

ESTUDIOS JURÍDICOS DE GARANTIAS FUNDAMENTALES EN CASO DE NIÑOS EN SITUACIÓN DE DISCAPACIDAD – AUTISMO

ACCESO A LA SALUD COMO PRIMERA MEDIDA PARA GARANTIZAR UN EJERCICIO COMPLETO DE GARANTÍAS CONSTITUCIONALES-

María Clara Morales Sandoval¹

Resumen:

En este artículo se busca delimitar y especificar la relación entre discapacidad y justicia, desde la implementación del sistema jurídico colombiano, basando este enfoque en la perspectiva de Rawls y la teoría social de Martha Nussbaum, por medio de orientaciones interdisciplinarias de justicia, discapacidad y salud pública.

Entendiendo la discapacidad como un conjunto de condiciones, deficiencias y limitaciones en la actividad humana desde una aproximación primaria en la infancia, la comprensión que debe existir en las distintas formas de exclusión que afrontan los niños y niñas en situación de discapacidad esto dependiendo de una multiplicidad de factores que influyen en el desarrollo. El trabajo determina la importancia del acceso inmediato y oportuno al sistema de salud bajo el entendido de las notables limitaciones y privaciones de las que son objeto para el ejercicio pleno de sus derechos los niños y niñas en condición de discapacidad, la falta de mecanismos efectivos para garantizar un acceso efectivo a los servicios de salud como causa principal del déficit de protección constitucional que impide una

¹ Bogotá Colombia, febrero 26 de 1991, estudiante de decimo semestre de Derecho de la Universidad Católica de Colombia. maria.c.91@hotmail.com

desarrollo y un orden social lógico que permita integrar todos los componentes siquiera necesarios para garantizar un ejercicio pleno de los derechos y garantías especiales de las que gozan las personas en situación de discapacidad. Dentro del enfoque del trabajo se tomara como referencia a la población infantil con alguna discapacidad.

Abstract

This article tries to delimit and specify the relation between disability and justice in the implementation of the Colombia legal system. The analysis of the relation is based on Jhon Rawlss perspective and Martha Nussbaums social theory. It uses interdisciplinary conceptions of justice, disability, and public health.

In primary childhood approaches, disability is understood as a set of conditions, deficiencies, and limitations in normal human activity. It is important to have a good understanding of the different forms of discrimination that disabled kids face depending on the multiplicity of factors that affect their development. This article states the importance of oportune access to the health system, nothing that, under current circumstances, disabled kids` limitations are an obstacle to the full exercise of their rights. The lack of effective mechanisms for ensuring an oportune and useful access to health services is the main cause of disabled kids` development and precludes a logic social order in which disable people have access to at least the minimum conditions that guarantee a full exercise of their rights.

Palabras Claves: Discapacidad, salud, infancia, acceso, protección, mecanismos, Comparación.

Sumario.

Introducción. 1. Contextualización y Políticas Nacionales que Buscan Garantizar el Acceso a la Salud de la Niñez en Situación de Discapacidad. 2. Problemática del Acceso a la Salud de los Niños en Condición de Discapacidad Desde un Marco Legal y Jurisprudencial. 3. Fundamentabilidad del Derecho a la Salud, Alteración a la Equidad Social para Garantizar la Protección Especial. 3.1. Del Método de Comparación Aplicado al Contrato de Rawls y al Caso en Concreto. 3.2. De la Teoría Social de Marta Nussbaum. Conclusiones. Referencias, Bibliográfica.



Atribución-NoComercial 2.5 Colombia (CC BY-NC 2.5)

La presente obra está bajo una licencia:
Atribución-NoComercial 2.5 Colombia (CC BY-NC 2.5)

Para leer el texto completo de la licencia, visita:
<http://creativecommons.org/licenses/by-nc/2.5/co/>

Usted es libre de:

Compartir - copiar, distribuir, ejecutar y comunicar públicamente la obra
hacer obras derivadas



Bajo las condiciones siguientes:



Atribución — Debe reconocer los créditos de la obra de la manera especificada por el autor o el licenciante (pero no de una manera que sugiera que tiene su apoyo o que apoyan el uso que hace de su obra).



No Comercial — No puede utilizar esta obra para fines comerciales.

Introducción

Por mucho tiempo se ha empelado la teoría del contrato social en diversos aspectos permitiendo tener una noción más clara, amplia y compleja de las estructuras sociales y su funcionamiento. Para Rawls, la exclusión es causada por la forma en que el sistema institucional procesa los hechos de la naturaleza, con los que son favorecidos o no las personas y estos son denominados los bienes primarios, que son los bienes básicos indispensables para satisfacer cualquier plan de vida. Define que existen dos clases de bienes: los bienes primarios de tipo social directamente distribuidos por las instituciones sociales (la riqueza, las oportunidades, los derechos) y los bienes primarios de tipo natural no distribuidos directamente por las instituciones (talento, salud, inteligencia entre otros). Es por ello que los principios básicos de justicia defendidos por Rawls, aparecen como criterios destinados a aplicarse en relación con “la estructura básica de la sociedad”, que es el objeto primario, o más exactamente el modo en que las instituciones sociales más importantes distribuyen los derechos y deberes fundamentales (Bejar, 2005, pág. 3) .

Las teorías de justicia desarrollan programas de investigación y políticas para el desarrollo humano, con el fin de encontrar la totalidad de factores que intervienen al interior de una sociedad y de esta manera determinar cuáles son las atenciones primarias de cada grupo poblacional resultando diferentes unas y otras, por lo que al momento de ser estar aplicadas se requiere de diferenciar de manera puntual las necesidades más inmediatas; dentro de la población en situación de discapacidad definiéndolas como aquella personas que presentan deficiencias físicas, mentales o sensoriales y que al interactuar con distintos ambientes del entorno pueden impedir su participación plena y efectiva en igualdad de condiciones de los demás. Los niños y niñas con discapacidad enfrentan distintas formas de exclusión y están afectados por ellas en diversos grados, dependiendo de factores como el tipo de impedimento, el lugar de residencia y la cultura o clase a la cual pertenecen. (UNICEF, 2013, pág. 1).

1. Contextualización y Políticas Nacionales que Buscan Garantizar el Acceso a la Salud de la Niñez en Situación de Discapacidad.

La Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud -CIF, desarrollada por la Organización Mundial de la Salud -OMS, utiliza un enfoque “biopsicosocial”, y define la discapacidad, desde el punto de vista relacional, como el resultado de interacciones complejas entre las limitaciones funcionales (físicas, intelectuales o mentales) de la persona y del ambiente social y físico que representan las circunstancias en las que vive esa persona. La CIF Incluye deficiencias, limitaciones en la actividad y restricciones en la participación. Denotando los aspectos negativos de la interacción entre un individuo (con una condición de salud) y la de los factores contextuales individuales (factores ambientales y personales). (OMS, 2001).

Según estudios realizados se estima que una gran cantidad de la población tiene algún tipo de discapacidad funcional por lo que se vuelve indispensable crear protocolos de contingencia, (Autism Society of America, 2000), los trastornos se traducen y evidencian en el desarrollo de las áreas de comunicación verbal y no-verbal, las interacciones sociales y de la flexibilidad de la conducta y de los intereses. Dicho en palabras sencillas, las discapacidades y trastornos son un conjunto de características que afectan la capacidad de comunicarse y de relacionarse; además son un grupo de alteraciones o déficit del desarrollo de características crónica, que afectan de manera distinta a cada paciente. Se definen como una disfunción neurológica o física con fuerte base genética que desde edades tempranas se manifiesta (Ministerio Nacional de Salud, 2015).

