

**El concepto de la discapacidad:
Una crítica a la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana.**

**Presentado Por:
James Iván Coral Lucero**

**Director:
Dr. Henrik López Sterup.**

**Trabajo de grado para optar al título de:
Magíster en derecho**

**Universidad de los Andes
Faculta de derecho
Maestría en Derecho
Bogotá
2009**

ÍNDICE

	<i>Pág.</i>
INTRODUCCIÓN	1
 I- CAPÍTULO 1:	
1. La situación de las personas con discapacidad en el contexto social	6
1.1. Las personas con discapacidad como grupo minoritario y la realidad social una lucha por la igualdad.....	7
1.2. La Corte Constitucional y su función frente a los grupos minoritarios.....	12
1.3. Cuáles la función que debe cumplir la Corte Constitucional en la protección de las personas con discapacidad.....	15
 II- CAPÍTULO 2	
2. Análisis del Concepto de discapacidad de la Corte Constitucional	
1992-2008	18
2.1. El poder de la Corte Constitucional: una aproximación a la teoría de la formación de conceptos y del lenguaje.....	19
2.2. Aproximaciones de la Corte Constitucional sobre el concepto de discapacidad.....	24
2.2.1. Jurisprudencia de la Corte Constitucional:	
Primer momento– La protección individual de las personas con discapacidad.....	23
2.2.2. Segundo Momento- Una mayor concepción del concepto de discapacidad por parte de la Corte Constitucional.....	32

2.2.3. Puntos centrales del concepto de discapacidad usado por la Corte Constitucional Colombiana.....	39
2.2.4. Las herramientas que brinda el auto 006 de 2009.....	43

III- CAPÍTULO 3

3. Crítica a la Corte Constitucional y una nueva concepción del concepto de discapacidad.....	47
3.1. La crítica a las sentencias de la Corte Constitucional sobre personas con discapacidad: estudio de casos.....	48
3.2. Una propuesta deliberativa a las sentencias de la Corte Constitucional sobre discapacidad	54
3.3. El modelo social de la discapacidad.....	59
Conclusiones	65
Bibliografía.....	71

INTRODUCCIÓN

El presente proyecto de investigación tiene como objetivo hacer una aproximación al concepto de discapacidad que ha empleado la Corte Constitucional colombiana¹ tanto en sentencias de tutela como de control de constitucionalidad, con el fin de determinar la evolución que dicha institución ha ido forjando, y empezar, a partir de aquí, a realizar un análisis que pueda contribuir a la construcción de un concepto de discapacidad más complejo, que permita un amparo más amplio para la protección de derechos de las personas con discapacidad.

La idea con esta propuesta de reconstrucción del concepto de discapacidad es tratar de agregar elementos que se han dejado por fuera en algunas de las decisiones de la Corte Constitucional, y que se consideran importantes para abrir un debate sobre las verdaderas necesidades sociales de las personas con discapacidad.

Así las cosas, el primer capítulo de este proyecto intenta hacer una aproximación a la manera en que la población con discapacidad se ha visto segregada históricamente, teniendo que enfrentar problemas como la pobreza, la diversidad que presentan sus miembros y los estigmas creados socialmente. De esta manera, se verá cómo el derecho a la igualdad se debe entender en un sentido amplio, cuando se estudian los casos que presentan las personas con discapacidad.

Así mismo, se defenderá la idea de que la Corte Constitucional ha brindado un espacio para que las personas con discapacidad y los grupos minoritarios en

¹El concepto Cortes Constitucionales en este caso, hace referencia tanto a los sistemas donde el control de constitucionalidad y la acción de tutela o amparo son tarea de un Corte Suprema o de un Tribunal Constitucional, propiamente dicho. Los nombres serán usados de manera indiferente a lo largo del texto y cuando se haga referencia a la palabra Corte se entenderá como Tribunal Constitucional.

general, puedan demandar reivindicaciones a través de las dos acciones que se le han encomendado a la institución señalada (tutela y acción de inconstitucionalidad).

La Corte Constitucional se ha convertido por ende, en una herramienta institucional que puede contribuir a que grupos minoritarios como el conformado por las personas con discapacidad logren, hacer oír sus pretensiones en una sociedad que generalmente los ha excluido y así de una manera más expedita, alcanzar derechos que contribuyan a mejorar su situación frente a la segregación a la que se han visto sometidos.

El problema al que nos enfrenta el punto señalado en el párrafo anterior, es entonces la manera en qué la Corte Constitucional colombiana ha brindado la protección mencionada, ya que un concepto limitado de lo que es discapacidad puede reducir el espacio de garantías que necesitan las personas con ella. En este sentido, se verá que pese a que en un determinado momento se consdida un concepto de discapacidad amplio, debido en gran parte a que el Tribunal Constitucional recopila varios de los debates internacionales sobre el mismo, aún no se ha conseguido fomentar la visión de las personas con discapacidad como grupo minoritario, restando protección social a los mismos.

El segundo capítulo se encargará, de abordar el entendimiento de la Corte Constitucional sobre el concepto de discapacidad. El propósito será determinar cómo la manera en que se entiende la discapacidad, puede producir que se ganen o pierdan reivindicaciones, dependiendo de qué tan amplio o restringido se entienda dicho concepto.

A partir de la anterior premisa, se procura establecer cómo el problema del concepto de discapacidad manejado por la Corte en algunos casos presenta varias dificultades, que se entenderán a la luz de las teorías de la formación de

conceptos, así como en referencia al lenguaje como forma de transmitir dicho concepto y producir un determinado estado de cosas.

El lenguaje en este sentido se presenta en dos niveles, el primero tiene como base la concepción de lo que la Corte Constitucional entiende por discapacidad y el segundo se fundamenta en el potencial de crear una realidad determinada a partir de dicho entendimiento. Lo que se buscará discutir por lo tanto no es simplemente el segundo nivel explorando si decirle a una persona impedido, discapacitado u otro término despectivo puede crear prejuicios (Aunque tendrá un componente importante claro), sino en un sentido más de fondo, la manera en que un entendimiento limitado y por ende la falta de algunos elementos del concepto, puede configurar una realidad que obstruya los proyectos y las expectativas de las personas con discapacidad.

Esta preocupación surge porque, como veremos, la Corte Constitucional en una gran parte de sentencias de tutela se preocupa por una igualdad real y efectiva, sin tener en cuenta el concepto de discapacidad y los elementos que este puede contener, produciendo que la búsqueda de dicha igualdad se vea limitada.

Ahora bien, el método para realizar este capítulo pretende hacer un breve esquema de los conceptos de discapacidad manejados por la Corte Constitucional a lo largo de su jurisprudencia, desde 1992 a 2008, para delimitar el campo dentro del cual se hará nuestra investigación. A partir de este análisis, se podrá examinar la evolución en el uso del concepto de discapacidad que ha tenido la Corte, para observar de manera descriptiva cómo se han impulsado los proyectos de las personas con discapacidad.

Se encontrará así, como ya se mencionó, que en sentencias de tutela la protección individual que ha hecho la Corte, no ha servido para una solución integral de las necesidades de las personas con discapacidad, y en el segundo

momento, la manera en que las sentencias de control de constitucionalidad tampoco han brindado soluciones reales frente a su evolución conceptual. Dentro de este contexto, se prestará atención a la situación de Colombia, como un país donde existen normas y varios tratados internacionales sobre discapacidad, lo que ha producido, que el concepto de discapacidad sea traído de convenios internacionales, que la Corte Constitucional interpreta y como se tratará de comprobar en el presente proyecto, aún no se han transformado en una política real a favor de un modelo social² para las personas con discapacidad.

Finalmente el tercer capítulo parte de una crítica a algunos casos específicos que ha decidido la Corte Constitucional, con el fin de observar la manera en que una determinada definición de discapacidad puede producir cambios en la protección de las personas con discapacidad. Así mismo, se hará una crítica general que parte de un elemento que se piensa ha carecido de profundidad en las decisiones del Tribunal y que puede contribuir a que se constituya una visión más amplia de las personas con discapacidad en lo social. Dicho elemento es la concepción de las personas con discapacidad como grupo minoritario, ya que pese a su gran heterogeneidad, el compromiso por un modelo social implica romper una serie de limitaciones sociales que impiden un goce efectivo del derecho a la igualdad para el grupo en estudio.

A partir de la hipótesis mencionada, se podrá establecer qué se puede cambiar en casos concretos del razonamiento usado por la Corte Constitucional sobre discapacidad. Este último punto nos ayudará a comprender específicamente qué se puede alterar, sobre todo en sentencias de tutela en aspectos educativos y

² El término modelo social se basa en una serie de elementos que puedan alterar las barreras tanto de estructura físico-social como transporte, educación, trabajo etc, así como estigmas sociales que conllevan a una exclusión de las personas con discapacidad y es a lo que se apunta en los debates internacionales sobre el tema. PALACIOS, Agustina *El modelo social de discapacidad: Orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Madrid, CERMI y Ediciones Cinca 2008.

laborales que es donde con mayor dificultad se ha articulado un concepto social de discapacidad.

Para lograr lo expuesto en el párrafo anterior, se brindará una propuesta deliberativa en cabeza del Tribunal Constitucional, basada en una alternativa que implique la modulación de sus sentencias, en pro de lograr una deliberación que contribuya a integrar las opiniones de las personas con discapacidad y fomente un dialogo entre las diferentes ramas del poder público, logrando así medidas que puedan tener un mayor grado de impacto en el cambio hacia un modelo social de discapacidad.

En el acápite final de este capítulo, se tratará de establecer finalmente algunas pautas del modelo social que trae la reciente Convención Internacional sobre los Derechos de las personas con discapacidad y su protocolo facultativo aprobados el 13 de Diciembre de 2006 en New York, con el fin de establecer qué retos trae la misma para Colombia y la manera en que se deben observar algunos elementos que aún han carecido de profundidad en el concepto de discapacidad, a fin de continuar rompiendo barreras sociales.

CAPÍTULO 1

1. La situación de las personas con discapacidad en el contexto social.

“La prueba para saber si puedes hacer un trabajo o no, no debería depender de la organización de tus cromosomas”.

Bella Abzug

Realizar un enfoque sobre las personas con discapacidad en un contexto social, específicamente el colombiano, conduce a pensar en las desventajas a las que se someten las mismas a diario, por motivos que se han enraizado tanto en sociedades organizadas como en países en vías de desarrollo. Los problemas a los que aquí se hace referencia, tratarán de ser desarrollados a lo largo de este capítulo, con el fin de observar la necesidad de empezar a construir nuevos argumentos que conduzcan a una mayor justicia social.

Ahora bien, una vez se hayan desarrollado algunas ideas sobre la situación de las personas con discapacidad en los contextos sociales, se tratará de mostrar la manera en que los Tribunales Constitucionales se han convertido en una herramienta para que grupos minoritarios como el que aquí se estudia, puedan alcanzar, vía protección de derechos de una manera más expedita algunas de las reivindicaciones que otras instituciones no han sido capaces de satisfacer.

De esta manera, las Cortes Constitucionales se constituyen en instituciones capaces de conocer de primera fuente las necesidades de las minorías, las cuales recurren los Tribunales como una manera de lograr que sus exigencias más urgentes puedan alcanzarse.

1.1. La personas con discapacidad como grupo minoritario y la realidad social, una lucha por la igualdad.

Existen barreras que no han permitido que las personas con discapacidad puedan desarrollar sus proyectos de vida de una manera plena. Dichas barreras, han sido producto de un sinnúmero de dificultades, tanto sociales, económicas y políticas, las cuales han generado exclusión dentro del grupo minoritario que se estudia³.

Los problemas que afrontan las personas con discapacidad surgen en varios niveles, entre los cuales se encuentran principalmente la pobreza y la falta de cohesión como grupo social⁴, lo que produce que sea muy difícil un movimiento que pueda articular de manera fuerte sus pretensiones. Por otro lado, la falta de estructuras arquitectónicas y compromiso social⁵, han generado que la igualdad para las personas con discapacidad, deba verse desde una perspectiva de justicia social.

La población con discapacidad en este sentido, afronta como grupo minoritario una serie de dificultades que producen que su situación en sociedad se agrave y no puedan acceder a bienes que puedan contribuir a mejorar su condición. A pesar de que Colombia, a través de la Constitución de 1991, parte de la base de un Estado social de derecho, y con éste un proyecto en la búsqueda de una sociedad basada en el respeto a los derechos humanos, el pluralismo y la

³ Sobre la exclusión de las personas con discapacidad en Colombia Ver CRUZ, Velandia Israel y HERNÁNDEZ, Jaramillo Janeth. *Exclusión Social y Discapacidad*. Bogotá. Centro Editorial Universidad del Rosario. 2006.

⁴ El auto 006 de 2009 que fue producto de una serie de órdenes dadas por Corte Constitucional que tuvieron como base el incumplimiento de la Sentencias T-025 de 2004 sobre desplazamiento, advierte con base en estudios empíricos los problemas que afrontan las personas con discapacidad. Sobre este tipo de problemas que han afrontado las personas con discapacidad en términos generales puede verse SCOTCH, Richard. *From Good Will to Civil Rights: Transforming Federal Disability Policy*, Temple University Press. Philadelphia, Second Edition. 2001. P 5 y ss. En este mismo sentido BLANK, Peter (Et al). *Disability civil rights law and policy*. Thomson West. 2004.

⁵ Con la palabra arquitectónica se entenderán construcciones físicas dentro del campo educativo, laboral y social que ofrezcan mayor inclusión para las personas con discapacidad, con lo social se pretende hacer referencia a los componentes de interacción humana, como sentimientos, estigmas y todo aspecto psicológico que evite una inclusión efectiva de las personas con discapacidad.

participación democrática, existen cuestiones de justicia social que traen, como analizaremos, un problema más de fondo para las personas con discapacidad⁶.

Ahora bien, la población con discapacidad como grupo minoritario se encuentra limitada en un sus acciones políticas con respecto a otros grupos sociales como los afrodescendientes o los indígenas, en la medida que no tiene bases de identidad como si la tendrían estos grupos, produciendo que fenómenos como la exclusión y el derecho a la igualdad en diferentes ámbitos tengan un tratamiento más problemático e incluso una discriminación oculta cuando se trata del grupo minoritario en estudio.

En este sentido, la exclusión y los estigmas sociales han relegado a la población con discapacidad a un segundo nivel, ya que sus derechos ciudadanos en la toma de decisiones que les afectan, se han visto restringidos por un discurso mayoritario, en gran parte de personas sin discapacidad, que tienen el potencial de crear exclusión por medio de un paternalismo que considera a las personas con discapacidad como disminuidos a la hora de tomar decisiones importantes para su proyecto de vida o simplemente se considera que el entorno donde se desarrolla la persona con discapacidad ya está dado y es dicha persona la que debe adecuarse al mismo

Lo que debe preocuparnos por lo tanto, como lo afirman Israel Velandia y Janeth Hernández, es que “la integración social de las personas en situación de discapacidad es indiscutiblemente una cuestión de ciudadanía y, por lo tanto, debe ser abordada desde un enfoque político”⁷. De esta manera, se debe empezar a politizar el concepto de discapacidad, propendiendo que las personas con discapacidad, como lo afirma la Convención de las Naciones Unidas aprobada el

⁶ CRUZ, Velandia Israel y HERNÁNDEZ, Jaramillo Janeth. Ob. Cit., *Exclusión Social y Discapacidad...* p.

52

⁷ *Ibidem.* p 19.

13 de Diciembre de 2006, adquieran un status que pueda consagrarlos como sujetos capaces de tomar sus propias decisiones⁸.

Como grupo minoritario las personas con discapacidad necesitan que sus reclamos se hagan realidad con base en una igualdad real y efectiva que en Colombia podría lograrse a través del artículo 13 constitucional que determina el derecho a la igualdad⁹. El artículo citado ha servido de soporte para que grupos minoritarios puedan alcanzar determinadas pretensiones que son importantes para sus respectivos proyectos de vida, tanto individuales como grupales. Sin embargo, siguiendo el argumento de Diego López, se puede establecer que: “En su segundo inciso, el artículo 13 consagra en Colombia con claridad la posibilidad que tiene el Estado y la sociedad de impulsar programas de acción afirmativa que ayuden a corregir desigualdades históricas en el seno de la sociedad colombiana. (...) De hecho, el inciso 2 del artículo 13 fue la recomendación normativa explícita que Dworkin hizo cuando se le preguntó qué debía tener la Constitución colombiana. La claridad doctrinal, sin embargo, no se ha traducido en acción decidida por parte de la sociedad colombiana”¹⁰.

⁸ Ha existido una larga disputa internacional como veremos más adelante por tratar de establecer un concepto de discapacidad. El último tratado ha sido la Convención de los derechos de las personas con discapacidad de la Organización Nacional de las Naciones Unidas aprobada el 13 de diciembre de 2006, y es por lo tanto al que se pretende hacer referencia a lo largo de esta tesis. Colombia por su parte aparece en el listado de 84 países firmantes en la fecha de apertura del proceso y al día 26 de Mayo de 2009 ya se surtió su último debate en la Cámara de Representantes de la ley aprobatoria de la Convención. Un análisis sobre la Convención En PALACIOS, Agustina. Ob. Cit., *El modelo social de discapacidad...* Así mismo, sobre el concepto de discapacidad puede verse HAHN, Harlan. *Accommodations and the ADA: Unreasonable bias or biased reasoning*. Berkeley University. Journal of employment and labor law. 2000, p. 174.

⁹ El artículo 13 de la Constitución de Colombia señala: “Todas las personas nacen libres e iguales; ante la ley recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica. El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta y sancionará los abusos y maltratos que contra ellas se cometan”.

¹⁰ LÓPEZ, Diego, *¿La muerte de un hito judicial histórico? La sentencia Brown y la integración educativa*, Bogotá. EN ámbito jurídico. Del 18 de Febrero al 2 de Marzo de 2008. p 14. El tema de la igualdad en la jurisprudencia de la Corte también puede verse en LÓPEZ, Diego. Ob. Cit., *El derecho de los jueces...*

Del párrafo anterior se puede destacar que el inciso segundo del artículo 13 es un instrumento útil para que la igualdad sea real y aún no ha sido explotado en todo su alcance en Colombia, pues permite usarlo como vía para que los grupos segregados puedan tener la oportunidad de ver respetadas sus convicciones y diferentes formas de pensar a través del respeto por una igualdad material.

