

# **Adjudicar desde el lente de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad:**

Algunos retos de la jurisprudencia  
constitucional colombiana

*Lucas Correa Montoya*

## *Resumen*

Esta publicación desarrolla algunos de los principales retos que enfrenta la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana en relación con la protección de los derechos de las personas con discapacidad. Particularmente aborda tres retos. En primer lugar, el reto de operativizar el modelo social y del imperativo de inclusión social en la jurisprudencia como forma de actualizar la especial protección provista por la Constitución Política de 1991 a las personas con discapacidad. En segundo lugar, el reto de no caer en la trampa de la educación especial y potenciar el derecho a la educación inclusiva de esta población. Y, en tercer lugar, el reto de promover los apoyos para el ejercicio de la capacidad legal en condiciones de igualdad por parte de las personas con discapacidad.



**LAB Monitor** es la serie de publicaciones del Laboratorio de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DescLAB) que busca ampliar y profundizar el conocimiento disponible sobre los Desc y apoyar estrategias de litigio, incidencia y movilización social.



Esta obra está licenciada bajo una licencia Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International

El contenido y las posiciones expresadas en el presente informe son responsabilidad de sus autores y no representan necesariamente las posiciones oficiales que tuviera o llegare a tener DescLAB o las entidades a las que estuvieran o llegaren a estar vinculados.

**Laboratorio de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DescLAB)**

Bogotá D.C. – Colombia  
[www.descclab.com](http://www.descclab.com)

**Autor:**  
Lucas Correa Montoya

**ISBN (Online):**  
978-958-48-2611-4

**Fotografías:**  
Llano Fotografía

Noviembre 1 de 2017

**Cítese como:** Correa Montoya, Lucas. (2017). Adjudicar desde el lente de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad: algunos retos de la jurisprudencia constitucional colombiana. DescLAB: Bogotá. 43p.



# **Adjudicar desde el lente de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad:**

Algunos retos de la jurisprudencia constitucional colombiana

- 4**    **Introducción**
- 5**    **Reto 1: más allá de la rehabilitación y la prevención de la debilidad manifiesta; catalizar la inclusión social de las personas con discapacidad**
  - 5        Especial protección provista por la Constitución Política de 1991
  - 10       Especial protección provista por la jurisprudencia constitucional: la incorporación del modelo social en las decisiones de los jueces
- 15**   **Reto 2: no caer en la trampa de la educación especial y potenciar la inclusión de las personas con discapacidad en el sistema educativo regular**
  - 16       Cambio paradigmático en la educación de las personas con discapacidad: de la segregación en una oferta especial a la inclusión con apoyos en la escuela regular
  - 22       Estado actual del precedente judicial sobre el derecho a la educación de las personas con discapacidad
- 28**   **Reto 3: promover los apoyos en la toma de decisiones como forma de garantizar el derecho a la capacidad legal de las personas con discapacidad**
  - 29       Cambio paradigmático en el igual reconocimiento ante la ley: de la sustracción de la capacidad al apoyo en la toma de decisiones.
  - 33       Estado actual del precedente judicial sobre el derecho a la capacidad legal de las personas con discapacidad
- 41**   **Palabras finales**
- 42**   **Referencias bibliográficas**

# Adjudicar desde el lente de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad:

Algunos retos de la jurisprudencia constitucional colombiana<sup>1</sup>

Lucas Correa Montoya\*

## Introducción

El presente capítulo desarrolla algunos de los principales retos que enfrenta la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana en relación con la protección de los derechos de las personas con discapacidad. Particularmente aborda tres retos. En primer lugar, el reto de operativizar el modelo social y del imperativo de inclusión social en la jurisprudencia como forma de actualizar la especial protección provista por la Constitución Política de 1991 a las personas con discapacidad. En segundo lugar, el reto de no caer en la trampa de la educación especial y potenciar el derecho a la educación inclusiva de esta población. Y, en tercer lugar, el reto de promover los apoyos para el ejercicio de la capacidad legal en condiciones de igualdad por parte de las personas con discapacidad.

La protección de los derechos de las personas con discapacidad ha estado presente desde los inicios de la jurisprudencia constitucional, y en términos generales, su saldo ha sido tremendamente positivo. La incorporación al bloque de constitucionalidad de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD o la Convención) en el año 2011 marcó un hito y fijó enormes retos para el Estado colombiano, incluyendo la rama judicial. La Convención introduce importantes retos que implican una transformación jurídica compleja, ello exige la exclusión de normas que han devenido inconstitucionales, pero también la necesidad de crear nuevas normas, nuevas instituciones, revisar el precedente judicial y fomentar la transformación de imaginarios negativos a través de las normas jurídicas.

El rol de la Corte Constitucional ha sido central para avanzar y visibilizar los derechos de las personas con discapacidad y lo seguirá siendo. En muchos casos los jueces han sido vitales ante la inoperancia o inexistencia de la oferta pública, pero los jueces también tienen un rol de aprendizaje y de sincronizarse con los avances del bloque de constitucionalidad. El presente texto aborda algunos re-

<sup>1</sup> Una versión previa de esta publicación fue presentada en el XII Encuentro de la Jurisdicción Constitucional organizado en 2017 por la Corte Constitucional colombiana.

\* Abogado, magíster en planeación urbana y regional, LLM en derecho internacional y derechos humanos. Becario de Open Society Foundations, profesor de las universidades de Los Andes, Rosario y Pontificia Bolivariana. Actual director de investigaciones del Laboratorio de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DescLAB).

<sup>2</sup> Ver, Correa Montoya, Lucas. (2009). Panorama de la protección constitucional a los derechos de las personas con discapacidad en Colombia. Vniversitas. Bogotá (Colombia) N° 118: 115-139, enero-junio de 2009. Disponible en: <https://www.desclab.com/discapacidad-vniversitas>

<sup>3</sup> Ver, Constitución Política de 1991, art. 13(3).

<sup>4</sup> Ibid., art. 47.

<sup>5</sup> Ibid., art. 54.

<sup>6</sup> Ibid., art. 68(6).

<sup>7</sup> Entre otras, ver sentencias C-458 de 2015 (MP. Gloria Stella Ortiz) y C-042 de 2017 (MP. Aquiles Arrieta Gómez).

tos que enfrentará la Corte siguiendo una estructura sencilla: para cada reto se describen los cambios paradigmáticos que impone la CDPD y luego se analizan los avances que ha tenido la jurisprudencia. Ello con un único objetivo: tratar de informar mejores decisiones judiciales en el futuro.

## **Reto 1: más allá de la rehabilitación y la prevención de la debilidad manifiesta; catalizar la inclusión social de las personas con discapacidad**

Las personas con discapacidad hacen parte del grupo de colombianos más pobres y excluidos, para quienes las oportunidades sociales, el acceso a los servicios públicos y el goce efectivo de sus derechos son con frecuencia precarios. La Constitución Política de 1991 proveyó una especial protección a este grupo y ello ha servido para potenciar acciones públicas y privadas a favor de esta población en las últimas dos décadas. No obstante, con posterioridad a la incorporación al bloque de constitucionalidad de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, los jueces se han visto ante el reto de operativizar el modelo social y el imperativo de inclusión social en la jurisprudencia como forma de actualizar la especial protección provista por la Constitución Política de 1991. De esta manera, la jurisprudencia enfrenta el reto de actualizar dicha protección para que más que rehabilitar y prevenir la debilidad manifiesta, logre catalizar la plena inclusión social de las personas con discapacidad como sujetos diversos y como ciudadanos de primera categoría.

### **Especial protección provista por la Constitución Política de 1991**

La especial protección provista por la Constitución de 1991 a las personas con discapacidad deriva de la interpretación sistemática de los artículos 13 (igualdad), 47 (política pública), 54 (formación y trabajo) y 68 (educación)<sup>2</sup>. La Constitución no utiliza un lenguaje unificado para referirse a las personas con discapacidad, en algunos casos los nombra como personas en circunstancias de debilidad manifiesta<sup>3</sup>, disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos<sup>4</sup>, minusválidos<sup>5</sup>, personas con limitaciones físicas o mentales<sup>6</sup>. Para el época, las personas con discapacidad difícilmente eran reconocidas como un sujeto de derechos y había pocos avances en materia internacional; de alguna manera la Constitución Política de 1991 sentó las bases para los desarrollos posteriores. No obstante las dificultades, luego de más de 26 años desde su adopción, dados los avances en el bloque de constitucional, en la legislación específica, y en línea con la jurisprudencia constitucional sobre el lenguaje jurídico<sup>7</sup>, es posible interpretar sistemáticamente, a partir de los cuatro artículos mencionados, la protección constitucional especial brindada por la Constitución a las personas con discapacidad y que ha sido decisiva para el desarrollo de una profusa jurisprudencia que ha profundizado y ampliado los contornos de la misma.

<sup>8</sup> Correa Montoya, Lucas y Castro Martínez, Marta. (2016). Discapacidad e inclusión social en Colombia. Informe Alternativo de la Fundación Saldarriaga Concha al Comité de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Bogotá: Fundación Saldarriaga Concha. Disponible en: <https://www.desclab.com/discapacidad-informe-alternativo>

<sup>9</sup> Ver, Constitución Política de 1991, art. 13(2).

<sup>10</sup> *Ibid.*

<sup>11</sup> *Ibid.*, art. 13(3).

<sup>12</sup> Asamblea Nacional Constituyente, (1991). Informe de la sesión plenaria del día 2 de mayo de 1991 (Bogotá, mayo 8 de 1991), disponible en: [banrepcultural.org/blaavirtual/ANC/comisiones/plenaria/brblaa490289\\_a1991\\_%20m05\\_d02.pdf](http://banrepcultural.org/blaavirtual/ANC/comisiones/plenaria/brblaa490289_a1991_%20m05_d02.pdf)

<sup>13</sup> Particularmente en relación con la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y las observaciones generales del Comité de Naciones Unidas del respectivo tratado.

<sup>14</sup> Particularmente en relación con la Ley Estatutaria 1618 de 2013.

El primer elemento de la especial protección constitucional de las personas con discapacidad lo constituye el derecho a la igualdad y la correlativa prohibición de discriminación. De esta forma las personas con discapacidad gozan de la protección al derecho a la igualdad formal provista en la Constitución, son titulares de la misma protección, el mismo trato, y de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin discriminación. A pesar de que formalmente las personas con discapacidad en Colombia gozan de la igualdad ante la ley, en la práctica aún queda un largo camino por recorrer para que dicha protección formal sea una realidad<sup>9</sup>, por ello la protección constitucional a la igualdad material, que ordena al Estado “promover las condiciones para que igualdad sea real y efectiva”<sup>9</sup> y adoptar “medidas a favor de grupos discriminados o marginados”<sup>10</sup>, ha resultado central y decisiva en la protección de los derechos constitucionales de esta población. En muchos casos, más que una protección genérica de la igualdad, han sido las acciones afirmativas, los ajustes razonables y las medidas ordenadas por los jueces de la república –en sede de tutela y por la Corte en sede de constitucionalidad– los que han transformado la vida de las personas con discapacidad.

Finalmente, el artículo 13 de la Constitución Política de 1991 en su inciso tercero ordena al Estado proteger especialmente a aquellas personas que, por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta<sup>11</sup>. La razón central de esta manifestación de la protección constitucional a las personas con discapacidad deriva del reconocimiento que, por su estado de salud, físico o mental, algunas personas pudieran llegar a encontrarse en situación de debilidad y por tanto sus derechos pudieran llegar a ser fácilmente desconocidos o vulnerados. Esta preocupación de la Asamblea Nacional Constituyente no estaba reservada a las personas con discapacidad, sino que se extendía a otros grupos que pudieran llegar a encontrarse en la misma situación de “debilidad manifiesta”, entre otros, los habitantes de calle, las personas mayores, los niños, las minorías sexuales, las minorías étnicas, las minorías religiosas<sup>12</sup>.

La protección provista por la Constitución Política a través del artículo 13 ha sido central para el trabajo posterior de la Corte Constitucional, desde allí dicha corporación ha ampliado y profundizado la protección constitucional, la ha hecho viva y la ha operativizado a casos concretos como se verá más adelante.

El segundo elemento de la especial protección constitucional es la obligación incluida en el artículo 47 que ordena adelantar una política de previsión, rehabilitación e integración social y brindar atención especializada a las personas con discapacidad. La protección provista en el mencionado artículo es, quizás, la que requiere una mayor interpretación y actualización a la luz de los avances del bloque de constitucionalidad en sentido estricto<sup>13</sup> y lato<sup>14</sup>.





<sup>15</sup> Ver, Constitución Política de 1991, art. 42.

<sup>16</sup> *Ibíd.*, art. 43.

<sup>17</sup> *Ibíd.*, art. 44.

<sup>18</sup> *Ibíd.*, art. 45.

<sup>19</sup> *Ibíd.*, art. 46.

<sup>20</sup> El Estado colombiano, a través del gobierno nacional, ha dado cumplimiento a la orden constitucional de adoptar una política pública en relación con las personas con discapacidad. En 2004, a través del Compes Social 80 adoptó la Política Nacional de Discapacidad bajo el esquema del modelo social del riesgo. En 2013 el gobierno nacional adoptó, a través del Compes Social 166, la nueva Política Nacional de Discapacidad e Inclusión Social, bajo los estándares internacionales de derechos humanos fijados por la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

<sup>21</sup> Entre otras, ver sentencias C-458 de 2015 (MP. Gloria Stella Ortiz) y C-042 de 2017 (MP. Aquiles Arrieta Gómez).

<sup>22</sup> Ver Sentencia C-042 de 2017 (MP. Aquiles Arrieta Gómez).

La protección constitucional del artículo 47 es sustancialmente diferente a la protección que brinda la Constitución Política de 1991 a otros sujetos. Mientras que la familia<sup>15</sup>, las mujeres<sup>16</sup>, los niños y las niñas<sup>17</sup>, los adolescentes<sup>18</sup> y las personas mayores<sup>19</sup> son puestos en el centro de la protección, son reconocidos como sujetos de derechos, se les brinda protección integral, se les reconoce la igualdad de derechos y en el caso de los niños y las niñas se establece la prevalencia de sus derechos sobre los de los demás; el artículo 47 establece una protección deficitaria, no pone a las personas con discapacidad en el centro de la protección provista, no los reconoce como sujetos de derecho, en su lugar, ordena una política de previsión, rehabilitación e integración social<sup>20</sup> y los hace receptores de la atención especializada que pudieran requerir. De esta manera, la protección constitucional provista por el artículo 47 adopta un modelo más cercano a lo médico-rehabilitador que al modelo social de la discapacidad que incorporan tanto la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, la Ley Estatutaria 1618 de 2013 y la reciente jurisprudencia de la Corte Constitucional<sup>21</sup>, en ella el sujeto de derechos, el ciudadano con discapacidad, se desdibuja en el paciente que requiere atención especializada, que requiere ser rehabilitado e integrado a la sociedad, y en algunos casos su existencia debe ser prevenida.

En relación con el mencionado artículo, más allá de su tenor literal, la Corte Constitucional ha indicado que “el pilar fundamental de la disposición es la protección a la dignidad humana, y la respuesta que el Estado debe dar a los requerimientos que para hacerla efectiva hacen los diferentes grupos sociales”<sup>22</sup>. De

<sup>23</sup> Ver, Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD), art. 3(c).

<sup>24</sup> Sentencia C-042 de 2017 (MP: Aquiles Arrieta Gómez).

esta manera, interpretar e integrar la protección provista por el artículo 47 a las personas con discapacidad con los avances del bloque de constitucionalidad, y en igualdad de condiciones con otros grupos protegidos por la Constitución Política de 1991 como la familia, las mujeres, los niños y las niñas, los adolescentes y las personas mayores, implica el reto de materializar la dignidad humana y la inclusión social de las personas con discapacidad, más allá de prevenir su aparición, rehabilitarlos, integrarlos o atenderlos de manera especializada.

