



Título: Sin Titulo

Técnica: Tiza pastel sobre madera

Dimensión: 38,5 x 71 cm

CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD: DESARROLLO NORMATIVO EN COLOMBIA

Fecha de recepción: septiembre 12

Fecha de aprobación: diciembre 4

CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD: DESARROLLO NORMATIVO EN COLOMBIA

*Carlos Parra Dussan**

RESUMEN

El día 13 de diciembre del año 2011 el Congreso de la República de Colombia, aprobó el proyecto de ley estatutaria 167 de 2011 Senado y 092 de 2011 Cámara, por medio de la cual se dictan las disposiciones para garantizar el pleno ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad.

Este proyecto de ley tuvo la iniciativa del señor Ministro del Interior Doctor Germán Vargas Lleras y su equipo, con el apoyo de las organizaciones de y para personas con discapacidad, la sociedad civil, las redes de personas con discapacidad, lográndose hacer realidad este valioso instrumento jurídico en el cual se consagran los desarrollos conceptuales de la Convención Internacional para los Derechos de las Personas con Discapacidad, Ley 1346 de 2009, con sentencia de constitucionalidad C-293 de 2010, que se detallan en el presente artículo, incluyendo la jurisprudencia más relevante y la doctrina correspondiente.

Palabras Clave: Discapacidad, ejercicio efectivo de derechos, políticas públicas.

CONVENTION ON THE RIGHTS OF PERSONS WITH DISABILITIES: LEGISLATION DEVELOPMENT IN COLOMBIA

ABSTRACT

On December 13, 2011 the Congress of the Republic of Colombia, there approved the project of statutory law 167 of 2011 Senate and 092 of 2011 Chamber, by means of which the dispositions are dictated to guarantee the full exercise of the rights of the persons with disability

This project of law had the initiative of the gentleman Secretary of the Interior Doctor Germán Vargas Lleras and his equipment, with the support of the organizations of and for persons with disability, the civil society, the persons networks with disability, being achieved real making this valuable juridical instrument in which there devote themselves the conceptual developments of the International Convention for the Laws of the Persons with Disability, Law 1346 of 2009, with judgment of constitutionality C-293 of 2010, that are detailed in the present article, including the most relevant jurisprudence and the corresponding doctrine.

Key Words: Disability, effective exercise of rights, public policies.

* Director del Grupo de Investigación en Derechos Humanos (De las Casas) Universidad Sergio Arboleda. Doctor en Derechos Fundamentales Universidad Carlos III de Madrid, Especialista en Derecho Constitucional del Centro de Estudios Constitucionales de Madrid-España, Abogado Universidad del Rosario

CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD: DESARROLLO NORMATIVO EN COLOMBIA

INTRODUCCIÓN

Este artículo es resultado del proyecto de investigación (Revisión de la legislación colombiana para la implementación de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad), realizado entre la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas en Colombia para los Derechos Humanos y la Universidad Sergio Arboleda, desarrollado por el Grupo de Investigación de Derechos Humanos (De Las Casas), dirigido al igual que el proyecto de Ley estatutaria sobre el (Ejercicio Efectivo de los Derechos de las Personas con Discapacidad), por el suscrito Doctor en Derechos Fundamentales de la Universidad Carlos III de Madrid, el investigador Carlos Parra Dussan.

Igualmente, esta ponencia se presentó en el encuentro de la Red Socio- jurídica en octubre de 2012 en la ciudad de Santa Marta, en representación del Grupo de Investigación en Derechos Humanos (De Las Casas) de la Universidad Sergio Arboleda.

El día 13 de diciembre del año 2011 el Senado de la República dio segundo debate al proyecto de ley estatutaria 167 de 2011 Senado y 092 de 2011 Cámara, por medio de la cual se dictan las disposiciones para garantizar el pleno ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad.

Este proyecto de ley fue iniciativa del señor Ministro del Interior Doctor Germán Vargas Lleras y su equipo encabezado por el señor Viceministro del Interior, asignado para su primer borrador y posterior desarrollo, al proyecto de investigación (Revisión de la legislación colombiana para la implementación de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad), con el apoyo de las organizaciones de y para personas con discapacidad, la sociedad civil, las redes de personas y para personas con discapacidad, lográndose hacer realidad este valioso instrumento jurídico en el cual se consagran los componentes y muchas de las acciones estipuladas por la Convención Internacional para los Derechos de las Personas con Discapacidad, Ley 1346 de 2009, con sentencia de constitucionalidad C-293 de 2010.

El proyecto de ley estatutaria fue asignado al despacho del Magistrado Nilson Pinilla Pinilla, bajo el expediente PE 035, para surtir el control automático previo, que deben tener los proyectos de ley estatutaria, como es el de las disposiciones para garantizar el pleno ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad.

Posteriormente, la Corte Constitucional en la Sentencia C-765 de 2012, declaró exequible el Proyecto de Ley Estatutaria número 092 de 2011 Cámara y 167 de 2011 Senado, por medio del cual se establecen disposiciones para garantizar el pleno ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad.

El objetivo general de la investigación fue determinar los principales retos y falencias que presenta el ordenamiento jurídico colombiano para implementar y aplicar la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo.

El problema de la investigación propuesto y desarrollado por el proyecto es: ¿Cuáles son los principales retos para la legislación colombiana en materia de discapacidad, con la aprobación e implementación de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad como nuevo paradigma de protección?

El problema de investigación tuvo como punto de partida, los distintos enfoques planteados en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas, que tuvo como propósito “Promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los Derechos Humanos y libertades fundamentales de todas las Personas con Discapacidad y promover el respeto de su dignidad inherente.”

