

Acciones Afirmativas en la Contratación Estatal Colombiana como Herramienta para Garantizar la Efectividad de los Derechos de las Personas en Situación de Discapacidad.¹

Las garantías de los derechos fundamentales en la Contratación Estatal Colombiana.

Elizabeth Castrillón Pérez.²

Mariana Gómez Romero.³

Mariana Ossa Ramírez.⁴

RESUMEN:

La percepción de la discapacidad ha evolucionado a través del tiempo, allí influyen las relaciones entre las personas con discapacidad, con la sociedad y el Estado. Este último cumple un papel fundamental, puesto que, por medio del mismo se imparten disposiciones legislativas, administrativas, y judiciales, en busca de reconocer la inclusión de manera digna todas las personas en el conglomerado.

En ese sentido, el Estado ha implementado con el paso de los años acciones afirmativas de conformidad con el artículo 13 constitucional, en cumplimiento de los fines dispuestos en el artículo 2 Constitucional, en aras de proteger a la población con discapacidad e incentivar mecanismos que permitan equilibrar las oportunidades y goce de derechos de estas personas con el resto de la sociedad.

Es así como en el presente trabajo se ilustran normas, jurisprudencia y políticas públicas, con las cuales se pretende hacer énfasis en la contratación estatal como mecanismo para reconocer y garantizar los derechos de personas en situación de discapacidad en los diferentes ámbitos de su vida en sociedad.

¹ Artículo de revisión bibliográfica para optar por el título de Abogado en la Universidad Católica Luis Amigó. Asesora metodológica: Laura Victoria Cárdenas Rojas

Asesor temático: Víctor Yovanny Prieto Sierra

² Elizabeth Castrillón Pérez Estudiante de Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Católica Luis Amigó. elizabeth.castrillonpe@amigo.edu.co

³ Mariana Gómez Romero Estudiante de Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Católica Luis Amigó. mariana.gomezro@amigo.edu.co

⁴ Mariana Ossa Ramírez Estudiante de Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Católica Luis Amigó. mariana.ossara@amigo.edu.co

PALABRAS CLAVES: Acciones afirmativas; discapacidad; contratación estatal; igualdad real; incentivos en procesos de contratación estatal.

ABSTRACT:

Disability is a concept that has evolved through the time where the relation between people who suffer it and the sociopolitical state take place. Moreover, it is important to take into account that the sociopolitical state has a fundamental role since they are the ones in charge of taking decisions in legislative, administrative and judicial fields; those decisions seek to recognize the inclusion of all people in the conglomerate in a dignified manner.

For instance, with the pass of the years the state has implemented positive actions which are based on the article 13 of Political Constitution of Colombia. Those actions are taken in order to protect population with disability and also to encourage mechanisms that allow for a balance between the opportunities and enjoyment of rights of all people in society without any discrimination.

Furthermore, we will find rules related to jurisprudence and public policies in this written work. The purpose of mentioning these norms is to emphasize state recruitment as a mechanism to recognize and guarantee the rights of people suffering from different types of disabilities in different areas of society in their daily lives.

KEYWORDS: Positive actions, Disability, Government contracting, Real equality, Incentives in government contracting processes.

INTRODUCCIÓN.

Dentro del territorio colombiano, se puede constatar como en el transcurso de los años se ha vulnerado los derechos de las personas en situación de discapacidad (PCD), en diferentes contextos sociológicos. Es así como, el legislador y la Asamblea Nacional Constituyente a través del tiempo, ha implementado una serie de mecanismos en aras de garantizar la igualdad real y material, fomentando el acceso de estas personas a la administración pública.

De esta manera, el artículo 13 de la Constitución Política de Colombia, consagra el derecho a la igualdad y brinda protección especial a aquellas personas que pertenecen a grupos minoritarios que han sido discriminados o marginados. En ese sentido, el precepto constitucional ha plasmado como obligación del Estado promover la igualdad real y la discriminación positiva como estrategia para garantizar la efectividad de sus derechos, con el fin de disminuir la desigualdad, trayendo a colación el concepto de acciones afirmativas. **(Constitución Política de Colombia, 1991, art 13).**

El Ministerio de Salud y Protección Social, en el mes de agosto del año 2020, confirmó dentro de sus estadísticas, que en Colombia existen 1.319.049 personas en situación de discapacidad, de las cuales, el 50.1% son hombres y el 48.9% son mujeres. **(Ministerio de Salud, 2020).** Conforme a la cifra antes mencionada, es necesario comprender la efectividad de las acciones que implementa el Estado, para disminuir los obstáculos que enfrentan las personas en situación de discapacidad al acudir a la administración. Es así como, la contratación pública ha establecido una serie de mecanismos que pretenden reducir la desigualdad para acceder a las licitaciones con el Estado y aminorar las barreras que enfrentan las personas con discapacidad.

A raíz de esta situación, en este trabajo de grado se pretende desarrollar el problema jurídico, respecto a ¿Cómo la normativa colombiana garantiza la implementación de acciones afirmativas para las personas en situación de discapacidad en la contratación estatal? Para esto se plantea un objetivo general, el cual consiste en analizar las acciones afirmativas orientadas a la superación de las desigualdades de las personas en situación de discapacidad, con el fin de determinar su efectividad en el entorno de la contratación pública.

Como objetivos específicos, se identificará la intervención del Estado mediante la cual se garantiza la implementación de las acciones afirmativas a través de políticas públicas, por medio de las cuales se asegura el derecho fundamental a la igualdad de las personas en situación

de discapacidad; además de determinar el impacto de la evolución del ordenamiento jurídico, conforme a las relaciones jurídicas y sociales de las personas discapacitadas.

Desarrollando los objetivos propuestos en primer lugar, se expondrá el concepto de discapacidad y su transformación con el paso de los años. Posteriormente, se abarcará la noción de acciones afirmativas y la evolución normativa y jurisprudencial de los mecanismos implementados por el Estado Colombiano para fomentar y asegurar la igualdad material protegida constitucionalmente, de las personas en situación de discapacidad. De forma subsiguiente, se abarcará la legislación que regula la contratación estatal y las acciones afirmativas en esta área del sector público.

Para dar cumplimiento a los objetivos planteados, esta investigación está enmarcada en el enfoque cualitativo, el cual *“proporciona profundidad a los datos, dispersión, riqueza interpretativa, contextualización del ambiente o entorno, detalles y experiencias únicas.”* (Hernández et al. 2018, p. 16) puesto que, a través de la lectura y el análisis de los datos se dará desarrollo al problema jurídico planteado.

Además, el trabajo se desarrollará desde el enfoque analítico- descriptivo, por cuanto *“con los estudios descriptivos se busca especificar las propiedades, las características y los perfiles de personas, grupos, comunidades, procesos, objetos o cualquier otro fenómeno que se someta a un análisis”* (Hernández et al. 2018, p. 92). Se realizará un estudio doctrinal, legal y jurisprudencial que dará respuesta a la pregunta de investigación anteriormente planteada, para posteriormente determinar la efectividad de las acciones implementadas por el Estado a través de las disposiciones normativas, a través del método inductivo.

DESARROLLO.

1. Impacto de la evolución del ordenamiento jurídico, conforme a las relaciones jurídicas y sociales de las personas discapacitadas.

1.1. Contexto histórico.

1.1.1. Concepto de discapacidad:

Es importante determinar como la concepción de discapacidad se ha transformado de acuerdo a los paradigmas de cada época de la sociedad. En las primeras etapas de la evolución humana, las discapacidades fueron concebidas como temas religiosos, donde quienes las

padecían se volvían una carga y, por tanto, no tenían la facultad de aportar algo a la sociedad. Así mismo, se empieza a aplicar métodos médicos para curar de alguna forma las deformidades físicas o las deficiencias mentales.

Es así como en la Edad Media, se implementan medidas para marginar y apartar de la sociedad a las personas discapacitadas, puesto que continuaba arraigada la concepción religiosa de la discapacidad, (...) *“la deformidad y la deficiencia se consideran una expresión de desorden y, por tanto, de algo antinatural, malo, feo y enfermo; y también, en otras culturas tradicionales, como signo de alejamiento de Dios, como desgracia o castigo divino”* (Seonae, 2011, p. 145)

Posteriormente, en el año 1760 con la Primera Revolución Industrial y el auge del capitalismo, las personas pasan de ser campesinos a obreros, a quienes se les exigía el ciento por ciento de sus capacidades para producir dinero y generar ganancias para la burguesía, que era quien controlaba los medios de producción. Por lo anterior, quienes padecían de limitaciones físicas o mentales disminuían la eficiencia de las diferentes industrias, se consideró entonces que estas deficiencias debían ser rehabilitadas y curadas para garantizar la productividad, entendiendo la discapacidad ya no como un castigo divino si no como una enfermedad que podría ser tratada.