Así, la protección brindada por el artículo 47 de la Constitución no puede limitarse a implementar una política pública a favor de las personas con discapacidad y brindarles atención especializada. Por el contrario, la protección del artículo 47 tiene como pilar la dignidad humana de las personas con discapacidad, su reconocimiento como sujetos de derechos en igualdad de condiciones, el reconocimiento de la discapacidad, no como una enfermedad que hay que prevenir, curar, rehabilitar o integrar a la sociedad, sino como una manifestación de la diversidad humana, como una condición o situación en la que puede encontrarse una persona a la cual deben brindársele oportunidades sociales para gozar de sus derechos, participar en condiciones de igualdad, es decir, estar socialmente incluida.

Así, el norte de la acción del Estado y la esencia de la protección constitucional deja de ser la atención especializada que pudieran requerir, que en muchos casos se ha restringido a atenciones en salud que, si bien pueden ser necesarias, limitan la protección constitucional a asuntos médicos, relegando a la persona con discapacidad a la posición de enfermo, incapaz o paciente que necesita ayuda. El norte de la acción del Estado y de la protección constitucional del artículo 47 lo constituye, a la luz del bloque de constitucional, el mandato y principio de inclusión social, incorporado en la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad<sup>23</sup>.

En esta línea argumentativa la Corte Constitucional ha planteado que “el abordaje de la discapacidad como un efecto de las barreras sociales contra las personas con ciertas diversidades funcionales es la posición que resulta coherente con la visión de la Constitución Política que estructura su eje central sobre el respeto de la dignidad inherente a todo ser humano y que por lo tanto no puede ser afectada por las condiciones físicas o mentales de cada persona. En la Carta Política no se concibe una normalización de las características humanas, antes por el contrario (sic), se acoge la diversidad como una riqueza de la especie, frente a la cual el Estado debe responder con un enfoque diferencial cuando a ello haya lugar, para que la protección de dignidad, libertades y derechos, sea efectiva para todos los que se encuentren bajo la jurisdicción del Estado”<sup>24</sup>.

La inclusión social de las personas con discapacidad, más allá de la rehabilitación, de la integración y de la atención especializada, es compatible con la protección de la dignidad humana y con el mandato de materializar la igualdad



<sup>25</sup> Ver, Ley 1618 de 2013, art. 2.

<sup>26</sup> Correa Montoya, Lucas, Castro Martínez, Marta y Rúa Serna, Juan Camilo. (2017). "Del dicho al hecho hay mucho trecho": Logros y retos en la implementación de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en Colombia. *Revista Latinoamericana en Discapacidad, Sociedad y Derechos Humanos*, Vol. 1, No. 2. P 9-43. Disponible en: <http://redcdpd.net/revista/index.php/revista/article/view/43/20>

<sup>27</sup> *Ibíd.*

para este grupo tradicionalmente excluido y marginado. La Ley Estatutaria 1618 de 2013 define la inclusión social como un “proceso que asegura que todas las personas tengan las mismas oportunidades, y la posibilidad real y efectiva de acceder, participar, relacionarse y disfrutar de un bien, servicio o ambiente, junto con los demás ciudadanos, sin ninguna limitación o restricción por motivo de discapacidad, mediante acciones concretas que ayuden a mejorar la calidad de vida de las personas con discapacidad”<sup>25</sup>.

Las personas con discapacidad, entendidas como sujetos de derecho y ciudadanos en igualdad de condiciones, no necesitan atención especializada o ser integradas a una comunidad que hace poco o nada por brindar apoyos o ajustes razonables. La inclusión social, de la mano con la igualdad material, exigen del Estado y de la sociedad en general acciones afirmativas, ajustes razonables y medidas de diseño universal que garanticen que las personas con discapacidad gocen de los derechos, accedan a los servicios públicos y a las oportunidades sociales que están disponibles para todos en condiciones de igualdad, nada diferente a hacer real el mandato de igualdad material establecido en el artículo 13 de la Constitución.

El tercer elemento de la especial protección constitucional es la obligación incluida en el artículo 54 que ordena al Estado garantizar a las personas con discapacidad su derecho al trabajo acorde con sus condiciones de salud. Para la Asamblea Nacional Constituyente en el año de 1991 era evidente la necesidad de promover la inclusión productiva de las personas con discapacidad. A pesar de gozar de jerarquía constitucional y de las dos décadas que han transcurrido, dicha necesidad continúa vigente e insatisfecha. Las personas con discapacidad se encuentran sistemáticamente excluidas del empleo y de las oportunidades productivas, la mayoría en edad de trabajar con cuenta con un trabajo formal y estable, lo que las arrastra a una situación de pobreza, dependencia y desprotección social<sup>26</sup>.

El cuarto elemento de la especial protección constitucional es la obligación especial incluida en el artículo 68(6) que ordena al Estado erradicar analfabetismo y promover la educación de personas con discapacidad. Para la Asamblea Nacional Constituyente en el año de 1991 era evidente la necesidad de promover la inclusión educativa de las personas con discapacidad. A pesar de gozar de jerarquía constitucional y de las dos décadas que ha transcurrido, al igual que con el trabajo, la necesidad de educación continúa vigente e insatisfecha. Las personas con discapacidad se encuentran sistemáticamente excluidas del sistema educativo regular, la mayoría en edad escolar no accede a la escuela regular, en muchos casos accede a instituciones especializadas que los segregan y excluyen y que no brindan servicios educativos. Al estar desescolarizadas, las personas con discapacidad no acceden a la educación superior, su acceso a mejores oportunidades laborales se ve truncado, arrastrándolas a situación de pobreza, dependencia y desprotección social<sup>27</sup>.

<sup>28</sup> Ver, entre otras, las sentencias T-441 de 1993 (MP. José Gregorio Hernández Galindo); T-290 de 1994, (MP. Vladimiro Naranjo Mesa); T-067 de 1994 (MP. José Gregorio Hernández Galindo); T-288 de 1995, (MP. Eduardo Cifuentes Muñoz); T-224 de 1996, (MP. Vladimiro Naranjo Mesa); T-378 de 1997, (MP. Eduardo Cifuentes Muñoz); T-207 de 1999, (MP. Eduardo Cifuentes Muñoz).

<sup>29</sup> Entre otras, ver sentencias C-458 de 2015 (MP. Gloria Stella Ortiz) y C-042 de 2017 (MP. Aquiles Arrieta Gómez).

<sup>30</sup> Ver, Constitución Política de 1991, art. 13(3).

<sup>31</sup> Magistrado ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

<sup>32</sup> Magistrado ponente: Jaime Córdoba Triviño.

<sup>33</sup> Sentencia C-076 de 2006 (MP. Jaime Córdoba Triviño).

La especial protección constitucional de las personas con discapacidad se articula entonces a través de la interpretación sistemática de artículos constitucionales referidos a la igualdad, a la inclusión social, al trabajo y a la educación. A partir de dicho tener literal ha sido la Corte Constitucional quien ha jugado un rol decisivo en su materialización y actualización de acuerdo con los avances del bloque de constitucionalidad en sentido estricto y lato.

### **Especial protección provista por la jurisprudencia constitucional: la incorporación del modelo social en las decisiones de los jueces.**

La especial protección provista por el tenor literal de la Constitución Política de 1991 ha sido ampliada y profundizada durante más de 25 años de jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana. Las personas con discapacidad, y por supuesto la protección de sus derechos constitucionales ha estado presente, desde la jurisprudencia temprana de la Corte<sup>28</sup>, hasta las sentencias más recientes que incorporan el modelo social de discapacidad<sup>29</sup>. Por supuesto, el camino recorrido por la Corte en relación con las personas ha tenido altos y bajos, sentencias acertadas y retadoras, otras sin duda no tanto. En el agregado de un cuarto de siglo, el saldo y el lugar que ocupan las personas con discapacidad en las decisiones del máximo guardián de la Constitución son, sin duda, positivos.

En sus inicios, la Corte usó el concepto de personas en circunstancias de debilidad manifiesta<sup>30</sup> para, a partir de casos concretos, desarrollar su jurisprudencia y profundizar la especial protección constitucional de las personas con discapacidad. Uno de los hitos de protección lo constituyen las sentencias T-207 de 1999<sup>31</sup> y C-076 de 2006<sup>32</sup>. En ellas la Corte reconoció a las personas con discapacidad como una minoría discreta u oculta, titular de un deber especial de protección por parte del Estado.

En la Sentencia C-076 de 2006 la Corte estableció que “en el Estado social las personas que pertenecen a minorías tradicionalmente discriminadas o marginadas o a sectores que están en circunstancias de debilidad manifiesta tienen derecho a que el Estado remueva los obstáculos jurídicos que les impiden acceder en condiciones de igualdad al goce efectivo de sus derechos; promueva prácticas de inclusión social; y adopte medidas de diferenciación positiva para intentar, dentro de lo posible, la realización del principio de igualdad material”<sup>33</sup>.

Y, retomando el precedente de la Sentencia T-207 de 1999, indicó que “uno de estos colectivos desaventajados que conforman lo que la doctrina y la jurisprudencia nacional y comparada ha denominado ‘minorías discretas u ocultas’ está integrado por las personas que tienen una discapacidad [...]. En efecto, pese a que las personas que sufren (sic) discapacidad física o sensorial grave constituyen un porcentaje significativo de la población, lo cierto, sin embargo, es que han sido histórica y silenciosamente marginadas. Hasta hace muy poco estos colectivos eran invisibilizados, sus preocupaciones no ocupaban lugar

<sup>34</sup> *Ibíd.*

<sup>35</sup> Aprobada mediante la Ley 762 del 2002, su constitucionalidad fue declarada mediante la Sentencia C-401 de 2003 (MP. Alvaro Tafur Galvis), y finalmente fue depositada el 2 de noviembre de 2004.

<sup>36</sup> Ver, sentencias C-606 de 2012 (MP Adriana María Guillén Arango), T-573 de 2016 (MP. Luis Ernesto Vargas Silva), entre muchas otras.

<sup>37</sup> Ver, Ley 1618 de 2013.

<sup>38</sup> Ver, Conpes 166 de 2013.

<sup>39</sup> Sentencia C-458 de 2015 (MP Gloria Stella Ortiz Delgado).

alguno en la agenda pública o en las reivindicaciones de las organizaciones sociales, las autoridades públicas los trataban con desprecio o paternalismo y el propio derecho los asimilaba a incapaces y les imponía, de manera arbitraria, múltiples inhabilidades”<sup>34</sup>.

La jurisprudencia constitucional sobre las personas con discapacidad, que en sus inicios había potenciado la categoría constitucional de personas en “circunstancia de debilidad manifiesta” y que había elevado a las personas con discapacidad a la categoría de minoría discreta u oculta, comenzó a nutrirse, y sigue haciéndolo, de estándares de derecho internacional de los derechos humanos presentes en el bloque de constitucionalidad para interpretar e integrar los contenidos del tenor literal de la Constitución Política de 1991.

El primer instrumento internacional de derechos humanos en jugar un papel relevante fue la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación en contra de las Personas con Discapacidad<sup>35</sup>, la cual perdió relevancia ante la incorporación al Sistema Universal de Derechos Humanos de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, un instrumento de aplicación global, que abordaba un amplio catálogo de derechos y que adoptaba un enfoque más avanzado que la Convención Interamericana.

De esta manera, la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, y las respectivas observaciones generales de su Comité vigilante constituyen la fuente de derecho más actualizada y moderna, que comienza a ser tenida en cuenta por la Corte Constitucional colombiana y los jueces de tutela en la garantía de los derechos de las personas con discapacidad. La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha venido incorporando el modelo social para abordar la discapacidad<sup>36</sup> y se ha alejado del modelo médico-rehabilitador. Este proceso se ha visto potenciado por la ratificación de la CDPD y su paulatina incorporación en las decisiones de la Corte.

La Corte, en línea con la evolución del bloque de constitucionalidad, pero también de la legislación<sup>37</sup> y las políticas públicas<sup>38</sup> subordinadas, ha incorporado el modelo social para abordar la discapacidad. La Corte ha derivado tres consecuencias fundamentales de la incorporación del modelo social: en primer lugar, “frente a la idea de que la discapacidad proviene de estados inmanentes e innatos a los individuos, el modelo social ubica la discapacidad en el entorno social, en tanto que considera que son las estructuras sociales, económicas, políticas y culturales opresivas y excluyentes las que generan esta condición”<sup>39</sup>. En segundo lugar, “frente a la idea de que a la discapacidad subyacen defectos, insuficiencias, anomalías, alteraciones o deficiencias de los individuos, para el modelo social se trata únicamente de diferencias que deben ser reconocidas y aceptadas, y que en ningún caso agotan la individualidad de las personas, las cuales tienen una vida más allá de los problemas derivados de sus diferen-

<sup>40</sup> Ibíd.

<sup>41</sup> Ibíd.

<sup>42</sup> Sentencia C-042 de 2017 (MP. Aquiles Arrieta Gómez), C-767 de 2014 (MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub).

<sup>43</sup> Ver sentencias T-291 de 2009 (MP. Clara Elena Reales Gutiérrez), C-793 de 2009 (MP. Mauricio González Cuervo) y C-042 de 2017 (MP. Aquiles Arrieta Gómez).

cias”<sup>40</sup>. En tercer lugar, “frente a la idea de que las personas con discapacidad deben ser tratadas desde una perspectiva médica, con el objeto de buscar su normalización, el modelo social propone una aceptación social de la diferencia, y en su lugar, una intervención, no en los individuos con discapacidad, sino directamente en las estructuras sociales de base, que son aquellas que impiden la realización y el pleno goce de los derechos de todas las personas”<sup>41</sup>.

A través de la Sentencia C-042 de 2017, la Corte indicó que el abordaje de la discapacidad desde el modelo social es el que más se acerca a los principios y derechos contenidos en la Constitución Política de 1991, y que como un paso adelante en la construcción de una sociedad incluyente, diversa y sin perjuicios, es necesario comprender la discapacidad como el resultado de la interacción entre algunas formas de diversidad funcional con los entornos físicos, sociales, económicos y culturales. La sentencia continúa indicando que “para el Estado Social de Derecho establecido por la Constitución Política, no existen seres humanos completos o incompletos, sino que todos son, por el hecho de ser humanos, totalmente plenos en su dignidad y derechos [...] La perspectiva constitucional colombiana concentra el concepto de la discapacidad en la falta de adaptación del entorno y de la sociedad para entender las diferencias orgánicas y funcionales como un resultado de la diversidad humana”<sup>42</sup>.

***En el agregado de sentencias que abordan, amplían y profundizan la especial protección provista por la Constitución Política de 1991 a las personas con discapacidad, es posible sintetizar la ampliación jurisprudencial de la mencionada protección a través de tres subreglas: la prohibición de discriminación por motivos de discapacidad, el deber positivo de trato diferenciado y la omisión de dicho deber de trato como una violación autónoma de derechos.***

En primer lugar, en la aplicación del artículo 13 de la Constitución, particularmente de su inciso primero, la Corte ha ampliado y profundizado la especial protección a las personas con discapacidad al establecer la prohibición de discriminar a las personas por motivo de discapacidad, cláusula sospechosa de discriminación que no está taxativamente incorporada en el tenor literal de la Constitución. Así, el Estado debe abstenerse de adelantar, promover o ejecutar políticas, programas o medidas que conduzcan a agravar o perpetuar la situación de exclusión, marginamiento o discriminación de grupos tradicionalmente desventajados en la sociedad, como las personas con discapacidad. El deber de abstención no se limita a evitar que se adopten por el Estado medidas o políticas, abiertamente discriminatorias en contra de este grupo, sino que también pretende evitar que medidas, programas o políticas, así éstas hayan sido adoptadas bajo el marco de presupuestos generales y abstractos, impacten desproporcionadamente a grupos marginados o discriminados como las personas con discapacidad, es decir, que los en una situación de mayor adversidad<sup>43</sup>.

