

Capítulo veintinueve

Consideraciones ético-jurídicas
de las personas con discapacidad,
tras la Constitución de 1991





Capítulo 29

Consideraciones ético-jurídicas de las personas con discapacidad, tras la Constitución de 1991

Oscar I. Parra*
Luis Felipe Vega**

Introducción

La inclusión de grupos históricamente marginados ha cobrado fuerza desde los movimientos sociales y redes de apoyo, logrando transformaciones institucionales y legales importantes, e incluso, trastocando las prácticas culturales. Las personas discapacitadas han sido una población con especial dificultad de integración en las diversas dinámicas sociales, al presentarse como un fenómeno complejo de comprender y de tratar. En este capítulo, se busca proponer una discusión ética, que incluya los debates epistemológicos y jurídicos necesarios para comprender los cambios simbólicos de la discapacidad y las posibilidades de integración en la sociedad actual.

* Sociólogo e Internacionalista de la Pontificia Universidad Javeriana. Estudiante de Maestría en Estudios Políticos Latinoamericanos de la Universidad Nacional de Colombia. Correo electrónico: oparrac@unal.edu.co

** Abogado de la Universidad Libre. Servidor Público de la Rama Judicial. Correo electrónico: lvegab@cendoj.ramajudicial.gov.co



De esta manera, dentro de la estructura del texto se pretende recompilar los debates filosóficos y sociológicos, con especial atención a la ética, en relación con las complejidades ontológicas y epistemológicas de la discapacidad. Luego, se procede a realizar una descripción y un análisis de los principios de la Constitución Política de 1991, además de las valoraciones del Código Civil y de la jurisprudencia, que recojan y traten las discusiones y las misivas significantes sobre la persona con discapacidad. También, se relaciona la progresión jurídica nacional con los acuerdos y las convenciones internacionales; y finalmente, se formulan comentarios finales sobre de la reciente Ley 1996 de 2019.

En este orden de ideas, para la comprensión del sentido en el escrito, se establece el concepto del *otro-disminuido*, tomando como inspiración el término *otro generalizado* de George Herbert Mead, en el que se indica el ejercicio del control social sobre la construcción del pensamiento del individuo. Este otro no es alguien específico, sino la imagen social que internaliza el sujeto para orientar su comportamiento (Mead, 1972). A su vez, la otra influencia viene del psicoanálisis de Jacques Lacan, que necesariamente atiende a una abstracción de la falta en la constitución del sujeto barrado. Aquí es que el otro generalizado pasa a través del otro-disminuido: el sujeto discapacitado no es simplemente una construcción simbólica del otro generalizado, sino una imagen no unitaria del yo (Goodley, 2011). El otro-disminuido es la negación del sujeto que le reafirma su normalidad, para ocultar la falta o el exceso en la subjetividad (Chen, 2018). La consistencia o la seguridad ontológica que proporciona el discapacitado al sujeto es lo que hace necesario mantener la disminución del otro, como lo postula Slavoj Žižek (2010): “Es mucho más satisfactorio sacrificarse a sí mismo por la pobre víctima que permitirle al otro perder el estatus de víctima, y quizás volverse incluso más exitoso que nosotros mismos” (p. 93, traducción propia).

Consideraciones filosóficas de la discapacidad

¿Cómo pensar al discapacitado? ¿Acaso es sujeto, persona o humano? Parece una obviedad efectuar tales preguntas cuando se toma como referente a los derechos humanos o a los Estados democráticos. No obstante, la importancia de estos cuestionamientos radica en la profundización conceptual de una población compleja, aún bastante excluida. En este sentido, la complejidad de los estudios alrededor de la discapacidad aumenta debido a los intentos por incluir al discapacitado dentro de los proyectos de sociedad. Sin embargo, queda sin resolver cuál es el punto de partida para la comprensión de la discapacidad; es posible abordarla desde la biología o la psicología, dependiendo del tipo de discapacidad que se presenta, al igual que desde la sociología, la historia y la ética. La



elaboración conceptual relacionada con este fenómeno se alimenta necesariamente de diferentes fuentes disciplinares y de posiciones históricas.

La definición de discapacidad esencialmente es la relación que sostienen los sujetos, las instituciones y la ley con aquellos incluidos dentro de esta categoría. Por tanto, si es propósito de esta época incluir a las poblaciones históricamente marginadas, es imperativa la comprensión integral del fenómeno (Vehmas, 2012). Para esto, realizar precisiones ontológicas sobre la discapacidad resulta necesario, especialmente si se considera la distinción entre *ellos* y *nosotros*: el problema de la normalidad. Este posicionamiento puede desencadenar en esencialismos y naturalizaciones de las condiciones específicas de cada ser humano, sea o no discapacitado. De este lugar, surge la desclasificación por poseer alguna característica que condena al otro-discapacitado a concepciones peligrosas como la de anormalidad, subnormalidad e incluso, no humano. Si con éxito dichas concepciones radicales de la discapacidad adquieren relevancia social y política, aumentaría la exclusión en instancias fundamentales para la vida de cualquier persona, la legal y la económica.

Con esto no se quiere negar la existencia real de la discapacidad; esta es empíricamente verificable dentro de unos parámetros científicos establecidos. Es innegable la anomalía de una espina bífida o de un síndrome de Down, y ontológicamente son objetivos. En efecto, es observable la diferencia con el resto de la población y estadísticamente, hay discapacidades que son más anómalas que otras. A su vez, algunas discapacidades son más evidentes que otras. En este discernimiento, se halla una complicación importante en la delimitación de la discapacidad por dos motivos: existe una multiplicidad de condiciones y características que puede ser considerada como discapacidad, y los criterios fisiológicos y psicológicos usados para definir la discapacidad están fundamentados en una normalidad estadística en el ser humano. Es decir, la definición de discapacidad no está sostenida por una verdad irrefutable, sino por la observación inductiva de las desviaciones a la normalidad.