El presente trabajo se realizó con una metodología de estudio exploratorio- descriptivo, teniendo en cuenta que los estudios en el área jurídica que hacen referencia a la discapacidad son relativamente novedosos en Colombia y que el diseño de esta investigación está orientado a la obtención de la información que permita establecer el impacto de la ratificación de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en Colombia.

De esta manera, la población con discapacidad en el mundo, cuenta con el instrumento jurídico, que a juicio de muchos investigadores, como quien escribe, constituye el más completo y complejo instrumento jurídico de Naciones Unidas. Este instrumento nos presenta un claro enfoque de derechos, plantea el modelo social de la discapacidad, recoge un modelo complejo entre promoción de derechos, acciones afirmativas y prohibición de la discriminación por razón de discapacidad. En suma, esta Convención constituye un verdadero paradigma de protección para las personas con discapacidad.

Este artículo fue motivado, con el fin de dar explicación conceptual del Proyecto de Ley (Ejercicio Efectivo de los Derechos de las Personas con Discapacidad), de

iniciativa gubernamental de parte del Ministerio del Interior, con una amplia participación ciudadana, que tuvo la oportunidad de coordinar. El propósito es plantear los fundamentos que subyacen al articulado, que reflejan los desarrollos conceptuales y de enfoque de las personas con discapacidad, como la nueva perspectiva de derechos y el modelo social de la discapacidad que permean todo el documento.

a. Modelo social de discapacidad

La (Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad de Naciones Unidas, Resolución 61/106), incorpora el concepto de Discapacidad en un sentido amplio, describiendo los aspectos que incluyen este concepto. Por esto el Artículo 1° además de establecer el propósito de la Convención, menciona que discapacidad incluye la deficiencia, la interacción con las barreras sociales, y la limitación para participar en igualdad de condiciones. “Las personas con discapacidad incluyen aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales, o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.” (Artículo 1° de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad. 2006).

Tanto el diagnóstico como las soluciones normativas de la Convención son propios del modelo social, para atribuirles la carga de las personas con discapacidad a las barreras sociales. En ningún caso, a las mismas personas con discapacidad en el llamado modelo de normalización de la discapacidad. (Parra Dussan, Carlos 2010).

Así de un lado, la Convención señala el vínculo entre barreras sociales, exclusión y vulneración o limitaciones al pleno goce o ejercicio de derechos. (Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Preámbulo, inciso k).

De otro lado, instaure como finalidades y consagra como obligaciones para los Estados, la eliminación de barreras, de modo de hacer posible el ejercicio de derechos y la participación efectiva de las personas con discapacidad en condiciones de igualdad con los demás miembros de la sociedad. (Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Preámbulo, incisos: e, i, o, v, y artículos. 1; 2, 3 c, d, e, f; 4.1 e, f, g, h, i; 8; 9; 13; 14.2; 19; 20; 21; 24; 25; 26.1 b, 27 h, i; 28; 29; 30.)

Como ya lo traté en mi artículo (Enfoque de Derechos Humanos en la Política Pública de Discapacidad, en Revista Civilizar, 2007), los avances alcanzados hasta el momento en Colombia en términos de la formulación de la política pública en discapacidad, toman como fundamento teórico el modelo planteado por la (Organización Mundial de la Salud –OMS–), según lo expresado en el CONPES 80 de julio de 2004.

Así, el concepto de discapacidad ha evolucionado hacia una perspectiva holística y de carácter social que involucra el entorno, la sociedad y la cultura.

En palabras de (Buscaglia), “Es la sociedad la que crea la discapacidad. Si bien la mayoría de las discapacidades son producto del acto del nacimiento o de un accidente, el impacto negativo en la vida de esa persona con frecuencia no es consecuencia tanto de la “discapacidad” como del modo en que los demás definen esa incapacidad o tratan a la persona”.

Por estas razones, se hace necesario que a las personas con discapacidad se les reconozca su dignidad y valor como seres humanos, lo que es propuesto por los derechos humanos cuyo objetivo principal “es construir sociedades que sean auténticamente inclusivas, sociedades que valoren la diferencia y respeten la dignidad de todos los seres humanos independiente de sus diferencias, que defiendan los derechos civiles de una nueva generación sin exclusión”. (Quinn y Degener, 2002)

El enfoque de derechos plasmado en la (Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de la Organización de Naciones Unidas ONU, Ley 1346 de 2009), con (Sentencia de constitucionalidad C-293 de 2010), constituye una herramienta de política internacional, la cual es necesario armonizar con la legislación colombiana, con el fin de garantizar el desarrollo del enfoque de derechos en los diferentes planes, programas y proyectos que se realicen en el territorio nacional.

En conclusión, el enfoque de derechos plantea que las personas con discapacidad deben reconocerse, asumirse y ser consideradas como sujetos de derechos. El desarrollo está entonces orientado sobre los intereses del pueblo a partir de procesos de gerencia y gestión social en los que las personas con discapacidad tienen el poder y la capacidad de definir y decidir sus derroteros para su desarrollo.

b. La Discapacidad en el Plan Nacional De Desarrollo

Este articulado le ha dado soporte al desarrollo de políticas, que benefician el ejercicio de derechos de esta población, plasmándose en los Planes de Desarrollo Nacionales así: (El Salto Social 1994-1998); (Cambio para Construir la Paz 1999-2002); (Hacia un Estado Comunitario 2003-2006); con la continuidad que tuvo de 2007 hasta 2010; y el actual Plan Nacional de Desarrollo (Prosperidad para Todos 2011-2014 Ley 1450 de 2011).