<sup>44</sup> Ver, CDPD, art. 2.

<sup>45</sup> Sentencia C-042 de 2017 (MP. Aquiles Arrieta Gómez).

<sup>46</sup> Ver, Constitución Política de 1991, art. 13 (incisos 2 y 3).

<sup>47</sup> Magistrada ponente: Clara Elena Reales Gutiérrez.

<sup>48</sup> Ver, sentencia C-371 de 2000 (MP. Carlos Gaviria Díaz).

<sup>49</sup> Magistrada ponente: María Victoria Calle.

<sup>50</sup> Magistrado ponente: Nilson Pinilla Pinilla.

<sup>51</sup> Ver, sentencias C-458 de 2015 (MP. Gloria Stella Ortiz), C-606 de 2012, T-288 de 1995, T-378 de 1997 y C-401 de 2003.

<sup>52</sup> Ver, CDPD, art. 5(3).

<sup>53</sup> *Ibíd.*, art. 2.

Esta subregla es compatible con lo dispuesto por la CDPD en materia de igualdad. El instrumento internacional define la prohibición de la discriminación por motivos de discapacidad como “cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo”<sup>44</sup>.

En segundo lugar, la ampliación y profundización jurisprudencial de la especial protección constitucional a las personas con discapacidad ha reconocido un deber positivo de trato, de forma que la función y servicios que brinda el Estado no estén diseñados de forma que constituyan barreras para ciertas personas en virtud de sus diferencias, sino que dichas diferencias sean tenidas en cuenta para responder efectivamente a sus requerimientos y garantizar de esa forma sus derechos<sup>45</sup>. Dicha subregla ha derivado principalmente de los postulados constitucionales en relación con la igualdad material<sup>46</sup>. En la Sentencia T-291 de 2009<sup>47</sup>, la Corte recordó que, en un Estado Social de Derecho, más allá de la perspectiva puramente formal, la igualdad se erige en un postulado que apunta a la realización de condiciones de igualdad material, ámbito en el cual tiene particular relevancia la protección de grupos tradicionalmente discriminados o marginados, como las personas con discapacidad.

El deber positivo de trato para con las personas con discapacidad se construye con la jurisprudencia constitucional sobre la igualdad material<sup>48</sup>, no es otra cosa que su aplicación específica a dicho grupo tradicionalmente marginado. El deber estatal de remover los obstáculos que en el plano económico y social configuran efectivas desigualdades de hecho revela el carácter remedial, compensador, emancipatorio, corrector y defensivo de la igualdad material, a través de acciones positivas en favor de personas y de grupos ubicados en condiciones de desigualdad. En las sentencias C-804 de 2009<sup>49</sup> y C-293 de 2010<sup>50</sup> estableció el deber del Estado de adoptar medidas con el objetivo de propiciar la inclusión en la sociedad de las personas en situación de discapacidad y de remover obstáculos que discriminen o excluyan a las personas con discapacidad<sup>51</sup>.

La CDPD brinda luces sobre el deber positivo de trato a favor de las personas con discapacidad. En la regulación del derecho a la igualdad y no discriminación de las personas con discapacidad la Convención establece el deber de los Estados parte de promover la igualdad y prevenir la discriminación a través del desarrollo de ajustes razonables<sup>52</sup>. A su vez la CDPD introduce dos conceptos fundamentales para garantizar el deber positivo de trato, el diseño universal y los ajustes razonables. En primer lugar, el diseño universal, “se entenderá el diseño de productos, entornos, programas y servicios que puedan utilizar todas las personas, en la mayor medida posible, sin necesidad de adaptación ni diseño especializado”<sup>53</sup>. En segundo lugar, los ajustes razonables son “las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una

<sup>54</sup> *Ibíd.*, art. 2.

<sup>55</sup> Magistrado ponente: Aquiles Arrieta Gómez.

<sup>56</sup> Esta regla se ha reiterado desde la Sentencia T-288 de 1995 (MP. Eduardo Cifuentes Muñoz).

<sup>57</sup> Ver, CDPD, art. 2.

carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales”<sup>54</sup>. De esta manera, el deber positivo de trato que materializa la especial protección constitucional debe orientarse a la inclusión social y a potenciar el goce efectivo de los derechos constitucionales de las personas con discapacidad, ello a través de las acciones afirmativas y ajustes razonables que permitan remover los obstáculos que impiden la participación y el goce de los derechos en condiciones de igualdad.

En tercer lugar, la ampliación y profundización jurisprudencial de la especial protección constitucional ha reconocido que la omisión de las medidas de acción positiva a las que tienen derecho las personas con discapacidad constituye una forma de discriminación y una violación de derechos.

En la Sentencia C-042 de 2017<sup>55</sup> se estableció que, dado que las personas con discapacidad tienen derecho a que el Estado les procure un trato acorde a sus circunstancias, siempre que ello resulte necesario para el ejercicio pleno de sus derechos en condiciones de igualdad, entonces, la omisión de ese deber, por parte del Estado, puede convertirse en una lesión de los derechos fundamentales.

Desde los inicios de la jurisprudencia constitucional, la Corte ha señalado que existen por lo menos dos tipos de situaciones pueden constituir un acto discriminatorio contrario al derecho a la igualdad de las personas con discapacidad. Por un lado, la conducta, actitud o trato, consciente o inconsciente, dirigido a anular o restringir sus derechos, libertades y oportunidades, sin justificación objetiva y razonable. Por otro, el acto discriminatorio consistente en una omisión injustificada en el trato especial a que tienen derecho las personas con discapacidad, la cual acarrea como efecto directo su exclusión de un beneficio, ventaja u oportunidad o un derecho<sup>56</sup>, es decir, impide u obstaculiza su inclusión social.

El tercer elemento de la protección jurisprudencial a las personas con discapacidad es compatible con los estándares de la Convención, la cual incluye en la definición de discriminación por motivos de discapacidad, no solo la discriminación por activa, sino también la denegación de ajustes razonables<sup>57</sup>.

***De esta manera la jurisprudencia de la Corte Constitucional enfrentará el reto de proteger a las personas con discapacidad en su calidad de ciudadanos de primera categoría, quienes no necesitan ser rehabilitados o tratados de manera especial, sino que necesitan oportunidades, ajustes razonables y apoyos para gozar de las mismas oportunidades en el acceso a servicios, en el goce de sus derechos y en el ejercicio de sus deberes, es decir, estar socialmente incluidos.***



<sup>58</sup> Esta sección recoge ideas y planteamientos previamente expuestos en la demanda de constitucionalidad D-12208 elaborada en coautoría con Juan Camilo Rúa Serna.

<sup>59</sup> Ministerio de Educación Nacional. (2016). Sistema Integrado de Matrícula (SIMAT), matrícula consolidada del año 2016. Bogotá.

<sup>60</sup> Departamento Nacional de Estadística. (2017). Censo 2005, reporte a 31 de julio de 2017. Bogotá.

<sup>61</sup> *Ibid.*

## **Reto 2: no caer en la trampa de la educación especial y potenciar la inclusión de las personas con discapacidad en el sistema educativo regular<sup>58</sup>**

En Colombia las personas con discapacidad se encuentran excluidas del sistema educativo regular. De acuerdo con cifras del Sistema Integrado de Matrícula (SIMAT)<sup>59</sup>, del total de 10.194.880 personas matriculadas en el sistema educativo regular, solamente el 1.8% (183,203) eran personas con discapacidad. La mayoría de personas con discapacidad acceden a una oferta segregada o excluyente que con frecuencia se denomina “educación especial” pero que no garantiza el derecho a la educación ni se enmarca dentro del servicio público correlativo.

Es posible fijar tres escenarios que permiten estimar el número de personas con discapacidad excluidas del sistema educativo regular. El primero, si de acuerdo con el Informe Mundial de Discapacidad de la Organización Mundial de la Salud (OMS) y el Banco Mundial<sup>60</sup> se estima que la población mundial con discapacidad corresponde al 15% y dicho porcentaje se aplica al universo de personas matriculadas, las personas con discapacidad en Colombia corresponderían a cerca de 1.5 millones, es decir, estarían excluidas cerca de 1.3 millones de personas con discapacidad de la educación regular. Un segundo escenario resultaría de aplicar el porcentaje de personas con discapacidad del Censo 2005<sup>61</sup>, que indicó que cerca de 6.19% de la población general en Colombia tendría algún tipo de discapacidad, en ese escenario las personas con discapacidad deberían ascender a 630,000 aproximadamente, es decir, que cerca de 440.000 aproximadamente estarían excluidas de la educación. Un tercer escenario, quizás el más cercano a la realidad hasta tanto no estén disponibles las cifras del nuevo censo de poblaciones, resultaría de aplicar el porcentaje de personas con discapacidad en edad escolar (es decir entre 6 y 24 años) que de acuerdo con el Censo 2005 corresponde al 3.14% de la población general, a la población matriculada. Ello resulta en que la población con discapacidad matriculada debería ascender a 320.000 personas aproximadamente, lo que significa que cerca de 135.000 aproximadamente se encontrarían excluidas de la educación regular.

Aunque es difícil conocer el porcentaje de personas con discapacidad en Colombia, el porcentaje de personas con discapacidad registradas en el SIMAT en el año 2016 es particularmente bajo si se contrasta con diferentes estimaciones de la discapacidad en el país. En cualquier caso, el sistema educativo colombiano tiene el reto de incluir a un número importante de personas con discapacidad en edad escolar actualmente excluidas del servicio público de la educación y en esa tarea los jueces tienen el reto de no caer en la trampa de la educación especial y fomentar de manera decidida la educación inclusiva de las personas con discapacidad.

<sup>62</sup> Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Observación General N°4 (2016) sobre el derecho a la educación inclusiva (CRPD/C/GC/4), ¶18.

<sup>63</sup> Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, art. 24(1).

## **Cambio paradigmático en la educación de las personas con discapacidad: de la segregación en una oferta especial a la inclusión con apoyos en la escuela regular.**

La Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad incorpora en su artículo 24 un importante cambio paradigmático en lo que se refiere al derecho a la educación de las personas con discapacidad. Históricamente, las personas con discapacidad han sido excluidas de la educación regular por múltiples barreras, algunas de ellas físicas o arquitectónicas, presentes en la infraestructura escolar principalmente; otras comunicativas, ante la ausencia de intérpretes y tecnologías que les permitieran interactuar con sus maestros y compañeros en el entorno escolar; otras actitudinales, presentes en las bajas expectativas de sus maestros, quienes con frecuencia los consideraban como personas “no educables”, que “no aprenden”, que necesitan atención especializada que no se puede brindar en la educación regular y que por ello deben ir a otros lugares donde dispongan de profesionales que puedan atenderlos. De esta manera, se les ha negado el derecho a la educación y se les ha segregado en instituciones especializadas en donde el servicio educativo se ha desdibujado y ha sido reemplazado por la atención en salud, por la rehabilitación o por servicios de cuidado y ocupación del tiempo. En otros casos, las personas con discapacidad han sido efectivamente matriculadas en la escuela regular, pero la escuela y el sector educativo se han negado a flexibilizarse o a brindar ajustes, con frecuencia se le exige a la persona y a la familia adaptarse a las reglas de juego, a las barreras presentes, so pena de ser excluidos.

El derecho a la educación inclusiva del que gozan las personas con discapacidad, consagrado en el artículo 24 de la CDPD, no es más que el derecho humano a la educación que se goza, protege y respeta desde los más altos estándares del derecho a la igualdad y de él deriva la prohibición de excluir o segregar a las personas del sistema educativo regular en razón de su discapacidad<sup>62</sup>. El derecho a la educación de las personas con discapacidad solo puede materializarse en un sistema de educación inclusivo que se adapta y flexibiliza a las diferencias, las reconoce y las protege. Modalidades de educación especial que segregan a las personas con discapacidad, o integradas que no brindan las acciones afirmativas o ajustes razonables, constituyen una violación del derecho a la educación y una discriminación en razón a la discapacidad.

El artículo 24 de la CDPD establece el derecho a la educación inclusiva de las personas con discapacidad, así como el repertorio de obligaciones internacionales que se integran al derecho constitucional a la educación, por efectos del bloque de constitucionalidad en sentido estricto.

En primer lugar, se establece la obligación de proteger, respetar y garantizar el derecho a la educación de las personas con discapacidad sin discriminación alguna por su condición<sup>63</sup>, para ello el Estado debe asegurar que “las personas con discapacidad no queden excluidas del sistema general de educación por



<sup>64</sup> Ibid., art. 24(2, a).

<sup>65</sup> Ibid., art. 24(1).

<sup>66</sup> Ibid., art. 24(2, c).

motivos de discapacidad, y que los niños y las niñas con discapacidad no queden excluidos de la enseñanza primaria gratuita y obligatoria ni de la enseñanza secundaria por motivos de discapacidad<sup>64</sup>; ello implica que modalidades de educación especiales, segregadas o integradas contradicen obligaciones internacionales y provisiones del bloque de constitucionalidad en sentido estricto. Esta es una obligación que hace parte del núcleo esencial de derecho a la educación, es de carácter inmediata y no está supeditada a la implementación progresiva.

En segundo lugar, se establece la obligación de establecer un sistema de educación regular que sea inclusivo para todas las personas con discapacidad<sup>65</sup>. La Convención no admite modalidades educativas especiales o segregadas que impliquen la exclusión de las personas con discapacidad del sistema educativo regular en donde estudian las demás personas; tampoco admite modalidades integradas en las que no se brindan los apoyos y ajustes razonables a que tienen derecho. **Que el sistema educativo regular sea inclusivo exige entender que la escuela regular es el lugar de todos los niños, niñas y adolescentes y que ellos tienen derecho a que se hagan todos los ajustes razonables en función de sus necesidades particulares<sup>66</sup>**, a que se presten los apoyos personalizados necesarios dentro del sistema educativo regular para facilitar la formación efectiva y el máximo desarrollo académico de las personas con discapacidad de conformidad con el objetivo de la

<sup>67</sup> *Ibíd.*, art. 24(2, d, e).

*Ibíd.*

<sup>68</sup> *Ibíd.*, art. 24(2, b).

<sup>70</sup> *Ibíd.*, art. 24(5).

<sup>71</sup> *Ibíd.*, art. 24(1, a, b y c)

<sup>72</sup> Ver Sentencia T-477 de 2013 (MP. María Victoria Calle Correa).

plena inclusión<sup>67</sup>. La obligación de incluir a las personas con discapacidad en el sistema educativo regular hace parte del núcleo esencial del derecho a la educación inclusiva y no está supeditada a la implementación progresiva.

En tercer lugar, se establece la obligación de que ese sistema de educación regular sea inclusivo en todos los niveles educativos y a lo largo de toda la vida<sup>68</sup>. La CDPD enfatiza en la obligación del Estado de asegurar que las personas con discapacidad puedan acceder a una educación primaria y secundaria inclusiva, de calidad y gratuita<sup>69</sup>, a la educación superior, a la formación profesional, a la educación para adultos y el aprendizaje durante toda la vida<sup>70</sup>.

La educación inclusiva debe permitir a las personas con discapacidad: “a) desarrollar plenamente el potencial humano y el sentido de la dignidad y la autoestima y reforzar el respeto por los derechos humanos, las libertades fundamentales y la diversidad humana; b) desarrollar al máximo la personalidad, los talentos y la creatividad de las personas con discapacidad, así como sus aptitudes mentales y físicas; y c) Hacer posible que las personas con discapacidad participen de manera efectiva en una sociedad libre”<sup>71</sup>.

Ahora bien, el derecho a la educación inclusiva que se desprende tanto del artículo 24 de la CDPD como de la interpretación de su organismo de supervisión a través de la Observación General Núm. 4, es el que debe fijar un alcance a la textura abierta de las normas constitucionales sobre educación. De esta manera el contenido del derecho a la educación consagrado en los artículos 41, 44, 45, 52, 64, 67, 68, 69 y 70 de la Constitución Política de 1991 debe ser integrado, ampliado e interpretado a la luz de los mandatos de la educación inclusiva que se consagra en la CDPD y que se integra al bloque de constitucionalidad.