Un estudio exploratorio realizado por la Doctora Marisol Moreno Angarita en el año 2010, Resalto los principales factores que impiden asegurar una vida digna para la población infantil con discapacidad, y apporto evidencia adicional que

corroborar la sospecha de que el no cumplimiento o satisfacción de los derechos de estas personas puede tener raíces en algunos aspectos sobre la forma como la normatividad concibe, por un lado, la justicia y, por otro, la discapacidad (Angarita, 2010, pág. 127). El estudio exploratorio se desarrolló, fundamentalmente, para justificar la intencionalidad que existe en la norma de protección especial, pero con el objeto de enfocar la problemática y debilidades de la normatividad colombiana en materia de discapacidad, desde una perspectiva de justicia. Esta orientación se basa en los aportes que han entregado los estudios en discapacidad, los cuales se han nutrido de herramientas desarrolladas en el área de la salud pública, específicamente se habla de la Clasificación Internacional del Funcionamiento, la Discapacidad y la Salud (CIF) (2001^a) de la OMS, de la cual existe una versión para niños y jóvenes (ICF.NJ)(OMS,2007).

Los niños y niñas con discapacidad enfrentan distintas formas de exclusión y están afectados por ellas en diversos grados, dependiendo de factores como el tipo de impedimento, el lugar de residencia y la cultura o clase a la cual pertenecen. Otro factor crucial es el género; de hecho, las niñas tienen menos probabilidades que los niños de recibir atención y alimentación, y más probabilidades de quedar excluidas de las interacciones y las actividades familiares. Las niñas y las mujeres jóvenes discapacitadas sufren de una “doble discapacidad”, no solo por los prejuicios y las desigualdades de que son víctimas muchas personas en sus mismas circunstancias, sino también por las limitaciones; según una estimación ampliamente utilizada, alrededor de 93 millones de niños –o sea, 1 de cada 20 niños menores de 14 años– vive con alguna discapacidad moderada o grave. Estas estimaciones mundiales son esencialmente especulativas. Por ejemplo, la anterior se emplea desde 2004. En general, provienen de datos de muy variada calidad y de métodos demasiado contradictorios para ser fiables. Con el propósito de ofrecer un contexto e ilustrar las cuestiones que son objeto de examen, en este informe se presentan los resultados de encuestas nacionales y de estudios independientes, si bien deben interpretarse con prudencia y no deben compararse

entre sí. El motivo es que las definiciones de discapacidad difieren de un lugar a otro y de una época a otra, al igual que el diseño, la metodología y el análisis de los estudios. En el capítulo 6 del presente informe se exponen estos temas, al igual que algunas iniciativas prometedoras para mejorar la calidad y la disponibilidad de los datos. (UNICEF, 2013)

En la actualidad, el número de países que cuentan con un esquema normativo completo y suficiente en materia de discapacidad son muy pocos, pero esto no quiere decir que dentro del plano internacional no se mantenga siempre a consideración los estudios y la estructura que se debe implementar para abarcar la discapacidad como un problema de salud pública, es más se ha implementado un discurso que ha consolidado todo un esquema de protección de las personas en condición de discapacidad, esto con el único objeto de buscar crear figuras positivas que permitían el mejoramiento de la calidad de vida de las personas con alguna discapacidad, volviéndose tendencia un discurso que busca atender todas estas necesidades desde la primera infancia fortaleciendo temas de salud, educación, subsistencia y factores sociales.

Colombia cuenta con un sistema normativo que se estructura en la protección de los Derechos inalienables de la personas y bajo este esquema encontramos normas en pro de la protección de sujetos de especial protección, como lo es el caso de los niños en condición de discapacidad, estas normas buscan de manera directa la atención integral de la primera infancia, en categorías de vital importancia como lo son la salud mental y la discapacidad, entre los que figuran: la Convención sobre los Derechos del Niño – Observación General No. 7 “Realización de los derechos del niño en la primera infancia”. Plan decenal de salud pública 2012-2021 “Dimensión de convivencia social y salud mental”; Ley 1098 de 2006 “Por el cual se expide el código de la infancia y la adolescencia”. CONPES 109 de 2007 “Política pública nacional de primera infancia “Colombia por la primera infancia”; Ley 1145 de 2007 “Por medio de la cual se organiza el Sistema Nacional de Discapacidad y se dictan otras disposiciones”; Ley 1346 de

2009 "Por medio de la cual se aprueba la "Convención sobre los Derechos de las personas con Discapacidad", adoptada por la Asamblea General de la Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006";Ley 1295 de 2009 "Por el cual se reglamenta la atención integral de los niños y las niñas de la primera infancia de los sectores clasificados como 1,2 y 3 del SISBEN"; Decreto 4875 de 2011 "Por el cual se crea la Comisión intersectorial para la Atención Integral a la Primera Infancia AIPI y la comisión Especial de seguimiento para la Atención Integral a la Primera Infancia"; LEY 1438 DE 2011 "Por medio de la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones, artículos 19 y 65;Ley estatutaria 1618 de 2013 "Por medio de la cual se establecen las disposiciones para garantizar el pleno ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad" ;Ley 1616 de 2013 por medio de la cual se expide la ley de Salud Mental y se dictan otras disposiciones; Circular externa 0017 de 2014 "Implementación de la Campaña nacional para el registro de las personas con trastornos del espectro autista", a realizarse del 1° al 30 de abril de 2014, como mecanismo para mantener actualizado el Registro de Localización y Caracterización de las Personas con Discapacidad - RLCPD, enfocado a los trastornos del espectro autista". En la constitución Política de Colombia de 1991 existe una normatividad operacionalizada en por lo menos 65 instrumentos jurídicos que buscan garantizar la inclusión social y la vida digna de la población con discapacidad (Moreno, 2007, pág. 25)

Si bien es cierto Colombia cuenta con un esquema normativo complejo, este mismo desconoce los principios de su aplicación y ejecución, pues no tiene en cuenta los diferentes factores sociales que determinan la implementación de un modelo normativo especial, Rawls genero un modelo de dos principios y un procedimiento. Los dos principios son: 1) el de la libertad y 2) el de la diferencia. El procedimiento se llama el velo de la ignorancia, por medio del cual se busca aceptar un sistema estructural social en donde sus preceptos principales fueran las iguales libertades básicas para todos, y de este mismo modo catalogar las

