Sentencia C-606/12

PERSONAS CON LIMITACION-Mecanismos de integración social

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Requisitos de claridad, pertinencia, certeza y suficiencia

PERSONAS EN SITUACION DE DISCAPACIDAD-Protección constitucional especial

PROTECCION ESPECIAL DE LAS PERSONAS EN SITUACION DE DISCAPACIDAD-Beneficios y garantías establecidas en forma general en el bloque de constitucionalidad, la Constitución y la Ley

POBLACION EN SITUACION DE DISCAPACIDAD-Garantías

PERSONAS EN SITUACION DE DISCAPACIDAD-Medios de prueba para acreditar tal situación

REGIMEN DE SEGURIDAD SOCIAL DE LAS PERSONAS EN SITUACION DE DISCAPACIDAD-Inclusión del llamado enfoque diferencial como criterio para la eliminación de situaciones de discriminación y marginación

PERSONAS CON DISCAPACIDAD-Marginación como constante histórica

DISCAPACIDAD-Concepto/DISCAPACIDAD-Evolución histórica del concepto

LIMITACION DE LA PERSONA-Concepción amplia

POBLACION EN SITUACION DE DISCAPACIDAD-Beneficios y prerrogativas

SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE-Promoción de cursos entre la población con limitación y acceso en igualdad de condiciones de dicha población

PERSONAS EN SITUACION DE DISCAPACIDAD-Estabilidad laboral reforzada

PERSONAS EN SITUACION DE DISCAPACIDAD-Beneficios directos en materia de educación, accesibilidad, salud, estabilidad laboral, recreación, transporte

SITUACION DE LIMITACION O DISCAPACIDAD-Medios de prueba para su acreditación

ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE PERSONAS EN SITUACION DE DISCAPACIDAD-Jurisprudencia constitucional

ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE PERSONAS EN SITUACION DE DISCAPACIDAD-Concepto en sentido amplio

PERSONAS EN SITUACION DE DISCAPACIDAD-Acceso y garantía del derecho a la salud

TRAMITES DE VERIFICACION Y AUTORIZACION DE SERVICIOS DE SALUD-Carga exclusiva de la institución prestadora de servicios y de la entidad de aseguramiento correspondiente

CARNE DE AFILIACION AL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Especificación del carácter de persona con grado de limitación no constituye una medida irrazonable o desproporcionada, siempre que no se entienda como requisito sine qua non

IDENTIFICACION DE PERSONAS CON LIMITACIONES EN CARNE DE AFILIACION AL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Finalidades/CARNE DE AFILIACION AL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Documento de tipo declarativo y no constitutivo/INCLUSION DE UNA PERSONA EN UN REGISTRO-Constituye una prueba pero no es requisito indispensable si está de por medio la violación de un derecho fundamental

Para la Sala la disposición demandada que prescribe que “el carné servirá para identificarse como titular de los derechos establecidos en la presente Ley” debe ser entendida como una medida de acción afirmativa que, en el contexto de la Ley 361 de 1997 está provista de dos finalidades específicas: (i) visibilizar a la población en situación de discapacidad y facilitar el ejercicio de sus derechos al hacer más expedita la acreditación de la situación de discapacidad en diferentes contextos y (ii) facilitar el goce efectivo de los derechos y privilegios contenidos en la Ley 361 de 1997. Así mismo, dicha disposición no puede ser entendida como una norma que establezca de una u otra forma una especie de tarifa legal, o que funcione en la práctica como una barrera normativa para el goce efectivo de los derechos especiales que la Ley 361 de 1997 estableció en favor de la población en situación de discapacidad o afectada por alguna limitación. La existencia del carné tiene una función importante de identificación de su portador como titular de los derechos reconocidos en la Ley 361 de 1997, pero jamás puede entenderse como un dispositivo mediador indispensable entre el titular de los derechos y la eficacia concreta de estos. Por último, se debe resaltar

que el carné de afiliación al Sistema de Seguridad Social en Salud es una prueba declarativa pero no constitutiva y por ende no se puede configurar de ningún modo como una barrera de acceso para la garantía de los derechos establecidos en la Ley 361 de 1997 para las personas en situación de discapacidad. Por tanto se debe entender que el carné solo sirve como una garantía y una medida de acción positiva de los derechos contenidos en la Ley 361 de 1997 y no se puede convertir en una limitación, restricción o barrera de los derechos o prerrogativas de que son portadoras las personas en situación de discapacidad.

Referencia: expediente No. D-8871

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 5º (Parcial) de la Ley 361 de 1997

Demandante: Hernán Cristóbal Vargas Galeano

Magistrada Ponente:

ADRIANA MARÍA GUILLÉN ARANGO

Bogotá, D.C, primero (1º) de agosto de dos mil doce (2012)

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción pública consagrada en el artículo 241 superior, el ciudadano Hernán Cristóbal Vargas Galeano instauró demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 5º (Parcial) de la Ley 361 de 1997 “Por la cual se establecen mecanismos de integración social de las personas con limitación y se dictan otras disposiciones”.

Cumplidos los trámites previstos en el artículo 242 de la Constitución y en el Decreto 2067 de 1991, la Corte Constitucional procede a decidir acerca de la demanda en referencia.

II. NORMA DEMANDADA

El texto del artículo demandado es el siguiente:

“LEY 361 DE 1997

(febrero 7)

Diario Oficial No. 42.978, de 11 de febrero de 1997

Por la cual se establecen mecanismos de integración social de las personas con limitación y se dictan otras disposiciones

ARTÍCULO 5o. Las personas con limitación deberán aparecer calificadas como tales en el carné de afiliado al Sistema de Seguridad en Salud, ya sea el régimen contributivo o subsidiado. Para tal efecto las empresas promotoras de salud deberán consignar la existencia de la respectiva limitación en el carné de afiliado, para lo cual solicitarán en el formulario de afiliación la información respectiva y la verificarán a través de diagnóstico médico en caso de que dicha limitación no sea evidente.

Dicho carné especificará el carácter de persona con limitación y el grado de limitación moderada, severa o profunda de la persona. Servirá para identificarse como titular de los derechos establecidos en la presente Ley.

Lo dispuesto en este artículo se entiende sin perjuicio de las políticas que con relación a las personas con limitación establezca el 'Comité Consultivo Nacional de las Personas con Limitación' a que se refiere el artículo siguiente".

III. LA DEMANDA

3.1. El demandante manifiesta que el aparte subrayado del artículo 5º de la Ley 361 de 1997 vulnera el Preámbulo y los artículos 1, 2, 4, 5, 9, 11, 13, 16, 25, 29, 47, 48, 49, 53, 54, 93 y 230; los numerales 2 y 4 del artículo 95; y el literal a) del artículo 152 de la Constitución.

Señala que la disposición cuestionada quebranta importantes disposiciones internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad. Indica como infringidos el Convenio 159 de la OIT, la Declaración de los Derechos de los Impedidos – Resolución 3447 de 1975 de la ONU-, las Normas Uniformes sobre la Igualdad de Oportunidades para las personas con Discapacidad- AG. 48796, del 20 de diciembre de 1993 de la ONU-, y la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad1.

3.2. A juicio del actor, la disposición acusada confiere un valor probatorio superlativo a la calificación de pérdida laboral que aparece en el carné de afiliación individual al Sistema de Seguridad Social.

3.3. Señala que la exclusiva forma probatoria de discapacidad que en este caso es la inscripción explícita en el mentado carné, establece una regla de discriminación negativa en perjuicio de quienes, aun padeciendo alguna discapacidad, no cuentan con dicha calificación2. La diferenciación jurídica que crea identifica, de un lado, a los titulares de los derechos conferidos por la Ley 361 de 1997, entre ellos, el de estabilidad laboral reforzada del artículo 26 ejusdem y, de otro, a quienes en similares condiciones objetivas de debilidad manifiesta no son favorecidos con tales garantías legales.

3.4. Señala igualmente que la aplicación de la norma acusada desencadena un inevitable desamparo para aquellos que, no obstante presentar disminuciones físicas y mentales, aún no han obtenido el dictamen definitivo que les certifique el porcentaje de pérdida de capacidad laboral.

3.5. Explica que el oneroso y pesado curso de un proceso de calificación de pérdida de capacidad laboral, operado bajo las deficientes dinámicas con que funciona el sistema de seguridad social en Colombia, a su parecer, se traduce en un prolongado e injusto período de desprotección legal a una persona con alguna limitación, pues la acreditación solo se surte siempre que las EPS mediante diagnóstico médico soliciten y verifiquen la información.

3.6. Afirma que en el caso de los trabajadores existe un lapso de tiempo en donde el empleado discapacitado debe esperar para ser calificado como tal. Este período se cuenta desde el momento de origen de la patología hasta la verificación e inclusión de la inscripción en el carné individual por parte de la EPS. Para el demandante dicho período se cuenta como una desprotección por la falta de carné de afiliación individual al sistema de seguridad social.

3.7. Aduce que de la norma acusada se infiere que los trabajadores al sufrir alguna enfermedad o accidente durante la vigencia del contrato laboral, quedan exceptuados de la protección del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, hasta tanto no obtengan la inscripción y el carné. Igualmente alega que la demora considerable de protección-leyenda de la condición discapacitante-, frente a derechos como la estabilidad laboral reforzada de los

discapacitados, su rehabilitación integral y el acceso al sistema de seguridad social, vuelve inútil cualquier postulado de especial protección constitucional de estos sujetos.

3.8. Por otro lado respecto de una eventual violación al artículo 29 de la C.P.3, manifiesta que la expresión demandada afecta gravemente el proceso de libre convencimiento del juez, basado en un sistema no tarifado de los medios de prueba. Esto, por cuanto el epígrafe en el carné de afiliación se ratifica como prueba unívoca para demostrar la titularidad de los derechos vertidos en la Ley 361 de 1997. Por ende, estima que la condición ad subtantiam actus de la prueba "(…) no resulta razonable, proporcionada y necesaria para que los cometidos de dicha normativa puedan cumplirse en la praxis jurídica y cotidiana (…)"4 pues otros medios de prueba válidos en un sistema no tarifado estarían vetados.

Indica que de seguirse esta línea de razonamiento, la protección jurídica a personas con limitaciones que acrediten su condición por otros medios como testimonios, historias clínicas o recomendaciones de las EPS o ARP, acabaría anulada. Estima por tanto que la prueba del carné como único medio para certificar la condición de discapacidad evidencia la desproporción de la medida normativa frente a personas en igual situación de debilidad manifiesta.

3.9. Para finalizar, señala que el aparte acusado promueve un trato discriminatorio en otros escenarios. Al respecto, puede pensarse en las personas que por oposición a las que se encuentran afiliadas al sistema de seguridad social y gozan de los beneficios de la Ley 361 de 1997, no están bajo el amparo del Sistema, requisito sine qua non para acceder a tales beneficios. También cita a quienes no tienen recursos para iniciar el trámite de calificación de pérdida de capacidad laboral y en consecuencia, no podrían, ni hipotéticamente, pretender amparo como sujetos de especial protección.

V. INTERVENCIONES

5.1. Intervención del Ministerio del Trabajo.5

5.1.1. La ciudadana Gloria Cecilia Valbuena Torres, actuando en representación de la Nación-Ministerio de Trabajo, pide a la Corte declarar exequible el aparte demandado.

5.1.2. Indica la interviniente que la expresión demandada se apega al ordenamiento

constitucional y a las disposiciones de derecho internacional, puesto que no acreditar la calidad de discapacitado, “(…) permitiría que cualquier persona alegue esta condición y no lo pruebe, o que quien posea una limitación inferior a la establecida en la Ley 361, la alegase para fines diferentes a la estabilidad laboral reforzada”.6

5.1.3. Indica que para que una persona acredite su condición de discapacidad, a fin de hacerse titular de los derechos establecidos en la Ley 361 de 1997, es natural que deba acreditar su condición con el carné descrito por el artículo 5º, contentivo de la expresión demandada, debido a que estos beneficios no solo cobijan a la persona con limitaciones, sino que podrían tener efectos sobre terceros.

5.1.4. Sobre el particular señala que si los empleadores contratan a una persona en situación de discapacidad tienen ventajas tributarias y un trato especial en la cuota de aprendices; ventajas que se extienden igualmente para los trabajadores en forma de beneficios educativos y tratamientos de rehabilitación. Sin embargo, “(…) de no contar con el documento idóneo exigido por la ley, el empleador no podría saber cuando una persona cuenta con la titularidad de esos beneficios y cuando no”7.

