente de la Corporación Gun Club, mediante la cual el peticionario solicita licencia remunerada por el término de treinta (30) días, contados a partir del dos (2) de mayo del mismo año. Dicha carta no se encuentra firmada por el peticionario, y en ella se aprecia el sello de la gerencia del Club.

- Fotocopia de la fórmula médica de fecha veintiocho (28) de abril de 1994, firmada por el médico Alvaro Erazo Murra, mediante la cual se le ordenó al peticionario que se practicara el examen "*Western blot*", confirmatorio de la prueba del VIH.

- Fotocopia de la autorización (sin fecha) suscrita por el señor XX, mediante la cual autoriza al Instituto de Seguros Sociales para que se le practicara la prueba de Elisa para VIH.

- Fotocopia de la carta de fecha tres (3) de mayo de 1994, dirigida al director de la Clínica San Pedro Claver, mediante la cual el actor pone en conocimiento de dicho funcionario las insinuaciones hechas por el doctor Erazo Murra en el sentido de que renunciara a su empleo en la Corporación Gun Club.

- Fotocopia de la carta de fecha cinco (5) de mayo de 1994, suscrita por el señor XX, mediante la cual pone en conocimiento del director de la Clínica

San Pedro Claver el incidente ocurrido el día tres (3) de mayo de 1994, en el consultorio del doctor Erazo Murra.

- Fotocopia de unos fragmentos de una carta ilegible.

- Fotocopia de la carta de fecha primero (1o.) de junio de 1994, mediante la cual el peticionario solicita al gerente de la Corporación Gun Club una licencia remunerada a partir del primero (1o.) de julio de 1994.

- Fotocopia de la carta de fecha veinte (20) de junio de 1994, dirigida por el petente al gerente de la Corporación Gun Club, mediante la cual le manifiesta que "no ha sido iniciativa del suscrito solicitar las licencias referidas y aunque con fecha de abril 29 y junio 1 del año en curso aparecen comunicaciones firmadas por mí en tal sentido, esto lo hice por expresa exigencia suya dado que como me lo expresó personalmente UD. NO DESEA TENER PERSONAS QUE COMO YO PORTAMOS EL VIRUS DEL VIH LABORANDO EN LOS QUEHACERES PROPIOS DEL CLUB, POR CUANTO SEGURAMENTE ELLO PODRIA GENERAR PREVENCIONES Y RIESGOS PARA LOS AFILIADOS Y SUS INVITADOS." (Mayúsculas del petente). Igualmente el señor XX manifestó en dicha carta que su intención era reintegrarse a sus labores a partir del primero (1o.) de julio de 1994, y que no deseaba que se le siguieran otorgando licencias remuneradas, ya que podría darse el caso de una ausencia de sus labores por más de 180 días, con lo cual se le podría pensionar por enfermedad no profesional, evento éste que pretende evitar.

- Carta (sin fecha) en la cual el Jefe de Salarios y Prestaciones de Wimpy Colombiana Ltda. señala los requisitos exigidos para el ingreso a dicha empresa.

II. ACTUACION JUDICIAL

1. Primera instancia

1.1 Mediante auto de fecha nueve (9) de agosto de 1995, la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá D.C., asumió el conocimiento de la presente acción de tutela, y solicitó a la Corporación Gun Club y al Instituto de los Seguros Sociales que suministrara "la información relacionada con los hechos contenidos en la demanda de tutela."

Dando cumplimiento a lo anterior, se recaudaron los siguientes documentos:

- Oficio de fecha once (11) de agosto de 1995, suscrito por el gerente de la Corporación Gun Club, mediante el cual informa que el Club dio por terminado, en forma unilateral, el contrato de trabajo con el señor XX. Igualmente afirma que la licencia remunerada fue solicitada por el peticionario y que se le desafilió del ISS, una vez concluyó su contrato de trabajo.

- Oficio 001418 del catorce (14) de agosto de 1994, mediante el cual el gerente de la Clínica San Pedro Clavel remite *a-quo* copia auténtica de la historia clínica del actor.

- Oficio 31880 (sin fecha) suscrito por el Coordinador de la Sección de Afiliación y Registro de la Seccional Cundinamarca del Instituto de Seguros Sociales, mediante el cual informa que el señor XX estuvo afiliado a dicha entidad entre el 29 de agosto de 1988 y el 25 de enero de 1992, bajo el número patronal correspondiente al señor Héctor Fabio Dueñas; del 21 de abril de 1992 al 1o. de julio de 1994, bajo el número patronal correspondiente a la Corporación Gun Club; del 22 de agosto de 1994 a diciembre de 1994, bajo el número patronal correspondiente a Wimpy Colombiana Ltda., y como trabajador independiente desde el 1o. de septiembre hasta diciembre de 1994.

1.2 Escrito presentado por el apoderado de la Corporación Gun Club

Mediante memorial de fecha quince (15) de agosto de 1995, el apoderado judicial de la Corporación Gun Club presentó memorial mediante el cual solicita que se deniegue la acción de tutela interpuesta por el señor XX, bajo el argumento de que la conciliación realizada entre su representada y el peticionario el día 3 de agosto de 1994 ante el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Santafé de Bogotá D.C. hizo tránsito a cosa juzgada, y por tanto sus efectos no pueden ser modificados mediante una acción de tutela.

1.3 Declaración del señor XX

El día dieciséis (16) de agosto de 1995, la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá D.C. recibió el testimonio del peticionario, en el cual afirma que la terminación de su contrato de trabajo con la Corporación Gun Club se debió al hecho de ser portador del virus del VIH, ya que, según dice, luego de ser atendido por el médico Erazo Murra, quien simultáneamente trabaja en el ISS y en la Fundación Gun Club, las directivas de la Corporación Gun Club tuvieron conocimiento de su enfermedad se le empezaron a otorgar las licencias remuneradas sin que él las hubiera solicitado, y luego lo despidieron.

Igualmente manifestó que tanto la apoderada de la Corporación Gun Club como su gerente se comprometieron a renovar el acuerdo a que llegaron en la conciliación realizada en el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Santafé de Bogotá D.C., "hasta que hubiese una cura o se produjese mi fallecimiento", pero que el día que fue a recibir el último cheque pactado en el citado acuerdo, el gerente le manifestó que lo veía muy bien de salud y que él ya no tenía ninguna responsabilidad "es decir que no han cumplido con la promesa que me hicieron."

De otra parte afirmó que actualmente está siendo atendido en el Centro de Salud de Paiba del ISS, por su propia cuenta, ya que se encuentra haciendo los aportes mensuales como trabajador independiente.

1.4 Declaración del señor José Arturo Torres García

El señor José Arturo Torres , quien manifestó ser amigo personal del señor XX, relató nuevamente el incidente ocurrido en el consultorio del médico Álvaro Erazo Murra, el día cinco (5) de mayo de 1994.