desigualdades como justas para todos, logrando proteger a los desprotegidos (Rawls J. , 1993) . Si tomamos a la igualdad como un concepto principal y premisa fundamental dentro de la organización estatal encontramos que este principio en si mismo se convierte en una fuerte base estructural para cumplir con los propósitos normativos, pero ahora, si entendiéndonos que la igualdad es sin duda el punto de partida para generar esquemas normativos compactos que entienden que no todos somos iguales y que es con base en esto que se deben implementar las leyes y normas, ¿porque en su aplicación se presentan falencias tan grandes?; John desde su teoría de la justicia, sostiene que la plena realización del ser humano deriva de la más completa integración de los individuos en su comunidad y es un sustento base para poder asegurar que es esa misma comunidad, quien se convierte en factor positivo o negativo en la restricción, Esto es desde la teoría de la justicia se precisa primero reconocer la discapacidad desde una categoría moral y política, para de esta manera repasar cuales son las acciones institucionales que se deben articular dentro del desarrollo social para lograr determinar las discapacidades pero dentro del mismo plano de su reconocimiento, haciendo más visible a las personas de manera que se evidencie que “persona” es alguien que participa en la vida social o cumple algún papel en ella, por tanto puede ejercer y respetar sus diversos derechos y deberes. Si la sociedad es vista como un sistema equitativo de cooperación, las personas pueden desempeñarse como miembros cooperativos. Un ciudadano entonces es aquel que puede ser un participante libre e igual durante toda una vida, que puede decidir y llevar adelante libremente el plan de vida que considere más atractivo. En otras palabras que tengan el derecho a tener derechos o participación de las actividades de las personas (Bèjar, 2005). Esto es también los criterios básicos reconocidos e implementados por Hobbes y Hume, e implica que si se juzga una sociedad tal cual como esta, su defensa debe ser directa. “tendría que tomar la forma de un argumento según el cual las grandes desigualdades resultarían consecuencia inevitable de la operación de disposiciones sociales con ventajas tales como la libertad, la seguridad o la prosperidad” (Barry, 1989, pág. 115)

Es por ello que cuando se habla de discapacidad dentro de un sistema normativo, se debe entender la participación activa de estas personas (en situación de discapacidad), entendiendo desde un marco jurídico que sus limitaciones si bien generan restricciones en el ejercicio de sus derechos, este ejercicio debe estar garantizado por mecanismos idóneos que permitan generar pautas de discriminación positiva dentro de la organización estatal y así generar medios de acceso más oportunos y garantizar el pleno ejercicio de los derechos.

Ahora, ya teniendo más claridad sobre la estructura general del enfoque de justicia e igualdad que se debe impartir en una organización social para buscar garantizar los derechos de las personas en situación de discapacidad, es necesario comenzar a explicar cuál es el Sistema General para la Atención Integral y Protección a Personas en situación de discapacidad, en esta ocasión se tomara como ejemplo la población con Trastorno del Espectro Autista (T.E.A.), en Colombia, en el año 2015 se inicia el proyecto de ley No. 083, por medio del cual se busca garantizar la atención integral y la protección de las personas con Trastorno del Espectro Autista (T.E.A.) y condiciones similares, que a su vez servirá para complementar las demás normas existentes sobre la materia – que buscan la atención primaria desde la primera infancia-. Además pretende establecer un régimen legal para las personas con diagnóstico de Trastorno del Espectro Autista (T.E.A.) y condiciones similares, basado en la estrategia Rehabilitación Basada en Comunidad (RBC), que fomente el diagnóstico temprano y oportuno, la intervención inmediata, protección de la salud, educación inclusiva en todos los niveles, capacitación, inserción laboral y social incluyendo cultura, recreación y deporte, así como fortalecimiento de organizaciones que trabajan en beneficio de esta población; Dentro del objetivo inicial de este proyecto de ley encontramos 3 elementos: 1) garantizar la atención integral y protección, 2) implementar un régimen legal especial fomentando un sistema oportuno de intervención, protección a la salud, educación, capacitación, inserción laboral y social, recreación deporte y 3) lograr una intervención integral de todas la esferas

sociales en pro de lograr un sistema más equitativo; la intención por la cual se toma como ejemplo a la población con diagnóstico de TEA, es lograr determinar que si bien las discapacidades distan una de otra los postulados para su atención inicial son similares y este se resume en una atención integral, además la población con autismo delimita de manera puntual el concepto de discapacidad debido a la configuración de la patología; se quiere mostrar cómo es en la ejecución la aplicación de estos postulados, dentro de un marco de justicia e igualdad, cuando los mecanismos que garantizar esta atención primaria son insuficientes y no representan una garantía directa, esto es, en la norma todo se encuentra detallado y bien estructurado casi resulta ser perfecto, pero en la aplicación y en la ejecución de estas medidas de protección se evidencian grandes problemáticas que impiden que en Colombia una persona con discapacidad, cuente con garantías si quiera mínimas de lograr una vida en condiciones dignas.

Existen declaraciones y documentos de organizaciones internacionales, sobre todo a partir de los años 90, dentro de los cuales se destacan: La Convención Internacional sobre Derechos del Niño de la ONU de 1989., Normas Uniformes sobre Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad de la ONU de 1994; es en virtud de estas convenciones es que los gobiernos de todo el mundo deben asumir las responsabilidades y adoptar posición que garanticen a los niños y niñas con discapacidad pueda gozar plenamente de todas las libertades y derechos fundamentales, sin discriminación, en igualdad de condiciones. (En febrero de 2013 habían ratificado la Convención sobre los Derechos del Niño 193 países y, adicionalmente, 127 países y la Unión Europea habían ratificado la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, entre estos países Colombia). Según la Doctora Marisol Moreno Angarita en su estudio, (Angarita, 2010, pág. 15) aunque los análisis comparativos sobre la legislación en materia de discapacidad indican que solo 45 países cuentan con leyes contra la discriminación y otras específicas para la discapacidad, internacionalmente existe

un conjunto importante de disposiciones dirigidas a salvaguardar los derechos de las personas con discapacidad entre las que se destacan: 1) la Declaración Universal de los Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas de 1948; 2) el Programa de Acción Mundial para los Impedidos de la ONU, 1982, el cual estableció el periodo 1983-1992 como Decenio de las Naciones Unidas para los Impedidos; 3) la Declaración Mundial sobre Educación para Todos: la Satisfacción de las Necesidades Básicas de Aprendizaje ONU, 1990; 4) la Declaración de Cartagena de Indias sobre Políticas Integrales para las Personas con Discapacidad en el Área Iberoamericana 1992 de la ONU; 5) las Normas Uniformes sobre Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad UNESCO de 1993; y 4) la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad de la Organización de Estados Americanos 1999 de la OEA,. En la Constitución Política de Colombia de 1991 existe una normatividad operacionalizada en por lo menos 65 instrumentos jurídicos que buscan garantizar la inclusión social y la vida digna de la población con discapacidad (Moreno, 2007) Algunos ejemplos importantes de estos instrumentos son las leyes 361 de 1997, 982 de 2005 y el Conpes 080 de 2004. Por otra parte, ANSER (2003), en su informe sobre Protección Constitucional y Derechos Fundamentales de las Personas Discapacitadas, del Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas (CIJUS), de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, identificó jurisprudencia que fundamenta el amparo y especial protección otorgados a las personas con discapacidad en el Estado Social de Derecho, mediante las sub-reglas definidas por la Corte Constitucional. Se abarcan los temas de seguridad social, educación, cuidado, trato especial, derechos políticos, prestación del servicio militar obligatorio y, finalmente, los relacionados con cada uno de los tipos de discapacidad existentes.

