

Divergencia entre discapacidad e invalidez: análisis jurídico a dos categorías disímiles*

María Fernanda Paz Gil**
Ana María González Aristizábal***
María Fernanda Montoya Naranjo****

Recibido: 19 de enero de 2018 • Aprobado: 28 de mayo de 2018
<https://doi.org/10.22395/ojum.v17n34a4>

RESUMEN

La discapacidad es un concepto que a través de los años ha evolucionado y ha trascendido los diferentes modelos sociales y políticos de la historia, adquiriendo un tinte humano y protector que la concibe desde la perspectiva de la diversidad humana y no como una tragedia. Por otro lado, la invalidez atiende a un concepto legal propio de lo que el ordenamiento jurídico colombiano considera como un sistema integral de la seguridad social, concretamente, se adentra en la prestación de carácter contributivo llamada pensión de invalidez otorgada a quien posee una pérdida de capacidad laboral. Es por esto que el concepto de invalidez se hace insuficiente a la hora de reconocer el derecho fundamental a la seguridad social en términos constitucionales e internacionales, pues la protección debe ir dirigida directamente a la persona en situación de discapacidad y no a la invalidez puesto que se reduce el espectro de amparo o atención a estas personas.

Palabras clave: discapacidad; invalidez; seguridad social; pensión de invalidez.

* Artículo resultado de la investigación: *Pensiones y personas en condición de discapacidad en Colombia*, de la Universidad de Medellín que se encuentra finalizada.

** Abogada de la Universidad de Medellín; especialista en Derecho de la Seguridad Social de la Universidad de Antioquia; magíster en Derecho de la Universidad de Medellín. Investigadora principal del proyecto del que deriva este artículo y profesora investigadora de la Universidad de Medellín. Correo electrónico: mpaz@udem.edu.co

*** Auxiliar de investigación adscrita al proyecto del que deriva este artículo, estudiante de Derecho de la Universidad de Medellín. Correo: anamariagonzalez@outlook.com

**** Auxiliar de investigación adscrita al proyecto del que deriva este artículo, estudiante de Derecho de la Universidad de Medellín. Correo electrónico: mfernandamontoya@gmail.com

Divergence between disability and invalidity: legal analysis in two dissimilar categories

ABSTRACT

Disability is a concept that over the years has evolved and transcended the different social and political models of history, acquiring a human and protective tint that conceives it from the perspective of human diversity and not as a tragedy. On the other hand, disability follows a legal concept of what the Colombian legal system considers to be a comprehensive social security system, specifically, it goes into the contributory benefit called disability pension granted to those who have a loss of work capacity. This is why the concept of disability is insufficient when it comes to recognizing the fundamental right to social security in constitutional and international terms, since the protection must be directed directly to the person in a situation of disability and not to the disability since the spectrum of protection or attention to these persons is reduced.

Keywords: disability; invalidity; social security; disability pension.

Divergência entre incapacidade e invalidez: análise jurídica de duas categorias dissímeis

RESUMO

A incapacidade é um conceito que, ao longo dos anos, evoluiu e transcendeu os diferentes modelos sociais e políticos da história e que adquiriu um tom humano e protetor que a concebe a partir da perspectiva da diversidade humana e não como uma tragédia. Por outro lado, a invalidez atende a um conceito legal próprio do que o ordenamento jurídico colombiano considera um sistema integral da segurança social, concretamente, adentra na prestação de caráter contributivo chamada "pensão de invalidez", outorgada a quem sofre uma perda de capacidade laboral. É por isso que o conceito de invalidez faz-se insuficiente na hora de reconhecer o direito fundamental à segurança social em termos constitucionais e internacionais, pois a proteção deve ser dirigida diretamente à pessoa em situação de incapacidade e não à invalidez, visto que o espectro de amparo ou atenção a essas pessoas se reduz.

Palavras-chave: incapacidade; invalidez; segurança social; pensão de invalidez.

INTRODUCCIÓN

La discapacidad es, sin lugar a dudas, un concepto que ha adoptado su caracterización o significado conforme a las diferentes situaciones coyunturales en las que se ha desarrollado, es decir, se ha visto altamente influenciado por múltiples transformaciones sociales, políticas, jurídicas y legislativas, las cuales han forzado su inminente y constante evolución semántica.

Este vertiginoso avance en materia conceptual, ha permitido la implementación de una protección especial a las personas en situación de discapacidad, la cual no ha sido ajena al ordenamiento jurídico colombiano, que, concretamente en su Constitución Política, ha planteado el preferente tratamiento a otorgar a tales sujetos que por su condición económica, física o mental se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta.

A lo anterior, se suma la ratificación del Estado colombiano, mediante la Ley 1346 del 2009 de la *Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad* (CDPD) la cual trajo consigo la expedición de la Ley estatutaria 1618 de 2013 y que, a su vez, amplió las herramientas jurídicas integrantes del Bloque de constitucionalidad, reafirmando la visión social y humana que se ha implementado y en la que se concibe la discapacidad como una expresión de la pluralidad y no como una acepción de minusvalía, enfermedad o trastorno.

Por otro lado, y sin restarle importancia, se plantea la existencia de un Sistema

de Seguridad Social Integral (SSSI), cuyo origen encontró como causa inmediata y directa la salvaguarda de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC), empleando instrumentos de carácter prestacional que atienden las diferentes contingencias que se pueden experimentar en los campos de la salud, los riesgos laborales y la pensión, y que de manera concomitante anula barreras de inclusión social para las personas en situación de discapacidad, pues a través de este sistema se otorga a los beneficiarios del mismo los medios de carácter económico con el objeto de mejorar su calidad de vida y permitir que estos costeen los gastos que su situación podría implicar, tal como la pensión de invalidez, la cual responde especialmente al tema que convoca este texto.