5.1.5. Con previa citación de jurisprudencia constitucional8, la interviniente afirma que los trabajadores discapacitados están plenamente protegidos por el ordenamiento jurídico colombiano, pues el amparo por estabilidad laboral reforzada no depende de la posesión de un carné donde conste la limitación. Para hacerse titular de los derechos derivados del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, a diferencia de los demás beneficios de la misma normativa, la persona en situación de discapacidad puede probar su calidad “(…) utilizando cualquier documento que acredite su discapacidad, por ejemplo su historia clínica, la calificación de la pérdida de capacidad laboral, su incapacidad o cualquier otro documento que demuestre su condición de debilidad manifiesta”.9

5.1.6. Finalmente, la representante del Ministerio del Trabajo, recuerda que “(…) para la obtención del carné de discapacitado por parte de la EPS o EPS’S, no se requiere que haya concluido la rehabilitación del paciente ni que exista calificación de pérdida de capacidad laboral definitiva, ya que se puede solicitar la calificación provisionalmente para hacerse titular de los beneficios de la Ley 361, tal como lo establece en el Decreto 2463 art. 23 (…)”10. La interviniente concluye afirmando que dicho carné es el medio más expedito y

eficiente para demostrar la condición de discapacitado; "(…) no tiene costo alguno y no se requiere ser cotizante ni beneficiario, se puede solicitar en cualquier tiempo y es obligación de la EPS o EPS'S entregarlo y demostrar, entre otros, el grado de severidad de la discapacidad con la que cuenta una persona limitada (…)". Lo anterior, sin lugar a dudas "(…) para hacerse titular de los derechos establecidos en la Ley 361 de 1997, en especial los derechos a beneficios tributarios, número de aprendices del empleador, beneficios educativos y de rehabilitación de las personas en condición de discapacidad".11

5.2. Intervención de los ciudadanos Juan Carlos Garay Forero y Andrea Padilla Muñoz, profesores de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario.12

Los mencionados intervinientes solicitan a la Corte Constitucional que se declare inhibida para pronunciarse de fondo. Indican que "Al analizar el escrito en curso de revisión presentado por el demandante, surge el interrogante sobre los cargos formulados y su claridad al respecto. Por ende, se observa que estos aún no la presentan y éstos son exigidos para el ejercicio de la acción de inconstitucionalidad"13.

5.3. Intervención del Ministerio de Salud y Protección Social.14

5.3.1. La ciudadana Mónica Andrea Núñez Buitrago, actuando en representación del Ministerio de Salud y Protección Social, pide a la Corte declarar exequible la disposición demandada.

5.3.2. Para la interviniente, la norma concreta una acción afirmativa de protección respecto de las personas en situación de discapacidad o con limitaciones. Sobre esta base señala que "(…) el carné de afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud sirve para identificarse como titular de los derechos establecidos en la Ley 361 de 1997, y de manera precisa, el carné en mención especifica el carácter de persona con limitación y el grado de limitación moderada, severa o profunda de la persona."15

5.3.3. Afirma que la identificación como persona en situación de discapacidad en el carné de afiliación al SGSSS es plenamente coherente con el propósito de la norma acusada: el amparo especial para la población discapacitada, especialmente en materia laboral. Así, la

acreditación de una minusvalía según esta regla legal facilita la protección a las personas con algún tipo de discapacidad al momento de vincularse laboralmente o a las que adquieran la discapacidad durante el curso de su desempeño laboral.

5.3.4. Para la interviniente dicha norma procura la visibilidad de la personas con alguna discapacidad y permite socializar las limitaciones en la actividad laboral y social de esta franja de la población, con el fin de obtener los apoyos y servicios para mitigar su condición de vulnerabilidad.

5.3.5. Después de citar jurisprudencia constitucional16 relativa al desarrollo de acciones afirmativas del Estado, anota que la regulación de un trato diferencial positivo para grupos de especial protección constitucional forma parte de la facultad de libre configuración del legislador. Por tal razón, la norma acusada, al determinar la inclusión en el carné del grado de limitación de una persona en situación de discapacidad, no supone conducta arbitraria del legislador.

5.3.6. A propósito de la finalidad probatoria de la norma demandada señala que no se desprende de su texto una discriminación para quienes no cuenten con tal inscripción en el carné. Lo contrario equivaldría a sostener que sin carné no se podría ser titular de los derechos reconocidos en la Constitución y la Ley. "Tanto es así que el mismo legislador, en el artículo 22 de la Ley 1438 de 2011, dispuso que el acceso a la atención en salud sea (sic) a través de la cédula de ciudadanía u otro documento de identidad. En consecuencia, existe una gran diferencia entre ser titular del derecho, que se deriva de una condición específica de vulnerabilidad, de (sic) ser identificado como discapacitado, cuya finalidad es la discriminación positiva para visibilizar su condición (…)"17.

5.3.7. Valiéndose de la Sentencia T- 889 de 2007, para explicar el alcance de la protección constitucional especial a las personas en situación de discapacidad, concluyó que "(…) la lógica del legislador apunta a establecer una acción positiva reiterativa y no discriminatoria en cabeza del discapacitado (…)"18. Razón por la cual, se "(…) justifica adecuada y suficientemente la necesidad de incorporar una diferenciación, como la contenida en la norma acusada (…)"19.

5.3.8. Para finalizar, anota que "(…) el incluir el carácter y grado de discapacidad en los carnés de afiliación en los términos de la Ley 361 de 1997, es indudablemente una iniciativa

que busca cambiar el imaginario y establecer acciones concretas frente a una visión arraigada del sistema, que ve a las personas con discapacidad desde la deficiencias y no desde sus capacidades”20. En consecuencia, valorar la discapacidad de una persona por medios como el carné de afiliación al SGSSS tiene el fin de ofrecer mejores oportunidades para acceder a los programas ocupacionales y sociales del sector público y privado.

5.4. Intervención de los ciudadanos Blanca Milena Morales Chaparro, Fredy Cajamarca, Rocío del Pilar Moreno y Carolina Naranjo.21

5.4.1. Los mencionados intervinientes solicitan a la Corte Constitucional que se declare inhibida para pronunciarse de fondo en este caso, por considerar inepta la demanda. Indican que la demanda no cumple con las condiciones de claridad, pertinencia, certeza y suficiencia.

5.4.2. No obstante, con indicación de la Sentencia C-168 de 2006, afirman que la Corte ya amplió el concepto del artículo 5º de la Ley 361 de 1997 al establecer que la estabilidad laboral reforzada cobija no solamente a las personas en situación de discapacidad carnetizadas, ya que “la protección laboral de los trabajadores que se encuentran en condiciones de debilidad manifiesta no depende de una calificación previa que acredite su condición de discapacitados, sino de la prueba de las condiciones de salud que impidan o dificulten el desempeño de sus labores”. Es decir que dicha estabilidad se extiende también a las personas respecto de las cuales esté probado que su situación de salud les impida o dificulte sustancialmente el desempeño de labores en condiciones regulares “sin necesidad de que exista una calificación previa que acredite su condición de discapacitados”22.

5.5. Intervención de los ciudadanos Diana Marcela Ramírez Melo, Erik Giovanni Méndez Peña, David Leonardo Lara López y Edwin Alexander González Salinas, estudiantes de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Colombia.23

5.5.1. Los mencionados intervinientes solicitan a la Corte Constitucional declararse inhibida para pronunciarse de fondo por ineptitud sustancial de la demanda. Afirman que el accionante no cumple con el deber de claridad al no incluir en su petitorio “(…) las razones por las cuales dichos textos (los constitucionales) se estiman violados, razones que en la presente demanda no generan claridad (…)”24.

5.5.2. Afirman que el demandante induce en error a la Corte ya que en la Sentencia C-531 de 2000 la Corte dispuso que el inciso 2º del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, sobre estabilidad laboral reforzada de las personas en situación de discapacidad, era constitucional en el entendido que "…carece de todo efecto jurídico el despido o la terminación del contrato de una persona en razón de su limitación sin que exista autorización previa de la oficina de Trabajo que constate la configuración de la existencia de una justa causa para el despido o terminación del respectivo contrato"25.

5.6. Intervención de los ciudadanos Julieta Vellojin Cavadia, Andrés Pacheco Ávila, Neyder Humberto Murcia, José Rodolfo Santos y Diego Valderrama.26

Los mencionados intervinientes solicitan a la Corte Constitucional que se declare inhibida para pronunciarse de fondo por ineptitud sustancial de la demanda, por cuanto "El actor al citar las normas constitucionales y las del bloque de constitucionalidad, no aporta elementos suficientes que permitan al lector comprender el contenido de la demanda y sus justificaciones, para vislumbrar las incompatibilidades de la norma acusada."27

5.7. Intervención del Centro de Estudios en derecho Constitucional de la Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá.28

La catedrática Vanessa Suelt Cock, en su calidad de directora del Centro de Estudios en derecho Constitucional de la Universidad Javeriana, solicita a la Corte Constitucional que se declare inhibida para pronunciarse de fondo por ineptitud sustancial de la demanda. Para la interviniente el demandante no cumplió con los requisitos de certeza29, especificidad, pertinencia y suficiencia. Afirma que"(…) el accionante no (sic) un análisis suficientemente persuasivo, como para cuestionar la constitucionalidad de la norma. En ese sentido, si bien procuró ajustar el cargo por desconocimiento del principio de igualdad al test que ha identificado esta Corporación para el efecto, continuó sin propiciar dudas sobre la constitucionalidad de la disposición, porque se fundó en una discriminación inexistente, por lo menos en el plano normativo, entre los portadores y no portadores del carné descrito en el artículo 5ºde la Ley 361 de 1997″.30

5.8. Intervención de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás de Bogotá.31

5.8.1. El coordinador del Grupo de Acciones de Interés Público del Consultorio Jurídico de la

Universidad Santo Tomás, Carlos Rodríguez Mejía, y la catedrática de la misma Facultad, Ginna González Cortés, en colaboración con Diana Marcela Fuentes, estudiante de la misma alma mater, piden a la Corte "(…) no acceder a las pretensiones de la demanda y declarar la constitucionalidad del artículo 5º de la Ley 361 de 1997(…)"32(negrilla fuera de texto)

5.8.2. Proponen el siguiente problema jurídico: "¿El establecer en el carné de afiliación al Sistema General de Seguridad Social el grado de invalidez que una persona sufre (moderada, severa o profunda), es una medida discriminatoria o por el contrario, garantista de los derechos que las personas en estado de invalidez ostentan?".33

5.8.3. Citando a la Corte Interamericana de Derechos Humanos en función consultiva34, recuerdan que si bien las personas son reconocidas por la ley como iguales, esto no significa que deban ser tratadas de la misma forma; lo que implica que un trato diferenciado no siempre sea discriminatorio. En este sentido, señalan que la protección legal especial a las personas que por su condición física o mental se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta, tiene el propósito de mejorar las condiciones de atención, rehabilitación y en general de su desarrollo.

5.8.4. Indican que tildar la norma acusada de promover un trato discriminatorio es procurarle una interpretación errada. A diferencia de lo que propone el demandante, el artículo 5º de la Ley 361 de 1997 no le da un valor probatorio único al carné de afiliación al SGSSS para determinar la situación de discapacidad de un individuo; "(…) por el contrario, es una garantía para aquellas personas que debido a su situación de discapacidad no pueden actuar fácilmente en su día a día, se les dificulta el acceso a la salud o se les niega u obstaculiza la atención especial que requieren"35

5.8.5. En esfuerzo por integrar este planteamiento, indican que el artículo 5º del Decreto 917 de 1999 desvirtúa la interpretación que hace el demandante sobre el supuesto valor probatorio único del carné de afiliación al SGSSS. Señalan que "(…) es mediante el documento que contiene el dictamen, como realmente se comprueba el grado de invalidez de la discapacidad de la persona."36 En consecuencia, "(…) lo plasmado en el carné de afiliación, es sólo la reproducción de dicho dictamen (…) Da (sic) tal suerte que la ausencia del carné, o de la condición y grado de invalidez en el mismo, no significa que (sic) no tenga acceso a los servicios de la EPS si exhibe o existe el dictamen realizado conforme a la norma

del decreto 917 de 1999.”37

5.9. Intervención de los ciudadanos Johanna Marcela Wilches, Jeimy Tatiana Casas Mora y Wilson Darío Rodríguez Barrera.38

Los mencionados intervinientes solicitan a la Corte Constitucional que se declare inhibida para pronunciarse de fondo por ineptitud sustancial de la demanda. Afirman que “las razones descritas, exponen varios caminos y argumentos jurídicos, que poca conexión poseen frente a la inconstitucionalidad señalada, de tal suerte que la especificidad que debe llevar al lector a un entendimiento claro, no existe.”39 Así, “(…) la acción de inconstitucionalidad impetrada no se formula de manera correcta y completa, puesto que sin lugar a duda genera ambigüedad e incertidumbre”.40

5.10. Intervención de la ciudadana Mónica Sáenz Carrero.41

5.10.1. La ciudadana Mónica Sáenz Carrero solicita a la Corte Constitucional declarar inexequible la disposición demandada.

5.10.2. Afirma que el aparte acusado viola el artículo 1º de la Constitución, al transgredir el principio de dignidad humana. Argumenta que es inaceptable que “(…) la titularidad de unos derechos que efectivamente contribuyen a la realización de la dignidad de estas personas vulnerables, se supedite a que tramiten y obtengan un carné que certifique lo que puede fácilmente evidenciarse o extraerse de otros documentos (…)”42

Indica que con independencia de si el referido carné es gratuito o no, o si es de fácil o difícil acceso para estas personas, la relevancia constitucional del problema jurídico en este caso, es si la medida legislativa es razonable, necesaria y proporcionada respecto de la dignidad humana de una población en condiciones de vulnerabilidad.