1.5 Declaración del médico Álvaro Erazo Murra

El declarante afirmó que entre los años de 1993 y 1994 prestó una asesoría médica a la Fundación Gun Club, la cual es independiente del Club, pero cuenta con el apoyo económico de los socios.

Igualmente manifestó que él atendió el caso del peticionario, a quien le ordenó que se practicara la prueba del virus del VIH, y al resultar positivo, le ordenó que se practicara la prueba confirmatoria denominada "*Western blot*"; sin embargo afirmó que los resultados de dicha prueba nunca llegaron a sus manos.

Así mismo sostiene que en ningún momento le insinúo al señor **XX** que renunciara a su empleo en la Corporación Gun Club y que tampoco le informó a las directivas de dicho Club que padecía del virus del VIH, ya que se trata de información amparada por el secreto profesional; "el paciente, pienso yo, que con un poco de desequilibrio emocional se puso a informarle a todos los ex-compañeros que pudo, de la institución donde trabajaba, que él era portador del SIDA." Ante esta situación dice que le hizo un enérgico llamado de atención al peticionario para que mantuviera en reserva su estado de salud; "lo único que me pudo decir es que el impacto de estar presuntamente positivo lo estaba desequilibrando mentalmente. En base (sic) a este desequilibrio mental se consiguió que le dieran un mes de licencia para ver si era posible que se recuperara mentalmente, pero en ningún momento se mencionó la enfermedad de fondo."

De otra parte sostiene que el paciente acudió a su consultorio y le llevó una carta (la cual se anexó al expediente) en la cual afirma que los médicos de infectología de la Clínica San Pedro Claver le insinuaron que lo demandara, pero "que él no era capaz, porque el trato que yo le había dado era bueno y la parte humana mía le había ayudado en su inestabilidad emocional."

Finalmente el declarante sostiene que los hechos narrados por el peticionario, referentes al incidente ocurrido en su consultorio el día cinco (5) de mayo de 1994 son totalmente falsos.

1.6 Fallo de primera instancia

Mediante providencia de fecha veinticuatro (24) de agosto de 1995, la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá D.C., resolvió tutelar en forma transitoria, para evitar un perjuicio irremediable, los derechos fundamentales a la vida y a la salud del señor **XX**. En consecuencia, ordenó a la Corporación Gun Club que, dentro del término improrrogable de cinco días "asuma nuevamente todos los servicios médicos de salud que requiere el accionante (...) por el término que la autoridad judicial competente necesite para decidir en forma definitiva, la controversia laboral." Igualmente se advirtió al actor que debía iniciar la correspondiente acción laboral, dentro del término de cuatro meses.

En primer lugar, sostiene el fallo que se comenta, que no es viable tutelar el derecho al trabajo del peticionario, ya que pese a que la Corporación Gun Club dio por terminado el contrato de trabajo con el accionante en forma unilateral y sin justa causa, no puede el juez de tutela invadir la jurisdicción laboral, que es la competente para dirimir este tipo de conflictos.

A juicio de la Sala Penal del Tribunal Superior de esta ciudad, y haciendo referencia a la conciliación celebrada entre el peticionario y la representante de la Corporación Gun Club, "éste fue el procedimiento hábilmente utilizado por la entidad demandada, no sólo para deshacerse del trabajador enfermo, sino evadir su responsabilidad frente al estado de salud en que despedía al señor XX y olvidando su salud, la vida y en general la seguridad social que son derechos irrenunciables." Así, y con fundamento en la sentencia de fecha primero (1o.) de diciembre de 1994 de la Corte Suprema de Justicia, M.P. Dr. Nilson Pinilla, el Tribunal consideró procedente la tutela transitoria de los derechos a la vida y a la salud del señor XX.

De otra parte, y dadas las contradicciones que surgen de las declaraciones del peticionario y del médico Erazo Murra, el *a-quo* sostiene que no es posible afirmar que el Instituto de Seguros Sociales o el citado médico hayan violado el derecho a la intimidad del señor XX, razón por la cual no procedió a tutelar dicho derecho.

La magistrada Soledad Cortés de Villalobos se apartó de la decisión de la Sala, toda vez que consideró que la Corporación Gun Club asumió las consecuencias de haber despedido sin justa causa al actor, pagándole doce cuotas mensuales por valor total de 2'040.000 y por tanto "choca contra toda lógica que fenecido dicho lapso se obligue mediante el procedimiento breve y sumario de la tutela a la empresa asumir los servicios médicos de salud que requiera el accionante porque tal carga le correspondería directamente a la accionada con médicos particulares, ya que no podría reportarlo como persona a su servicio ante el ISS, en razón a que desapareció la relación laboral, que permite legalmente al empleador reclamar servicios a dicha institución para sus trabajadores." Así mismo sostiene que la Sala Penal olvidó que la enfermedad del peticionario no tiene carácter de profesional, y que por tanto las consecuencias de la misma no pueden ser asumidas por el empleador sino por el ISS.

De otra parte afirma que "si el Gun Club podía terminar unilateralmente el contrato, asumiendo los costos que ello acarrearía ante la ausencia de justa

causa para hacerlo, como así ocurrió, no encuentra la suscrita qué proceso laboral puede instaurar XX contra la entidad, y qué controversia suscitaría la terminación unilateral del contrato, si las posibles diferencias quedaron zanjadas en virtud de la conciliación a que llegaron las partes, sobre la cual en esencia no hay reparo por parte del trabajador, quien nada hizo durante un año para cuestionar ante la justicia laboral dicho acuerdo si era que no satisfacía sus pretensiones."

Finalmente señala la magistrada que "respecto del señor XX no puede predicarse condición de desamparo en su derecho a la salud, toda vez que de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 559 de 1991, por el cual se reglamentó (sic) parcialmente las leyes 09/79 y 10/90, en cuanto a la prevención, control y vigilancia de enfermedades transmisibles, especialmente en lo relacionado con la infección del Virus de Inmunodeficiencia Humana (HIV) y el Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida (SIDA), ningún trabajador de la salud o de institución de salud podrá negarse a prestar la atención que requiera un infectado por el HIV o enfermo de SIDA, amén que las personas y entidades de carácter público y privado que presten servicios de salud, están obligadas a dar atención integral a quienes se hallen infectados por el HIV y a los enfermos de SIDA, o en posibilidad de estarlo, de acuerdo con el nivel de complejidad que les corresponda, en condiciones de respeto para su dignidad, sin discriminarlas, y con sujeción al Decreto en comento y a las normas técnico administrativas y de vigilancia epidemiológica expedida por el Ministerio de Salud (arts. 8o. y 31 Dto. 559/91) ".

El fallo de la Sala Penal de Tribunal Superior de Santafé de Bogotá D.C., fue impugnado por el apoderado del señor XX y por el apoderado de la Corporación Gun Club.

2. Segunda instancia

Mediante providencia de fecha diez (10) de octubre de 1995, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia resolvió revocar el fallo impugnado, y en su lugar negó la tutela de los derechos fundamentales invocados por el señor XX.