Estos planes de desarrollo, han organizado la oferta institucional del Gobierno en función de dar respuestas oportunas a las necesidades de la población con discapacidad, sus familias y sus cuidadores, sin embargo, todos estos esfuerzos institucionales han sido insuficientes para que las diferentes instancias del Gobierno Nacional responsables de la formulación de políticas sectoriales y la formación de la política

pública en discapacidad, articulen sus planes, programas y proyectos en función de una respuesta holística a la multicausalidad y complejidad de esta problemática, la cual afecta directamente a la persona con discapacidad, sus familias y cuidadores.

De manera explícita sin antecedentes, observamos con beneplácito que la discapacidad figura en más de un artículo del actual Plan Nacional de Desarrollo 2011 - 2014 Prosperidad para Todos Ley 1450 de 2011, que elaboró el Gobierno presidido por Juan Manuel Santos como mandatario de los colombianos.

Como es sabido, las personas con discapacidad sensorial tienen dificultades de acceder a la información, razón por la cual el Plan incorporó en su artículo 55, la accesibilidad a servicios de TIC. Obligando a las entidades del Estado de los niveles nacional, departamental, distrital y municipal, en el ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, a promover el goce efectivo del derecho de acceso a todas las personas a la información y las comunicaciones, dentro de los límites establecidos por la Constitución y la Ley a través de tecnologías de la información y las comunicaciones y debiéndose abstener de establecer barreras, prohibiciones y restricciones que impidan dicho acceso.

De otro lado, la Ley 1450 plantea la necesidad de adoptar la Política de Necesidades Educativas Especiales, en el artículo 146, señalándole al Ministerio de Educación Nacional la obligación de definir ésta política y reglamentarla.

El principal aspecto que incorpora el Plan para la discapacidad, es la política pública del sector, regulada en su artículo 176, con el mandato para el Estado, de "desarrollar las acciones para la prevención, la rehabilitación y la integración de la población afectada por cualquier tipo de discapacidad, a fin de brindar oportunidad de inclusión social".

Es claro que el país presenta un avance en materia de discapacidad, teniendo en cuenta que por primera vez se incluye en el Plan Nacional de Desarrollo, pero desafortunadamente los términos y conceptos no son los más precisos, adopta el concepto de "goce efectivo de los derechos", pero no de manera uniforme; plantea las "necesidades educativas especiales", no la educación inclusiva; menciona "personas afectadas por discapacidad", no personas con discapacidad; plantea el enfoque de "integración", no de inclusión; y en general incorpora un enfoque asistencialista de la discapacidad, no de derechos como lo plantea la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas Ley 1346 de 2009.

Lo positivo para el sector, es que la prosperidad democrática debe brindar a las personas con discapacidad, sus familias y cuidadores, las oportunidades necesarias para su inclusión dentro de los beneficios del desarrollo, a partir de un enfoque diferencial y de género garantizando el goce efectivo de todos sus

derechos, logrando así el propósito del Plan, la prosperidad para todos. (Parra Dussan, Carlos 2011).

En conclusión, el Plan Nacional de Desarrollo Ley 1450 de 2011, incorporó por primera vez y de manera expresa la discapacidad, contempló la formulación e implementación de la política pública de discapacidad concertada con la participación de sus organizaciones, debiéndose armonizar con el enfoque de derechos de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas, como nuevo paradigma de protección. (Parra Dussan, Carlos 2011)

c. Ejercicio efectivo de los derechos

La Ley plantea como objeto el ejercicio efectivo de los derechos de las personas con discapacidad, esto es que no solo se consagra la garantía retórica de los derechos como en anteriores normas, sino, que se avanza en el concepto de ejercer o disfrutar en la práctica del derecho por lo que se acude a las medidas de inclusión, acciones afirmativas, ajustes razonables y a la eliminación de la discriminación por razón de discapacidad, para el logro efectivo de esas consagraciones jurídicas.

El Goce Efectivo de Derechos (GED), fue conceptualizado por la Corte Constitucional en el Auto de seguimiento (116 de 2008, de la Sentencia T-025 de 2004), para verificar el avance o retroceso en la garantía de los derechos de la población víctima del desplazamiento forzado. Por esta razón, hemos propuesto esta metodología de garantía de derechos aplicada a la discapacidad, con el fin de buscar la garantía efectiva de sus derechos, con unos indicadores medibles de su efectivo cumplimiento por cada una de las entidades responsables de ejecutarlos o hacerlos cumplir.

Esta metodología de medir el goce efectivo de los derechos, coincide plenamente con el propósito de la (Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas, Ley 1346 de 2009, con Sentencia de constitucionalidad C-293 de 2010), instrumento que incorpora el enfoque de derechos de la discapacidad, buscando el pleno ejercicio de sus derechos como se observa en su artículo 1 “El propósito de la presente Convención es promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente...”.

Así, encontramos que el propósito de la ley desarrolla la Convención de Discapacidad, al fijar en su artículo 1 el mismo enfoque de derechos, con mecanismos para su ejercicio y exigibilidad. “Artículo 1°. OBJETO. El objeto de la presente ley es garantizar el goce efectivo de los derechos de las personas con discapacidad, mediante la adopción de medidas de acción afirmativa, de ajustes razonables y

eliminando toda forma de discriminación por razón de discapacidad, de acuerdo a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas”.

El goce efectivo de los derechos, incorpora mecanismos para la realización práctica de los derechos de las personas con discapacidad, en este caso para proteger su dignidad y alcanzar su inclusión social. Este propósito se puede alcanzar a través de la garantía del derecho, de acciones afirmativas, de protección reforzada de los derechos de un lado y de la eliminación de la discriminación por razón de discapacidad, del otro.