Esto es, a nivel general contamos con estructuras encaminadas a la protección de personas en situación de discapacidad y también esquemas autónomos que en particular buscan la integración de mecanismos o sistemas que establecen

protocolos prácticos para atender de manera puntual a la población con diagnóstico del espectro autista y la premisa de todos y cada uno de ellos es buscar que esta protección inicie desde la primera edad, iniciando con las pautas de protección que permitan un acceso eficaz y de calidad a la salud; pero esto a su vez debe estar confabulado con la aplicación teórica de lo que el contrato social refiere como desigualdades iguales, esto quiere decir pautas de discriminación positiva que entiende que esta población si bien ante los ojos de la ley cuenta con los mismos derechos, estos se deben garantizar bajo esquemas fuertes que permitan la implementación acertada desde la justicia social de Rawls esto es un modelo que incluya libertad ofreciendo al ciudadano un conjunto de libertades básicas similares para todos, permitiendo diferenciar en el sistema las igualdades, y el reconocimiento al principio de la diferencia que entiende que si bien todos ante los ojos de la ley somos iguales, también dentro de la sociedad existen miembros que se encuentran en desventaja, como lo es el caso de los niños con diagnóstico de Autismo.

Colombia aplica estas premisas e ideal normativo en la creación del régimen jurídico pero deja de un lado la realidad y se convierte en algo idílico, pues el sistema del estado no permite que la aplicación de estas pautas proteccionistas, pues se desconoce la misma deficiencia del sistema que en resumidas cuentas está en la forma y estructura del estado Colombiano. Se señala en la Sentencia T- 933 de 2013:

PERSONAS CON DISCAPACIDAD COMO SUJETOS DE ESPECIAL PROTECCION CONSTITUCIONAL-Protección nacional e internacional. Debido a la exclusión social que han tenido que soportar injustificadamente las personas en circunstancia de discapacidad, aunque tardíamente, han surgido grupos organizados de personas que se encuentran en esta situación y diferentes organizaciones en el mundo que se han comprometido con la defensa de sus derechos, lo cual se ha expresado en diferentes instrumentos internacionales y otros documentos con fuerza jurídica a través de los cuales se les exige a los Estados el reconocimiento de todas las garantías de esta población como plenos sujetos de derechos. Las personas que se encuentran en alguna circunstancia de discapacidad tienen una protección constitucional reforzada, de conformidad con los artículos 13 y 47 de la Carta y a la luz de la Convención -entre otros

instrumentos internacionales-, razón por la cual el Estado tiene el compromiso de adelantar acciones efectivas para promover el ejercicio pleno de sus derechos.

DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD DE PERSONAS EN SITUACION DE DISCAPACIDAD-Naturaleza y contenido. *En virtud del principio de dignidad humana, el derecho a la salud (i) no se limita al bienestar físico sino también al bienestar mental, social y emocional; (ii) es un derecho fundamental que permite la realización de otras garantías superiores como también el desarrollo integral del ser humano; y específicamente (iii) frente a la población con discapacidad el contenido del derecho al goce del más alto nivel posible de salud incluye la rehabilitación, cuyo fin es lograr la máxima independencia, capacidad física, mental, social y vocacional, y la inclusión y participación plena en todas las áreas de la vida de este grupo.*

[...] Ha planteado la necesidad de considerar medidas compensatorias para disminuir los impactos negativos que derivan de la discapacidad. Aunado a lo anterior, explicó que John Rawls ha planteado dentro de su teoría de la justicia, que la sociedad debe hacer unos ajustes para equiparar el impacto negativo que experimentan ciertos grupos desaventajados. Asimismo, Martha Nussbaum ha afirmado que en virtud del contrato social de derechos, el Estado debe realizar medidas en favor de ciertas personas, con la finalidad de evitar una mayor exclusión...

Se vuelve imperioso determinar los factores que impiden que estas premisas se configuren en la realidad normativa nacional y uno de los enfoques que se quiere dar por medio del presente artículo es determinar

2. Problemática del Acceso a la Salud De Los Niños en Condición de Discapacidad Desde un Marco Legal y Jurisprudencial.

Resumir esta problemática resulta ser bastante fácil, bajo los preceptos del Artículo 6 de la Ley 083- Una vez confirmado el diagnóstico, se deberá emitir la orden médica de forma pronta y oportuna para el tratamiento de rehabilitación integral individualizado y especializado para las personas dependiendo de su diagnóstico. Para ello se contará con los conceptos e indicaciones de profesionales experimentados (no estudiantes) tales como: fisiatría, terapia ocupacional, terapia física, terapia de lenguaje/fonoaudiología, neuropsicología, genética humana, gastroenterología, y educación especial entre otros. Lo anterior

a fin de impedir el deterioro cognitivo, físico y psicosocial del individuo; primer problema ¿cómo garantizar un diagnóstico oportuno dentro de un Sistema de salud con grandes falencias como lo es el colombiano?, en nuestro país no existen estudios o censos sobre la discapacidad, mucho menos estadísticas poblacionales que logren determinar de manera puntal el rango de las discapacidades. Algunos datos generales que se tienen indican por ejemplo que en Colombia existe un número aproximado de seis millones de personas con algún tipo de discapacidad física, sensorial, mental y cognitiva (DANE, 2016), Colombia no cuenta con cifras oficiales que establezcan la prevalencia en el país de manera siquiera aproximada de las discapacidades, por esta razón, el Ministerio de Salud y Protección Social lo incluyó en el Estudio Nacional de Salud Mental (Ministerio de Salud, 2013). Siendo una prioridad el diseño de programas terapéuticos personalizados para la rehabilitación de la persona T.E.A., en los cuales se involucre de manera efectiva tanto profesionales como familia. El trabajo se realizará a través de las diferentes EPS o IPS existentes al igual que se diseñará un programa de trabajo en casa, bajo la asesoría de profesionales. El tratamiento farmacológico será considerado como última opción en el proceso de rehabilitación. Esto es muestra fehaciente del desconocimiento sobre el cual se imparten las normas a nivel nacional, pues Colombia no cuenta con estadísticas o un censo que puedan ser aplicado en el territorio nacional y que permitan determinar de manera puntal las características de la población objeto de las normas, siendo esto de vital importancia para determinar factores y patrones claves en el desarrollo de estos programas.

No se cuenta con el soporte científico o estudio socio-jurídicos que determinen de manera detallada las problemáticas que deben afrontar en el día a día las personas con discapacidad, por lo que de ante mano y de entrada en la aplicación se está dejando de lado el modelo de Rawls. Otra de las grandes falencia se representa en la demora de un diagnóstico efectivo, de un grupo total de 10 pacientes con diagnóstico de autismo entre la edad de 15 y 21 años, solo el 0.01%

fue diagnosticado antes de los 3 años, el 10% después de los 5 y un 25% entre los 6 y los 8 años, Una encuesta en el Reino Unido identificó el retraso existente en el tiempo de diagnóstico del autismo, y reportó que un 60% de los padres identificaron síntomas sugestivos para la edad de los 18 meses, mientras que para ese momento solo en un 10% de los casos fue el personal de salud quien hizo la alerta y en un 7% de los casos fue la institución escolar, El plan nacional para el Autismo en la infancia del Reino Unido (United Kingdom National Autism Plan for Children - NAPC), identificó como factores que explican estos resultados: falla para reconocer los síntomas, negativa para admitir un problema, ausencia de una remisión oportuna, tiempos de espera prolongados para las remisiones, insuficiente capacitación del personal y evaluaciones aisladas por parte de los profesionales. (Ministerio de Salud. 2015). Ahora dentro de los factores identificados por Reino Unido, que impiden un diagnóstico oportuno del TEA, logramos también hacer evidentes las falencias de nuestro sistema con la diferencia que en Colombia no se encuentran estudios que indiquen de manera detallada las problemática que representa un diagnóstico oportuno.