Pese a que el ordenamiento jurídico colombiano contempla políticas y programas tendientes a eliminar las barreras existentes en pro de la inclusión social y el desarrollo íntegro de las personas en situación de discapacidad, tales medidas no son suficientes ni eficaces para lograr la concreción de sus derechos. A partir del planteamiento anterior se ubica el problema a desarrollar en este artículo: las categorías invalidez y discapacidad se confunden, propiciando así la desprotección que afrontan las personas en situación de discapacidad desde su nacimiento, en tanto nuestra investigación ha evidenciado que, pese a existir un sistema que consagra la pensión de invalidez de origen común, quienes nacen en situación de discapacidad no cumplen con los requisitos legales para acceder a ella.

Discapacidad e invalidez no se encuadran en la misma categoría jurídica, no son sinónimos, no son antónimos, son dos conceptos independientes que encuentran su fuente en escenarios jurídicos diversos y que errónea y reiteradamente se confunden entre sí.

Dicho esto, la estructura propuesta para el escrito empieza por una exposición de las diversas acepciones conceptuales de las que han sido objeto las categorías de invalidez y discapacidad, posteriormente se abordarán con detalle los antecedentes legales y jurisprudenciales que integran estos conceptos, para plantear con exactitud las diferencias que existen entre los mismos, dando cuenta del vacío legislativo que aqueja a aquella obligación estatal respecto a la cual se estructura la implementación de medidas tendientes a la inclusión social de las personas en situación de discapacidad y que excluyen o vulneran cierto grupo poblacional que pese a encontrarse en situación de discapacidad, cualquiera sea su origen, no se hace acreedora de la prestación económica denominada pensión de invalidez.

El paradigma de investigación desarrollado por este proyecto fue analítico-explicativo, dado que se revisaron los estudios sobre discapacidad e identificaron los aspectos legislativos y doctrinales que favorecen la confusión conceptual entre invalidez y discapacidad. Por su parte, el tipo de investigación fue documental-explicativa atendiendo a que indagó más allá de la descripción del fenómeno.

La presente estructura da por sentado el derrotero metodológico del escrito que

se desarrolla, el cual examina y sintetiza diversas posturas y planteamientos tanto teóricos como prácticos de la discapacidad y la invalidez, logrado a través del análisis de directrices, medidas y orientaciones conceptuales expedidas por los diferentes órganos judiciales y legislativos y por autores nacionales e internacionales.

1. DESARROLLO CONCEPTUAL DE LA INVALIDEZ Y LA DISCAPACIDAD

Si nos concentramos en el desarrollo conceptual que han experimentado a lo largo del tiempo las categorías jurídicas de invalidez y discapacidad, se pueden observar muy diversos enfoques coyunturales e históricos. Por ende, es menester traer a colación las intervenciones realizadas desde la perspectiva del modelo rehabilitador y definir la discapacidad desde un origen científico, estableciendo que las personas con discapacidad ya no son consideradas inútiles o innecesarias, pero siempre en la medida en que sean rehabilitadas (Palacios y Bariffi, 2007).

Desplazando el anterior planteamiento, se propone el modelo social adhiriendo los derechos humanos como fundamento de este tópico, es decir, se considera que las causas que dan origen a la discapacidad no son ni religiosas, ni científicas, sino que son preponderantemente sociales y que las personas con discapacidad pueden aportar a las necesidades de la comunidad en igual medida que el resto de personas (Palacios y Bariffi, 2007).

Dado que este texto acoge la postura propia del modelo social, es importante advertir que la noción de discapacidad traspasa las fronteras tendientes a evaluarla desde la condición de salud de la persona y desde concepciones médicas y científicas y, más bien, enfatiza en el entorno social y el contexto en el que tales personas se desenvuelven, lo que permite anular las barreras sociales, físicas y culturales que las aquejan y que limitan su participación activa en sociedad y que por ende, configuran una situación de exclusión y vulneración de derechos que impide la inclusión de estas personas en la comunidad. Es por lo anterior que J. Morris (1999) citado por Barnes (2009), narró esta posición jurídica y social de la siguiente manera:

La imposibilidad de caminar es una deficiencia, mientras que la imposibilidad de entrar en un edificio, puesto que hay que subir una escalera hasta la entrada es una discapacidad. La imposibilidad de hablar es una deficiencia, pero la imposibilidad de comunicarse, puesto que no existe el apoyo técnico apropiado, es una discapacidad. La imposibilidad de mover el cuerpo es una deficiencia, pero la imposibilidad de levantarse de la cama, puesto que no existe la atención física apropiada, es una discapacidad. (p.111).

Ahora bien, resulta importante enfatizar el rol o papel garantista que debe adoptar el Estado a través de sus actuaciones, en procura de salvaguardar los derechos de las personas en situación de discapacidad, mediante el desarrollo e implementación de medidas y estrategias de diseño

y aplicación universal, así como de ajustes razonables atinentes a modificaciones y adaptaciones que equilibren y reduzcan las cargas desproporcionadas o indebidas impuestas a estos sujetos, junto con acciones afirmativas direccionadas, no solo al mejoramiento de la calidad de vida de las personas en situación de discapacidad sino también en pro de la abolición de todos aquellos impedimentos que recrudecen su situación de vulnerabilidad (Corte Constitucional, Sentencia T-933, 2013).

