



GACETA DEL CONGRESO

SENADO Y CÁMARA

(Artículo 36, Ley 5ª de 1992)

IMPRENTA NACIONAL DE COLOMBIA
www.imprenta.gov.co

ISSN 0123 - 9066

AÑO XXXII - N° 597

Bogotá, D. C., jueves, 1° de junio de 2023

EDICIÓN DE 10 PÁGINAS

DIRECTORES:

GREGORIO ELJACH PACHECO
SECRETARIO GENERAL DEL SENADO
www.secretariasenado.gov.co

JAIME LUIS LACOUTURE PEÑALOZA
SECRETARIO GENERAL DE LA CÁMARA
www.camara.gov.co

RAMA LEGISLATIVA DEL PODER PÚBLICO

SENADO DE LA REPÚBLICA

CONCEPTOS JURÍDICOS

CONCEPTO JURÍDICO MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL SOBRE EL PROYECTO DE LEY NUMERO 150 DE 2022 (SENADO)

por medio de la cual se modifica el régimen de acceso y ascenso en la carrera administrativa, se crean los concursos independientes que sean incluyentes para las personas en situación de discapacidad, se establece la gratuidad de la inscripción para este segmento poblacional y se dictan otras disposiciones o “Ley de concursos independientes que sean incluyentes para personas en situación de discapacidad”.

Bogotá D.C.,

Doctor

GREGORIO ELJACH PACHECO
Secretario General
Senado de la República
Carrera 7ª N° 8 – 68
Bogotá D.C.

ASUNTO: Concepto sobre el **PL 150/22 (S)** “Por medio de la cual se modifica el régimen de acceso y ascenso en la carrera administrativa, se crean los concursos independientes que sean incluyentes para las personas en situación de discapacidad, se establece la gratuidad de la inscripción para este segmento poblacional y se dictan otras disposiciones” o “ley de concursos independientes que sean incluyentes para personas en situación de discapacidad”.

Cordial saludo,

Teniendo en cuenta que la iniciativa de la referencia está pendiente de surtir debate en esa Corporación, con fundamento en el texto de enmienda publicado en la Gaceta del Congreso N° 1709 de 2022, se emite concepto institucional desde la perspectiva del Sector Salud y Protección Social. Lo anterior, en ejercicio de las competencias constitucionales y legales previstas en el inciso 2° del artículo 208 de la Constitución Política y el numeral 3° del artículo 59 de la Ley 489 de 1998, de conformidad con el siguiente orden:

1. CONTENIDO

La propuesta dispone:

Artículo 1°. Objeto. La presente ley modifica el régimen de acceso y ascenso en los concursos de carrera administrativa, se establecen medidas afirmativas para la provisión de puestos de trabajo para personas en situación de discapacidad, se crean los concursos independientes que sean incluyentes, se dispone la gratuidad en la inscripción a estos concursos, así como, la adopción de ajustes razonables necesarios para

garantizar la superación de circunstancias de desprotección y desigualdad de esta población en el acceso al empleo público y se dictan otras disposiciones¹.

Bajo esta perspectiva, el proyecto de ley se compone de nueve (9) preceptos adicionales, a saber: ámbito de aplicabilidad (art. 2º); modificación de los artículos 2, numeral 1; 27; 28 y 29 de la Ley 909 de 2004 (arts. 3º a 6º); exención en el pago de tasa por concepto de derechos de examen (art. 7º); acreditación de la discapacidad (art. 8º); adaptación para la realización de las pruebas (art. 9º); y por último, vigencia y derogatoria (art. 10º).

2. CONSIDERACIONES

2.1. Aspectos generales

Es importante indicar que el ordenamiento constitucional prevé una serie de medidas tendientes a proteger especialmente a la población con discapacidad, tal y como se lee del artículo 47 en donde se exige al Estado adelantar *“una política de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y síquicos, a quienes se les prestará la atención especializada”*.