5.10.3. Señala que la disposición acusada viola el artículo 53 de Constitución por desconocer el principio de primacía de la realidad sobre las formas en conjunción con el derecho a la estabilidad laboral reforzada. Afirma que los trabajadores que carecen del carné, a pesar de estar en situación de discapacidad en la realidad, “(…) están en el más absoluto desamparo frente a sus empleadores en lo que refiere al derecho a la estabilidad laboral reforzada establecido en la Ley 361 de 1997(…)”.43 Según ella, si la titularidad del derecho a la

estabilidad laboral reforzada depende de la prueba de discapacidad, y ésta sólo se logra con el carné de afiliación SGSSS, es evidente que una persona sin dicha credencial no estará amparada. Frente a esto, afirma que"(…) siempre debe prevalecer la realidad la cual se ve reflejada en la condición física, (…) pero nótese que en virtud de la expresión acusada es probable que para el empleador prevalezca el formalismo del carné para efectos de respetar, en cada caso, la estabilidad laboral reforzada prevista en la Ley 361 de 1997."44

5.10.4. La norma demandada también vulnera el derecho a la igualdad. En su argumentación distingue dos grupos respecto de los cuales se manifiesta la transgresión. De un lado, indica que "La expresión demandada discrimina a los sujetos en situación de debilidad manifiesta por problemas de salud física o mental que están afiliados al sistema de salud frente aquellos que no lo están."45 Explica que "(…) las personas que se encuentran por fuera del sistema de salud, y que están en situación de debilidad manifiesta, no pueden identificarse como titulares de los derechos y beneficios establecidos en la Ley 361 de 1997."46 De otro lado, pone el ejemplo de "(…) aquellos que si lo están, pero que no tienen consignado aún en el citado carné su condición de limitados, ni el grado de limitación que los aflige (…)"47, situación que igualmente los sitúa "(…) ante la imposibilidad de identificarse como titulares de esos derechos y beneficios que la Constitución Política les otorga por la sola condición de debilidad manifiesta en que se encuentran, sin ninguna restricción, pero que la expresión demandada (…)"48 lo condiciona a la mentada calificación de discapacidad en el carné.

Al analizar ambas situaciones expresa, a modo de conclusión, que el condicionamiento de la norma acusada no emana de la Carta y que ha sido el legislador quien ha creado divisiones inaceptables entre el sector de la población integrado por personas en situación de discapacidad.

5.11. Intervención de la Unidad Administrativa Especial – CRES- Comisión de Regulación de Salud.49

5.11.1. Leonardo Berrocal Ardila, obrando como apoderado judicial Unidad Administrativa Especial – CRES- Comisión de Regulación de Salud, solicita a la Corte Constitucional declarar exequible la disposición demandada.

5.11.2. Manifiesta que la expresión parcial del artículo 5º de la Ley 361 de 1997 no constituye per se un instrumento que limite la protección constitucional de la que son

titulares las personas con alguna limitación. Explica que, “(…) la norma demandada erige al carné es (sic) en un mecanismo de identificación de la persona con limitación y como tal, de su condición de destinatario de los beneficios que la ley dispone, mas no crea con ello una tarifa legal de prueba del estado de limitación y de las circunstancias de debilidad, la cual puede ser acreditada por cualquier medio de prueba que la ley disponga”50 (subrayado dentro del texto).

5.11.3. Sobre tal supuesto, y soportado en jurisprudencia de esta Corporación51, el interviniente concluye que la protección constitucional de la que son beneficiarias las personas con limitaciones, no se restringe a la calificación de discapacidad en su carné de afiliación al SGSSS, razón por la que los derechos previstos en la Ley 361 de 1997 son extensivos, igualmente, a aquellos que por cualquier otro medio idóneo prueben la existencia de la misma.

5.12. Intervención de Aliansalud EPS.

5.12.1. En representación de Aliansalud EPS, Gloria Eugenia Gómez Toro interviene para solicitar a la Corte Constitucional que declare exequible la disposición demandada.

5.12.3. En lo relativo a la protección de la estabilidad laboral reforzada de personas con discapacidad, señaló que no existe vulneración alguna, pues la Corte Constitucional en sentencia C-531 de 2000 ya se había pronunciado al respecto estableciendo que su despido requiere autorización del Ministerio del Trabajo54. Para la interviniente la Corte condicionó la exequibilidad del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, en el entendido que debía existir autorización del inspector del trabajo que verificara la limitación del trabajador para luego determinar si el despido podía efectuarse.

Teniendo en cuenta este precedente, señaló que las acusaciones del demandante sobre este punto no eran ciertas, pues el inspector del trabajo para definir si procede o no el despido por justa causa de una persona incapacitada, está obligado a permitir que las partes presenten y contradigan pruebas bajo los principios de la sana crítica y la libre valoración probatoria. De manera que, a su juicio, para que la garantía de estabilidad laboral reforzada opere a favor de un trabajador discapacitado, no se hace apremiante que la prueba deba ser el carné con la respectiva calificación, pues el inspector puede verificar la condición del trabajador por cualquier medio.

5.12.4. Concluye que “(…) sin tener la certeza que tal requisito se exige (sic) para el acceso a los derechos consagrados en la Ley 361 de 1997, ni que este sea el espíritu de la ley, quien (sic) lo menciona solo como un mecanismo de identificación, en nuestra opinión una circunstancia meramente formal no puede ser una barrera de acceso para el disfrute de tales derechos en cabeza de una población sujeto de especial protección constitucional.”55

5.13. Intervención del Defensor del Pueblo.56

5.13.1. Fernando Iregüi Camelo, en calidad de Defensor Delegado para Asuntos Constitucionales y Legales de la Defensoría del Pueblo solicita a la Corte proferir un fallo inhibitorio por ineptitud sustancial de la demanda; sin embargo, aclaró que en caso de que la Corporación estime que la demanda reúne los requisitos para emitir un pronunciamiento de fondo declare la exequibilidad de la disposición demandada.

5.13.2. Tras un balance jurisprudencial de la Ley 361 de 1997,57 indicó que el propósito de este complejo legal se orientó a “(…) cumplir las obligaciones internacionales originadas en la adopción de instrumentos relativos a la protección de las personas en situación de discapacidad, siendo ellas sus destinatarios específicos y, por tanto, titulares de sus beneficios sin ninguna distinción.”58 Explica que la exigencia de la norma acusada se debe probablemente a que “(…) para la fecha de su expedición, la discapacidad se asociaba restrictivamente a una condición de salud que podía verificar- por competencia- el Sistema de Salud. Pero esto no se traduce forzosamente en la exclusión de protección hacia otros sectores sociales en circunstancias de debilidad manifiesta.”59

Afirma que la ampliación que la jurisprudencia constitucional sobre el contenido de la Ley 361 de 1997 ha conducido a la eliminación de barreras meramente formales, para darle paso a la extensión objetiva y subjetiva de los derechos consagrados en ella, cuyo mejor ejemplo es la estabilidad laboral reforzada prevista en el artículo 26 de la misma ley.

Indica que en la Sentencia T-198 de 2008, en relación con el artículo 5º acusado, la Corte amplió el beneficio de la protección laboral reforzada allí previsto a las personas en estado de debilidad manifiesta por causa de enfermedad, aunque esta no necesariamente acarree una pérdida de la capacidad para trabajar. Sobre este punto la jurisprudencia ha discurrido entre dos líneas disímiles: por una parte, la que ha asumido que la protección brindada por la Ley 361 es predicable exclusivamente de los sujetos con una pérdida de capacidad

comprobada60; y una postura más abierta que admite su aplicación a personas que sufren limitaciones en los términos establecidos por el artículo 2º de la misma, es decir individuos susceptibles de discriminación por causa de sus "circunstancias personales, económicas, físicas, fisiológicas, síquicas, sensoriales y sociales"61.

5.13.3. Concluye que, a partir de la Sentencia C-824 de 2011, la Corte acogió la posición más amplia al determinar que son sujetos del derecho a la estabilidad laboral reforzada las personas que "por su estado de salud física o mental se encuentran en condiciones de debilidad manifiesta, que les dificulta trabajar en ciertas actividades o hacerlo con algunas limitaciones y que por tanto, requieren de una asistencia y protección especial para permitirle su integración social y su realización personal, además de que gozan de una estabilidad laboral reforzada".

VI. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

6.1. El Ministerio Público solicita a la Corte Constitucional "que se declare inhibida para pronunciarse sobre la exequibilidad de la expresión: 'Servirá para identificarse como titular de los derechos establecidos en la presente Ley', contenida en el artículo 5º de la Ley 361 de 1997, 'Por la cual se establecen mecanismo de integración social de las personas con limitación y se dictan otras disposiciones', por ineptitud sustantiva de la demanda"62. (Negrillas fuera de texto)

6.2. En relación con los cargos formulados por el demandante, considera que estos no cumplen los requisitos establecidos en el artículo 2° del Decreto 2067 de 1991. Para el Procurador el cargo no cumple con los requisitos de claridad, especificidad y suficiencia, pues no logra demostrar la forma en que la disposición acusada vulnera los artículos superiores. "Calificar una disposición como injustificada, irrazonable y desproporcionada, no genera per se una duda mínima sobre la constitucionalidad de la norma acusada. Se trata de una opinión respetable, pero no de un argumento y mucho menos de un cargo identificable. Afirmar que el Sistema de seguridad social Colombiano funciona de manera diferente a otros sistemas, no lo hace en sí mismo inconstitucional. Sostener que la norma obstruye la protección de las personas con limitación es apenas una apreciación empírica, no vinculada con un juicio jurídico, como también lo es la de considerar que un carné es un medio probatorio inconveniente, innecesario y exagerado"63.

VII. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

En virtud de lo dispuesto por el artículo 241, numeral 4º, de la Constitución, la Corte Constitucional es competente para conocer de las acciones de inconstitucionalidad contra las Leyes de la República.

7.1. Cuestión previa. Procedencia de la acción pública de inconstitucionalidad frente a los cargos formulados por el demandante

7.1.1. Varios intervinientes incluyendo la Defensoría del Pueblo y la Procuraduría General de la Nación indican que la Corte Constitucional debería emitir un fallo inhibitorio porque la demanda no cumple con los requisitos de claridad, pertinencia, certeza y suficiencia establecidos por la jurisprudencia constitucional, según lo prescrito en el artículo 2º del Decreto – ley 2067 de 1991.

7.1.2. Aducen en líneas generales que el demandante no relaciona el apartado del artículo 5º de la Ley 361 de 1997, sobre la función del carné de afiliado al Sistema de Seguridad en Salud para identificarse como titular de los derechos de dicha ley, con la violación del Preámbulo y los artículos 1, 2, 4, 5, 9, 11, 13, 16, 25, 29, 47, 48, 53, 54, 93; los numerales 2 y 4 del artículo 95; el literal a) del artículo 52, 230 de la Constitución Política, y los elementos del bloque de constitucionalidad aparentemente infringidos.

7.1.3. Para la Corte tienen razón los intervinientes en que los cargos relacionados con la violación del Preámbulo y los artículos 1º, 2º, 4, 5, 9, 11, 16, 25, 47, 48, 49, 53, 54, 95, 95 (numerales 2 y 4), 152 (literal a)) y 230 superiores demandados y los elementos del bloque de constitucionalidad aparentemente infringidos no cumple con las exigencias del artículo 2º del Decreto- Ley 2067 de 1991 en razón de que en la demanda y en la corrección de ésta64, no se relacionó dichos artículos con los cargos formulados de manera certera, clara, pertinente y suficiente.

Del mismo modo en relación con la violación del artículo 13 sobre la igualdad, se evidencia también, que la demanda carece de argumentos claros, suficientes, pertinentes y certeros, ya que el actor se limita a plantear la existencia de un trato diferente entre las personas en situación de discapacidad que tienen el carné y aquellas que no, sin que pueda advertirse la existencia de un verdadero cargo de constitucionalidad sobre este punto. Como se ha dicho

en reiterada jurisprudencia en relación con las demandas de inconstitucionalidad por violación del principio de igualdad, la Corte ha considerado como requisito indispensable de la construcción del cargo, la identificación de los grupos que reciben un trato diferenciado con la disposición normativa, junto con el señalamiento “de la fundamentación acerca de la razón por la cual una determinada clasificación legal comporta un trato discriminatorio en contra de un subgrupo de personas”65. Además se ha dicho que en toda demanda por violación del principio de igualdad se deben exponer los argumentos que expliquen por qué el tratamiento desigual resulta ser constitucionalmente injustificado, desproporcionado e irrazonable, ya que el legislador puede introducir tratos legales dispares si con ello logar conseguir objetivos constitucionalmente relevantes66. Para la Corte, en el presente caso, el cargo sobre la violación del derecho a la igualdad no está sustentado sobre argumentos de tipo jurídico, sino sobre argumentos especulativos y de orden fáctico que no llegan a cumplir con las exigencias establecidas en el artículo 2º del Decreto 2067 de 1991. En efecto, se comprueba que en la demanda el actor no cumplió con las exigencias que ha establecido la Corte Constitucional sobre el tertium comparationis, en la medida en que no sustentó de manera clara, suficiente, certera y pertinente si los dos o grupos o situaciones relacionadas son verdaderamente susceptibles de comparación67; tampoco determinó los elementos del tratamiento desigual entre iguales o igual entre disímiles68; tampoco expuso de forma clara si de observarse un tratamiento distinto, si el mismo estaba o no justificado69.

Por tanto, como no se aprecia que en el escrito de demanda y en el de su corrección, se haya relacionado el Preámbulo y los artículos 1, 2, 4, 5, 9, 11, 13, 16, 25, 47, 48, 53, 54, 93; los numerales 2 y 4 del artículo 95; el literal a) del artículo 52, 230 de la Constitución y los elementos del bloque de constitucionalidad con los cargos aducidos por el demandante de manera clara certera, pertinente y suficiente la Corte carece de competencia para pronunciarse al respecto y proferirá un fallo inhibitorio con relación a estos cargos, circunstancia que la expresará en la parte resolutiva de esta Sentencia.