De hecho, Si se analiza el artículo 13, se puede establecer que cuando su primer inciso afirma que “todas las personas nacen libres e iguales; ante la ley recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos libertades y oportunidades”, se busca una igualdad formal, que observa a las personas en sentido igualitario, es decir sin el reconocimiento de aspectos diferenciales. Sin embargo, el inciso segundo y tercero dentro de un orden normativo, propenden por el respeto a la no discriminación por motivos de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica, abriendo el camino para la especial protección del Estado a las personas en debilidad manifiesta¹¹.

Las personas con discapacidad, como se verá más adelante, han tratado de usar el artículo 13 constitucional para lograr una igualdad efectiva y la Corte Constitucional hace un esfuerzo para consagrar este derecho. Sin embargo, pese a las reflexiones usadas por el alto Tribunal, existen consideraciones especiales que hay que tener en cuenta sobre la igualdad a la hora de fallar casos de discapacidad y que han sido fuertemente debatidas en teorías de la justicia.

Asó por ejemplo, Amartya Sen basa su teoría de una justicia social, que propenda la igualdad para el la población con discapacidad, en el problema del Ingreso, el cual que trae consigo dos variables señalas por el economista citado con los nombres de “minusvalía de ganancia” y “minusvalía de conversión”. La primera hace referencia a la dificultad que tiene una persona con discapacidad para poder

¹¹ Ver Corte Constitucional Sentencia T- 098 de 1994 Magistrado ponente Eduardo Cifuentes Muñoz

acceder y mantener un empleo, o incluso para lograr que sus ingresos sean compensados de igual manera que a una persona no discapacitada que desempeñe la misma actividad. La segunda variable o problema que afrontan las personas con discapacidad, es convertir sus utilidades en calidad de vida, debido a que sus gastos se incrementan, si se tiene en cuenta que los costos que tiene que asumir una persona con discapacidad para desarrollar el mismo trabajo que una sin discapacidad, aumentan¹².

Sen señala que es necesario no sólo estudiar la situación de las personas con discapacidad en la primera variable, pues hay que prestar especial atención a los aspectos que la minusvalía de conversión puede constituir como medio de exclusión, en la medida que una persona con discapacidad puede tener acceso a los mismos o mayores bienes primarios¹³ que una persona sin discapacidad, no obstante, debido a los costos mayores que debe afrontar la primera persona puede verse mucho más limitada que la segunda.

En el mismo sentido, Martha Nussbaum también ha brindado algunos elementos que contribuyen a buscar una igualdad efectiva a las personas con discapacidad con base en una teoría de la justicia. Así, Nussbaum partiendo de una crítica a Rawls, pone de manifiesto que se debe empezar a cambiar la concepción que se tiene de los bienes primarios. Siguiendo algunos de los postulados de Sen y a Kittay, se debe brindar un enfoque de las capacidades y de la cooperación social, basado en una perspectiva diferente de ver al hombre, ya no sólo en función del beneficio sino el de la cooperación, es decir un ser que se une por lazos más altruistas, como el amor y la compasión¹⁴.

¹² SEN, Amartya. *Discapacidad y Justicia*. Ponencia en la segunda Conferencia Internacional sobre Discapacidad y Desarrollo Inclusivo. Banco Mundial. Diciembre de 2004. P.4 Disponible En: latinamerica.dpi.org/ISENAMARTYA-DISCAPACIDADYJUSTICIA_001.doc

¹³ El concepto bienes primarios es tomado por Sen de la teoría de la justicia de Rawls, dichos bienes constituyen un conjunto derechos, libertades y oportunidades, ingresos y riqueza, y la base social del auto-respeto.

¹⁴ NUSSBAUM, Martha. *Las Fronteras de la justicia: consideraciones sobre la exclusión*. Barcelona Paidós. 2007, p.165

La teoría de las capacidades por su parte, muestra como las desventajas sociales que afrontan las personas con discapacidad deben ser vistas a la luz de las posibilidades reales que tienen dichas personas de convertir los bienes primarios en bienestar. Por lo tanto, no basta ofrecer ciertos bienes para que la persona con discapacidad pueda alcanzar su igualdad, en contraposición se debe partir de un estudio que muestre las capacidades reales que ésta tiene para alcanzar un determinado objetivo¹⁵.

Estas tesis de la justicia parten entonces, de una base muy distinta del simple hombre racional que lucha por su beneficio y que interactúa con los demás a fin de alcanzar dicho provecho, ya que nada movería a este hombre a cooperar con una persona que se encuentra en desventaja frente a él. Estas teorías de la justicia parte por lo tanto de bases de dignidad humana cuando de personas con discapacidad se trata.

1.2. La Corte Constitucional y su función frente a los grupos minoritarios.

En esta sección del proyecto se busca mostrar de una manera general, como las minorías han visto en la Corte Constitucional un soporte político que puede contribuir a que sus aspiraciones u objetivos puedan lograrse con base en la protección de sus derechos.

De esta manera, se puede decir que el Estado colombiano, pese a las esperanzas ofrecidas por la Constitución de 1991, no ha cumplido del todo, la promesa de una igualdad sustancial y con ella el respeto por diferentes proyectos de vida, dando paso a una lucha en la que los grupos minoritarios se han movilizad para conseguir que el compromiso de una sociedad diversa se cumpla. En este sentido, el campo donde se planean estas luchas, se ha dado, por lo menos en Colombia a

¹⁵ Ídem.

través de la Corte Constitucional¹⁶, que como intérprete y garante de los derechos ha buscado proteger, en cierta medida, las peticiones hechas por diferentes grupos que no tienen una posibilidad democrática de ser escuchados en espacios amplios de disertación, o que si la tienen, sus posibilidades se ven silenciadas ante la fuerza de las mayorías.

De hecho, la batalla porque se respeten los derechos y diferentes proyectos de vida, ha dado lugar a diversas controversias. Algunos ejemplos de estas, que se han suscitado ante los jueces constitucionales para proteger el derecho a la igualdad¹⁷ son las disputas por la no discriminación por raza¹⁸, el movimiento Indígenas en el caso Uwa¹⁹, el otorgamiento de derechos patrimoniales para los homosexuales²⁰ y en el caso de las personas con discapacidad se han ganado algunas luchas en transporte²¹ y autonomía electoral²². Estos casos muestran diferentes clases de forcejeos por conseguir reivindicaciones.

En efecto, las diferentes necesidades de personas y grupos por el respeto a la autonomía, la dignidad humana, la cultura o el libre desarrollo de la personalidad, han logrado ser impulsadas en gran medida por la Corte Constitucional. Se acepta que lo ganado aún no satisface todas las expectativas de las personas o grupos que buscan establecer una conciencia diferente a determinados patrones que se han generado en la sociedad colombiana, pero se piensa que los casos reseñados y otros que la Corte Constitucional ha decidido en favor de las minorías,

¹⁶ William Escribde, haciendo un estudio de los movimientos sociales en Estados Unidos reconoce que en determinados momentos las vías judiciales se presentan como las más favorables para conseguir derechos y reivindicaciones. En otras palabras, los movimientos sociales o grupos minoritarios necesitan una estrategia constitucional para poder acceder a determinado tipo de derechos que reclaman. ESCRIDGE, William, *Channeling: identity-based social movements and public law*. University of Pennsylvania law review. 2000.

¹⁷ Por mencionar sólo algunos, los cuales me parecen importantes por el impacto que han causado y por mostrar los diferentes proyectos de vida que se han tratado de proteger a través de vías constitucionales.

¹⁸ Corte Constitucional Sentencia T- 1090 de 2005 Magistrada Ponente Clara Inés Vargas Hernández.

¹⁹ Corte Constitucional Sentencia SU- 039 de 1997 Magistrado Ponente Antonio Barrera Carbonell.

²⁰ Corte Constitucional Sentencia C-075 de 2007 Magistrado Ponente Rodrigo Escobar Gil.

²¹ Corte Constitucional Sentencia T-595 de 2002, Magistrado Ponente. Manuel José Cepeda.

²² Corte Constitucional Sentencia T-478 de 2003. Magistrado Ponente Rodrigo Escobar Gil.

constituyen avances importantes en la espera de que mayores pretensiones sean conseguidas.²³

Esto conduce a pensar que en Colombia la búsqueda de la igualdad en un sentido sustancial ha sido demandada bajo fuertes luchas en el campo constitucional, más que en cualquier otro sector o institución que podría coadyuvar a estas personas o grupos. En efecto, como ya se dijo, la disputa por los derechos aún no ha sido alcanzada en su totalidad, sin embargo la Corte ha cumplido una labor de protección importante para las minorías, y como lo ha probado Javier Couso, ha existido una tendencia en América del Sur a utilizar al Tribunal Constitucional como una herramienta para alcanzar la inclusión de minorías sociales²⁴.

La Corte Constitucional en Colombia, mediante su función de control de constitucionalidad, puede ir generando con el artículo 13 lo que en términos de Owen Fiss sería una cláusula de igualdad de protección, que evite que determinadas prácticas, que puedan afectar a grupos en desventaja, continúen perpetuando o agraven la situación de dichos grupos²⁵. La función de tutela que cumple el Tribunal puede contribuir a observar las necesidades de las minorías en un sentido más social, ya que mediante éstas se pueden detectar problemas de

²³ Es así como la función de los jueces constitucionales ha sido reconocida por su fuerte protección de los derechos de las minorías, tomando decisiones osadas, incluso a nivel internacional, como la despenalización de la dosis personal, la eutanasia, los parámetros del hermafroditismo, las restricciones del uso de los estados de excepción propuestos por el presidente, además de la protección de grupos sociales, estudiantes, enfermos de sida, deudores financieros, personas con discapacidad. De esta manera, académicos como Rodrigo Uprimny reconocen el esfuerzo de la Corte Constitucional en la protección de los derechos humanos. Sin embargo, para el autor citado también se requieren cambios de fondo en cuanto a la transición hacia a un Estado social de derecho posbenefactor, permitiendo que las aspiraciones estipuladas en la Constitución de 1991 se conviertan en una realidad. UPRIMNY, Rodrigo. "Constitución de 1991, Estado social y derechos humanos: promesas incumplidas, diagnósticos y perspectivas", en VV.AA *El debate a la constitución*. Bogotá: ILSA y Universidad Nacional, 2002, p 59 y ss

²⁴ COUSO, Javier. *The Changing Role of Law and Courts in Latin America: From an Obstacle to Social Change to a Tool of Social Equity* En GARGARELLA, R. (Comp.) *Courts and Social Transformation in New Democracies: An Institutional voice for the poor?* 2004, p. 61 y ss.

²⁵ FISS, Owen. *Grupos y la cláusula de la igual protección*, En *Derecho y grupos desaventajados*, Roberto Gargarella (Comp), Biblioteca Yale de Estudios Jurídicos, Edit. Gedisa, 1999 p. 146.

falta de políticas sociales o reconocimiento de algunos derechos que son importantes para los grupos minoritarios.

Ahora bien, el tema que nos compete, partiendo de la base de que el Tribunal Constitucional Colombiano es en este momento, una de las vías más importantes que han utilizado los grupos minoritarios para alcanzar ciertas reivindicaciones y ha tenido como lo muestra María Luisa Rodríguez, un proceso positivo en dicha función mediante el control de constitucionalidad²⁶, es determinar cuál ha sido la protección respecto a las personas con discapacidad y cuáles son los problema que se enfrentan para lograr una igualdad efectiva.

1.3.Cuál es la función que debe cumplir la Corte Constitucional en la protección de las personas con discapacidad.

Una vez determinados los puntos sobre los cuales se pretende desarrollar la presente tesis, es decir las hipótesis de que la Corte es un instrumento eficaz y por el momento la vía que buscan las minorías para lograr reivindicaciones, así como el análisis de las personas con discapacidad como un grupo minoritario que debe ser analizado a través de un escrutinio fuerte de igualdad en cuanto a justicia social se refiere, se entra a la cuestión del problema a resolver y es ¿Cómo ha cumplido la función de protección de minorías la Corte Constitucional en el caso de las personas con discapacidad?.

Para empezar, se entrará a determinar que han existido varios tratados y una evolución considerable en la búsqueda por definir el concepto de discapacidad²⁷, muchos de estos logros han contribuido a pensar más allá de la discapacidad

²⁶ RODRÍGUEZ, María Luisa. *Minorías, acción pública de inconstitucionalidad y democracia deliberativa*, Bogotá. Universidad Externado de Colombia. 2005.

²⁷ Sobre la evolución del concepto de discapacidad puede verse PALACIOS, Agustina. Ob. Cit., *El modelo social de discapacidad...* En este mismo sentido HAHN Harlan y POOL Hegamin Angela, *Assessing scientific measures of disability* En *Journal of Disability Policy Studies*; Fall 2001; 12, 2; ABI/INFORM Global p. 114.

como un problema simplemente físico o económico, y han mostrado a las personas con discapacidad dentro de un modelo social o político²⁸. De hecho, la Convención Internacional sobre Derechos de las Personas con Discapacidad aprobada el 13 de Diciembre de 2006 por la Asamblea General de las Naciones Unidas, ha marcado un considerable avance para analizar la situación de las personas con discapacidad de una manera más amplia y se transforma en una buena oportunidad para que Colombia, pueda empezar a redefinir leyes y políticas que contribuyan a construir un compromiso en el cambio de ambientes educativos, laborales y sociales, donde participen instituciones, personas con discapacidad y la comunidad en general .

En esta medida la Corte Constitucional, como la encargada de interpretar la Constitución (y de mantener actualizadas sus disposiciones para no vernos atados al pasado) puede darnos argumentos que fortalezca la conciencia de las personas con discapacidad, a fin de que éstas se movilicen como grupo minoritario y logren articular propuestas que alcancen mayores impactos en lo social. Los jueces en este sentido, pueden forjar una identidad política en determinados movimientos y actores sociales que contribuye a cambiar una realidad existente²⁹.

De este modo, un Tribunal Constitucional debe ser una institución importante para que se pueda empezar a generar un cambio y se contribuya a establecer un constitucionalismo aspiracional que en términos de Mauricio García: “puede incidir de manera favorable en la realidad social y política cuando es capaz de inculcar en la mente de los miembros de los movimientos sociales y de las personas, en general, un espíritu anticonformista, que se funda en la afirmación autorizada de que la injusticia existe y debe ser remediada”³⁰.

²⁸ *Ibíd.*

²⁹ GARCÍA, Mauricio, *El derecho como esperanza: constitucionalismo y cambio social en América Latina, con algunas ilustraciones a partir de Colombia*. Bogotá. En UPRIMNY, Rodrigo (Et al) *¿Justicia para todos? Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia*, 2006. P 226.

³⁰ *Ídem.*

Ahora bien, dentro del potencial de la Corte para lograr cambios que contribuyan a movilizar a las personas con discapacidad, el lenguaje (como se verá con más detalle en el capítulo siguiente) jugará un papel importante para determinar el poder realizativo (*performative*) de una determinada concepción de discapacidad, y con ésta la manera que se podrían producir determinados hechos si se dan las condiciones adecuadas, ya que si se parte de un paraíso conceptual como lo llamaría Félix Cohen, y no de un concepto más amplio que articule diferentes elementos, la igualdad que se busca para las personas con discapacidad no podrá ser alcanzada.

De esta manera, los avances que se han dado en la lucha por la definición de la discapacidad no se pueden perder de vista en las decisiones de la Corte, ya que el Tribunal Constitucional puede definir el direccionamiento de ciertos proyectos que impulsen y fomenten el desarrollo para las personas con discapacidad.

Finalmente, se podrá comprobar en el estudio de las sentencias estudiadas en el siguiente capítulo, la manera en que las personas con discapacidad han buscado utilizar la vía judicial para alcanzar determinados objetivos y cómo ha respondido la Corte al definir qué entiende por discapacidad. En este sentido, las condiciones están dadas para responder a la pregunta sobre la protección que ha hecho la Corte Constitucional sobre las personas con discapacidad en primer lugar y posteriormente indagar sobre elementos que se han dejado por fuera para alcanzar un concepto social de discapacidad y empezar a redefinirlo con el fin de construir un argumento más amplio que indique cómo debería cumplir la Corte Constitucional la función de proteger a la minoría en estudio.

CAPÍTULO 2

2. Análisis del Concepto de discapacidad de la Corte Constitucional 1992-2008.

“La justicia parece suponer, que incluso la mínima desviación de un modo diseñado para personas no discapacitadas, puede ser interpretado como un favor especial para personas con discapacidad”

Harlan Hahn.

Realizar un estudio sobre el concepto de discapacidad que ha venido aplicando la Corte Constitucional en Colombia a través de su jurisprudencia, será el principal objetivo de este capítulo. Para alcanzar este propósito, se establecerá en primer lugar, la importancia que tiene el Tribunal Constitucional como una institución idónea para transformar el contexto social de las personas con discapacidad.

Para ello, se realizará una aproximación a la teoría del lenguaje, de conformidad con la cual, se podría argumentar que la Corte Constitucional por medio de las sentencias que emite puede crear una realidad, teniendo así la capacidad para cambiar un determinado entorno si se dan las condiciones adecuadas.

Una vez planteado el potencial del Tribunal como instrumento para alcanzar modificaciones sociales, los siguientes acápite de este capítulo pretenden hacer una aproximación jurisprudencial de las diferentes tesis que la Corte Constitucional ha venido construyendo sobre el concepto discapacidad. En este sentido, se tratará de realizar de manera ordenada los diferentes avances que se han concretado en la Corte, en los diversos casos que se le han presentado tanto en sentencias de tutela como de control de constitucionalidad.

El fin de este estudio conduce a mostrar, los diferentes grados de complejidad que se le ha dado desde 1992 a 2008 al concepto de discapacidad en las providencias de la institución en estudio.

2.1. El poder de la Corte Constitucional: una aproximación a la teoría de formación de conceptos y del lenguaje³¹.

En concordancia con el capítulo anterior, se puede indicar que la Corte Constitucional es el medio que buscan las minorías para conseguir una mayor inclusión. Así, la Constitución de 1991 y el litigio de alto impacto han brindado esperanza para que grupos marginados puedan aproximarse a mejores reivindicaciones para su calidad de vida a través del Tribunal Constitucional³².

El problema a resolver ahora es cómo la Corte Constitucional ha entendido la discapacidad en los diferentes casos que se le han presentado, para eso, como ya se dijo, se recurrirá a su jurisprudencia. No obstante, se tratará de incorporar en el presente acápite una reflexión sobre la manera en que debería establecerse un concepto y la forma en que el entendimiento que se le otorgue puede a partir del lenguaje, crear una determinada situación que produzca una mayor o menor protección de los derechos de las personas con discapacidad.