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, justamente consagra estos mecanismos de protección de derechos, (acciones afirmativas (artículo 4º numeral 1 literales a y c)), (ajustes razonables (artículo 2º)), (protección especial y prohibición de la discriminación por razón de discapacidad artículos 2º, artículo 4º numeral 1 literal b y artículo 5º numeral 2).

d. Exigibilidad de los derechos

Las normas internacionales relativas a los derechos Civiles y Políticos y los derechos económicos, sociales y culturales han sido llevadas al derecho positivo mediante instrumentos jurídicos por parte de los Estados miembros, a través de la (Declaración Universal de los Derechos Humanos, el pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC). En el sistema interamericano por la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Convención Americana sobre Derechos Humanos).

Tales instrumentos reconocen el carácter de indivisibles e interdependientes de los derechos civiles y políticos, y los derechos económicos, sociales y culturales como parte fundamental de la legislación internacional de derechos humanos, además de reconocer derechos y de generar obligaciones a los Estados para que los hagan efectivos.

Tal como se desprende del (Principio de Limburgo), relativo a la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el instrumento obliga a los Estados Partes a garantizar la efectividad de los derechos mínimos de subsistencia para todos, sea cual fuere el nivel de desarrollo económico de un país determinado.

Por otra parte, vale la pena resaltar la tensión que presenta la distinción entre derechos civiles y derechos sociales, una parte, la doctrina tradicional, para quienes

señalan la distinción entre obligaciones negativas y positivas: de acuerdo a esta línea de argumentación, los derechos civiles se caracterizarían por establecer obligaciones negativas para el Estado, mientras que los derechos sociales exigirían obligaciones de tipo positivo.

Planteadas así las cosas, encontramos necesario incorporar una nueva ley de discapacidad, desde la perspectiva de los derechos y su exigibilidad, pues es sabido que Colombia presenta un gran marco jurídico a favor de esta población, siendo necesario elevar su grado de exigibilidad sin hacer distinción de derechos.

En este sentido, la Corte Constitucional de manera reiterada, ha exhortado al Gobierno Nacional para que implemente una política pública de discapacidad (Sentencia C-974 de 2010, Sentencia T-553 de 2010 y Sentencia T-551 de 2011).

Así la Corte Constitucional en la Sentencia T-974 de 2010, afirmó que “En cuanto al amparo del derecho a la salud (el cual en aplicación del principio de integralidad ha cobijado a su vez aspectos educativos) es importante señalar que de conformidad con el bloque de constitucionalidad atinente al tema de personas con discapacidad, se ha reiterado la importancia de proteger individualmente los derechos de esta población. Ello, por cuanto se había abordado la discapacidad como un problema y no como una realidad que debía ser afrontada no sólo desde el punto de vista médico –perspectiva rehabilitadora-, sino desde una perspectiva amplia que incluye la protección plena de todos los derechos en forma independiente. Esto es, no debe preocupar tanto la eliminación o superación a toda costa de dicha condición, sino que debe ser asumida como una realidad que hace parte de la diversidad y fortalece otros principios constitucionales como la tolerancia, el pluralismo y la solidaridad”.

e. Acciones afirmativas en nuestro estado social de derecho

1. Concepto

En la actualidad no existe consenso doctrinario sobre el contenido de la expresión acción afirmativa, sin embargo, se pueden mencionar las siguientes nociones de mayor aporte conceptual:

a. El Comité para la Igualdad entre Hombres y Mujeres del Consejo de Europa considera que las Acciones Afirmativas son: “Una estrategia destinada a establecer la igualdad de oportunidades por medio de medidas que permitan contrarrestar o corregir aquellas discriminaciones que son el resultado de prácticas o sistemas sociales”.

b. Cristina Torres experta de la OMS en el taller regional para la Adopción e Implementación de Políticas de Acciones Afirmativas para Afro descendientes de América

Latina y el Caribe en mayo de 2003, las ha descrito como “una política pública que se expresa mediante una norma legal, una decisión judicial o una decisión oficial que procura mejorar las oportunidades para grupos segregados en la sociedad por su condición de desventaja frente a los grupos dominantes”.

2. Características

- a. Las medidas de Acción afirmativa son deberes constitucionales de los poderes públicos y de los particulares;
- b. Son de naturaleza transitoria y deben limitarse al periodo de tiempo necesario para lograr la igualdad en aquel sector que se desee;
- c. deben establecerse mediante ley ya que afecta los derechos fundamentales de las personas.

Estas características de las acciones afirmativas, nos señalan elementos que nos permiten fundamentar por su naturaleza justa, puesto que su finalidad reside en beneficiar a personas o grupos que sufren desigualdades históricas, sociales o económicas.

3. Clasificación de las Acciones Afirmativas

Las medidas de acción afirmativa son medidas de carácter indirecto y podríamos distinguir, según las funciones que cumplen, las siguientes: medidas de concienciación, medidas de facilitación y medidas de retribución.

- a. Las medidas de concienciación son generalmente medidas de formación o de carácter publicitario que pretenden crear un estado de opinión o una sensibilización del problema, por ejemplo, las campañas de publicidad para la igualdad sexual.
- b. Las medidas de facilitación, de impulso o de promoción son las medidas previas tendentes a la consecución del fin: la eliminación de la desventaja. Tratarán de promover e impulsar la igualdad para el futuro; dentro de ellas podríamos hacer una distinción entre:

Medidas de incentivos para el aumento de los medios o la disminución de la desventaja: como podrían ser los casos de subvenciones, becas, y las denominadas medidas de reclutamiento; medidas de discriminación inversa o positiva: se caracterizan porque en el caso de dos supuestos desiguales realizan un tratamiento desigualitario en beneficio del peor situado, ejemplos de medidas de discriminación inversa pueden ser el establecimiento de baremos distintos para hombres y mujeres, en beneficio de éstas; las cuotas o reservas de plazas para estos colectivos desfavorecidos en puestos

de trabajo, centros de enseñanza o candidaturas; y medidas de trato preferencial: El establecimiento de una prioridad o ventaja, o sea un trato preferencial o desigual en el supuesto de que exista una situación de partida semejante, entendiéndose que se encuentra en una situación contextual de desventaja.

c. Por último, las medidas de retribución, recompensa o sanción positiva: se trata de medidas que se adoptan tras la realización de la acción querida, por ejemplo: la asignación de un premio o una exención fiscal.