En Colombia un niño o niña según protocolo de autismo del Ministerio de Salud, (2015) con diagnóstico de trastorno generalizado del desarrollo (Autismo), Requiere para tratar su patología: una intervención terapéutica denominada Terapia Integral de Rehabilitación ABA, que incluya Terapia Física, Terapia de Lenguaje, Terapia Comportamental y Terapia Ocupacional en ambiente natural; pero lo que de manera categórica desconoce el sistema de salud Colombiano es que muchos de estos tratamientos no se encuentran cubiertos por el Plan Obligatorio de Salud, por lo que y según la resolución 2251 de 2013 sin importar esta situación las entidades promotoras de salud deben garantizar mediante un Comité Técnico Científico se autoricen los tratamientos siempre y cuando estos encuentren soporte científico y el paciente así lo requiera, otra de las grandes falencias de nuestro sistema de salud pues los denominados C.T.S. no se han convertido en otra cosa sino en el mecanismo más práctico para que las EPS,

niegue servicios no POS, por lo que los usuarios del sistema de salud deben acudir a otros mecanismos en busca de que se le garantice los servicios en salud, situación que representa un seria problemática pues dificulta un acceso oportuno y de calidad a los servicios de salud.

La protección de los Derechos fundamentales, frente a la acción del legislador (Calero J. R., 2012, págs. 215,216) se servirán de las siguientes formulas: la aplicabilidad directa de la constitución sin que sea necesaria la intervención del legislador, la rigidez de la modificación constitucional que exige un procedimiento especial y agravado, el control de la constitucionalidad de las leyes. Ahora bien encontramos que si bien la fuente principal de la normatividad en Colombia es la legisladora esta no se puede aplicar de manera unilateral sin tener a consideración las garantías y tipos de protección que ofrece el poder ejecutivo y el judicial, encontrando en el primero las garantías y en el segundo los mecanismos judiciales.

Es así como encontramos en el ordenamiento jurídico presentes todos los mecanismos encaminados a la protección especial de la población infantil con discapacidad, como se evidencio en el estudio exploratorio realizado por (Angarita, 2010), mostro que la normatividad colombiana tenía unas tendencia que privilegiaban, ignoraban, restringían, distorsionaban o adicionaban algunos conceptos nucleares de las políticas para la atención a la población infantil con discapacidad; con estos hallazgos se puede identificar las problemáticas en la aplicación de la normatividad y entender la perspectiva de justicia de la norma para enfatizar en la dinámica cambiante de la sociedad promoviendo planos normativos que puedan ser aplicados de manera permanente; dentro del contexto colombiano en este punto encontramos el más importante quiebre para que en la práctica las garantías de la población infantil con discapacidad se vean gravemente afectas pues es precisamente la falta de compatibilidad entre las normas y los mecanismo, los que impide que el goce de un derecho fundamental como lo es el Derecho a la salud y su acceso no se encuentre o configure como

una política real de protección, pues los mecanismos distan muchos de la esencia de la norma en su aplicación, por medio de la ley estatutaria 1618, señala el derecho a la habilitación y rehabilitación integral de todas las personas con discapacidad indicando el derecho que les asiste de acceder a procesos de rehabilitación y habilitación, respetando sus necesidades y posibilidades, por medio de la Resolución No. 1479 del 2015 dentro de su Artículo 5 se regula lo referente a los comités técnicos científicos por medio de los cuales se busca que, los trámites de verificación y autorización de servicios queden a cargo de las empresas promotoras de salud y bajo este argumento el usuario quedara eximido de demostrar la necesidad del tratamiento que se requiere, pero en Colombia y en específico cuando se trata de un tratamiento de Autismo en la niñez, los comités científicos se desarrollan bajo una supuesta administrativa que consiste en oposición distinta a lo que busca la ley y la regulación en materia de protección a la salud, y esto es favorecer los intereses de las Empresas Promotoras de Salud, según la Sentencia C-316 de 2008 Expediente D 6927- Sala Plena Corte Constitucional, en acción pública de inconstitucionalidad, Magistrado ponente Dr. JAIME CORDOBA TRIVIÑO:

Es muy relevante señalar que el trámite ante el Comité Técnico Científico no se puede convertir en una barrera de acceso de las personas al servicio de Salud. El trámite ante el Comité es efectivamente un paso obligatorio para poder solicitar el recobro del medicamento No Pos al Fosyga. Sin embargo, no es un procedimiento necesario para poder acceder a los servicios de salud. Así por ejemplo, cuando se trata de un caso urgente, la EPS no puede limitarse a sostener que el suministro a la persona gravemente enferma del medicamento No Pos tiene como condición indispensable el dictamen del Comité. Si el Comité Técnico Científico es diligente, este trámite puede ser previo al suministro de dicho medicamento. Sin embargo, si los Comités no actúan de manera diligente, la EPS debe adoptar todos los correctivos para que esta falta de diligencia no interfiera con la prestación del servicio en las condiciones de oportunidad, calidad e integralidad que la ley exige. En este sentido si la aseguradora advierte que existen razones para suministrar un medicamento No Pos y el Comité deja de actuar, la empresa debe salir en

defensa del derecho del usuario. En estas condiciones puede o impulsar una actuación más diligente del Comité o suministrar directamente el medicamento al que el usuario tiene derecho y esperar la autorización para poder recobrar al Fosyga. La EPS tiene la responsabilidad de atender oportunamente al usuario y entregarle el medicamento No Pos que requiera cuando exista la obligación constitucional, legal o reglamentaria de hacerlo. Cosa distinta es que sólo pueda cobrar dicho medicamento al Fosyga cuando el Comité lo hubiere autorizado. Si no fuera así, quedaría en manos de un Comité tripartita, que es realmente un órgano administrativo y que no está bajo la dirección y control de las empresas, la entrega de un medicamento del cual puede depender la vida de una persona que tiene derecho al tratamiento integral contra su enfermedad.

Las políticas son escenarios sociales complejos en los cuales interactúan diversos actores. Una de las maneras de comprender este escenario- más no el único- es el estudio de la normatividad jurídica entendida como el esfuerzo por comprender y responder a las necesidades de una población (Angarita, 2010). Volviendo hacer referencia al estudio exploratorio de moreno, encontramos que en este su tuvieron a consideración 51 documentos normativos colombianos entre el periodo 1993 a 2005, relacionados con la población con discapacidad en general, e infantil, en particular. Las normas jurídica fueron decantadas mediante un análisis de contenido, con una adaptación del dispositivo analítico construido por Turnbull, Beegle Y Stowe en 2001, que consiste básicamente en determinar factores primarios e identificarlos dentro de un plano social y demostrar cómo estos afectan de manera directa a los niños en condición de discapacidad, encontrando que en muchas de las situaciones en un primer plano no solo se encuentra la afectación del niño discapacidad sino también de su familia haciendo referencia a los pocos elementos y herramientas que entregan estas políticas para hacer frente a la problemática desde el contexto más próximo del niño, lo que automáticamente nos hace pensar en lo siguiente, si desde la estructura primaria, las políticas y la normatividad no cuentan con un andamiaje que ayude al núcleo más próximo es decir la familia, que pueden pretender estas estructuras desde un plano

académico, laboral, recreacional, esto es desde todas la esferas sociales que comprenden la interacción de un individuo con la sociedad.