El Estado debe potencializar a gran escala las fortalezas y habilidades que poseen las personas con discapacidad y a su vez, debe resguardar y afianzar la autonomía y la independencia de tales sujetos, refiriéndose a ellos como el centro y causa inmediata y directa de todas las decisiones que les afectan. La discapacidad debe estructurarse en el ordenamiento jurídico colombiano como una categoría que, si bien requiere una protección especial por parte de las instituciones estatales y que debe ser permeada por tales en la defensa de los derechos humanos y la efectividad de los mismos, también debe direccionarse a que quien se encuentre en tal situación pueda emplear la eventual productividad residual que posee para satisfacer sus propias necesidades (Cuenca, 2011).

En concordancia con lo anterior, Gómez Acosta (2007) planteó que el concepto de discapacidad incluye factores contextuales socioeconómicos, además de los tradicionalmente vinculados, que inciden en el funcionamiento del individuo y, por tanto, afectan su proceso de participación y

bienestar personal. Los aspectos de bienestar y calidad de vida proporcionan una guía en el desarrollo de acciones sociales para las personas en situación de discapacidad, por tanto, partir de definiciones ampliadas, de igual forma amplía y aumenta las opciones de respuesta social para cubrir las necesidades de los individuos.

En definitiva, las personas en situación de discapacidad son sujetos de especial protección por parte del Estado y de la sociedad en general, con el fin de alcanzar la plena inclusión de los mismos en la sociedad, por lo que se debe facilitar con efectividad y dinamismo el ejercicio de los derechos de este sector de la población. Siendo así las cosas, y analizando la discapacidad desde el Bloque de constitucionalidad y el orden legal, se refiere a "aquellas personas con deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, que al interactuar con diversas barreras pueden ver afectada su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás" (Corte Constitucional, Sentencia C-606, 2012).

Es importante tener en cuenta que la discapacidad no es un concepto unívoco y, por ende, no se reduce a un componente unitario o a una categoría con un único elemento, sino que se compone de un conglomerado de factores que hacen de esta una noción de carácter heterogénea e integral y que en ocasiones se confunde con otro concepto llamado invalidez.

Por otra parte, y con igual relevancia se encuentra la categoría jurídica de invalidez, la cual se enmarca de manera directa

en la legislación colombiana, es decir, es parte integrante y fundamental del Sistema de Seguridad Social Integral que rige en esta materia y que atiende las diferentes contingencias que se experimentan en el ámbito de la salud, de la pensión y los riesgos laborales. El concepto de invalidez se justifica en el otorgamiento de una prestación asistencial y económica a quien posea 50 semanas cotizadas dentro de los últimos tres años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración de su pérdida de capacidad laboral de acuerdo a lo estipulado por la Ley 860 del 2003, esta prestación le permite, a quien se hace acreedora de ella, cubrir sus necesidades de subsistencia.

Así mismo, se debe traer a consideración lo expresado por el Primer Tribunal Colegiado en Materia de Trabajo del Primer Circuito de México (2000), el cual considera que "la invalidez es un estado físico que se traduce en la pérdida de la capacidad de trabajo, debido a una disminución notable de la salud en la persona, ocasionada por una enfermedad de tipo general, o accidentes no profesionales".

Por lo tanto, se estructura una relación simbiótica entre la invalidez vista como la pérdida de capacidad laboral y la pensión de invalidez como subvención que cobija a quienes, según la normativa aplicable, son considerados inválidos, esto es, la legislación colombiana en asuntos de seguridad social plantea la invalidez ligada exclusivamente a la posibilidad de acceder a una prestación económica atendiendo a los requisitos legales establecidos para tal fin, es decir, se vislumbra como la acre-

ditación de aspectos netamente formales y no como un análisis de las condiciones particulares de cada caso concreto.

En respuesta a lo anterior, la Corte Constitucional en Sentencia T-002A de 2017 ha afirmado lo siguiente:

La jurisprudencia ha reconocido la pensión de invalidez como el derecho de aquellos cuya capacidad laboral se ha visto disminuida de obtener el pago de una compensación económica, la cual se les entrega con el fin de salvaguardar sus necesidades básicas y solventar la vida en condiciones dignas. En concreto, este Tribunal ha definido la pensión de invalidez como 'una prestación destinada a proteger los riesgos o contingencias que provocan estados de incapacidad, con cargo al sistema de seguridad social, de acuerdo con las directrices del Estado y con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad previstos en la Carta Política'.

Quiere decir, entonces, que la invalidez en el contexto colombiano se encuentra relegada al cumplimiento de supuestos legales que, más que responder a la necesidad de proteger a la persona en situación de discapacidad, cobija o salvaguarda en su liquidez monetaria a aquel que ha experimentado una pérdida de capacidad laboral, exigiendo la acreditación de ciertos elementos que en ocasiones escapan a las posibilidades fácticas de realización.

La invalidez como concepto jurídico implica la remisión necesaria y obligatoria al Decreto 1507 del 2014, normativa que ratifica la premisa cardinal de este texto,

la cual plantea la clara diferencia entre las categorías de invalidez y discapacidad pues en tal elemento legislativo se excluye de manera expresa a las personas en situación de discapacidad, a quienes se les deberá aplicar de manera singular y concreta un manual específico creado con dicha finalidad.

Siendo así las cosas, y complementando el desarrollo conceptual que convoca este acápite, es importante incluir el análisis crítico de la discapacidad, pues el mismo otorga una visión amplia y panorámica, no solo del contexto social en el que se desenvuelve esta situación, sino también de aquellas estrategias y medidas afirmativas que se planteen en procura de salvaguardar los derechos de estas personas. Esto es, se prescinde de visiones excluyentes, discriminatorias u opresivas y se otorga a la persona en condición de discapacidad plena inclusión en el modelo social, político y cultural al que pertenece (Harvey, 1998).