4. Tratamiento en el Estado Social de Derecho

El Estado Social de Derecho implica, la vinculación jurídica de las autoridades a unos principios tendientes a asegurar la efectividad de los derechos y deberes de todos, particularmente, mediante la previsión del mínimo vital, la promoción de la participación de los individuos en la vida política, económica y cultural, la protección especial a personas y grupos excluidos y la intervención en la economía con miras a corregir con medidas redistributivas las situaciones de grave desigualdad e inequidad existentes en la sociedad.

De manera más puntual se podría decir, por ejemplo, que la concepción de igualdad material que inspira el Estado Social de Derecho se manifiesta plenamente en el mandato de protección especial a los más débiles, en términos comparativos, en el manejo y el reparto de recursos escasos.

En este sentido ha sostenido la (Corte Constitucional en Sentencia T-499 de 2005), que “La Constitución hace especial énfasis en la atención de los colombianos que se encuentran en situaciones de miseria o indigencia, cuya carencia de recursos y capacidades productivas los colocan en situaciones de manifiesta marginalidad, debilidad y vulnerabilidad. Por este motivo, los pobres absolutos quedan incluidos dentro del ámbito normativo de los incisos 2° y 3° del artículo 13 de la Carta, lo cual determina la obligación del Estado de implementar políticas de acción afirmativa que propendan la igualdad real y efectiva de este grupo de la población, que se orienten a resolver problemas acuciantes de su mínimo vital”.

Igualmente encontramos, que la (Corte Constitucional en Sentencia T-551 de 2011), afirmó que se “establece la obligación a cargo del Estado de adelantar acciones afirmativas a favor de grupos históricamente marginados y excluidos de la sociedad. Estas medidas son constitucionalmente admisibles para garantizar real y materialmente el ejercicio de este derecho a las personas en situación de debilidad, vulnerabilidad o cuya situación se enmarque dentro de los criterios que son considerados como sospechosos, frente a las demás que no se encuentren en su misma circunstancia”.

En el mismo fallo, reitera la Corte que el importante cometido que se busca alcanzar a través del despliegue de acciones afirmativas por parte del Estado frente a las personas en situación de discapacidad, el fin perseguido a través de las medidas de diferenciación positiva es el de contrarrestar, equilibrar los efectos negativos que generan las discapacidades en punto a la participación de los discapacitados en las distintas actividades que se desarrollan en la sociedad” (Corte Constitucional, sentencia T-207 de 1999).

Es más, la Corte Constitucional ha establecido como regla general que la acción de tutela es el mecanismo idóneo para solicitar la protección del derecho fundamental a la igualdad por omisión del deber de desarrollar acciones afirmativas a favor de las personas en situación de discapacidad, siempre y cuando no existan otros medios judiciales para solicitar la defensa de los derechos invocados que aún existiendo, se tornan ineficaces, para evitar la configuración de un perjuicio irremediable; o cuando se trata de poblaciones vulnerables y el fin que se persigue es principalmente constitucional. (Corte Constitucional, sentencia T-117 de 2003)

Concluye la (Corte Constitucional en la Sentencia T-551 de 2011), que se demuestra la importancia de que el Estado promueva acciones afirmativas a favor de las personas en situación de discapacidad, específicamente, en el ámbito educativo, pues si se sigue omitiendo el deber de trato favorable hacia este grupo, se van a seguir manteniendo las estructuras excluyentes y los prejuicios que no les han permitido acceder a la educación en diferentes niveles y casi nunca a la educación superior, lo cual está ligado a los índices de pobreza y de carencia de oportunidades en el mundo laboral.

Precisamente ante el reconocimiento de la marginación, la exclusión social y la invisibilización a la que han sido sometidas las personas en situación de discapacidad, el Estado se encuentra en la obligación de adoptar acciones positivas, como también exige que las instituciones del Estado, los particulares que prestan servicios públicos y la sociedad en general se comprometa en la implementación del derecho a la educación inclusiva y en el respeto por los derechos humanos de las personas con discapacidad para garantizarles una verdadera igualdad.

f. Discriminación por razón de discapacidad

Para analizar la discriminación por razón de discapacidad, es importante mencionar la tendencia internacional de incluir las cláusulas de no discriminación bien por sectores sociales, condiciones de vulnerabilidad o marginabilidad.

En este sentido, es importante señalar, que en el ámbito nacional, la adopción de la “Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discrimi-

minación contra las personas con discapacidad”, suscrita en Guatemala el 7 de junio de 1999, entrada en vigor el 14 de agosto de 2001, e incorporada a nuestra legislación interna mediante la (Ley 762 de 2002, declarada exequible por la Corte Constitucional con la Sentencia C-401 de 2003), con ponencia del magistrado Álvaro Tafur Galvis, significa un avance importante en la materia por cuanto recoge, por primera vez, una definición normativa y precisa del concepto de discapacidad, así como la eliminación de la discriminación por esta condición.