Para empezar, hay que aclarar entonces que lo que se pretende explicar son dos niveles que se pretenden unir entre sí. En el primer nivel, se busca establecer que muchos de nuestros conceptos aún tienen como base la creencia de poder en términos precisos y cerrados, establecer con certeza si un caso determinado cae o

³¹ En este acápite no se pretende hacer un recorrido exhaustivo sobre las teorías del lenguaje y empezar a analizar los debates que sobre el tema existen. Lo que se busca es mostrar como la Corte mediante las sentencias crea una realidad. Es decir, usa un lenguaje propio capaz de cambiar o agravar la situación de las minorías (para el presente estudio el de las personas con discapacidad) mediante los conceptos que usa.

³² Como ya se señaló, María Luisa Rodríguez muestra como en sentencias de control de constitucionalidad, las minorías han visto un soporte político para alcanzar determinados fines sociales. RODRÍGUEZ, María Luisa, Ob. Cit., *Minorías, acción pública de constitucionalidad...*

no dentro del concepto y si éste se aplica o no³³, en esta medida el problema con la definición de discapacidad surge desde la Constitución en donde los artículos 47 y 54 que se refieren a personas con discapacidad usan expresiones de disminuidos físicos y de minusválidos sin darles profundidad. No obstante, la Corte Constitucional puede resolver este problema, ya que es una institución que como se dijo puede empezar a redefinir conceptos y darle vida con sus interpretaciones a la constitución.

El problema que se encuentra entonces, tiene un trasfondo mayor en la medida en que se continua cayendo en el error de observar el concepto de discapacidad a través de los términos citados o de una serie de normas que lo definen, bien sea en tratados internacionales o en normas locales, y que no se esfuerzan por determinar elementos que le den estructura y complejicen el concepto, si no que pretenden, como se dijo buscar términos precisos.

La Corte Constitucional ha sufrido de este error, ya que si se observan las sentencias de lo que vamos a llamar el primer momento del concepto de discapacidad, se encontrará que las definiciones que usa la Corte son muy pobres, sin preocuparse en absoluto del potencial que puede tener consigo el concepto de discapacidad. Esto genera un efecto perjudicial en las decisiones de la Corte, ya que si no se estructuran algunos elementos de lo que es la discapacidad, las decisiones de la mencionada institución entraran viciadas de un perjuicio que estigmatiza a las personas con discapacidad.

Para construir un concepto algunos realistas clásicos como el Juez Oliver Wendell Holmes³⁴ y Félix Cohen³⁵, nos brindaban ya algunas pautas y críticas al problema que presentan las definiciones antes mencionadas. La respuesta frente al paraíso

³³ Puede verse HART, Hebert. *El cielo de los conceptos de Ihering y la jurisprudencia analítica moderna*. En CASANOVAS, Pompeu y Moreso José (Eds). *El ámbito de lo jurídico*. Barcelona Crítica Grijalbo Comercial S.A. 1994, p. 113.

³⁴ HOLMES, Oliver Wendell. *The path of the law*. Harvard Law Review. Rev. 154. 1897

³⁵ COHEN, Félix. *El método funcional en el derecho*. Buenos Aires. Abeledo-Perrot Ediciones., 1962

de los conceptos jurídicos³⁶, es no fijamos en la definición sino en las consecuencias que podría traer la misma; en este sentido Cohen advertía que los conceptos que pretenden que todos los casos que se presenten caigan en su núcleo, adolecen de una falta de comprobación empírica y no dan cuenta por lo tanto de los intereses sociales que se deben buscar³⁷.

Cohen frente a estas preocupaciones, nos ofrece un método funcional que invita a reflexionar sobre cuál es el valor efectivo que un concepto cumple en términos de realidad práctica y las consecuencias que de aquí puedan desprenderse. Con base en estas preguntas se puede determinar empíricamente la función que cumple un concepto, sobre todo en espacios judiciales³⁸.

Ahora bien, el segundo nivel es la importancia del lenguaje en la construcción de una jurisprudencia analítica y es así como una aproximación desde la teoría del lenguaje, muestra el potencial cambio que puede tener la Corte Constitucional en el orden social para las personas con discapacidad. Las sentencias de dicha Institución pueden generar un mundo posible y cambiar la situación de determinadas personas a través de las órdenes que decide explícitamente, tanto en sentencias de tutela con efectos inter-partes, como las de control constitucional que tienen efectos erga omnes.

En algunas teorías del lenguaje se puede encontrar entonces, la explicación al poder que tiene la Corte Constitucional colombiana para realizar cambios facticos para los grupos minoritarios. Es así como, según la descripción de Searle: "Ser un juez es tener una cierta función de status, cuya realidad consiste en un extendido acuerdo según el cual, la persona designada como juez tiene la capacidad de cambiar la realidad social, y en este caso, con mayor especificidad la realidad

³⁶ Expresión usada en su primer momento por Rudolf Von Ihering para realizar una crítica a los conceptos que se apegan a la lógica ya mencionada en el texto.

³⁷ COHEN, Félix. Ob. Cit., *El método funcional en el derecho...* p.66

³⁸ Ídem.

jurídica, por medio de la realización de ciertos actos en el contexto adecuado y de acuerdo con las normas adecuadas³⁹.

En efecto, como se deriva del párrafo anterior, y siguiendo uno de los argumentos de Bernal Pulido, el juez mediante la decisión de la sentencia, realiza un acto de habla que puede alterar el entorno social, si se presentan las condiciones adecuadas. Bajo esta premisa, si se logra comprobar que el concepto de discapacidad ha sido restrictivo y mediante éste la Corte Constitucional en Colombia ha excluido a la población con discapacidad, se podría realizar un aporte que conduzca a prestar atención a las posibilidades de una construcción que atienda a un concepto complejo, que se base en la observación de la realidad social como un elemento importante para el debate.

De hecho, el lenguaje, a partir de la premisa de Austin, de conformidad con la cual decir algo es hacer algo⁴⁰, conduce a pensar en el cambio que puede producir un juez al decidir una sentencia, además de las potenciales transformaciones que ésta podría configurar para la realidad. Es así como a partir de la diferenciación que Austin señala sobre actos locucionarios, ilocucionarios y perlocucionarios, estableciendo los primeros como los que poseen un significado (divididos en fonéticos, fácticos y retórico), los segundos como los que poseen cierta fuerza al decir algo y los últimos como los que logran ciertos efectos al decir algo⁴¹, es que Bernal Pulido describe la fuerza que tiene una sentencia dentro de los actos ilocucionarios, exponiendo primero, que el juez goza de un estatus para poder

³⁹ SEARLE, John citado en BERNAL, Carlos. *Un análisis de las decisiones judiciales con base en la teoría de los actos de habla*. EN *European Journal of Legal Studies*. Vo 1, Rev No 2. 2008. En el mismo sentido. SEARLE, John, *Actos de habla*, Ensayo de filosofía del lenguaje. 5ª Edi. Madrid. Ediciones Cátedra. 2001.

⁴⁰ AUSTIN, John., *Cómo hacer cosas con palabras*. 1ª Edición Traducción de Genaro R. Carrió y Eduardo A. Rabossi., Barcelona Paidós 1990.

⁴¹ *Ibídem*.

dictar sus sentencia. Dicho estatus, es dado por los ciudadanos quienes le otorgan la capacidad al juez para tomar decisiones que puedan afectar sus relaciones⁴².

Cada uno de los actos de habla que el juez realiza al decidir una sentencia, producen efectos en las relaciones jurídicas de las partes, cambiando o determinando el estado en el que se encuentran éstas. En este sentido, el juez puede mejorar, condicionar o perjudicar a cada persona que se ha sometido a su decisión. Así, se busca destacar como los jueces pueden crear la realidad que representan a través de sus sentencias; además de tener la capacidad de hacer cumplir las mismas por medio de órdenes dirigidas a la institución que pueda ejecutarlas. De este modo, si el contexto social y normativo está dado, el juez cambiará la posición de los agentes que se encuentran en disputa.

Se puede decir entonces, que la búsqueda de un concepto complejo de discapacidad parte de la necesidad por una lado, de buscar elementos que son importantes dentro de su estructura de conformación y la Corte puede, en la medida que comprende mejor la realidad que recibe a través de los diversos reclamos sociales, empezar a ser una institución clave para fomentar este cambio, ya que como lo advierte Hart “Los legisladores humanos no tienen tal conocimiento de todas las posibles combinaciones de circunstancias que el futuro puede deparamos. Esto significa que todas las reglas jurídicas son abiertas; y cuando surge un caso no previsto tenemos que tomar una decisión nueva, y al hacerlo reelaboramos nuestros conceptos jurídicos, adaptándolos a fines socialmente deseados”⁴³.

De esta manera, el lenguaje nos mostrará cómo el poder de un concepto en la función que cumple la Corte puede, de acuerdo a la comprensión que se le dé,

⁴² Sobre el estatus del Juez en el sistema y la función que cumple ver HART, H.L.A. *El concepto del derecho*. Buenos Aires. Abeledo Perrot. 1968. BERNAL, Carlos. Ob. Cit., *Un análisis de las decisiones judiciales con base en la teoría de los actos de habla...* p.2.

⁴³ HART, Hebert. Ob. Cit., *El cielo de los conceptos de Ihering...* p. 114.

tener una determinada función. En efecto, el concepto discapacidad dependiendo de cómo lo interprete el Tribunal Constitucional, no tiene un simple valor descriptivo sino que produce en primer lugar una comprensión casi que automática de la concepción que tiene el juez de las personas con discapacidad a la hora de fallar un caso, y por otro, la capacidad de activar con esta comprensión ciertas reglas, que pueden determinar la función que cumple el término. El problema por lo tanto, es de definición del término de discapacidad y la utilización y comprensión del mismo por parte de la Corte Constitucional colombiana.

Finalmente se puede decir que en estos dos niveles que implican la creación de un concepto y el lenguaje con su poder de cambio, la Corte Constitucional, como una institución social encargada de la protección de los derechos de las personas con discapacidad, debe procurar mantener un nivel en la construcción de conceptos complejos como se piensa, es el de la discapacidad, para salir del paraíso de Ihering y brindar una mejor jurisprudencia.

Los siguientes acápite del presente capítulo se encargaran entonces de explorar las definiciones que ha brindado la Corte Constitucional en sentencias de personas con discapacidad, para que entrar en el capítulo final a hacer una crítica de algunas sentencias de la institución mencionada con base en el método aquí expuesto.

2.2. Aproximaciones de la Corte Constitucional sobre el concepto de discapacidad.

2.2.1 Jurisprudencia de la Corte Constitucional

Primer momento– La protección individual de las personas con discapacidad.

Dentro del estudio de la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre discapacidad, se puede observar un primer momento en el que la aludida

institución no brinda una definición clara del concepto de discapacidad. Efectivamente, las sentencias que se le presentan (en su mayoría de tutela) las resuelve caso por caso, tratando de marcar una línea de protección que cubra las necesidades de la persona que interpuso la demanda, sin preocuparse por el contenido de la discapacidad.

En este sentido, la Corte protege los derechos de las personas con discapacidad. Sin embargo, el concepto mismo de discapacidad y sus implicaciones no muestra un criterio específico⁴⁴ por parte del Tribunal. Esto podría resultar problemático para una protección fuerte de las reivindicaciones de las personas con discapacidad, que no conlleve a una exclusión social.

Ahora bien, las sentencias que han tenido gran relevancia en materia de discapacidad, han sido las relacionadas con la igualdad y su protección por medio del artículo 13 de la Constitución, que garantiza este principio y que, como se planteó, permite realizar acciones afirmativas a favor determinados grupos que se encuentran en debilidad manifiesta. Al mismo tiempo, que el amparo brindado por los artículos 47, 54 y 68 de la Constitución, que garantizan un trato especial para las personas con discapacidad.

En este orden de ideas, con el fin de asegurar que no exista exclusión en diversos campos como educación, salud, transporte etc, para las personas con discapacidad, la Corte Constitucional ha buscado su protección atendiendo a un criterio individualizado de los casos que se le presentan en acciones de tutela. En contraste, las acciones de control de constitucionalidad como se verá más adelante, disponen de un concepto más amplio de discapacidad, que sin embargo aún no es suficiente para una protección real.

⁴⁴ Sobre todo en sus primeras sentencias donde la Corte no expresa los alcances ni contenidos del término discapacidad o de otros términos que fueron usados en su momento como sinónimos de ésta. (Se hará mayor énfasis en estos temas cuando se realice el tercer capítulo, que buscará ofrecer una crítica al criterio usado por la Corte en cuanto al concepto de discapacidad).

En las primeras sentencias, la Corte, en los asuntos de discapacidad, busca establecer el trato diferencial o de asistencia que se le debe brindar a la persona con discapacidad a través de una regla denominada “diferenciación positiva justificada”⁴⁵, que tiene como base otorgar diferentes privilegios en distintos ámbitos políticos, económicos y sociales, con la finalidad de alcanzar una igualdad sustancial.

Uno de los primeros casos que empezaría a marcar esta tendencia de protección de las personas con discapacidad, es el del estadio Pascual Guerrero en Cali⁴⁶. Este caso dio paso para que se configurare en las decisiones de la Corte la tesis, de conformidad con la cual la igualdad para las personas con discapacidad debería ir más allá de la igualdad formal. Dicha igualdad debe estar reflejada de manera sustancial, es decir, a través de la observación de las cualidades de una persona, empezando a configurar un análisis de las diferencias naturales y sociales que cada uno tiene, para posteriormente forjar una protección acorde con estas características. Asimismo, la Corte, siguiendo el precedente, plantea en esta sentencia que para que un trato diferente se configure en personas colocadas en la misma situación no sea discriminatorio, debe existir un criterio objetivo y razonable que lo justifique⁴⁷.

En cuanto al término de discapacidad, la Corte ni siquiera lo utiliza. Así, por ejemplo, en una de sus primeras sentencias sobre el tema se refiere a “niña especial”. El caso al que se hace referencia es el de Carol Andrea Moreno y se sustenta en la protección a una niña que por sus dificultades en el aprendizaje y por considerarla “especial”, el colegio cooperativo del municipio de Sopo establece que debería ser excluida del plantel educativo. La Corte protegió el derecho de la

⁴⁵ Ver Sentencia T-288 de 1995. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz, Sentencia T- 067 de 1994, Magistrado Ponente José Gregorio Hernández.

⁴⁶ *Ibídem*.

⁴⁷ *Ibídem*.

niña, para que fuera aceptada dentro del plantel, con base en que la educación especial a la cual debería ser sometida, de acuerdo a los argumentos del colegio, debe ser de carácter excepcional, debido a que si se segrega a una persona con discapacidad se crearán prejuicios sociales que pueden afectar sus relaciones interpersonales. En la decisión de la sentencia, se advierte además que en los casos que presenten los mismos hechos y circunstancias, la doctrina de la sentencia que se comenta, tendrá carácter obligatorio⁴⁸.

Es así, como la Corte en los asuntos de discapacidad ha mostrado una tendencia por la búsqueda de una inclusión efectiva del individuo que presenta la acción de tutela. De esta manera, ha brindado garantías incluso en materia procesal, estableciendo que en el caso de los “minusválidos”⁴⁹ la carga de la prueba cuando ocurre despido o insubsistencia del cargo, se invierte y es la administración o el empleador es el que debe demostrar que las causas del despido no se dieron en razón de la discapacidad que la persona presenta⁵⁰.

No obstante, el Tribunal Constitucional colombiano dejó en claro que el hecho de que una persona tenga una discapacidad no implica que siempre merezca un trato favorable, bajo el siguiente argumento: “La legislación en favor de los minusválidos no consagra derechos absolutos o a perpetuidad que puedan ser oponibles en toda circunstancia a los intereses generales del Estado y de la sociedad, o a los legítimos derechos de otros. No obstante, el trato más favorable a las personas que por su condición física o mental se encuentran en circunstancias de debilidad

⁴⁸ Sentencia T-429 de 1992. Magistrado Ponente Ciro Angarita Barón. En la protección a los menores la Corte también ha argumentado que: “La recreación es una facultad inherente al ser humano, aún a los afectados mentalmente. Aunque sus enfermedades algunas veces no ofrezcan perspectiva de derrota de la dolencia, de todas maneras son seres humanos que tienen derecho a encontrarle un sentido a la vida”. Sentencias T-049 de 1995, Magistrado Ponente. Alejandro Martínez Caballero. En este mismo sentido ver Sentencia T- 036 de 1993. Magistrado Ponente. Alejandro Martínez Caballero.

⁴⁹ Se usa este término ya que es el que usa la Corte en el caso concreto. Ver Sentencia T-427 de 1992, Magistrado ponente Eduardo Cifuentes Muñoz

⁵⁰ *Ibidem*.

manifiesta (CP art. 13-3) debe garantizar una protección efectiva y real para este sector de la población⁵¹.

Por otro lado, en un sentido procesal la Corte también ha expresado que el sólo hecho de que una persona sea disminuida física o mental, no la coloca en estado de indefensión en la acción de tutela, se debe comprobar que efectivamente se ha violado uno de sus derechos fundamentales⁵².

Respecto al término discapacidad, en la sentencia de tutela número 117 de 1995⁵³, la Corte empieza a ofrecer un primer, aunque tímido, concepto de lo que entiende por minusvalía, en estas palabras: "aquella cuyas posibilidades de obtener y conservar un empleo adecuado y progresar en el mismo queden sustancialmente reducidas a causa de una deficiencia de carácter físico o mental debidamente reconocida"⁵⁴. En este momento la Corte parece asumir que discapacidad y minusvalía son equivalentes.

Respecto al concepto de minusvalía la Corte Constitucional también ha utilizado la definición del Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española estableciendo: "**minusválido, da.** (Del lat. *minus*, menos, y *valorar*) adj. Dícese de la persona incapacitada, por lesión congénita o adquirida, para ciertos trabajos, movimientos, deportes, etc"⁵⁵. A pesar de la referencia, la Corte no continúa desarrollando ni explicando los alcances o las consecuencias de este concepto⁵⁶.

⁵¹ Ibídem.

⁵² Sentencia T - 404 de 1994 Magistrado Ponente Jorge Arango Mejía.

⁵³ En este caso se hace una protección transitoria del derecho al trabajo de la señora Graciela Villamizar, por su condición de minusválida (usando el criterio de la Corte) La Corte aclara que la tutela tiene un carácter excepcional, que sin embargo, debe ser analizado a la luz de la situación actual de la persona que interpone la acción.