Esta disposición, como la serie de normas también constitucionales en las cuales se hace énfasis en determinado sector de la población (arts. 42, 43, 44, 45, 46, 50, 51, 53, 60, 64, *inter alia*), reflejan un propósito de adecuación de las condiciones sociales, económicas, políticas y culturales para evitar que proliferen exclusiones o discriminaciones que se producirían (y se han producido) si el Estado no interviene con el fin de equilibrar las circunstancias históricas que las originan. Esto es la explicación básica de la acción afirmativa detrás de la cual subyace la mencionada noción de búsqueda de un equilibrio que no existe en el punto de partida. En el ámbito del derecho, esto significa admitir que la sociedad como organización no se debate en la lucha del más fuerte, sino que la aspiración democrática trasciende ese planteamiento o por lo menos así lo persigue, en pos de la construcción de una garantía humanista y universal en el que encuentren cabida todos los seres humanos. Su ética responde a elementos como la inclusión y la solidaridad que constituyen directrices fundantes del Estado (art. 1º C. Pol.) y una actitud ciudadana (art. 95, num. 2º *ibíd.*).

No puede olvidarse que quien tiene una disminución sensorial no solo limita el universo de la percepción, sino los elementos de socialización en una sociedad fundada en lo

¹ CONGRESO DE LA REPÚBLICA, Gaceta del Congreso N° 1709 de 2022.

visual y en el sonido². Tampoco puede ignorarse que abre y potencializa la creación artística³, entre otras manifestaciones de la actividad humana⁴ que son, sin duda, un ejemplo desbordante de la capacidad que el ser humano desarrolla frente a la adversidad. Se trata de un aspecto asociado a la dignidad de las personas (art. 1º C. Pol.).

Ahora bien, la adopción de normas como las que se analizan, atañe al nuevo criterio de igualdad que se construye, el cual resulta de relevancia para el derecho público y que desemboca en la Constitución de 1991. Así, en el artículo 13 de la Carta Política se advierten los siguientes rasgos:

- a. La igualdad abstracta ante la ley de forma tal que, por una parte, se reconoce que todas las personas “nacen” libres e iguales ante esta y, por ende, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y de gozar de los mismos derechos, libertades y oportunidades. La sustancia de esta consagración consiste en no admitir discriminación alguna por razones de “sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política y filosófica”. Se trata de una enunciación que tolera otras razones.
- b. Una de las facetas que atenúa esa igualdad abstracta, en su inciso segundo, representada en la existencia de grupos **discriminados o marginados**. Frente a ellos, el Estado debe promover una igualdad que sea real y efectiva, equilibradora.
- c. El inciso tercero acentúa el carácter pregonado en el segundo. Además de promover que la igualdad sea real y efectiva, el Estado debe proteger especialmente a aquellas personas “que por su condición económica, física o mental, se encuentran en circunstancias de **debilidad manifiesta**”. Deberá, además, sancionar los abusos o maltratos que se cometan contra estas personas.

Se puede apreciar un desarrollo de estos preceptos en los artículos 19 (igualdad religiosa), 42 (igualdad en las relaciones de pareja, de las diversas clases de familia en la sociedad y de los hijos), 43 (igualdad entre la mujer y el hombre), 53 (de oportunidades en el trabajo), 70 (de las expresiones culturales) o, 356 y 357 (para extenderse a temas económicos en donde existe un criterio redistributivo a nivel regional en el sistema general de participaciones). Naturalmente, la conducta de la administración debe también ceñirse a los principios de la función pública (art. 209) y las relaciones exteriores deben estar enmarcadas en ese marco como un reconocimiento de soberanía nacional (227). Tales provisiones vienen acompañadas

² El Sonido y la Furia, diría William Faulkner.

³ Son conocidos los casos del gran Ludwig van Beethoven y del célebre pintor Francisco de Goya y Lucientes.