7.1.4. No obstante lo anterior, estima la Corte que el demandante si cumple con las cargas impuestas del artículo 2º del Decreto-Ley 2067 de 1991 con relación a la violación del artículo 29 de la Constitución al considerar que el apartado del artículo 5º de la Ley 361 de 1997 supone una medida irrazonable y desproporcionada al convertirse en una prueba única, solemne o ad sustantiam actus, de la existencia de la situación de discapacidad o limitación que desconoce el sistema no tarifado de la prueba establecido en dicho artículo y por ende

dará procedibilidad al estudio de la demanda con relación a este cargo.

7.2. Problema jurídico y esquema de solución

Para el demandante, la exigibilidad del carné para efectos de identificarse como titular de los derechos derivados de la Ley 361 de 1997 viola la prohibición de tarifa legal y el principio de realidad sobre las formas, al establecer una prueba solemne o ad sustantiam actus para el goce de los derechos de las personas en situación de discapacidad, tales como la estabilidad laboral reforzada, los servicios de salud y los demás derechos establecidos en la citada Ley. Esta exigencia según el demandante resulta irrazonable y constituye una barrera de acceso para la obtención de los beneficios propios de las personas en situación de discapacidad.

En consecuencia, corresponde a esta Corte establecer si, como aduce el demandante, el apartado del artículo 5º de la Ley 361 de 1997 viola el artículo 29 de la C.P. y el bloque de constitucionalidad, en relación con los derechos y prerrogativas de las personas en situación de discapacidad, al establecer que el carné de afiliado al Sistema de Seguridad en Salud "servirá para identificarse como titular de los derechos establecidos en la presente Ley".

Para los efectos de resolver el problema jurídico planteado, la Corte (i) reseñará la protección especial de las personas en situación de discapacidad, y los beneficios y garantías establecidos de forma general en el bloque de constitucionalidad, la Constitución y la Ley; (ii) reseñará de forma específica los beneficios establecidos en la Ley 361 de 1997 a favor de la población en situación de discapacidad; (iii) reseñará los medios de prueba para acreditar la situación de limitación o discapacidad para ser beneficiario de los derechos establecidos en la Ley, y por último (iv) verificará si el apartado del inciso 5º demandado constituye una medida irrazonable que viola el artículo 29 Superior.

7.3. La protección constitucional especial de las personas en situación de discapacidad

7.3.1. En reiterada jurisprudencia, esta Corte ha afirmado que las personas en situación de discapacidad son sujetos de especial protección constitucional. Esta declaración se soporta en la existencia de un deber constitucional de protección fundado en las condiciones singulares de vulnerabilidad y eventualmente de desprotección, que hace que tal población requiera de atención especial por parte del Estado y de la sociedad en general.70 Este deber constitucional de protección está cualificado por las obligaciones del Estado colombiano

adquiridas con la celebración de tratados internacionales y por obligaciones especiales recogidas en disposiciones legales y reglamentarias.

7.3.2. En el ámbito internacional se desataca la Convención sobre los Derechos de las Personas con discapacidad, aprobada por Colombia mediante la Ley 1346 de 2009.71 En dicha Convención se estableció que el grupo "personas con discapacidad" incluye "aquellas personas con deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás."72 De otra parte en el artículo 3º de dicha Ley se estableció que los principios generales de la referida Convención son "[e]l respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas en situación de discapacidad, en segundo lugar se estipuló el principio de no discriminación, la participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad, y por el último la diferencia y aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humana".

Del mismo modo se dispuso en el artículo 4º de dicha Convención que los Estados Partes se comprometen a: (i) adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean pertinentes para hacer efectivos los derechos reconocidos de las personas en situación de discapacidad; (ii) tomar todas las medidas pertinentes, incluidas medidas legislativas, para modificar o derogar leyes, reglamentos, costumbres y prácticas existentes que constituyan discriminación contra las personas con discapacidad; (iii) tener en cuenta, en todas las políticas y todos los programas, la protección y promoción de los derechos humanos de las personas con discapacidad; (iv) abstenerse de actos o prácticas que sean incompatibles con la presente Convención y velar por que las autoridades e instituciones públicas actúen conforme a lo dispuesto en ella; y (v) tomar todas las medidas pertinentes para que ninguna persona, organización o empresa privada discriminen por motivos de discapacidad73.

En la misma línea la Corte resalta la existencia, en el ámbito internacional, de la Declaración de los Derechos del Retrasado Mental74 que establece, en el numeral segundo del artículo segundo que, "2. El retrasado mental tiene derecho a la atención médica y el tratamiento físico que requiera su caso (…)". También se destaca la Declaración de los Derechos de los Impedidos de 197575 y las Normas Uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las

personas con discapacidad76, de carácter no vinculante, adoptadas en 199377, que en el artículo 2º dispone que, “es deber del Estado velar porque las personas con discapacidad reciban regularmente el tratamiento y los medicamentos que necesitan para mantener o aumentar su capacidad funcional”. Por otro lado se deben destacar el Convenio 159 de la OIT “sobre la readaptación profesional y el empleo de personas inválidas” que expidió la Recomendación No 168 “Sobre la readaptación profesional y el empleo de personas inválidas”, aprobado por Colombia mediante la Ley 82 de 198878; las “Declaraciones sobre el Progreso y Desarrollo en lo Social”; el “Programa de Acción Mundial para las Personas con Discapacidad”; las normas técnicas internacionales como la Declaración de Copenhagen, Sección B 26 (I), relativas a las obligaciones de los Estados para promover la accesibilidad para las personas con discapacidad; la guía de “Diseño con cuidado: Una guía para la adaptar el ambiente construido para las personas con discapacidad”79; el artículo 23 de la Convención sobre los Derechos del Niño80; y la Observación General No 5 sobre las personas en situación de discapacidad proferida por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales81. Como se ha establecido por parte de la Corte82 estos instrumentos internacionales constituyen un importante parámetro interpretativo para la aplicación en el ordenamiento interno de los Estados.

7.3.3. De otro lado en el ámbito interamericano destaca la Convención Americana de Derechos Humanos83 que establece como principio general la igualdad material84 y enfatiza en la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas en situación de discapacidad. Del mismo modo en el sistema interamericano se destaca la “Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las personas con Discapacidad”85, aprobada por Colombia mediante la Ley 762 de 2002, en donde se define el término “discapacidad” como “una deficiencia física, mental o sensorial, ya sea de naturaleza 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”. En el mismo sentido se estableció en dicha Convención que la “discriminación contra las personas con discapacidad” se define como “toda distinción, exclusión o restricción basada en una discapacidad, antecedente de discapacidad, consecuencia de discapacidad anterior o percepción de una discapacidad presente o pasada, que tenga el efecto o propósito de impedir o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por parte de las personas con discapacidad, de sus derechos humanos y libertades fundamentales”.

En dicha Convención se acordó que “No constituye discriminación la distinción o preferencia adoptada por un Estado parte a fin de promover la integración social o el desarrollo personal de las personas con discapacidad, siempre que la distinción o preferencia no limite en sí misma el derecho a la igualdad de las personas con discapacidad y que los individuos con discapacidad no se vean obligados a aceptar la distinción o preferencia”86. Del mismo modo, en el artículo 3º de dicha legislación se dispuso que para lograr los objetivos de la Convención antes referida, los Estados Parte se comprometían a: “1. Adoptar las medidas de carácter legislativo, social, educativo, laboral o de cualquier otra índole, necesarias para eliminar la discriminación contra las personas con discapacidad y propiciar su plena integración en la sociedad (…)”87.

Finalmente, en el sistema interamericano el Protocolo de Salvador sobre Derechos Económicos Sociales y Culturales88 estableció en el artículo 9º sobre el Derecho a la Seguridad Social, que toda persona tiene derecho a la seguridad social que lo proteja “contra las consecuencias de la vejez y de la incapacidad que la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa”89.

7.3.4. Igualmente, en la Constitución de 1991 se establecieron importantes garantías para aquellas personas que por sus condiciones económicas, físicas o mentales se encuentran en situación vulnerabilidad. Por ejemplo, en el artículo 13 de la Constitución se dispone que “el Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta”. En el mismo sentido, el artículo 47 prescribe que: “El Estado adelantará una política de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a quienes se les prestará la atención especializada que requieran”; el artículo 54 prescribe “la obligación del Estado de garantizar a los minusválidos el derecho a un trabajo acorde con sus condiciones de salud”; y finalmente en el artículo 68 de la C.P. se establece el derecho a “(…) la educación de personas con limitaciones físicas o mentales (…)”.

7.3.5. Por otro lado, desde el punto de vista legal, diferentes regulaciones han definido mecanismos de protección para las personas en situación de discapacidad en materia económica, alimentaria, de vivienda, de seguridad social, etc. Así, por ejemplo en relación con el régimen de seguridad social de las personas en situación de discapacidad, el artículo 153 de la Ley 100 de 1993 establece el llamado “enfoque diferencial” según el cual la

condición de discapacidad es un criterio que debe ser tenido en cuenta por el Sistema General de Seguridad Social en Salud para la eliminación de situaciones de discriminación y marginación. En esta misma legislación se establece en el artículo 157, que define los diferentes tipos de afiliados al sistema y que determina aquellas personas que por sus condiciones requieren de una atención especial, que en el régimen subsidiado de salud tendrán particular importancia las personas en situación de discapacidad.

Así la Ley 361 de 1997 "por la cual se establecen mecanismos de integración social de la personas con limitación y se dictan otras disposiciones" destaca dentro de la legislación concerniente a la protección de las personas en situación de discapacidad. La Ley 361 de 1997 está integrada por 73 artículos agrupados en 5 títulos. Esta Corte, en la Sentencia C-824 de 201190 ha dado cuenta detallada de los avances en materia de protección de las personas en situación de discapacidad establecidos en la Ley 361 de 1997. En esta sentencia la Corte consideró que la marginación de las personas en situación de discapacidad ha sido una constante histórica y ha tenido unas características singulares debido a particulares características de esta población, que constituyen: (i) minorías ocultas, (ii) han sufrido de invisibilidad a los ojos de los Gobiernos y de la sociedad; y (iii) tienen una gran heterogeneidad relativa al tipo de limitaciones o discapacidades, al alto grado de ignorancia, prejuicios, negligencia o incomodidad que generan estas limitaciones o discapacidades en las autoridades y en la sociedad, y en la conjunción de limitaciones y discapacidades con otros tipos de discriminación como la de género, racial, etc.91 En esta oportunidad la Corte reconoció que se han presentando a lo largo de la historia diferentes barreras y obstáculos de tipo jurídico, socioeconómico, político y cultural que originan desde prejuicios culturales o mentales hasta limitaciones de orden estructural y de participación efectiva y ejercicio pleno de todos sus derechos.92

7.3.6. Por otra parte en cuanto a la determinación y definición del concepto de discapacidad, la Corte consideró en la Sentencia C-478 de 200393 que "La elaboración de una noción de discapacidad ha sido un proceso muy lento y difícil. En cada momento de la historia, con base en los conocimientos científicos con los que se ha contado, los legisladores han regulado diversos aspectos de esta problemática. En un comienzo, el tema se abordó para efectos principalmente civiles y penales; en el S. XX, como se ha visto se amplió considerablemente el panorama hacia el derecho laboral, la seguridad social y la educación, vinculando además la situación que padecen estas personas con los derechos

fundamentales, en especial, con los derechos a la dignidad humana y la igualdad formal y material. De allí que la terminología empleada en la materia haya cambiado con el paso del tiempo. De hecho hoy por hoy, se trata de un concepto en permanente construcción y revisión, por lo cual, es usual encontrar legislaciones internas que no se adecuan a los avances científicos en materia de discapacidad".

Por su parte, en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad se recogió una definición comprensiva de discapacidad y se convino que los destinatarios de las disposiciones del tratado son todas aquellas personas que "tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás".

Apoyándose en tales nociones esta Corte en la Sentencia C-824 de 2011 concluyó que la idea de limitación expresa un panorama genérico al que pertenecen todos los sujetos que han sufrido mengua por "circunstancias personales, económicas, físicas, fisiológicas, síquicas, sensoriales y sociales", mientras que la discapacidad se define como una especie dentro del género e implica "el padecimiento de una deficiencia física o mental que limita las normales facultades de un individuo". Por esta razón y por la complejidad de la terminología se ha establecido el deber de no realizar diferencias de trato frente a estas personas con tal que se engloben los conceptos de "disminuidos físicos, sensoriales y síquicos" del artículo 47 de la C.P., el concepto de "minusválidos" del artículo 54 y el concepto de "personas con limitaciones físicas o mentales" del artículo 68 de la C.P.

En esta oportunidad, la Corte fue enfática en indicar que los beneficiarios de la Ley 361 de 1997 no se restringen a las personas con limitaciones severas y profundas, sino que están incluidas todas las personas con limitaciones en general "sin entrar a determinar ni el tipo de limitación que se padezca, ni el grado o nivel de dicha limitación, esto es sin especificar ni la clase, ni la gravedad de las limitaciones".

7.3.7. En conclusión las personas en situación de discapacidad son sujetos de especial protección por parte del Estado y de la sociedad en general, por lo que, tanto instituciones como individuos deben facilitar de una forma activa el ejercicio de los derechos de este sector de la población. En la normatividad internacional, constitucional y legal está prescrito

que el concepto de personas en situación de discapacidad engloba a “aquellas personas con deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, que al interactuar con diversas barreras puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás”. En dicho colectivo se encuentran las personas con limitación, con alguna deficiencia, con alguna discapacidad y las personas minusválidas. Dicha terminología no debe ser entendida de manera lineal sino comprensiva ya que debe incluir las deficiencias físicas o mentales de carácter temporal y permanente que implique limitaciones en las funciones y estructuras corporales, restricciones o barreras en el acceso. Por ende las personas en situación de discapacidad deben ser tuteladas en primer lugar (i) mediante la prohibición de medidas negativas o restrictivas que constituyan obstáculos o barreras para hacer efectivos sus derechos; y en segundo término (ii) mediante medidas de acción positiva o acciones afirmativas de tipo legislativo, administrativo o de otra índole que sean pertinentes para hacer efectivos los derechos de dicho colectivo de personas. En este último caso dichas medidas no deben ser entendidas como una forma de discriminación, sino como una preferencia que tiene como fin promover la integración social o el desarrollo individual de las personas en situación de discapacidad para su integración efectiva en la sociedad.