Por estas y otras razones más, el construccionismo social ha servido de plataforma fundamental en la refutación de la objetividad ontológica de la discapacidad. Los académicos contemporáneos de la discapacidad acuden a explicaciones enraizadas en los intercambios sociales, culturales y económicos para la constitución de modelos y tratos hacia discapacidad (Vehmas, 2012). Dada esta predominancia de enfoque, resulta necesario revisar las posibilidades de modos de existencia para aprehender la complejidad de la discapacidad. Por una parte, la ontología de una entidad puede ser objetiva cuando existe fuera de la experiencia del sujeto, y es subjetiva cuando depende de juicios y sensaciones. Por otra parte, epistemológicamente una proposición se encuentra objetiva cuando se basa en un hecho ontológicamente objetivo, mientras que sería subjetiva si se realiza un juicio relacionado con el fenómeno (Vehmas, 2012). En este análisis es-



tán íntimamente ligadas las concepciones de *hechos brutos* y de *hechos institucionales* de John Searle, por lo que inicialmente la discapacidad tendría esta doble composición: lo sustancial y lo construido.

La discapacidad como fenómeno natural tiene repercusiones directas sobre la manera como los sujetos viven. Por eso, cuando los científicos determinan de manera objetiva las propiedades que caracterizan al discapacitado, fundamentan la construcción del fenómeno social de la discapacidad. En primer lugar, la discapacidad como impedimento es una explicación que apunta a la deficiencia de un funcionamiento específico del organismo; una distinción fisiológica particular que inhibe el desenvolvimiento de la función. En segundo lugar, se deben tener en cuenta las implicaciones sociales de este impedimento; el modo de interacción con el otro en las actividades sociales. Un ejemplo importante de estas consideraciones es la capacidad para trabajar, que incluso otorga cierta gradualidad social de la discapacidad: una persona ciega podría ser más activa laboralmente que otra con tetraplejía o cuadriplejía, siendo, en este sentido, más grave esta discapacidad que aquella.

Sociológicamente, la discapacidad ha sido definida desde el funcionalismo como “desviación social”, recogiendo el concepto de la normalidad, que condena a los sujetos a una situación de marginalidad en el orden social (Goodley, 2011). La normatividad y la institucionalidad no están hechas para la anomia poblacional; el discapacitado no es considerado apto para vivir en sociedad, entonces estas tendrían que rectificarlo. También, desde una postura interpretivista, se aprecia que la discapacidad es un proceso social con posibilidad de transformación desde la agencia individual y social; la posición del discapacitado es maleable en tanto se encausa la acción social hacia su inclusión. Por parte de un humanismo radical, la producción de significados y discursos tiene un gran potencial para la transformación social, cambiando las prácticas y las identidades con respecto a las hegemónicas; la discapacidad ingresaría como una resignificación de lo humano, de lo normal y de lo subjetivo, un desafío a los significados dentro la eticidad tradicional.

Por último, el estructuralismo radical encuentra en la sociedad un incesante conflicto entre grupos humanos, ubicados en diferentes posiciones de las estructuras políticas y económicas; el aporte para la comprensión de la discapacidad proviene especialmente de las formas de alienación que imponen las estructuras sociales (Goodley, 2011). En síntesis, al interior del espectro ontológico-epistemológico, considerando a la discapacidad objetiva y subjetivamente, las posturas teóricas son variadas y compuestas, dejando oportunidad para una profundización analítica que requieren, finalmente, las múltiples realidades de los sujetos discapacitados.

Sin embargo, asumir cualquiera de estas posturas tiene unas implicaciones éticas importantes que no se pueden obviar. La pregunta esencial acerca de la ética para la



discapacidad se refiere a su lugar dentro de la naturaleza y del futuro de la humanidad. De esta forma, la relación entre la ética y la discapacidad podría ser la idealización del ser humano a nivel psicológico y fisiológico, tras ocultar bajo la categoría de discapacidad su incómoda presencia en la humanidad. La incapacidad, la inhabilidad o el impedimento son vistos como disfuncionales para alcanzar el bienestar, resultan ser unas formas indeseables para vivir; el debate se aviva al incluir la percepción subjetiva del bienestar, especialmente en relación con la especificidad de cada discapacidad (Vehmas, 2012). Cuando se considera el valor esencial de la vida para cada sujeto se revelan las diversas apreciaciones de las relaciones establecidas en el transcurso vital, y en la discapacidad no se dejan de percibir tales deseos, sentidos e intencionalidades. Entonces, el problema ético arroja hacia la búsqueda del bienestar personal; el descubrimiento y el desarrollo de los proyectos de vida, sin perder de vista las condiciones de existencia. ¿Realmente es posible que las relaciones sociales permitan el éxito de tal búsqueda para los discapacitados? Es más, ¿se encuentra dentro de las proyecciones de las sociedades esta intención?