De acuerdo a lo anterior, se evidencia como la evolución de la discapacidad *“en un principio vista en sí misma como algo que despojaba de la calidad de personas a quienes la padecían y luego como una enfermedad a tratar”* (Rojas, 2020, p.5) Actualmente, la RAE⁵ define el concepto de discapacidad como: *“Situación de merma o carencia de alguna capacidad física, sensorial o psíquica de la persona, que limita o impide su participación plena e igualitaria en la sociedad o el ejercicio efectivo de sus derechos.”* (Real Academia Española, 2014) Conforme a esta definición, se entiende que la discapacidad es la ausencia de capacidades o competencias para desarrollar acciones de la vida cotidiana de forma autónoma como cualquier otro ser humano.

Además, desde el plano jurídico se define que las personas en situación de discapacidad *“a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en*

⁵ (Real Academia Española, 2014, definición 1)

la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.” (Convención Sobre Los Derechos De Las Personas Con Discapacidad De las Naciones Unidas, SF. p.4)

De acuerdo con lo desarrollado previamente, se puede establecer unos enfoques sociales, dentro de los cuales se encuentran propiamente involucradas personas en situación de discapacidad. Se considera entonces, que la sociedad debe garantizar “la normalización” e “inclusión” de este grupo de individuos dentro de la población, es por ello que, Mario Toboso Martín, desarrolla a través de su artículo “*La Discapacidad Dentro del Enfoque de Capacidades y Funcionamientos de Amartya Sen*” (Toboso y Arnau, 2008, pp. 67-70) unos modelos, dentro de los cuales se busca preceptuar las formas en las que se le ha dado tratamiento al tema de discapacidad. Ahora bien, solo se dará observación al “*modelo rehabilitador*”, “*modelo social*” y al “*modelo de la diversidad*”

En relación con el “*modelo rehabilitador*”, este establece unos estándares de incentivación para las personas en situación de discapacidad, realizando de este modo aportes a la comunidad, que busquen superar con ello los patrones de discriminación implantados por la sociedad a lo largo de la historia, esto con el fin, que la sociedad pueda otorgarle a este grupo poblacional “*un valor como personas y como ciudadanas y ciudadanos*”. En relación con esto, “*el modelo social*”, busca proteger y suplir las necesidades de estas personas dentro de la comunidad, optando por que la contribución realizada por estos individuos sea igual a la de las demás personas, comprendiendo como pilar elemental la dignidad humana, es por ello que, se busca normalizar e incluir a este círculo social sin lugar a alguna disimilitud u oposición.

Con respecto al “*modelo de la diversidad*”, su enfoque se centra en el valor moral que tiene intrínsecamente cada ser humano, dejando de lado los rasgos que estos puedan tener o no. Es así como, aunque una persona no pueda desarrollar en pleno unas actividades, sea por su condición o por cualquier otro motivo, esto no repercute de forma alguna en su condición de humanidad y dignidad, por tanto, la sociedad debe propender por garantizar la igualdad, evaluando y desarrollando herramientas que faciliten la vida en común.

1.1.2. Acciones afirmativas:

Con el transcurso de los años, los prejuicios arraigados al concepto de discapacidad, han sido paulatinamente superados, al punto de generar a través de las entidades estatales una serie

de acciones encaminadas a la protección de este grupo social en aras de garantizar sus derechos en igualdad de condiciones a través de las denominadas acciones afirmativas.

El concepto de acciones afirmativas deviene del concepto estadounidense *affirmative action* (Sowell, 2005) originado a principios del siglo XX, cuyo propósito fue “*combatir la marginación social y económica de los negros, otorgando medidas de protección en el empleo y la educación a su favor, pues reconoce que ese grupo ha sido tradicionalmente discriminado en ese país*” (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-932 de 2007). Es así como se introduce una serie de enmiendas y preceptos normativos, que tenían como objetivo principal mitigar la discriminación que sufría la población negra en dicho país.

Su evolución en Estados Unidos, se dio gracias a la Enmienda 14, donde se determinó que “*ningún estado, podrá negar dentro de su jurisdicción la protección de la ley a cualquiera de sus habitantes.*” (Ziliani, 2011, p.1). Tal precepto busca garantizar que, sin importar las condiciones de una persona, en razón a su sexo, raza o religión o discapacidad puedan acceder a las garantías que confiere el Estado.

Posteriormente, en Europa también se desarrolló el concepto de acciones afirmativas, donde el objetivo fue erradicar las desigualdades y favorecer a ciertas poblaciones que han sido discriminadas, “*se empezó por establecer medidas a favor de las mujeres como conjunto históricamente desfavorecido en materias de acceso a la educación y al campo laboral principalmente*” (Vallejo, 2016, p.156)

Específicamente, en el ordenamiento jurídico colombiano, las acciones afirmativas nacieron con la Constitución Política de 1991, a través de la consagración del principio de igualdad, el cual es uno de los preceptos fundamentales en que se funda el Estado Social de Derecho. Es así como el Gobierno Nacional a través de las políticas públicas, les impone la obligación a las entidades, tanto privadas, como estatales, de propender por la garantía de igualdad de condiciones para toda la población.

1.2. Aplicación normativa.

Colombia, como miembro de las Naciones Unidas desde el 5 de noviembre de 1945, tiene el deber de fomentar a través del ordenamiento jurídico y políticas públicas, las garantías de los derechos humanos de todos los habitantes en su territorio, en especial los de aquellos

ciudadanos que se encuentran en situación de vulnerabilidad, como lo son las personas con discapacidad (PCD).

El primer precepto normativo a nivel internacional es la *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, en virtud de esta, se promueve las libertades civiles y políticas de las personas, además, fomenta la participación de toda la población en las actividades económicas y culturas del país, materializando así el principio de igualdad desde el ámbito internacional. (Asamblea General de la ONU, 1948)

Es pertinente resaltar que, desde el año 1955, la Organización Internacional de Trabajo (OIT) hace mención a los derechos de las personas *inválidas*, por medio de la Recomendación No. 099, donde se impartieron una serie de parámetros a favor de esta población para garantizar su adaptación en el ámbito laboral y crear las condiciones dignas para la correcta ejecución de actividades de aquellas personas que gozan de discapacidades físicas o mentales. (Organización Internacional del Trabajo, 1995)

Otro acierto de la OIT, es el Convenio 159 sobre la readaptación profesional y el empleo de personas inválidas, adoptado por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo en su 69a. reunión, Ginebra del año 1988, ratificado en Colombia a través de la Ley 82 de 1998. Mediante este, se promueve el principio de igualdad entre los trabajadores *inválidos* y los trabajadores en general, donde se hace alusión a la implementación de *acciones positivas* especiales para garantizar la igualdad de oportunidades y acceso al trabajo. (Congreso de la República de Colombia, 1998)

El concepto mencionado de acciones positivas, puede equiparse a la noción de acciones afirmativas, en la medida que a través de este mecanismo internacional se pretende favorecer a las personas *inválidas* mediante la implementación de una política orientada a la superación de desigualdades.

Además, *La Convención Interamericana para la Eliminación de todas formas de discriminación contra las personas en situación de discapacidad de la Organización de los Estados Americanos (OEA)* implementada en el año 1999, adoptada por Colombia por medio de la Ley 762, declarada como constitucional en la Sentencia C-401, la cual entró en vigencia a partir del 11 de marzo de 2004. A través de esta, los Estados parte se comprometen a adoptar medidas legislativas, sociales laborales y otras para erradicar la discriminación ejercida en

contra de las PCD, en pro de fomentar su integración a la sociedad. (Congreso de la República de Colombia, 2002) (Corte Constitucional de Colombia, 2003)

Posteriormente, *La Convención sobre los Derechos de las Personas en situación de discapacidad* aprobada el 13 de diciembre de 2006 en la Sede de las Naciones Unidas en Nueva York, fue ratificada por Colombia a través de la **Ley 1346**, declarada constitucional por la Corte Constitucional en la **Sentencia C-293**, la cual entró en vigencia a partir del 10 de junio del año 2011. (Congreso de la República de Colombia, 2009) (Corte Constitucional de Colombia, 2010)

El objetivo de esta Convención es fomentar y garantizar el acceso a los derechos fundamentales de las PCD, donde se hace referencia a aspectos fundamentales de la vida humana, como lo son la educación, libertad de locomoción, accesibilidad, salud, igualdad, entre otros.