⁵⁴ Criterio que usa de la Convenio 159 de la Organización Internacional del Trabajo, aprobado por la Ley 82 de 1988, Ibídem.

⁵⁵ Sentencia T- 224 de 1996, Magistrado Ponente Vladimiro Naranjo Mesa.

⁵⁶ Ibídem.

Frente a los anteriores casos, la Corte continuaría con un criterio más flexible de discapacidad, y con éste un cambio en la jurisprudencia que se viene exponiendo, ya que adicionaría el concepto de indefensión material del individuo. Así por ejemplo, el Tribunal Constitucional colombiano bajo el argumento de que “El hecho que da lugar a la prestación a cargo del Estado es la indefensión material del individuo, que no puede valerse por sí mismo y que requiere, por tanto, para su digna subsistencia, de la asistencia pública”⁵⁷, ha aclarando que no es necesario un peligro inminente de muerte en cuestiones de salud, la condición de que se pueda presentar un deterioro paulatino en la persona por la no atención inmediata, es condición suficiente para asegurarse su derecho. Con esta tesis protegió el derecho fundamental a la salud del señor Germán Osorio, para que fuese inscrito en seguridad social⁵⁸.

En el campo del derecho laboral la definición de discapacidad no ha tenido avances considerables, y la Corte se basa principalmente en el Convenio 159 de 1983 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), que garantiza a las personas con discapacidad (minusválidos en las sentencias), una protección especial debido a la debilidad manifiesta que presentan. El Tribunal Constitucional muestra la manera en que se puede proteger a las personas con discapacidad su derecho fundamental al trabajo, teniendo en cuenta sus especiales condiciones, tratando de exponer como la tutela no es el medio para garantizar la reincorporación al cargo, sino una acción basada en el derecho a la igualdad que permite la “(...)aplicación directa de mandato constitucional expreso alusivo a las condiciones de inferioridad en que se encuentra el minusválido, una vez examinado rigurosamente el material probatorio en el caso concreto”⁵⁹.

⁵⁷ Sentencia T- 093 de 1997 Magistrado ponente José Gregorio Hernández.

⁵⁸ En esta sentencia obviamente se desestimaron las pretensiones económicas, debido a la existencia de otros medios judiciales para conseguirlos (la instancia laboral-ordinaria).

⁵⁹ Sentencia T-441 de 1993, Magistrado Ponente José Gregorio Hernández. En el mismo sentido Sentencia T-117 de 1995, Magistrado Ponente José Gregorio Hernández.

Sin embargo, la Corte parece dudar de este principio y en sentencia T- 224 de 1999⁶⁰, advierte que la igualdad versa sobre las situaciones en las que se encuentra la persona con discapacidad en el cumplimiento del trabajo que desempeña, y no de su estado físico o mental. Es decir, que la Corte no tiene en cuenta la discriminación positiva que se configuró en las primeras sentencias y que brindaría una protección reforzada a la persona discapacitada por sus especiales condiciones. El caso que el Tribunal resuelve en concreto, obedece a un criterio de igualdad formal, ya que la institución en estudio piensa que si una persona con discapacidad tiene las mismas condiciones que una no discapacitada para una labor determinada, no hay lugar a la discriminación positiva y puede ser despedida si las circunstancias son iguales, y por lo tanto se niega la pretensión de reintegro al trabajo⁶¹.

Ahora bien, la Corte bajo el mismo juicio que se viene señalando, es decir el concepto de discapacidad sin ningún desarrollo, ha buscado garantizar mejores condiciones de dignidad para las personas con discapacidad. Efectivamente, en cuestiones como protección al menor⁶² y salud⁶³, el alto Tribunal continúa la protección atendiendo a principios como la igualdad y dignidad humana, sin hacer un esfuerzo mayor por tratar de concentrarse en las consecuencias de lo que la discapacidad misma puede configurar una vez protegida⁶⁴.

⁶⁰ Sentencia T – 224 de 1996 Magistrado Ponente Vladimiro Naranjo Mesa. La contradicción es expresada por la Corte en este sentido: “Visible al folio 7 del expediente, se encuentra el certificado de aptitud, expedido por la Caja de Previsión Social de Comunicaciones, donde consta que el actor está capacitado para tomar posesión y desempeñar el cargo para el cual fue designado. En consecuencia, el demandante se encuentra en igualdad de condiciones frente a los demás empleados, sin que pueda afirmarse que es la supuesta deficiencia física la causa que motivó su desvinculación del Ministerio de Comunicaciones, sino que, como ya se dijo, ésta corresponde a la facultad discrecional que la Ley 61 de 1987 otorga al señor Ministro de Comunicaciones para nombrar y remover libremente a todos los empleados que laboran en su despacho. Lo anterior, en modo alguno contradice la jurisprudencia de esta Corporación cuando ha sostenido, en relación con las personas que se encuentran en una situación de desigualdad manifiesta frente a los demás, que son dignas de la especial protección del Estado, conforme a lo dispuesto por el artículo 13 de la Constitución Política”.

⁶¹ *Ibídem*.

⁶² Ver Sentencias T-049 de 1995, Magistrado Ponente Alejandro Martínez Caballero. En la que se protege a un grupo de menores, que se encuentran en un albergue del municipio de Cundinamarca en condiciones precarias. En esta Sentencia no se usa el término discapacidad, sino el de menor disminuido o impedido.

⁶³ Sentencia T- 204 de 1994 Magistrado Ponente. Alejandro Martínez Caballero.

⁶⁴ Este punto será aclarado y se desarrollará con mayor profundidad en el tercer capítulo.

De lo anterior, se observa como la Corte no es indiferente ante las necesidades particulares de los asuntos que se le presentan y trata en los casos de tutela de maximizar el grado de protección a las personas con discapacidad, buscando proteger sus derechos fundamentales de forma transitoria, en el evento de que cuando fuese necesario pueda traer un perjuicio irremediable para el demandante⁶⁵. La protección de la Corte dentro de este punto de vista, muestra a una institución preocupada por proteger a las personas con discapacidad como sujetos en debilidad manifiesta, procurando velar por la protección inmediata de sus derechos.

A pesar de los esfuerzos que se le reconocen a la Corte en este primer momento, se puede decir que el concepto de ésta institución en sus primeras sentencias es limitado, en el sentido de que en la mayoría de los casos protege a las personas que tienen una discapacidad en el caso concreto, pero nunca advierte los alcances que puede tener el concepto y como ésta se puede relacionar en aspectos más amplios con el asunto que resuelve. Lo anterior se considera equívoco, si se tiene en cuenta que se han presentado diversos debates para delimitar desde el punto de vista social, médico, económico y jurídico lo que la palabra discapacidad puede significar y las connotaciones que puede tener en la realidad.

Por lo tanto, se piensa que la Corte en este primer momento parece aplanar el concepto de discapacidad, sin tener en cuenta sus consecuencias, y a pesar de la protección inmediata de los derechos, se considera que la no exclusión requiere un paso más adelante cuando de este grupo minoritario se trata.

⁶⁵ Ver Sentencia T-144 de 1995, Magistrado Ponente Antonio Barrera Carbonell. En esta sentencia se protege a una persona ciega, para que se le asegure su pensión de invalidez, ya que el seguro argumenta que a pesar de que la pensión le fuera concedida por 15 años, el demandante no contaba con los requisitos formales para disfrutar de ésta, de manera permanente. Así, la Corte Constitucional protegió los derechos del demandante, ya que a pesar de reconocer que existían otros medios de protección, el no pago de la pensión podría poner en peligro la vida del accionante. En este mismo sentido ver Sentencia T-065 de 1996 Magistrado Ponente, Antonio Barrera Carbonell.

2.2.2. Segundo Momento- Una mayor concepción del Concepto de Discapacidad por parte de la Corte Constitucional.

Para abordar el concepto de discapacidad que ha asumido la Corte en este segundo momento⁶⁶, se ha decidido tomar las sentencias principales de dicha Institución en este tema⁶⁷. Por lo tanto, se hará una evaluación de lo que el Tribunal Constitucional colombiano entiende por discapacidad, teniendo en cuenta los criterios propios o de rango internacional en los que se basa para tomar sus decisiones⁶⁸. Esto se hará, con el fin de poder hacer una confrontación en el capítulo final con un concepto basado en el modelo social de discapacidad, para establecer que se ha podido ganar o perder en este recorrido, en cuanto a la protección de derechos que la población en estudio requiere.

En este orden de ideas, la Corte Constitucional en este segundo momento empieza a prestar mayor atención al término discapacidad, especialmente en sentencias de control de constitucionalidad. Por lo tanto, la Corte a través de los asuntos que se le presentan marca una senda de lo que debe ser entendido por discapacidad.

Las primeras sentencias que forjan dicho camino, contienen y tratan de adaptar un concepto de discapacidad que esté acorde con los debates y desafíos que se presentan en el campo internacional, ya que este sería la primera fuente de este recorrido. Es así, como la sentencia C-559 de 2001, empieza a hacer una

⁶⁶ Que se ha decidido llamarlo “el forjamiento del concepto de discapacidad”, ya que el Tribunal Constitucional colombiano, empieza a crear un concepto de lo que es la discapacidad en Sentencias de tutela y de Control de Constitucionalidad, (en estas últimas especialmente).

⁶⁷ Se ha decidido hacer esta aclaración debido a que las sentencias a partir del 2000 sobre discapacidad muestran un considerable incremento, y en su gran mayoría (especialmente en tutela) evalúan la discapacidad desde el criterio antes examinado, es decir, en la mayoría de los casos la protección de discapacidad desde el asunto que se le presenta a la Corte, sin considerar el concepto mismo de discapacidad. No obstante, se intentará hacer un acercamiento a las sentencias que puedan mostrar un cambio o una visión distinta de la discapacidad desde este punto de vista.

⁶⁸ Los tratados internacionales son la principal causa de la ampliación del concepto de discapacidad por parte de la Corte Constitucional.

aproximación a lo que es la discapacidad, teniendo en cuenta algunas de las implicaciones de este término. En palabras la Corte: “El concepto de discapacitado surge a partir de las carencias físicas o mentales que dada su relevancia ponen en el terreno de la desigualdad real a quienes las padecen; imponiéndose por tanto a favor de tales personas un trato especial, justamente encaminado hacia la verdadera igualdad. Derecho que para su concreción en todo caso se halla sujeto a múltiples variables que a partir de la Constitución, la ley y el reglamento, pasan por la voluntad política y administrativa de los gobiernos, por los programas y recursos públicos arbitrados al efecto, por las condiciones reales de existencia de la comunidad, y desde luego, por la conciencia social misma, todavía acantonada en la crucial lucha por la supervivencia”⁶⁹.

En la sentencia citada en el párrafo anterior, la Corte Constitucional hace un análisis de los alcances que puede tener el concepto de discapacidad y empieza a mostrar cómo en el ámbito internacional se ha buscado la manera de incluir a esta población, aclarando que los esfuerzos aún no han sido suficientes para la integración total de las personas con discapacidad. De la misma manera, se establece como el ambiente social⁷⁰ y diversos conceptos como el de “normalidad”⁷¹ han producido un efecto negativo que conducen a la exclusión de las personas con discapacidad.

⁶⁹ Sentencia C- 559 de 2001, Magistrado Ponente Jaime Araujo Rentería.

⁷⁰ Ya en la sentencia T- 207 de 1999 con Ponencia del Magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz, se había establecido que las personas con discapacidad habían sido excluidos por razones de ignorancia y miedo más que por sentimientos de hostilidad, siendo excluidas en instituciones especiales. Además, se aclara en esta Sentencia que “la discapacidad no es únicamente un problema individual. Esto significa que un medio social negativo y poco auspiciador puede convertir la discapacidad en invalidez, y que, por el contrario, un ambiente social positivo e integrador puede contribuir de manera decisiva a facilitar y aliviar la vida de las personas afectadas con una discapacidad”. Y agrega: “La propuesta de integración de los discapacitados parte de la base de que el entorno social tiene que intentar adaptarse a las condiciones propias de los mismos, en vez de exigir lo contrario”.

⁷¹ La Sentencia hace referencia a esta expresión en los siguientes términos: “Un concepto de normalidad objetivamente considerado debe trascender los dominios de la apariencia físico-síquica en cuanto cualidad, para acceder a los contenidos esenciales de la complejidad físico-síquica en cuanto cualidad y carencia; discurrir éste que a tiempo que propicia una definición más realista, pone al descubierto la falacia que encierra el cotidiano “concepto” de normalidad, esto es: que por regla general se privilegia demasiado el rostro de las aparentes cualidades y destrezas, dejando al gairete, escindida y alterada, la condición esencialmente

El Tribunal Constitucional colombiano empieza así, no sólo a poner atención a los criterios que pueden generar desigualdad en un sentido individual (como en el primer momento), sino que introduce elementos internacionales y medios de análisis, como el derecho comparado, con el fin de hacer una aproximación a lo que la concepción de discapacidad en sí misma puede contener y las derivaciones que de aquí puedan surgir para la población con discapacidad. La discapacidad en este sentido parece no sólo ser vista como los casos aislados que se le presentan a la Corte, sino como un verdadero problema social que necesita acciones afirmativas fuertes para ser resuelto, ampliando así lo que la misma Corte había entendido por discapacidad.

La evolución de lo que la Corte concibe por discapacidad continúa con estudios más amplios de lo que el concepto puede configurar. Es así cómo al interior del Tribunal se han presentado algunas discusiones fuertes, por tratar de establecer qué prerrogativas pueden tener las personas con discapacidad y cuál debe ser el trato que se les debe brindar por sus condiciones sociales⁷². Asimismo, la adhesión de Colombia a Tratados Internacionales le ha permitido al Tribunal Constitucional colombiano plantearse interrogantes sobre lo qué es la discapacidad, en un sentido más extenso.

contradictoria de la persona "normalizada". Sentencia C- 559 de 2001, Magistrado Ponente Jaime Araujo Rentería.

⁷² La Sentencia C- 128 de 2002 con ponencia del Magistrado Eduardo Montealegre Lyneet, sostuvo una gran disputa sobre la inconstitucionalidad declarada de la expresión "El Estado colombiano reconoce la Lengua Manual Colombiana como propia de la Comunidad Sorda del País", contenida en el artículo 2 de la ley 324, ya que a juicio de la mayoría no se podía reconocer un tipo de lenguaje que no se ajustara a los parámetros del artículo 10 constitucional. Y a la población sorda por no tener unas condiciones étnicas específicas, ni un territorio determinado, no se le podía reconocer que la lengua manual pueda constituir una lengua propia. Ante esta decisión 3 de los Magistrados en salvamento de voto argumentaron que: "el artículo 10 de la Carta no prohíbe el reconocimiento de otras lenguas. Su texto se refiere sólo a la lengua oficial pero no excluye el reconocimiento de otras. Precisamente por ello, consideramos que ha debido declararse la inexecutable parcial del artículo citado, retirando del ordenamiento únicamente la expresión "como propia de la Comunidad Sorda del País", pues la sda aceptación de la lengua manual en nada viola la Constitución. En consecuencia, retirada esa expresión ha debido condicionarse la norma en el sentido que su reconocimiento no excluía otras formas de enseñanza como la oralidad".

En particular, la adopción de “la Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad”, revisada por la Corte para examinar su Constitucionalidad, permitió tener un acercamiento al concepto específico de discapacidad en este sentido: “Ahora bien, en el artículo 1º se definieron los términos “discapacidad” y “discriminación contra las personas con discapacidad”, para los efectos de la Convención. Así, se entiende por discapacidad la deficiencia física, mental o sensorial, ya sea permanente o temporal, que limita la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, que puede ser causada o agravada por el entorno económico y social”⁷³.

Con base en lo anterior, la Corte empieza a tomar en cuenta que no sólo existe un ámbito individual, sino que el entorno social negativo puede convertir la discapacidad en invalidez, y por el contrario un medio social positivo puede facilitar la integración de las personas con discapacidad⁷⁴. El Tribunal hace así un recorrido tanto de las herramientas internacionales, como nacionales (legislativas y jurisprudenciales), para la protección de las personas con discapacidad en Colombia, y establece que la convención se ajusta a la Constitución de 1991, ya que garantiza el acceso a las personas con discapacidad a los diferentes ámbitos sociales.

Ahora bien, las implicaciones del término discapacidad como objeto del lenguaje y su impacto en la realidad, empezarían a ser desarrollados por la Corte Constitucional en la sentencia C-478 de 2003, mediante la cual se abordarían los alcances de palabras como loco, furioso, mentecato, imbecilidad, idiotismo, locura furiosa y casa de locos⁷⁵, como expresiones que podrían vulnerar el respeto y la dignidad de las personas con discapacidad. Bajo estos supuestos, la Corte empieza observar los conceptos que han sido usados a través de la historia, con el

⁷³ Sentencia C-401 de 2003, Magistrado Ponente Álvaro Tafur Galvis.

⁷⁴ *Ibidem*.

⁷⁵ Disposiciones que traía el código civil colombiano.

fin de considerar su evolución, y bajo esta premisa realiza un exhaustivo estudio del fin que se buscaba con estas palabras en la época que se crearon y el sentido peyorativo que pueden tener ahora⁷⁶.

La Corte continuaría haciendo estudios en este sentido, en sentencias de Control de Constitucionalidad, declarando también inconstitucionales expresiones como “si la locura fuera furiosa” o el “loco” del artículo 548 del código civil, ya que mencionadas expresiones podrían tener efectos negativos para las personas con discapacidad, en la medida que el lenguaje utilizado por el legislador no sólo es descriptivo sino emotivo, produciendo consecuencias en la realidad de estas personas⁷⁷.

Es así, como en sentencias de control de constitucionalidad la Corte empieza a prestar mayor atención a lo que el concepto de discapacidad puede tener implícito para este grupo, pretendiendo a través de las decisiones que toma en sus sentencias extender la protección para las personas con discapacidad, brindándoles garantías especiales⁷⁸. En efecto, como ya se ha dicho, el Tribunal Constitucional Colombiano empieza a introducir en sus últimas sentencias herramientas de análisis como el derecho comparado, para hacer un acercamiento a los avances internacionales sobre discapacidad, trayendo a referencia, casos

⁷⁶ Como ya se mencionó, el estudio de la presente tesis pretende ir más allá, ya que en esta sentencia el recorrido de la Corte sobre discapacidad es muy completo, citando a organizaciones internacionales como la ONU y los Tratados que ha firmado Colombia. Sin embargo, lo que aquí se pretende es tratar de observar la aplicación que ha hecho la Corte de dichos conceptos, y empezar a mirar en el último capítulo si existen posibilidades mejores para las personas con discapacidad.