De manera conclusiva, se afirma que, tanto discapacidad como invalidez entendidos desde la perspectiva conceptual o semántica, atañen a orígenes o fundamentos disímiles, ya que cada uno de estos se desarrolla en escenarios jurídicos diferentes por lo que es absurda su equivalencia.

2. MARCO NORMATIVO DE LA DISCAPACIDAD Y LA INVALIDEZ EN COLOMBIA

El ordenamiento jurídico colombiano ha desarrollado en sus instituciones diferentes planteamientos en torno a los concep-

tos de discapacidad e invalidez, los mismos incluyen creaciones legislativas, atraviesan nociones jurisprudenciales y desembocan en análisis doctrinarios como se mencionó en el segmento anterior.

Es por lo anterior, que se hace necesario abordar dichos antecedentes, segregando los mismos conforme al orden anteriormente descrito, es decir, partiendo de las herramientas legislativas que rigen el tópico que nos convoca, y teniendo como punto de referencia el mandato constitucional que ordena especial protección a la persona en situación de discapacidad.

En este orden de ideas, debe hacerse alusión a que Colombia, revestida por su rol de Estado garantista y protector de los derechos humanos, y tras suscribir instrumentos internacionales vinculantes, tales como la *Declaración universal de los derechos humanos* (1948) y el *Pacto internacional de los derechos económicos, sociales y culturales* de 1966 (también Pidesc), adquiere obligaciones de índole internacional tendientes a asegurar a cada persona su derecho a la seguridad social y a propender por la plena satisfacción de todos los derechos allí consagrados. Para nuestro cometido, se debe resaltar el deber a cargo de los Estados suscriptores del Pidesc de implementación o adopción de medidas legislativas de carácter progresivo que promuevan la efectividad y el desarrollo de los derechos económicos, sociales y culturales que se tratan en la misma, excluyendo actuaciones discriminatorias y opresivas.

Sumado a lo anterior, es menester invocar las observaciones generales que atañen

a este texto, relacionadas al Pidesc, las cuales son la *Observación general número 5* que aborda los derechos de las personas en situación de discapacidad y la *Observación general número 19* que trata sobre el derecho a la seguridad social. En la primera, se hace hincapié en que estas personas, cuya condición se ostenta de nacimiento, deben recibir por parte del Estado una protección especial en su derecho a la seguridad social y al seguro social mediante herramientas y medidas afirmativas, que les permitan asegurar no solo un ingreso económico adecuado para sufragar sus gastos, sino también dirigido a la disminución de barreras contextuales, sociales y estructurales. En la segunda, se estructura el derecho a la seguridad social enfocado en la creación de un sistema que proteja eventualidades y riesgos propios del desarrollo de la vida humana, encuadrándolos como foco de especial tratamiento (Paz, 2017).

Por su parte, la Constitución Política de 1991 en su artículo 13 consagra en favor de los grupos discriminados y de personas en situaciones físicas o psíquicas de debilidad manifiesta, medidas afirmativas y razonables que garanticen y permeen todos sus ámbitos y esferas, es decir, que les permitan lograr una participación activa en la sociedad, esto con el fin de lograr una igualdad real y efectiva. Encontramos además en los artículos 48, 47 y 54 de la Constitución el derecho irrenunciable a la seguridad social del cual deben gozar todos los habitantes sin exclusión alguna; la obligación de implementar políticas de rehabilitación, prevención e integración social para quienes poseen factores o

patologías físicas, sensoriales o psíquicas, frente a las cuales se requiera una atención especializada y el mandato de promoción que debe enmarcar las actuaciones estatales a la hora de garantizar a las personas en situación de discapacidad una inclusión laboral plena en condiciones de salud.

En respuesta a todas aquellas obligaciones de carácter internacional y constitucional y ante la latente necesidad de corregir y optimizar un sistema de seguridad social con múltiples deficiencias y, además precario para un Estado social de derecho, se somete a trámite legislativo una iniciativa enfocada en la corrección de tal carencia, lo que conllevó a la expedición de la Ley 100 de 1993, que a su vez dio paso al Sistema de Seguridad Social Integral compuesto por tres subsistemas que abarcan pensión, salud y riesgos laborales; este análisis se ubica en el subsistema pensional colombiano, el cual está direccionado a proteger varios riesgos o contingencias, es decir, la vejez, la invalidez y la muerte; instituyéndose para cada uno de estos prestaciones económicas que los amparan.

En lo que nos interesa, es decir, frente al concepto de invalidez, la Ley 100 de 1993 en su artículo 39, modificado por el artículo 1 de la Ley 860 del 2003, estableció una prestación de carácter económico en reemplazo del medio de subsistencia llamado salario en favor de quien acredite por lo menos 50 semanas cotizadas dentro de los 3 años anteriores a la fecha de estructuración de su pérdida de capacidad laboral, la cual debe

ser igual o superior al 50%. Esto es, para hacerse acreedor de una pensión de invalidez, deben reunirse requisitos de orden formal y legal tales como un dictamen que certifique el porcentaje anteriormente descrito y una densidad mínima de aportes al sistema pensional.

Lo anterior evidencia el arraigo normativo de la Ley 100 de 1993 con el antiguo y retrógrado enfoque médico rehabilitador que plantea el asistencialismo en favor de las personas en situación de discapacidad; esto, a todas luces denota la necesidad de transformar dicha perspectiva en un enfoque social de derechos humanos, cuyo foco de atención deben ser las barreras sociales y contextuales que dificultan y obstaculizan la plena inclusión social y participación de las personas con discapacidad.

Ahora bien, la Ley 100 de 1993, como precursora del sistema integral de seguridad social es complementada por la Ley 962 del 2005 y por el Decreto 019 del 2012 en sus artículos 52 y 142 respectivamente, estos prescriben con claridad el procedimiento a tratar respecto a la obtención del dictamen de pérdida de capacidad laboral que se adujo con anterioridad.

3. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL A LA DISCAPACIDAD

Retomando las obligaciones de carácter internacional, y para continuar en orden cronológico que dé cuenta de la evolución en esta materia, se encuentra que la Ley 1346 del 2009 mediante la cual el

Estado colombiano ratifica la *Convención de los derechos de las personas con discapacidad*, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006, introdujo al Bloque de constitucionalidad una visión social e incluyente de la discapacidad, vista ahora desde una perspectiva humana y enfocada mayormente en el otorgamiento de derechos y garantías que posibiliten y concreten una participación plena y activa de las personas con discapacidad en la sociedad, se superan así estigmas de índole histórico y contextual en los que se percibe su situación como deficiencia física o médica que margina y segrega a quien las posee, aniquilando su posibilidad de participar en una vida laboral productiva.

Como consecuencia de lo anterior, se expide en Colombia la Ley estatutaria 1618 de 2013 que desarrolla el articulado de la Constitución protector los derechos de las personas con discapacidad. Esta ley instituye medidas de inclusión, acciones afirmativas y ajustes razonables que promueven y garantizan el ejercicio efectivo de sus derechos y que eliminan a su vez toda forma de discriminación por dicha causa, generando en sí misma un encuadramiento global que permea todas las actuaciones estatales y que de la misma manera constituye un tema primario a tratar en todas las esferas del ordenamiento jurídico colombiano.

Dicha normativa especial introduce, junto con la *Convención de los derechos de las personas con discapacidad*, el modelo social que aborda la discapacidad como anteriormente se adujo y la concibe de tal

manera que la misma no representa un obstáculo sino una alternativa diversa de desarrollo y realización personal e interna, siendo esto una proyección de índole social en la que se prescinde del enfoque médico o patológico de la discapacidad y se vislumbra como la consecuencia de inconmensurables barreras u obstáculos del entorno que reducen una inclusión plena y efectiva (Corte Constitucional, Auto 006, 2009).

Por otra parte, y como adición a lo previamente expresado, se promulgó el Decreto 1507 del 2014, en el que se expide el *Manual único de la calificación de la pérdida de capacidad laboral y ocupacional*, y se plantea expresamente que el mismo no le es aplicable a quienes previamente se encuentren en situación de discapacidad, pues dicha circunstancia se debe medir con un manual específico creado para tal fin, la Resolución 583 de 2018 del Ministerio de Salud y Protección Social por la cual se implementa la certificación de discapacidad.

Como segunda propuesta para evaluar los antecedentes nacionales en esta materia, es pertinente poner de presente los múltiples lineamientos jurisprudenciales que se han impulsado conforme al transcurso del tiempo en procura de los derechos de las personas en situación de discapacidad. Para comenzar dicho análisis se mencionará la Sentencia T-397 de 2004 en la que se reiteran las obligaciones internacionales adquiridas por el Estado colombiano como consecuencia de la suscripción de múltiples instrumentos de esta misma índole, haciendo énfasis en el

modelo social del trato a la discapacidad de la siguiente manera:

Lo que es más, en no pocas instancias las personas con discapacidad son representadas socialmente como seres humanos "defectuosos", "incompletos", "inferiores", que "necesitan reparación" o son "dignos de compasión" —estereotipos injustos que se basan en el desconocimiento de las características, las causas y los componentes socioculturales de la noción misma de "discapacidad", así como del ideal de "normalidad" a la que aquella necesariamente se opone—. Tales limitaciones y barreras terminan por someter a las personas con discapacidad a existencias dependientes, segregadas y excluidas, que las condenan al paternalismo y la marginalidad, lo cual es inadmisibles en el marco de un Estado construido sobre la base del respeto por la dignidad humana; en esa medida, dichas barreras constituyen el ingrediente principal de la situación de "minusvalía" de una persona, es decir, del conjunto de carencias, incapacidades creadas y discriminaciones sutiles o manifiestas que se derivan, para la persona con discapacidad, de la interacción entre su condición individual y el medio social, cultural y económico en el cual se desenvuelve.

Siguiendo la misma línea de análisis jurisprudencial, la Sentencia T-1095 de 2004 postula la necesidad de lograr una igualdad real y efectiva mediante medidas y estrategias de diferente naturaleza que permitan eliminar la marginación de las

personas en situación de discapacidad, obstáculos que permean las estructuras sociales y culturales y que violentan los derechos de estas personas, lo cual a la luz del Estado social de derecho, resulta inadmisibles.

Reforzando el modelo social, se encuentra que en la Sentencia C-076 de 2006 se establece que las personas en situación de discapacidad deben ser visualizadas en el ordenamiento jurídico colombiano como sujetos de especial protección, quienes a su vez deben gozar de manera plena y efectiva de un amparo y salvaguarda fortalecido y de carácter global, planteado de esta manera:

En segundo término, el Estado debe adoptar medidas de diferenciación positiva que permitan que las personas que se encuentran en las circunstancias descritas puedan acceder, en igualdad de condiciones, al goce de sus derechos fundamentales. En este sentido, la Corte ha señalado que las personas que integran los grupos sensorial o físicamente desaventajados tienen derecho a una protección constitucional reforzada para lograr su plena inclusión social.

Siguiendo la misma línea, la Sentencia C-824 de 2011 promueve la eliminación de la discriminación y marginalidad hacia las personas en situación de discapacidad, recalcando que dichas circunstancias de debilidad, no deben influir en el ámbito laboral y productivo. Analizando aquellas actividades o manifestaciones excluyentes y segregativas, a saber:

(i) de un lado, toda acción que anule o restrinja los derechos, libertades y oportunidades de estas personas; y (ii) de otro lado, toda omisión injustificada respecto de las obligaciones de adoptar medidas afirmativas para garantizar los derechos de estas personas, lo cual aparece como consecuencia, la exclusión de un beneficio, ventaja u oportunidad, y por tanto constituye una discriminación.