Bajo este orden de ideas se establece que en una sociedad como la colombiana, la población infantil en condición de discapacidad no tiene acceso a los bienes primarios sociales que incluyen libertades cívicas y oportunidades sociales; pues dentro del concepto y esquema normativo no se ofrece, el cumplimiento y las garantías siquiera básicas que poseen los demás ciudadanos, esto es desde la lógica que compone el derecho a la igualdad de la población infantil discapacitada no se logra hacer eficaz en principio de la diferencia al no hacer efectivos ciertos beneficios o ventajas que buscan compensar desigualdades originadas en carencia de bienes naturales, así como de ciertos atributos corporales. En el campo de la discapacidad, una interpretación de estas desigualdades. Que debería motivar tratamientos desiguales, tiene que ver con las diferencias que existen entre los diferentes tipos y grados de severidad de las condiciones corporales que generan discapacidad y con las variaciones que marcan el desarrollo infantil. En la actualidad, la normativa colombiana no reconoce estas diferencias y variaciones con el propósito de asegurar tratamientos desiguales- discriminaciones positivas- según las condiciones personales, sus necesidades, su género, naturaleza, grado y la magnitud de la limitación. (Angarita, 2010).

Es decir Colombia cuenta con los mecanismos (leyes, decretos, resoluciones, sentencias) pero estos a su vez en su aplicación desconocen de manera directa el fundamento esencial para que en la aplicación estos sean eficaces.

3. Fundamentabilidad del Derecho a la Salud, Alteración a la Equidad Social para Garantizar la Protección Especial.

Según la investigación realizada por la facultada de medicina de la universidad nacional- sobre el Sistema de Salud en Colombia: 20 años de logros y problemas, Carlos, A., Jaime, C., Jesus. O., & Rocio, M. (2011). El avance hacia la

universalidad del sistema de salud debe ser destacado ya que, en términos de la Organización Mundial de la Salud, este logro permite proteger a las personas de las consecuencias de la enfermedad y del pago de los servicios sanitarios. Así mismo, la universalización de la atención es un aspecto decisivo para seguir avanzando en la materialización del derecho a la salud. Pero, sigue siendo un reto el logro pleno de la universalidad.

Es importante definir desde un marco comparativo cuáles son las similitudes y diferencias de los sistemas nacionales y los sistemas internacionales en cuanto a la implementación de mecanismos de protección para la niñez en situación de discapacidad, La ley Estatutaria 1618 del 2013, señala:

El Derecho a la Habilitación y Rehabilitación Integral de TODAS las personas con discapacidad indicando el derecho que les asiste de acceder a los procesos de habilitación y rehabilitación integral respetando sus necesidades y posibilidades específicas con el objetivo de lograr y mantener la máxima autonomía e independencia, en su capacidad física, mental y vocacional, así como la inclusión y participación plena en todos los aspectos de la vida. Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la habilitación y rehabilitación.

El sistema normativo implementado por el Estado Colombiano a pesar de tener todo un andamiaje estructural, semejante a lo que establece los organismos internacionales y la Organización Mundial de la salud, resulta insuficiente cuando de efectividad se trata, lo que claramente en la actualidad representa una serie problemática de salud pública pues la niñez en condición de discapacidad se encuentran desprotegida, por medio de esta investigación se buscara esclarecer cuales son los problemas principales en la aplicación de los mecanismo de protección y como pueden ser superados desde la aplicación legitima de los derechos fundamentales de los infantes.

El autismo conlleva una alteración en la socialización. Los trastornos en el comportamiento social coexisten con déficit atencionales y alteración del lenguaje. En la esfera atencional, la atención a las personas y a los estímulos sociales relevantes están alterados. Así mismo, los niños con trastorno del espectro autista (TEA) se caracterizan por presentar alteraciones en el reconocimiento de caras y por un descenso en la atención a las mismas. Objetivo. Revisar el déficit neurofuncionales subyacentes en los TEA mediante el uso de los potenciales evocados cognitivos. Conclusiones. Los potenciales evocados cognitivos evidencian que los déficits en la orientación auditiva en niños con autismo no pueden explicarse por un déficit sensorial y sí por un déficit selectivo a los sonidos relacionados con el lenguaje, lo que sugiere especialmente alteraciones en la orientación social (Boque, 2007), por lo que se hace visiblemente alterada la relación social de estos sujetos y su interacción con la sociedad. Para Arjan de Hann, (Hahn, 1988) “la exclusión es un fenómeno multidimensional y que expresa la situación de una sociedad fragmentada, caracterizada por la negación o inobservancia de los derechos sociales, económicos y culturales de un conjunto de la población”.

Desde ésta fragmentación, se encuentran entonces, no una exclusión sino varias y Garay las describe y las define: la exclusión económica se entiende como la incapacidad de generar ingresos suficientes para satisfacer necesidades básicas; la de capital social, cuando se refiere a los pocos mecanismos de participación social, la de capital humano que alude a la falta de acceso y calidad en los servicios de educación y salud y una exclusión que vulnera los derechos políticos y civiles como es la de las dimensiones políticas en donde se excluye a la persona de hacer uso del derecho que tiene como ciudadano (Garay, 1999).

Las pautas de discriminación positivas buscan generar mecanismo más idóneos que permitan una integración social y un pleno disfrute de los derechos fundamentales, pero resulta más práctico dentro de un marco social, empezar a generar un cambio prominente dentro de determinados contexto, que sin duda

alguna y siguiendo los preceptos de este documento, dicho cambio debe efectuarse desde un primer momento y esto consisten en la atención inicial que desde el sistema de salud se entrega a los niños y niñas en condición de discapacidad (por un diagnóstico de Autismo), ya conocemos que existe un Protocolo del Ministerio de Salud que indica de manera detallada como se debe abordar desde un primer momento el diagnostico, para luego entregar tratamiento y lograr garantizar de manera más oportuna la atención integral que en primera medida demarcara los objetivos a cumplir, trazando de manera clara y determinada el fin último esto es la integralidad de esquemas de salud, educación y las condiciones necesarias para una vida digna.

Dentro de lo cotidiano el Estado colombiano debe garantizar INCLUIR LEYES, Pero la regla general indica que de un aproximado de 5 pacientes con diagnóstico de autismo 4 deban hacer uso efectivo de mecanismos judiciales para acceder de manera oportuna a los servicios de salud, lo que claramente es muy acertado pero también hace reflexionar sobre la estructura del sistema de salud, pes no debería ser tan complicado para personas en situación de discapacidad acceder a cualquier servicio.

3.1 Del método de comparación aplicado al contrato de Rawls y al caso en concreto:

Una serie de publicaciones y de manifestaciones -Teheran 1974, Turin, 1979-, han evidenciado que muchos juristas, al afrontar los problemas de la naturaleza y del método de comparación, adopta posiciones y tesis con características propias, que tienden a difundirse siempre, por lo que se han empleado varias tesis la primera de ellas rechaza la opinión según la cual la comparación seria valida en cuanto desarrolle una función útil en el campo de la ingeniería jurídica, y, además, la opinión según la cual la comparación, entendida como ciencia, no tendría la capacidad de desarrollar una útil función en el campo

de la ingeniería jurídica, la segunda tesis se encuentra en evidente polémica con la práctica seguida por muchas instituciones amigas de la comparación, las cuales ponen en confrontación, entre otras, las opiniones de los juristas sus reflexiones y valores, la tercera recuerda que quien interpreta y quien crea un dogma en el momento de interpretar, actúa como un operador al interior de un determinado sistema jurídico, la cuarta tesis indica que solo puede existir comparación siempre y cuando se compruebe si, en los diversos sistemas, en la formulación teórica siempre se corresponde a la regla operacional o solo es una formulación teórica correspondiente en los diversos sistemas, reglas operativas diferentes, y si en una regla operativa corresponden en los diversos sistemas, formulaciones teóricas disímiles. La quinta y última tesis abandona el lugar común, según el cual solo el jurista de un determinado sistema sería competente para tratar su propio sistema (Monateri, 2012, págs. 158-158).