A partir de las consideraciones éticas alrededor de la discapacidad se guían los razonamientos morales y las acciones subsecuentes. En consecuencia, la discapacidad se convierte en un asunto político y que requiere de regulación legal y social, mediado por las prácticas culturales y perspectivas religiosas. La discusión política, entonces, posiciona a la población discapacitada en lugares y relaciones de inclusión y de exclusión, de manera relativa a cada una de las condiciones psicológicas y fisiológicas, al igual que las condiciones económicas y legales. De esta forma, a través de la discusión política se define cómo dar posibilidades de realización a los discapacitados desde la política pública, la educación y la cotidianidad.

Ahora bien, al tener lugar esta deliberación se realizaría la selección de algunas características y significados de la discapacidad para poder tratarla del modo más preciso posible; al mismo tiempo, se excluirían otras formas de experimentar la discapacidad, especialmente por el enfoque empleado para su definición. Por ejemplo, si se trata de la funcionalidad de los organismos por razones instrumentales específicas, los impedimentos a considerar van a ser ordenados por gravedad y por prioridad. ¿Puede la sociedad atender a todos los tipos de discapacidad?

Una manera de atender esta encrucijada ética requiere de la evaluación del carácter de persona del discapacitado en la praxis. Por una parte, sucede la desclasificación y la discriminación al retirarle el valor humano al discapacitado, restando importancia a su necesidad y búsqueda por un cambio en sus condiciones de vida. Por otra parte, aunque se considere la humanidad del discapacitado, no se le otorga la calidad de normalidad al destacar la diferencia. Entonces, se vuelve a la objetividad ontológica y epistemológica de la discapacidad para reconocer la existencia del impedimento y de



la diferencia, lo cual no implica hasta aquí la emergencia de la normalidad. Después, en la subjetividad epistemológica, se forja una relación con la diferencia, en principio ética y política. Esta relación es multifacética afrontando las diferentes capas de la vida humana y es precisamente en este punto donde el debate se agudiza: la consideración del otro como persona. Es claro que existen impedimentos ontológicamente objetivos que epistemológicamente son reconocidos en la intersubjetividad como más accesibles que otros. El relacionamiento de un sujeto con autismo leve en diversos momentos de la vida es más fácil que para otro con parálisis cerebral, y viceversa.

La discusión se centra en que, aunque la personalidad es reconocida por las capacidades psicológicas del sujeto, la dificultad para este reconocimiento es el estatus moral de la discapacidad. Esta es una fuente de la exclusión social de la discapacidad porque se traduce en un estatus institucional e interpersonal; en el aislacionismo de los sujetos discapacitados en los espacios sociales, el reconocimiento de su personalidad se afecta por la falta de contacto con la sociedad. En efecto, la persona se constituye en la interacción con el otro, en el reconocimiento empático de la vida del otro, el respeto y la consideración por su búsqueda del bienestar y de la felicidad (Ikäheimo, 2008). Bajo esta lógica, la inclusión dependería de la búsqueda de la satisfacción del bienestar subjetivo del discapacitado y, a su vez, de la adaptación de la cultura y de las instituciones a las necesidades personales. En otras palabras, una salida para la inclusión de la población discapacitada es la inclusión de la dimensión subjetiva en la caracterización de la persona.

Esto implicaría la incorporación de la experiencia subjetiva a la valoración de los componentes objetivos de la discapacidad, aunando las reflexiones y reacciones activas del sujeto con las condiciones de salud, las funciones corporales, la participación y las actividades en relación con factores ambientales y personales (Ueda y Okawa, 2003). La dificultad de tratar a nivel público este problema de la experiencia de la discapacidad es la insuficiencia del criterio “calidad de vida” o “bienestar” para reunir todas las subjetividades, exclusiones y limitaciones dentro de la acción colectiva por la inclusión, ya sea desde las instituciones gubernamentales o desde la sociedad civil.

Si el sujeto discapacitado puede sentir y significar la vida es reconocido como persona, lo cual implica la existencia de ciertos grados de personalidad, según el caso. Epistemológicamente, el reconocimiento de la discapacidad no solo pasaría por la satisfacción del sentido de vida, sino por el poder vivir con limitaciones (Moser, 2006). No solamente es la relación personal del sujeto con su impedimento, sino la reflexión de cara a la otredad; la interacción entre la discapacidad y la normalidad afecta definitivamente la formación de la persona y el desenvolvimiento de la subjetividad, incluso si es de forma mimética.



Una problemática por excelencia es la libertad del discapacitado, si le es posible actuar por sus propias capacidades o si requiere de asistencia: el “problema” de la dependencia de un cuidador es la reducción obligatoria de la libertad, especialmente si el discapacitado no es capaz de tomar decisiones autónomamente. ¿Cómo tratar al discapacitado como persona cuando necesita asistencia para activar su subjetividad? ¿Se buscaría, entonces, “corregir” o “normalizar” al discapacitado? Al contemplar la dimensión subjetiva de la discapacidad, se posa evidente la necesidad de extender la comprensión de la experiencia de la discapacidad en su dimensión objetiva, para repensar los valores conformantes de la personalidad como reconocimiento del otro.

Una explicación probable de la integración incompleta del discapacitado es el prerrequisito remanente de la habilidad para la construcción del orden social. De esta manera, complementar las subjetividades y las aptitudes de las personas discapacitadas se ha convertido en la misión de los avances tecnológicos y de las transformaciones institucionales y jurídicas; se trata de dotar de herramientas en los espacios públicos y en los cuerpos para diversificar las posibilidades de interacción y de exploración de la vida. La activación o suplemento de la agencia de los discapacitados, a través de la tecnología, los conecta con el mundo que antes era difícilmente alcanzable o definitivamente inalcanzable, otorgándoles una independencia relativa para participar con más autosuficiencia de interacciones con el ambiente y con otros (Moser, 2006). La inclusión del discapacitado en sus múltiples facetas como trabajador, ciudadano o consumidor requiere de diferentes herramientas y mecanismos ajustados a cada necesidad que le permitan al sujeto interactuar con más eficiencia.