7.4.1. Como se estableció en la Sentencia C-531 de 2000, en la Exposición de Motivos de la Ley 361 de 1997 se puede verificar que la finalidad de dicha regulación fue establecer mecanismos compulsivos que garantizaran la incorporación social de las personas con limitaciones en todos los ámbitos de la vida en sociedad (ámbito educativo, laboral, de las comunicaciones, del transporte, de la recreación, etc.,).

Como quedó dicho anteriormente la Ley 361 de 1997 está compuesta por 73 artículos organizados en cinco Títulos. El Título primero que se refiere a los principios generales en los cuales se contiene el apartado del artículo 5º demandado; por su parte el Título II que se refiere a la “Prevención, la educación y la rehabilitación” se divide en el Capítulo I sobre “La Prevención”, el Capítulo II sobre “La Educación”, el Capítulo III sobre “La Rehabilitación” y el Capítulo IV sobre “La integración laboral”. Por otra parte el Título III se refiere al “Bienestar Social”; el Título IV sobre “La Accesibilidad” esta compuesto por el Capítulo I sobre “Nociones Generales”, el Capítulo II sobre “Eliminación de las Barreras Arquitectónicas”, el Capítulo III sobre “El Transporte” y el Capítulo IV sobre “Las Comunicaciones”. Finalmente el Título V se refiere a las “Disposiciones Varias”.

7.4.2. Con relación a los beneficios, prerrogativas y medidas de diferenciación positiva o acciones afirmativas, para la Corte es importante diferenciar entre las normas dirigidas a las propias personas en situación de discapacidad y las normas dirigidas a terceros que tengan relación con dicho colectivo.

7.4.3. Sobre las normas que se dirigen directamente a beneficiar a las personas en situación de discapacidad se encuentra el artículo 14 que establece que el Ministerio de Educación Nacional y el ICFES conjuntamente con el ICETEX, facilitará el acceso a créditos educativos y becas a las personas en situación de discapacidad que llenen los requisitos previstos por el Estado para tal efecto94. Del mismo modo el artículo 19 de dicha ley señala que "Los limitados de escasos recursos serán beneficiarios del Régimen Subsidiado de Seguridad Social establecidos en la Ley 100 de 1993". Igualmente en el Parágrafo de dicho artículo se indica que "El Ministerio de Salud y el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud determinarán los beneficios a los que tendrán acceso los limitados de escasos recursos no afiliados al Régimen de Seguridad Social en Salud establecidos en al Ley 100 de 1993, hasta el año 2001, fecha en que la cobertura será universal".

De otra parte, destaca el artículo 23 que señala que, "El Servicio Nacional de Aprendizaje, Sena, realizará acciones de promoción de sus curso entre la población con limitación y permitirá el acceso en igualdad de condiciones de dicha población previa valoración de sus potencialidades a los diferentes programas de formación (…)".Al mismo tiempo se indica que, "(…) a través de los servicios de información para el empleo establecerá unas líneas de orientación laboral que permita relacionar las capacidades del beneficiarios y su adecuación con la demanda laboral".

Por otro lado, el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 establece la "estabilidad laboral reforzada" para las personas en situación de discapacidad. Dicha norma fue modificada recientemente por el Decreto 19 de 2012, que a su vez establece que "(…) ninguna persona limitada podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su limitación, salvo que medio autorización del Ministerio del Trabajo"95. En el mismo sentido se conservó el inciso tercero de dicha norma en el cual se indica que "No obstante, quienes fueren despedidos o su contrato terminado por razón de su limitación, sin el cumplimiento del requisito previsto en el inciso primero del presente artículo, tendrán derecho a una indemnización equivalente a ciento ochenta (180) días del salario, sin perjuicio de las demás prestaciones e

indemnizaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el Código Sustantivo del Trabajo y demás normas que lo modifiquen, adicionen, complementen o aclaren.”96

Igualmente, en el artículo 27 se prescribe que en los concursos que se organicen para el ingreso al servicio público “(…) serán admitidas en igualdad de condiciones las personas con limitación, y si se llegaré a presentar un empate se preferirá entre los elegibles a la persona con limitación, siempre y cuando el tipo o clase de limitación no resulten extremo incompatible o insuperable frente al trabajo ofrecido, luego de haberse agotado todos los medios posibles de capacitación”. A su vez, dentro de las acciones afirmativas incorporadas en la Ley 361 de 1997 se establece, en el inciso 2º del artículo 30, que “Las entidades estatales que cuenten con conmutadores telefónicos, preferirán en igualdad de condiciones para su operación a personas con limitaciones diferentes a las auditivas debidamente capacitadas para tal efecto”.

Otro beneficio que se otorga en la Ley 361 de 1997 es el que se refiere a la reducción del precio de la boletería a las personas en situación de discapacidad que se establece en el literal f) del artículo 56 que indica que para las personas en situación de discapacidad, “La boletería tendrá un precio especial que en ningún caso superará el setenta y cinco (75 %) del precio de la boleta de mayor valor”.

Por su parte, el inciso segundo del artículo 59 señala que en los vuelos aéreos, “(…) se deberán reservar las sillas de la primera fila para las personas con limitación, en el evento de que en el respectivo viaje se encuentre como pasajero alguna persona limitada”. Finalmente se establece en el artículo 60 que, “Los automóviles así como cualquier otra clase de vehículos conducidos por una persona con limitación, siempre que lleven el distintivo, nombre o iniciales respectivos, tendrán derecho a estacionar en los lugares específicamente demarcados con el símbolo internacional de accesibilidad (…)”97.

7.4.4. También en la Ley 361 se establecen medidas afirmativas que benefician a terceros cuando integren, faciliten o eliminen las barreras de acceso de las personas en situación de discapacidad. Por ejemplo el artículo 24 indica que, “Los particulares empleadores que vinculen laboralmente personas con limitación tendrán las siguientes garantías: a) A que sean preferidos en igualdad de condiciones en los procesos de licitación, adjudicación y

celebración de contratos, sean estos públicos o privados si estos tienen en sus nóminas por lo menos un mínimo del 10% de sus empleados en las condiciones de discapacidad enunciadas en la presente ley debidamente certificadas por la oficina del trabajo en la respectiva zona y contratados por lo menos con anterioridad a un año; igualmente deberán mantenerse por un lapso igual al de la contratación".

En el mismo sentido, en el artículo 31 se indica que, "Los empleadores que ocupen trabajadores con limitación no inferior al 25% comprobaba y que estén obligados a presentar declaraciones de renta y complementarios, tienen derecho a deducir de la renta el 200% del valor de los salarios y prestaciones sociales pagados durante el año o período gravable a los trabajadores con limitación, mientras esta subsista".

7.4.5. En conclusión es posible afirmar que la Ley 361 de 1997 establece beneficios directos en materia de educación, accesibilidad, salud, estabilidad laboral, recreación, transporte a las personas en situación de discapacidad. Del mismo modo, la referida Ley establece medidas de acción afirmativa en materia tributaria y de contratación pública a las empresas que empleen a personas en situación de discapacidad.

Una vez precisados algunos de los derechos y prerrogativas especiales de la población en situación de discapacidad establecidos en la Ley 361 de 1997, pasa la Sala al análisis de la legislación y la jurisprudencia en materia de acreditación de la situación de limitación o discapacidad.

7.5. Los medios de prueba para acreditar la situación de limitación o discapacidad.

7.5.1. Esta Corte ha establecido que para efectos de acreditar o de probar la situación de limitación o discapacidad prevalece la realidad sobre la forma. En efecto, el principio de primacía de la realidad sobre las formas y el carácter no tarifado de los medios de prueba ha sido la constante para probar tanto la condición general de limitación, como la situación particular de discapacidad o minusvalía, en relación con el acceso y goce efectivo de los derechos a la salud y a la estabilidad laboral reforzada de la población en situación de discapacidad.

7.5.2. En relación con la estabilidad laboral reforzada, como bien lo indica en su intervención el Ministerio del Trabajo98, en la Sentencia C-531 de 2000 esta Corte estableció que "(…)

dicha garantía se otorga al discapacitado luego de haber adquirido la respectiva limitación física, sensorial o sicológica, como medida de protección especial y en conformidad con su capacidad laboral”99 sin que dicha circunstancia deba ser demostrada utilizando un único y exclusivo medio de prueba.

El artículo 26 de la Ley 361 de 1997, consideró la Corte, es exequible en tanto y en cuanto según “los principios de respeto de la dignidad, solidaridad e igualdad (artículos 2 y 13 de la C.P), así como de especial protección constitucional en favor de los disminuidos físicos, sensoriales y síquicos (C.P. 47 y 54), carece de todo efecto jurídico el despido o la terminación del contrato de una persona en razón de su limitación sin que exista autorización previa de la oficina de Trabajo que constate la configuración de la existencia de una justa causa para el despido o terminación del respectivo contrato”. El espíritu protector tanto de la disposición legal, como de la interpretación constitucional sobre el punto, no permite una interpretación restrictiva de los derechos de las personas en situación de discapacidad. Para la Corte, basta con que la situación de discapacidad exista en el mundo de los hechos, para que se active la protección legal y constitucional propia de este grupo de población.

Por otra parte, el derecho a la estabilidad laboral reforzada de las personas en situación de discapacidad ha sido entendido en sentido amplio. En la Sentencia T-198 de 2006, la Corte consideró que dicha protección no solo opera frente a las personas que tengan algún grado de invalidez, sino que también lo hace respecto de todas aquellas ” (…) que sufren deterioros de salud en el desarrollo de sus funciones”100. Ello en desarrollo de la noción amplia de discapacidad establecida en la normatividad internacional ya referida, y que ampara a todo aquel que se encuentre en una situación de “debilidad manifiesta” que le impida o dificulte el desempeño de sus labores en condiciones regulares, sin que sea necesaria calificación previa que acredite la condición de discapacidad o invalidez.

La regla según la cual la situación de discapacidad física, sensorial o sicológica es la que da lugar al reconocimiento del derecho a la estabilidad laboral reforzada ha sido reiterada por la jurisprudencia constitucional en las sentencias T-457 de 2010 y T-774 de 2011. En estos casos la Corte ha reconocido la garantía establecida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, según la cual “ninguna persona limitada podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su limitación, salvo que medie autorización del Ministerio del Trabajo”. En este sentido la persona en situación de discapacidad que se encuentre en una situación de

debilidad manifiesta, antes o durante la ejecución de su contrato laboral, puede utilizar cualquier documento que acredite la situación de discapacidad en que se encuentre. Entre los medios probatorios posibles para ello se encuentran la historia clínica, cualquier documento pertinente de su médico personal, incapacidades debidamente concedidas, concepto del experto en salud ocupacional, recomendaciones del área de medicina laboral de la EPS, informe individual de accidente de trabajo rendido por la ARP, informe de la Junta de invalidez competente, o la calificación de pérdida de capacidad laboral, entre otros.

7.5.3. En cuanto al acceso y la garantía del derecho a la salud de las personas en situación de discapacidad, y como explicó el interviniente de Aliansalud, la Circular Externa 012 de 1995 (expedida por la Superintendencia Nacional de Salud) indicó que "con la recepción del formulario de inscripción por parte de la EPS debidamente diligenciado, o de los documentos que acrediten la calidad de beneficiario, en los términos indicados en la Circular Externa 04 de 1995 de esta Superintendencia y la presente Circular, y para garantizar la oportuna prestación de los servicios a que haya lugar, se deberá entregar por cada afiliado, cotizante o no, según el caso, en ese momento un carnet provisional con vencimiento no inferior a cuatro (4) ni superior a doce (12) semanas, en el cual se indique además de esta condición de provisionalidad, el período para el cual se expide y la identificación clara del cubrimiento de urgencias a partir de ese momento o la fecha de acceso a los servicios del POS, según corresponda."

Posteriormente, el artículo 44 del Decreto 806 de 1998, por el cual se reglamenta la afiliación al Régimen de Seguridad Social en Salud prescribe: "CARNET DE AFILIACIÓN. Las entidades promotoras de salud y las adaptadas están en la obligación de expedir un carnet a cada uno de sus afiliados del régimen contributivo o subsidiado, que será el documento de identificación. Las características e información que deberá contener dicho carnet serán las definidas por el Ministerio de Salud. El carnet de afiliación tendrá validez mientras los afiliados a esta entidad conserven tal calidad. Cuando el afiliado pierda esta calidad por traslado a otra EPS o por desafiliación, deberá devolver el carnet a la EPS que lo expidió".