⁷⁷ Sentencia C- 1088 de 2004, Magistrado Ponente Jaime Córdoba Triviño.

⁷⁸ Como lo haría en la sentencia C-381 de 2005, Magistrado Ponente Jaime Córdoba Triviño, al declarar inexecutable el artículo 58 del Decreto 1791 de 2000, bajo la premisa que las personas con discapacidad eran personas que gozaban de especial protección, y en caso de que alguien sufriera una disminución sico física en servicios a la Policía Nacional, debería tratar en primer lugar de reubicarlo a labores administrativas y en última instancia si no se logra su reincorporación por ningún medio retirarlo del servicio. Así mismo, se declaro exequibles la expresiones “las personas con limitación física, mental, visual o auditiva”, *contenidas en el artículo 12 de la Ley 790 de 2002*, por considerar que estas expresiones refuerzan la especial protección que se le debe brindar a las personas con discapacidad Ver Sentencia C-174 de 2004, Magistrado Ponente Álvaro Tafur Galvis.

como el español, el alemán y el norteamericano, para poder establecer los posibles avances que sobre discapacidad le puedan aportar a Colombia⁷⁹.

El mayor enfoque que tiene la Corte Constitucional sobre discapacidad, en las sentencias de control de constitucionalidad, no tiene un reflejo significativo en las de tutela, donde en contadas excepciones se hace referencia al concepto de discapacidad. En este sentido, aunque las sentencias de tutela muestran una gran sensibilidad ante las personas con discapacidad, y buscan la protección de dichas personas, no se detienen a desarrollar los alcances de lo qué es la discapacidad y la forma en que se podrían conseguir inclusiones integrales.

Únicamente un número limitado de sentencias de tutela, en este segundo momento, han tratado de delimitar el concepto de discapacidad, a través de lo que se ha ganado mediante la integración de los tratados internacionales, y las menciones hechas en las sentencias de control de constitucionalidad sobre el tema. No obstante, el desarrollo no se ha concretado, en el sentido de que la mención al concepto de discapacidad en estas sentencias no tiene aún el grado de complejidad que se requiere, debido a que no se ha dado prioridad, o incluso no se han tenido en cuenta, elementos como el ambiente que pueden ser decisivos para la inclusión de las personas con discapacidad.

Existen, como se dijo, ciertas sentencias de tutela que han hecho algunas aproximaciones y han tratado de hacer algunos aportes a lo que la discapacidad significa y vale la pena hacer un estudio sobre ellas. En este sentido, la sentencia T-198 de 2006 es la que con mayor profundidad ha ocupado el tema, haciendo un recorrido de lo que la discapacidad puede significar. En dicha sentencia la Corte, una vez hace el recorrido de lo que piensa es discapacidad, aclarando que en

⁷⁹ Ver Sentencia C-076 de 2006, Magistrado Ponente Jaime Córdoba Triviño. En esta Sentencia se declara que los sordos y los mudos pueden ser notarios. Sin embargo, no se incluye a los ciegos sobre la base que la función notarial es fedante, y las personas ciegas, pese a todos los avances tecnológicos aún no pueden realizar esta labor de una forma total.

Colombia no ha existido una definición precisa y que por lo tanto hay que recurrir a los tratados internacionales, concibe la distinción entre lo que es invalidez y discapacidad, bajo el supuesto de que esta última puede entenderse como el género y la invalidez como la especie, es decir que la invalidez hace parte de lo que el término discapacidad cubre. En el caso se aclara que la invalidez no permite la protección laboral reforzada, pues esta impide la posibilidad de trabajar, al establecerse una pérdida de un 50% o más para de la capacidad laboral. Sin embargo, no era el asunto a resolver, ya que la demandante podía cumplir con otro tipo de funciones a las que podría acceder si le brindaban los medios para hacerlo, instaurando la Corte la protección al determinar qué : "(...) discapacidad no puede asimilarse, necesariamente a la pérdida de capacidad laboral. Así, personas con algún grado de discapacidad pueden desarrollarse plenamente en el campo laboral, y en consecuencia, la equiparación hecha por la entidad demandada carece de fundamento constitucional, legal y científico"⁸⁰.

En este sentido, la sentencia que se analiza determina cómo la Corte no sólo protege a las personas que sufren algún tipo de invalidez o discapacidad en materia laboral, sino que dicha protección se ha ampliado en favor de algunas personas con otro tipo de discapacidad. A pesar de esto y de la protección de la Corte, ésta parece no tener un horizonte claro de lo que significa discapacidad, y acude en diferentes casos y distintitas definiciones, para proteger el asunto particular de la persona con discapacidad⁸¹.

En este orden de ideas, no se puede negar que la Corte ha asumido su posición de proteger en la mayoría de los casos mediante sentencias de tutela a las personas con discapacidad, salvaguardando por ejemplo su derecho a la pensión

⁸⁰ Sentencia T- 198 de 2006. Magistrado Ponente, Marco Gerardo Monroy Cabra.

⁸¹ En Sentencia T- 157 de 2006, con ponencia del Magistrado Humberto Sierra Porto, la Corte acogió el criterio de definición de discapacidad médico y científico propuesto por la Organización Mundial de la Salud con el fin de proteger a la señora Beatriz Elena quien padecía una invalidez mental absoluta

de invalidez⁸², asegurándoles su mínimo vital⁸³ e incluso fomentando políticas públicas a su favor⁸⁴. Además, se puede decir finalmente, que no se niega que por medio de las sentencias de tutela también se han alcanzado muchos objetivos, y se han podido revocar algunas decisiones en primera y segunda instancia que hubiesen podido ir en detrimento de las personas con discapacidad⁸⁵.

No obstante y a pesar de los postulados anteriormente enunciados, lo que se buscará establecer en el capítulo siguiente es si el Tribunal Constitucional colombiano al no afianzar un concepto de discapacidad mediante la función que cumple, ha podido evitar en algunas sentencias la protección que en mayor o menor grado demandan las personas con discapacidad.

2.2.3. Puntos centrales del concepto de discapacidad usado por la Corte Constitucional Colombiana.

Dentro del concepto de discapacidad asumido por la Corte Constitucional, se han podido identificar dos momentos, en los cuales se han encontrado ciertas características de lo que ha entendido dicho Tribunal por discapacidad y la manera como se ha tratado mediante el entendimiento indicado, alcanzar una no discriminación de las personas con discapacidad.

⁸² Sentencia T-043 de 2008. Magistrado Ponente Manuel José Cepeda.

⁸³ Sentencia T-093 de 2007. Magistrado Ponente Humberto Sierra Porto.

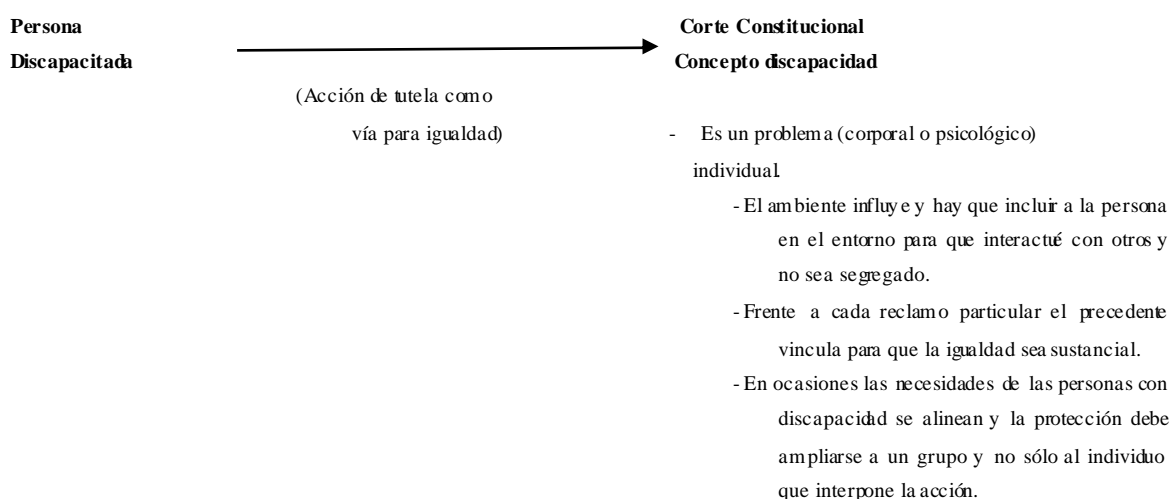
⁸⁴ En este punto han sido muy importantes los logros que se han alcanzado como el caso de los tarjetones en sistema braille para los invidentes. Ver Sentencia T-478 de 2003. Magistrado Ponente Rodrigo Escobar Gil y Sentencia T-595 de 2002. Magistrado Ponente Manuel José Cepeda.

⁸⁵ Ver Sentencia T-1291 de 2005, Magistrado Ponente Clara Inés Vargas Hernández. En esta Sentencia se vincula la discapacidad al sistema de seguridad social, para brindar una completa protección a la señora Adriana Jaramillo, quien se le había negado la pensión de invalidez por no cumplir con los requisitos formales, al no tener el número de semanas cotizadas para acceder a dicha pensión. En esta Sentencia se está acorde con el término de discapacidad acogido por las Naciones Unidas. En este mismo sentido ver Sentencia T-063 de 2007 Magistrado Ponente Humberto Sierra Porto.

Para redondear el tema en este sentido, se articularán en esta sección del proyecto, los puntos importantes del concepto de discapacidad de la Corte Constitucional para tener una estructura de los elementos que lo conforman, y poder realizar una crítica a las decisiones de la Corte en el siguiente capítulo.

En primer lugar, la Corte Constitucional empieza desarrollando el concepto de discapacidad en sentencias de tutela por medio de una protección individual, en la cual pretende incluir a la persona con discapacidad que interpuso la demanda, a través de decisiones que conduzcan a que dicha persona no se vea segregado socialmente. En este sentido, lo que parece entender la Corte por discapacidad es que basta con incluir a la persona con discapacidad en el entorno que ya está predeterminado y en la medida que se vayan presentando problemas tratar de continuar aplicando el precedente para que no exista exclusión.

El concepto que maneja la Corte hasta este momento, como vimos, no es claro ya que no se dice específicamente qué es discapacidad, pero se podría estructurar de la siguiente manera:



Mediante este concepto, la Corte Constitucional entra a establecer que la discapacidad es un problema individual que debe ser resuelto mediante medidas que se dirijan a que la persona con discapacidad, pueda, en la medida de sus facultades adecuarse al lugar determinado (espacios públicos, educacionales o laborales), donde va interactuar con otros y desarrollar su respectivo proyecto de vida.

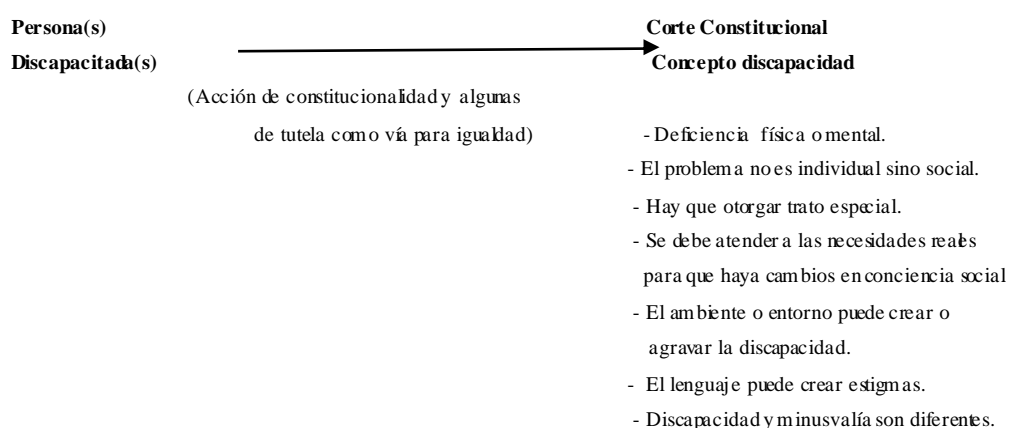
Existen otras sentencias de tutela en las que la solución que otorga la Corte es más amplia, esto se debe a que la necesidad de una persona con discapacidad que interpone la acción, se alinea o se relaciona con las necesidades de otros. Así por ejemplo, en demandas como las de transporte masivo o la de tarjetones electorales para personas con deficiencias visuales, las reivindicaciones que exige un demandante se extiende a personas que comparten iguales exigencias.

Una de las garantías que la Corte Constitucional ha tratado de brindar a las personas con discapacidad es la del principio de discriminación positiva, por medio del cual se pretende que las personas con discapacidad tengan garantías y privilegios a la hora de tener acceso a un servicio o empleo. No obstante, la Corte no ha logrado consolidar esta línea jurisprudencia en materia laboral y ha entendido la igualdad de maneras diferentes, ya que mientras en algunos casos ha planteado que la igualdad debe ser entendida por las especiales condiciones en las que se encuentra la persona con discapacidad, brindándole mayores oportunidades para acceder a determinado empleo, en otros la igualdad se dirige a establecer que si las condiciones laborales son iguales que para una persona que “no presente limitaciones”, la persona con discapacidad no tendrá privilegios para ingresar o no ser despedida de un determinado cargo.

Ahora bien, en el segundo momento las sentencias de control de constitucionalidad y algunas de tutela han mostrado, como se indicó, un mayor avance en el concepto de discapacidad gracias a los tratados internacionales, intentando vincular los

entornos o ambientes para las personas con discapacidad y mostrando desarrollos de otros países para incluir a las mismas. Sin embargo, ha faltado eficacia en estas medidas ya que el concepto que se ha extendido no ha tenido efectos reales o fácticos cuando de protección a la población en estudio se trata.

El concepto de discapacidad de la Corte en este segundo momento se puede organizar de la siguiente manera:



Esta estructura amplía en gran medida lo que la Corte Constitucional había entendido por discapacidad, tratando de relacionar varios elementos del concepto, con el fin de dar muestra de lo que la discapacidad puede significar más allá de lo que las condiciones individuales puedan representar. En esta medida, el entorno o ambiente por ejemplo, ya no es entendido como el lugar donde debe ser adecuada la persona con discapacidad, sino como un medio capaz de crear o agravar la situación de la persona con discapacidad.

Se hacen además alusiones a las necesidades reales de las personas con discapacidad dando a entender que las condiciones sociales en las que se encuentran deben ser tratadas con especial cuidado, brindándoles en lo posible privilegios para poder incluirlos. La referencia al lenguaje como medio de discriminación, también permite empezar a realizar cambios en los estigmas

sociales, los cuales han incluido términos peyorativos en perjuicio de las personas con discapacidad.

La diferencia entre discapacidad e invalidez ha permitido observar qué casos pueden tener una solución de discriminación positiva (discapacidad) y quién debe recibir subvenciones directas del Estado. Igualmente, se empiezan a forjar otras características que contribuyen a que el concepto de discapacidad pueda ampliar su margen y se puedan así realizar protecciones más integrales o completas para las personas con algún tipo de discapacidad, ganando con esto mayor claridad, para empezar a ver la discapacidad en lo social, económico y político.

Finalmente, uno de los puntos a resaltar es la falta de un puente o canal de comunicación entre las sentencias de control de constitucionalidad y las de tutela, pues mientras las primeras expresan un concepto más amplio, en las segundas, en su gran mayoría, se continúa con una protección dirigida hacia la persona más que al ambiente donde interactúa y forja su personalidad, como si la reflexión ganada en una no tuviera consecuencias reales en la otra. En esta medida, el ambiente o entorno donde la persona con discapacidad interactúa juega, como veremos, un rol muy importante para la construcción del modelo social de la discapacidad, y a pesar de que ha empezado a ser desarrollado teóricamente en el segundo momento de reflexión de la Corte, aún no se lo ha tenido en cuenta en casos reales o se ha limitado demasiado; ya se verán sus implicaciones cuando se estructure el concepto social de discapacidad.

2.2.4. Las herramientas que brinda el auto 006 de 2009.

Como se había insinuado desde el principio, esta tesis pretende hacer el recorrido de lo que ha dicho la Corte Constitucional en materia de discapacidad en el período de 1992 a 2008. No obstante, en vista de la importancia que reviste el reciente auto 006 de 2009 de la Corte Constitucional, que se presentó como consecuencia de

continuidad del estado de cosas inconstitucionales declarado mediante sentencia de tutela número 025 de 2004, vale la pena hacer una reflexión en torno a lo que éste declara sobre las personas con discapacidad en condición de desplazamiento.

Antes de empezar, hay que tener claro, como se mencionó en el párrafo anterior, que el auto nace de la Sentencia T- 025 de 2004, como consecuencia del desplazamiento forzado y con el fin de hacer cumplir su decisión la Corte expidió un determinado número de autos para establecer criterios diferenciadores en el trato de la variedad de características que presentan las personas en condición de desplazamiento. Pese a esta aclaración, el auto 006 nos brinda instrumentos significativos para trabajar el tema del concepto de discapacidad.

Se puede decir en este sentido, que el auto citado asume con mucha seriedad la situación de las personas con discapacidad en condición de desplazamiento, y abarca un campo muy amplio de la discapacidad en cuanto a estadísticas, observando además cómo estas minorías han sido ocultas muchas veces por ignorancia o por prejuicios sociales.

El auto 006 de 2009, haciendo un gran esfuerzo por el reconocimiento de que las personas con discapacidad en condición de desplazamiento han sido desamparados de muchas de las garantías que les debe ofrecer el Estado, nos adentra en el profundo y complejo problema sobre lo que significa la discapacidad, no sólo como un término el cual es buscado por las ciencias médicas, sino como un problema real y social que como se dijo no admite un concepto duro, el cual sea delimitado fácilmente.

Lo que la Corte ha dejado expuesto en el auto 006 de 2009 es que las sentencias de tutela ofrecen un paradigma más amplio de lo que las simples normas pueden contener. Es decir, muestran una realidad de lo que se escapa del alcance normativo del legislador, revelando las zonas de penumbra donde el Estado debe

actuar. Por lo tanto, el concepto de discapacidad en este caso trasciende de simples órdenes individuales, pues a pesar de que existe un criterio protector sobre ciertas personas, el impulso que da la Corte hacia un tratamiento más general, rompe las barreras que evitan que las personas discapacidad puedan verse excluidas por el entorno donde se encuentran.