En última, se trata integrar diferencias, no de compensar la inhabilidad o normalizar la discapacidad (Moser, 2006). Sería un despropósito buscar que las herramientas tecnológicas e institucionales incluyan al discapacitado a una lógica que no le es propia a sus capacidades regulares. Por ejemplo, cuando una persona con movilidad reducida vive en una casa diseñada para personas no discapacitadas, el ambiente le exige al sujeto adaptar sus condiciones físicas a la estructura de la casa. Claro está que cuando alguna de estas personas tiene las capacidades económicas para modificar la casa, pueden invertir este razonamiento. En consecuencia, volviendo a los enfoques sociológicos para el estudio de la discapacidad, se subrayan dos ideas preponderantes para manejo público de la discapacidad: desde el funcionalismo, se promueve la corrección de la anomia encarnada en la discapacidad y el humanismo radical, ilustrado en la resignificación del discapacitado como persona, e incluso como humano. En muchos casos, se pretende ajustar al discapacitado a la norma, mientras se imponen nuevas formas de exclusión; en otros, en vez de rectificar la discapacidad, se busca la exploración de nuevas interacciones del discapacitado a través de la ampliación de sus posibilidades.

Tratamientos constitucionales de la discapacidad en Colombia

La Constitución Política de 1991 debe entenderse, no solamente como un tratado político en el que confluyeron múltiples actores e ideologías, sino como una declaración jurídica para regular y modernizar las instituciones y los aparatos del Estado. El trasfondo liberal de la última carta magna es fundamentalmente un posicionamiento de los principios morales que rigen, o al menos deberían delinear, la praxis social. No es necesario hacer revisión profunda de los principios filosóficos que sostienen a la ideología liberal para comprender la primacía de la libertad individual para los emprendimientos económicos y para la participación política, en conjunción con una pretendida igualdad originaria entre todos los ciudadanos. En este sentido, las personas en situación de discapacidad son, teóricamente, libres e iguales a los demás (Rosanvallon, 2012). La postura ética de la Constitución resulta de postulados preconcebidos en la ideología liberal, pero ¿hay realmente una consideración epistemológica de la discapacidad para asegurar la igualdad y la libertad?

Para la conformación de la persona en Colombia, la Constitución vigente considera, a través de los artículos 14 y 16, que los ciudadanos tienen garantías de sus derechos fundamentales mediante el reconocimiento de la personería jurídica y el libre desarrollo de la personalidad. Entre estos dos estamentos se ilustran dos acepciones de la persona: la sujeta a la normatividad y la libre para actuar. Ambas parecen ser complementarias si la persona actúa libremente entre los límites normativos e institucionales; en lo que respecta a las personas discapacitadas, se hace un llamado a la igualdad y a la no discriminación. Por tanto, los discapacitados se asumen como personas iguales a los no discapacitados, libres para desarrollarse como personas y sujetos al ordenamiento jurídico colombiano. En el artículo 13, no solamente se sustenta la igualdad de todas las personas, libres ante la ley, sino que también se expresa la protección del Estado colombiano hacia estas. En especial, en artículos posteriores, para asegurar la igualdad, esta protección se manifiesta en forma de compensación/interdicción de las capacidades. En síntesis, la Constitución proclama el deber de tratar al discapacitado como persona.

En la sección de los derechos sociales, económicos y culturales, los discapacitados cuentan con tres artículos dedicados a asegurar su integración a la sociedad: el artículo 47 compromete al Estado colombiano a promover políticas de integración y de rehabilitación de los discapacitados que lo requieran; el artículo 54 obliga al Estado y a los empleadores a garantizar la inclusión en el sistema laboral, proveyendo de formación y de adaptación del cargo a las condiciones de salud; y el artículo 68 incluye dentro de sus extensiones la erradicación del analfabetismo y la educación especializada para discapacitados como obligación del Estado. En este sentido, el Estado se posiciona constitucionalmente a sí mismo como veedor del otro-disminuido; se expresa una de las múltiples entradas de lo privado en el terreno de lo público, el Estado pretendiendo encargarse de



suplementar las capacidades ontológicamente faltantes del discapacitado. Esta pretensión viene con un contrasentido en tanto el Estado interviene en el ámbito privado de los discapacitados y de los no-discapacitados para asegurar los derechos fundamentales de igualdad y del reconocimiento de la persona.

A través del rol de veedor que asume el Estado, el derecho propende a la protección de la marginalidad. La ley y su aplicación obliga a la protección de los discapacitados, dada su vulnerabilidad, pero con el objetivo de proveer de las condiciones “de equidad” para que el discapacitado tenga una agencia constructora (Buitrago et al., 2015). Por tanto, las acciones que debe emprender el Estado tendrían que ver, en principio, con la provisión material de herramientas y equipamientos urbanos, al igual que de educación, empleo y salud (Parra, 2013, p. 84). Idealmente, las políticas del Estado servirían de plataforma para la inclusión social del discapacitado, para que, de alguna manera, se supere la visión del otro-disminuido. Sin embargo, el predicamento ético implícito en la inclusión no permite la superación del otro-disminuido, en tanto la actitud del Estado permanece veedora y correctora.