⁴ En el campo de la ciencia, por ejemplo, se cuenta el caso de Thomas Alva Edison.

con el esquema de diferenciación en el trato en virtud de una condición especial, tal y como acontece con los pueblos indígenas (art. 7º), la mujer cabeza de familia (art. 43), los niños (art.44), las personas de la tercera edad o adultos mayores (art. 46), las personas en situación de discapacidad (art. 47), *inter alia*.

Por ello, debe reiterarse que el trato igual no significa igualitarismo⁵. Si existe una razón que avale un determinado comportamiento del legislador, ésta debe ser respetada en función de la lógica que de ella misma se desprende y la axiología que de tal reconocimiento se deriva.

Desde luego, la acción afirmativa debe analizarse en función de la proporcionalidad. En principio y como se ha indicado *ut supra*, el artículo 13 constitucional admite diferenciaciones siempre que estas resulten razonables y proporcionales, máxime si las mismas tienen una fuente constitucional propia, tal y como acontece en el caso de las personas con discapacidad.

2.2. Elementos normativos

En materia regulatoria, resulta conducente hacer alusión, entre otras, a las siguientes normas tendientes a mejorar la condición de las personas con discapacidad:

- i. Ley 12 de 1987: *“Por la cual se suprimen algunas barreras arquitectónicas y se dictan otras disposiciones”*.
- ii. Ley 82 de 1988: *“Por medio de la cual se aprueba el Convenio 159 sobre la readaptación profesional y el empleo de personas inválidas, adoptado por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo en su 69ª reunión, Ginebra, 1983”*.
- iii. Ley 105 de 1993: *“Por la cual se dictan disposiciones básicas sobre el transporte, se redistribuyen competencias y recursos entre la Nación y las Entidades Territoriales, se reglamenta la planeación en el sector transporte y se dictan otras disposiciones”*.
- iv. Ley 115 de 1994: *“Por la cual se expide la Ley General de Educación”*.

⁵ Este ha sido el criterio de la Corte Constitucional a partir de la sentencia C-221 de 1992, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

- v. Ley 324 de 1996: *“Por la cual se crean algunas normas a favor de la población sorda”*. Debe resaltarse el artículo 6° de esta última, que dispone:

[...] El Estado garantizará que en forma progresiva en instituciones educativas y formales y no formales, se creen diferentes instancias de estudio, acción y seguimiento que ofrezcan apoyo técnico – pedagógico, para esta población, con el fin de asegurar la atención especializada para la integración de estos alumnos en igualdad de condiciones [...]

- vi. Ley 361 de 1997: *“Por la cual se establecen mecanismos de integración social de la personas con limitación y se dictan otras disposiciones”*. Sobre esta norma es pertinente indicar que su propósito tiene que ver con la inclusión, tratamiento equitativo, prevención de la discriminación y apoyo a las personas con discapacidad, involucrando a todas las Ramas del Poder Público, haciendo énfasis en los cuidados médicos y psicológicos, habilitación y rehabilitación, educación, integración laboral y la garantía de los derechos fundamentales, económicos, sociales y culturales.
- vii. Ley 397 de 1997, artículo 1° numeral 13, sobre la protección especial y participación de la población con discapacidad en la formulación de la política cultural.
- viii. Ley 762 de 2002: *“Por medio de la cual se aprueba la «Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad», suscrita en la ciudad de Guatemala, Guatemala, el siete (7) de junio de mil novecientos noventa y nueve (1999)”*. Las disposiciones de la Convención tienen como finalidad prevenir y eliminar toda forma de discriminación contra las personas con discapacidad y propiciar su plena integración social.
- ix. Ley 982 de 2005: *“Por la cual se establecen normas tendientes a la equiparación de oportunidades para las personas sordas y sordociegas y se dictan otras disposiciones”*. Esta norma señala en su artículo 8° la incorporación paulatina de servicios de intérpretes y guías intérpretes para personas sordas y sordociegas en los programas de atención al cliente en entidades estatales.
- x. Ley 1083 de 2006: *“Por medio de la cual se establecen algunas normas sobre planeación urbana sostenible y se dictan otras disposiciones”*. Esta Ley contempla

garantías de accesibilidad para menores y personas que presenten algún tipo de discapacidad, a saber:

Artículo 3º. Con el fin de garantizar la accesibilidad de todas las personas a las redes de movilidad y transitar por las mismas en condiciones adecuadas, en especial a las niñas, niños y personas que presenten algún tipo de discapacidad, las vías públicas que se construyan al interior del perímetro urbano a partir de la vigencia de esta ley, deben contemplar la construcción de la totalidad de los elementos del perfil vial, en especial, las calzadas, los separadores, los andenes, los sardineles, las zonas verdes y demás elementos que lo conforman, según lo establezca el Plan de Ordenamiento Territorial del municipio o distrito y el Plan de Movilidad Propuesto [...].

- xi. Ley 1098 de 2006: *“Por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia”*, en el artículo 36, enuncia los derechos de los niños, niñas y adolescentes con discapacidad.
- xii. Ley 1145 de 2007: *“Por medio de la cual se organiza el Sistema Nacional de Discapacidad y se dictan otras disposiciones”*. En su artículo 1º estipula:

[...] Las normas consagradas en la presente ley, tienen por objeto impulsar la formulación e implementación de la política pública en discapacidad, en forma coordinada entre las entidades públicas del orden nacional, regional y local, las organizaciones de personas con y en situación de discapacidad y la sociedad civil, con el fin de promocionar y garantizar sus derechos fundamentales, en el marco de los Derechos Humanos [...]

- xiii. Ley 1275 de 2009: *“Por medio de la cual se establecen lineamientos de Política Pública Nacional para las personas que presentan enanismo y se dictan otras disposiciones”*.

Artículo 1º. Objeto. La presente ley tiene por objeto declarar como personas en condición de discapacidad a las personas que presentan enanismo y establecer lineamientos de política pública nacional, con el fin de promover la inclusión social, el bienestar y desarrollo integral de las personas que lo presentan, garantizar el ejercicio pleno y efectivo de sus Derechos Humanos y crear las bases e instrumentos que les permitan participar de manera equitativa en la vida económica, cultural, laboral, deportiva, política, social, educativa del país.

Parágrafo. Las personas que presentan enanismo, gozarán de los mismos beneficios y garantías contempladas en las leyes vigentes, otorgadas a favor de la población en condición de discapacidad.

- xiv. Ley 1346 de 2009: *“Por medio de la cual se aprueba la «Convención sobre los Derechos de las personas con Discapacidad», adoptada por la Asamblea General*

de la Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006”. En dicha norma se determina, entre otros aspectos de relevancia, lo siguiente:

[...] 2. Los Estados Partes también adoptarán todas las medidas pertinentes para impedir cualquier forma de explotación, violencia y abuso asegurando, entre otras cosas, que existan formas adecuadas de asistencia y apoyo que tengan en cuenta el género y la edad para las personas con discapacidad y sus familiares y cuidadores, incluso proporcionando información y educación sobre la manera de prevenir, reconocer y denunciar los casos de explotación, violencia y abuso. Los Estados Partes asegurarán que los servicios de protección tengan en cuenta la edad, el género y la discapacidad [...]

- xv. La Ley Estatutaria 1618 de 2013: *“Por medio de la cual se establecen las disposiciones para garantizar el pleno ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad”*, a su turno, dispone:

Artículo 8°. Acompañamiento a las Familias. Las medidas de inclusión de las personas con discapacidad adoptarán la estrategia de Rehabilitación Basada en la Comunidad (RBC) integrando a sus familias y a su comunidad en todos los campos de la actividad humana, en especial a las familias de bajos recursos, y a las familias de las personas con mayor riesgo de exclusión por su grado de discapacidad, en concordancia con el artículo 23 de Ley 1346 de 2009, para lo cual se adoptarán las siguientes medidas:

[...] 2. Las entidades nacionales, departamentales, municipales, distritales y locales competentes, así como el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), deberán establecer programas de apoyo y acompañamiento a las familias de las personas con discapacidad, que debe articularse con otras estrategias de inclusión, desarrollo social y de superación de la pobreza.