A juicio del *ad-quem*, la condición de asintomático del peticionario le permitió acceder a un nuevo empleo en la empresa Wimpy Colombiana Ltda., la cual lo afilió al Seguros Sociales desde agosto hasta diciembre de 1994, luego de lo cual el señor XX continuó aportando en condición de

trabajador independiente, y que esto le permite acceder a los servicios médicos asistenciales, y eventualmente le da el derecho para reclamar la pensión de invalidez por riesgo común. En virtud de lo anterior se consideró que no existe perjuicio irremediable que permitiese la tutela transitoria de los derechos a la vida y a la salud del actor.

Finalmente se dijo que la pretensión de la demanda se encaminaba a dejar sin efectos la conciliación celebrada entre el señor XX y la Corporación Gun Club, lo cual resulta improcedente, toda vez que dicha conciliación fue aprobada por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Santafé de Bogotá D.C., mediante providencia de fecha tres (3) de agosto de 1994, decisión que por mandato legal hace tránsito a cosa juzgada. Así, concluye que la tutela es improcedente frente a providencias judiciales, razón por la cual deniega el amparo solicitado.

3. Pruebas recaudadas por la Corte Constitucional

En auto de siete (7) de marzo de mil novecientos noventa y seis (1996), la Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional determinó oficiar a la Corporación Gun Club de Santafé de Bogotá, para que mediante apoderado judicial, manifestara por escrito los motivos exactos por los cuales decidió desvincular de su planta de personal al trabajador XX.

Por memorial fechado el catorce (14) de marzo de mil novecientos noventa y seis (1996), la Corporación Gun Club procedió a dar respuesta al oficio enviado por la Corte Constitucional, y aclaró en éste que la decisión de desvincular al señor XX de la planta de personal "...estuvo guiada por la necesidad de evitar un riesgo de infección a los compañeros de trabajo más cercanos, pues las funciones que el hoy demandante desempeñaba al momento de conocerse que era portador del VIH podían generar el contagio de aquellos". Agregó además, que las funciones que llevaba a cabo el señor XX dentro del Club, estaban relacionadas directamente con la manipulación de baterías de cocina y material cortopunzante, "...funciones éstas que traen consigo el riesgo de heridas leves o graves, el consecuente contacto de tales implementos con la sangre del trabajador y la posterior manipulación de estos utensilios por el personal encargado de su utilización habitual...".

Para el representante legal de la Corporación Gun Club, la decisión de desvincular al trabajador de la institución era la forma más segura de garantizar la salud de los otros trabajadores de la planta, ya que no fue

posible, por la ausencia de vacantes laborales y por su regular desempeño laboral en el año inmediatamente anterior, ubicar al empleado en otro cargo.

Adjunta el manual de funciones del Club, copia de los memorandos enviados al trabajador en los que constan tres suspensiones que le fueron impuestas por razones disciplinarias y copia del contrato de trabajo.

III. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Competencia

De conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 24, numeral 9o. de la Constitución Política y 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991, la Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional es competente para revisar el fallo de tutela de la referencia.

2. La materia

2.1. *La no discriminación a los enfermos del SIDA y portadores del virus V.I.H.*

El Estado social de derecho, a diferencia del Estado liberal clásico, no se limita a reconocer unos derechos fundamentales, sino que además funda su legitimidad en la eficacia y observancia de tales bienes jurídicamente protegidos; de ahí que los promueve y tutela como derechos incondicionales y universales. En 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.

La enfermedad del Sida, es cierto, se ha convertido en nuestro tiempo en un grave flagelo para la humanidad; el riesgo de su propagación es muy grande, habida cuenta que hasta ahora la ciencia, pese a los notables esfuerzos que se vienen realizando no ha logrado encontrar la fórmula para su curación. Pero, por otra parte, está ampliamente demostrado por la medicina que esta enfermedad sólo se contagia mediante contacto sexual directo o a través de transfusiones de sangre, y no por otros medios. Más

aún, según dictamen de la ciencia médica, se ha demostrado plenamente que la convivencia con pacientes de Sida, mientras no se presenten las situaciones antes mencionadas, en absoluto implica riesgo de contagio; el virus no se trasmite ni a través del aire, ni del agua, ni de otros elementos. No obstante lo anterior, 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.

El Estado no puede permitir tal discriminación, básicamente por dos razones: Primera, porque la dignidad humana impide que cualquier sujeto de derecho sea objeto de un trato discriminatorio, pues 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 segunda, 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. Ya esta Corporación ha señalado como criterios orientadores de la igualdad, la proporcionalidad y la razonabilidad. La primera se encamina a establecer la adecuación entre la necesidad y la forma protectora; la segunda busca el criterio prudencial de guardar un equilibrio y evitar a toda costa la arbitrariedad absoluta, la discrecionalidad infundada y, por sobre todo, la discriminación.

Por ello la Corte ve 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 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.

Así lo ha entendido nuestro legislador al proferir las leyes 09 de 1979 y 10 de 1990, cuyo decreto reglamentario 0559 de 1991 señala en su artículo 22 la prohibición de exigir pruebas tendientes a determinar la infección por el V.I.H. para acceder o permanecer en una actividad laboral, en un claro propósito de evitar la discriminación de las personas asintomáticas infectadas de este virus; y así mismo, y con igual espíritu, en el artículo 35

establece que los trabajadores no están obligados a informar a sus empleadores su condición de infectados por el virus.

2.2 La conciliación frente a los derechos fundamentales

La conciliación sólo opera en casos en que no esté en juego el núcleo esencial de un derecho fundamental, ya que éste, de suyo, es irrenunciable e inalienable. Lo anterior significa que los derechos fundamentales, al ser inherentes a la persona, son necesarios y no contingentes, lo cual los hace irrenunciables. Por ello no sería coherente que un Estado que se funda en la igualdad y en la dignidad humanas permitiese que una persona se desligara de un bien que razonablemente es irrenunciable e imprescriptible.

La tradición de los derechos humanos, desde la Declaración de Derechos del Pueblo de Virginia en 1776 hasta hoy, es unánime en señalar como patrimonio objetivo de la humanidad la intangibilidad del núcleo esencial de los derechos inherentes a la persona. Tan absurdo resulta imaginar que un hombre aceptara el ser reducido a la condición de esclavo, y que esta decisión suya fuera tolerada por el Estado, como suponer que una persona puede aceptar un convenio contrario a su dignidad o a su derecho a la igualdad.

En relación con la irrenunciabilidad de los derechos fundamentales en pactos conciliatorios o transaccionales, la Corte ha dejado sentado que en tales convenios no es posible disponer válidamente de aquellos derechos:

Así, refiriéndose al derecho a la vida, y a la posibilidad de disponer de él en ejercicio de la voluntad particular, ha dicho que “todo derecho humano es un bien sobre cuyo dominio no puede recaer ni la renuncia ni la transferencia”. (Sentencia T-374 de 1993, M.P. Dr. Fabio Morón Díaz).