La conducta que describe la Convención, es la Distinción, exclusión o restricción basada en una discapacidad, antecedente de discapacidad, consecuencia de discapacidad, percepción de una discapacidad. Por su parte, el efecto de la discriminación es el de anular, impedir o gozar de sus derechos y libertades fundamentales.

En desarrollo de esta Convención, si Colombia quisiera dar efectivo cumplimiento a su objeto, es necesario que implemente y propenda por el efectivo cumplimiento de las normas existentes en favor de las personas con discapacidad a través de la eliminación de la discriminación por razón de discapacidad, buscando su inclusión social, tal como se establece el objeto del proyecto de ley.

Igualmente, es necesario que se dé desarrollo a la eliminación de todas las formas de discriminación por razón de discapacidad, por esto el proyecto sanciona las conductas que presente esta discriminación propendiendo por la protección integral de la víctima referida a la persona con discapacidad en condición de discriminación.

En este mismo sentido, sabemos que la acción de tutela, no tiene el alcance para sancionar la discriminación, pues en realidad corrige la misma protegiendo el derecho fundamental, pero no imparte sanciones para las autoridades que discriminen, bien por acción o por omisión, tal como lo contempla la Convención Interamericana y la de Naciones unidas.

Por esta razón, se quiere con el proyecto de ley que aquí se describe, que el juez tenga la potestad de sancionar la discriminación por razón de discapacidad, recordando que el Decreto 2591 de 1992, que reglamentó la acción de tutela, permite la reparación integral, por lo que se le puede atribuir la facultad de sancionar la discriminación por cualquier motivo.

g. Sanciones

El proyecto de ley se ve en la necesidad de incorporar un capítulo correspondiente a las sanciones por el incumplimiento de las medidas a favor de las personas con discapacidad dado que se han incumplido las distintas fases para garantizar sus derechos.

En tal sentido, podemos ubicar tres momentos normativos de exigibilidad y garantías de los derechos de las personas con discapacidad como fueron la consagración normativa, acciones afirmativas y sanciones por el incumplimiento de las medidas de acción afirmativa.

Es claro que la etapa de consagración normativa de los derechos de las personas con discapacidad ya se ha dado en Colombia, es así como encontramos un gran número de leyes que desarrollan distintos derechos en favor de esta población, con la constante dificultad del bajo nivel de implementación de estos derechos, volviendo al problema recurrente de la no exigibilidad de los derechos.

Encontramos un segundo momento normativo de la creación de las acciones afirmativas para garantizar la integración social de las personas con discapacidad modelo que ha tenido relativos éxitos porque en la mayoría de los casos no se dan los incentivos, subsidios o cupos, bien por falta de sensibilidad o bien por desconocimiento de las personas beneficiarias de estas medidas.

El tercer momento que se observa en la legislación comparada es el de establecer sanciones para obligar a cumplir las medidas de acción afirmativa contempladas a favor de grupos vulnerados como las personas con discapacidad. Existen fuertes debates acerca de la conveniencia de estas medidas sancionatorias, puesto que obliga a las instituciones a vincular a personas con discapacidad sin que exista un verdadero deseo o condiciones de integración a la sociedad.

Sin embargo, es reiterado encontrar en las legislaciones actualmente, normas que prohíben y sancionan las conductas discriminatorias, como es en nuestro caso concreto las conductas discriminatorias sobre la base de la discapacidad, encontrando tanto la discriminación por acción o por omisión, directa o indirecta. Esto es elevar a sanción conductas que no implementen los incentivos creados para integrar socialmente a estas personas entendiéndose que la omisión es una manera de exclusión y un incumplimiento de un deber de los ciudadanos en un verdadero estado de derecho fundado en el principio de Dignidad Humana, Solidaridad y Justicia Social.

h. Estructura y aspectos relevantes de la nueva ley de discapacidad

1. Estructura

El proyecto de ley inicial, estaba estructurado en cuatro grandes títulos que comprendían las disposiciones generales, medidas de acción afirmativa a favor de las personas con discapacidad, mecanismos de sus derechos para la eliminación de la discriminación por razón de discapacidad y un último título de disposiciones finales.

Finalmente la ley quedó con una estructura heurística, de solo títulos, así, Título I, objeto, Título II Definiciones y Principios, Título III Obligaciones del Estado y la Sociedad, Título IV Medidas para la Garantía del Ejercicio Efectivo de los Derechos de las Personas con Discapacidad y el Título V Disposiciones Finales.

Esta ley reviste importancia para el país y en especial para la población con discapacidad en la medida que garantiza el goce efectivo de los derechos de este colectivo, implementando acciones afirmativas que incentiven y estimulen a la sociedad para promover sus derechos, y elimina la discriminación por discapacidad. Es decir, se promueven los derechos de las personas con discapacidad a través de dos mecanismos eliminando las conductas negativas (discriminación) y promoviendo las conductas positivas (acciones afirmativas y ajustes razonables).

En este sentido la ley complementa el ordenamiento jurídico existente ya que hace efectivo los derechos de la población con discapacidad, sin caer en la costumbre de repetir y reiterar el catálogo de derechos de este grupo, sin incorporarle mecanismos para hacerlos efectivos.

Como ya se mencionó, la ley desarrolla la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas, que en su artículo 1° tiene como propósito el ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad, que armoniza plenamente con el goce efectivo del derecho, planteado en la ley.

2. Inclusión

Desde el objeto de la ley, artículo 1°, se contempla el propósito de alcanzar la inclusión de las personas con discapacidad, “El objeto de la presente ley es garantizar y asegurar el ejercicio efectivo de los derechos de las personas con discapacidad, mediante la adopción de medidas de inclusión...”.