El Tribunal Constitucional colombiano, ha asumido en este caso una labor proteccionista, que toca cuestiones de política pública a favor de las personas con discapacidad, buscando mejorar la información que se tiene sobre esta población en situación de desplazamiento, además de crear el “Programa para la protección diferencial de las personas con discapacidad y sus familias frente al desplazamiento forzado”.

Las acciones mencionadas⁸⁶, son producto de un entendimiento más global de lo que la discapacidad significa, ya que la Corte ha logrado en este auto identificar los diversos problemas a los que se enfrentan los individuos que conforman el grupo de las personas con discapacidad. De esta manera, la Corte reflexiona sobre el carácter de protección general que se ha tratado de brindarles a las personas con discapacidad y nota que su problemática es tan diversa que toda acción que tienda a una protección general se ve neutralizada por una realidad que muestra que las acciones a favor de dichas personas deben ser específicas, integrales y multisectoriales.

Se piensa que el estudio de la Corte Constitucional en este sentido es acertado, pues a partir de observar las diferencias que existen en discapacidad, partiendo de casos particulares y de acciones que con base en los asuntos presentados se puedan desarrollar; se ha podido extender la protección a otras personas con los mismos problemas de exclusión, construyendo una definición de discapacidad que trasciende los meros conceptos y nos la muestra en sus consecuencias.

⁸⁶ Además de otras que tienen carácter individual.

Finalmente, es de destacar cómo el Tribunal Constitucional en este caso no ha tenido en cuenta sólo la ley y ha aplicado la Constitución de manera directa, creando una política pública a favor de las personas con discapacidad, escapando así del formalismo y de lo que Félix Cohen, podría llamar conceptos vacíos que no se atienen a la realidad⁸⁷ (refiriéndonos en este caso a la discapacidad), y ha creado un campo más abierto donde se observa como la exclusión de las personas con discapacidad impacta a las mismas en diferentes ámbitos.

En este sentido, se continuará en el tercer capítulo para establecer lo que la Corte Constitucional colombiana no ha dicho sobre algunos elementos del concepto de discapacidad en los casos presentados en este apartado, con el fin de examinar si dentro del razonamiento legal que el Tribunal ha ofrecido y los conceptos más amplios que presentan algunos tratados y otros autores, se puede identificar qué temas la institución en estudio ha dejado por fuera, para analizar si se ha podido excluir a este grupo de determinado tipo de reivindicaciones.

⁸⁷ COHEN, Félix. Ob. Cit., *El método funcional...*

CAPÍTULO 3

3. Crítica a la Corte Constitucional y una nueva concepción del concepto de discapacidad

“Debemos resistir el abandono masivo de las necesidades de las personas con discapacidad a través de la confusión conceptual. Aquí hay necesidad de claridad, así como de compromiso”.

Amartya Sen.

Ya se estableció en el capítulo anterior que el entendimiento de un determinado concepto de discapacidad por parte de la Corte Constitucional influye en la protección que pueda brindárseles a las personas con discapacidad. En este capítulo se tratará de comprobar dicha hipótesis desde dos perspectivas, la primera surge como una crítica específica a algunas sentencias de la Corte Constitucional para observar qué se ha dejado por fuera del concepto de discapacidad en los argumentos brindados por la Institución citada, en segundo lugar se planteará una crítica más general, partiendo de la base de las personas con discapacidad como grupo minoritario, que permita observar el problema desde una perspectiva más social.

Finalmente, se tratará de establecer nuevos elementos del concepto de discapacidad en tratados internacionales, con los aportes además de algunos autores, para empezar a analizar la evolución de lo que se ha entendido por discapacidad, agregando nuevos soportes al proyecto de investigación.

3.1. Una crítica a las sentencias de la Corte Constitucional sobre personas con discapacidad: estudio de casos.

En esta sección del proyecto se pretende analizar algunos casos, estudiados en el segundo capítulo, de la definición que ha dado la Corte Constitucional sobre el concepto de discapacidad, con el fin establecer algunos elementos que se dejaron por fuera al decidir dichos asuntos y la manera en que un cambio de paradigma sobre la concepción de discapacidad en la Corte podría darles otra perspectiva.

Los asuntos donde se piensa, la Corte ha tenido mayor problema son los laborales y los que tienen que ver con integración educativa, aunque como veremos ha existido una evolución importante del concepto de discapacidad, debido a que éste tiene que estar redefiniendo a cada momento por los constantes avances sobre el tema.

Uno de los casos que se empezará a analizar y que fue de los más problemáticos en materia laboral es la sentencia T-224 de 1996. En esta sentencia se analiza el caso del señor Próspero Valbuena Suárez, quien reclama que se declare sin valor la resolución No. 02466 de septiembre 26 de 1995, proferida por el Ministro de Comunicaciones, y por medio de la cual se le declaró insubsistente en el cargo que desempeñaba. En vista que su desvinculación como auxiliar administrativo Grado 5120-11 del despacho del Ministro de Comunicaciones, se debe a su limitación visual (ceguera en la sentencia) y considerando que su situación económica es apremiante busca mediante la tutela que se le reconozca la pretensión expuesta.

La Corte para decidir el caso planteado, tiene los dos problemas que se han criticado a lo largo de este proyecto, en primer lugar parte de un concepto muy limitado de discapacidad, sobre la base de que: "(...) para poder definir la situación concreta del demandante, en cuanto a la supuesta vulneración del derecho

fundamental a la igualdad, debe señalarse el significado que el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española da a la palabra "minusválido", que es del siguiente tenor: "**minusválido, da.** (Del lat. *minus*, menos, y *valorar*) adj. Dícese de la persona incapacitada, por lesión congénita o adquirida, para ciertos trabajos, movimientos, deportes, etc."⁸⁸.

Hasta aquí vemos la manera en que la Corte entiende discapacidad como minusvalía, en un sentido individual, casi matemático, en donde no se tomó en cuenta la situación de la persona socialmente, y por el contrario se decidió revisar expedientes médicos que pudieran establecer si el grado de deficiencia permite al demandante continuar con su trabajo.

Usando este criterio se genera como se advirtió, el problema de una concepción limitada de lo que es discapacidad y se pretende que las condiciones del demandante se adecuen a la lógica de la minusvalía del diccionario de la Real Academia Española, sin tener en cuenta que existe dentro del concepto de discapacidad no sólo razones individuales sino de justicia social que implican una revisión a fondo del problema.

El carácter individual de discapacidad que se expone en la concepción usada por la Corte, se encuentra ligado al derecho a la igualdad que la institución mencionada desarrolla a partir de esta interpretación, ya que una vez establece lo que entiende por una persona con discapacidad como alguien "incapacitado" para realizar una determinada labor (minusvalía), prosigue con el siguiente análisis: "cuando, a pesar de esa carencia física, está demostrado que la persona se encuentra capacitada para desempeñar un cargo en una entidad, en igualdad de condiciones con los demás, es innegable que no puede escapar al acatamiento de las normas que rigen esa relación laboral, pues, de lo contrario, se estaría lesionando el derecho a la igualdad respecto de las demás personas, que se

⁸⁸ Sentencia T- 224 de 1996, Magistrado Ponente. Vladimiro Naranjo Mesa.

encuentran vinculadas laboralmente a la misma entidad y a las cuales sí se les aplican las normas referentes a la vinculación y retiro del servicio⁸⁹.

La citada sentencia decide a partir del razonamiento antes expuesto por la Corte Constitucional, que no se dan las condiciones de desigualdad manifiesta que ameriten el otorgamiento de una especial protección al demandante, pues éste se encuentra bajo las mismas circunstancias laborales que los demás empleados del despacho del ministerio de Comunicaciones. En este sentido, la igualdad a partir del concepto de discapacidad entendido de manera individual, produce una decisión que no tiene en cuenta un componente que resulta importante para observar el caso de la persona con discapacidad que lo presenta y es la igualdad para un grupo minoritario, que se basa en analizar las condiciones económicas y de exclusión histórica a la que se han sometido dicho grupo.

En este orden de ideas, se puede decir que si una persona con discapacidad acude a un tribunal no se puede perder de vista que pertenece a un grupo que ha sido excluido tradicionalmente y necesita recibir por ende una protección especial por parte del Estado. Igualmente, la Corte tampoco puede perder de vista lo que advierten Sen y Nussbaum, pues a una persona con discapacidad le va ser mucho más difícil acceder a otro empleo, o poder convertir sus utilidades en bienestar.

Ahora bien, sería injusto desconocer los avances que como vimos, ha tenido la Corte Constitucional; sin embargo, en aspectos laborales no se ha logrado articular una propuesta que pueda brindar una respuesta satisfactoria en sentido general para las personas con discapacidad⁹⁰, ya que si se continúan analizando las sentencias de la Corte, pese a presentar referencias al ambiente como medio de exclusión, las sentencias de tutela continúan viendo a las personas con

⁸⁹ *Ibíd.*

⁹⁰ Ya que en sentido específico para la persona que ha instaurado la demanda podemos encontrar sentencias como la T-754 de 1999, donde además de ordenar el restablecimiento al cargo, se dispuso que de no ser posible se brinde capacitación, crédito y otros privilegios que puedan mejorar la condición de la persona con discapacidad.

discapacidad como casos aislados que se deben solucionar partiendo de la base de la integración de una determinada persona a un determinado lugar y no cómo un problema más de fondo, en donde los casos que se le presentan son el resultado de la exclusión de un “grupo minoritario”.

Por otro lado, en aspectos educativos se ha visto una Corte preocupada por permitir el acceso de las personas con discapacidad en un ambiente donde no se vean segregados. En este sentido, ha dado órdenes para que en cumplimiento de una de sus primeras sentencias, se incluya a Carol Andrea Moreno en un determinado plantel educativo sin que se vea segregada⁹¹, en principio se podría ver como una decisión que se adecua y que pretende proteger a la niña con discapacidad, pero como se ha argumentado, el problema no es si la Corte protege, si no cómo protege, cómo entiende la discapacidad y cómo resuelve los problemas respecto de este entendimiento.

En el caso expuesto se podría pensar que la sentencia de la Corte cumplió con la integración de la Carol Andrea. No obstante, un análisis más detallado de ambiente conduciría a pensar sobre los procesos que han seguido la protección del Tribunal Constitucional para incluir a las personas con discapacidad dentro de entornos que no están adecuados para las mismas. De hecho, la mayor parte de las escuelas, colegios o universidades en países en vías de desarrollo no cuentan con espacios para que las personas con discapacidad puedan cumplir con facilidad sus labores o tareas. Por lo tanto, el proceso que sigue a la protección pretendida por la Corte es una notoria exclusión por la falta de preparación arquitectónica y escolar, además de los estigmas sociales que producen prejuicios en contra del grupo minoritario que aquí se estudia⁹².

⁹¹ Sentencia T-429 de 1992. Magistrado Ponente Ciro Angarita Barón,

⁹² BROGNA, Patricia. *Niveles Educativos e Integración de Alumnos con Discapacidad: Una Relación Inversamente Proporcional*. México. En Revista Mexicana de Orientación Educativa. Marzo- Junio. 2006.

El nivel educativo no necesita entonces que se incluya como pretende la Corte, a las personas con discapacidad en un ambiente donde no podrán alcanzar su completo desarrollo de educación, sano esparcimiento y diversión. La etapa educativa tiene un peso importante en el paso de la niñez a la adultez y por lo tanto se debe salir del rol del alumno como paciente eterno y empezar a adquirir compromisos no sólo de la persona con discapacidad sino de su medio (familia, maestros, sociedad, estado)⁹³.

De este modo, la Corte en su visión de discapacidad omite que Carol Andrea más allá de la simple inclusión a un ambiente posiblemente hostil por falta de adecuación, necesitan un espacio apropiado que les brinde la oportunidad no sólo de ser incluida en una escuela o universidad, si no que propenda por el cumplimiento de sus expectativas y su proyecto de vida a partir de la opinión que la misma puedan tener sobre éstas. Así la Corte debe desarrollar acciones que contribuyan a que se adecuen razonablemente los sitios donde las personas con discapacidad se relacionan diariamente y se inicie (como se plantea en la propuesta) un diálogo que contribuya a realizar cambios sostenibles para el ambiente.

Pero como se advierte, la Corte continua progresando y ha dictado sentencias como la T-397 de 2004⁹⁴ donde se establece un plan para que la señora Teresa, una persona con discapacidad (visual) no sea separada de su hija, dando la Corte ordenes explícitas al ICBF y a otras instituciones para que se logre el objetivo. Así mismo, en transporte como el caso del señor Daniel Arturo Bermúdez quien exigía que se adecuen las rutas alimentadoras del sistema de Transporte Transmilenio de tal forma que fueran accesibles para personas con discapacidad (persona que usan sillas de ruedas). En este caso también basándose en la igualdad de derechos que tiene una persona con discapacidad para tener acceso a la libertad

⁹³ *Ibidem*.

⁹⁴ Sentencia T-397 de 2004 Magistrado Ponente Manuel José Cepeda.

de locomoción, la Corte Constitucional dio órdenes para que Transmilenio S.A. diseñe un plan para que cumpla con un acceso adecuado de las personas con discapacidad⁹⁵.

En este orden de ideas, los últimos casos señalados en el párrafo anterior, presentan una evolución considerable respecto de los primeros, ya que como se advierte, la Corte empieza tener una visión más amplia de lo que es el ambiente como elemento que puede causar o agravar la situación de personas con discapacidad, asimilando así varios de los debates internacionales sobre el tema. Pero a pesar del peso de este argumento, aún encontramos falencias en cuanto al modelo social de discapacidad, por ejemplo pensar que se mejoró la situación de una persona con limitación visual dando órdenes específicas a una determinada institución, supone que se ha mejorado la condición del “grupo minoritario” de personas con discapacidad, o que la medida de Transmilenio en una sociedad poco organizada como Colombia donde la generalidad del transporte público tiene sobre cupo y la mayoría de personas tienen problemas de acceso, ha contribuido a superar satisfactoriamente un problema que tiene como se advierte raíces sociales. Incluso como podemos ver en transporte se continúan alterando el criterio para medir la discapacidad, imponiendo medidas que ayudan a reforzar estigmas sociales, así por ejemplo, las personas con discapacidad tienen un sitio especial en transporte junto con mujeres embarazadas y adultos mayores, presuponiendo afinidades con otros colectivos que representan realidades sociales distintas⁹⁶.

En este sentido, una manera más amplia de observar el problema, conduce a pensar, como se dijo, en el siguiente interrogante: ¿han mejorado las condiciones de las personas con discapacidad como grupo social excluido?, frente a esta

⁹⁵ Sentencia T-595 de 2002 Magistrado Ponente Manuel José Cepeda.

⁹⁶ FERREIRA, Miguel. *La Construcción Social de la Discapacidad: Habitus, estereotipos y exclusión social*. Nómadas revista crítica de ciencias sociales y jurídicas. Madrid. Universidad Complutense. 2008. Disponible En: <http://www.ucm.es/info/nomadas/17/mferreira.pdf>

pregunta se piensa que a pesar de los progresos de la Corte y consistencia que la misma tiene para seguir los lineamientos de los debates internacionales y mantener (aunque no por completo todavía) un concepto de discapacidad más amplio, no se ha logrado una propuesta más extensa que articule necesidades mayores de las personas con discapacidad.

Como se nota entonces, el problema es más de fondo y aquí podemos invocar la presencia de un elemento importante y es la de empezar a crear conciencia de las personas con discapacidad como grupo minoritario, ya que a pesar de su heterogeneidad y su falta de cohesión, se ha demostrado que comparten ciertas experiencias históricas y especialmente una la exclusión⁹⁷.

En el acápite siguiente se ofrecerá entonces una propuesta sobre la manera en que la Corte Constitucional podría mediante la función que cumple como protectora de los derechos y de la inclusión de las minorías, dedir casos de discapacidad, para empezar a fomentar a través de sus sentencias una transición hacia un modelo social de discapacidad que es lo que se pretende con la actual convención del las Naciones Unidas sobre personas con discapacidad.

3.2. Una propuesta deliberativa a las sentencias de la Corte Constitucional sobre discapacidad.

Como ya se adelantó en el acápite anterior, ha faltado un elemento que es muy importante para determinar el direccionamiento de los casos de discapacidad, y es el de empezar a fomentar una concepción de las personas con discapacidad como grupo minoritario en un sentido social.

Para conseguir el objetivo planteado se tratará de defender una postura en la manera en que el Tribunal Constitucional puede contribuir a fomentar mediante

⁹⁷ HAHN, Harlan. Ob. Cit., *Accommodations and the ADA: Unreasonable bias or biased reasoning...*

sus sentencias, un cambio que pueda producir mayores impactos en los ambientes socialmente construidos, determinando así una mayor inclusión para las personas con discapacidad.

Para empezar, se parte de la base, como se ha defendido a lo largo de este proyecto, de que el concepto que se tiene de discapacidad no puede ir vinculado a un problema individual, sino, como lo ha mostrado el auto 006 de 2009 sobre desplazamiento y discapacidad, el problema tiene una profundidad mayor y hay que empezar a fomentar políticas que contribuyan a integrar a las personas con discapacidad, como sujetos de especial protección por parte de la Constitución.

Así mismo, los tratados internacionales ofrecen una buena oportunidad para repensar la función que debería cumplir la Corte. En este sentido, la Convención Internacional sobre los Derechos de las personas con Discapacidad y su evolución frente al concepto de discapacidad⁹⁸, puede traer nuevos retos que hay que afrontar a la luz sus disposiciones, con el objetivo de continuar trabajando en un ambiente amplio en todos los espacios sociales e individuales que favorezca a una mayor inclusión de las personas con discapacidad.

El Tribunal Constitucional, como ya se propuso en el capítulo primero, es una institución que garantiza el derecho de las minorías y, como sostiene Roberto Gargarella: “el poder judicial es la institución encargada de recibir los reclamos de todos aquellos que son o que sienten que han sido tratados inadecuadamente por el proceso de toma de decisiones. (...) los jueces se encuentran en posesión de diferentes herramientas capaces de facilitar y promover la deliberación. Por un lado, los jueces tienen buenas posibilidades de detectar cómo es que está funcionando un proceso deliberativo. Al mismo tiempo, tienen la posibilidad de

⁹⁸ Sobre el avance de la Convención y los nuevos elementos para estudiar la discapacidad puede verse: PALACIOS, Agustina. Ob. Cit., *El modelo social de discapacidad...*

actuar, poniendo en marcha tales mecanismos, de forma que sean perfectamente respetuosas de la voluntad colectiva y sus órganos representativos⁹⁹.