En la misma sentencia, se expresó que la tutela del derecho a la vida de un menor que requería asistencia médica, no podría verse impedida por la existencia de un previo contrato de transacción. En esta ocasión la Corte expresó:

“La transacción no puede interpretarse como la liberación que ese tipo de contratos produce para efectos patrimoniales, a las partes que en ellos se obligan, cuando está de por medio el derecho a la vida. Se determina la imposibilidad de negociar el bien que ampara el artículo

11 de la Carta, por cuanto un contrato con ese objeto, le daría a éste, el carácter de ilícito, según lo dispone la ley civil”.

De esta manera, y reiterando la jurisprudencia mencionada, estima la Corte que la conciliación llevada a cabo entre las partes vinculadas a la presente acción, no es argumento suficiente para aducir la improcedencia de la tutela, toda vez que tal negociación, por recaer sobre derechos irrenunciables -igualdad, dignidad, salud, seguridad social-, debe mirarse como ineficaz, en cuanto se pretenda con ella la abdicación de un derecho fundamental, aunque desde luego, el agraviado pueda válidamente retener las sumas pagadas con el único propósito de indemnizar los daños materiales causados por la lesión.

Finalmente, en relación con el tema que ahora se trata, deben recordarse los precisos términos del artículo 53 de nuestra Carta Política, que establece que la ley en materia laboral, tendrá en cuenta, entre otros principios fundamentales, aquel que otorga la facultad *para “transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles”*, de donde se deduce que, a contrario sensu, sobre derechos que no ostentan tal calidad, y menos aún sobre los fundamentales, no cabe tal posibilidad. El mismo artículo dispone, en forma terminante, *que “la ley, los contratos, los acuerdos y los convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad, ni los derechos de los trabajadores”*.

2.3 *¿Existe libertad absoluta para terminar unilateralmente, por cualquier motivo, un contrato de trabajo?*

Dice el abogado de la Corporación accionada, que el portador asintomático del V.I.H. no es un enfermo, en lo cual le asiste la razón, ya que, según dictamen de la ciencia médica, no han hecho efecto las potencialidades del mal en él, es decir, no ha desarrollado la enfermedad, aunque esté en evidente riesgo de desarrollarla. Así lo ha reconocido también la ley. En efecto, el Decreto 559 de 1991 define al portador asintomático como la "persona infectada por el virus de inmunodeficiencia humana, quien no presenta síntomas ni signos de enfermedad".

De ahí, concluye el abogado, que mediando la asintomatología, el trabajador no se halla enfermo y "queda sometido a las normas laborales generales, pudiendo entonces su empleador deshacer el vínculo de subordinación, como igual puede hacerlo con un trabajador minusválido,

pues en modo alguno puede entenderse que el hecho de ostentar esta condición implique una obligación de preservarle a perpetuidad su cargo".

Al respecto resulta necesario precisar que si bien la legislación laboral establece como despido injustificado aquel que se produce cuando no está presente una de las causales que justifican la terminación unilateral del contrato de trabajo por parte del empleador y que el Código Sustantivo del Trabajo taxativamente enumera, no por ello puede concluirse que el pago de la correspondiente indemnización por el injusto despido sea suficiente carta blanca para lesionar derechos fundamentales del trabajador, en este caso los derechos a la dignidad, a la igualdad, a la no discriminación, al trabajo, a la salud y a la seguridad social.

La violación de estos derechos ocasiona en el caso bajo examen un perjuicio evidente, que no se ve resarcido con el simple pago de una indemnización.

No existen actos humanos desprovistos de razón suficiente o de motivos. Tal hipótesis sólo se contempla en los casos de alienación mental. Cualquier despido laboral debe ser motivado; aun los que frente a la ley son "sin justa causa" o injustificados. En el caso de autos resulta evidente, como se desprende del material probatorio allegado, en especial de la comunicación del 14 de marzo de 1996, suscrita por el representante legal de la Corporación Gun Club, que la motivación de la desvinculación del trabajador fue precisamente el hecho de estar infectado con el virus V.I.H.

Estima la Corte que si bien el trabajador inmerso en esta situación puede ser desvinculado de su empleo y no existe para el empleador una "obligación de preservarle a perpetuidad en su cargo", no puede ser despedido precisamente por su condición de infectado del virus, pues esta motivación implica una grave segregación social, una especie de *deapartheid* médico y un desconocimiento de la igualdad ciudadana y del derecho a la no discriminación (Art. 13 C.P.). Con ello obviamente se vulneran estos derechos fundamentales, así como también el derecho a la dignidad.

Siendo como es la Corte Constitucional, guardiana de la efectividad de los derechos fundamentales reconocidos por nuestra Carta Política, no puede abstenerse de hacer un pronunciamiento respecto de una situación jurídica, en este caso la terminación unilateral del contrato, cuya motivación implica

una ostensible violación de los derechos que ella tutela. Es ésta una cuestión que evidentemente es de su competencia.

Y así como en el ámbito del derecho civil se estudia cómo la causa inmoral o ilícita vicia de nulidad la manifestación de la voluntad humana, en el caso que nos ocupa, la motivación que en sí misma es lesiva de derechos fundamentales, hace que la situación jurídica que en tal motivación toma pie no pueda surtir efectos, porque precisamente dichos efectos se erigen como la concreción material de la violación de los derechos mencionados.

Resumiendo, la Corte estima que el despido motivado en la consideración de ser el empleado portador asintomático del virus V.I.H. , no puede ser avalado por el Estado por atentar contra los derechos a la dignidad y a la igualdad, al trabajo, a la salud y a la seguridad social. No existe, pues, una libertad absoluta para terminar unilateralmente, por cualquier motivo una relación laboral. Si ese motivo resulta lesivo de derechos fundamentales, hace que el despido constituya un acto de atropello y no una situación jurídica que pueda ser reconocida como legal.

Ahora bien, como en reciente pronunciamiento contenido en la sentencia C-079 de 1996 (M.P. Dr. Hernando Herrera Vergara), la Corte declaró la exequibilidad del artículo séptimo, numeral quince (15) del decreto 2351 de 1965, relativo a la justa causa por parte del para dar por terminado el contrato de trabajo cuando se presente una *“enfermedad contagiosa o crónica del trabajador, que no tenga carácter de profesional, así como cualquiera otra enfermedad o lesión que lo incapacite para el trabajo, cuya curación no haya sido posible durante ciento ochenta días”*, la Corporación estima necesario aclarar que la situación de hecho que se presenta en el caso *sub-examine*, no es exactamente la que regula la norma declarada exequible.