A través del artículo 13 de la Constitución Política de Colombia, se le impone el deber al Estado de garantizar la materialización de la igualdad real y efectiva para todas aquellas personas que poseen alguna limitación física, psíquica, social o económica, a las cuales se les impide el acceso en igualdad de condiciones a las oportunidades y derechos que brinda la normativa vigente.

Es por ello que, en el inciso 3 del artículo mencionado, se pretende materializar mediante la implementación de acciones afirmativas, la protección de aquellas personas que tengan alguna condición de vulnerabilidad, esto mediante normativa, jurisprudencia y políticas públicas en aras de satisfacer las necesidades de esta población.

El artículo 47 de la Carta Política, plasma el deber del Estado de adelantar una política que permita la integración y rehabilitación para los discapacitados, la Política Pública Nacional de Discapacidad e Inclusión Social. Es así como el Ministerio de Salud y Protección Social desarrolló la Política Pública Nacional de Discapacidad e Inclusión Social que rige a partir del año 2013 hasta el 2022, sin embargo, esta será abordada posteriormente en el presente trabajo.

El artículo 54 de la Carta Magna, hace alusión a las acciones afirmativas en pro de los trabajadores discapacitados, lo cual es acorde al Convenio 159 de la OIT mencionado anteriormente. A través de esta disposición normativa, se impone el deber al Estado y a los entes privados de fomentar el acceso al trabajo a las personas con algún tipo de discapacidad.

Al observar que a esta población se le dificulta realizar actividades laborales en razón a su situación, las entidades deben propiciar condiciones aptas para el desarrollo de sus funciones, adecuando las instalaciones e instrumentos de trabajo con el fin de garantizar la accesibilidad e inclusión de estos individuos.

Ahora bien, a nivel legislativo, se promulgó la Ley 361 la cual impone el deber a las entidades estatales de orden nacional y local de velar por la garantía de los derechos fundamentales de las PCD, tal como lo establece el artículo 4 de la norma en mención:

Las ramas del poder público pondrán a disposición todos los recursos necesarios para el ejercicio de los derechos a que se refiere el artículo 1o. de la presente Ley, siendo obligación ineludible del Estado la prevención, los cuidados médicos y psicológicos, la habilitación y la rehabilitación adecuadas, la educación apropiada, la orientación, la integración laboral, la garantía de los derechos fundamentales económicos, culturales y sociales.

Para estos efectos estarán obligados a participar para su eficaz realización, la administración central, el sector descentralizado, las administraciones departamentales, distritales y municipales, todas las corporaciones públicas y privadas del país. (Congreso de la República de Colombia, 1997, Artículo 4)

Uno de los enfoques que desarrolla esta norma, es el acceso a las entidades públicas para las PCD, donde en el artículo 27 se dispone que tendrá prevalencia esta población en los concursos de carrera cuando se presente un empate (Congreso de la República de Colombia, 1997, Ley 361, Artículo 27), esto con relación a la Ley 909 en donde se establece que el Estado tiene el deber imperativo de dar prelación a aquellas personas en situación de discapacidad que pretendan acceder a un empleo de carrera. (Congreso de la República de Colombia, 2004)

Además, cuando la persona haya sido vinculada laboralmente, la entidad debe garantizar las condiciones adecuadas que se adapten a las posibles limitaciones físicas o psíquicas, que permitan desarrollar las actividades como servidor; siendo este un claro ejemplo de discriminación positiva.

No obstante, las normas en mención se encuentran limitadas al ámbito público específicamente en los empleos de carrera, dejando de lado las demás modalidades de contratación laboral de las entidades estatales y privadas; por tanto, las acciones afirmativas en materia laboral se ven limitadas en este sentido.

Por medio de la **Ley 1145** se impulsa la formulación e implementación de la política pública en temas de discapacidad, de forma coordinada entre las entidades estatales del orden nacional, regional y local, las organizaciones de personas con y en situación de discapacidad y la sociedad civil, con el fin de promocionar y garantizar sus derechos fundamentales, en el marco de los Derechos Humanos. **(Congreso de la República de Colombia, 2007)**.

Además, mediante esta Ley se creó el Sistema Nacional de Discapacidad, como un ente articulador de estrategias públicas para garantizar el derecho a la igualdad de las PCD, promoviendo la participación de estas personas en diferentes aristas de la vida en sociedad, a través de programas y servicios dirigidos a estos.

La Ley 1346 de 2009, mencionada anteriormente reconoce los derechos fundamentales, como lo son la salud, la educación, los derechos culturales, la accesibilidad a la información y las comunicaciones, la accesibilidad a infraestructuras en conexión con la libre movilidad, derechos laborales; todos en el marco de la dignidad, especialmente para las personas en situación de discapacidad, puesto que estas poseen más obstáculos para su desarrollo personal y social en el entorno en que se desenvuelven; en esta misma, se destaca además, la importancia de no solo el reconocimiento, sino también de promoverlos y protegerlos, garantizando así una aplicación real.

Además, se destaca el hecho de que la mayoría de las personas con discapacidad viven en condiciones de pobreza, por tanto,

No se puede desconocer que existe una condición adicional a la que son sometidas las personas con discapacidad ante las tasas bajas de participación en el mercado laboral ya que se afirma constituye una de las razones importantes por las cuales la discapacidad puede conducir a la pobreza. (Organización Mundial de la Salud & Banco Mundial, 2011) De manera general, la pobreza es un fenómeno que agrava la situación de las personas con discapacidad. **(Gómez, N. E; Montenegro, G; 2017)**

Por esto, el Estado debe mediar; convirtiendo a la discapacidad en una circunstancia, que fomenta a nivel internacional, nacional, y regional la formulación de normas, políticas públicas, y acciones que garanticen los derechos humanos de las personas en situación de discapacidad en igualdad de condiciones frente al resto de la sociedad, promoviendo medidas para impulsar la participación de estas en diferentes ámbitos, mitigando la discriminación, la pobreza, la

desigualdad, etc., pues a nivel internacional consideran estas medidas como fundamentales en el desarrollo sostenible de cada Estado.

Por lo anterior, el Estado debe también intervenir para la mitigación de este problema, según el artículo 5 de esta Ley, los Estados deben eliminar la discriminación, adoptando todas las medidas pertinentes; como la toma de conciencia, consagrada en el artículo 8 la cual busca sensibilizar a la sociedad sobre el reconocimiento de las capacidades, y las habilidades de las personas con discapacidad y de sus aportaciones en relación con el lugar de trabajo y el mercado laboral.

El artículo 17 de la Ley 1618, en aras de propender por el ejercicio de los derechos de las personas en situación de discapacidad, en términos de igualdad de oportunidades, entre otras cosas, fomentó el acceso a la cultura para las PCD, imponiendo el deber a todas las entidades de crear espacios donde se promueva lugares arquitectónicos accesibles, las expresiones culturales para referirse a temas de discapacidad, garantizar la divulgación de eventos artísticos a través de medios de comunicación que permitan ser conocidos por todas las personas, entre otros. (Congreso de la república de Colombia, 2013)

Con respecto a lo anterior, el Decreto 1072 y el Decreto 884 de 2012 establecen que el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, debe promover la inclusión laboral de la población en situación de discapacidad mediante el teletrabajo, a través del acceso a las tecnologías de la información y las comunicaciones. (Presidencia de la República de Colombia, 2015) (Presidencia de la República de Colombia, 2012)

A raíz de las dificultades que poseen las personas en situación de discapacidad a la hora de vincularse laboralmente, se expide el Decreto 1083, donde en su artículo 2.2.12.2.1. establece la obligatoriedad que tienen las entidades estatales para contratar un porcentaje mínimo de personas en esta condición. (Presidencia de la República de Colombia, 2015)

Por otro lado, el Decreto 1066, reconoce el “enfoque diferencial”⁶ como uno de sus principios; lo cual es una estrategia orientada a la acción del Estado teniendo en cuenta la

⁶ Método de análisis, actuación y evaluación, que toma en cuenta las diversidades e inequidades de la población, para brindar una atención integral, protección y garantía de derechos, que cualifique la respuesta institucional y comunitaria. (Secretaría Distrital de Gobierno. SF. Definición 2)

valoración y reconocimiento de la diferencia y de la diversidad en los estamentos sociales y grupos humanos, pues estas características, como lo son la discapacidad, los convierten en sujetos de especial asistencia y protección; por ende, el Estado debe realizar acciones de prevención, coordinación y sostenibilidad, con miras a generar equidad y alcanzar la igualdad en derechos de acuerdo con las necesidades y multiplicidades de la población. (Presidencia de la República de Colombia, 2015)

Por medio de la Ley 1955, por el cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022 “Pacto por Colombia, Pacto por la Equidad”, se incluye el Pacto por la inclusión de todas las personas en situación de discapacidad, donde se resaltan los derechos de las personas en situación de discapacidad frente al acceso a las infraestructuras en los Sistemas de Transporte, instituciones educativas, etc. (Congreso de la República de Colombia, 2019)

Es posible evidenciar como la legislación colombiana cuenta con múltiples normas a favor de las personas discapacitadas, donde se resalta la obligación de las entidades públicas y privadas de fomentar la aplicación de acciones afirmativas en diferentes ámbitos de la vida en sociedad. Ahora bien, es pertinente analizar como a nivel jurisprudencial las altas cortes han aplicado la normativa existente para garantizar la materialización real de derechos de esta población.