Siguiendo con el argumento de Gargarella, los jueces se encuentran institucionalmente bien ubicados para determinar y defender derechos sociales¹⁰⁰. De esta manera, a través de una visión de la democracia deliberativa se puede encontrar una mejor manera de articular las necesidades de las personas con discapacidad como un problema social más que coyuntural como parece entenderlo la Corte, buscando así que lo que se gane en claridad en las sentencias de control de constitucionalidad, no se pierda en las de tutela.

La propuesta se basa entonces en empezar a observar con mayor profundidad, las necesidades de las personas con discapacidad como grupo minoritario a través de un Tribunal Constitucional que como se dijo está en una posición privilegiada para contribuir a una democracia deliberativa, que brinde un impulso, a fin de incluir la opinión de las personas con discapacidad como sujetos independientes en la toma de decisiones que les afectan¹⁰¹.

En primer lugar, el Tribunal Constitucional como la institución encargada de recibir los reclamos de las personas con discapacidad, puede empezar a fomentar que no se continúe con la opinión de expertos sobre que se debería hacer en un respectivo tema, sino que se llame a personas con discapacidad con el fin de tener la opinión de las mismas (como se hizo en el auto 006 de 2009) defendiendo su derecho a la participación y terminando con un criterio paternalista, que parece

⁹⁹ GARGARELLA, Roberto. *De la injusticia social a la justicia penal*. Bogotá, Siglo del Hombre editores Universidad de los Andes. 2008, p 95

¹⁰⁰ GARGARELLA, Roberto, Democracia deliberativa y el papel de los jueces frente a los derechos sociales Disponible en cablemodem.fibertel.com.ar/seminario/rg-delibsoc.doc

¹⁰¹ La propuesta surge de un problema más amplio de la función del Tribunal pero se tratará de fundamentar para el presente proyecto, en el caso de las personas con discapacidad como una manera más profunda de ver el tema de su exclusión.

entender que las personas con discapacidad es un grupo demasiado heterogéneo que no pueden hacerse a cargo de sus decisiones.

En segundo lugar, la Corte no puede, basada en un populismo constitucional, continuar dando órdenes que parecen definitivas, pero que como se observó, sólo contribuyen a mejorar la condición de una persona con discapacidad o darle solución efímera a un problema que necesita mayor planeación. Por lo tanto, las sentencias de control de constitucionalidad como las de tutela deben empezar a modular políticas, no en un sentido autoritario que imponga su visión sobre lo que se debe hacer, ya que el problema de la inclusión de las personas con discapacidad es un problema social que requiere planeación.

La solución a este dilema¹⁰², sería que la Corte empezará a cambiar su concepción de discapacidad como un problema individual o coyuntural (en la mayor parte de los casos de tutela) y empiece, a partir de una visión de las población con discapacidad como un “grupo minoritario” socialmente excluido y a partir de la información directa que recibe, a fomentar políticas que se basen más en llamados a otros poderes políticos. El Tribunal Constitucional, desde esta perspectiva, no debe ser una institución que fije por completo los parámetros de una política para las personas con discapacidad, ya que esto podría traer los problemas antes mencionados. Se debe actuar con todas las instituciones del Estado, advirtiendo que el problema de la exclusión de las personas con discapacidad en educación, transporte, aspectos laborales y sociales es mucho más profundo y que la decisión de adecuación al ambiente que se tome, puede contribuir a menguar el problema, pero no a darle una solución que contribuya a

¹⁰² Que se inspiró en gran parte en la decisión que haría la Corte Constitucional de Sudáfrica en el caso Sudáfrica vs Grootboom, que cómo lo expresa Gargarella: “ayudo a Cass Sunstein a cambiar su visión original sobre el *judicial enforcement* de los derechos sociales. Para él, el caso demuestra la manera en que la Corte puede honrar el cumplimiento de tales derechos sociales, sin socavar la autoridad democrática del legislativo” GARGARELLA, Roberto. Ob. Cit., *De la injusticia social a la justicia penal...* p 98. Así mismo puede verse: SUNSTEIN, Cass *Designing democracy: What Constitutions Do*. Oxford. Oxford University press. 2001. P 221.

seguir construyendo día a día una sociedad más inclusiva para las personas con discapacidad¹⁰³.

En otras palabras, los fallos de la Corte Constitucional, deben ser un llamado a observar el problema social de exclusión de las personas con discapacidad como grupo social brindando una verdadera igualdad, tomando así decisiones que observen el problema desde una perspectiva más profunda, a fin de contribuir a una solución del problema desde diferentes perspectivas, y fomentando un diálogo entre los que necesitan que sus pretensiones sean escuchadas (personas con discapacidad) y el resto de poderes políticos y sociales¹⁰⁴.

La propuesta desde esta perspectiva, es empezar a observar el problema de la exclusión de las personas con discapacidad, no desde una posición herculeana, como a veces lo hace la Corte Constitucional tratando de buscar soluciones rápidas a problemas que como demostró el auto 006 de 2009 y la Convención de las Naciones Unidas, son de mucho fondo, sino fomentando desde la información que recibe de los grupos excluidos, un diálogo que basado en el derecho a la participación pueda incentivar tanto a un movimiento social de personas con discapacidad en la búsqueda de sus derechos como grupo social excluido por barreras sociales, como la reflexión pública de que se afronta un problema, no de una persona o de un ambiente determinado si no de un grupo minoritario que merece un respeto a una igualdad que vista desde la justicia social depende de sus capacidades¹⁰⁵.

¹⁰³ Como muestra Robert Metts Los retornos económicos que puede brindar la inclusión de las personas con discapacidad sobre todo en países en vías de desarrollo tienen un potencial enorme. METTS, Robert. *Discapacidad y desarrollo*. Documento de antecedentes preparado para la reunión de la agenda de investigación sobre discapacidad y desarrollo. Sede del Banco Mundial. Washington D.C. Noviembre 16, 2004. Disponible En: latinamerica.dpi.org/METTS-POBREZAYDISCAPACIDADpaperTraduccBM.doc. En el mismo sentido puede verse METTS, Robert. *Rethinking Disability and Corporate Responsibility*. Journal of Leadership, Accountability and Ethics. University of Nevada, Reno. 2003.

¹⁰⁴ Sobre programas integrales para personas con discapacidad como minoría ver PALACIOS, Agustina. Ob. Cit., *El modelo social de discapacidad...* p. 112

¹⁰⁵ Ver NUSSBAUM, Martha. Ob. Cit., *Las Fronteras de la justicia: consideraciones sobre la exclusión...*

La propuesta por supuesto necesita mucho más desarrollo ya que la Corte ha recurrido casi siempre a órdenes explícitas para el cambio o ha establecido el estado de cosas inconstitucionales cuando los problemas son gran magnitud. Ir más allá implicaría introducirnos en debates democráticos e institucionales que no son el punto, lo que aquí simplemente se pretende es dar algunos elementos a la manera en que un Tribunal constitucional podría contribuir por medio de sus sentencias a la construcción de un modelo social para las personas con discapacidad, ya que probablemente una concepción más amplia de discapacidad en las decisiones de la Corte, bien sea a través de la protección del derecho a la participación de las personas con discapacidad para que se alcance la igualdad, o de un caso con implicaciones profundas donde se pueda llegar a considerar la deliberación que se propone, puedan ganarse con ingenio mayores reivindicaciones sociales para el grupo minoritario en estudio a través de dicha institución.

Para finalizar, se puede decir entonces que un cambio en la concepción de discapacidad como un grupo minoritario y su exclusión como un problema social, puede producir que la Corte Constitucional empiece a reflexionar sobre las decisiones de sus sentencias, para promover verdaderas transiciones que se sostengan sobre el tiempo y que implique una deliberación más amplia, que incluya en todo el transcurso del proyecto a las personas con discapacidad.

3.3. El modelo social de la discapacidad.

La convención de las Naciones Unidas sobre personas con Discapacidad es una buena oportunidad para ir redefiniendo el concepto de discapacidad y una invitación a agregar algunos elementos, que nacen de un intenso debate internacional y que son necesarios recopilar con el fin de ofrecer un mayor panorama que contribuya a sacarnos del paraíso conceptual y se empiece a pensar en una nueva forma de articular el concepto ya mencionado.

En este último acápite se tratará entonces de fijar algunas pautas del modelo social ofrecido por la Convención, con el objetivo de establecer un concepto más amplio de discapacidad que pueda aportar a que la Corte Constitucional se mueva en el sentido de la propuesta en el acápite anterior formulada.

Para empezar, se puede decir que ha existido un intenso debate que ha transcurrido históricamente a través de diferentes disciplinas como la medicina, la economía y otras ciencias sociales por tratar de establecer las implicaciones del concepto de discapacidad. Muchas de dichas disciplinas han creado definiciones de discapacidad que se han ido redefiniendo por ser muy limitadas respecto de las verdaderas necesidades de las personas con discapacidad.

Agustina Palacios muestra la evolución reseñada, a través de tres modelos denominados de prescindencia, rehabilitador y social. Dentro del primer modelo se destaca su carácter religioso y al extremo conservador, evaluando a las personas con discapacidad como inútiles para la comunidad, además de su estigmatización por medio de mitos religiosos que los asimilaban a pecados o fallas de la naturaleza. Por su parte, el modelo rehabilitador tiene un carácter más científico e individual, donde se pretende que la persona con discapacidad puede ser rehabilitada, a través de procesos médicos que puedan contribuir a “normalizar” al máximo su condición. Finalmente el modelo social que es el último avance que trae la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, mira más las barreras sociales que se han impuesto y la manera en que se puede incluir a las personas con discapacidad realizando acciones sobre el ambiente¹⁰⁶.

De la anterior reflexión también se destacan los esfuerzos que en ámbitos internacionales han hecho instituciones como la Organización Mundial de la Salud

¹⁰⁶ *Ibíd.*

y el Banco Mundial, para establecer varios modelos que han ido evolucionando, para tener en cuenta el ambiente como un elemento importante para la construcción de una sociedad más inclusiva. Las divisiones que han presentado estos modelos se pueden determinar en un concepto médico o de rehabilitación, el económico que busca adecuar a las personas con discapacidad a fin de que desarrollen trabajos dentro de sus posibilidades y el sociopolítico que en la misma vía del modelo social trata de observar el problema de la exclusión de las personas con discapacidad en la falta de ambientes sociales y de inclusión política¹⁰⁷.

La Convención surge entonces, por un amplio proceso de debates y trata de articular diferentes disposiciones a fin de que se alcance una mayor inclusión para las personas con discapacidad. En este sentido, la Convención debe ser vista a la luz de otros estatutos internacionales que contribuyen a mejorar la condición de personas que se encuentra en una posición de “desventaja” económica, física o política como los niños y minorías.

Ahora bien, sentado de manera muy general el proceso que ha recorrido el concepto de discapacidad, se puede decir que la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad y su protocolo facultativo, se perfilan como un potencial avance en la búsqueda de los fines que se deben tener en cuenta para una mayor inclusión de las personas con discapacidad. De esta manera, el modelo social implica nuevos elementos para repensar la situación de las personas con discapacidad de una manera más integral que una simple rehabilitación o del ofrecimiento de un empleo que no satisfagan las necesidades del grupo minoritario en estudio.

¹⁰⁷ Sobre la evolución de estos conceptos puede verse, Velandia Israel y HERNÁNDEZ, Jaramillo Janeth. Ob. Cit., *Exclusión Social y Discapacidad...* HAHN Harlan y POOL Hegamin Angela, *Assessing scientific measures of disability* En Journal of Disability Policy Studies; Fall 2001. HAHN, Harlan. *Toward a Politics of Disability: Definitions, Disciplines, and Policies*. Disponible En: www.independentliving.org/docs4/hahn2.html

Los elementos que nos brindan la Convención, traen como lo advierte Agustina Palacios, “la filosofía del modelo social que jurídicamente se traduce la adaptación al contexto específico de la discapacidad a través de una interpretación y aplicación idónea del derecho a la igualdad basado en dignidad intrínseca del ser humano”¹⁰⁸. La cuestión se vuelve por ende, de derechos humanos y busca una integración social fuerte.

Así mismo, el modelo social de discapacidad parte de la base del ambiente, entendido como el lugar donde interactúa y desarrolla su personalidad la persona con discapacidad. Es decir, que la discapacidad parte de una doble perspectiva donde existe por un lado, la persona individual que tiene una discapacidad (en donde se ha concentrado la mayor parte de estudios médicos y económicos) y por otro, las herramientas sociales que puedan brindársele para una mayor inclusión, esto implica el entorno familiar, social y político con el que interactúa para alcanzar sus proyectos y objetivos. Existe por lo tanto una relación entre la parte física, psicológica y social que pueden crear o agravar la discapacidad¹⁰⁹.

El ambiente por su parte, está conformado por diferentes barreras, tanto arquitectónicas¹¹⁰ (que incluyen la carencia de construcciones físicas dentro del

¹⁰⁸ EN PALACIOS, Agustina. Ob. Cit., *El modelo social de discapacidad...* p, 212.

¹⁰⁹ Ver Convención de los derechos de las personas con discapacidad de la Organización Nacional de las Naciones Unidas aprobada el 13 de diciembre de 2006. Un análisis de los avances que representa dicha convención puede verse EN PALACIOS, Agustina. Ob. Cit., *El modelo social de discapacidad...* p, 340.

¹¹⁰ Las barreras sociales que impiden que la sociedad integre a las personas con discapacidad, han tratado de romperse en diferentes países, a través de medidas institucionales que contribuyan a crear proyectos integrales, con el fin de observar las diferentes necesidades de las personas con discapacidad. Ejemplos de esta clase de esfuerzos han sido el Act 504 de 1973, y el *Americans with Disabilities Act (ADA)* en los Estados Unidos, así como en Sudáfrica, la estrategia para la integración nacional de las personas con discapacidad. La pretensión de estos estatutos ha sido la creación de políticas públicas que se dirijan a adecuar los ambientes y entornos sociales a favor de las personas con discapacidad. En el caso del ADA, muchos de sus opositores argumentaban que su instauración podría traer consecuencias desastrosas si las Cortes protegían el derecho de las personas con discapacidad a un ambiente propicio, imponiendo cargas a pequeños establecimientos que, por su liquidez económica, no iban a tener ningún beneficio en adecuarse a las necesidades de las personas con discapacidad. Este escenario económicamente catastrófico para pequeños establecimientos nunca llegó a hacerse realidad, debido a que tanto las Cortes de distrito como las de apelación nunca alcanzaron tal grado de activismo judicial. Ver BLANK, Peter (Et al). Ob. Cit., *Disability civil rights law and policy...* GLUCK,

campo educativo, laboral y social en general), como psicosociales (componentes de interacción humana como sentimientos, estigmas y todo aspecto psicológico que evite una inclusión efectiva de las personas con discapacidad), que han provocado exclusión para las personas con discapacidad. En esta medida, más allá de realizar acciones afirmativas que conduzcan a la inclusión de la persona con discapacidad a un ambiente dado, se necesita de un cambio que tenga efectos sobre el lugar donde interactúa dicha persona.

Otro de los componentes de la Convención de las Naciones Unidas sobre personas con discapacidad es tener en cuenta la opinión de éstas bajo la protección de su derecho a la libertad de expresión y autonomía¹¹¹. Estas medidas constituyen un esfuerzo por crear un sujeto autónomo que a la vez pueda interrelacionarse con otras personas de una manera más productiva, por lo tanto, la propuesta de una Corte que invite a la deliberación puede facilitar este aspecto.

Uno de los aspectos que se desprende del ambiente como generador o agravante de la discapacidad, es el de empezar a asumir con mayor profundidad que las personas con discapacidad son un grupo minoritario que ha sido excluido históricamente, y que en este sentido no son un agregado de problemas coyunturales, sino que su inclusión depende de un problema social serio¹¹².

Empezar a observar a las personas con discapacidad como grupo minoritario implica un esfuerzo de todas las instituciones (dentro de estas la Corte como vimos juega un papel importante) y las personas en general, para fomentar políticas que propendan una adecuación social completa, que tenga como base la articulación de las distintas necesidades de las personas con discapacidad,

Susan M. *The Federal Courts and Disability Rights: Judicial interpretation of title III of the American with disabilities act*. En *Journal of disability policy studies*. Vol.15 No 3. 2004 P 147-158.

¹¹¹ Ver artículo 7 No 3 y en general Artículo 21 y ss de la Convención.

¹¹² EN PALACIOS, Agustina. Ob. Cit., *El modelo social de discapacidad...* En este mismo sentido HAHN Harlan. Ob. Cit., *Accommodations and the ADA: Unreasonable bias or biased reasoning...* p. 178.

partiendo de una política que se sostenga en el tiempo y pueda lograr cambios paulatinos pero a la vez con una base fuerte y progresiva. Con esto se puede obtener, como ya se expresó, una ganancia social, que brinde a la vez posibilidades de autonomía para las personas con discapacidad.

En este sentido, la Convención, a través de sus disposiciones, es un llamado para empezar a romper barreras sociales que no permiten una inclusión óptima de las personas con discapacidad, de esta manera teniendo a una Corte encargada de proteger los derechos, y que en general ha sido vista como la encargada de recibir las demandas de personas excluidas, se puede empezar a crear espacios de manera ordenada a través de la colaboración de las personas con discapacidad y de las otras ramas del poder público para crear en Colombia un entorno que no continúe produciendo o agravando la situación de las personas con discapacidad.

CONCLUSIONES

En el presente proyecto se ha partido de la hipótesis de que la Corte Constitucional colombiana ha sido la que se ha encargado de proteger los derechos de algunos grupos desaventajados por sus condiciones sociales o económicas. En este sentido, se trató de ofrecer en el primer capítulo una aproximación que pueda sostener dicha hipótesis, con el fin de establecer la manera en que la el Tribunal Constitucional ha protegido en Colombia el derecho a la igualdad de las personas con discapacidad.

De esta manera, se ha visto como las personas con discapacidad como grupo minoritario no han encontrado una cohesión social y sus condiciones de pobreza han agravado aún más su situación social. La Corte en este sentido ha tenido buenas intenciones para tratar de salvaguardar el derecho a la igualdad de las personas con discapacidad. No obstante, la falta de un concepto claro de discapacidad ha conducido a que en muchas ocasiones los problemas que se le demandan a la institución mencionada, sean resueltos de manera separada sin una solución real a los problemas que enfrentan la población con discapacidad como grupo.