La teoría de la justicia de John Rawls sirve de premisa para explicar la fundamentalidad del derecho a la salud de niños en condición de discapacidad, pero esta a su vez debe también estar soportada por diversas corrientes y doctrinas que busquen al igual que Rawls encontrar el equilibrio social y normativo dentro de una sociedad, como ya se ha explicado a lo largo del texto Colombia cuenta con un sistema normativo capaz y autosuficiente que busca la protección especial de los niños en condición de discapacidad pero dentro de la aplicación de estos mecanismos encontramos grandes brechas que impiden que este se configure de manera puntual a su esencia, pues se entrega un sentido a la igualdad, desproporcionado que impide configurar las diferentes concepciones careciendo además de pautas contundente de discriminación positiva.

Tradicionalmente, la evolución de la calidad de vida de los países se ha basado en un modelo que toma como indicador del mejoramiento el incremento de PBI, pero esto no necesariamente se traduce como mejoramiento de las vidas concretas de las personas. Algunos pensadores, advirtiendo esta situación, proponen alternativas. Entre ellos Martha Nussbaum quien desarrolla un análisis

basado en una ética individual, que se enriquece en tanto hace uso de la herramienta sociológica indagando sobre lo que sucede a las personas, observando sus acciones, interés, etc. Este modo de trabajo le permite arribar a conclusiones que fundamentan su posición con respecto a las evoluciones del bienestar, y se traduce en una propuesta que funciona como alternativa al modelo tradicional. La idea subyacente es que todas las naciones contienen problemas de desarrollo humano y luchas personales por alcanzar una calidad de vida plenamente adecuada y un mínimo de justicia social. Y todos está actualmente fracasando en mayor o menor medida a la hora de cumplir con el objetivo de garantizar dignidad y oportunidades para cada persona. (Battaglino, 2014).

Dentro de lo propuesto por Martha Nussbaum. Encontramos que de cualquier orden social, debe haber claridad y exponer en un orden lógico y adecuado la vida, la salud del cuerpo, integridad física, sensaciones, imaginación y pensamientos, emociones, razón práctica, los sentimientos de compasión, respeto, dignidad, autorrespeto, preocupación por otras especies, actividades recreativas, control político y material sobre el ambiente y de esta manera se entiende a una sociedad como el conjunto de diversos grupos sociales y étnicos, con rasgos característicos muy visibles y últimos destinatarios de políticas y normas. Bajo este orden de ideas es que hablamos de la fundamentalidad del derecho al acceso a la salud y más cuando este debe representar garantías sólidas a la población infantil en condición de discapacidad, Los derechos fundamentales tienen un evidente carácter conflictivo y armónico en nuestra sociedad que no se puede excluir en la resolución de sus colisiones so pena de alterar gravemente el pacto convencional que la constitución propone (Calero J. M., 2012, págs. 215-216), y es por esto mismo que desde el ordenamiento jurídico se debe gestionar la creación de normas que regulen de manera adecuada la interacción en la sociedad de los niños con diagnóstico de autismo; la legislación Colombiana bajo este orden de ideas cumple de manera parcial con estos objetivos, pues no se está generando un enfoque práctico que permita hacer una

adecuada inclusión social, que considere a los diagnosticados con Autismo como una población productiva y con un potencial social; el Estado Colombiano muestra un visión de la discapacidad, en todo y desde toda perspectiva, parcial y limitada. (...y un) esquema de justicia que además es un esquema totalmente fundado en lo talentos y las capacidades de las personas. Un esquema que en sí mismo es discriminatorio. Un esquema que no reconoce el sitio que en la sociedad que pueden tener las personas no solo con discapacidad si no con cualquier tipo de desfavorecimiento. Y que por tanto en ese sentido, lo único que hace es continuar marcando una gran diferencia entre lo diferentes sectores sociales y agrandando la brecha existen entre todos (Mejía. 2005)

Si nuestro mundo ha de ser un mundo decente en el futuro, debemos reconocer desde ahora que somos ciudadanos de un mundo interdependiente, que se mantiene unido por fraternidad mutua, así como por la búsqueda de ventajas mutuas, por compasión e interés propio, por el amor a la dignidad humana en toda la gente, aun cuando no obtengamos beneficio alguno por cooperar con ellos. O más bien, aun cuando lo que tenemos que ganar es la mayor de todas las cosas: la participación en un mundo justo y moralmente decente Nussbaum, (Cambriedge University press, 2006a). Por lo que se hace indispensable la identificación de factores sociales que ayuden a delimitar las necesidades dependido de la población.

La posibilidad de reivindicar las diferencias es estar llegando a ver una sociedad justa que reacciona frente a lo arbitrario. Una sociedad justa que se conforme de ciudadanos libres e iguales. Quiere decir esto, que participan en la sociedad con capacidad para hacerlo y durante toda la vida. Entienden y poseen el sentido de la justicia y lo aplican y obran según este principio. Además poseen una concepción del bien, de lo que es una familia ordenada con fines, objetivos y en general el valor en la vida humana o de una vida valiosa. Es aquí donde se enmarca lo que es la persona y no vista desde lo metafísico o psicológico sino desde una concepción política. Los grupos más desfavorecidos cobran

reconocimiento al ser vistos como sujetos políticos. Si no se ven de esta manera, la discapacidad se desmoviliza políticamente, pierde fuerza y peso para la protección de minorías (Mejía, 2003).

Nussbaum genera toda una concepción, estudio y análisis de la importancia de las emociones en la constitución de una justicia, determinando cuestiones propias de la capacidad del individuo, señala Patricia Britos (Britos, 2012) sobre la cuestión de las capacidades básicas, fue Martha Nussbaum quien en un amplio y profundo debate sobre el derecho, encara con mucho entusiasmo y precisión una argumentación muy rigurosa sobre la importancia de las emociones en la construcción de instituciones sociales e incluso en la justicia procedimental. Esto significa una vuelta de tuerca en la interpretación del derecho, una posición contraria a la interpretación positiva por lo cual la norma escrita es lo único que importa, no puede existir subjetividad en la aplicación de la ley. Desde una posición contraria, (Nussbaum, 2006, pág. 73) pone como ejemplo la compasión, y observa que tiene muchos roles en la vida pública como fundamento para programas de bienestar, de hecho medidas que intenten salvar los problemas de los grupos con más vulnerabilidad. Sostiene también que ningún jurista estaría de acuerdo con eliminar la compasión en el proceso de sentencia ya que de lo contrario se violarían los derechos fundamentales de la persona. Y argumenta que el mismo criterio no es aplicable a la repugnancia y a la vergüenza.