1.3. Aplicación jurisprudencial:

Jurisprudencialmente hablando, las Cortes se han pronunciado a través de los años respecto a las Acciones Afirmativas implementadas por el Estado a favor de las personas en situación de discapacidad, adaptando sus decisiones a la evolución social de los colombianos. En ese sentido se destacan los siguientes fallos jurisprudenciales:

A través de la Sentencia T 288, se hace alusión al concepto de discriminación, ya sea por acción u omisión, es por esto que:

Diversas situaciones pueden constituir un acto discriminatorio contrario al derecho a la igualdad de los discapacitados. Por un lado, la conducta, actitud o trato, consciente o inconsciente, dirigido a anular o restringir sus derechos, libertades y oportunidades, sin justificación objetiva y razonable. Por otro, el acto discriminatorio consistente en una

omisión injustificada en el trato especial a que tienen derecho los discapacitados, la cual trae como efecto directo su exclusión de un beneficio, ventaja u oportunidad. (Corte Constitucional de Colombia, 1995)

De acuerdo a lo anterior, es menester afirmar que constitucionalmente la discriminación es totalmente proscrita, pues, busca salvaguardar los derechos de quienes no gozan de condiciones iguales o similares a las que tiene el resto de la población. Ahora bien, esta discriminación puede ser vista desde dos aristas, en primer lugar, se encuentran aquellas acciones que ejerce una persona en contra de otra, la cual se encuentra en un estado de indefensión, siendo esta discriminación por acción; y desde el punto de vista de no hacer, permitiendo que se materialicen situaciones de desigualdad en donde se perpetran los derechos de una persona discapacitada.

Por medio de la Sentencia C 964, se trajo a colación la definición de acciones afirmativas, comprendiendo estas cómo: “(...) *políticas o medidas dirigidas a favorecer a determinadas personas o grupos, ya sea con el fin de eliminar o reducir las desigualdades de tipo social, cultural o económico que los afectan. (...)*” (Corte Constitucional de Colombia, 2003)

Conforme a la definición anteriormente mencionada, se entiende entonces que, las acciones afirmativas buscan proteger a aquellos individuos que se encuentren en situación de vulnerabilidad frente a la sociedad. Es por ello, que, a través de la consagración del principio de igualdad plasmado en la Constitución Política de Colombia, se crean una serie de mecanismos a cargo del Estado, con el fin de equilibrar las condiciones de este grupo de personas.

Además, la Sentencia en mención, indica que el legislador se encuentra en la potestad dentro del marco Constitucional, de elegir que personas serán favorecidas por las acciones afirmativas conforme a sus necesidades económicas; sociales; biológicas, entre otras. En aras de, materializar el principio de igualdad real a la vida cotidiana, de aquellos que posiblemente se encuentren en condiciones de desfavorabilidad.

En contraste con la definición de las acciones afirmativas, surge la noción de discriminación positiva de acuerdo a los preceptos jurisprudenciales, es así como según la Sentencia C 381, se debe de tener en cuenta que:

(...) las personas discapacitadas no constituyen un grupo homogéneo sino heterogéneo, en razón a que la discapacidad puede ser de grado mayor o menor y de diferente tipo, el tratamiento otorgado también puede ser diferente sin que por ello exista vulneración de su derecho a la igualdad. Es importante considerar las circunstancias concretas de cada persona y tener en cuenta las capacidades que de ellas puedan aprovecharse para no adoptar una medida que resulte ser desproporcionada a los fines constitucionales. (Corte Constitucional de Colombia, 2005)

Debe entenderse entonces que, la discriminación positiva no pretende generar desigual en una comunidad, sino al contrario, fomentar que las personas en situaciones desfavorables tengan la posibilidad de alcanzar los mismos objetivos que tienen los demás individuos. Es así como el Estado se encuentra en el deber de crear mecanismos que ayuden a estos individuos a conseguir oportunidades en ámbitos laborales, educativos, sociales económicos, etc.

Por otro lado, la Sentencia C 862, reafirma el derecho a la igualdad, desde el ámbito de la contratación pública, en aras de generar condiciones de accesibilidad para todas las personas sin importar la situación en que se encuentren en el siguiente sentido:

En consecuencia, el principio a la igualdad y el derecho subjetivo a la no discriminación, entendidos estos conceptos desde una perspectiva material que implica el trato igual o diferente pero no discriminatorio, también se imponen en la contratación administrativa no sólo respecto del legislador en el diseño de las normas generales de acceso a la función administrativa, sino también frente a la administración en los procesos de selección y adjudicación de los contratos estatales en concreto. (Corte Constitucional de Colombia, 2008)

Esto en relación con la Ley 909 de 2004, anteriormente mencionada, la cual hace referencia a los beneficios en materia de contratación pública frente a los requisitos de puntaje que se les otorga a las personas en situación de discapacidad.

Respecto a lo anterior, cabe resaltar que las acciones afirmativas no solo tienen lugar en el ámbito público, sino también, en la vida cotidiana, como puede ser en el acceso que tienen las personas en situación de discapacidad, a la salud; a la educación; al trabajo; a la recreación; a la cultura, entre otros, tal como lo manifiesta la Corte Constitucional, en la Sentencia T 762:

Las acciones de discriminación positiva tienen lugar en un contexto de distribución y provisión de bienes públicos escasos, tales como puestos de trabajo, cargos públicos de alto nivel, cupos educativos o incluso, selección de contratistas del Estado. En todos los casos la implementación de una acción afirmativa conlleva costos o cargas, que deben ser razonables, y que frecuentemente se diseminan y son asumidos por la sociedad como conjunto. Sin embargo, debe resaltarse que en el caso de las acciones de discriminación positiva, la carga puede recaer de manera exclusiva sobre personas determinadas. (Corte Constitucional de Colombia, 2012)

De forma análoga, es deber del Estado garantizar la igualdad a través de los preceptos constitucionales, que deben desarrollar las ramas del poder público, en especial en la esfera legislativa, pues es el Congreso, quien, a través de la aprobación de normas, debe regular lo atinente a las condiciones de favorabilidad de que gozan las personas en situación de discapacidad. Sobre este tema, la Corte a través de la Sentencia C 824, ha expresado lo siguiente:

(...) “el principio de igualdad vincula al legislador para que las normas jurídicas que profiera respeten y garanticen el derecho a la igualdad y se abstenga de adoptar medidas discriminatorias o que desconozcan la especial protección que se debe a las personas que por su condición física o mental se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta. Así mismo, para que el Estado les otorgue la especial protección de la cual son titulares y adopte las medidas necesarias para que la igualdad sea real y efectiva”. (Corte Constitucional de Colombia, 2011)

Por otro lado, el derecho de libre locomoción consagrado en el artículo 24 de la Constitución Política de Colombia, también ha sido vulnerado, incluso por el Estado, por tanto, no se han implementado las herramientas necesarias para garantizar el acceso a los medios de transporte público, los cuales deben permitir que toda persona sin importar sus condiciones físicas o mentales, pueda acceder o hacer uso de estos medios de transporte para dirigirse a la realización de actividades laborales en las entidades estatales. Al respecto la Sentencia T 257 ha dispuesto lo siguiente:

Bajo estos parámetros es importante resaltar que el carácter de servicio público que tiene el transporte hace que este deba tener una intervención y vigilancia constante del Estado, que debe procurar políticas que permitan que este servicio se desarrolle asegurando las mejores

condiciones para sus usuarios, sin perder de vista que se erige también como un presupuesto fundamental para el goce de garantías constitucionales como la libertad de locomoción entre otras de gran importancia como el derecho al trabajo y a la educación, por cuanto es por este medio que la mayoría de la colectividad supera las barreras de distancia que pueden existir hacia el lugar en donde se desenvuelve como ser humano. (Corte Constitucional de Colombia, 2018)