3. El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), o el ente que haga sus veces, deberá establecer programas de apoyo y formación a los cuidadores, relacionados con el cuidado de las personas con discapacidad, en alianza con el SENA y demás instancias que integran el sistema nacional de discapacidad.

4. Implementar estrategias de apoyo y fortalecimiento a familias y cuidadores con y en situación de discapacidad para su adecuada atención, promoviendo el desarrollo de programas y espacios de atención para las personas que asumen este compromiso [...]

- xvi. Ley Estatutaria 1751 de 2015: *“Por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones”*, la cual, entre otros aspectos relevantes, prevé:

Artículo 11. Sujetos de especial protección. La atención de niños, niñas y adolescentes, mujeres en estado de embarazo, desplazados, víctimas de violencia y del conflicto armado,

la población adulta mayor, personas que sufren de enfermedades huérfanas y personas en condición de discapacidad, gozarán de especial protección por parte del Estado. Su atención en salud no estará limitada por ningún tipo de restricción administrativa o económica. Las instituciones que hagan parte del sector salud deberán definir procesos de atención intersectoriales e interdisciplinarios que le garanticen las mejores condiciones de atención [...].

xvii. Recientemente, la Ley 2266 de 2022: *“Por medio de la cual se garantiza el acceso al bastón blanco para las personas con discapacidad visual como una tecnología esencial para la movilidad, la salud y el bienestar integral, de acuerdo con la convención sobre los derechos de las personas con discapacidad ratificada por Colombia mediante la Ley 1346 de 2009”*.

Como se puede advertir, existe una regulación consistente que se ha desarrollado intensivamente desde los 90's, tendiente a proteger a ese sector de la población en los diversos ámbitos en que se desenvuelven, a saber:

- Accesibilidad.
- Protección laboral.
- Seguridad social, pensiones y salud.
- Educación.
- Participación.
- Protección a los menores con discapacidad.
- Formulación de una política pública en la materia.

Igualmente, no puede pasarse por alto lo indicado en la sentencia C-458 de 2015 que, en materia de situación de discapacidad y lenguaje, precisó lo siguiente:

[...] 52. Aunque todas estas expresiones también hacen parte de subsistemas normativos que buscan la protección de los sujetos a los que hacen referencia, la Corte considera que el lenguaje utilizado sí atenta contra la dignidad humana y la igualdad, pues no se trata de palabras o frases que respondan a criterios definitorios de técnica jurídica; son solamente formas escogidas para referirse a ciertos sujetos o situaciones, opciones para designar que no son sensibles a los enfoques más respetuosos de la dignidad humana.

53. En efecto, la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, establece en su artículo 4º, numeral 1º literal b, que el Estado tiene la obligación de *“Tomar todas las medidas pertinentes, incluidas medidas legislativas, para modificar o derogar leyes, reglamentos, costumbres y prácticas existentes que constituyan discriminación contra las personas con discapacidad”*.

Los fragmentos acusados generan discriminación porque corresponden a un tipo de marginación sutil y silenciosa consistente en usar expresiones reduccionistas y que radican la discapacidad en el sujeto y no en la sociedad. Con ello, definen a los sujetos por una sola de sus características, que además no les es imputable a ellos, sino a una sociedad que no se ha adaptado a la diversidad funcional de ciertas personas.

No cabe ninguna duda del poder del lenguaje y más del lenguaje como forma en la que se manifiesta la legislación, que es un vehículo de construcción y preservación de estructuras sociales y culturales. Ese rol de las palabras explica que las normas demandadas puedan ser consideradas inconstitucionales por mantener tratos discriminatorios en sus vocablos. Cabe recordar que el mandato de abstención de tratos discriminatorios ostenta rango constitucional (art. 13 CP) y por tanto cualquier acto de este tipo –incluso cuando se expresa a través de la normativa– está proscrito [...]⁶.