Por otra parte, al revisar los artículos del Código Civil que corresponden con las interacciones jurídicas que pueda sostener el sujeto discapacitado aparece principalmente una cuestión que deja en entredicho la firmeza de los principios constitucionales para la configuración de una persona discapacitada: la incapacidad. Aunque el grueso del Código trate de figuras y de procedimientos contractuales entre personas naturales y jurídicas, las nociones éticas alrededor de la persona son bastante explícitas e ilustrativas de la contradicción inmanente en la normatividad y en el discurso jurídico. Primero, en el artículo 74, aparece la definición universal de la persona natural en tanto parte del género humano, cualquiera que sea su condición. Luego, en el artículo 242 aparece la *legitimación de la persona incapaz*, en donde se expresa la necesidad del nombramiento de un tutor o curador para la administración de sus bienes. Es decir, como se expresa en el artículo 546 para el caso del demente, cuando el niño llegue a la mayoría de edad se buscará mediante un juicio de interdicción, mediar la libertad. En extensión, en los artículos 553, 554 y 586, el Código expresa la incapacidad del demente para celebrar contratos y para emprender una tutela, así como puede ser privado de su libertad, si es considerado una amenaza para sí mismo o para otros.

Más allá de los anacronismos, el Código Civil, incorporado en 1873, ilustra un procedimiento más pragmático que la Constitución para tratar el tema de la discapacidad y sirve para mostrar la obligatoriedad y la claridad de la ley ante potenciales casos o problemas. Para este propósito, los artículos 1502 y 1504 definen la capacidad de la persona para *obligarse*¹⁶ a otra como declaración de voluntad, mientras se niega la

16. La obligación se expresa como ejercicio de las voluntades libres de vicios, que constituyen un acto jurídico que funciona como base de entendimiento entre las personas. De alguna forma, la obligación impone sobre el sujeto una dependencia hacia el Otro y retroactivamente lo lleva a definirse a sí mismo como parte de una convención.



capacidad de algunos para hacerlo autónomamente. Entonces, se enuncian los conceptos de *incapacidad absoluta e incapacidad relativa*, como los dementes y los menores de edad respectivamente. Evidentemente, la operatividad de la interdicción sea permanente o temporal según el caso, avanzaría como el control de la libertad jurídica y económica para aquellos quienes no puedan decidir sobre sí mismos o comunicarse efectivamente con otros, mediante una comprobación científica-médica de la condición. En última, la protección del Estado hacia el vulnerable se mantiene a través de la limitación de la voluntad de quienes no pueden autodeterminarse.

En este punto, dentro de la Constitución y del Código, ya se ha hecho un reconocimiento de la gradualidad y de la importancia de las condiciones objetivas de la discapacidad para la experiencia del otro-disminuido: unos pueden ser personas *completas* con ayuda del Estado y otros no son personas *en lo absoluto*. La centralidad de la racionalidad y de la autonomía para la formación de la persona plantean allí cuestiones éticas difíciles de resolver; el otro-disminuido no sobrepasaría su condición totalmente y su integración a la sociedad también sería inacabada. Este planteamiento llevaría a cuestionarse sobre las características de ese paternalismo/veeduría constitucional que adopta el Estado: ¿es funcionalista o humanista?

La consideración de la ética no se puede limitar a la revisión de la textualidad de la Constitución Política o del Código Civil. Por el contrario, es a través de los pronunciamientos de las autoridades judiciales que el derecho se hace efectivo sobre la vida de las personas. Especialmente, la Corte Constitucional (CC) se encarga de mantener un corpus legal coherente con los principios constitucionales para que las decisiones de los magistrados y de los jueces se corresponda con el tipo de justicia que se ha buscado impartir desde 1991. Es, en parte, por este motivo que la reforma a los artículos del Código Civil y de las leyes vigentes es constante y en consonancia con los estamentos jurídicos internacionales. Estos cambios de concepto serán evidentes después de la adopción colombiana de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD) mediante la Ley 1346 de 2009.

En las aproximaciones doctrinales posconstitucionales de la CC, como en la Sentencia T-823 de 1999 y en la C-174 de 2004, se observa un iusnaturalismo en la diferenciación positiva de la discapacidad para complementar a la persona sus posibilidades mediante políticas públicas focalizadas. En especial, luego de la Ley 762 de 2002, en la que se incorpora la “Convención interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad”, se resalta la intención de luchar contra la exclusión (Buitrago et al., 2015). En consecuencia, las acciones del Estado se dirigirían hacia el fortalecimiento de la persona discapacitada alterando el medio de interacción social, a través de la exigencia de *trato igualitario* y de la penalización de actos discriminatorios que restrinjan u omitan el *trato especial* que necesitan los discapacitados (Correa-Montoya, 2009).



Otro elemento que se vislumbra en las sentencias de la CC es la acción oportuna del Estado para la inclusión de los discapacitados que se consideren necesarios dependiendo de la condición y de su gravedad. Por ejemplo, en la Sentencia T-446 de 1994 se trata la accesibilidad para las personas con movilidad reducida para acceder al derecho al voto, al igual que en la C-804 de 2009 se evalúa la idoneidad física para adoptar. En este sentido, la diferenciación se mantiene para atender a cada caso. La contradicción interna entre la no-discriminación y la diferenciación positiva revela la contraposición del ideal ético incluyente y la praxis política pragmática.