Ahora bien, en materia laboral, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, a través de la Sentencia SL 5109, consagra que la estabilidad reforzada es una acción afirmativa, la cual pretende disminuir las barreras para acceder a un trabajo digno, puesto que como es sabido, la mayoría de los empleadores no suelen contratar a personas con discapacidad, en razón a las supuestas limitaciones que tienen estos individuos frente al desarrollo de las actividades laborales, así mismo, otra de las razones por las cuales no contratan a estas personas, es por las restricciones que tienen frente a este grupo poblacional, en cuanto al despido, traslado o modificación de las condiciones pactadas en el contrato de trabajo. (Corte Suprema de Justicia, 2020)

De acuerdo con lo anterior, la estabilidad laboral reforzada es una acción afirmativa que tiene como fin garantizar la igualdad de oportunidades de los trabajadores en estado de discapacidad relevante en la consecución, conservación y ascenso en el empleo, y, para ello, sirve de medio para la adaptación y readaptación profesional. Tal acción afirmativa cumple los criterios de necesidad, idoneidad y proporcionalidad cuando se aplica frente a los trabajadores que, por su condición de discapacidad, pueden encontrar barreras para acceder, permanecer o ascender en el empleo y tales barreras pueden ser superadas por el empleador haciendo ajustes razonables.

Las anteriores sentencias son ejemplos claros de cómo a través del poder judicial se incentiva a la sociedad colombiana para la aplicación de acciones que permitan fomentar la integración de personas que se encuentren en situación de discapacidad, generando así cambios notables en el modo de cómo se concibe la realidad desde un ámbito inclusivo

2. Intervención del Estado para garantizar las acciones afirmativas a través de políticas públicas.

El Estado Colombiano, a través de la legislación, la jurisprudencia y las políticas públicas, garantiza la satisfacción de derechos de las personas discapacitadas, en aras de reducir las

desigualdades acaecidas en situaciones gremiales que puedan darse en relación con este grupo poblacional.

Por medio del “*Registro para la Localización y Caracterización de las Personas en situación de discapacidad RLCPD*”, se busca adjuntar información en relación con este grupo poblacional, para así organizarla de acuerdo al territorio en el cual se encuentren, esto con el fin de planificar políticas públicas demarcadas en cada región, adecuándose a las necesidades de estos individuos, con base a esto, el “*RLCPD*”:

Es un sistema de Información que permite recolectar información continua y actualizada de las personas en situación de discapacidad, para localizarlas y caracterizarlas en los departamentos, distritos, municipios y localidades del país. Esto con el fin de disponer de la información a nivel nacional para el apoyo al desarrollo de planes, programas y proyectos orientados a la garantía de los derechos de las personas en situación de discapacidad en Colombia. Es además una herramienta de tipo estadístico, que permite contar con información permanente y actualizada sobre la situación de discapacidad en Colombia en el marco del funcionamiento del Sistema Nacional de Discapacidad, permitiendo la formulación y reformulación de la política pública en discapacidad. (Ministerio de Salud, SF)

De forma análoga, se pretende salvaguardar territorialmente, los derechos y deberes de las personas en situación de discapacidad, en el entendido de avanzar en la construcción de políticas públicas que se encuentren adaptadas a la prestación de servicios económicos, culturales, laborales y políticos a aquellas personas que se encuentren en diversidad funcional. Es así como, esta intervención puede evidenciarse a través del trabajo conjunto entre el Estado Colombiano y el **Grupo de Enlace Sectorial –GES⁷**, donde se dispone una serie de documentos los cuales están relacionados con el tema de interés, ahora bien, solo se desarrollarán dos de estos escritos, pues allí se establece la evolución dada de acuerdo a los procesos que buscan la satisfacción de los derechos de personas que se encuentren en tal situación.

En concordancia con lo dispuesto anteriormente, se presenta “*la Política Pública Nacional de Discapacidad e Inclusión Social*”, donde se busca asegurar el goce pleno de los derechos y

⁷ (...) Son la instancia técnica de construcción, concertación y coordinación interinstitucional de planes, proyectos y programas del Consejo Nacional de Discapacidad, CND, bajo la coordinación de este, a través de la Secretaría Técnica del mismo, con la participación de la sociedad civil de la discapacidad, ratificados por la Ley 1145 de 2007. (Ministerio de Salud y Protección Social. SF. Definición 3)

el cumplimiento de los deberes de las personas en situación de discapacidad, sus familias y cuidadores para el periodo 2013 – 2022. (Ministerio de Salud y Protección Social, 2014) Así las cosas, dentro de este documento se pretende proteger pilares de “discriminación positiva”, por tanto, cada caso es particular, desde el sujeto en situación de discapacidad, como su núcleo familiar y social, por ello se:

(...) detalla el proceso metodológico, conceptual y programático desarrollado de forma participativa, intersectorial y concertada para la construcción de la Política Pública Nacional de Discapacidad e Inclusión Social y suministra los lineamientos a ser tenidos en cuenta por el territorio nacional para la implementación, con el fin de garantizar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos y libertades para todos los colombianos con discapacidad. (Ministerio de Salud y Protección Social, SF).

En segundo lugar, se desarrolla el documento CONPES SOCIAL 166, el cual hace referencia a la “Política Pública Nacional de Discapacidad e Inclusión Social”, por medio de la cual se recrea la forma de la “Política Pública Nacional de Discapacidad” establecida en el Documento CONPES 80 de 2004, por tanto, se ve la necesidad de acondicionar y poner como precedente:

Los principios de respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, la independencia de las personas, la no discriminación, la participación e inclusión plena y efectivas en la sociedad, el respeto por la diferencia y la aceptación de las personas en situación de discapacidad como parte de la diversidad y la condición humana, la igualdad de oportunidades, la accesibilidad, la igualdad entre hombre y la mujer y el respeto a la evolución de las facultades de los niños y las niñas con discapacidad y de su derecho a preservar su identidad. (CONPES, 2013)

El Estado Colombiano a lo largo de la historia ha ido evolucionando en su intervención para superar aquellas dificultades y desigualdades donde se encuentren involucradas las personas en situación de discapacidad, es así como se busca implementar una estrategia de fortalecimiento del Sistema Nacional de Discapacidad –SND, con el fin de mejorar la participación de las organizaciones de personas con diversidades funcionales en cada uno de los niveles de este Sistema. Es así como por medio de este plan se elaboró una cartilla sobre “*Las Organizaciones Sociales y los Procesos de Incidencia y Participación y Gestión en el marco del Sistema Nacional de Discapacidad SND*” la cual tiene una ideología social, con el

fin de incentivar la participación de las personas en situación de discapacidad, dentro de las organizaciones no gubernamentales, del territorio colombiano”. (Ministerio De Salud Y Protección Social, 2016)

El constituyente establece en La Constitución Política de 1991, que Colombia es un Estado Social de Derecho, es por esto que, por medio de las acciones afirmativas se debe crear políticas públicas, en aras de proteger a la población discapacitada, pretendiendo con ello, minimizar condiciones de desigualdad. Así las cosas, el Legislador tiene el deber de crear mecanismos que impulsen de forma excepcional la igualdad de oportunidades.