En efecto, la situación de hecho que regula el numeral 15 del artículo 7o. del Decreto 2351 de 1965, es aquella en que el trabajador está “enfermo”, al paso que en la presente acción de tutela, el actor, como se ha explicado, no lo está; como se ha dicho, el portador sano del virus VIH, es la “persona infectada por el virus de inmunodeficiencia humana, quien no presenta síntomas ni signos de enfermedad” (Decreto 559 de 1991). Así las cosas, el hecho de que el trabajador sea portador sano del virus, no da derecho al para terminar unilateralmente el contrato aduciendo la justa causa del numeral 15 del decreto 2351/65.

La razón de ser de la causal de justo despido que se comenta, radica en que el de trabajo es un contrato bilateral, y que la ley admite que una enfermedad que no es curable en ciento ochenta días, impide al trabajador cumplir con sus obligaciones, por lo cual resulta justo que se autorice la terminación del contrato para no derivar al empleador un daño injustificado; lo anterior, sin perjuicio de las prestaciones e indemnizaciones legales y convencionales derivadas de la enfermedad.

Así mismo, es distinta la situación de hecho regulada por la norma en comento, relativa a “enfermedad crónica o contagiosa”, en primer lugar, por cuanto, como ya se dijo, la situación de ser portador sano del virus VIH no es calificable de “enfermedad”, y en segundo lugar, porque el adjetivo de “contagiosa” con que se califique una enfermedad para ser considerada como justa causa de terminación de una relación laboral, debe entenderse como que tal enfermedad origina un peligro considerable de transmisión en las circunstancias ordinarias de la relación laboral, cosa que, de acuerdo con los conceptos de la ciencia médica en su estado actual, no ocurre con el virus del VIH, el cual sólo se contagia por relación directa de tipo sexual, o por inoculación sanguínea, situaciones estas ajenas a las de las relaciones de trabajo normales.

Con fundamento en lo anterior, resulta menester concluir que en el caso que ahora se examina, no resulta aplicable la consideración de que puede haber lugar a un justo despido al amparo de la causal del numeral 15 del artículo 7o. del Decreto 2351/65, declarado exequible por esta Corporación.

Distinto es el caso del trabajador enfermo de Sida, en quien sí se cumplen los supuestos de hecho de la norma en comento, y, por tanto, puede ser despedido con fundamento en esta causal.

2.4 Procedencia de la presente acción en cuanto se dirige contra una entidad particular

Corresponde a la Corte estudiar si la presente acción de tutela, por dirigirse en contra de una entidad de derecho privado como lo es la Corporación Gun Club, resulta procedente. Respecto de la procedencia de la misma en contra del Instituto de los Seguros Sociales y del médico Álvaro Erazo Murra, se hará el examen más adelante.

De manera principal, la acción de tutela está instituida para reclamar la protección inmediata de los derechos fundamentales vulnerados o amenazados por la acción u omisión de una autoridad pública. Pero procede también, según el artículo 86 de la Constitución Política, contra acciones u omisiones de particulares cuando están "encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión".

En desarrollo del anterior principio constitucional, el numeral 4o. del artículo 42 del decreto 2591 de 1991 precisa que la acción de tutela procederá contra las acciones u omisiones de particulares: "Cuando la solicitud fuere dirigida contra una organización privada, contra quien la controle efectivamente o fuere beneficiario real de la situación que motivó la acción, siempre y cuando el solicitante tenga una relación de subordinación o indefensión con tal organización".

Respecto de las razones por las cuales la acción de tutela resulta procedente contra los particulares que se encuentren en una de las tres situaciones señaladas en el artículo 86 de la Constitución, esta Corporación ha señalado:

"Las relaciones entre los particulares discurren, por regla general, en un plano de igualdad y de coordinación. La actividad privada que afecte grave y directamente el interés colectivo, adquiere una connotación patológica que le resta toda legitimación, máxime en un Estado Social de Derecho fundado en el principio de solidaridad y de prevalencia del interés general. De otro lado, la equidistancia entre los particulares se suspende o se quebranta cuando a algunos de ellos se les encarga de la prestación de un servicio público, o el poder social que, por otras causas, alcanzan a detentar puede virtualmente colocar a los demás en estado de subordinación o indefensión. *En estos eventos, tiene lógica que la ley establezca la procedencia de la acción de tutela contra los particulares que prevalecidos de su relativa superioridad u olvidando la finalidad social de sus funciones, vulneren los derechos fundamentales de los restantes miembros de la comunidad (C.P. art. 86). La idea que inspira la tutela, que no es otra que el control al abuso del poder, se predica de los particulares que lo ejercen de manera arbitraria"*^[1]. (Cursiva fuera de texto original).

En el caso *sub judice* la acción, en cuanto se dirige contra la Corporación Gun Club, resulta procedente por cuanto el solicitante, claramente se encuentra en una relación de subordinación frente a la organización privada contra quien se propone. En efecto, aunque para el momento del ejercicio de la acción el demandante no era ya empleado de la Corporación, el desconocimiento de los derechos que aduce se produjo dentro del marco de la terminación de una relación que, por ser laboral, debe considerarse de suyo subordinante para el trabajador. Luego por este aspecto la Corte encuentra procedente la presente demanda.

2.5 Alcance del deber de solidaridad en el caso concreto

Consciente de su deber de solidaridad, la Corporación Gun Club después de despedir al trabajador sin consideración a la violación de sus derechos fundamentales a la dignidad, a la igualdad, al trabajo, a la salud y a la seguridad social, entendió que en algo tenía que compensar los perjuicios irrogados.

Estimando que el único derecho desconocido era el de la salud, convino una indemnización que permitiera el trabajador seguir afiliado al Instituto de los Seguros Sociales. Interpretó que su deber de solidaridad se agotaba en ello, conclusión a la que llegó a partir del párrafo del artículo 10 del Decreto 559 de 1991. Es así como el abogado de la Corporación manifiesta: "es preciso decir que la ley, en este caso el Decreto 559 de 1991, ya fijó el contenido esencial del deber de solidaridad de los empleadores para con sus trabajadores portadores del VIH: Adoptar las medidas necesarias para asegurar razonablemente el mantenimiento de la salud de éstos". (Subrayado dentro del texto). Y avanzando en su interpretación, concluyó que este deber no era ilimitado ni en términos de tiempo ni de recursos, y el plazo y monto que convino con el trabajador fue estimado como justo límite del deber de solidaridad.

No comparte la Corte esta recortada visión del deber mencionado, por cuanto ni la Constitución ni la ley han fijado límites al mismo, lo cual significa que la naturaleza misma de las cosas es la que señala la medida adecuada en cada caso. En el evento que nos ocupa, la solidaridad ha debido ir mucho más allá, respetando en primer término la dignidad del trabajador, entendida como el merecimiento de un trato no discriminatorio,

debido a toda persona por el solo hecho de ser humana, y en segundo lugar la igualdad frente al trabajo, entendida aquí como el reconocimiento de iguales derechos laborales frente a las demás personas empleadas en iguales circunstancias. Todos estos derechos, y el deber correlativo de solidaridad, sólo se podían ver justamente respetados preservando al trabajador en su cargo, o trasladándolo a otro de igual o mejor nivel dentro de la entidad, si se consideraba la inconveniencia de mantenerlo en el oficio que venía desempeñando.