Por otra parte en el artículo 40 del Decreto 1703 de 2000 se estableció que "Las instituciones prestadoras de servicios de salud no podrán exigir a quien tenga un sistema de aseguramiento en salud, requisitos o garantías de pago adicionales por la atención que deban ser cubiertas por las entidades respectivas, las cuales se entienden constituidas sin

causa legal; los trámites de verificación y autorización de servicios no podrán ser trasladados al usuario y serán de carga exclusiva de la institución prestadora de servicios y de la entidad de aseguramiento correspondiente”101. Del mismo modo en el artículo 11 del Decreto 4747 de 2007 “por medio del cual se regulan algunos aspectos de las relaciones entre los prestadores de servicios de salud y las entidades responsables del pago de los servicios de salud” se indicó que “Dicha verificación, podrá hacerse a través del documento de identidad o cualquier otro mecanismo tecnológico que permita demostrarla y sólo podrá exigirse adicionalmente el carné que demuestre la afiliación cuando la entidad responsable del pago esté obligada a entregarlo y el usuario lo porte.”

Finalmente, el artículo 22 de la Ley 1438 de 2011, “Por medio de la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud” estableció que, el acceso a los servicios de salud dentro de los regímenes subsidiado y contributivo será a través de la cédula de ciudadanía u otro documento de identidad, disposición que empezará a regir a más tardar el primero de junio de 2013: “Artículo 22. PORTABILIDAD NACIONAL. Todas las Entidades Promotoras de Salud deberán garantizar el acceso a los servicios de salud en el territorio nacional, a través de acuerdos con prestadores de servicios de salud y Entidades Promotoras de Salud. Las Entidades Promotoras de Salud podrán ofrecer los planes de beneficios en los dos regímenes, preservando los atributos de continuidad, longitudinalidad, integralidad, y adscripción individual y familiar a los equipos básicos de salud y redes integradas de servicios. El acceso a la atención de salud será a través de la cédula de ciudadanía u otro documento de identidad.”

Del mismo modo, en cuanto a la garantía del acceso a los servicios de la salud de las personas en situación de discapacidad, tanto a nivel legal y reglamentario, como a nivel jurisprudencial ha operado un proceso de des-formalización de la comprobación de la discapacidad para acceder a dichos servicios. En efecto, tanto en el régimen subsidiado como en el contributivo, es posible que con la cédula de ciudadanía o con cualquier otro documento de identidad se facilite el acceso y la garantía del derecho a la salud.

7.6. El artículo 5º (parcial) de la Ley 361 de 1997 no constituye una medida irrazonable ni desproporcionada.

7.6.1. Para la Sala, la disposición del artículo 5º de la Ley 361 de 1997, que establece que el

carné de afiliación al sistema de seguridad social en salud “especificará el carácter de persona con limitación y el grado de limitación moderada, severa o profunda de la persona” y que el mismo “servirá para identificarse como titular de los derechos establecidos en la presente Ley”, no constituye una medida irrazonable y desproporcionada, siempre y cuando la existencia y exhibición del carné no se entienda como un requisito sine qua non para acceder al goce y ejercicio de los derechos establecidos en la Ley 361 de 1997.

7.6.2. En los acápites anteriores ha quedado demostrado que en el contexto de las prácticas administrativas de las EPS, o en el contexto de las relaciones laborales, la existencia y/o exhibición del antedicho carné no es un requisito para acceder a los servicios de salud, o para concretar la protección especial del trabajador en situación de discapacidad.

Esta interpretación de la disposición ahora demandada está en consonancia con la caracterización de la norma entendida como una medida de acción afirmativa. Dicha medida de acción afirmativa, en el contexto de la Ley 361 de 1997, está provista de dos finalidades específicas identificadas por los intervinientes: (i) visibilizar a la población en situación de discapacidad y (ii) facilitar el ejercicio de sus derechos haciendo más expedita la acreditación de la situación de discapacidad en diferentes contextos, con miras al goce efectivo de los derechos y privilegios contenidos en la Ley 361 de 1997.

El carné tiene como función identificar a las personas en situación de discapacidad que son beneficiarios de los derechos contenidos en la Ley 361 de 1997. Como se había dicho la precitada ley contiene medidas que favorecen y eliminan las barreras de acceso a las personas en situación de discapacidad como los derechos a la estabilidad laboral reforzada, acceso a los servicios de salud, recreación, transporte y medidas de acción afirmativa como exenciones tributarias para las empresas que contraten a personas en situación de discapacidad y prerrogativas en materia de contratación pública. Estos beneficios y medidas de acción afirmativa tienen una justificación constitucional ya que las personas en situación de discapacidad pueden ser discriminadas o pueden llegar a tener restricciones y por ende el legislador quiso dar mayores beneficios y tutelar a los miembros de dicho de colectivo para de esta manera establecer una mejor integración en la sociedad y desarrollo individual de dicho colectivo de personas sujetos de especial protección.

7.6.3. Por otro lado se debe tener en cuenta que el carné de afiliado al sistema de Seguridad

Social es un documento de tipo declarativo y no constitutivo102. Es decir, que la expedición del carné y su portabilidad no esta dando lugar a la generación del derecho en si mismo considerado, que se otorga por la situación de discapacidad o condición de dichos sujetos, sino que lo que esta haciendo este documento es declarar que dichas personas tienen esta condición y establecer el grado de discapacidad moderada, severa o profunda, sin que dicho carné puede ser entendido como la única prueba que puede dar lugar a la constitución de los derechos conferidos a las personas en situación de discapacidad de la Ley 361 de 1997.

7.6.4. Por tanto, entiende la Corte, que en una lectura sistemática de sus precedentes, de la protección especial que la Constitución de 1991 prodigó a las personas en situación de discapacidad, de las normas del bloque de constitucionalidad invocadas, y del espíritu y finalidad de la Ley 361 de 1997, que la regla según la cual, la exhibición o existencia de dicho carné por parte de las personas en situación de discapacidad para identificarse como titulares de los derechos derivados de la Ley 361 de 1997, no debe entenderse como una barrera de acceso o requisito ineludible para el goce de los derechos a la salud y a la estabilidad laboral reforzada de la población en situación de discapacidad. En el mismo sentido y en aras de proteger a las personas en situación de discapacidad este entendimiento debe también extenderse a todos los derechos, privilegios y garantías que la Ley 361 de 1997 establece en favor de dicho grupo de personas, ya que son medidas que benefician y protegen a las personas que por sus condiciones físicas o mentales se consideran como vulnerables y sujetos de especial protección constitucional.

7.6.5. Para la Corte no tendría ningún asidero constitucional la eventual posibilidad de interpretar la disposición demandada en el sentido de que con ella se trata de incluir una norma de mandato que ordenara una especie de tarifa legal, o de prueba ad substantiam actus en relación con la comprobación o evidencia de la situación de discapacidad de las personas, de manera que la identificación se convirtiera en una forma de obtener los derechos y prerrogativas contenidos en la Ley 361 de 1997. En el mismo sentido si la norma demandada fuese interpretada de forma restrictiva y excluyente por los funcionarios administrativos o particulares que tengan que garantizar dichos derechos, se estaría realizando una lectura claramente inconstitucional y reprochable desde el punto de vista de las expectativas institucionales del Estado Social de Derecho y ofendiendo de esta manera un claro designio constitucional en favor de dicho colectivo de personas vulnerables en razón de su situación de discapacidad.

7.6.6. Por ende, no se puede justificar constitucionalmente ningún tipo de argumento enderezado a supeditar el goce de los derechos de la población en situación de discapacidad, reconocidos en la Ley 361 de 1997, a un mal entendimiento del artículo 5º ahora demandado, bajo una inadmisible confusión entre la identificación del titular de los derechos, y las condiciones de acceso (y goce efectivo) a los derechos.

En este sentido, la Sala comparte el argumento del Ministerio de Salud y Protección Social y de la Comisión de Regulación en Salud (CRES), al indicar la diferencia entre ser titular del derecho y ser identificado para acceder al derecho. El carné es un mecanismo de identificación de la persona en situación de discapacidad que facilita su identificación, pero no crea una tarifa legal de prueba del estado de limitación o de la circunstancia de debilidad. Esta, al decir de la CRES "puede ser acreditada por cualquier medio de prueba que la ley disponga."

Igualmente, la Corte en sentencia T-143 de 2007, al resolver un asunto relacionado con el acceso a los servicios de salud en el contexto del régimen subsidiado consideró que, de la existencia o la exhibición del respectivo carné no dependía ni la titularidad del derecho a la salud, ni las posibilidades concretas de su goce efectivo. Al respecto estimó en dicho asunto que: "no es el carné de afiliación el que otorga el derecho a la atención en salud a los beneficiarios del régimen subsidiado (…) Lo anterior significa que mientras una persona se somete al proceso de identificación, selección y afiliación ante el municipio, no queda desprotegida respecto a la prestación de los servicios de salud que requiera, ya que en virtud del principio de continuidad en la prestación del servicio público de salud, es clara la necesidad de seguir garantizando la atención que demande el usuario, a través de la red hospitalaria del país."

Esta misma lógica inspiró las consideraciones de la Sentencia T-143 de 2002. Para la Corte, "siguiendo la normativa legal y la jurisprudencia (…) la asignación de una A.R.S. esta (sic) sometida a procedimientos administrativos que la Corte no puede ignorar ni pasar por alto, pero sí esta obligada, desde su misión de garante de los derechos fundamentales a poner de presente que el accionante, estando ya dentro del sistema Sisben y como beneficiario del Régimen Subsidiado, puede exigir, aún sin el requisito del carné Sisben y la asignación de una A.R.S., la prestación de los servicios de salud a las entidades públicas que están en condiciones de subsidiar los servicios de salud que necesite. En estos precisos casos,

también es necesario hacer efectivo el principio de prevalencia del derecho sustancial consagrado en el artículo 228 de la Constitución y proteger el derecho a la salud y a la vida cuando se aprecian amenazados."

Ahora, si bien estos precedentes se refieren a todos los usuarios de los servicios del sistema de seguridad social en salud, independientemente de que se trate de personas en situación de discapacidad o no, para la Corte, la ratio de estas decisiones es aplicable a este caso. Pues dicha ratio se soporta en la distinción de los fenómenos de identificación mediante carné, y titularidad efectiva del derecho.

7.6.7. Corolario de lo anterior para la Sala no es el carné el que otorga el derecho a la seguridad social o a cualquier otro derecho. De la existencia de tal carné tampoco dependen las condiciones para el goce efectivo del derecho en el seno de las prácticas administrativas de las instituciones de la seguridad social o de cualquier otro tipo de entidades. Las etapas que desde el plano administrativo deban surtirse para carnetizar a una persona en situación de discapacidad constituyen un requisito para la mejor organización de una actividad, orientada a la prestación efectiva de los servicios y el goce efectivo de los derechos, pero, "nunca este aspecto mecánico de la carnetización puede argüirse como fundamento para la privación de un derecho, o como una barrera de acceso al servicio del cual el goce efectivo del derecho depende."103 Para la Corte "la inclusión de una persona en un registro constituye una prueba pero no es requisito indispensable si está de por medio la violación [de] un derecho fundamental."104

7.7. Conclusión

En conclusión, para la Sala la disposición demandada que prescribe que "el carné servirá para identificarse como titular de los derechos establecidos en la presente Ley" debe ser entendida como una medida de acción afirmativa que, en el contexto de la Ley 361 de 1997 está provista de dos finalidades específicas: (i) visibilizar a la población en situación de discapacidad y facilitar el ejercicio de sus derechos al hacer más expedita la acreditación de la situación de discapacidad en diferentes contextos y (ii) facilitar el goce efectivo de los derechos y privilegios contenidos en la Ley 361 de 1997.

Así mismo, dicha disposición no puede ser entendida como una norma que establezca de una u otra forma una especie de tarifa legal, o que funcione en la práctica como una barrera

normativa para el goce efectivo de los derechos especiales que la Ley 361 de 1997 estableció en favor de la población en situación de discapacidad o afectada por alguna limitación. La existencia del carné tiene una función importante de identificación de su portador como titular de los derechos reconocidos en la Ley 361 de 1997, pero jamás puede entenderse como un dispositivo mediador indispensable entre el titular de los derechos y la eficacia concreta de estos.

Por último, se debe resaltar que el carné de afiliación al Sistema de Seguridad Social en Salud es una prueba declarativa pero no constitutiva y por ende no se puede configurar de ningún modo como una barrera de acceso para la garantía de los derechos establecidos en la Ley 361 de 1997 para las personas en situación de discapacidad. Por tanto se debe entender que el carné solo sirve como una garantía y una medida de acción positiva de los derechos contenidos en la Ley 361 de 1997 y no se puede convertir en una limitación, restricción o barrera de los derechos o prerrogativas de que son portadoras las personas en situación de discapacidad.

VIII. DECISION

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

RESUELVE

Primero.- DECLARARSE INHIBIDA para resolver la demanda contra el artículo 5º (parcial) de la Ley 361 de 1997, en relación con el cargo por violación del Preámbulo y los artículos 1, 2, 4, 5, 9, 11, 13, 16, 25, 47, 48, 53, 54, 93; los numerales 2 y 4 del artículo 95; el literal a) del artículo 52, 230 de la Constitución y los elementos del bloque de constitucionalidad.

Segundo.- DECLARAR EXEQUIBLE la expresión “Servirá para identificarse como titular de los derechos establecidos en la presente Ley” del artículo 5º de la Ley 361 de 1997.

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

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Presidente

JORGE IVAN PALACIO PALACIO

Magistrado

MARIA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

Ausente con excusa

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

Magistrado

Ausente con excusa

ADRIANA MARIA GUILLÉN ARANGO

Magistrada

LUIS CARLOS MARIN PULGARIN

Secretaria General (E)

1 p. 6

2 Dice la demandante que, “Esto no solamente contradice uno de los principios cardinales del derecho probatorio en materia laboral, que es el del libre convencimiento del juez al cual se llega a través del análisis no tarifado de los medios de prueba (art. 61 del C.P.T. y de la S.S), sino que establece una discriminación negativa inadmisible entre sujetos de especial protección constitucional que se encuentran de forma objetiva en situación de debilidad manifiesta” (Ibíd., p. 2).