Dado que las normas constitucionales sobre derechos fundamentales y las normas internacionales sobre derechos humanos presentan una textura abierta en su estructuración normativa<sup>72</sup> —lo que genera un alto grado de indeterminación—, el reto en la adjudicación constitucional es el de determinar tanto su alcance como las obligaciones concretas que producen para el Estado, la sociedad y los particulares. Las observaciones generales de los comités supervisores de los tratados, como criterio de interpretación relevante de los derechos allí consagrados, constituyen una útil y necesaria fuente jurídica para delimitar dicha textura abierta. En ese sentido, la Observación General 4 del Comité de la CDPD, sobre el derecho a la educación inclusiva, es el instrumento que de la manera más precisa y contundente fija el sentido y alcance obligacional del artículo 24 de la Convención.

El Comité de la CDPD emitió la Observación General Núm. 4 sobre el Derecho a la Educación Inclusiva. Este Comité fue creado por la Convención como instancia de promoción de su desarrollo y cumplimiento, así como para ayudar a los Estados parte en la obligación de presentar informes periódicos. Al ser el or-

<sup>73</sup> Ver Sentencia T-781 de 2010 (MP. Humberto Sierra Porto).

<sup>74</sup> Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Observación general núm. 4 (2016) sobre el derecho a la educación inclusiva (CRPD/C/GC/4), ¶ 3.

<sup>75</sup> *Ibid.*, ¶ 2.

<sup>76</sup> *Ibid.*, ¶ 10 (c).

<sup>77</sup> *Ibid.*, ¶ 11.

ganismo de supervisión del instrumento, sus observaciones constituyen un criterio de interpretación relevante para determinar el alcance de los derechos de la Convención y deben ser observadas de buena fe por el Estado colombiano<sup>73</sup>.

La Observación General núm. 4. es una respuesta a la preocupación que ha manifestado el Comité sobre el acceso de las personas con discapacidad al derecho a la educación en el mundo. Millones de ellas se ven privadas completamente de cualquier forma de educación y “muchas más solo disponen de ella en entornos en los que las personas con discapacidad están aisladas de sus compañeros y donde reciben una educación de calidad inferior”<sup>74</sup>.

La constatación del aislamiento en que se encuentran las personas con discapacidad, y en especial los niños, niñas y adolescentes, lleva a entender que la vulneración masiva de derechos en la que se encuentran requiere de una protección que solo puede garantizarse a través de su inclusión en el sistema educativo regular. Es la aplicación de la inclusión a la educación lo que verdaderamente garantizará la efectividad de este derecho<sup>75</sup>.

La garantía de un proceso real de inclusión a través del sistema educativo regular, propósito fundamental del derecho a la educación inclusiva, posibilita la materialización de otros derechos humanos. En ese sentido, este derecho es una condición para que los niños, niñas y adolescentes con discapacidad disfruten plenamente de todas las demás prerrogativas que ha constituido el ordenamiento jurídico en su defensa, al tiempo que es “el principal medio para que las personas con discapacidad salgan de la pobreza”<sup>76</sup>, pues les permite obtener formación para acceder a empleos formales. Así, la educación inclusiva fortalece sociedades más inclusivas en las que las personas con discapacidad no son objeto de explotación. Para avanzar hacia la garantía de una inclusión real, el Comité, en su Observación General Núm. 4, ha señalado una serie de elementos sin los cuales el derecho a la educación no puede considerarse verdaderamente inclusivo. Si estos elementos no son tenidos en cuenta por los Estados en el diseño e implementación de su política educativa, o por los jueces en sus decisiones, no se cumplen las obligaciones previstas en el artículo 24 de la CDPD.

***El derecho fundamental a la educación es el derecho a una educación inclusiva y no admite modalidades segregadas o integradas.***

La Observación hace especial énfasis en la necesidad de diferenciar entre la exclusión, la segregación, la integración y la inclusión. Ni la exclusión —en la que se priva a los estudiantes de cualquier tipo de educación—, ni la segregación —en la que los estudiantes con discapacidad son separados de sus pares sin discapacidad—, ni la integración — en la que los estudiantes con discapacidad se incorporan al aula regular, pero con la obligación de adaptarse a ella— materializan, de ninguna forma y en ningún nivel, el derecho a la educación de las personas con discapacidad. Solo la inclusión, en la que los estudiantes se encuentran en un entorno que se adapta a ellos<sup>77</sup>, satisface verdaderamente este derecho. El



<sup>78</sup> *Ibíd.*, ¶ 2.

<sup>79</sup> *Ibíd.*, ¶ 13.

<sup>80</sup> *Ibíd.*, ¶ 40.

<sup>81</sup> *Ibíd.*, ¶ 18.

<sup>82</sup> *Ibíd.*, ¶ 21.

<sup>83</sup> *Ibíd.*, ¶ 9.

<sup>84</sup> *Ibíd.*, ¶ 10 (d).

Comité es claro al afirmar que “solo la educación inclusiva puede ofrecer educación de calidad y desarrollo social a las personas con discapacidad, y una garantía de universalidad y no discriminación en el derecho a la educación”<sup>78</sup>.

La Observación General núm. 4 plantea, por lo tanto, un rechazo radical hacia cualquier forma de educación especial, segregada o integrada, como las que se ordenan y permiten en las normas que se demandan. Un modelo educativo en el que los estudiantes con discapacidad sean apartados y aislados violenta el derecho a la igualdad y la correlativa prohibición de discriminación, que “incluye el derecho a no ser objeto de segregación”<sup>79</sup>. En ese sentido, la obligación de los Estados de dar cumplimiento al artículo 24 de la CDPD “[n]o es compatible con el mantenimiento de dos sistemas de enseñanza: un sistema de enseñanza general y un sistema de enseñanza segregada o especial”<sup>80</sup>.

Así pues, la existencia de normas, regulaciones o reglas de decisión jurisprudencial que permitan un modelo educativo segregado contrarían las disposiciones del artículo 24, y especialmente las consagradas en el párrafo 2(a) según el cual los Estados deben garantizar que las personas con discapacidad no queden excluidas del sistema general de educación en razón de su discapacidad. De acuerdo con el Comité, por “educación general se entienden todos los entornos de enseñanza ordinaria”<sup>81</sup>. Así que no es válida la exclusión de las personas con discapacidad bajo el argumento de que no están preparadas para su acceso a este sistema o a que su estado de salud les exige un servicio especializado.

El derecho de las personas con discapacidad a no ser discriminados del sistema regular de educación genera para el Estado la correlativa obligación de garantizar la disponibilidad de instituciones educativas —tanto públicas como privadas—, en cantidad y calidad suficientes<sup>82</sup>. La disponibilidad debe cubrir cupos en todos los niveles educativos.

***La educación inclusiva es un proceso de cambio cultural, legislativo y judicial. Se requiere, para su plena materialización, de una “transformación de la cultura, la política y la práctica en todos los entornos educativos formales e informales para dar cabida a las diferentes necesidades e identidades de cada alumno, así como el compromiso de eliminar los obstáculos que impiden esa posibilidad”<sup>83</sup>.*** Se trata de un proceso dinámico, inacabado, continuo, en el que las prácticas educativas se van adecuando a las necesidades de los estudiantes y se asegura su inclusión efectiva<sup>84</sup>. De ese proceso de cambio también hacen parte los jueces, quienes a través de sus decisiones tienen la posibilidad de fomentar la inclusión educativa y evitar violaciones al derecho prevalente a la educación de los niños, niñas y adolescentes con discapacidad.

***La educación inclusiva pone a las personas con discapacidad en el centro.*** La educación inclusiva supera la idea de las personas con discapacidad



<sup>85</sup> *Ibíd.*, ¶ 1.

<sup>86</sup> *Ibíd.*, ¶ 7.

<sup>87</sup> *Ibíd.*, ¶ 10 (a).

<sup>88</sup> *Ibíd.*, ¶ 39.

<sup>89</sup> *Ibíd.*, ¶ 10 (b).

<sup>90</sup> *Ibíd.*, ¶ 4 (b).

<sup>91</sup> *Ibíd.*, ¶ 12 (c).

<sup>92</sup> *Ibíd.*, ¶ 16.

<sup>93</sup> *Ibíd.*, ¶ 12 (f).

<sup>94</sup> *Ibíd.*, ¶ 12 (b).

<sup>95</sup> Este enfoque es entendido como un conjunto de principios que orientan las prácticas del personal educativo para la creación de entornos de aprendizaje que se flexibilizan a las particularidades de los estudiantes y responden a las necesidades de todos los alumnos, *Ibíd.*, ¶ 26.

como simples beneficiarios de ayudas sociales y las reconoce como sujetos de derechos<sup>85</sup>. En ese sentido, la educación no es para ellas una prebenda, sino un derecho<sup>86</sup>. Al ser un derecho fundamental de todo estudiante, es la persona con discapacidad misma la titular y la única que lo disfruta a plenitud. Los padres y los cuidadores tienen una responsabilidad frente a la garantía del derecho a la educación inclusiva, pero sin que medie relación de titularidad alguna<sup>87</sup>. La obligación del Estado, por lo tanto, es la de garantizar que el verdadero y único titular —el estudiante— disfrute del derecho en condiciones de igualdad, razón por la cual debe “adoptar medidas que impidan a terceros interferir en el disfrute del derecho, por ejemplo, los padres que se niegan a enviar a la escuela a las niñas con discapacidad”<sup>88</sup>, médicos o maestros que recomiendan su exclusión o segregación. Se desprende, con completa claridad, que no existe un derecho en cabeza de los padres a optar por modelos educativos segregados; el derecho de los padres a escoger la educación de sus hijos debe suceder —como sucede para las personas sin discapacidad— en el marco del sistema educativo regular.

Entender a las personas como titulares de derechos es consecuencia del reconocimiento de su dignidad humana. La educación inclusiva protege el valor de todos los estudiantes y respeta su dignidad y autonomía<sup>89</sup>, al reconocer todas sus capacidades y potencialidades. La Observación General núm. 4 reconoce que una de las principales barreras que han enfrentado las personas con discapacidad para acceder a la educación han sido las pocas expectativas que se depositan sobre ellas, lo que propicia “que los prejuicios y el miedo aumenten y no se combatan”<sup>90</sup>; en no pocas oportunidades, las personas con discapacidad han sido consideradas por sus maestros, padres, jueces y por ellos mismos como “no educables” y por tanto su inclusión en condiciones de igualdad no ha sido una prioridad. De ahí que se proponga, por el contrario, un enfoque que incluya a todas las personas, que reconozca sus capacidades para aprender y que ponga en ellas notables expectativas, incluidas las que presentan alguna discapacidad<sup>91</sup>. La educación inclusiva se preocupa, por lo tanto, por las aspiraciones y capacidades de los estudiantes y apuesta por el desarrollo de todas sus potencialidades y talentos<sup>92</sup>.

***La educación inclusiva debe ser diseñada de forma universal, desarrollar ajustes razonables y proveer apoyos personalizados a los niños, niñas y adolescentes con discapacidad.***

La educación inclusiva requiere de un ambiente que favorezca el aprendizaje, a través de entornos accesibles en los que “todas las personas se sienten seguras, apoyadas, estimuladas y pueden expresar sus opiniones”<sup>93</sup>. Para ello se requieren transformaciones culturales, políticas y prácticas en los procesos pedagógicos, en los espacios físicos y en las formas en las que se relacionan las personas en el entorno escolar<sup>94</sup>. El enfoque del diseño universal para el aprendizaje<sup>95</sup> es la vía idónea para materializar el derecho a la educación inclusiva y su implementación debe llevar a los maestros y a las autoridades educativas a que se cuestionen sobre los métodos de enseñanza y busquen la manera de ofrecer respuestas apropiadas

<sup>96</sup> *Ibíd.*, ¶ 12 (d).

<sup>97</sup> *Ibíd.*, ¶ 22.

<sup>98</sup> De acuerdo con el Comité (*Ibíd.*, ¶28), un ajuste es razonable cuando parte del “resultado de una prueba contextual que entrañe un análisis de la relevancia y la eficacia del ajuste y el objetivo esperado de combatir la discriminación”.

<sup>99</sup> *Ibíd.*, ¶ 22.

<sup>100</sup> *Ibíd.*, ¶ 27.

<sup>101</sup> *Ibíd.*, ¶ 12 (g).

<sup>102</sup> Magistrado ponente: *Ciro Angarita Barón.*

para estudiantes con y sin discapacidad. Este rol de los maestros, su responsabilidad frente a la educación inclusiva, visiblemente relevante, requiere de un acompañamiento y una formación continua<sup>96</sup> provista por el Estado.

La accesibilidad a la que está vinculada la educación inclusiva se predica de todo el entorno<sup>97</sup>. Las obligaciones que produce, en términos de ajustes razonables<sup>98</sup> y apoyos personalizados, se extienden a los espacios físicos, a las relaciones comunicativas, a las barreras actitudinales, a los métodos de enseñanza, a los planes de estudio, a las formas de evaluación y a todas las prácticas pedagógicas y didácticas. El diseño del transporte escolar, de los servicios sanitarios, de los espacios de recreo, deben adecuarse a las necesidades de las personas con discapacidad y los Estados “deben prohibir y sancionar que en el futuro se construya cualquier infraestructura educativa que sea inaccesible”<sup>99</sup>. El transporte resulta especialmente importante, pues en aplicación del apartado b) del párrafo 2 del artículo 24 de la CDPD, las personas con discapacidad deben acceder a instituciones que se encuentren en la comunidad en la que vivan<sup>100</sup>.

En cuanto al proceso de aprendizaje, la accesibilidad requiere que los alumnos sean acompañados en las transiciones que van presentándose a lo largo del proceso educativo<sup>101</sup>; es decir, que en los sucesivos cambios en los niveles educativos encuentren apoyos específicos que les permitan hacer estos tránsitos en condiciones de igualdad y evitar así la deserción y la correlativa exclusión educativa.

## **Estado actual del precedente judicial sobre el derecho a la educación de las personas con discapacidad**

En su precedente constitucional en materia de educación de las personas con discapacidad, la Corte Constitucional ha reiterado un grupo de reglas de decisión que, en muchos casos, han permitido la exclusión o segregación de los niños, niñas y adolescentes con discapacidad del sistema educativo regular, lo que constituye un incumplimiento de las obligaciones internacionales del Estado colombiano. Obligaciones que, por emanar de tratados internacionales sobre derechos humanos y haber sido ratificados por Colombia, se encuentran incorporadas al bloque de constitucionalidad en sentido estricto y son vinculantes para los jueces de la república.

A lo largo de su historia, la Corte Constitucional ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre múltiples casos en los que ha abordado el derecho a la educación de las personas con discapacidad. Y desde la primera sentencia que pronunció sobre este tema, la T-429 de 1992<sup>102</sup>, estableció un grupo de subreglas que tenían como finalidad la protección del derecho a la educación de las personas con discapacidad. Estas subreglas han desarrollado un criterio de

<sup>103</sup> Ver, entre otras, las sentencias T-429 de 1992 (MP. Ciro Angarita Barón); T-620 de 1999 (MP. Alejandro Martínez Caballero); T-443 de 2004 (MP. Clara I. Vargas Hernández) y T-170 de 2007 (MP. Jaime Córdoba Triviño); T-282 de 2008 (MP. Mauricio González Cuervo); T-694 de 2011 (MP. Humberto Antonio Sierra Porto); T-791 de 2014 (MP. Martha Victoria Sáchica Méndez) y T-465 de 2015 (MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub).