La Corporación Gun Club al enterarse de la situación médica de su empleado, ha debido pues desplegar su deber de solidaridad manteniéndolo en su cargo, o si albergara temor por la hipotética posibilidad de contagio, dadas las labores que desempeñaba, ha debido reubicarlo en otra plaza, máxime que se trata de un empleador que tenía expedita esa posibilidad, pues contaba con una estructura de empleos relativamente amplia en la cual ha podido encontrar otra plaza adecuada para el nivel de capacitación del trabajador.

Esta era la alternativa que respetaba la dignidad, el buen nombre y el derecho a un trato igualitario de su empleado, así como su legítimo derecho a trabajar y por este medio procurarse el derecho a la salud y a la seguridad social.

La construcción de la solidaridad humana y no la competencia mal entendida por sobrevivir, es el principio de razón suficiente del artículo 95 de la Carta Política y por ello, en lugar de rechazar a quien está en situación ostensible de debilidad, es deber positivo de todo ciudadano - impuesto categóricamente por la Constitución- el de socorrer a quien padece la necesidad, con medidas humanitarias. La acción humanitaria es aquella que desde tiempos antiquísimos inspiraba a las religiones y a las sociedades filantrópicas hacia la compasión y se traducía en medidas efectivas de socorro, que hoy recoge el derecho internacional humanitario. En el caso *sub-judice*, lo solidario, lo humanitario, lo respetuoso de los derechos fundamentales implicados era, se insiste, mantener al trabajador en su cargo o trasladarlo a otro similar que implicara menos riesgo hipotético.

La notoria falta en el cumplimiento del deber de solidaridad por parte de la Corporación Gun Club, vulneró como se ha dicho, los derechos fundamentales a la igualdad, a la dignidad, a la no discriminación, al trabajo, a la salud y a la seguridad social de su empleado.

El despido y la posterior conciliación sobre derechos irrenunciables, pusieron al demandante en situación de desamparo respecto de su derecho a la salud y a la seguridad social. Al tenor del artículo 48 constitucional, la seguridad social se erige como un derecho constitucional, que, aunque de carácter social y económico, es irrenunciable. Con respecto al mismo, ha dicho la Corte:

“Para el trabajador activo o retirado, la seguridad social es un derecho constitucional irrenunciable. Para su efectividad concurren el Estado y los particulares” (Corte Constitucional, Sentencia T-287/95, M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz).

El amparo constitucional del derecho a la seguridad social, se otorga en virtud de su relación directa con otro derecho fundamental[2], en este caso la salud, cuya garantía no sería posible sin la protección de aquel.

Así las cosas, el despido injusto, violatorio de la dignidad y la igualdad del trabajador, vulneró de paso su derecho a la estabilidad laboral, a la salud y a la seguridad social.

2.6 *Protección efectiva de los derechos vulnerados*

La posibilidad de ordenar el reintegro, como medio para reestablecer al demandante en el goce de los derechos desconocidos, se mira por esta Corporación como inconducente, teniendo en cuenta varios factores: en primer lugar, que tal solicitud no ha sido formulada por el accionante, y en segundo lugar, la consideración de que el nuevo enganche del trabajador en su anterior puesto de trabajo, no resarciría los daños hechos a su dignidad; antes bien, el conocimiento de su situación médica por parte de sus empleadores y compañeros, se prestaría a una situación que más bien podría resultar riesgosa para sus propios derechos.

De este modo, la Corte considera que la manera efectiva de tutelar los derechos del demandante, es la de permitirle acceder de nuevo a la seguridad social como medio para preservar su salud. Por ello se ordenará su afiliación inmediata al Instituto de Seguros Sociales por cuenta del demandado y de aquel, hasta tanto otro empleador la asuma.

De otra parte, la imposibilidad de tutelar el derecho al trabajo a través del reintegro, determina la necesidad de ordenar en abstracto la indemnización del daño emergente causado, de conformidad con lo previsto en el artículo 25 del Decreto 2591 de 1991, cuyos supuestos, como se verá a continuación, se cumplen a cabalidad en el presente proceso.

2.7 Verificación de las exigencias legales para decretar la indemnización de perjuicios por la vía de tutela. Carácter excepcional del caso.

Como lo ha venido destacando la jurisprudencia, el primordial objeto de la acción de tutela consiste en lograr, de manera preferente y sumaria, la protección cierta y efectiva de los derechos fundamentales cuando son objeto de violación o amenaza.

En ese sentido, la providencia que profiera el juez en el marco de este especial procedimiento debe estar encaminada básicamente al enunciado propósito constitucional y, por ende, lo esencial en ella está conformado por la resolución acerca de si se otorga la tutela y por las órdenes que el juez estime necesario impartir con miras al amparo del derecho o los derechos afectados.

Entonces, cualquier determinación adicional, como la consistente en ordenar la indemnización de perjuicios a favor del afectado viene a ser accesoria y, según lo entiende la Corte, enteramente excepcional.

El artículo 25 del Decreto 2591 de 1991, que consagra la posibilidad de la indemnización de perjuicios en materia de tutela, fue declarado exequible por esta Corporación, mediante Sentencia C-543 del 1 de octubre de 1992 (M.P.: Dr. José Gregorio Hernández Galindo), sobre la base de que consagró un precepto tendente a desarrollar la natural consecuencia que se deriva de la comprobación de un daño injustificado, "la cual no puede ser distinta del resarcimiento a cargo de quien lo ocasionó".

A juicio de la Corte, se trata de reparar, por orden judicial, el daño emergente causado si ello fuere necesario para asegurar la actual y efectiva prevalencia del derecho comprometido, lo cual implica que las circunstancias legalmente previstas para que pueda caber el decreto judicial de indemnización en sede de tutela tienen un carácter altamente extraordinario, que debe ser apreciado por el juez de manera rigurosa.

En todo caso, como lo expresó la aludida sentencia, deben observarse las reglas propias del debido proceso.

La Corte reafirma lo expresado en Sentencia T-095 del 4 de marzo de 1994 (Sala Quinta de Revisión), en el sentido de que "la indemnización sólo es posible decretarla si se concede la tutela", es decir, que esa determinación accesoria únicamente puede darse si prospera la pretensión principal por cuanto el juez haya encontrado procedente la acción y haya concluido que las razones de hecho y de derecho por él evaluadas dan lugar a impartir una orden de inmediato cumplimiento en cuya virtud se realicen, en el caso específico, los postulados constitucionales.

También se estima necesario refrendar en esta ocasión lo expuesto por la Corte en fallo T-403 del 14 de septiembre de 1994 (M.P.: Dr. José Gregorio Hernández Galindo), acerca de los explícitos requerimientos que deben cumplirse para entender válida la excepcional figura de la indemnización en los casos del artículo 86 de la Carta Política:

"Pero no siempre que prospere una acción de tutela ha de seguirse necesariamente que en la misma providencia el juez ordene la indemnización en abstracto de los perjuicios causados.