Habiéndose destacado la evolución normativa y social que ha experimentado lo atinente a las personas en situación de discapacidad, es menester reconocer que sentencias como la C-147 de 2017, han permitido vencer visiones sesgadas y discriminatorias respecto a esta circunstancia de debilidad manifiesta, y por el contrario han visualizado la discapacidad como un problema social que surge a causa de la existencia de una sociedad en la que se desconoce la diferencia y la diversidad, es por esto, que se establece que es el mismo entorno el que debe adecuarse de manera efectiva y razonable a las especiales condiciones que poseen en las distintas esferas de la vida social, económica y cultural, las personas en situación de discapacidad (Corte Constitucional, Sentencia C-147, 2017).

Por su parte, la Sentencia T-190 de 2011 atiende su razonamiento al deber normativo que radica en el órgano legislativo respecto a la creación y expedición de todos aquellos derroteros jurídicos que deben regir frente a las personas en condición de discapacidad, buscando la superación de las circunstancias de mar-

ginalidad y exclusión de las que han sido sujetos, allí se afirma lo siguiente:

El Estado no puede negarse a adoptar las medidas de orden positivo orientadas a superar, en lo factible, esa situación de desigualdad y de desprotección.

De conformidad con lo anterior, el Estado debe normar las previsiones que permitan a personas en situaciones de debilidad manifiesta, en lo factible y razonable, superar su situación de desigualdad. Este deber de protección no sólo radica en las ramas legislativa y ejecutiva, sino también corresponde a los jueces, quienes han de adoptar medidas específicas de amparo, según las circunstancias de cada caso en concreto.

Se evidencia que la Corte Constitucional de Colombia ha experimentado una evolución sumamente considerable respecto al ámbito de protección que se les debe otorgar a las personas en situación de discapacidad bajo las premisas fundantes del Estado social de derecho, en tanto se vislumbran transformaciones en las cuales estas personas ven sus derechos humanos reconocidos, disfrutan de una participación activa en la sociedad y a su vez se eliminan progresivamente las barreras que impiden el goce efectivo y pleno de sus garantías, superando así, enfoques médicos de la discapacidad, según los cuales quien experimenta tal situación requiere de una rehabilitación integral y por el contrario nos ubicamos en la perspectiva humana en la cual lo verdaderamente relevante son sus derechos humanos y plenas garantías.

4. DIFERENCIAS CONCEPTUALES ENTRE DISCAPACIDAD E INVALIDEZ

Adentrándonos en el punto transversal de este escrito, y con el fin de corroborar lo anteriormente planteado, es menester afirmar que la invalidez vista en su máxima expresión tanto conceptual como práctica implica *per se* un uso discriminatorio y contrario al modelo social de derechos humanos, ya que dicho concepto se circunscribe netamente al otorgamiento de una prestación económica sustentada en una pérdida de capacidad laboral, dejando al margen distintas barreras sociales que las personas en situación de discapacidad experimentan.

Ahora bien, con el fin de dejar en evidencia el vacío legislativo existente en la materia, se resalta que la Corte Constitucional ha aceptado la disimilitud existente entre las categorías jurídicas de discapacidad e invalidez planteando lo siguiente en la Sentencia T-198 de 2006:

Se encuentra establecido que se presenta una clara diferencia entre los conceptos de discapacidad e invalidez. En efecto, podría afirmarse que la discapacidad es el género, mientras que la invalidez es la especie, y en consecuencia no siempre que existe discapacidad necesariamente nos encontramos frente a una persona inválida (sic). La invalidez sería el producto de una discapacidad severa.

En el mismo sentido, la Sentencia T-122 de 2010 indica:

La discapacidad, implica el padecimiento de una deficiencia física o mental que limite las normales facultades de un individuo, lo cual armoniza con las definiciones propuestas en la Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad. En éstas se habla, de manera idéntica, de 'persona impedida' y 'persona con discapacidad', respectivamente. La invalidez ha sido asumida en el contexto internacional como la reducción de la capacidad para el trabajo a consecuencia de limitaciones físicas o mentales debidamente probadas. Esta idea ha sido adoptada en el contexto jurídico nacional, que define a la invalidez como una pérdida que excede el 50% de la facultad para laboral (sic), lo que presupone la valoración de la merma.

Para ser aún más enfáticos y dar por sentido dicho precedente, la Sentencia T-933 de 2013, no solo plantea el contraste entre discapacidad e invalidez, sino que también recurre a aclarar que la discapacidad no es sinónimo de minusvalía, reiterando que esta surgió como producto de la deficiencia en la estructura del entorno físico y la organización social y que puede a su vez ser integrada al concepto de discapacidad, vista como un fracaso a la adaptación del entorno a las necesidades y carencias de las personas en esta situación. De la misma manera, mencionó que la diferencia existente entre invalidez y discapacidad radica en la normativa de la seguridad social, pues aquella está ligada al otorgamiento de una prestación de índole económica, reconocida en virtud de

la acreditación de requisitos exigidos en la ley, siendo esto simplemente una opción para las personas en situación de discapacidad, mas no representa certeza de inclusión y salvaguarda de sus derechos.