<sup>104</sup> Ver, entre otras, las sentencias T-703 de 2013 (MP. Nilson Pinilla Pinilla) y T-598 de 2013 (MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub).

decisión que ha jugado un papel preponderante en las decisiones que se han proferido desde entonces tanto el alto tribunal, como los jueces de tutela subordinados al precedente constitucional. Las cinco subreglas bajo análisis son:

1. El derecho a la educación de las personas con discapacidad puede protegerse a través de la tutela.
2. La educación especial debe entenderse como un recurso extremo. Se ordenará por vía de tutela solo en aquellos casos en los que valoraciones médicas, psicológicas y familiares indiquen que es la mejor opción para la realización del derecho a la educación.
3. La probada necesidad de educación especial no es una justificación para la negación del acceso a la educación de las personas con discapacidad.
4. Si existen centros educativos especializados y el menor los requiere, el ingreso en los mismos no solo se preferirá, sino que se ordenará.
5. Cuando no sea posible brindar una educación especializada, deberá garantizarse, cuando menos, el servicio público convencional, hasta que la familia, la sociedad y el Estado puedan brindar una mejor alternativa educativa.

La cláusula de residualidad de la educación segregada que se encuentra en dichas subreglas, reiterada por la Corte Constitucional<sup>103</sup>, contradice las obligaciones que actualmente tiene el Estado colombiano en virtud del artículo 24 de la CDPD, y que deben interpretarse a la luz de la Observación Núm. 4 del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. La mayoría de estas subreglas, como se pasa a evidenciar en las líneas siguientes, han fomentado la educación especial de las personas con discapacidad y desincentivado su plena inclusión al sistema educativo regular, lo que constituye una violación al derecho a la educación inclusiva y una discriminación en razón de la discapacidad.

De acuerdo con la primera subregla, se ha establecido en el precedente que la tutela es el mecanismo idóneo para la protección eficaz del derecho a la educación de las personas con discapacidad. Esta subregla debe mantenerse, pues es la acción de tutela el mecanismo idóneo para proteger la educación inclusiva de las personas con discapacidad, pero no su exclusión o segregación. La Corte Constitucional ha sido consistente en considerar que este mecanismo ampara eficazmente el derecho a la educación, a partir de dos razones principales. Por una parte, es un derecho que para los niños, niñas y adolescentes con discapacidad es fundamental por mandato directo del artículo 44 de la Constitución Política y, por otra, requiere de una especial y reforzada protección para la garantía de su materialización<sup>104</sup>.

<sup>105</sup> Ver Constitución Política de 1991, art. 86: "Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública (...)".

<sup>106</sup> Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Observación general núm. 4 (2016) sobre el derecho a la educación inclusiva (CRPD/C/GC/4), ¶ 11, 13, 18, 40.

<sup>107</sup> El Comité hace particular énfasis en el hecho de que por "educación general se entienden todos los entornos de enseñanza ordinaria y el departamento de enseñanza". *Ibid.*, ¶ 18.

<sup>108</sup> *Ibid.*, ¶ 2.

<sup>109</sup> Ver, al respecto, sentencias como la T-465 de 2015 (MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub); la T-791 de 2014 (MP. Martha Victoria Sáchica Méndez); la T-694 de 2011 (MP. Humberto Antonio Sierra Porto); la T-282 de 2008 (MP. Mauricio González Cuervo); la T-170 de 2007 (MP. Mauricio González Cuervo); la T-443 de 2004 (MP. Clara Inés Vargas Hernández) y la T-620 de 1999 (MP. Alejandro Martínez Caballero)

<sup>110</sup> Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Observación general núm. 4 (2016) sobre el derecho a la educación inclusiva (CRPD/C/GC/4), ¶ 2.

Se trata de una subregla trascendental para la protección adecuada de este derecho. La tutela es, efectivamente, un mecanismo idóneo para que actores tanto públicos como privados realicen aquellas acciones que permitan avanzar en la aplicación de los estándares internacionales previstos en el artículo 24 de la CDPD. La efectividad de la tutela debe, por lo tanto, continuar reconociéndose y fortaleciéndose, para lo cual es imprescindible que se aplique de conformidad con el bloque de constitucionalidad al que se incorpora la Convención.

El uso de la acción de tutela para ordenar de modalidades educativas que excluyen o segregan a las personas con discapacidad del sistema educativo regular e inclusivo desnaturaliza su propósito constitucional<sup>105</sup>. Al ordenar modalidades contrarias a la educación inclusiva —como lo es la educación especial— se les vulnera a las personas con discapacidad su derecho a la educación y a la no discriminación<sup>106</sup>. El Comité CDPD ha sido claro en señalar que la obligación del Estado de garantizar que ninguna persona con discapacidad quede excluida del sistema regular de educación solo se satisface mediante la prohibición de medidas que limiten la inclusión en razón de la discapacidad<sup>107</sup>, pues "solo la educación inclusiva puede ofrecer educación de calidad y desarrollo social a las personas con discapacidad"<sup>108</sup>.

La segunda subregla de la Corte que desarrolla la cláusula de residualidad de la educación especial determina que la educación especial es un recurso extremo y que se ordenará por vía de tutela en aquellas circunstancias en las que las valoraciones médicas, psicológicas y sociales determinen que es la mejor opción para los niños, niñas y adolescentes con discapacidad. Esta subregla, entendida inicialmente como una excepción a la educación inclusiva, ha terminado por justificar y permitir, en numerosas oportunidades, que niños, niñas y adolescentes con discapacidad sean segregados y excluidos, vulnerándose su derecho a la educación inclusiva<sup>109</sup>.

Esta subregla, contraria a la CDPD, no puede continuar siendo un criterio de decisión en la protección de los derechos con las personas con discapacidad. El Comité CDPD ha sido claro en decir que solo la educación inclusiva puede materializar el derecho a la educación y ofrecer "una garantía de universalidad y no discriminación en el derecho a la educación"<sup>110</sup>. De ahí que la educación especial o segregada no pueda ser, en ningún caso, un recurso constitucionalmente válido, pues no garantiza el derecho a la educación de las personas con discapacidad.

Las valoraciones médicas, psicológicas o pedagógicas no pueden ser, en ningún caso, una justificación para excluir o segregar a una persona con discapacidad del sistema educativo regular. El Comité CDPD ha sido claro al afirmar que "la realización de ajustes razonables no podrá estar supeditada a un diagnóstico médico de deficiencia y, en su lugar, deberá basarse en la evaluación de las

<sup>111</sup> *Ibid.*, ¶ 30.

<sup>112</sup> *Ibid.*, ¶ 10(a), 39.

<sup>113</sup> De acuerdo con la Ley 1618 de 2013, art. 2(5c), las barreras físicas o arquitectónicas son “[a]quellos obstáculos materiales, tangibles o construidos que impiden o dificultan el acceso y el uso de espacios, objetos y servicios de carácter público y privado, en condiciones de igualdad por parte de las personas con discapacidad”.

<sup>114</sup> De acuerdo con la Ley 1618 de 2013, art. 2(5b), las barreras comunicativas se refieren a los obstáculos que “impiden o dificultan el acceso a la información, a la consulta, al conocimiento y en general, el desarrollo en condiciones de igualdad del proceso comunicativo de las personas con discapacidad a través de cualquier medio o modo de comunicación, incluidas las dificultades en la interacción comunicativa de las personas”.

<sup>115</sup> De acuerdo con la Ley 1618 de 2013, art. 2(5a), las barreras actitudinales se refieren a las “conductas, palabras, frases, sentimientos, preconcepciones, estigmas, que impiden u obstaculizan el acceso en condiciones de igualdad de las personas con y/o en situación de discapacidad a los espacios, objetos, servicios y en general a las posibilidades que ofrece la sociedad”.

<sup>116</sup> El Comité CDPD ha identificado que los estereotipos y prejuicios son “barreras que impiden el acceso al aprendizaje en el sistema educativo y que este se desarrolle con eficacia”. Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Observación general núm. 4 (2016) sobre el derecho a la educación inclusiva (CRPD/C/GC/4), ¶ 48.

<sup>117</sup> *Ibid.*, ¶ 18, 63.

<sup>118</sup> CDPD, Art. 24, 2(c).

barreras sociales a la educación”<sup>111</sup>. Cualquier valoración debe estar orientada a cualificar el diseño de los ajustes razonables necesarios, pero no a justificar la exclusión.

De la misma manera que el derecho a la educación inclusiva no puede estar supeditado a la opinión de los expertos, tampoco puede depender de la voluntad de padres o maestros. Es un derecho cuyo único titular es el estudiante con discapacidad, de ahí que las opiniones de padres, cuidadores, directivos o profesores no puedan justificar la exclusión educativa de las personas con discapacidad<sup>112</sup>. En suma, la educación especial o segregada no es una opción constitucionalmente válida, pues no protege los derechos de las personas con discapacidad. Ni las barreras arquitectónicas<sup>113</sup>, comunicativas<sup>114</sup> o actitudinales<sup>115</sup>; ni la falta de preparación de las instituciones, los maestros o el sistema pueden llegar a ser justificaciones válidas para la denegación del derecho a la educación inclusiva.

La tercera subregla establece que la probada necesidad de la educación especial no justifica la denegación de la educación a las personas con discapacidad. La Corte debe sustraer de su criterio de decisión la idea de que las personas con discapacidad pueden requerir de una educación segregada. Esta supuesta necesidad —incluso en aquellos casos en los que sea recomendada por médicos, psicólogos, maestros o padres de familia—encubre, en realidad, prejuicios, estigmas y otras formas de discriminación<sup>116</sup> en contra de las personas con discapacidad.

La Corte Constitucional y los jueces de tutela, al aceptar la falsa necesidad de educación especial —motivada por prejuicios y estigmas en contra de las personas con discapacidad—, han justificado órdenes judiciales que segregan o excluyen a las personas con discapacidad del sistema educativo regular. Esa exclusión se ha sustentado, en buena medida, en la falsa idea de que requieren una atención especializada en donde con bastante frecuencia la atención en salud desdibuja el servicio público de la educación. De esta manera, tanto jueces de tutela como la Corte Constitucional han caído en la trampa de la educación especial, la cual pretende proteger derechos, pero, en realidad, discrimina a las personas con discapacidad, al etiquetarlas, de manera soterrada, como personas “no educables”<sup>117</sup>.

Como ya se ha dicho, todas las personas con discapacidad tienen derecho a que se provean los apoyos y se realicen ajustes razonables para garantizar su inclusión en el sistema educativo regular<sup>118</sup>. Las valoraciones médicas, psicológicas o pedagógicas deben servir para determinar la manera más eficaz e idónea en la que estos deben brindarse, y los padres de familia deben participar activamente en el fomento del goce efectivo de este derecho. Solo de esta manera, podrá garantizarse una participación plena de las personas con discapacidad en el sistema educativo regular.





<sup>119</sup> Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Observación general núm. 4 (2016) sobre el derecho a la educación inclusiva (CRPD/C/GC/4), ¶ 2.

<sup>120</sup> *Ibid.*, ¶ 40.

La cuarta subregla determina que si existen centros educativos especializados y el menor los requiere, el ingreso no solo se preferirá, sino que se ordenará. Las personas con discapacidad, tal y como se desprende en el artículo 24(1) de la CDPD, tienen derecho a la educación en el marco del sistema educativo regular. Una oferta educativa segregada o especial no puede reemplazar una oferta educativa inclusiva, aún en aquellos eventos en los que ésta sea inexistente o precaria. En esos eventos, lo que corresponde es la adecuación progresiva de los programas educativos, para que la inclusión sea real, y no la segregación o la exclusión. Como se ha señalado ya, solo la educación inclusiva materializa el derecho a la educación de las personas con discapacidad<sup>119</sup>.

El Estado colombiano tiene la obligación de desarrollar un sistema educativo inclusivo, en el que se brinden apoyos y ajustes razonables a los estudiantes con discapacidad, de tal forma que se garantice su plena inclusión y participación. El cumplimiento de esa obligación —incorporada al bloque de constitucionalidad— es incompatible con la pervivencia de una educación especial o segregada<sup>120</sup>, así como con las decisiones judiciales que las promueven. Cuando el juez de tutela se ve obligado no solo a preferirla, sino a ordenarla, está siendo parte activa de la violación del derecho a la educación inclusiva de las personas con discapacidad; además, está poniendo la acción de tutela al servicio de prejuicios y estigmas que discriminan a un grupo que ha sido históricamente marginado y que goza de una doble protección constitucional.



<sup>121</sup> CDPD, art. 24, (1).

<sup>122</sup> Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Observación general núm. 4 (2016) sobre el derecho a la educación inclusiva (CRPD/C/GC/4), ¶ 18.

<sup>123</sup> *Ibid.*, ¶ 19.

<sup>124</sup> *Ibid.*, ¶ 41(b).

<sup>125</sup> CDPD, art. 24 (2).

<sup>126</sup> Ver, entre otras, las sentencias T-488 de 2016 (MP. Luis Ernesto Vargas Silva); T-097 de 2016 (MP. Luis Ernesto Vargas Silva); T-476 de 2015 (MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub); T-051 de 2011 (MP. Jorge Iván Palacio Palacio); T-495 de 2012 (MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub); T-022 de 2009 (MP. Rodrigo Escobar Gil) y T-850 de 2014 (MP. María Victoria SÁCHICA Méndez).

<sup>127</sup> Magistrado ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

<sup>128</sup> Sentencia T-598 de 2013 (MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub).

<sup>129</sup> *Ibid.*

Finalmente, la quinta subregla establece que cuando no sea posible ofrecer una educación especializada, deberá garantizarse, cuando menos, el servicio público convencional, hasta que la familia, la sociedad y el Estado puedan brindar una mejor educación. El sistema educativo regular, nombrado por la Corte como “servicio convencional”, es la única opción que se adecúa a las obligaciones internacionales contraídas por Colombia. No puede ser visto, como se desprende de esta subregla, como una excepción de menor calidad para ciertas personas con discapacidad. El derecho a la educación de las personas con discapacidad solo puede realizarse en un sistema de educación inclusivo<sup>121</sup>, lo cual debe lograrse en el sistema de educación regular, entendido este como “todos los entornos de enseñanza ordinaria”<sup>122</sup>. Cualquier medida, costumbre o práctica que genere discriminación en el acceso a la educación de las personas con discapacidad está proscrita por la CDPD<sup>123</sup>.

La familia, la sociedad y el Estado solo pueden brindar una mejor educación para las personas con discapacidad cuando se brindan los apoyos y ajustes razonables en el marco del sistema educativo regular, garantizando el acceso a la educación en condiciones de igualdad. El Comité CDPD ha hecho particular énfasis en establecer que la “denegación de ajustes razonables constituye una discriminación por motivos de discapacidad”<sup>124</sup>, pues la finalidad de estos es la materialización del derecho a la educación de todos los niños y niñas, para evitar que sean excluidos del sistema por sus condiciones particulares<sup>125</sup>.

El camino hacia la protección del derecho a la educación inclusiva ya encuentra un respaldo en la Corte Constitucional, pues recientes sentencias han venido incorporando los estándares internacionales de la CDPD, así como los criterios de interpretación del Comité de la CDPD. Los apoyos y ajustes razonables no han sido ajenos a las órdenes de la Corte, quien en numerosas oportunidades ha entendido la importancia de su realización<sup>126</sup>. En la Sentencia T-598 de 2013<sup>127</sup> la Corte Constitucional indicó que la educación de las personas con discapacidad debe ser inclusiva. En esa oportunidad, la Corte estableció que: “el derecho a la educación es de carácter fundamental, garantía que se refuerza cuando se trata de personas que están en situación de discapacidad. Ahora bien, este derecho comprende la garantía de acceso y permanencia en el sistema educativo, con el fin de que estas personas puedan ejercer plena y efectivamente todos los contenidos de dicho derecho. **En cuanto al modelo que se debe utilizar en el sistema educativo colombiano (para todos los educandos, y en especial para las personas en situación de discapacidad), encontramos que ésta debe ser preferentemente inclusiva**”<sup>128</sup>. En esa misma sentencia la Corte estableció que la inclusión educativa es “consustancial” al derecho a la educación, es su “forma más definitiva” puesto que implica la superación de toda discriminación y exclusión a través de la remoción de las barreras que impiden o dificultan el acceso, la participación y el aprendizaje en condiciones de igualdad<sup>129</sup>.