Igualmente encontramos la definición de inclusión en el artículo 2°, “Inclusión social: Es un proceso que asegura que todas las personas tengan las mismas oportunidades, y la posibilidad real y efectiva de acceder, participar, relacionarse y disfrutar de un bien, servicio o ambiente, junto con los demás ciudadanos, sin ninguna limitación o restricción por motivo de discapacidad, mediante acciones concretas que ayuden a mejorar la calidad de vida de las personas con discapacidad”.

Asimismo, la ley reitera el concepto de inclusión en el artículo 5°, sobre la garantía del ejercicio efectivo de todos los derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión, estableciendo que las entidades públicas del orden nacional, departamental, municipal, distrital y local, en el marco del Sistema Nacional de

Discapacidad, son responsables de la inclusión real y efectiva de las personas con discapacidad, debiendo asegurar que todas las políticas, planes y programas, garanticen el ejercicio total y efectivo de sus derechos, de conformidad con el artículo 3° literal c), de la Ley 1346 de 2009.

3. Acciones Afirmativas

El artículo 1°, objeto de la ley, establece que su propósito es el de garantizar el ejercicio efectivo de los derechos de las personas con discapacidad, a través de la adopción de acciones afirmativas, que como ya se menciona en el artículo 2°, su concepto es “Políticas, medidas o acciones dirigidas a favorecer a personas o grupos con algún tipo de discapacidad, con el fin de eliminar o reducir las desigualdades y barreras de tipo actitudinal, social, cultural o económico que los afectan”.

El artículo 5°, garantía del ejercicio efectivo de todos los derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión, establece en el numeral 1°, que se deben “Adoptar las medidas necesarias para dar cumplimiento a las obligaciones adquiridas, según el artículo 4° de la Ley 1346 de 2009”. Se debe entender que estas medidas necesarias, incluyen las acciones afirmativas, como obligaciones del Estado y la sociedad, de acuerdo al criterio a rúbrica de la ubicación de los títulos, como es el Título III.

4. Prohibición de la Discriminación por Razón de Discapacidad

El artículo 1°, consagra como objeto de la ley garantizar y asegurar el ejercicio efectivo de los derechos de las personas con discapacidad, eliminando toda forma de discriminación por razón de discapacidad, en concordancia con la Ley 1346 de 2009.

El artículo 3° de los principios que rigen la ley, se incluye expresamente el principio de no discriminación.

El artículo 6° sobre deberes de la sociedad, establece que son deberes de la familia, las empresas privadas, las organizaciones no gubernamentales, los gremios y la sociedad en general, en el numeral 7°, denunciar cualquier acto de exclusión, discriminación o segregación contra las personas con discapacidad.

5. Sanciones

El artículo 6°, referido a los deberes de la sociedad, establece en el numeral 7° que se debe denunciar cualquier acto de exclusión, discriminación o segregación contra las personas con discapacidad. Artículo 9° sobre el derecho de habilitación y

rehabilitación, establece en el numeral 3º, que el Ministerio de Salud y Protección Social o quien haga sus veces, definirá, promoverá y visibilizará, en alianza con la Superintendencia Nacional de Salud y otros organismos de control, esquemas de vigilancia, control y sanción a los prestadores de servicios que no cumplan con los lineamientos de calidad o impidan o limiten el acceso a las personas con discapacidad y sus familias.

Igualmente, el artículo 14 acceso y accesibilidad, numeral 8º establece que el Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio, o quien haga sus veces, deberá establecer un mecanismo de control, vigilancia y sanción para que las alcaldías y curadurías garanticen que todas las licencias y construcciones garanticen la accesibilidad de las personas con discapacidad.

El artículo 15 sobre derecho al transporte, en el numeral 7, se consagra la obligación del Estado, mediante las autoridades competentes, de sancionar el incumplimiento de los plazos de adaptación o de accesibilidad al transporte.

De la misma manera, el artículo 26 sobre la evaluación de las medidas para garantizar el ejercicio efectivo de los derechos de las personas con discapacidad, señalando que el Consejo Nacional de Discapacidad, evaluará cada 4 años la eficacia de las sanciones a la discriminación, como mecanismos para garantizar el ejercicio efectivo de los derechos de las personas con discapacidad.

Por último, el artículo 31 regula las sanciones, pues la omisión a las obligaciones impuestas por la presente ley por parte de los empleados públicos se considerará falta grave en los términos del régimen disciplinario.

6. Nuevas Instancias

El artículo 5º, sobre el ejercicio efectivo de los derechos de las personas con discapacidad y su inclusión, en el numeral 11, establece que el Ministerio del Interior, el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, y el Ministerio de Trabajo, o quienes hagan sus veces dispondrán los mecanismos necesarios para la integración de un Consejo para la Inclusión de la Discapacidad.

Por su parte, el artículo 23, sobre control social, garantiza el derecho de la población con discapacidad y sus organizaciones de ejercer el derecho y el deber de control social a todo el proceso de la gestión pública relacionada con las políticas, los planes, los programas, los proyectos y las acciones de atención a la población con discapacidad, o con enfoque diferencial en discapacidad, pudiendo constituir veedurías ciudadanas en desarrollo de lo dispuesto por la Ley 850 de 2003 y demás normas pertinentes y adoptar otras modalidades de control social.

Por último, el artículo 30, sobre promoción, protección y supervisión, crea un mecanismo independiente para la promoción, protección y supervisión del ejercicio efectivo de los derechos de las personas con discapacidad previstos en la ley, así como de la aplicación de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas, que se constituya como el mecanismo responsable para todas las cuestiones relativas a estos derechos y a la Convención, incluyendo la coordinación para facilitar la adopción de medidas al respecto el numeral 1° de este artículo, establece que este mecanismo será de naturaleza y funcionamiento independiente del Gobierno Nacional, así como de los gobiernos departamentales, distritales y municipales y estará integrado por las instituciones del Ministerio Público (Procuraduría General de la Nación y sus seccionales, Defensoría del Pueblo, sus regionales y seccionales), organizaciones de personas con discapacidad en el ámbito nacional y territorial y la Contraloría General de la Nación, incluyendo las contralorías locales.