"Existiendo varios medios ordinarios para alcanzar ese cometido, la norma legal mencionada es de interpretación estricta.

*"En otros términos, la indemnización por la vía de la tutela es **excepcional**:*

"Para que proceda es indispensable que el afectado no disponga de otro medio judicial. Esta exigencia no se refiere a la defensa del derecho fundamental invocado sino a la obtención del resarcimiento del perjuicio, como ya lo resaltó esta Corte en el fallo últimamente mencionado.

"En consecuencia, si, consideradas las circunstancias del caso, el accionante tiene posibilidad de intentar la acción ordinaria enderezada a la indemnización de los daños que se le han causado, no es la tutela el medio judicial idóneo para ello, pese a haber prosperado.

“La violación del derecho tiene que haber sido manifiesta y consecuencia de una acción clara e indiscutiblemente arbitraria. No es suficiente, entonces, con el hecho objetivo de que el derecho fundamental aparezca afectado o en peligro, sino que se requiere que el desconocimiento del derecho haya sido ostensible y que el sujeto activo haya actuado en abierta transgresión a los mandatos constitucionales, a su arbitrio, con evidente abuso de su poder.

“La indemnización debe ser necesaria en el caso concreto para asegurar el goce efectivo del derecho. Es eso lo que justifica que de modo excepcional pueda ser buscada y decretada dentro del procedimiento de tutela, toda vez que -se repite- el sentido principal de la institución es el de garantizar que serán respetadas las normas de la Carta en materia de derechos fundamentales. Entonces, hacer uso de la acción con el sólo propósito de obtener el resarcimiento de perjuicios equivaldría a desfigurarla.

“Como ya lo hizo ver la Corte en su Sentencia C-543 del 1 de octubre de 1992, la condena en abstracto no procede sino sobre el supuesto de que, en esa materia, han sido atendidas a cabalidad las reglas del debido proceso, pues tal garantía constitucional es aplicable a todas las actuaciones judiciales y administrativas. “...el proceso de tutela, aunque sumario y preferente, debe surtirse con plena observancia de las previsiones generales consagradas en el artículo 29 de la Constitución, de las cuales no ha sido ni podría haber sido excluido en cuanto se trata de un derecho fundamental. Si en un proceso específico tales requerimientos se transgreden, tiene competencia el superior ante quien se impugne el fallo y, en su caso, esta Corporación, para revocar la correspondiente decisión judicial”.

“Por tanto, no son admisibles los fallos de tutela que contengan condenas en abstracto si aquel contra quien se instauró la acción no ha gozado del derecho de defensa, de la oportunidad de controvertir las pruebas allegadas en su contra y de la posibilidad de hacer valer las que lo favorezcan”.

En tal sentido, conviene recordar lo expuesto por esta misma Sala en Sentencia T-375 del 7 de septiembre de 1993:

"El debido proceso, que descansa sobre el supuesto de la presunción de inocencia, la cual tiene que ser desvirtuada por el Estado para que

se haga posible una condena, es plenamente aplicable y exigible en los términos constitucionales cuando se trata de tramitar y resolver sobre acciones de tutela, mucho más si una de las consecuencias derivadas de la determinación de concederla es la de imponer a la entidad o (...) a un funcionario o empleado de la misma una condena económica. Esta únicamente puede provenir de una prueba mínima acerca de que se ha causado un perjuicio y tiene que partir de la relación de causalidad existente entre el perjuicio y el acto u omisión en concreto. Para deducirlo se hace indispensable establecer, previo un debido proceso, que en efecto la persona o entidad contra la cual se profiere la condena es responsable".

“La indemnización que se ordene en abstracto debe estar encaminada, como lo manda el precepto legal, a resarcir el daño emergente causado, entendido como "perjuicio o pérdida", en los términos del artículo 1614 del Código Civil, es decir que no comprende el lucro cesante -ganancia o provecho que deja de reportarse, según la misma norma-, por lo cual en casos como el que se estudia, en el cual afirma la peticionaria que "no ha podido arrendar el inmueble", no es aplicable el artículo 25 del Decreto 2591 de 1991.

*“A lo dicho debe agregarse que si el juez de tutela, fundado en la viabilidad de la condena "**in genere**" según los presupuestos legales en comento, accede a decretarla, debe establecer con precisión en qué consistió el perjuicio; cuál es la razón para que su resarcimiento se estime indispensable para el goce efectivo del derecho fundamental; cuál es el hecho o acto que dio lugar al perjuicio; cuál la relación de causalidad entre la acción del agente y el daño causado y cuáles serán las bases que habrá de tener en cuenta la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo o el juez competente, según que se trate de condenas contra la administración o contra particulares, para efectuar la correspondiente liquidación".*

Para el caso concreto que ahora le corresponde examinar, encaja perfectamente dentro de los parámetros y requisitos antes explicados, y, por tanto, dadas las especiales características que este caso reviste, amerita ordenar el pago de una indemnización, la cual será decretada en esta Sentencia en los términos que más adelante se explicarán.

En efecto, en el caso bajo examen el afectado no goza de otro medio judicial de defensa porque no es titular de la acción de reintegro, ni de la que conduzca a la nulidad del despido, toda vez que las mismas son consagradas por la ley laboral solamente para precisos casos entre los cuales no está el presente.

La violación de sus derechos fundamentales, en especial los del trabajo, la honra y el buen nombre, es manifiesta y consecuencia de una acción clara e indiscutiblemente arbitraria. Más todavía, la evidente amenaza de su derecho a la vida por razón de las difíciles circunstancias en las que ha sido puesto a partir del despido y de la pública divulgación acerca de la existencia de una enfermedad que, a los ojos de la actual sociedad es vista como un estigma y que, por otra parte, científicamente aún no padece, reclama de manera urgente un resarcimiento moral y material que le permita seguir viviendo con dignidad.

Se cumple, sin duda la exigencia legal de que la indemnización sea indispensable para asegurar el goce efectivo del derecho, pues no pudiendo ser reintegrado el accionante, en cuanto quedaría expuesto muy seguramente al escarnio, a la ofensa y a la discriminación en el seno del club social, y hallándose en condiciones económicas muy precarias por las circunstancias de su salida del empleo, que le ha cerrado las puertas para otras formas de trabajo, sus derechos únicamente pueden ser protegidos con eficacia mediante la reparación pecuniaria que decretará la Corte.

2. 8 La acción en cuanto se dirige contra el Instituto de los Seguros sociales y el médico Álvaro Erazo Murra

De conformidad con lo establecido en el segundo inciso del artículo 25 del Decreto 2591 de 1991, en los casos en que el fallo que concede la tutela ordena en abstracto la indemnización del daño emergente, la condena “será contra la entidad de que dependa el demandado y solidariamente contra éste, si se considera que ha mediado dolo o culpa grave de su parte, todo ello sin perjuicio de las demás responsabilidades administrativas, civiles o penales en que haya incurrido”.