<sup>130</sup> Ver: (1) Dinerstein, Robert D. "Implementing Legal Capacity Under Article 12 of the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities: The Difficult Road From Guardianship to Supported Decision-Making." Human Rights Brief 19, no. 2 (2012): 8-12; (2) Quinn, Gerard. (2010). "Personhood & Legal Capacity. Perspectives on the Paradigm Shift of article 12 CRPD" HPOD Conference, Harvard Law School, 20, February, 2010.

<sup>131</sup> En Colombia el régimen de la capacidad legal del Código Civil fue reformado por la Ley 1306 de 2009, aunque dicha norma pretendía modernizar dicho régimen, no logra ponerla a tono con los avances del bloque de constitucionalidad.

<sup>132</sup> Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Observación General núm. 1, artículo 12: Igual reconocimiento ante la ley. CRPD/C/GC/1, 19 de mayo de 2014, ¶9.

Así pues, como se ha visto, con la aplicación de estos criterios, los jueces de tutela han permitido y fomentado una educación especial que excluye y segrega a los niños, niñas y adolescentes con discapacidad del sistema educativo regular, para lo cual se han valido de criterios médicos y psicológicos que enmascaran prejuicios y estigmas contra esta población que goza de una doble protección constitucional. La Corte Constitucional y los jueces de tutela se enfrentarán al reto de no caer en la trampa de la educación especial y por el contrario proteger el derecho a la educación inclusiva de las personas con discapacidad de acuerdo con los avances del bloque de constitucionalidad.

### **Reto 3: promover los apoyos en la toma de decisiones como forma de garantizar el derecho a la capacidad legal de las personas con discapacidad**

Tradicionalmente el derecho civil ha abordado la cuestión sobre la capacidad legal de las personas con discapacidad desde el modelo de sustracción de la capacidad<sup>130</sup>. Dicho modelo se encuentra presente no solo en la normativa vigente<sup>131</sup>, sino que se encuentra afincado en la tradición jurídica, en las instituciones históricas del derecho provenientes de regulaciones tan antiguas como el derecho romano y que hacen parte de la formación inicial de los abogados en países que, como Colombia, siguen la tradición jurídica continental.

El modelo de la sustracción de la capacidad legal puede explicarse a través de tres ideas centrales. En primer lugar, todas las personas están protegidos por la presunción de la capacidad legal. De esta manera se reconoce de manera masiva este atributo de la personalidad y derecho humano internacional y constitucionalmente protegido al igual reconocimiento ante la ley y a la capacidad legal. De esta manera se operativiza capacidad legal, un presupuesto central para el ejercicio de los derechos, de la autonomía de la voluntad y de la ciudadanía.

En segundo lugar, se introduce la duda sobre la capacidad legal de algunas personas, por el solo hecho de su condición de discapacidad, particularmente por discapacidades de tipo mental, intelectual y algunas veces sensorial<sup>132</sup>. De esta manera para el ordenamiento jurídico, algunas personas con discapacidad pueden ser consideradas como incapaces, y así un prejuicio social, una percibida condición de inferioridad ante la aparente incapacidad de entender, decidir y asumir las consecuencias de las decisiones, desata la necesidad de sustraer la capacidad legal bajo la justificación de protegerlos.

Y, en tercer lugar, se abre la posibilidad —otras veces se impone la obligación— de desarrollar un proceso judicial para que sea un juez quien declare la incapacidad de una persona con discapacidad concreta e imponga la medida de interdicción. De esta manera, una persona, por el hecho de su discapacidad y

<sup>133</sup> Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Observación General núm. 1, artículo 12: Igual reconocimiento ante la ley. CRPD/C/GC/1, 19 de mayo de 2014, ¶8.

<sup>134</sup> *Ibid.*, ¶3.

<sup>135</sup> Ver: (1) Dinerstein, Robert D. "Implementing Legal Capacity Under Article 12 of the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities: The Difficult Road From Guardianship to Supported Decision-Making." Human Rights Brief 19, no. 2 (2012): 8-12; (2) Quinn, Gerard. (2010). "Personhood & Legal Capacity. Perspectives on the Paradigm Shift of article 12 CRPD" HPOD Conference, Harvard Law School, 20, February, 2010.

a través de un proceso judicial en el que no actúa como parte, se le sustrae su capacidad legal y se le nombra un representante, quien lo sustituirá en la toma de sus decisiones.

Frente a la capacidad legal y a la sustracción de la capacidad legal el Comité de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad ha establecido que éstas "[...]siguen siendo el grupo al que más comúnmente se le niega la capacidad jurídica en los ordenamientos jurídicos de todo el mundo. El derecho al igual reconocimiento como persona ante la ley entraña que la capacidad jurídica es un atributo universal inherente a todas las personas en razón de su condición humana y debe mantenerse para las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con las demás. La capacidad jurídica es indispensable para el ejercicio de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, y adquiere una importancia especial para las personas con discapacidad cuando tienen que tomar decisiones fundamentales con respecto a su salud, su educación y su trabajo. En muchos casos, la negación de la capacidad jurídica a las personas con discapacidad ha hecho que se vean privadas de muchos derechos fundamentales, como el derecho de voto, el derecho a casarse y fundar una familia, los derechos reproductivos, la patria potestad, el derecho a otorgar su consentimiento para las relaciones íntimas y el tratamiento médico y el derecho a la libertad"<sup>133</sup>.

El bloque de constitucionalidad ha evolucionado significativamente en la última de década frente al reconocimiento del derecho al igual reconocimiento ante la ley de las personas con discapacidad; ***y así mismo deberá hacerlo la Corte Constitucional colombiana la cual tendrá el reto de catalizar el cambio paradigmático incorporado en la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, transformar no solo las normas, sino también la tradición y educación jurídica que ha normalizado y regulado un entendimiento prejuicioso, estigmatizador y discriminatorio de las personas con discapacidad como incapaces***<sup>134</sup>.

### **Cambio paradigmático en el igual reconocimiento ante la ley: de la sustracción de la capacidad al apoyo en la toma de decisiones.**

El artículo 12 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad instituye en el bloque de constitucionalidad el cambio paradigmático en lo que la capacidad legal y el igual reconocimiento ante la ley de las personas con discapacidad se refiere<sup>135</sup>. La Convención exige dejar atrás el modelo de sustracción de la capacidad legal y los regímenes de interdicción judicial y reemplazarlo por el modelo de toma de decisiones con apoyo. Con posterioridad, el Comité de Naciones Unidas vigilante del tratado emitió

<sup>136</sup> Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Observación General núm. 1, artículo 12: Igual reconocimiento ante la ley. CRPD/C/GC/1, 19 de mayo de 2014.

<sup>137</sup> CDPD, art. 12(1).

<sup>138</sup> Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Observación General núm. 1, artículo 12: Igual reconocimiento ante la ley. CRPD/C/GC/1, 19 de mayo de 2014, ¶1.

<sup>139</sup> CDPD, art. 12(2).

su primera observación general en donde interpretó y detalló las obligaciones estatales y los estándares internacionales sobre el derecho al igual reconocimiento ante la ley y a la capacidad legal<sup>136</sup>.

El estándar internacional del artículo 12 de la Convención puede ser sintetizado a través de tres obligaciones internacionales. En primer lugar, el Estado tiene la obligación de reafirmar “que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica”<sup>137</sup>. La Convención utilizar reafirmar como verbo rector de la obligación internacional porque no fue en dicho instrumento en el cual se reguló por primera vez el derecho al igual reconocimiento ante la ley y a la capacidad legal. Durante años otros instrumentos internacionales protegieron este derecho, pero no se enfocaron en las personas con discapacidad y continuaron justificando y manteniendo el statu quo de la sustracción de la capacidad legal. La Convención decide así, reafirmar un derecho humano internacionalmente protegido, para luego poner el foco en el cambio paradigmático.

El Comité estableció en la Observación General núm. 1 que el igual reconocimiento ante la ley no solo es un derecho, sino que es un principio básico para la protección y el ejercicio de otros derechos humanos, sin dicho reconocimiento y capacidad el ejercicio de los derechos y la ciudadanía se encontraría injustificadamente mediado por terceros. El Comité continuó su interpretación e indicó que “en el artículo 12 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad se describe en mayor profundidad el contenido de ese derecho civil, centrándose en las esferas en que tradicionalmente se les ha denegado a las personas con discapacidad. En el artículo 12 no se establecen derechos adicionales para las personas con discapacidad; simplemente se describen los elementos específicos que los Estados partes deben tener en cuenta para garantizar a las personas con discapacidad el derecho a la igualdad ante la ley, en igualdad de condiciones con las demás”<sup>138</sup>.

En segundo lugar, el Estado tiene la obligación de reconocer que “las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida”<sup>139</sup>. A través de esta obligación internacional el cambio paradigmático busca que la discapacidad no se use como razón para sustraer el ejercicio de la capacidad legal. Este estándar lleva a argumentar que es una discriminación que una persona, por el hecho de su discapacidad, vea su capacidad jurídica limitada o sustraída. Ser declarado interdicto y tener un tercero representante para ejercer la capacidad legal es una forma de discriminación y una violación el derecho al igual reconocimiento ante la ley y a la capacidad legal. El reconocimiento de la capacidad legal en igualdad de condiciones “incluye la capacidad de ser titular de derechos y la de actuar en derecho. La capacidad jurídica de ser titular de derechos concede a la persona

<sup>140</sup> Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Observación General núm. 1, artículo 12: Igual reconocimiento ante la ley. CRPD/C/GC/1, 19 de mayo de 2014, ¶12.

<sup>141</sup> *Ibíd.*, ¶13.

<sup>142</sup> *Ibíd.*

<sup>143</sup> *Ibíd.*, ¶5.

<sup>144</sup> *Ibíd.*, ¶9.

<sup>145</sup> *Ibíd.*, ¶16.

la protección plena de sus derechos por el ordenamiento jurídico. La capacidad jurídica de actuar en derecho reconoce a esa persona como actor facultado para realizar transacciones y para crear relaciones jurídicas, modificarlas o ponerles fin<sup>140</sup>.

El Comité notó que con frecuencia los conceptos de capacidad jurídica y capacidad mental se confunden y se usa la segunda para negar la primera. “La capacidad jurídica y la capacidad mental son conceptos distintos. La capacidad jurídica es la capacidad de ser titular de derechos y obligaciones (capacidad legal) y de ejercer esos derechos y obligaciones (legitimación para actuar). Es la clave para acceder a una participación verdadera en la sociedad. La capacidad mental se refiere a la aptitud de una persona para adoptar decisiones, que naturalmente varía de una persona a otra y puede ser diferente para una persona determinada en función de muchos factores, entre ellos factores ambientales y sociales”<sup>141</sup>, al interpretar el artículo 12 de la Convención, el Comité indicó que “el “desequilibrio mental” y otras denominaciones discriminatorias no son razones legítimas para denegar la capacidad jurídica (ni la capacidad legal ni la legitimación para actuar). En virtud del artículo 12 de la Convención, los déficits en la capacidad mental, ya sean supuestos o reales, no deben utilizarse como justificación para negar la capacidad jurídica”<sup>142</sup>.

Al asimilar la capacidad mental con la capacidad jurídica, y usar la primera para negar la segunda se ha incurrido, históricamente, en una discriminación y en una violación del derecho humano al igual reconocimiento ante la ley y a la capacidad legal. Por ello, a través de la Observación General núm. 1, el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad derivó del artículo 12(2) la prohibición de sustraer la capacidad legal de las personas con discapacidad al indicar que: en primero, “con arreglo al derecho internacional de los derechos humanos no hay ninguna circunstancia que permita privar a una persona del derecho al reconocimiento como tal ante la ley, o que permita limitar ese derecho”<sup>143</sup>; segundo, “el hecho de que una persona tenga una discapacidad o una deficiencia (incluidas las deficiencias físicas o sensoriales) no debe ser nunca motivo para negarle la capacidad jurídica ni ninguno de los derechos establecidos en el artículo 12. Todas las prácticas cuyo propósito o efecto sea violar el artículo 12 deben ser abolidas, a fin de que las personas con discapacidad recobren la plena capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás”<sup>144</sup>.

En tercer lugar, el Estado tiene la obligación de adoptar “las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica”. Esta obligación internacional instituye el cambio paradigmático. Las personas con discapacidad tienen derecho al igual reconocimiento de su personalidad legal, tienen derecho a su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás, y para ello deben poder acceder a los apoyos necesarios para ejercer su capacidad jurídica<sup>145</sup>. Como todas las personas, aquellos con discapacidad pueden necesitar ayuda

<sup>146</sup> Ibid., ¶17.

<sup>147</sup> Ibid., ¶18.

<sup>148</sup> Ibid., ¶19.

<sup>149</sup> Ibid., ¶21.

<sup>150</sup> Ibid., ¶7.

para entender y tomar sus decisiones de forma libre, responsable y consentida. El cambio paradigmático exige reconocer la capacidad jurídica, la diversidad de posibilidades y de necesidades de apoyo, y brindar apoyos efectivos para la toma de decisiones. La sustracción de la capacidad legal instituida en las normas, la tradición y la educación jurídica resuelve la necesidad de apoyo para tomar decisiones de las personas con discapacidad sustrayendo la capacidad y depositándola en un tercero que no necesita apoyo. De esta manera el régimen de la capacidad legal niega la capacidad de decidir, niega la diversidad, la personalidad y el ejercicio de la ciudadanía. La obligación de proveer apoyos para la toma de decisiones afirma la capacidad de decidir, reconocer la diversidad y la personalidad y exige reemplazar la interdicción judicial por un esquema que entienda las necesidades de apoyo para decidir, provea dichos apoyos y proteja de los posibles abusos que puedan cometerse.

A diferencia de la sustracción de la capacidad, en donde usando la discapacidad como un criterio prejuicioso y sospechoso, se niega la capacidad legal a las personas con discapacidad para otorgársela a un tercero quien deberá representarlas y protegerlas; brindar apoyos en la toma de decisiones lleva necesariamente a un grupo plural y diverso de mecanismos de apoyo<sup>146</sup>, con distintas manifestaciones e intensidades<sup>147</sup> y eventualmente la posibilidad a desistir de aquellos que pudieran estar disponibles<sup>148</sup>.

En cuarto lugar, ante situaciones límites en que las personas con discapacidad no puedan manifestar su voluntad, el Comité ha establecido que debe operar el principio de “la mejor interpretación de la voluntad y las preferencias de la persona” en lugar del afincando principio del “interés superior de la persona”<sup>149</sup>.

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad exige así que el cambio paradigmático que se incluye en el artículo 12 se manifieste en cambios normativos y actitudinales que potencien el goce efectivo del derecho al igual reconocimiento ante la ley y a la capacidad legal, así como la provisión de apoyos. El Comité ha establecido en general que “Los Estados partes deben examinar de manera holística todas las esferas de la legislación para asegurarse de que el derecho a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad no esté limitado de modo distinto al de las demás personas. Históricamente, las personas con discapacidad se han visto privadas en muchas esferas, de manera discriminatoria, de su derecho a la capacidad jurídica, en virtud de regímenes basados en la sustitución en la adopción de decisiones, como la tutela, la curaduría y las leyes sobre la salud mental que permiten el tratamiento forzoso. Esas prácticas deben ser abolidas, a fin de que las personas con discapacidad recobren la plena capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás”<sup>150</sup>.

Específicamente el Comité de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con discapacidad, en el último ciclo en que revisó a Colombia notó con



<sup>151</sup> Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Observaciones finales sobre el informe inicial de Colombia. CRPD/C/COL/CO/1, 31 de agosto de 2016, ¶30.