3 “ARTICULO 29. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable”.

4 Folio 6.

5 Folios 59 a 64.

6 Folio 61.

7 Folio 62.

8 Sentencias C- 531 de 2000, T- 554 de 2009, T- 457 de 2010 y T- 132 de 2011.

9 Folio 62.

10 Folio 63.

11 Folio 63.

12 Folio 77 a 78.

13 Folio 78.

14 Folios 79 a 86.

15 Folio 79.

16 Corte Constitucional, Sentencias C- 174 de 2004 y C- 810 de 2007.

18 Folio 85.

19 Folio 85.

20 Sobre este punto anotó que el Comité Consultivo de Discapacidad se efectuó una discusión sobre el tema del artículo 5º de la Ley 361 de 1997 y se dijo que por un lado contemplar el rótula de discapacidad en el carné de afiliación al SGSSS puede ser estigmatizante y discriminatorio para las personas con discapacidad, pero por otro lado se dio la posición de que dicho documento "Permite visibilizar a las personas con discapacidad, con el fin de garantizar la atención preferencial, de manera que se genere un efecto positivo en la atención de salud" (Folio 80).

21 Folios 96 a 100.

22 Cita de la Sentencia C- 168 de 1997 (Folio 97).

23 Folios 101 a 106.

24 Folio 101.

25 Esta norma fue modificada por el Decreto 19 de 2012 que en el inciso segundo establece que, "…ninguna persona limitada podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su limitación, salvo que medie autorización del Ministerio del Trabajo".

26 Folios 104 a 106.

27 Folio 104.

28 Folios 107 a 114.

29 Sobre este punto estableció que la demanda se funda en una interpretación del accionante sobre el contenido del artículo 5º de la Ley 361 de 1997, "… que por demás no

cuenta con asidero alguno. En efecto, en el parecer de la demanda, la norma acusada consagra el carné como única prueba de la titularidad de los derechos que confiere la ley. Sin embargo, la norma se limita a señalar que el referido documento '…Servirá para identificarse…', sin excluir otros medios de prueba" (Folio 109).

30 Folio 113.

31 Folios 115 a 121.

32 Folio 115.

33 Folio 116.

34 Corte IDH, Opinión Consultiva OC- 18 de 2003 del 17 de septiembre de 2003, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos, Condición Jurídica y derechos de los migrantes indocumentados.

35 Folio 119.

36 Folio 120. En el artículo 5º del Decreto 917 de 1999 se establece que, "Para efectos de la calificación de la invalidez, los calificadores se orientarán por los requisitos y procedimientos establecidos en el presente manual para emitir un dictamen. Deben tener en cuenta que dicho dictamen es el documento que, con carácter probatorio, contiene el concepto experto que los calificadores emiten sobre el grado de la incapacidad permanente parcial, la invalidez o la muerte de un afiliado y debe fundamentarse en: a) Consideraciones de orden fáctico sobre la situación que es objeto de evaluación, donde se relacionan los hechos ocurridos que dieron lugar al accidente, la enfermedad o la muerte, indicando las circunstancias de modo, tiempo y lugar dentro de las cuales sucedieron; y el DIAGNOSTICO CLINICO de carácter técnico-científico, soportado en la historia clínica, la historia ocupacional y con las ayudas de diagnóstico requeridas de acuerdo con la especificidad del problema; b) Establecido el diagnóstico clínico, se procede a determinar la PERDIDA DE LA CAPACIDAD LABORAL del individuo, mediante los procedimientos definidos en el presente manual; c) Definida la pérdida de la capacidad laboral, se procede a la CALIFICACIÓN INTEGRAL DE LA INVALIDEZ la cual se registra en el dictamen, en los formularios e instructivos que para ese efecto expida el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, los cuales deben registrar por lo menos: el origen

de la enfermedad, el accidente o la muerte, el grado de pérdida de la capacidad laboral causado por el accidente o la enfermedad, la fecha de estructuración de la invalidez y la fundamentación con base en el diagnóstico y demás informes adicionales, tales como el reporte del accidente o el certificado de defunción, si fuera el caso; d) Mecanismos para que los interesados puedan ejercer los recursos legales establecidos en las normas vigentes, con el objeto de garantizar una controversia objetiva de su contenido en caso de desacuerdo, tanto en lo substancial como en lo procedimental".

37 Ibíd.

38 Folio 122 a 123.

39 Folio 123.

40 Ibíd.

41 Folio 124 a 127.

42 Ibíd.

43 Folio 126.

44 Ibídem.

45 Ibídem.

46 Ibídem.

47 Ibídem.

48 Folio 127.

50 Folio 131.

51 Corte Constitucional, Sentencia T- 819 de 2008.

52 En la intervención se hace todo el recorrido legal y reglamentario sobre la exigencia del carnet para que se garantice los servicios de salud. En primer lugar la Circular Externa 012

de 1995, el artículo 44 del Decreto 806 de 1998, el artículo 40 del Decreto 1703 de 2000, el artículo 11 del Decreto 4747 y finalmente se cita el artículo 22 de la Ley 1438 de 2011, “Por medio de la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud” que estableció lo siguiente: “Artículo 22. PORTABILIDAD NACIONAL. Todas las Entidades Promotoras de Salud deberán garantizar el acceso a los servicios de salud en el territorio nacional, a través de acuerdos con prestadores de servicios de salud y Entidades Promotoras de Salud. Las Entidades Promotoras de Salud podrán ofrecer los planes de beneficios en los dos regímenes, preservando los atributos de continuidad, longitudinalidad, integralidad, y adscripción individual y familiar a los equipos básicos de salud y redes integradas de servicios. El acceso a la atención de salud será a través de la cédula de ciudadanía u otro documento de identidad. PARÁGRAFO TRANSITORIO. Esta disposición entrará en vigencia a más tardar el primero (1º) de junio de 2013”.

53 Folio 148.

54 Cito el aparte de la Sentencia C- 531 de 2000 en donde se dice que, “(…) resulta exigible al patrono que adelante una actuación previa al despido del trabajador discapacitado, ajustada a los principios establecidos en el artículo 29 de la Constitución Política sobre el debido proceso y defensa, en razón del carácter sancionatorio de la medida permitiendo a las partes participar activamente en la presentación y contradicción de las pruebas, con publicidad de los actos y decisiones, así como en la práctica y valoración de las mismas bajo los principios de la sana crítica (…)”.

55 Folio 150.

56 Folios 157 a 169.

57 Corte Constitucional, Sentencias T-1040 de 2001, T-198 de 2006, T-094 de 2010 y C-824 de 2011.

58 Folio 166.

59 Folio 167.

60 Cita que esta línea ha sido marcada por Sentencias como la C- 531 de 2000 y continuada por otras sentencias como la T- 1083 de 2007, T- 307 de 2008, T- 449 de 20008 y T- 650 de

2009.

61 Esta línea jurisprudencial se ve reflejada en sentencias como la T- 198 de 2006 y seguida por otras como la T- 819 de 2008, T- 603 de 2009 y T- 643 de 2009.

62 Negrilla fuera del texto. Folio 181 a 182.

63 Folio 180 a 181.

64 El día dieciséis (16) de enero de 2012, el accionante encontrándose dentro del término, presentó escrito de corrección de la demanda.

65 Cfr. Sentencia C- 1052 de 2004 y C- 1067 de 2008.

66 Así, en la Sentencia C- 1067 de 2008, la Corte consideró que "[s]in la exposición de estos argumentos, las razones de la presunta vulneración del derecho a la igualdad resultarán insuficientes, es decir, no podrá estimarse que contengan la exposición de todos los elementos de juicio necesarios para cuestionar la constitucionalidad de la norma acusada". Cfr. Sentencia C- 1067 de 2008.

67 Pueden verse sobre este punto las Sentencias C- 022 de 1996, C- 1191 de 2001, C- 810 de 2007 y C- 106 de 2004, entre otras.

68 Sentencia C-1191 de 2001.

69 Ver otras sentencias la C- 862 de 2008.

70 Por ejemplo la Sentencia T- 096 de 2009 y C- 824 de 2011.

71 En la Sentencia C- 293 de 2010 se hizo el control de constitucionalidad de dicha ley.

72 Inciso segundo del artículo primero.

73 Del mismo modo se dispuso que los Estados partes deben, "f) Emprender o promover la investigación y el desarrollo de bienes, servicios, equipo e instalaciones de diseño universal, con arreglo a la definición del artículo 2º de la presente Convención, que requieran la menor adaptación posible y el menor costo para satisfacer las necesidades específicas de las

personas con discapacidad, promover su disponibilidad y uso, y promover el diseño universal en la elaboración de normas y directrices; g) Emprender o promover la investigación y el desarrollo, y promover la disponibilidad y el uso de nuevas tecnologías, incluidas las tecnologías de la información y las comunicaciones, ayudas para la movilidad, dispositivos técnicos y tecnologías de apoyo adecuadas para las personas con discapacidad, dando prioridad a las de precio asequible; h) Proporcionar información que sea accesible para las personas con discapacidad sobre ayudas a la movilidad, dispositivos técnicos y tecnologías de apoyo, incluidas nuevas tecnologías, así como otras formas de asistencia y servicios e instalaciones de apoyo; i) Promover la formación de los profesionales y el personal que trabajan con personas con discapacidad respecto de los derechos reconocidos en la presente Convención, a fin de prestar mejor la asistencia y los servicios garantizados por esos derechos. 2. Con respecto a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados Partes se comprometen a adoptar medidas hasta el máximo de sus recursos disponibles y, cuando sea necesario, en el marco de la cooperación internacional, para lograr, de manera progresiva, el pleno ejercicio de estos derechos, sin perjuicio de las obligaciones previstas en la presente Convención que sean aplicables de inmediato en virtud del derecho internacional. 3. En la elaboración y aplicación de legislación y políticas para hacer efectiva la presente Convención, y en otros procesos de adopción de decisiones sobre cuestiones relacionadas con las personas con discapacidad, los Estados Partes celebrarán consultas estrechas y colaborarán activamente con las personas con discapacidad, incluidos los niños y las niñas con discapacidad, a través de las organizaciones que las representan. 4. Nada de lo dispuesto en la presente Convención afectará a las disposiciones que puedan facilitar, en mayor medida, el ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad y que puedan figurar en la legislación de un Estado Parte o en el derecho internacional en vigor en dicho Estado. No se restringirán ni derogarán ninguno de los derechos humanos y las libertades fundamentales reconocidos o existentes en los Estados Partes en la presente Convención de conformidad con la ley, las convenciones y los convenios, los reglamentos o la costumbre con el pretexto de que en la presente Convención no se reconocen esos derechos o libertades o se reconocen en menor medida. 5. Las disposiciones de la presente Convención se aplicarán a todas las partes de los Estados federales sin limitaciones ni excepciones”.

74 Proclamada por la Asamblea General en su resolución 2856 (XXVI), de 20 de diciembre de 1971.

75 Se establece en dicha Declaración los siguiente derechos: “1. El término ‘impedido’ designa a toda persona incapacitada de subvenir por sí misma, en su totalidad o en parte, a las necesidades de una vida individual o social normal a consecuencia de una deficiencia, congénita o no, de sus facultades físicas o mentales.

2. El impedido debe gozar de todos los derechos enunciados en la presente Declaración. Deben reconocerse esos derechos a todos los impedidos, sin excepción alguna y sin distinción ni discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de otra índole, origen nacional o social, fortuna, nacimiento o cualquier otra circunstancia, tanto si se refiere personalmente al impedido como a su familia.

4. El impedido tiene los mismos derechos civiles y políticos que los demás seres humanos; el párrafo 7 de la Declaración de los Derechos del Retrasado Mental se aplica a toda posible limitación o supresión de esos derechos para los impedidos mentales.

5. El impedido tiene derecho a las medidas destinadas a permitirle lograr la mayor autonomía posible.

6. El impedido tiene derecho a recibir atención médica, psicológica y funcional, incluidos los aparatos de prótesis y ortopedia; a la readaptación médica y social; a la educación; la formación y a la readaptación profesionales; las ayudas, consejos, servicios de colocación y otros servicios que aseguren el aprovechamiento máximo de sus facultades y aptitudes y aceleren el proceso de su integración o reintegración social.

7. El impedido tiene derecho a la seguridad económica y social y a un nivel de vida decoroso. Tiene derecho, en la medida de sus posibilidades, a obtener y conservar un empleo y a ejercer una ocupación útil, productiva y remunerativa, y a formar parte de organizaciones sindicales.

8. El impedido tiene derecho a que se tengan en cuenta sus necesidades particulares en todas las etapas de la planificación económica y social.

9. El impedido tiene derecho a vivir en el seno de su familia o de un hogar que la substituya y a participar en todas las actividades sociales, creadoras o recreativas. Ningún impedido podrá ser obligado, en materia de residencia, a un trato distinto del que exija su estado o la

mejoría que se le podría aportar. Si fuese indispensable la permanencia del impedido en un establecimiento especializado, el medio y las condiciones de vida en él deberán asemejarse lo más posible a los de la vida normal de las personas de su edad.

10. El impedido debe ser protegido contra toda explotación, toda reglamentación o todo trato discriminatorio, abusivo o degradante.