Ahora bien, las instituciones públicas tienen el deber de adaptar o ajustar las actividades laborales realizadas por personas en situación de discapacidad, siempre que a estos se les vea afectados sus derechos, respetando así los principios consagrados dentro de la función administrativa (artículo 209 C.POL), así lo establece la **Sentencia SU 388:**

De esta manera, los procesos de reestructuración pueden tener intensidades distintas cuyos efectos se reflejan también en escalas distintas. Pero en ningún caso puede perderse de vista que esos procesos repercuten en dos sectores bien definidos. De un lado inciden en la comunidad en general, quien es la destinataria final de la prestación de un servicio o del cumplimiento de una función administrativa. Por el otro, los ajustes institucionales tienen consecuencias directas en los trabajadores de la entidad a la que se aplica una medida de reestructuración. Tal circunstancia exige entonces que las autoridades obren con la mayor diligencia con miras a salvaguardar al máximo los derechos e intereses legítimos de unos y otros. (Corte Constitucional de Colombia, 2005)

Es así como, las instituciones públicas deben inhabilitar e impedir que se lleve a cabo medidas que impliquen una discriminación negativa hacia estos individuos, por tanto, se busca garantizar la protección de sus derechos. Así pues, al establecer políticas públicas de naturaleza legislativa, administrativa, etc., se debe propender por afianzar estas medidas desde un movimiento social e individual, el cual promueva la integración de este grupo colectivo de manera acertada dentro de la sociedad. Esto en relación con lo previsto en **la Sentencia C 606:**

(...) Por ende las personas en situación de discapacidad deben ser tuteladas en primer lugar (i) mediante la prohibición de medidas negativas o restrictivas que constituyan obstáculos o barreras para hacer efectivos sus derechos; y en segundo término (ii) mediante medidas de acción positiva o acciones afirmativas de tipo legislativo, administrativo o de otra índole

que sean pertinentes para hacer efectivos los derechos de dicho colectivo de personas. En este último caso dichas medidas no deben ser entendidas como una forma de discriminación, sino como una preferencia que tiene como fin promover la integración social o el desarrollo individual de las personas en situación de discapacidad para su integración efectiva en la sociedad. (Corte Constitucional de Colombia, 2012)

En relación con el artículo 13 de la Constitución Política de 1991, el cual busca asegurar las condiciones de igualdad en el territorio colombiano, se puede puntualizar en el deber que tiene el Estado por desarrollar acciones que comprendan la erradicación de cualquier tipo de discriminación hacia personas con discapacidad. Esto, como se ha ido comprendiendo y desarrollando frente a la intervención del Estado en temas de desigualdad; adicionalmente, se puede enmarcar que según la Sentencia T 684 A, se reitera que:

(...) La discriminación sobre la población en situación de discapacidad es especialmente marcada en el ámbito laboral, por lo cual, resulta indispensable que el Estado adopte y ejecute acciones afirmativas en esta órbita. El Estado está en la obligación de realizar todas las acciones posibles que permitan igualar las condiciones de acceso laboral de dichas personas. (Corte Constitucional de Colombia, 2011)

La política pública mencionada, permite reflejar la materialización de los fines del Estado, principalmente la igualdad, donde, a través de la participación de actores sociales y políticos se crea un trabajo conjunto, para la implementación de parámetros y acciones en aras de erradicar las barreras que padecen las personas discapacitadas.

3. Acciones afirmativas orientadas a la superación de las desigualdades de las personas en situación de discapacidad en el ámbito de la contratación estatal:

Como se ha mencionado anteriormente, el Estado Social de Derecho tiene el deber de actuar como promotor de los derechos fundamentales de los ciudadanos, por lo que, a través de leyes, políticas y jurisprudencia, busca satisfacer los fines plasmados por el constituyente:

Artículo 2: Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y **garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución**; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica

y la vigencia de un orden justo. (Negrita fuera de texto) (Asamblea Nacional Constituyente, 1991)

Para garantizar el cumplimiento de los fines esenciales de la Nación, el Estado se vale de una serie de herramientas tal como lo es la contratación pública, que se encuentra regida por los principios de la función pública delimitados por la Constitución:

Artículo 209: La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.

Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley.

De tal modo, la contratación pública está orientada a satisfacer el interés general y propender por disminuir las barreras y necesidades de los ciudadanos de conformidad con los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad, y publicidad, en ese sentido la **Sentencia C-713** dispuso que:

El fin de la contratación pública en el Estado Social de Derecho está directamente asociado al cumplimiento del interés general, puesto que el contrato público es uno de aquellos instrumentos jurídicos de los que se vale el Estado para cumplir sus finalidades, hacer efectivos los deberes públicos y prestar los servicios a su cargo, con la colaboración de los particulares a quienes corresponde ejecutar, a nombre de la administración, las tareas acordadas. **(Corte Constitucional de Colombia, 2009)**

A su vez, **La Ley 80** “Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública” en su artículo 3 hace alusión a que las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales y la efectividad de los derechos de los ciudadanos a través de la contratación pública, en concordancia con la Constitución Política. Además, en el artículo 23 de esta norma se refiere a los principios de transparencia economía, responsabilidad y cita los postulados que regula la función pública. **(Congreso de la República de Colombia, 1993, Artículos 3; 23)**

Por tanto, la contratación estatal como instrumento para satisfacer las necesidades de los administrados, debe propender porque todas las personas sin importar sus condiciones tengan acceso a esta, en cumplimiento de los principios constitucionales y, principalmente la igualdad como valor que fundamenta el ordenamiento jurídico colombiano:

(...) A propósito de la consagración legal del principio de transparencia y del deber de selección objetiva, la administración está obligada constitucional (art. 13 C.P.) y legalmente (arts. 24, 29 y 30, Ley 80 de 1993) a garantizar el derecho a la igualdad de los oferentes o competidores. [...] Por virtud de esta garantía, [...] (1) Las condiciones deben ser las mismas para todos los competidores y (2) Debe darse preferencia a quien hace las ofertas más ventajosas para la administración. (Corte Constitucional de Colombia, 2002)

Si bien, el principio de igualdad no está expreso dentro del Estatuto de Contratación, la Corte ha fijado una serie de parámetros que permiten inferir su materialización en esta área del derecho público, a través de la **Sentencia C-862:**

En tal virtud, la jurisprudencia constitucional ha reconocido que el principio de igualdad en la contratación administrativa puede concretarse, entre otras, en las siguientes reglas: i) todos los interesados tienen el derecho a ubicarse en igualdad de condiciones para acceder a la contratación administrativa, ii) todas las personas tienen derecho a gozar de las mismas oportunidades para participar en procesos de selección de contratistas, iii) los pliegos de condiciones, los términos de referencia para la escogencia de los contratistas y las normas de selección deben diseñarse de tal manera que logren la igualdad entre los proponentes, iv) el deber de selección objetiva del contratista impone evaluación entre iguales y la escogencia del mejor candidato o proponente y, v) **los criterios de selección objetiva del contratista y de favorabilidad de las ofertas no excluye el diseño de medidas de discriminación positiva o acciones afirmativas en beneficio de grupos sociales tradicionalmente discriminados.** (Negrita fuera de texto) (Corte Constitucional de Colombia, 2008)

Aun cuando la contratación pública tiene como fin propender porque todos los interesados en participar en procesos contractuales se encuentren en igualdad de condiciones, a través de la fijación de estándares objetivos de selección, el numeral v) de las reglas fijadas por la Sentencia citada hace alusión a la discriminación positiva como medida para favorecer a grupos marginados.

Es así como, a través de las acciones afirmativas no se contraría el principio constitucional de la igualdad, en razón a que no es posible tratar igual a los desiguales; la discriminación positiva tiene la finalidad de permitir que ciertos sectores de la sociedad, tradicionalmente discriminados como lo son las PCD puedan acceder en las mismas condiciones a los procesos contractuales de las entidades estatales.

En el caso concreto, para las PCD, como se manifestó en capítulos anteriores, la Ley 1618 de 2013, determinó unas condiciones de favorabilidad para esta población en los procesos de contratación estatal. Para lo cual, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y el Departamento Nacional de Planeación, expidió el **Decreto 392**, donde se consagra qué:

ARTÍCULO 1. Adiciónese la Subsección 2 de la Sección 4 del Capítulo 2 del Título 1 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 1082 de 2015, la cual tendrá tres nuevos artículos con el siguiente texto:

"ARTÍCULO 2.2.1.2.4.2.6. Puntaje adicional para proponentes con trabajadores con discapacidad. En los procesos de licitaciones públicas y concursos de méritos, para incentivar el sistema de preferencias a favor de las personas con discapacidad, las entidades estatales deberán otorgar el uno por ciento (1%) del total de los puntos establecidos en el pliego de condiciones, a los proponentes que acrediten la vinculación de trabajadores con discapacidad en su planta de personal, de acuerdo con los siguientes requisitos: (...) **(Presidencia de la República de Colombia, 2018)**

El propósito de este Decreto, fue incentivar a los proveedores del Estado a contratar a personas en situación de discapacidad, a través de la asignación de un puntaje adicional cuando dentro de su nómina cumplen con los siguientes criterios:

Número total de trabajadores de la planta de personal del proponente	Número mínimo de trabajadores con discapacidad exigido
Entre 1 y 30	1
Entre 31 y 100	2
Entre 101 y 150	3
Entre 151 y 200	4
Más de 200	5

Fuente: Presidencia de la República de Colombia, 2018.