Encuentra la Corte que está acreditado en el expediente que el médico Álvaro Erazo Murra estaba vinculado al Instituto de los Seguros Sociales y simultáneamente a la Fundación Gun Club, y que ostentando esta doble condición permitió imprudentemente que la información sobre el estado médico del accionante fuera conocida por la

Corporación Gun Club, violando así la reserva de la historia clínica. Su actuación imprudente, en virtud de lo establecido en el segundo inciso del artículo 25 del Decreto 2591 de 1991 arriba referenciado, compromete al Instituto de los Seguros Sociales, razón por la cual en la parte resolutive del presente fallo se ordenará al mencionado instituto restablecer la afiliación del demandante y en su momento, reconocerle la pensión de invalidez que corresponda.

Adicionalmente la Corte confirma la solicitud de investigación de la conducta del médico Álvaro Erazo Murra, en el presente caso, ya formulada ante el Tribunal de Ética Médica, para efecto de lo cual se le enviará a éste copia de la presente sentencia.

2.9 Términos de aplicación del artículo 25 del Decreto 2591 de 1991 en el presente caso

En razón de lo anterior, se condenará en abstracto a la Corporación Gun Club y al Instituto de Seguros Sociales, a la indemnización del daño emergente causado al demandante XX con motivo de la violación de sus derechos fundamentales, en la forma como más adelante se precisa.

Considera la Corte que, en materia de derechos fundamentales, el daño emergente se configura de manera específica cuando no resulta posible el ejercicio pleno del derecho vulnerado, bajo las condiciones descritas en el artículo 25 del decreto 2591 de 1991. En cuanto se refiere al derecho fundamental al trabajo y a la seguridad social, como en el caso bajo examen, el hecho de haberse colocado al actor, debido a las circunstancias reseñadas en esta providencia, en situación de evidente dificultad para obtener un empleo estable, hace que se le imposibilite ejercer cabalmente el derecho al trabajo.

Para determinar el valor del daño emergente, se procederá de la siguiente manera:

1. La indemnización, cuyo pago estará exclusivamente a cargo de la Corporación Gun Club, corresponderá a los daños materiales que resulten debidamente comprobados y que tengan un nexo de causalidad directo con las violaciones de los derechos fundamentales objeto de amparo.
2. Del valor de la indemnización se deducirá la suma de dinero que el ex trabajador XX hubiese percibido del valor de la conciliación firmada ante

el Juzgado 10 Laboral del Circuito de Santafé de Bogotá el día 3 de agosto de 1994.

La liquidación de la condena en abstracto se hará por el juez competente de la justicia ordinaria, mediante incidente que deberá tramitarse con observancia estricta de los términos procesales, con arreglo a las siguientes bases:

3. Se fijará, a prudente juicio del juez, el valor de los perjuicios morales subjetivos ocasionados al demandante, de conformidad con los parámetros establecidos por el artículo 106 del Código Penal.

Por otra parte, dado que el derecho a la seguridad social es irrenunciable (art. 48 Constitución Política) y que su violación es imputable al I.S.S. por las razones anteriormente expuestas, a fin de proteger al demandante el goce de dicho derecho, se ordenará que a partir de la fecha en que éste adquiera el carácter de enfermo sintomático de Sida, dicho organismo procederá a reconocerle la pensión de invalidez que corresponda de acuerdo a sus reglamentos y a lo previsto en la Ley 100 sobre la materia y demás normas concordantes y complementarias. Dado el carácter indemnizatorio que tiene dicha pensión, en los términos del artículo 25 del Decreto 2591 de 1991, no habrá lugar a la sustitución pensional en caso de muerte del beneficiario.

- Además, en el evento en que en la actualidad el accionante no se encuentre afiliado al I.S.S., la Corporación Gun Club y el Instituto restablecerán su afiliación, en las mismas condiciones existentes para la fecha en que se produjo el despido. En tal virtud, se pagarán tanto por dicha Corporación como por el demandante el valor de los aportes correspondientes al Instituto de Seguros Sociales, en las proporciones establecidas en la Ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios.

2.10 Pretensiones adicionales del demandante

Las pretensiones adicionales que formula el accionante buscan que se compulsen copias para que las autoridades competentes investiguen a la juez décima laboral del circuito de esta ciudad y a las empresas Wimpy y Forte Travelodge. Considera esta Corporación que para ello el accionante tiene expeditas otras vías que le permiten formular tales peticiones.

En mérito de lo expuesto, la Sala Plena de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

PRIMERO : REVOCAR la decisión de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia de fecha 10 de octubre de 1995 y en su defecto, **CONCEDER** la tutela, en cuanto a los derechos a la igualdad, a la dignidad, al trabajo, a la salud y a la seguridad social del señor XX.

SEGUNDO: CONDENAR en abstracto a la Corporación Gun al pago de la indemnización del daño emergente causado al demandante XX. Para la liquidación de la anterior condena, **ORDENAR** a la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, que, dentro de los parámetros fijados en la parte motiva de esta providencia, realice la liquidación de la condena en abstracto, mediante incidente que deberá tramitarse con observancia estricta de los términos procesales. De la anterior indemnización se deducirá lo reconocido y pagado por la Corporación Gun Club por concepto de la conciliación firmada ante el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Santafé de Bogotá, el día 3 de agosto de 1994.

TERCERO: ORDENAR la afiliación inmediata del demandante al Instituto de los Seguros Sociales, en las mismas condiciones existentes para la fecha del despido. Los aportes correspondientes estarán a cargo del demandante y de la Corporación Gun Club en las proporciones de la ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios.

CUARTO: ORDENAR, a partir de la fecha en que el demandante adquiriera el carácter de enfermo sintomático del Sida, el reconocimiento, por parte del Instituto de los Seguros Sociales, de la pensión de invalidez, sin lugar a sustitución pensional.

QUINTO: ENVIAR copias de la presente sentencia al Tribunal de Ética Médica, para lo de su competencia.

SEXTO: ORDENAR que, en guarda de la intimidad del accionante, se omita mencionar su nombre en las publicaciones o reseñas que se hagan de esta sentencia.

SÉPTIMO: LIBRAR por Secretaría las publicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

Cópiese, notifíquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

CARLOS GAVIRIA DÍAZ
Presidente

JORGE ARANGO MEJÍA
Magistrado

ANTONIO BARRERA CARBONELL
Magistrado

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ
Magistrado

JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO
Magistrado

HERNANDO HERRERA VERGARA
Magistrado

ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO
Magistrado

JULIO CESAR ORTIZ GUTIERREZ
Magistrado

VLADIMIRO NARANJO MESA
Magistrado Ponente

MARTA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO
Secretaria General

[1] Corte Constitucional. Sala de Revisión No. 3. Sentencia T-251/93 del 30 de junio de 1993. Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

[2] Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-408/94.