Así las cosas, es pertinente proponer que el ordenamiento jurídico colombiano, más que otorgar una prestación económica a favor de la persona en situación de discapacidad debe propender por la eliminación efectiva de todas aquellas barreras socioculturales que impiden y obstaculizan la participación activa y la inclusión de estas en la sociedad, junto con la creación de las condiciones necesarias y los ajustes razonables propios que faciliten el tratamiento igualitario e incluyente de dichas personas. A su vez, es necesario trasladar el centro de atención de dichas categorías a un enfoque humano y de derechos y, por ende, superar perspectivas asistencialistas que en lugar de proteger o salvaguardar los derechos de las personas en situación de discapacidad, se encargan de discriminar, extender y agravar las barreras que aquellos experimentan.

Sin embargo, este planteamiento no responde a la realidad del Estado colombiano pues se halla un escenario o segmento de desprotección que envuelve a aquellas personas en condición de discapacidad que nacen con la misma o la adquieren a temprana edad, impidiéndoles el desarrollo efectivo y real de su etapa productiva o laboral, ya que estas personas poseen como fecha de estructuración de la pérdida de capacidad laboral el momento de su nacimiento o una fecha anterior a su afiliación al sistema pensional, lo que des-

dibuja la estructura financiera del sistema y en protección del mismo los excluye tajantemente del beneficio o subvención económica llamada pensión de invalidez.

Se afirma entonces que cuando la discapacidad no confluye con la invalidez se genera un vacío legislativo referente a la protección y garantías de las cuales deben ser beneficiarias las personas en situación de discapacidad, pues surgiría la pregunta ¿qué prestación económica se le brinda a quien nace con una enfermedad congénita o degenerativa o adquiere la misma a una edad temprana y a causa de esto no puede ingresar al mercado laboral y por ende no introduce aportes al sistema? Y ¿cuál sería el ingreso económico propio que tendrían dichas personas en garantía a su derecho a la seguridad social?

En virtud de lo anterior, la Sentencia T-427 del 2012 complementa esta materia asegurando que si bien la pensión de invalidez cubre dicha contingencia, existe un caso excepcional referido a quien posee una enfermedad congénita, es decir, nace en condición de discapacidad o adquiere la misma a temprana edad, en el que tales circunstancias por sí mismas no son suficientes para acceder a una prestación de carácter económico, surgiendo en este caso una brecha de garantías y protección a quienes se ven inmersos en estos supuestos. De tal forma la Sentencia T-427 de 2012 dicta:

Las normas citadas no contemplan la forma de garantizarle este derecho a las personas que no han "perdido" su capacidad laboral, sino que nacieron con

una discapacidad y han laborado en actividades acordes con sus capacidades.

La Sala evidencia que respecto de las personas que han nacido con una discapacidad, el Sistema General de Pensiones aplica una lógica perversa, ya que, si la persona logra superar su diversidad funcional y realiza una actividad remunerada, está obligado a aportar al Sistema y ser solidario con la sociedad, pero, al momento de solicitar el reconocimiento de sus derechos pensionales, el Sistema lo excluye y le niega la protección de sus derechos. En este caso, se aplica una lógica que podría denominarse como "solidaridad a la inversa", ya que les exige a los sujetos más vulnerables que sean solidarios, pero cuando estos reclaman esa solidaridad por sus condiciones especiales, se les niegan sus derechos. Este caso evidencia una situación notoriamente inconstitucional, cuya solución merece una atención especial por parte del legislador.

Posteriormente, la Sentencia T-483 de 2014, responde en cierta medida a la laguna anteriormente establecida, proponiendo que la fecha de estructuración de la invalidez para quien posee una enfermedad crónica, congénita o degenerativa, y a su vez ha superado tales desavenencias físicas o funcionales, por lo que ha tenido una etapa productiva o laboral satisfactoria debe ser desde el momento de la pérdida permanente y definitiva de la capacidad laboral, esto es:

En aquellos casos en los que se deba establecer la fecha de estructuración de la pérdida de la capacidad laboral de una persona que sufra una enfermedad congénita, que tal padecimiento no le haya impedido ejercer actividades laborales remuneradas durante ciertos períodos de tiempo, la entidad encargada de realizar el dictamen de pérdida de la capacidad laboral deberá tener en cuenta que la fecha de estructuración corresponde a aquella en que el afiliado ve disminuidas sus destrezas físicas y mentales, en forma permanente y definitiva, en tal grado, que le impide desarrollar cualquier actividad económicamente productiva. Pues de lo contrario, se estaría poniendo en riesgo los derechos fundamentales al mínimo vital y a la seguridad social de sujetos en condiciones de debilidad manifiesta.

Sin embargo, tal adaptación no es suficiente para subsanar la laguna jurídica que acá se plantea, pues igualmente permanecerían en una posición incierta y de penumbra aquellos que no pueden desempeñar una actividad productiva o laboral como consecuencia de su situación física o psíquica adquirida de manera congénita, crónica o degenerativa o a una corta edad, esto es, se requiere igualmente una densidad mínima (semanas cotizadas al sistema pensional) para hacerse acreedor de la pensión de invalidez, dando esto cuenta, de que a este no se le otorga una subvención económica en virtud de su situación *per se*, sino partiendo de la base de que es un sujeto que participa activamente de labores económicas remuneradas.

CONCLUSIONES

Se plantea una notoria disparidad entre los fenómenos jurídicos de discapacidad e invalidez, la cual se fundamenta en los escenarios jurídicos en los que cada uno se desenvuelve, por lo que no es posible predicarse una sinonimia al respecto. Por un lado, la discapacidad vista desde la perspectiva del modelo social hace alusión de manera amplia a una condición propia de la diversidad humana que permea diferentes ámbitos en los que las personas se desenvuelven, esto es, hace referencia al cúmulo de barreras y obstáculos sociales, culturales y políticos a los que se enfrentan diariamente las personas en situación de discapacidad, por lo que nos ubicamos en el terreno de los acontecimientos cotidianos y habituales de la vida en los cuales se impide y dificulta una plena inclusión y participación en la sociedad. Por el contrario, la invalidez obedece a un fenómeno jurídico que encuentra ahínco en una pérdida de capacidad laboral de aquellas personas que hacen parte del sistema pensional y que a su vez están aseguradas o permeadas por este, es decir, este concepto responde a una prestación de carácter contributivo en el que se deben acreditar unos requisitos exigidos por la ley junto con un riesgo que conlleva a la pérdida de la prestación económica denominada salario.