Una vez adjudicado el contrato, el contratista o proveedor tiene el deber de mantener en su nómina laboral a las personas en situación de discapacidad, hasta la finalización de la relación contractual. De lo contrario, la parte contratante tiene la facultad para declarar el incumplimiento del contrato conforme a los criterios y principios del Estatuto de Contratación.

La norma mencionada busca crear mecanismos para la inclusión de personas discapacitadas, sin embargo, esta herramienta ha sido considerada inoperante, en razón a que es potestad de la entidad incluir estos criterios de desempate.

(...) es válido decir que, aunque la norma estipula Acciones Afirmativas a favor de discapacitadas por vía de regla de desempate, tal mecanismo es insuficiente e ineficaz debido a que como ya lo explicamos, es improbable que una Entidad que encuentre ofertas en igualdad de condiciones, llegue a preferir a un proponente por el hecho de que tal tiene vinculado personal con discapacidad. (Aristizábal y Navarro, 2012)

Esta disposición normativa permite de cierto modo incrementar las oportunidades laborales de las PCD, sin embargo, no hace referencia a como una persona con limitaciones físicas o mentales pueda acceder directamente a la contratación pública, es decir, no se fijan criterios para que esta población sea parte contractual dentro de las relaciones con el Estado. Además, tampoco determina incentivos o mayores garantías para contratistas que dentro de sus propuestas técnico económicas ofrezcan complementos adicionales para favorecer a las PCD.

Por ejemplo, en un proceso licitatorio para contratar equipos de cómputo, el proveedor que ofrezca productos con características que permitan acceder a estos a las personas discapacitadas debería tener ventaja sobre los demás oferentes.

Por otro lado, una vez realizado el rastreo de normativa a favor de las PCD en materia de contratación estatal, es posible determinar que son pocas las acciones implementadas por el legislador a favor de esta población a comparación de otras áreas, sin embargo, la Corte Constitucional ha indicado que si bien no están plasmadas de forma expresa dentro de la norma, las autoridades administrativas tienen la potestad de implementarlas dentro de sus procesos contractuales, siempre y cuando cumplan con los siguientes criterios: (...) “la concurrencia efectiva de prácticas discriminatorias, ii) si la diferencia de trato establecida con la acción afirmativa es razonable y proporcional y, iii) que sea temporal”. (Corte Constitucional de Colombia, 2007, Sentencia C-932)

Es importante resaltar que, en la ciudad de Medellín el concejo municipal sancionó el Acuerdo 016 “Por medio del cual se establecen los lineamientos de compra pública innovadora, sostenible y socialmente responsable del municipio de Medellín y su conglomerado” a través del cual desarrolló una serie de lineamientos para los procesos de compras públicas en el municipio de Medellín y el conglomerado público, con el fin de garantizar la adquisición de bienes y servicios que sean amigables con el medio ambiente, innovadores y propender por el goce efectivo de los derechos de las personas en situación de vulnerabilidad. (Concejo de Medellín, 2020)

Es así como, a través del mencionado Acuerdo, se establecen criterios para cubrir las necesidades y promover la igualdad de oportunidades para aquellos grupos sociales históricamente marginados, siendo esto un claro ejemplo de la implementación de acciones afirmativas en la contratación estatal, donde se hace mención a las personas discapacitadas:

ARTÍCULO 22. DESCRIPCIÓN DEL EJE: La compra pública socialmente responsable (CPSR), es la satisfacción de las necesidades mediante la adquisición de bienes y servicios que permitan la adopción de medidas, criterios y la implementación de buenas prácticas que promuevan la igualdad de oportunidades, la generación de empleos dignos y las compras públicas con enfoque diferencial y de género para población en condición, situación o posición de vulnerabilidad social, **como las personas en condición de discapacidad**, la población LGTBIQ+, afrodescendiente, indígena, víctimas del conflicto armado, personas

pospenadas, migrantes, jóvenes, población campesina, mujeres víctimas de violencia basada en género y/o jefas de hogar y personas mayores. (Negrilla fuera de texto) (Concejo de Medellín, 2020)

Así las cosas, de conformidad con el principio de igualdad y los preceptos de la contratación pública, las entidades estatales tienen más que el deber, la obligación de implementar los mecanismos idóneos para incluir a las PCD dentro de sus procesos contractuales y laborales. Además, encaminar su accionar a la satisfacción de las necesidades de esta población marginada por la sociedad.

CONCLUSIONES.

A través de la implementación de acciones afirmativas, de conformidad con el artículo 13 Constitucional, surge una transformación del concepto de igualdad, donde se propende por generar mecanismos que permitan a personas en condiciones desfavorables, gozar de sus derechos en igual medida que el resto de la sociedad. En ese sentido, se habla de una discriminación positiva, por medio de la cual se les conceden una serie de dadas o beneficios a quienes lo necesitan para garantizar un adecuado equilibrio.

Se evidencia entonces que, a raíz del bloque de constitucionalidad, Colombia cuenta con una amplia normativa a favor de las PCD, además, goza de numerosos fallos jurisprudenciales donde se refleja los derechos de esta población en diferentes ámbitos de la vida en sociedad.

Ahora bien, para la materialización de los fines del Estado, y el cumplimiento de la norma, el Gobierno emplea la contratación estatal para la satisfacción de las necesidades y erradicación de barreras a favor de los habitantes en condición de discapacidad, propendiendo por el cumplimiento de los principios constitucionales, principalmente la igualdad.

Sin embargo, la legislación nacional no ha desarrollado en gran medida acciones afirmativas tendientes a la satisfacción de derechos e inclusión de las personas discapacitadas, en el ámbito de la contratación estatal, puesto que como se mencionó anteriormente son pocas las normas que refieren a ello, generando así un vacío legal en esta materia.

De conformidad con pronunciamientos de la Corte Constitucional, las entidades públicas tienen la potestad de incluir acciones afirmativas proporcionales, que cumplan los criterios legales, para la garantía de derechos de personas discapacitadas. No obstante, se plasma como una libre disposición para estas entidades, causando así que muchas de ellas no le den la importancia del caso, dejando de lado su aplicación.

Un ejemplo de lo anterior, es el Acuerdo Municipal 016 de 2020, donde el Distrito Especial de Medellín, creó una serie de medidas para las entidades estatales que permitirán la adecuada implementación de acciones afirmativas en materia de compra pública, a través de las cuales se propenderá por la adquisición de bienes y servicios accesibles para toda la población sin importar su condición.

Finalmente, si bien Colombia ha reconocido a través de leyes y jurisprudencia las acciones afirmativas para personas en situación de discapacidad, aún hay una gran brecha de desigualdad en diferentes ámbitos, incluso para acceder a las instituciones del Estado, causando incertidumbre respecto a cómo satisfacer los derechos de forma adecuada e idónea en favor de esta población.

REFERENCIAS.

- Aristizábal Villa, D.R, Navarro Pérez, E.R. (2012) *Las Acciones Afirmativas En La Gestión Contractual Del Estado. Su Implementación Por Parte Del Departamento De Santander En Las Convocatorias Públicas Adelantadas En Vigencia Del Decreto 734 Del 2012.* (Tesis de Pregrado) Universidad Industrial de Santander. Recuperado de: <http://tangara.uis.edu.co/biblioweb/tesis/2012/146795.pdf>
- Asamblea General de la ONU. “*Declaración Universal de los Derechos Humanos*”. “*Naciones Unidas*”, 217 (III) A, (1948). Recuperado de: <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>
- Asamblea Nacional Constituyente. Constitución Política de la República de Colombia, (20 de julio de 1991), artículos 2; 13; 47; 54; 209.
- Colombia Compra Eficiente, (2018). *Manual para el manejo de los incentivos en los Procesos de Contratación.* Recuperado de: https://colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_documents/cce_manual_manejo_incentivos.pdf
- Concejo de Medellín. (23 de noviembre de 2020) Acuerdo 016, Por medio del cual se establecen los lineamientos de compra pública innovadora, sostenible y socialmente responsable del municipio de Medellín y su conglomerado. Artículo 22.
- Congreso de la República de Colombia. (10 de Julio de 2007) Ley 1145, Por medio de la cual se organiza el Sistema Nacional de Discapacidad y se dictan otras disposiciones.
- Congreso de la República de Colombia. (23 de diciembre de 1988) Ley 82, Por medio de la cual se aprueba el Convenio 159 sobre la readaptación profesional y el empleo de personas inválidas, adoptado por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo en su 69a. reunión, Ginebra, 1983.
- Congreso de la República de Colombia. (23 de septiembre de 2004) Ley 909, Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones.