Conclusiones

Rawls y su teoría del contrato social se han empleado en la elaboración de estructuras normativas con el fin de crear sistemas jurídicos capaces de lograr una inclusión que se pueda aplicar sin distinción de raza, sexo y origen, Martha Nussbaum define la estructura social como elemento primordial para el desarrollo de los desiguales, siempre y cuando esta entregue los elementos necesarios para tal fin.

Colombia si cuenta con el esquema normativo suficiente para atender las necesidades primordiales de los niños en situación de discapacidad pero este en su desarrollo y práctica se ve mal logrado al momento de que impide la aplicación de los principios rectores de una sociedad “normativa” que atienda de primera mano las verdaderas necesidades de la población lo que como consecuencia trae una desviación del propósito final.

Quedando claro que Colombia carece de funda mentalidad en los principios rectores de su normatividad pues estos mismos desconocen la estructura y desarrollo social.

La posibilidad de reivindicar las diferencias es estar llegando a ver una sociedad justa que reacciona frente a lo arbitrario. Una sociedad justa que se conforme de ciudadanos libres e iguales. Quiere decir esto, que participan en la sociedad con capacidad para hacerlo y durante 5 toda la vida. Entienden y poseen el sentido de la justicia y lo aplican y obran según este principio. Además poseen una concepción del bien, de lo que es una familia ordenada con fines, objetivos y en general el valor en la vida humana o de una vida valiosa. Es aquí donde se enmarca lo que es la persona y no vista desde lo metafísico o psicológico sino desde una concepción política. Los grupos más desfavorecidos cobran reconocimiento al ser vistos como sujetos políticos. Si no se ven de esta manera, la discapacidad se desmoviliza políticamente, pierde fuerza y peso para la protección de minorías (Mejia, 2003)

Desde la teoría de la justicia se precisa primero reconocer la discapacidad desde una categoría moral y política y segundo repensar las acciones institucionales articuladas con el hecho social de la discapacidad transformándose ellas mismas y reconociendo y haciendo más visible a las personas de manera que se evidencie que “persona” es alguien que participa en la vida social o cumple algún papel en ella, por tanto puede ejercer y respetar sus diversos derechos y deberes. Si la sociedad es vista como un sistema equitativo de cooperación, las personas pueden desempeñarse como

miembros cooperativos. Un ciudadano entonces es aquel que puede ser un participante libre e igual durante toda una vida, que puede decidir y llevar adelante libremente el plan de vida que considere más atractivo. En otras palabras que tengan el derecho a tener derechos. Las distintas concepciones de Derechos representar en cualquier orden social el foco esencial de producción legislativa es por ello importante determinar los factores primarios que afectan a grupos minoritarios como lo es la población infantil en situación de discapacidad entender necesidades primarias y así implementar un esquema normativo capaz de atender de manera eficaz a esta población.

Bibliografía

- Alvarez, J. A. (2012). *Aportes Para una Filosofía Del Sujeto, el Derecho y el Podef.* Bogota: Universidad Libre.
- Angarita, M. M. (2010). Infancia Políticas y Discapacidad. En M. M. Angarita, *Infancia Políticas y Discapacidad* (pág. 127). Bogota: Universidad Nacional de Colombia Facultad de Medicina.
- Autism Society of America. (2000). *Sobre la Discapacidad.* Boston: Autism Society of America.
- Barry, B. (1989). *Theories of Justice.* (c. I. Cecilia Hidalgo, Trad.) California: Gedisa.
- Battaglini, V. L. (2014). *IGUALDAD Y BIENSTAR EN LA TRADICION RAWLSIANA.* BOGOTA D.C.-COLOMBIA: UNIVERSIDAD LIBRE.
- Bèjar, R. M. (2005). La Discapacidad y su Inclusión Social. *Revista Facultad de Medicina Universidad del Rosario*, 53(4), 259-262. Obtenido de <http://www.urosario.edu.co/incluser/Archivos/La-discapacidad-y-su-inclusion-social-un-asunto-de/>
- Boque, A. (2007). *Procedimiento cognitivo en los Trastornos del Espectro Autista.* Barcelona.
- Britos, P. (2012). *La Justicia y el Contrato Social en John Rawls, una forma de como superar sus limitaciones.* Bogota Colombia.
- Calero, J. R. (2012). creación judicial y derechos fundamentales. En J. R. Calero, *creación judicial y derechos fundamentales* (págs. 215-216). Bogota: Universidad Libre.
- Cambriedge University press. (2006a). *Rawls and Femism.* New York: (ed), The Cambriedge Companion to Rawls.
- Garay, L. J. (1999). *Repensando a Colombia. Hacia un Nuevo Contrato Social, PNUD - ACCI, Las Teirias de la Justicia Desues de Rwals.* Barcelona: Paidós.

- Giuseppe, M. P. (2012). *Interpretacion y Derechos* (1 ed.). Bogotá: Universidad Libre.
- Gómez-Aristizábal LY, A.-T. A. (2014). Observatorio de Discapacidad de Colombia. *Rev. Fac. Nac. Salud Pública*.
- Hahn, A. d. (1988). The politics of physical differences: disability and discrimination, *Journal of Social Issues*. (Bartom, Ed.) 44(1), 39-47.
- Mejía, O. (2003). Justicia y discapacidad". *Conferencia "Justicia y discapacidad". Maestría en discapacidad e Inclusión social*. (págs. 1-15). Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- Ministerio Nacional de Salud. (15 de Marzo de 2015). *Protocolo Clínico para el Diagnóstico, Tratamiento y Ruta de Atención*. Obtenido de Ministerio de Salud y Protección Social: <https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/DE/CA/P/rotocolo-TEA-final.pdf>
- Monateri, P. G. (2012). Interpretacion y Derecho. En P. G. Monateri, *Interpretacion y Derecho* (1 ed., págs. 158-159). Bogotá: Departamento de Publicaciones, Universidad Libre de Colombia.
- Moreno, M. (2007). *Politics, Inclusion, and Disabled Children: The Colombian Context*. Boston: Disability and the Politics of Education.
- Nussbaum, M. (2006). *El Ocultamiento de lo Humano*. Buenos Aires: Ed Katz.
- OMS. (2001). *Clasificación Internacional del funcionamiento de la discapacidad y de la salud*. Ginebra: Organización Mundial de la Salud.
- Organización Mundial de la Salud. (2007). *Cartilla de Herramientas Para la Población Discapacitada*.
- Rawls, J. (1993). *Teoría de la Justicia*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.
- Rawls, J. (2016). *El Contrato Social*. Temis.
- UNICEF. (2013). Estado Mundial de la Infancia 2013. *Niños y Niñas con Discapacidad*, 1.
- UNICEF. (mayo de 2013). *Unicef*. Nueva York: Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF). Obtenido de https://www.unicef.org/ecuador/SPANISH_SOWC2013_Lo_res.pdf

Normatividad

Constitución Política

Ley 1618 de 2013 «Por la cual se implementan las medidas de protección a los niños en situación de discapacidad»

Ley 083 de 2015

Protocolo de atención, diagnóstico y tratamiento del autismo del Ministerio de Salud. 2015

Ley No. 083, por medio del cual se busca garantizar la atención integral y la protección de las personas con Trastorno del Espectro Autista (T.E.A.)

Jurisprudencia

Corte Constitucional. Sentencia C – 316 2008. Expediente D. 6927. MP: Córdoba. J.

Corte Constitucional. Sentencia T – 933/2013. MP: Pretelt. J.