En este orden, se puede afirmar que a través de esta normatividad y, naturalmente, la jurisprudencia constitucional se ha desarrollado una regulación integral en la materia, lo cual no obsta para que, mediante Acuerdos Internacionales, se fortalezcan y consoliden las medidas que además se integran al bloque de constitucionalidad (art. 93 C. Pol.) y, de esta manera, no quedan sujetas al vaivén o albur de enfoques, momentos o modas normativas y sin que las mismas se entiendan menguadas o aminoradas por las normas de determinado instrumento, toda vez que constituyen mínimos de protección. En conclusión, el Estado Social de Derecho, una de las construcciones más avanzadas del constitucionalismo moderno, es prolífico en mecanismos y herramientas que permiten, como lo ha expuesto el profesor Luigi Ferrajoli⁷, resguardar al más débil. Entre nosotros, el esquema garantista no es la excepción. Por el contrario, además de ser abundante, enfatiza en ciertos sectores de la población.

2.3. Observaciones específicas

Frente al articulado, es dable manifestar:

2.3.1. Sobre el artículo 2º, ámbito de aplicabilidad, es importante señalar que la Ley 1346 de 2009 acoge el término “persona con discapacidad” y no “persona en situación de discapacidad”, motivo por el que se debe adaptar la terminología correspondiente.

2.3.2. Sobre el artículo 5º, tendiente a modificar el artículo 28 de la Ley 909 de 2004, resulta conducente expresar que esta Cartera expidió la Resolución 1239 de 2022: “por

⁶ CORTE CONSTITUCIONAL, sent. C-458 de 2015, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

⁷ FERRAJOLI, LUIGI. DERECHOS Y GARANTÍAS. La Ley del Más Débil. Editorial Trotta, Madrid 2001.

la cual se dictan disposiciones en relación con el procedimiento de certificación de discapacidad y el Registro de Localización y Caracterización de Personas con Discapacidad". Acorde con lo dispuesto en el acto administrativo se tiene que el proceso de definición o certificación de una discapacidad no determina **"grados de discapacidad"** dado que esta condición es propia del ser humano. Cuando se convive con una discapacidad, esta es de carácter permanente, es decir, se tiene o no, de ahí que el certificado de discapacidad cuente con el **"Nivel de Dificultad en el Desempeño"**, el cual mide el grado de dificultad que la persona con discapacidad presenta en las áreas de cognición, movilidad, cuidado personal, relaciones, actividades de la vida diaria y participación.

Bajo esta perspectiva, se sugiere:

[...] b) Accesibilidad universal y compensación de desventajas. El Estado garantizará la participación a personas con discapacidad en la administración pública en términos de igualdad real a las personas que por condiciones físicas o sociales deban afrontar mayores barreras de acceso al empleo y a la función pública; y establecerá medidas diferenciales de oportunidad sin afectar el principio de igualdad y que tengan en cuenta el nivel de dificultad en el desempeño y las barreras que pueden enfrentar los diferentes tipos de discapacidad [...].

3. CONCLUSIÓN

Por las razones expuestas, continuar con el curso del proyecto de ley deviene conveniente. Esta Cartera estima que es un aporte relevante para el ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad de cara a su vinculación laboral en las entidades públicas. No obstante, acorde con la sección 2.3, se hacen observaciones sobre la concepción de discapacidad y el nivel de dificultad en el desempeño presente al momento de interactuar con el entorno, exteriorizando barreras que impidan la participación en procesos de selección.

En estos términos, se emite la posición del Ministerio de Salud y Protección Social en lo relativo a la iniciativa de la referencia. Frente a su contenido, es relevante tener en cuenta los pronunciamientos que a bien tengan expedir otras autoridades para las cuales el tema resulte sensible y comprenda ámbitos de su competencia.

Atentamente,

Atentamente,



GUILLERMO ALFONSO JARAMILLO MARTÍNEZ
Ministro de Salud y Protección Social