Congreso de la República de Colombia. (25 de mayo de 2019) Ley 1955, Por El Cual Se Expide El Plan Nacional De Desarrollo 2018-2022 Pacto Por Colombia, Pacto Por La Equidad.

Congreso de la República de Colombia. (27 de febrero de 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. Artículo 17.

Congreso de la República de Colombia. (28 de octubre de 1993) Ley 80, Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Artículos 3; 23; 24; 29 y 30.

Congreso de la República de Colombia. (31 de julio de 2002) Ley 762, 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 de Colombia. (31 de julio de 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 la Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006. Artículo 5.

Congreso de la República de Colombia. 11 de febrero de 1997) Ley 361, Por la cual se establecen mecanismos de integración social de las personas en situación de discapacidad y se dictan otras disposiciones. Artículos 4; 27.

Consejo Nacional de Política Económica y Social, (2013). *Política Pública Nacional De Discapacidad E Inclusión Social*. Recuperado de: <https://discapacidadcolombia.com/phocadownloadpap/GOBIERNO/CONPES%20No.%20166%20de%202013%20DISCAPACIDAD%20E%20INCLUSION%20SOCIAL.pdf>

Convención Sobre Los Derechos De Las Personas Con Discapacidad De Las Naciones Unidas. (SF) *Convención Sobre Los Derechos De Las Personas Con Discapacidad*. Recuperado de: <https://www.un.org/esa/socdev/enable/documents/tccconvs.pdf>

Corte Constitucional de Colombia, Sala Octava de Revisión. (05 de julio de 2018) Sentencia T-257, M.P, José Fernando Reyes Cuartas.

Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena (07 de octubre de 2009) Sentencia C 713, M.P, María Victoria Calle Correa.

Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena, (08 de noviembre de 2007) Sentencia C-932, M.P, Marco Gerardo Monroy Cabra.

Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena, (20 de mayo de 2003) Sentencia C-401, M.P, Álvaro Tafur Galvis.

Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena. (13 de abril de 2005) Sentencia SU- 388, M.P, Clara Inés Vargas Hernández.

Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena. (01 de agosto de 2012) Sentencia C-606, M.P, Adriana María Guillén Arango.

Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena. (02 de noviembre de 2011) Sentencia C-824, M.P, Luis Ernesto Vargas Silva.

Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena. (03 de septiembre de 2008) Sentencia C-862, M.P, Marco Gerardo Monroy Cabra.

Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena. (12 de abril de 2005) Sentencia C-381, M.P, Jaime Córdoba Triviño.

Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena. (21 de abril de 2010) Sentencia C-293, M.P, Nilson Pinilla Pinilla.

Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena. (21 de octubre de 2003) Sentencia C-964, M.P, Fernando Alberto Barros Rodríguez.

Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena. (22 de octubre de 2002) Sentencia C-887, M.P, Clara Inés Vargas Hernández.

Corte Constitucional de Colombia, Sala Segunda de Revisión. (08 de abril de 2011) Sentencia T-684 A, M.P, Mauricio Gonzales Cuervo.

Corte Constitucional de Colombia, Sala Sexta de Revisión. (02 de octubre de 2012) Sentencia T-762, M.P, Nilson Pinilla Pinilla.

Corte Constitucional de Colombia, Sala Tercera de Revisión. (05 de julio de 1995) Sentencia T-288, M.P, Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. (11 de noviembre de 2020) Sentencia SL-5109, M.P, O. Á. M. A.

Gómez, N. E; Montenegro, G (Julio- diciembre, 2017) *Discapacidad, empleo y pobreza*. Revista CES Derecho, 08 (2) Recuperado de: http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2145-77192017000200001

Hernández Sampieri, R, Fernández Collado, C, Baptista Lucio, M. (2014). *Metodología de la Investigación*. 6ta. Edición. McGRAW-HILL / INTERAMERICANA EDITORES S.A DE C.V, p.16,92.

Ministerio de Salud y Protección Social, (2014). *Política Pública Nacional De Discapacidad E Inclusión Social 2013-2022*. Recuperado de: <https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/DE/PS/politica-publica-discapacidad-2013-2022.pdf>

Ministerio de Salud y Protección Social, (2016). *Las Organizaciones Sociales y los Procesos de Incidencia y Participación y Gestión en el marco del Sistema Nacional de Discapacidad SND*. Recuperado de: <https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/DE/PS/cartilla-fortalecimiento-organizaciones-sociales.pdf>

Ministerio de Salud y Protección Social, SF. *Abecé De La Discapacidad*. Recuperado de: <https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/DE/PS/abece-de-la-discapacidad.pdf>

Ministerio de Salud y Protección Social, SF. *Grupos de Enlace Sectorial – GES*. Recuperado de: <https://www.minsalud.gov.co/proteccionsocial/promocion-social/Discapacidad/Paginas/grupos-enlace-sectorial.aspx>

Ministerio de Salud y Protección Social, SF. *Política Pública Nacional de Discapacidad e Inclusión Social*. Recuperado de: <https://www.minsalud.gov.co/proteccion-social/promocion-social/Discapacidad/Paginas/politica-publica.aspx>

Ministerio de Salud, (2020). *Boletines Poblacionales: Personas en situación de discapacidad -PCDI Oficina de Promoción Social I*. Recuperado de: <https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/DE/PS/boletines-poblacionales-personas-discapacidadI-2020.pdf>

Organización Internacional del Trabajo. (1995) *Recomendación sobre la adaptación y la readaptación profesionales de los inválidos*. Recuperado de: https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:55:0::NO::P55_TYPE,P55_LANG,P55_DOCUMENT,P55_NODE:REC,es,R099,/Document

Presidencia de la República de Colombia. (26 de febrero de 2018) Decreto 392, Por el cual se reglamentan los numerales 1, y 8 del artículo 13 de la Ley 1618 de 2013, sobre incentivos en Procesos de Contratación en favor de personas con discapacidad. Artículo 1.

Presidencia de la República de Colombia. (26 de mayo de 2015) Decreto 1072, Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Trabajo.

Presidencia de la República de Colombia. (26 de mayo de 2015) Decreto 1066, Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo del Interior.

Presidencia de la República de Colombia. (26 de mayo de 2015) Decreto 1083, Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública. Artículo 2.2.12.2.1

Presidencia de la República de Colombia. (30 de abril de 2012) Decreto 884, Por medio del cual se reglamenta la Ley 1221 de 2008 y se dictan otras disposiciones.

RAE, (2020). *Discapacidad*. Recuperado de: <https://dpej.rae.es/lema/discapacidad#:~:text=Adm.,ejercicio%20efectivo%20de%20sus%20derechos>.

Real Academia Española. (2014). Diccionario de la lengua española (23ª ed.).

Rojas Fierro, L.M. (14 de noviembre de 2020) *El Modelo Social De Discapacidad, Historia Y Análisis Desde La Legislación Colombiana*. (Tesis de Pregrado) Universidad Antonio Nariño. Recuperado de: <http://repositorio.uan.edu.co/handle/123456789/2050>

Secretaría Distrital de Gobierno. SF. *Enfoque diferencial*. Recuperado de: <https://www.gobiernobogota.gov.co/transparencia/informacion-interes/glosario/enfoque-diferencial#:~:text=Se%20entiende%20como%20el%20%E2%80%9Cm%C3%A9todo,la%20respuesta%20institucional%20y%20comunitaria%E2%80%9D>.

Seonae, J.A. (2011). *¿Qué Es Una Persona Con Discapacidad?* Recuperado de: <http://sitios.dif.gob.mx/cenddif/wp-content/Archivos/BibliotecaDigital/QueEsUnaPersonaConDiscapacidad.pdf>

Sowell, T. (2005). *Affirmative action around the world*. Yale University Press. Recuperado de: <https://yalebooks.yale.edu/book/9780300107753/affirmative-action-around-world/>

Toboso Martín, M; Arnau Ripollés, M.S. (2008). *La Discapacidad Dentro Del Enfoque De Capacidades Y Funcionamientos De Amartya Sen*. Recuperado de: https://digital.csic.es/bitstream/10261/23277/1/MarioToboso-SoledadArnau_Araucaria_10-20.pdf. pp.67,68,69,70.

Vallejo, J. (febrero-abril, 2016) *Acciones Afirmativas en la Contratación Estatal en Colombia*. Pensamiento Jurídico, (46). 153–168. 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.

Ziliani, E. (2011) *La Accion Afirmativa En El Derecho Norteamericano*. (Tesis de Pregrado) Universidad de Buenos Aires. Recuperado de: <https://silo.tips/download/la-accion-afirmativa-en-el-derecho-norteamericano>