Todo lo anterior llevó entonces a preguntarse por el grado de protección que ha tenido la Corte Constitucional Colombiana con un grupo minoritario específico como el que representan las personas con discapacidad. Para lograr este objetivo, se hizo una recopilación de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional colombiano con el fin de estudiar lo que éste ha entendido por discapacidad mediante los conceptos que ha manejado. Dentro del análisis que se hizo de la jurisprudencia, se pudieron identificar dos momentos del concepto de discapacidad, en los cuales encontramos una protección particular por parte del Tribunal a través de las

sentencias de tutela como la vía que usaron las personas con discapacidad para lograr sus pretensiones y una protección más general debido a en gran parte a los tratados internacionales, a través de sentencias de control de constitucionalidad y algunas de tutela.

Las conclusiones de este capítulo mostraron que en el primer momento la Corte entiende la discapacidad como un problema individual, que se manifiesta en un número de casos aislados que se le presentan y que debe resolver por medio de una adecuación de la persona discapacitada al lugar donde ésta se interrelaciona (centro educativo, laboral o espacio social en general) para que no se generen estigmas o segregaciones que puedan afectar su relaciones interpersonales y sociales. En este primer momento, la Corte sigue un criterio que no observa las consecuencias que el entorno puede traer para la persona con discapacidad, en cuanto a los estigmas ya creados en la sociedad y la falta tanto de estructuras arquitectónicas que producen que la pretendida protección de la Corte se neutralice.

En el segundo momento existe ya un criterio más amplio, donde el Tribunal Constitucional colombiano siguiendo la evolución de debates y parámetros internacionales establece que la discapacidad ya no es un problema individual sino social, que debe ser resuelto por medio de una protección integral a este grupo que ha sido históricamente excluido. Utilizando métodos de derecho comparado y atendiendo a la realidad de la discapacidad, la Corte empieza a reflexionar sobre otros problemas que se les presentan a las personas con discapacidad en la vida diaria. Así por ejemplo, señala la manera en que el entorno puede agravar o crear discapacidad y la manera en que un concepto peyorativo puede generar exclusión para las personas con discapacidad.

El tercer capítulo partió de una crítica directa a algunos casos de la Corte Constitucional donde se destaca la manera en que un concepto limitado de

discapacidad puede otorgar un menor grado de protección para la persona con discapacidad. Así mismo, se observa cómo a pesar de los esfuerzos de del Tribunal Constitucional colombiano por adecuar una igualdad real y efectiva, aún existen barreras sociales que impiden que se adecue un modelo social más inclusivo para las personas con discapacidad.

En algunos casos específicos se puede concluir que ha faltado una concepción más amplia de discapacidad por parte de la Corte. Así por ejemplo, los asuntos del señor Próspero Valbuena Suárez en aspectos laborales y de la niña Carol Andrea Moreno en lo educativo, pudieron tener otro direccionamiento en la decisión, si la concepción de discapacidad cambia hacia un modelo social que observe a las personas con discapacidad como grupo minoritario. En el caso del señor Próspero la Corte pudo por ejemplo, haber determinado que si bien existen otras personas que pueden desarrollar el mismo trabajo, existen condiciones sociales y en el caso de las personas con discapacidad una exclusión histórica que los ha relegado de tener determinados empleos y por lo tanto la medida de establecer una protección reforzada se debe otorgar para garantizar la igualdad a largo plazo, venciendo así la falta de oportunidades de las personas con discapacidad.

El caso de Carol Andrea tiene una solución más compleja, ya que se estudió, en principio la Corte la protege de la exclusión que pretendía hacer cumplir el colegio. No obstante, esta adecuación no es suficiente ya que la función de la Corte no deber ir dirigida simplemente a incluir una persona con discapacidad a un ambiente que por falta de estructura social pueda causar segregación. En un sentido más social, el Tribunal debió tratar de ofrecer los elementos necesarios para que se brinde una adecuación en el colegio a fin de que Carol Andrea pudiera no sólo ser incluida, sino aceptada como una persona que puede desarrollar su talento de acuerdo a sus propias capacidades y autonomía.

Con este razonamiento se puede argumentar que en casos específicos la concepción de discapacidad que tiene la Corte puede definir una determinada decisión. Pero como se aclaró, no hay que desconocer que en aspectos individuales la Corte ha ido produciendo una jurisprudencia que se enriquece y tiene en cuenta el ambiente para efectuar cambios en el mismo, y por ende integra a la persona con discapacidad de una manera satisfactoria.

Ahora bien, frente a la postura individualista se realizó una crítica más general, que se basa en observar los problemas de las personas con discapacidad no de manera coyuntural o suelta sino atada a un problema social de un grupo minoritario excluido no sólo por prejuicios, sino por diseños sociales (arquitectónicos) que por un lado los excluye de tomar decisiones que los afectan y por otro les quita oportunidades en diferentes ámbitos.

Así en el segundo nivel de la crítica me aventuré¹¹³ a realizar una propuesta que podría permitir que las personas con discapacidad puedan por medio de la protección del derecho de participación por parte de la Corte alcanzar una igualdad sustancial, que logre contribuir a la construcción de políticas que sea perdurables en el tiempo y no meras soluciones parciales.

En este sentido, se ofreció en este tercer capítulo una salida deliberativa a las sentencias que puede expedir la Corte Constitucional. Así teniendo como base los argumentos del primer capítulo de una Corte encargada de recibir las demandas de grupos minoritarios como las personas con discapacidad, se parte de la idea de que una visión de grupo minoritario implica no solamente la inclusión de una persona y el cambio de un ambiente determinados, sino una colaboración social, que se puede fomentar a través de una opinión y participación más activa de las

¹¹³ Uso esta expresión ya que las decisiones en este sentido podían ser muy discutibles, pero como se expresó en el texto, se podría aprovechar esa ubicación estratégica de la Corte para incluir a las personas con discapacidad a través de su derecho a la participación y a fomentar a través de varias instituciones una política sostenible que nos ayude a construir una democracia deliberativa más productiva que contribuya a una igualdad sustancial en sentido no sólo individual sino social.

personas con discapacidad y el llamado de atención, que se piensa lo debe hacer la Corte a través de una modulación de sus sentencias, a las otras ramas del poder público para empezar a crear una política social para las personas con discapacidad, que impliquen más allá de la imposición de lo que se debería hacer o una orden directa de arreglo, un dialogo que involucre a las personas con discapacidad, a fin de que se construyan sobre bases sostenibles verdaderos cambios .

Es así, como una perspectiva diferente del concepto de discapacidad puede producir un potencial cambio que traiga efectos positivos y empiece a construir de manera más expedita una institución (Corte Constitucional) que logre redireccionar de manera efectiva con sus decisiones políticas una visión distinta de las personas con discapacidad como una minoría excluida, logrando así que éstas puedan con base en la igualdad alcanzar autonomía para dirigir sus propios proyectos de vida y una interrelación social que lo permita.

A fin de profundizar en los elementos sociales del concepto de discapacidad, se realizó un breve análisis de lo que la Convención Internacional sobre los Derechos de las personas con discapacidad, a partir de los intensos debates que se le dieron y la evolución de varios modelos que han tratado de definir discapacidad, puede ofrecer en el traslado de derechos políticos y sociales a ámbitos reales para las personas con discapacidad. De esta manera, la Convención se convierte en una oportunidad para realizar cambios generales al ambiente que impliquen una visión de las personas con discapacidad como grupo y en donde la Corte Constitucional como la encargada de recibir las demandas de grupos excluidos, pueda empezar a construir (más allá de una visión y una defensa fuerte de las personas con discapacidad) un dialogo que involucre tanto la opinión de otras instituciones como de la personas con discapacidad, en el proceso de construir proyectos sostenibles en el tiempo que fomenten de manera progresiva una sociedad sin barreras para el grupo minoritario en estudio.

Finalmente, como en todo proyecto de investigación, quedan al final preguntas abiertas y profundizaciones que deben hacerse con el fin de continuar mejorando. No obstante, queda la esperanza de que exista en la presente tesis un pequeño aporte que aliente el debate sobre discapacidad, ya que al parecer ni la más exhaustiva investigación en cualquier área tiene su labor terminada y por eso quisiera terminar con una idea de Karl Popper que advierte: “A cada paso que avanzamos y a cada problema que solucionamos no solamente se nos descubren nuevos problemas pendientes de solución, sino que se nos impone la evidencia de que incluso allí donde creíamos estar sobre suelo firme y seguro todo es, en realidad, inseguro y vacilante”¹¹⁴.

¹¹⁴ POPPER, Karl (Et al.) *La Lógica de las ciencias sociales*. EN La disputa del positivismo en la sociología alemana. Traducción Jacobo Muñoz, Ediciones Grijalbo, Barcelona. 1973, p. 101.

BIBLIOGRAFÍA

- AUSTIN, John., *Cómo hacer cosas con palabras*. 1ª Edición Traducción de Genaro R. Carrió y Eduardo A. Rabossi., Barcelona. Paidós. 1990.
- BERNAL, Carlos. *Un análisis de las decisiones judiciales con base en la teoría de los actos de habla*. EN *European Journal of Legal Studies*. Vo 1, RevNo 2. 2008.
- BLANK, Peter (Et al). *Disability civil rights law and policy*. Thomson West. 2004.
- BROGNA, Patricia. *Niveles Educativos e Integración de Alumnos con Discapacidad: Una Relación Inversamente Proporcional*. México. En *Revista Mexicana de Orientación Educativa*. Marzo- Junio. 2006.
- COHEN, Felix *El método funcional en el derecho*. Abeledo-Perrot Ediciones. Buenos Aires, 1962.
- COUSO, Javier. *The Changing Role of Law and Courts in Latin America: From an Obstacle to Social Change to a Tool of Social Equity* EN GARGARELLA, R. (Comp.) *Courts and Social Transformation in New Democracies: An Institutional voice for the poor?* 2004.
- CRUZ, Velandia Israel y HERNÁNDEZ, Jaramillo Janeth. *Exclusión Social y Discapacidad*. Bogotá. Centro Editorial Universidad del Rosario. 2006
- DÍAZ, María y RIUS, María. *¿y después del trabajo, qué? Más allá de la integración laboral de las personas con discapacidad*. Universidad de Girona. España, *Revista de Educación*, 342. Enero-abril 2007.

-ESCRIDGE, William, *Channeling: identity-based social movements and public law*. University of Pennsylvania law review. 2000.

-FERREIRA, Miguel. *La Construcción Social de la Discapacidad: Habitus, estereotipos y exclusión social*. *Nómadas* revista crítica de ciencias sociales y jurídicas. Madrid. Universidad Complutense. 2008. Disponible En: <http://www.ucm.es/info/nomadas/17/mferreira.pdf>

-FISS, Owen "Grupos y la cláusula de la igual protección", En *Derecho y grupos desaventajados*, Roberto Gargarella (Comp), Biblioteca Yale de Estudios Jurídicos, Edit. Gedisa, 1999.

-GARCÍA, Mauricio, *El derecho como esperanza: constitucionalismo y cambio social en América Latina, con algunas ilustraciones a partir de Colombia*. Bogotá. En UPRIMNY, Rodrigo (Et al) *¿Justicia para todos? Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia*, 2006.

-GARGARELLA, Roberto. *De la injusticia social a la justicia penal*. Bogotá, Siglo del Hombre editores Universidad de los Andes. 2008.

-GLUCK, Susan M. *The Federal Courts and Disability Rights: Judicial interpretation of title III of the American with disabilities act*. En *Journal of disability policy studies*. Vol.15 No 3. 2004.

-HAHN, Harlan. *Accommodations and the ADA: Unreasonable bias or biased reasoning*. Berkeley University. *Journal of employment and labor law*. 2000.

-HAHN, Harlan y POOL Hegamin Angela, *Assessing scientific measures of disability* En *Journal of Disability Policy Studies*; Fall. 2001.

-HAHN, Harlan. *Toward a Politics of Disability: Definitions, Disciplines, and Policies*. Disponible En: www.independentliving.org/docs4/hahn2.html

-HART, H.L.A. *El concepto del derecho*. Buenos Aires. Abeledo Perrot. 1968.

-HOLMES, Oliver Wendell. *The path of the law*. Harvard Law Review. Rev. 154. 1897.

-LÓPEZ, Diego, *¿La muerte de un hito judicial histórico? La sentencia Brown y la integración educativa*, Bogotá. EN ámbito jurídico. Del 18 de Febrero al 2 de Marzo de 2008.

-LÓPEZ, Diego. *El derecho de los jueces*. Bogotá. Legis. 2ª Edición. 2006.

-METTS, Robert. *Discapacidad y desarrollo*. Documento de antecedentes preparado para la reunión de la agenda de investigación sobre discapacidad y desarrollo. Sede del Banco Mundial. Washington D.C. Noviembre 16, 2004. Disponible En: latinamerica.dpi.org/METTS-POBREZAYDISCAPACIDADpaperTraduccBM.doc .

-METTS, Robert. *Rethinking Disability and Corporate Responsibility*. Journal of Leadership, Accountability and Ethics. University of Nevada, Reno. 2003.

-NUSSBAUM, Martha. *Las Fronteras de la justicia: consideraciones sobre la exclusión*. Barcelona. Paidós. 2007.

-PALACIOS, Agustina. *El modelo social de discapacidad: Orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Madrid, CERMI y Ediciones Cinca 2008.

- POPPER, Karl (Et al.) *La Lógica de las ciencias sociales*. EN La disputa del positivismo en la sociología alemana. Traducción Jacobo Muñoz, Ediciones Grijalbo, Barcelona. 1973.
- RODRÍGUEZ, Maria Luisa. *Minorías, acción pública de inconstitucionalidad y democracia deliberativa*, Bogotá. Universidad Externado de Colombia. 2005.
- SCOTCH, Richard. *From Good Will to Civil Rights: Transforming Federal Disability Policy*, Temple University Press. Philadelphia, Second Edition. 2001.
- SEARLE, John, *Actos de habla*, Ensayo de filosofía del lenguaje. 5ª Edi. Madrid. Ediciones Cátedra. 2001.
- SEN, Amartya. *Discapacidad y Justicia*. Ponencia en la segunda Conferencia Internacional sobre Discapacidad y Desarrollo Inclusivo. Banco Mundial. Diciembre de 2004. Disponible En: latinamerica.dpi.org/1SENAMARTYA-DISCAPACIDADYJUSTICIA_001.doc
- SUNSTEIN, Cass *Designing democracy: What Constitutions Do*. Oxford. Oxford University press. 2001.
- UPRIMNY, Rodrigo. "Constitución de 1991, Estado social y derechos humanos: promesas incumplidas, diagnósticos y perspectivas", en VV.AA *El debate a la constitución*. Bogotá: ILSA y Universidad Nacional, 2002.

SENTECIAS CORTE CONSTITUCIONAL

Sentencia T- 427 de 1992. Magistrado ponente Eduardo Cifuentes Muñoz.

Sentencia T-429 de 1992. Magistrado Ponente Ciro Angarita Barón.

Sentencia T- 036 de 1993. Magistrado Ponente. Alejandro Martínez Caballero.

Sentencia T-441 de 1993. Magistrado Ponente José Gregorio Hernández.

Sentencia T- 067 de 1994. Magistrado Ponente José Gregorio Hernández.

Sentencia T- 098 de 1994. Magistrado ponente Eduardo Cifuentes Muñoz.

Sentencia T-100 de 1994. Magistrado Ponente Carlos Gaviria Díaz.

Sentencia T - 404 de 1994. Magistrado Ponente Jorge Arango Mejía.

Sentencias T-049 de 1995. Magistrado Ponente. Alejandro Martínez Caballero.

Sentencia T-117 de 1995. Magistrado Ponente José Gregorio Hernández.

Sentencia 144 de 1995. Magistrado Ponente Antonio Barrera Carbonell.

Sentencia T- 288 de 1995. Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz.

Sentencia T-065 de 1996. Magistrado Ponente, Antonio Barrera Carbonell.

Sentencia T- 224 de 1996. Magistrado Ponente Madimiro Naranjo Mesa.

Sentencia SU- 039 de 1997. Magistrado Ponente Antonio Barrera Carbonell.

Sentencia T- 093 de 1997. Magistrado ponente José Gregorio Hernández.

Sentencia T- 204 de 1994. Magistrado Ponente. Alejandro Martínez Caballero.

Sentencia T- 207 de 1999. Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz.

Sentencia T-513 de 1999. Magistrada Ponente. Martha Victoria Sachica.

Sentencia T-620 de 1999. Magistrado Ponente Alejandro Martínez Caballero.

Sentencia T-823 de 1999. Magistrado Ponente. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Sentencia C- 559 de 2001. Magistrado Ponente Jaime Araujo Rentería.

Sentencia C- 128 de 2002. Magistrado Ponente Eduardo Montealegre Lyneet.

Sentencia T- 595 de 2002. Magistrado Ponente Manuel José Cepeda.

Sentencia C-401 de 2003, Magistrado Ponente Álvaro Tafur Galvis.

Sentencia T-478 de 2003. Magistrado Ponente Rodrigo Escobar Gil.

Sentencia T-397 de 2004 Magistrado Ponente Manuel José Cepeda.

Sentencia C- 1088 de 2004. Magistrado Ponente Jaime Córdoba Triviño.

Sentencia C-174 de 2004. Magistrado Ponente Álvaro Tafur Galvis.

Sentencia C-381 de 2005. Magistrado Ponente Jaime Córdoba Triviño.

Sentencia T-1291 de 2005. Magistrado Ponente Clara Inés Vargas Hernández.

Sentencia T- 1090 de 2005. Magistrada Ponente Clara Inés Vargas Hernández.

Sentencia C-076 de 2006. Magistrado Ponente Jaime Córdoba Triviño.

Sentencia T- 157 de 2006, con ponencia del Magistrado Humberto Sierra Porto.

Sentencia T- 198 de 2006. Magistrado Ponente, Marco Gerardo Monroy Cabra.

Sentencia T- 063 de 2007 Magistrado Ponente Humberto Sierra Porto.

Sentencia C-075 de 2007 Magistrado Ponente Rodrigo Escobar Gil.

Sentencia T-093 de 2007. Magistrado Ponente Humberto Sierra Porto.

Sentencia T-043 de 2008. Magistrado Ponente Manuel José Cepeda.

Auto 006 de 2009. Magistrado Ponente Manuel José Cepeda.