La CC, al evaluar casos concretos y la constitucionalidad de la norma, hace distinciones epistemológicas-éticas que tienen implicaciones directas sobre la praxis que implementa la Rama Judicial, al mismo tiempo que el bloque de constitucionalidad tiene repercusiones obligantes sobre los conceptos de la CC. Probablemente allí esté la raíz de la contradicción: un imperativo ético dialogado de forma abstracta en una convención internacional y una realidad compleja que impone limitaciones prácticas; el margen de interpretación-acción que les resta al juez y al magistrado se registra entre nociones tradicionales y pragmáticas de proteger al otro-disminuido, y acepciones sociales e interseccionales de la discapacidad.

Hacia una inclusión contemporánea del otro

La discusión actual sobre la definición de la discapacidad para la ley y la política pública concierne tanto a la jurisprudencia como a la sociedad, pues la definición ética de la discapacidad como fenómeno social constituye una ruptura con el trato corrector que se observa en la Constitución y en el Código Civil. En este apartado, se pretende concretar la dirección hacia la que se apunta definir la discapacidad como un problema, que debe ser tratado por la sociedad, dado que se determina a la normalidad y la discapacidad desde un significant no-d discapacitado. Así, tomando como referencia la Convención Internacional sobre los Derechos de Personas con Discapacidad (CDPD), ratificada internacionalmente en 2008, se ilustra un cambio en la aproximación conceptual de la discapacidad:

En sí misma la limitación no constituye una discapacidad, sino que necesita interactuar el segundo elemento: así cuando la persona con la limitación interactúa socialmente y encuentra barreras físicas, actitudinales y sociales en general que le impiden integrarse socialmente en condiciones de igualdad, se considera que existe una discapacidad. (Coorea-Montoya, 2009, p. 121)



En la CDPD, aparece como prioridad los derechos humanos para la definición de la discapacidad, por encima de la acepción médica o la social. Por tanto, el rol que asumiría el Estado sería esencialmente de vigilancia, mas no de asistencia o de veeduría (Parra, 2013, pp. 97-98). La directriz y el leitmotiv del documento es la integración de la población con discapacidad como partícipes de la sociedad, en condiciones de igualdad que los demás. Los principios generales descansan sobre la idea de sociedades igualitarias, promoviendo la igualdad de oportunidades y la libertad individual como pilares de la declaración. En específico, para incluir socialmente a los discapacitados se reafirma el principio de no discriminación y el fomento necesario de la accesibilidad para la aceptación de la discapacidad como parte de la condición humana.

En este sentido, el Estado deberá proveer las condiciones de apoyo necesarias para la inclusión efectiva de la persona discapacitada dentro de la legalidad, garantizando la protección de los derechos humanos y evitando el abuso y la manipulación de las circunstancias. Por último, en su consideración como persona, el sujeto discapacitado podría ejercer sus actividades económicas en igualdad de condiciones que los demás. Estas medidas y compromisos asegurarían la justicia para las personas discapacitadas al darles un tratamiento igualitario, creando las condiciones para equiparar las personalidades frente a la ley. La igualdad es emblemática para la constitución de la persona al acoplarse con la protección de las libertades individuales desde las instituciones del Estado. Sin embargo, no hay claridad de las medidas o cuáles condiciones son necesarias para la obtención de la libertad o de la igualdad, al igual que tampoco se precisa qué se entiende por estas (Rosanvallon, 2012). Lo que queda claro es el imperativo de reconocer al otro—disminuido como persona, que con sus particularidades podría explorar su individualidad, en tanto “constituye la *libertad subjetiva* en su determinación más concreta, *el derecho del sujeto* de encontrar en la acción su *satisfacción*” (Hegel, 1968, p. 123). Este esfuerzo parece estar dirigido teleológicamente hacia la satisfacción y el bienestar al brindarle la oportunidad al discapacitado de perseguir sus anhelos.

En este sentido, el Estado se convierte en mediador entre la personalidad normal y la *disminuida* de cara a la ley. Dado que requiere de alcanzar determinados criterios para la inclusión, ¿no estaría sesgada esta intención a algunos tipos de discapacidad? Por tal motivo, es fundamental hacer revisión de los objetivos de la igualdad; parece una promesa para la inclusión de los discapacitados, pero alcanzarla es más complejo que la *adaptación* de la legislación a los mínimos de la personalidad y ciudadanía del discapacitado.

Para ilustrar mejor esta encrucijada, se pueden concebir dos expresiones de la igualdad: por un lado, la igualdad de recursos, que sostiene la distribución equitativa de los recursos entre todos los miembros de la comunidad; por el otro, la igualdad



de bienestar, la distribución de recursos que procura la equivalencia de condiciones (Dworkin, 2002). En especial, para la segunda concepción de la igualdad, la distribución de los recursos es desigual de acuerdo con las condiciones y necesidades iniciales de los sujetos, además de las valoraciones subjetivas del bienestar. De esta forma, si las condiciones iniciales son desiguales por impedimentos ontológicamente objetivos, quien distribuye debe considerar las necesidades específicas de cada persona y formular las soluciones para el bienestar individual. ¿Es esto posible?

Ahora bien, la discusión acerca de las condiciones para alcanzar la igualdad es más difícil cuando se trata del reconocimiento del otro como persona. El Estado puede asegurarle al otro-disminuido un tratamiento igual frente a la ley al denominarlo persona y hacer diversos esfuerzos para la aceptación social de su personalidad. No obstante, estas acciones no aseguran la igualdad, debido a que “la igualdad política y la parcialidad personal serían realmente incongruentes si por igualdad entendiéramos igualdad de bienestar” (Dworkin, 1993, p. 180). Sería un despropósito buscar la igualdad según los criterios personales de todos, especialmente debido a las contradicciones lógicas entre los opuestos, pero se vuelve más complejo cuando los proyectos de vida fallan o cambian, el mediador tendría que volver a intervenir, y así *ad infinitum*.