<sup>152</sup> *Ibid.*, ¶31.

<sup>153</sup> Ver sentencias C-983/02 (MP. Jaime Córdoba Triviño), C-466/14 (MP. María Victoria Calle Correa), C-131/14 (MP. Mauricio González Cuervo), entre muchas otras.

preocupación que “en el Código Civil y en la jurisprudencia del Estado parte persistan restricciones al ejercicio de la capacidad jurídica a personas con discapacidad, y como consecuencia, se les niegue su acceso a la justicia, y al derecho a dar o negar su consentimiento libre e informado”<sup>151</sup> y recomendó “al Estado parte que derogue toda disposición en el Código Civil y otras normas que restrinjan parcial o totalmente la capacidad jurídica de personas con discapacidad, y adopte medidas legales y administrativas para proporcionar los apoyos que requieran las personas con discapacidad para ejercer plenamente este derecho, tomar decisiones en los ámbitos de salud, sexualidad, educación y otros, sobre la base del respeto pleno a su voluntad y preferencias, tal y como lo establece la Observación General no. 1 (2014) del Comité”<sup>152</sup>.

### **Estado actual del precedente judicial sobre el derecho a la capacidad legal de las personas con discapacidad.**

Frente al reto de catalizar el cambio paradigmático incorporado en la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en relación con la capacidad jurídica y el igual reconocimiento ante la ley; la Corte Constitucional colombiana se encontrará frente al reto de, —no solo transformar las normas jurídicas mediante el análisis abstracto de constitucionalidad—, sino también ordenar apoyos concretos para el ejercicio de dicho derecho y transformar así la tradición y educación jurídica que han normalizado y regulado un entendimiento prejuicioso, estigmatizador y discriminatorio de las personas con discapacidad como incapaces.

En sus veinticinco años de existencia el precedente constitucional y de tutela ha tenido numerosas oportunidades para ahondar en la cuestión y se encuentran importantes avances que llevan a concluir que garantizar el derecho al igual reconocimiento ante la ley y la capacidad legal de las personas con discapacidad no parte de cero; sin embargo en futuros casos la Corte deberá hacer una interpretación e integración profunda del bloque de constitucionalidad y usar las observaciones generales emanadas del Comité de Naciones Unidas para responder de manera adecuada al reto que en esta materia enfrenta en muchos casos revisando su propia jurisprudencia.

En su abordaje de la capacidad legal la Corte Constitucional ha usado las fuentes legales, primero el Código Civil en su artículo 1502, siguientes y concordantes; y segundo la Ley 1306 de 2009 que aparentemente era la llamada a actualizar y modificar la mencionada institución jurídica. En su entendimiento de la capacidad legal, la Corte Constitucional ha transcrito y plasmado las normas jurídicas vigentes que a su vez reflejan la tradición jurídica continental frente a estas instituciones<sup>153</sup>. La Corte ha indicado que “la capacidad, en sentido general, consiste en la facultad que tiene la persona para adquirir derechos y contraer obligaciones. Pero esta capacidad (...) puede ser de goce o de ejercicio. La primera de ellas consiste en la aptitud general que tiene toda persona natural o

<sup>154</sup> Sentencia C-983/02 (MP. Jaime Córdoba Triviño).

<sup>155</sup> Sentencia C-466/14 (MP. María Victoria Calle Correa).

<sup>156</sup> Ver, Constitución Política de 1991, arts. 13, 14 y 16.

<sup>157</sup> Ver sentencias C-983/02 (MP. Jaime Córdoba Triviño), C-716/06 (MP. Marco Gerardo Monroy Cabra), C-438/11 (MP. Luis Ernesto Vargas Silva), C-131/14 (MP. Mauricio González Cuervo), entre muchas otras.

jurídica para ser sujeto de derechos y obligaciones, y es, sin duda alguna, el atributo esencial de la personalidad jurídica. La capacidad de ejercicio o capacidad legal, por su parte, consiste en la habilidad que la ley le reconoce a aquella para poder obligarse por sí misma, sin la intervención o autorización de otra. Implica, entonces, el poder realizar negocios jurídicos e intervenir en el comercio jurídico, sin que para ello requiera acudir a otro”<sup>154</sup>.

De esta manera el precedente constitucional, siguiendo las prescripciones legales, ha distinguido entre la capacidad de goce y la capacidad de ejercicio (o capacidad legal), y ha refrendado la posibilidad de limitar esta última a personas con discapacidad. “Las personas civilmente incapaces son las que carecen de capacidad de ejercicio, y están enunciadas en el artículo 1504 del Código Civil, y sus normas concordantes. Son absolutamente incapaces las personas con discapacidad mental absoluta (Ley 1306 de 2009 art. 15), los impúberes o menores de catorce años (CC arts. 34 y 1504) y los sordomudos que no puedan darse a entender (CC art. 1504). La incapacidad puede también ser relativa, y se predica de quien sea menor adulto o ha dejado de ser impúber (CC arts. 34 y 1504), y del disipador que se halle bajo interdicción judicial (CC art. 1504)”<sup>155</sup>. En muchos casos, y sin análisis crítico alguno, el precedente constitucional ha replicado la institución jurídica de la incapacidad legal para las personas con discapacidad sin usar los desarrollos del bloque de constitucionalidad y negado la protección de un derecho internacional y constitucionalmente protegido a sujetos de especial protección constitucional<sup>156</sup>.

Al momento de abordar casos relacionados con el derecho al igual reconocimiento ante la ley y a la capacidad legal de las personas con discapacidad, la Corte ha justificado la constitucionalidad de la sustracción de la capacidad y de la interdicción judicial como una medida de protección justificada, como una manifestación de la igualdad material, ha negado que la interdicción judicial sea una forma de discriminación en contra de las personas con discapacidad<sup>157</sup>, y en otros casos les ha impuesto la obligación de probar su capacidad. En casos conocidos por la Corte con posterioridad a la incorporación de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2011), se ha reafirmado el modelo de la sustracción de la voluntad y se ha justificado la interdicción judicial de esta población.

La Corte ha establecido que la negación de la capacidad legal a través del proceso de interdicción judicial es una forma de protección en favor de las personas que, por sus condiciones físicas o mentales, aparentemente no puedan tomar decisiones, no puedan comprender la naturaleza o consecuencia de sus actos y por ello requieren de un tercero que garantice que la manifestación de su voluntad es jurídicamente válida. “Las incapacidades se han instituido con el objeto de proteger los intereses de ciertas personas que por una u otra razón no

<sup>158</sup> Sentencia C-983/02 (MP. Jaime Córdoba Triviño).

<sup>159</sup> Sentencia C-131/14 (MP. Mauricio González Cuervo).

<sup>160</sup> Magistrado ponente: Humberto Sierra Porto.

<sup>161</sup> Sentencia C-534 de 2005 (MP. Humberto Sierra Porto).

<sup>162</sup> Ver, CDPD, art. 12(1 y 2).

<sup>163</sup> Sentencia C-131/14 (MP. Mauricio González Cuervo).

tienen el total discernimiento o carecen de la experiencia necesaria para poder expresar su voluntad, adquirir derechos y obligarse con la claridad suficiente y por tal motivo están inhabilitados para celebrar actos jurídicos”<sup>158</sup>.

De esta manera el precedente constitucional falla al entender a las personas con discapacidad como incapaces, enfermos e inclusive como ciudadanos de segunda categoría para quienes la sustracción de los derechos está aparentemente justificada. La Corte falla en entender a que la discapacidad trasciende la situación personal y que deriva de la interacción de las personas con barreras sociales, interacción que debe ser protegida por el derecho a través de ajustes razonables y apoyos que garanticen derechos, inclusive el derecho a la capacidad legal. Bajo la falsa idea de proteger a las personas con discapacidad la normativa vigente y en muchos casos la jurisprudencia constitucional ha justificado la sustracción de la capacidad, la violación del derecho al igual reconocimiento ante la ley y ha discriminado a las personas por su discapacidad.

En algunos casos la jurisprudencia de la Corte ha indicado que la sustracción de la capacidad legal no es una forma de discriminación, sino por el contrario una forma de protección de la igualdad material. Dicho argumento es hoy contrario al bloque de constitucionalidad. La Corte ha indicado “(...) al distinguir entre personas con capacidad plena y relativa, el Legislador no pretende discriminar a las segundas sino, por el contrario, proteger sus intereses”<sup>159</sup> y para justificarlo retoma el sentido de la Sentencia C-534 de 2005<sup>160</sup> indicando que “la declaratoria de incapacidad legal es la alarma que la legislación emite para manifestar una desigualdad en los presupuestos volitivos y reflexivos de ciertos sujetos que van a desarrollar actividades comerciales, o que por lo menos tienen la expectativa de hacerlo”<sup>161</sup>.

En los casos en que la jurisprudencia ha justificado la interdicción como forma de protección ha fallado en desarrollar el estándar internacional de reafirmar y reconocer la capacidad legal de las personas con discapacidad en condiciones de igualdad<sup>162</sup>. Por el contrario, ha usado la discapacidad —un criterio sospechoso de discriminación— para encubrir la negación de un derecho, la negación de apoyos y perpetuar una visión de la discapacidad que, en lugar de proteger derechos, encubre la violación de los mismos bajo el velo de la supuesta protección de la persona y sus intereses. “La capacidad, es pues una medida de protección del menor o de los adultos declarados incapaces. En general, las medidas de protección justifican la intervención del Estado o de los padres a favor de los menores o los adultos incapaces, así sea en contra de la voluntad de los mismos, considerando que estos aún no se encuentran en capacidad de determinar de manera autónoma su propio plan de vida y, por consiguiente, requieren que otros asuman la responsabilidad de decidir por ellos y proteger sus intereses”<sup>163</sup>.

<sup>164</sup> Ibid.

<sup>165</sup> Magistrado ponente: Jaime Córdoba Triviño.

<sup>166</sup> Sentencia C-983/02 (MP. Jaime Córdoba Triviño).

De igual manera, en algunos casos, el estándar internacional que exige brindar apoyos en el ejercicio de toma de decisiones ha sido negado por la jurisprudencia constitucional. De forma contraria al modelo social de discapacidad, incorporado no solo en la CDPD, sino también en la jurisprudencia constitucional, la Corte se ha enfocado principalmente en la situación personal o médica para negar la capacidad legal, en lugar de reconocer las barreras para ejercer el derecho y brindar los apoyos ordenados por el bloque de constitucionalidad, la Corte ha fallado en apreciar la diversidad y la necesidad de apoyos, y en muchos casos, simplemente ha declarado la incapacidad de decidir por el solo hecho de la discapacidad. “Teniendo en cuenta la naturaleza misma del derecho al libre desarrollo de la personalidad, se considera que, en términos generales, su ejercicio se encuentra relacionado con la capacidad que tienen los individuos de tomar decisiones. Por esta razón el ejercicio pleno de esta libertad depende de que la persona cuente con una voluntad reflexiva formada, de modo que, a mayor capacidad, mayor posibilidad de disposición del derecho”<sup>164</sup>.

En otros casos la jurisprudencia de la Corte ha reconocido formas alternativas de lenguaje y de expresar la voluntad y las decisiones, pero también ha continuado imponiendo a las personas con discapacidad la carga de “hacerse capaces” o de “demostrar su capacidad”, en lugar de brindar apoyos hechos a la medida de las necesidades de cada persona con discapacidad. A través de la Sentencia C-983 de 2002<sup>165</sup> la Corte analizó un caso de constitucionalidad en donde se demandaba una norma del Código Civil en la que se limitaba la capacidad legal de las personas sordas que no pudieran darse a entender por escrito. En dicho caso la Corte expulsó del ordenamiento jurídico la expresión “por escrito” y reconoció otras formas en que las personas sordas pueden darse a entender. En el razonamiento constitucional la Corte impone a las personas con discapacidad la carga de normalizarse o probar su capacidad, no reconoce la necesidad de apoyos de la población sorda y estigmatiza a las personas con discapacidad intelectual.

En primer lugar, la Corte indica que “[...] cuando esa persona con limitación auditiva y en lenguaje articulado llega a la pubertad y no se encuentra bajo patria potestad, queda sometida a curaduría que se prolonga en el tiempo, hasta que por solicitud propia y verificada las circunstancias por el juez sea judicialmente habilitado, es decir esa guarda cesará cuando, según el mismo ordenamiento Civil, la persona se haya hecho capaz de entender o ser entendido por escrito y tuviere suficiente inteligencia para la administración de sus bienes”<sup>166</sup> de esta manera la persona sorda, a diferencia de las personas sin discapacidad, al alcanzar la mayoría de edad se le impone la necesidad de probar su “suficiente inteligencia”, su capacidad y su funcionalidad para decidir y darse a entender.

En segundo lugar, la Corte reconoce que “a medida que ha pasado el tiempo se han propuesto una variedad de métodos para educar al sordomudo (sic). Con los avances científicos y tecnológicos la enseñanza y la formación de dichos





<sup>167</sup> *Ibíd.*

<sup>168</sup> Ver sentencias C-182/16 (MP. Gloria Stella Ortiz Delgado), T-573/16 (MP. Luis Ernesto Vargas Silva) y T-655/16 (MP. Luis Ernesto Vargas Silva).

individuos ha alcanzado niveles impensados en épocas anteriores y que muy seguramente han contribuido para que hoy en día se replantee esa concepción limitada de su capacidad [...] De acuerdo con los conceptos de los expertos, las personas sordas y mudas (sic), salvo aquellas que padecen además retardo mental o alguna alteración cerebral, tienen un índice intelectual igual que las oyentes y, por contera, será diferente de acuerdo con el desarrollo potencial de cada individuo. El hecho de que no puedan escuchar ni expresarse verbalmente, no implica necesariamente que no piensen, que no sientan, ni tengan la facultad de discernir o de adoptar decisiones y comprometerse en el mundo jurídico<sup>167</sup>. So pretexto de reconocer las formas alternativas de comunicación de las personas sordas la Corte termina estigmatizando a las personas con discapacidad intelectual para quienes presume la ausencia de cualquier índice intelectual (sic).

***Recientemente la Corte Constitucional colombiana ha comenzado a incorporar en sus decisiones elementos del bloque de constitucional en sentido estricto y en sentido lato al momento de resolver casos relacionados con la capacidad legal de las personas con discapacidad, particularmente en lo que se refiere al ejercicio de sus derechos sexuales y reproductivos<sup>168</sup>.*** A través de estas decisiones la Corte ha integrado los estándares internacionales del artículo 12 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad —reafirmando su derecho a la capacidad legal, reconociéndolo en el igualdad de condiciones con

<sup>169</sup> Sentencia C-182/16 (MP. Gloria Stella Ortiz Delgado).

<sup>170</sup> Sentencia T-573/16 (MP. Luis Ernesto Vargas Silva).

<sup>171</sup> *Ibid.*

los demás y ordenando la provisión de apoyos en la toma de decisiones—, ha hecho uso de la Observación General núm. 1 relativa al tema y ha profundizado en las características de los apoyos que deben ser brindados a las personas con discapacidad.

A través de la Sentencia C-182 de 2016, la Corte reconoció que “El modelo social de la discapacidad se desprende del marco internacional de derechos humanos. Así, en lo atinente a los instrumentos internacionales de carácter vinculante para Colombia, el más importante de ellos en esta materia es la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD) adoptada en el año 2006, la cual tiene como propósito promover y proteger todos los derechos humanos y libertades fundamentales de las personas con discapacidad, en condiciones de igualdad [...] Por esta razón, la Convención dispone que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida y que el Estado debe asegurar a estas personas el acceso al apoyo requerido para su ejercicio”<sup>169</sup>.