11. El impedido debe poder contar con el beneficio de una asistencia letrada jurídica competente cuando se compruebe que esa asistencia es indispensable para la protección de su persona y sus bienes. Si fuere objeto de una acción judicial, deberá ser sometido a un procedimiento justo que tenga plenamente en cuenta sus condiciones físicas y mentales.

12. Las organizaciones de impedidos podrán ser consultadas con provecho respecto de todos los asuntos que se relacionen con los derechos humanos y otros derechos de los impedidos.

13. El impedido, su familia y su comunidad deben ser informados plenamente, por todos los medios apropiados, de los derechos enunciados en la presente Declaración".

76 Aprobadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en su cuadragésimo octavo periodo de sesiones, mediante Resolución 46/96, de 20 de diciembre de 1993 (publicada en el documento A/RES/48/96, de 4/3/94).

77 Sentencia C- 824 de 2011.

78 Como se dice en la Sentencia C- 824 de 2011, "En este Convenio se consagran ciertas obligaciones de los Estados que lo ratifiquen, en relación con las relaciones laborales o las condiciones de trabajo que deben garantizarse a las personas con limitación o con discapacidad, esto es, con una 'deficiencia de carácter físico o mental debidamente reconocida' (Art. 1º), para la inserción y readaptación laboral, y la garantía de la igualdad de oportunidades".

79 Naciones Unidas, Año Internacional de las personas con discapacidad, 1981.

80 Adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y aprobada por Colombia a través de la Ley 12 de 1991. El artículo 23 de dicha Convención

dispone que, “1). Los Estados Partes reconocen que el niño mental o físicamente impedido deberá disfrutar de una vida plena y decente en condiciones que aseguren su dignidad, le permitan llegar a bastarse a sí mismo y faciliten la participación activa del niño en la comunidad. 2). Los Estados Partes reconocen el derecho del niño impedido a recibir cuidados especiales y alentarán y asegurarán, con sujeción a los recursos disponibles, la prestación al niño que reúna las condiciones requeridas y a los responsables de su cuidado de la asistencia que se solicite y que sea adecuada al estado del niño y a las circunstancias de sus padres o de otras personas que cuiden de él. 3). En atención a las necesidades especiales del niño impedido, la asistencia que se preste conforme al párrafo 2 del presente artículo será gratuita siempre que sea posible, habida cuenta de la situación económica de los padres o de las otras personas que cuiden del niño, y estará destinada a asegurar que el niño impedido tenga un acceso efectivo a la educación, la capacitación, los servicios sanitarios, los servicios de rehabilitación, la preparación para el empleo y las oportunidades de esparcimiento y reciba tales servicios con el objeto de que el niño logre la integración social y el desarrollo individual, incluido su desarrollo cultural y espiritual, en la máxima medida posible. 4) Los Estados Partes promoverán, con espíritu de cooperación internacional, el intercambio de información adecuada en la esfera de la atención sanitaria preventiva y del tratamiento médico, psicológico y funcional de los niños impedidos, incluida la difusión de información sobre los métodos de rehabilitación y los servicios de enseñanza y formación profesional, así como el acceso a esa información a fin de que los Estados Partes puedan mejorar su capacidad y conocimientos y ampliar su experiencia en estas esferas. A este respecto, se tendrán especialmente en cuenta las necesidades de los países en desarrollo.”

81 En dicha Observación, se estableció que, “Todavía no hay una definición de aceptación internacional del término ‘discapacidad , pero de momento basta con basarse en el enfoque seguido por las normas uniformes aprobadas en 1993, según las cuales: Con la palabra ‘discapacidad’ se resume un gran número de diferentes limitaciones funcionales que se registran en las poblaciones (…) La discapacidad puede revestir la forma de una deficiencia física, intelectual o sensorial, una dolencia que requiera atención médica o una enfermedad mental. Tales deficiencias, dolencias o enfermedades pueden ser de carácter permanente o transitorio”. Del mismo modo se indica que los métodos que han de seguir los Estados Partes para esforzarse por cumplir las obligaciones que les impone el Pacto respecto de las personas con discapacidad son esencialmente los mismos que los que existen en relación con otras obligaciones “(…) Entre ellas figura la necesidad de determinar, mediante una

fiscalización regular, la naturaleza y el ámbito de los problemas que se plantean en el Estado; la necesidad de adoptar programas y políticas debidamente adaptados a las necesidades que se hayan determinado de dicha manera; la necesidad de formular legislación cuando sea necesario y de suprimir todas las normas vigentes que sean discriminatorias; y la necesidad de hacer las consignaciones presupuestarias apropiadas o, cuando sea preciso, de recabar la asistencia y cooperación internacionales. En relación con esta última cuestión, la cooperación internacional de conformidad con los artículos 22 y 23 del Pacto será probablemente un elemento particularmente importante para lograr que algunos países en desarrollo cumplan sus obligaciones con arreglo al Pacto". Entre las diferentes medidas que se establecen en la Observación se encuentran en el punto (3) la obligación de eliminar la discriminación por motivos de discapacidad; igualdad de derechos para hombres y mujeres; derechos relacionados con el trabajo; derechos relacionados con la seguridad social; protección de las familias, las madres y los niños, derecho a nivel de vida adecuado, derecho al disfrute de salud física y mental, derecho a la educación y derecho a participar en la vida cultural y a gozar de los beneficios del progreso científico.

82 Ver Sentencias C-804 de 2009 y T-608 de 2007.

83 7 de junio de 1999.

84 San José de Costa Rica, noviembre de 1969 "Artículo 24. Igualdad ante la Ley Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tiene derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley."

85 Suscrita en la ciudad de Guatemala, Guatemala, el siete (7) de junio de mil novecientos noventa y nueve (1999).

86 Literal b) del artículo I.

87 Dentro de las medidas de protección a las personas en situación de discapacidad se encuentran las siguientes: "a) Medidas para eliminar progresivamente la discriminación y promover la integración por parte de las autoridades gubernamentales y/o entidades privadas en la prestación o suministro de bienes, servicios, instalaciones, programas y actividades, tales como el empleo, el transporte, las comunicaciones, la vivienda, la recreación, la educación, el deporte, el acceso a la justicia y los servicios policiales, y las

actividades políticas y de administración; b) Medidas para que los edificios, vehículos e instalaciones que se construyan o fabriquen en sus territorios respectivos faciliten el transporte, la comunicación y el acceso para las personas con discapacidad; c) Medidas para eliminar, en la medida de lo posible, los obstáculos arquitectónicos, de transporte y comunicaciones que existan, con la finalidad de facilitar el acceso y uso para las personas con discapacidad, y d) Medidas para asegurar que las personas encargadas de aplicar la presente Convención y la legislación interna sobre esta materia, estén capacitados para hacerlo. 2. Trabajar prioritariamente en las siguientes áreas: a) La prevención de todas las formas de discapacidad prevenibles; b) La detección temprana e intervención, tratamiento, rehabilitación, educación, formación ocupacional y el suministro de servicios globales para asegurar un nivel óptimo de independencia y de calidad de vida para las personas con discapacidad, y c) La sensibilización de la población, a través de campañas de educación encaminadas a eliminar prejuicios, estereotipos y otras actitudes que atentan contra el derecho de las personas a ser iguales, propiciando de esta forma el respeto y la convivencia con las personas con discapacidad".

88Aprobado por la Ley 319 de 1996 y declarado exequible por la Sentencia C- 251 de 1997.

89 Negrilla fuera del texto.

90 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

91 Ver Sentencias T- 207 de 1999 y C – 804 de 2009.

93 M.P. Clara Inés Vargas.

94 La norma establece lo siguiente, "ARTÍCULO 14. El Ministerio de Educación Nacional y el Icfes, establecerán los procedimientos y mecanismos especiales que faciliten a las personas con limitaciones físicas y sensoriales la presentación de exámenes de estado y conjuntamente con el Icetex, facilitará el acceso a créditos educativos y becas a quienes llenen los requisitos previstos por el Estado para tal efecto. Así mismo, Coldeportes promoverá y dará apoyo financiero con un porcentaje no inferior al 10% de sus presupuestos regionales, a las entidades territoriales para el desarrollo de programas de recreación y deporte dirigidos a la población limitada física, sensorial y síquicamente. Estos programas

deberán ser incluidos en el plan nacional del deporte, recreación y educación física".

95 Sin embargo debe tenerse en cuenta que en el inciso segundo se establece que, "Sin perjuicio de lo establecido en el inciso anterior, no se requeriría de autorización por parte del Ministerio del Trabajo cuando el trabajador limitado incurra en alguna de las causales establecidas en al ley como justas causas para dar por terminado el contrato. Siempre se garantizará el derecho al debido proceso".

96 Como se dijo en la Sentencia T-519 de 2003, "Lo que pretende garantizar la norma es la no discriminación laboral por la existencia de limitaciones físicas, garantizando así una estabilidad laboral mayor. El artículo 26 fue declarado exequible de manera condicionada toda vez que la Corte estimó que en todo despido por razón de la limitación de la persona deberían concurrir dos factores: la autorización de la oficina del trabajo y el pago de ciento ochenta días de trabajo. Estas dos cargas para el empleador son instrumentos previstos por el legislador para evitar que se presente de manera arbitraria el despido de la persona limitada".

97 Negrilla fuera del texto. En la Sentencia C-410 de 2001 esta norma fue declarada exequible, "(…) bajo el entendido de que la norma se refiere simplemente a los vehículos que transportan a alguna de las personas destinatarias de dicha Ley".

98 Folio 61 de la demanda.

99 Negrilla fuera del texto. Como se indica en esta jurisprudencia esta garantía especial ya se había establecido desde la Sentencia T- 427 de 1992 (Fundamento Jurídico No 7, M.P. Eduardo Cifuentes Múñoz) en donde se estableció que la garantía de la estabilidad laboral reforzada para las personas en situación de discapacidad debido al especial cuidado que la Carta ordena en favor de los minusválidos (Artículo 54 de la C.P.).

100 En la Sentencia T- 198 de 2006 se dijo que, "Se observa que la normatividad vigente contenida en el derecho interno e internacional sobre la materia propugna una real protección de las personas con limitaciones para que éstas permanezcan en su empleo y prosperen gracias a un compromiso real y colectivo de ofrecerles la adecuada reintegración social. Sin embargo, cabría preguntarse qué sujetos deben estar protegidos por estas disposiciones. En este sentido, algunos podrían considerar que la estabilidad laboral

reforzada sólo se aplica a aquellos que sufren algún grado de invalidez, tal y como lo sostuvo el accionado; sin embargo, resulta necesario definir con claridad quiénes están por éstas amparados, toda vez que la normatividad internacional y la jurisprudencia constitucional propugnan por un concepto de discapacidad más amplio. La jurisprudencia ha extendido el beneficio de la protección laboral reforzada establecida en la Ley 361 de 1997, a favor, no sólo de los trabajadores discapacitados calificados como tales, sino aquellos que sufren deterioros de salud en el desarrollo de sus funciones. En efecto, en virtud de la aplicación directa de la Constitución, constituye un trato discriminatorio el despido de un empleado en razón de la enfermedad por él padecida, frente a la cual procede la tutela como mecanismo de protección. Para justificar tal actuación no cabe invocar argumentos legales que soporten la desvinculación como la posibilidad legal de despido sin justa causa. Nace el deber del empleador de reubicar a los trabajadores que, durante el transcurso del contrato de trabajo sufren disminuciones de su capacidad física".

101 Negrilla fuera del texto.

102 Los documentos de acuerdo con su función son constitutivos y meramente probatorios o declarativos. Los documentos constitutivos son aquellos en que la misma ley erige en requisito formal indispensable para la validez de ciertos actos jurídicos, excluyendo cualquier otro medio de prueba para su existencia, mientras que los documentos declarativos son los que evidencian una situación de hecho que dan lugar al reconocimiento del derecho. Esta diferenciación ha sido tenida en cuenta por la Corte Constitucional cuando se refiere al otorgamiento de derechos de las personas en situación de desplazamiento. En la jurisprudencia constitucional se ha dicho que la declaración de la condición de desplazado y el Registro Único de Población Desplazada (RUPD) tienen un carácter declarativo y por tanto se trata de una mera formalidad para acceder a derechos como la asistencia humanitaria de emergencia y los otros beneficios dispuestos para dicho colectivo en la Ley 387 de 1997. En la Sentencia T-327 de 2001 la Corte Constitucional estableció que, "El desplazamiento forzado por ser una situación de hecho no necesita, como requisito indispensable para adquirir la condición de desplazado ser declarado por ninguna entidad ni pública ni privada para configurarse. Cuestión diferente es el hecho de que el Gobierno haya establecido un procedimiento para incluir a la población en un Registro Nacional de Población Desplazada, que reglamenta el acceso a las ayudas contempladas (ayuda inmediata, atención humanitaria de emergencia y programas de retorno, reasentamiento o reubicación), mas no

es un mecanismo que pretende dar una declaración indebida a una situación de hecho”. Esta diferenciación entre acto constitutivo y acto declarativo también se estableció con relación a la prueba de las personas en situación de desplazamiento en las Sentencias T-328 de 2007 y T-1134 de 2008 en donde se reiteró que el RUPD no era el único documento para probar dicha condición y que por lo tanto no era un documento constitutivo sino meramente declarativo.

103 Así lo ha indicado la Corte en la sentencia T-366 de 2002, al resolver un problema relacionado con la reasignación de carnés para el goce de los derechos a la seguridad social.

104 Sentencias T-723 de 2000 y T-961 de 2001.

———————————————————————————————

———————————————————————————————