Lo mínimo que podría proporcionar el Estado para garantizar la libertad al sujeto de escoger la vida que le satisface no está excluido de la cuestión de la igualdad, cuando se trata de darle el mismo trato al otro-disminuido que a los demás. Si bien esto serviría como medida de protección de los derechos, no evitaría la exclusión de algunos discapacitados en la práctica. Por ejemplo, traducir la igualdad del bienestar en la igualdad del éxito o del disfrute tiene implicaciones importantes en la inclusión del discapacitado, dado que los impactos de los ajustes o de los acondicionamientos son relativos al tipo de impedimento y a las aspiraciones y deseos de la persona, que no son muy diferentes de una persona sin discapacidad. Incluso, las personas con discapacidad que poseen recursos económicos tienen más posibilidad de alcanzar su satisfacción que otras no discapacitadas sin capacidades económicas (Dworkin, 2002).

Al considerar la arista epistemológicamente subjetiva del fenómeno de la discapacidad, en equivalencia con otro tipo de obstáculos a la satisfacción personal, resulta utilitario un análisis de la ética y de la justicia después de tipificar las experiencias y capacidades ajenas:

Nadie estaría en condiciones de establecer el volumen de recursos que debería tener a su disposición para compensar la inadecuación de unas creencias que él mismo no podría concebir como inadecuadas. Si la política debe estar sin solución de continuidad con la ética, tiene que ser continua con la ética en primera persona. (Dworkin, 1993, p. 188)



Precisamente, en la imposibilidad ética de la valoración utilitaria del otro, la apreciación del bienestar del otro dista de la del bienestar propio. Si bien se puede considerar el bienestar como bueno en sí, este no llega al individuo solamente por la realización de la situación valorada como buena, contrariamente a lo que afirma Dworkin (2002). Es más, lo que pierde de vista la argumentación utilitaria del bienestar es que, si por un lado está reflejado en la voluntad del sujeto, por el otro lado, se busca en el bienestar de los otros. La consideración del bienestar recurre necesariamente a la igualdad por su universalidad, pero no como valor determinado, sino que surge en la libertad de determinación del individuo, tal como lo expresa Hegel (1968):

Mi particularidad y la de los otros, empero, es un derecho solamente en cuanto soy un ser *libre*. Por lo tanto, no puede ser sostenida en contradicción con su fundamento sustancial; y una intención de mi bienestar, así como del bienestar ajeno, en el caso que particularmente no pueda ser considerada *intención moral*, no puede legitimar una *acción injusta*.
(p. 126)

Los fines de la igualdad no se derivan de la libertad, concebida como significación irrestricta de la vida. Al mismo tiempo, las valoraciones de la libertad no pueden definirse desde afuera, el planteamiento ético se desprende de una libertad *contradictoria*, entendida simultáneamente como autorreferencia y como dependencia hacia el otro. En consecuencia, volviendo a la noción de persona, el reclamo de “derecho a la vida” tendría que ser el reconocimiento empático del derecho propio y del otro—disminuido a sentir y a significar. En última, la praxis ética del mediador debería enfocarse en la búsqueda de la igualdad entre una desigualdad ontológicamente objetiva y epistemológicamente subjetiva, y dar paso a la libertad de las valoraciones subjetivas de la persona, que necesariamente recurren al reconocimiento del otro.

Es posible vislumbrar cómo el desarrollo de la CDPD, y de la Ley 1349 de 2009, apuntan hacia una igualdad de oportunidades; lo que tendría que ser revisado en la práctica es el grado de libertad que otorgan las reformas y acondicionamientos exigidos. Si el rol del Estado permanece funcionalista y opera hacia el control del otro—disminuido, la libertad continúa siendo un mandato retórico de la Constitución, en vez de un ejercicio social de tolerancia y reconocimiento mutuo. La ausencia de la praxis esperada con la actualización del bloque de constitucionalidad conllevaría inevitablemente a la conservación de la *disminución*. El tratamiento desde la vigilancia no llevaría a transformaciones reales, si la inclusión dentro de la sociedad no contiene una ruptura simbólica de la normalidad.

Conclusiones

28 años después de la Constitución, emerge la última legislación de la discapacidad. La expectativa con la Ley 1996 de 2019 es importante porque contiene una reforma semiótica en el tratamiento de la persona con discapacidad al declarar la *garantía del derecho a la capacidad legal plena*. De esta manera, el Estado colombiano reconoce, en coherencia con la CDPD, la necesidad de salvaguardas ajustadas a las necesidades específicas de cada persona y durante un acto jurídico determinado. De hecho, en el artículo 6, “Presunción de capacidad”, la Ley 1996 afirma que las personas con discapacidad son sujetos de derecho y obligaciones, en igualdad de condiciones. Discursivamente, el texto pretende negar que la discapacidad ontológicamente objetiva pueda ser una limitación para el ejercicio de una capacidad, al igual que para obligarse. Esta es una confrontación a la noción de incapaz que resuelve el Código Civil, mientras se afirma en el artículo 57 que los únicos quedan cobijados por esta categoría son los menores de edad. Por otra parte, en los artículos 9 y 10, se expresa que el discapacitado podrá recibir apoyo para la realización de los actos jurídicos únicamente si por su voluntad lo reclama; servicio que prestará la institucionalidad del Estado.