Este escenario pone en evidencia la existencia del vacío legislativo que posee el ordenamiento jurídico colombiano, pues es claro que quien pierde su capacidad laboral es considerado a su vez una persona en situación de discapacidad,

pero que no todas estas ven aniquilada su capacidad productiva en actividades económicas remuneradas o simplemente, dada la magnitud de su situación, no poseen dicha capacidad laboral por lo que no pueden afiliarse o contribuir al sistema pensional. Es en este último caso donde se encuentra un panorama desolador en cuanto a la protección especial que debe brindarse a la persona en situación de discapacidad, pues hay una negación y exclusión total de aquellas personas que nacen en condición de discapacidad o que adquieren esta condición antes de iniciar su vida laboral ya que no gozan de un ingreso económico propio otorgado en virtud de la situación que experimentan vista en sí misma.

REFERENCIAS

- Barnes, C. (2009). *Un chiste "malo": ¿rehabilitar a las personas con discapacidad en una sociedad que discapacita? Visiones y revisiones de la discapacidad*. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica.
- Corte Constitucional. (2004). Sentencia T-1095 de noviembre 4. M.P. Cepeda Espinosa, M.
- Corte Constitucional. (2004). Sentencia T-397 de abril 29. M.P. Cepeda Espinosa, M.
- Corte Constitucional. (2006). Sentencia T-198 de marzo 16. M.P. Monroy Cabra, M.
- Corte Constitucional. (2007). Sentencia C-076 de febrero 7. M.P. Escobar Gil, R.
- Corte Constitucional. (2009). Auto 006. M.P. Cepeda Espinosa, J.
- Corte Constitucional. (2010). Sentencia T-122 de febrero 18. M.P. Sierra Porto, H.
- Corte Constitucional. (2011). Sentencia C-824 de noviembre 2. M.P. Vargas Silva, L.

- Corte Constitucional. (2011). Sentencia T-190 de marzo 17. M.P. Pinilla Pinilla, N. administrativos de los organismos y entidades del Estado y de los particulares que ejercen funciones públicas o prestan servicios públicos. Diario Oficial 46 023, Bogotá.
- Corte Constitucional. (2012). Sentencia C-606 de agosto 1. M.P. Guillén Arango, A.
- Corte Constitucional. (2012). Sentencia T-427 de junio 8. M.P. Calle Correa, M. Cuenca Gómez, P. (2011). *Derechos humanos y modelos de tratamiento de la discapacidad*. Universidad Carlos III de Madrid. Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas. Recuperado de https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/19335/derechos_cuenca_PTD_2011.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Corte Constitucional. (2013). Sentencia T-933 de abril 5. M.P. Pretelt Chaljub, J.
- Corte Constitucional. (2014). Sentencia T-483 de julio 9. M.P. Calle Correa, M.
- Corte Constitucional. (2017a). Sentencia C-147 de marzo 8. M.P. Ortiz Delgado, G. Gómez Acosta, C. A. y Cuervo Echeverri, C. (2007). *Conceptualización de discapacidad: reflexiones para Colombia*. Bogotá: Universidad Nacional.
- Corte Constitucional. (2017b). Sentencia T-002 A de enero 17. M.P. Palacio Palacio, J.
- Congreso de la República. (1993). Ley 100 por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial 41 148, Bogotá. Harvey, D. (1998). The body as an accumulation strategy. *Environment and Planning D Society and Space*, 16(4), 401-421.
- Congreso de la República. (2009). Ley 1346 por medio de la cual se aprueba la "Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad", adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006. Diario Oficial 47 427, Bogotá. Palacios, A. y Bariffi, F. (2007). *La discapacidad como una cuestión de derechos humanos: una aproximación a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Madrid: Grupo editorial Cinca.
- Congreso de la República. (2013). Ley 1618 por medio de la cual se establecen las disposiciones para garantizar el pleno ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad. Diario Oficial 48 717, Bogotá. Presidencia de la República. (2014). Decreto 1507 por el cual se expide el manual único para la calificación de la pérdida de la capacidad laboral y ocupacional de 2014. Diario Oficial 49 241, Bogotá.
- Congreso de la República. (2003). Ley 860 por la cual se reforman algunas disposiciones del Sistema General de Pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial 45 415, Bogotá. Presidencia de la República. (2012). Decreto 019 de enero 10 por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la administración pública. Diario Oficial 48 308, Bogotá.
- Congreso de la República. (2005). Ley 962 por la cual se dictan disposiciones sobre racionalización de trámites y procedimientos Presidencia de la República. (2017). Decreto de 2012 por el cual se adiciona un capítulo al título 13 de la parte 2 del libro 2 del Decreto 1833 de 2016, a efectos de reglamentar el numeral 4 del artículo 38-1 de la Ley 397 de

1997, y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial 48 308, Bogotá.

Paz Gil, M. F. (2017). *Pensiones y personas en condición de discapacidad Colombia*. Medellín: Sello Editorial Universidad de Medellín.

Tribunales Colegiados de Circuito. (s.f.). Estado de invalidez. Concepto. Recuperado de <http://sjf.scjn.gob.mx/SJFSist/Documentos/Tesis/916/916048.pdf>