La Corte llevó los estándares internacionales más allá en la Sentencia T-573 de 2016 al indicar que “la incorporación del modelo social de la discapacidad en la Convención se ve reflejada, justamente, en la diversidad de compromisos que les impone a sus Estados parte en aras de la efectiva remoción de esos obstáculos [...] que la Convención les impone a sus Estado parte en relación con la adopción de ajustes razonables que garanticen que las personas en situación de discapacidad puedan gozar y ejercer todos sus derechos y libertades fundamentales parten, justamente, de ese supuesto. De ahí que su articulado deba leerse, más que como un catálogo de derechos, como una relación de los deberes que incumben a los Estados respecto de la creación de las condiciones necesarias para que los destinatarios de la Convención ejerzan sus derechos humanos en iguales condiciones que cualquier ciudadano”<sup>170</sup>.

De esta manera la Corte Constitucional articula la obligación internacional de brindar apoyos en la toma de decisiones con la obligación de proveer ajustes razonables y medidas de acción afirmativa para superar las barreras que los excluyen y segregan. De esta manera el precedente constitucional da pasos hacia delante para incorporar el modelo de apoyos en la toma de decisiones y va dejando atrás las medidas de sustracción de la capacidad legal como la interdicción judicial. “La Convención optó por el modelo de asistencia (sic) en la toma de decisiones, haciendo explícitos los principios generales de respeto de la dignidad inherente, autonomía individual, no discriminación e igualdad de oportunidades consignados en su artículo 3º. En consecuencia, reafirmó que las personas con discapacidad tienen derecho a que se reconozca su personalidad jurídica y reconoció su capacidad jurídica en igualdad de condiciones que las demás frente a todos los aspectos de su vida”<sup>171</sup>.



<sup>172</sup> Ver sentencias C-182/16 (MP. Gloria Stella Ortiz Delgado), T-573/16 (MP. Luis Ernesto Vargas Silva) y T-655/16 (MP. Luis Ernesto Vargas Silva).

<sup>173</sup> Sentencia C-182/16 (MP. Gloria Stella Ortiz Delgado).

<sup>174</sup> *Ibíd.*,

Junto con el uso de los estándares internacionales de la CDPD, la Corte Constitucional colombiana ha usado la Observación General núm. 1 del Comité de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad como fuente normativa, elevando algunos de sus planteamientos más importantes al nivel del precedente constitucional. En primer lugar, la jurisprudencia de la Corte reconoció la importancia del reconocimiento de la capacidad legal y la provisión de apoyos para su ejercicio, no solo como un asunto civil o comercial, sino como un presupuesto para el ejercicio de la ciudadanía, de la participación social y política, y para el goce efectivo de otros derechos<sup>172</sup>.

En segundo lugar, la jurisprudencia ha elevado al nivel del precedente constitucional la prohibición de la sustracción de la capacidad legal y la obligación del Estado colombiano de modificar la legislación relativa a la interdicción judicial y reemplazarla por una normativa que desarrolle los estándares internacionales sobre el reconocimiento de la capacidad legal y la provisión de apoyos. En la Sentencia C-182 de 2016, la Corte reconoció que “el hecho de que una persona tenga una discapacidad no debe ser nunca motivo para negarle su capacidad jurídica ni ningún derecho establecido en el artículo 12 de la CDPD [...] específicamente, el Comité establece que no son admisibles los regímenes basados en la adopción de decisiones mediante el consentimiento sustituto y la negación de la capacidad de este grupo de personas”<sup>173</sup>; finalmente la Corte profundiza en que el Estado “tienen un mandato para reemplazar los regímenes basados en la adopción de decisiones sustitutivas por sistemas de apoyo a la adopción de decisiones. Estos últimos se caracterizan por la primacía de la voluntad de la persona con discapacidad, de su autonomía y sus preferencias”<sup>174</sup>.

La Corte entonces ha abordado las características que deben tener los apoyos para la toma de decisiones que deben estar disponibles para las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad legal. Usando los desarrollos de la Observación General núm. 1 del Comité ha indicado que los apoyos: (a) deben variar en intensidad y ser proporcionales de acuerdo con las necesidades de apoyo de las personas —así la Corte reconoce distintos tipos de necesidades de apoyo para distintos tipos de decisiones—; (b) son renunciables, es decir, que la persona tiene la posibilidad de acceder, negarse o desistir de un apoyo en particular; (c) no deben regular en exceso la vida de las personas con discapacidad, sino promover su autonomía e independencia; (d) los apoyos deben ser consultados y contruados con las personas con discapacidad quienes van a ser sus principales usuarios; (e) deben estar orientados por la voluntad y las preferencias de las personas, no reemplazarlas so pretexto de su protección o mejor interés; (f) deben tener en cuenta las distintas formas y medios de comunicación usados por la persona que recibe el apoyo; (g) los apoyos provistos legal o judicialmente deben basarse en los apoyos existentes en la familia y la comunidad, y en casos en que no existan se debe fomentar su construcción; (h) la valoración de la capacidad de entender o decidir debe desarrollarse de mane-

<sup>175</sup> Ver sentencias C-182/16 (MP. Gloria Stella Ortiz Delgado), T-573/16 (MP. Luis Ernesto Vargas Silva) y T-655/16 (MP. Luis Ernesto Vargas Silva).

<sup>176</sup> Ver Sentencia T-655/16 (MP. Luis Ernesto Vargas Silva).

<sup>177</sup> Sentencia C-182/16 (MP. Gloria Stella Ortiz Delgado).

<sup>178</sup> Sentencia T-573/16 (MP. Luis Ernesto Vargas Silva).

<sup>179</sup> *Ibid.*

<sup>180</sup> *Ibid.*

<sup>181</sup> Sentencia C-182/16 (MP. Gloria Stella Ortiz Delgado).

ra positiva, valorando lo que la persona puede hacer en lugar de las dificultades que puede enfrentar; (i) deben establecerse salvaguardias que garanticen que los apoyos respeten la voluntad y preferencias de la persona, y que no se cometan abusos en su contra; y, (j) los apoyos deben ser revisados judicialmente de manera periódica<sup>175</sup>.

Ante la obligación concreta de brindar apoyos, la reciente jurisprudencia de la Corte se ha acercado de diferentes maneras, unas veces ordenando revocar decisiones en donde se desconoció la voluntad manifestada por la persona con discapacidad a quien se le presumió incapaz por el solo hecho de su discapacidad aparente<sup>176</sup>, otras veces ordenando a las entidades concernidas “cerciorarse que se le hayan prestado todos los apoyos y se hayan hecho los ajustes razonables para que la persona pueda expresar su preferencia”<sup>177</sup> particularmente en casos de intervenciones quirúrgicas no consentidas por las personas con discapacidad. Y en los casos más profundos, ordenando apoyos específicos y detallados como por ejemplo: (a) “el uso de pictogramas, videos e imágenes que expliquen paso a paso el proceso biológico y los procedimientos; hacer uso de textos de fácil lectura, con lenguaje sencillo y frases cortas y usar imágenes que se asemejen a los cuerpos reales de las personas con discapacidad, para que puedan generar procesos de autoidentificación y reconocimiento”<sup>178</sup>; (b) “que la información sea brindada por equipos multidisciplinarios (médicos, psicólogos, trabajadores sociales, neuro-psicólogos) puede garantizar una mayor comprensión sobre el consentimiento y los deseos de las personas con discapacidad”<sup>179</sup>; (c) “es beneficioso contar con el apoyo de personas con discapacidad pares y un círculo de personas cercanas, pues son ellas quienes conocen los apoyos y ajustes que requiere la persona para comunicarse”<sup>180</sup>; (d) “que las personas con discapacidad cuenten con un espacio de asesoría y/o consulta independiente de su acompañante, pues suelen encontrarse en un contexto de protección que puede dificultar que se les aborde directa e integralmente”.

La conclusión de la Corte es poderosa en la tarea de catalizar el reto futuro que se posa frente a la jurisprudencia constitucional: “existe un mandato que parte de la cláusula de igualdad constitucional que ordena la protección especial de las personas con discapacidad mental para que puedan ejercer todos los derechos en condiciones de igualdad. A su vez, el marco internacional vigente impone la obligación de adoptar todas las medidas necesarias para reconocer la capacidad plena de las personas en situación de discapacidad para tomar sus propias decisiones y así ejercer sus derechos fundamentales, para lo cual se deben utilizar todas las herramientas bajo el modelo de apoyo de decisiones”<sup>181</sup>.

## Palabras finales

La Corte Constitucional ha sido central para avanzar y visibilizar los derechos de las personas con discapacidad en Colombia y tiene el reto de seguir siéndolo. Para ello tendrá que hacer un esfuerzo por apreciar la condición de discapacidad como una verdadera forma y manifestación de la diversidad humana y evitar caer en decisiones que, con la falsa motivación de proteger a un grupo débil, terminen segregándolos y perpetuando prácticas discriminatorias y contrarias a la Constitución y al bloque de constitucionalidad.

Dos retos centrales se desarrollaron en este texto. Aquel referido a potenciar el derecho a la educación inclusiva de las personas con discapacidad que lleva a apreciar una situación de violación masiva de derechos, a catalizar una transformación del servicio público de la educación y de las prácticas didácticas y pedagógicas. El otro reto, referido a transformar la tradición jurídica y a reconocer y volver operativo el derecho a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad a través de la provisión de apoyos.

Estos dos retos no agotan la labor que tendrá que enfrentar la Corte Constitucional. Retos referidos al trabajo, a la interacción de la protección laboral reforzada con la masiva exclusión productiva de las personas con discapacidad; la masiva privación de la libertad de las personas con discapacidad más pobres, excluidas y vulnerables bajo medidas de protección en instituciones psiquiátricas o de personas con discapacidad intelectual; la baja participación social y política; y la rampante desprotección social de las personas con discapacidad en pensiones son otros de los retos que no se abordaron en el texto pero que son igualmente relevantes.

\*\*\*

## Referencias bibliográficas

**Asamblea Nacional Constituyente.** (1991). Informe de la sesión plenaria del día 2 de mayo de 1991 (Bogotá, mayo 8 de 1991), disponible en: [http://www.banrep cultural.org/blaa virtual/ANC/comisiones/plenaria/brblaa490289\\_a1991\\_%20m05\\_d02.pdf](http://www.banrep cultural.org/blaa virtual/ANC/comisiones/plenaria/brblaa490289_a1991_%20m05_d02.pdf)

**Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.** Observación General N°4 (2016) sobre el derecho a la educación inclusiva (CRPD/C/GC/4).

----, Observación General núm. 1, artículo 12: Igual reconocimiento ante la ley. CRPD/C/GC/1, 19 de mayo de 2014.

----, Observaciones finales sobre el informe inicial de Colombia. CRPD/C/COL/CO/1, 31 de agosto de 2016, ¶30.

**Consejo Nacional de Política Económica y Social.** Documento Conpes 166 de 2013, Política Nacional de Discapacidad e Inclusión Social. Diciembre 9 de 2013.

**Corte Constitucional Colombiana.** Sentencia C-042/2017 (MP. Aquiles Arrieta Gómez).

----, C-182/2016 (MP. Gloria Stella Ortiz Delgado).

----, C-458/2015 (MP. Gloria Stella Ortiz).

----, C-466/2014 (MP. María Victoria Calle Correa).

----, C-767/2014 (MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub).

----, C-131/2014 (MP. Mauricio González Cuervo).

----, C-606/2012 (MP. Adriana María Guillén Arango).

----, C-438/2011 (MP. Luis Ernesto Vargas Silva).

----, C-793/2009 (MP. Mauricio González Cuervo).

----, C-716/2006 (MP. Marco Gerardo Monroy Cabra).

----, C-534/2005 (MP. Humberto Sierra Porto).

----, C-983/2002 (MP. Jaime Córdoba Triviño).

----, C-401/2003 (MP. Álvaro Tafur Galvis).

----, C-371/2000 (MP. Carlos Gaviria Díaz).

----, T-655/2016 (MP. Luis Ernesto Vargas Silva).

----, T-573/2016 (MP. Luis Ernesto Vargas Silva).

----, T-488/2016 (MP. Luis Ernesto Vargas Silva).

----, T-097/2016 (MP. Luis Ernesto Vargas Silva).

----, T-476/2015 (MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub).

----, T-465/2015 (MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub).

----, T-850/2014 (MP. María Victoria Sáchica).

----, T-791/2014 (MP. Martha Victoria Sáchica).

----, T-703/2013 (MP. Nilson Pinilla Pinilla).

----, T-598/2013 (MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub).

----, T-477/2013 (MP. María Victoria Calle Correa).

----, T-495/2012 (MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub).

----, T-694/2011 (MP. Humberto Antonio Sierra Porto).

----, T-051/2011 (MP. Jorge Iván Palacio Palacio).

----, T-781/2010 (MP. Humberto Sierra Porto).

----, T-291/2009 (MP. Clara Elena Reales Gutiérrez).

----, T-022/2009 (MP. Rodrigo Escobar Gil).

----, T-282/2008 (MP. Mauricio González Cuervo).

----, T-170/2007 (MP. Jaime Córdoba Triviño).

----, T-443/2004 (MP. Clara Inés Vargas Hernández).

----, T-620/1999 (MP. Alejandro Martínez Caballero).

----, T-207/1999 (MP. Eduardo Cifuentes Muñoz).

----, T-378/1997 (MP. Eduardo Cifuentes Muñoz).

----, T-224/1996 (MP. Vladimiro Naranjo Mesa).

----, T-288/1995 (MP. Eduardo Cifuentes Muñoz).

----, T-290/1994 (MP. Vladimiro Naranjo Mesa).

----, T-067/1994 (MP. José Gregorio Hernández Galindo).

----, T-441/1993 (MP. José Gregorio Hernández Galindo).

----, T-429/1992 (MP. Ciro Angarita Barón).

**Correa Montoya, Lucas y Castro Martínez, Marta.** (2016). Discapacidad e inclusión social en Colombia. Informe Alternativo de la Fundación Saldarriaga Concha al Comité de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Bogotá: Fundación Saldarriaga Concha. Disponible en: <https://www.desclab.com/discapacidad-informe-alternativo>

**Correa Montoya, Lucas, Castro Martínez, Marta y Rúa Serna, Juan Camilo.** (2017). "Del dicho al hecho hay mucho trecho": Logros y retos en la implementación de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en Colombia. Revista Latinoamericana en Discapacidad, Sociedad y Derechos Humanos, Vol. 1, No. 2. P 9-43. Disponible en: <http://redcdpd.net/revista/index.php/revista/article/view/43/20>

**Correa Montoya, Lucas.** (2009). Panorama de la protección constitucional a los derechos de las personas con discapacidad en Colombia. Universitas. Bogotá (Colombia) N° 118: 115-139, enero-junio de 2009. Disponible en: <https://www.desclab.com/discapacidad-vniversitas>

**Departamento Nacional de Estadística.** (2017). Censo 2005, reporte a 31 de julio de 2017. Bogotá.

**Dinerstein, Robert D.** "Implementing Legal Capacity Under Article 12 of the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities: The Difficult Road From Guardianship to Supported Decision-Making." Human Rights Brief 19, no. 2 (2012): 8-12.

**Ministerio de Educación Nacional.** (2016). Sistema Integrado de Matrícula (SIMAT), matrícula consolidada del año 2016. Bogotá.

**Organización de Naciones Unidas.** (2006) Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

**Quinn, Gerard.** (2010). "Personhood & Legal Capacity. Perspectives on the Paradigm Shift of article 12 CRPD" HPOD Conference, Harvard Law School, 20, February 2010.

**República de Colombia.** Constitución Política de 1991.

----, Ley Estatutaria 1618 de 2013. Departamento Nacional de Estadística. (2017). Censo 2005, reporte a 31 de julio de 2017. Bogotá.

**WHO, & World Bank.** (2011). World report on disability. WHO and World Bank (Vol. 1). Washington. Retrieved from [http://www.who.int/disabilities/world\\_report/2011/en/](http://www.who.int/disabilities/world_report/2011/en/)