En la legislación vigente, el fortalecimiento de la libertad como ejercicio de la voluntad autónoma expresa una fuerte intención de incluir al otro-disminuido a través de la prohibición de la interdicción en el artículo 53. Si el discapacitado está totalmente incapacitado para ejercer su voluntad, el apoyo será mediado por otra persona que demuestre una relación de confianza. Es en esta excepción donde se encuentra realmente la contradicción inherente a la inclusión; el otro-disminuido no ha dejado de serlo. Si bien la inclusión del “convertirse” revela una lógica reproductora del capitalismo, no radicaliza la cuestión de la discapacidad. Es necesaria la aceptación de la falla en la subjetividad a través de cambios en el significante y en los modos del goce o *jouissance* (Chen, 2018). Es decir, la ampliación del discapacitado como persona refleja un cambio semiótico ilusorio en tanto su reconocimiento recae fundamentalmente sobre la capacidad para obligarse. Por tanto, hasta hoy se observa el paso del Estado funcionalista hacia un Estado *indecididamente* humanista, que sostiene igualmente su separación de la sociedad cuando las políticas públicas no están hechas para el público, perpetuando la dependencia de la acción hacia el mismo aparato estatal. El punto crítico de la definición de la persona discapacitada puede encontrarse en la misma noción del otro-disminuido, que es disminuido cuando se le requiere de esa manera:

Lo que revelan tales paradojas es que la castración simbólica no es sólo la brecha entre mi identidad simbólica y la miseria de mi existencia empírica (ningún padre es en realidad un Padre, incluso el Infierno no es realmente infernal, etc.); a causa de la reflexividad del orden simbólico, esta brecha debe reflejarse de vuelta en lo simbólico, y hacerse interior a la función simbólica, designando su inconsistencia. (Zizek, 2016, p. 230)

Referencias

- Buitrago, A., Giraldo, Y. y Silva, A. (2015). La discapacidad en el ordenamiento jurídico colombiano. *Revista Republicana*, (18), 135-158.
- Chen, F. (2018). Adopting the Unadoptable/Disabled Subject in the Posthuman Era. *CLCWeb: Comparative Literature and Culture*, 20(6), 1-9.
- Código Civil Colombiano. (1887). <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=39535>
- Constitución Política de Colombia (1991). Legis.
- Correa-Montoya, L. (2009). Panorama de la protección jurisprudencial a los Derechos Humanos de las personas con discapacidad en Colombia. *Vniversitas*, (118), 115-139.
- Dworkin, R. (1993). *Ética privada e igualitarismo político*. Ediciones Paidós
- Dworkin, R. (2002). *Sovereign Virtue: The Theory and Practice of Equality*. Harvard University Press.
- Goodley, D. (2011). *Disability Studies: An Interdisciplinary Introduction*. Sage Publications.
- Hegel, G. (1968). *Filosofía del Derecho*. Editorial Claridad.
- Ikäheimo, H. (2008). Personhood and the social inclusion of people with disabilities: A recognition-theoretical approach. En K. Kristiansen, S. Vehmas y T. Shakespeare (Eds.), *Arguing About Disability: Philosophical Perspectives* (pp. 77-92). Routledge.
- Ley 762 de 2002. (2002, 31 de julio). *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). Congreso de la República. Diario oficial N.º 44889.
- Ley 1346 de 2009. (2009, 31 de julio). *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. Congreso de la República. Diario oficial No. 47427.
- Ley 1996 de 2019. (2019, 26 de agosto). *Por medio de la cual se establece el régimen para el ejercicio de la capacidad legal de las personas con discapacidad mayores de edad*. Congreso de la República. Diario oficial N.º 51057.
- Mead, G. (1972). *Mind, Self and Society: from the standpoint of a social behaviorist*. The University of Chicago Press.
- Moser, I. (2006). Disability and the promises of technology: Technology, subjectivity, and embodiment within an order of the normal. *Information, Communication & Society*, 9(3), 373-395.



- Organización de las Naciones Unidas (ONU). (1999). *Convención interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad*. ONU.
- Organización de las Naciones Unidas (ONU). (2006). *Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad*. ONU.
- Parra, C. (2013). Estructura institucional de la discapacidad en el Estado colombiano. *Civilizar*, 13(24), 79-102.
- Rosanvallon, P. (2012). *La sociedad de iguales*. Manantial.
- Sentencia T-446 de 1994. (1994, octubre 12). Corte Constitucional. (M. P. Alejandro Martínez Caballero).
- Sentencia T-823 de 1999 (1999, 21 de octubre). Corte Constitucional. (M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz).
- Sentencia C-174 de 2004 (2004, 2 de marzo). Corte Constitucional. (M. P. Álvaro Tafur Galvis).
- Sentencia C-804 de 2009 (2009, 11 de noviembre). Corte Constitucional. (M. P. María Victoria Calle Correa).
- Ueda, S. y Okawa, Y. (2003). The subjective dimension of functioning and disability: what is it and what is it for? *Disability and Rehabilitation*, 25(11-12), 596-601.
- Vehmas, S. (2012). What can philosophy tell us about disability? En N. Watson, A. Roulstone y Thomas, C. (Eds.), *Routledge Handbook of Disability Studies* (pp. 298-309). Routledge.
- Zizek, S. (2010). *Living in the End of Times*. Verso.
- Zizek, S. (2016). *Contragolpe Absoluto: para una refundación del materialismo dialéctico*. Akal Ediciones.