CONCLUSIONES

En conclusión, la ley recoge las recomendaciones de nuestra Corte Constitucional que a través de la sentencia T-025 de 2003 y su Auto 06 que sugiere diseñar e implementar políticas públicas que garanticen no solo el catálogo de derechos si no su goce efectivo, teniendo en cuenta el enfoque diferencial de los derechos y en este caso particular de los derechos de las personas con discapacidad.

Otro aspecto que es importante resaltar es que la ley además de consagrar medidas de acción afirmativa y ajustes razonables en favor de las personas con discapacidad, contempla en el capítulo segundo del título segundo medidas especiales, teniendo en cuenta que existen varios tipos de discapacidad y cada una de ellas tienen necesidades particulares, siendo necesario establecer medidas especiales para cada grupo.

Igualmente, la ley adquiere relevancia al establecer en el capítulo tres del título dos mecanismos que garanticen la efectiva participación de las personas con discapacidad en los distintos espacios de concertación y toma de decisión en lo que los afecta de su vida económica, social, política y cultural.

Por último, se resalta que la ley incorpora un título de no discriminación por razón de discapacidad, dando desarrollo a la (Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad Ley 762 de 2002) y la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas Ley 1346 de 2009 y al artículo 13 constitucional que establecen claramente que se debe combatir la discriminación como todo acto de distinción, exclusión

o restricción que menoscabe el goce efectivo de los derechos de las personas con discapacidad.

Con este fin la ley establece sanciones que eliminen la discriminación por discapacidad, teniendo en cuenta que nuestro trasegar histórico como nación colonial, aun persisten factores de exclusión y discriminación social tales como: clases sociales, pobreza, género y desde luego la discapacidad, factores que deben ser eliminados teniendo en cuenta los principios de pluralismo y multiculturalismo que subyacen en nuestra carta constitucional. De esta manera esperamos que la ley, (Goce Efectivo de los Derechos de las Personas con Discapacidad), garantice los derechos de esta población, permitiendo su inclusión en la sociedad colombiana, dentro de una concepción de desarrollo inclusivo que integre a los distintos sectores de la sociedad elevando su calidad de vida y niveles económicos sociales y culturales.

REFERENCIAS

- Asamblea General de Naciones Unidas (1996) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
- Buscaglia, L. y otros. Los discapacitados y los padres 1990. Argentina: Editorial Emece. Argentina.
- Congreso de la República (2002). Ley 762
- Congreso de la República (2009). Ley 1346
- Congreso de la República (2011). Ley 1450 Plan Nacional de Desarrollo 2011 — 2014. Prosperidad para Todos.*
- Corte Constitucional (1999), Sentencia T-207. Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz
- Corte Constitucional (2002) Sentencia T-595 Magistrado Ponente Manuel José Cepeda Espinosa
- Corte Constitucional (2003). Sentencia C- 401 Magistrado Ponente Álvaro Tafur Galvis.
- Corte Constitucional (2003). Sentencia T-117 Magistrado Ponente Clara Inés Vargas Hernández
- Corte Constitucional (2005). Sentencia T-499 Magistrado Ponente Rodrigo Escobar Gil.
- Corte Constitucional (2005) Sentencia T-792 Magistrado Ponente Clara Inés Vargas Hernández.
- Corte Constitucional (2006) Sentencia T-133 Magistrado Ponente Humberto Antonio Sierra Porto.
- Corte Constitucional (2006) Sentencia T-884 Magistrado Ponente Humberto Antonio Sierra Porto.
- Corte Constitucional (2008) Auto de Seguimiento 116 de la Sentencia T-025 de 2004.

- Corte Constitucional (2010), Sentencia C-293 Magistrado Ponente Nilson Pinilla Pinilla.
- Corte Constitucional (2010), Sentencia T-974 Magistrado Ponente Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.
- Corte Constitucional (2011), Sentencia T-553 Magistrado Ponente Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.
- Corte Constitucional (2011), Sentencia T-551 Magistrado Ponente Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.
- Departamento Nacional de Estadísticas – Dane (2005). Censo.
- Departamento Nacional de Planeación (2004). Documento CONPES 80.
- Organización de Naciones Unidas (2006) Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.
- Presidencia de la República (1992) Decreto 2591.
- Parra Dussan, Carlos (2007) Enfoque de Derechos Humanos en la Política Pública de Discapacidad. En Revista Civilizar, Ciencias Sociales y Humanas de la Universidad Sergio Arboleda. Bogotá D.C., Número 13, julio – diciembre de 2007. Pp. 97-114.
- Parra Dussan, Carlos (2010). Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: Antecedentes y sus Nuevos Enfoques, en Internacional Law. Universidad Javeriana. Bogotá.
- Parra Dussan, Carlos (2011). La Discapacidad en el PND, Diario La República.
- Parra Dussan, Carlos (2012), La Igualdad en Nuestro Estado Social de Derecho. Centro Editorial Universidad Sergio Arboleda, Bogotá, febrero.
- Quinn, Gerard & Degener, Theresia (2002). Derechos humanos y discapacidad. Uso actual y posibilidades futuras de los instrumentos de derechos humanos de las Naciones Unidas en el contexto de la discapacidad. Nueva York y Ginebra.
- Sarmiento, Alfredo (2010). Estado de la educación en Colombia. Educación Compromiso de Todos. Bogotá.