

**LOS AJUSTES RAZONABLES COMO GARANTÍA COMPLEMENTARIA PARA
LA IGUALDAD DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD: TRATAMIENTO
JURÍDICO EN EL PERÚ Y PROPUESTAS PARA SU ADECUADA REGULACIÓN**

RAHID

ÍNDICE

| | |
|---|-----------|
| INTRODUCCIÓN | 3 |
| CAPÍTULO I | 5 |
| 1. Sobre el término “discapacidad” y su evolución histórica | 5 |
| 2. El modelo social de la discapacidad: antecedentes y cuestión actual de un nuevo paradigma de igualdad | 7 |
| 2.1. Génesis del modelo social: el modelo de prescindencia y el modelo médico o rehabilitador | 7 |
| 2.2. El modelo social: la antítesis del modelo médico o rehabilitador | 8 |
| 3. El principio de igualdad y no discriminación con especial énfasis en las personas con discapacidad | 9 |
| CAPÍTULO II | 13 |
| 1. La accesibilidad y el diseño universal como obligaciones primarias para la garantía de la igualdad y no discriminación de las personas con discapacidad | 13 |
| 1.1. La accesibilidad | 13 |
| 1.2. Diseño universal | 14 |
| 2. Los ajustes razonables como elemento secundario y complementario de la obligación de accesibilidad y diseño universal: el carácter subsidiario de los ajustes razonables | 15 |
| 2.1. El carácter subsidiario de los ajustes razonables | 17 |
| 2.2. El carácter razonable de los ajustes | 20 |
| 3. Diferencia entre las acciones afirmativas y los ajustes razonables | 22 |
| CAPÍTULO III | 23 |
| 1. Los ajustes razonables en la legislación latinoamericana | 23 |
| 2. Los ajustes razonables en el Perú | 27 |
| 3. Una nueva propuesta de regulación de los ajustes razonables en el Perú | 30 |
| CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES | 31 |
| BIBLIOGRAFÍA | 33 |

INTRODUCCIÓN

En el Perú, 1 575 402 personas con discapacidad que representan el 5.2% de la población¹ se ven enfrentadas constantemente a las barreras y obstáculos que la sociedad impone para el goce y ejercicio pleno de sus derechos y libertades fundamentales. Frente a este grupo en situación de vulnerabilidad, el Estado peruano, por mandato constitucional y en atención a sus compromisos internacionales, se encuentra obligado a promover, respetar y garantizar los derechos fundamentales que les son inherentes.

E así que, en el año 2008 el Perú ratificó la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas (en adelante, “CDPD”) y su Protocolo Facultativo² que significan el paso trascendental hacia el nuevo modelo social sobre las personas con discapacidad. De igual manera, nuestro país forma parte, desde el año 2001, de la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad³ (en adelante, “CIADDIS”) la cual, si bien no abarca los derechos de las personas con discapacidad de la manera garantista que lo hace la CDPD, resulta un parámetro importante para la protección de este colectivo en el marco de la OEA.

En este camino por proteger los derechos de las personas con discapacidad, en el año 2012 nuestro parlamento aprobó la Ley General de la Persona con Discapacidad⁴ (en adelante “Ley N° 29973”) que fue el resultado de una serie de recomendaciones que el Comité de los

¹ Ver resultados de la Primera Encuesta Nacional Especializada sobre Discapacidad llevada a cabo por el INEI en el año 2012. Disponible en: <http://conadisperu.gob.pe/resultados-i-encuesta-nacional-de-discapacidad-2012.html>

² El Perú ratificó la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad mediante Decreto Supremo N° 073-2007-RE, publicado en el diario oficial El Peruano el 31 de diciembre de 2007. La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo fueron aprobados el día 13 de diciembre de 2006 en la Sede de las Naciones Unidas en Nueva York, y quedaron abiertos a la firma el 30 de marzo de 2007. Se obtuvieron 82 firmas de la Convención y 44 del Protocolo Facultativo, así como una ratificación de la Convención. Nunca una convención de las Naciones Unidas había reunido un número tan elevado de signatarios en el día de su apertura a la firma. Se trata del primer instrumento amplio de Derechos Humanos del siglo XXI y la primera convención de Derechos Humanos que se abre a la firma de las organizaciones regionales de integración.

³ El Perú ratificó la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad mediante Decreto Supremo N° 052-2001-RE del año 2001. La Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad fue suscrita en la ciudad de Guatemala, República de Guatemala, el 7 de junio de 1999, en el Vigésimo Noveno Período Ordinario de Sesiones de la Asamblea General de la OEA.

⁴ La Ley General de la Persona con Discapacidad (Ley N° 29973) fue publicada el lunes 24 de diciembre de 2012 en el diario oficial El Peruano.

Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante “CRPD”) hiciere al Estado peruano en abril de ese mismo año⁵. Como complemento, fue publicado en abril del año 2014 el Reglamento de la Ley N° 29973⁶ que en buena cuenta ahonda y amplía los alcances que dicha ley había planteado de manera general al reconocer los derechos de las personas con discapacidad en el ordenamiento jurídico peruano.

En conclusión, tanto las leyes internas que buscan la protección de los derechos de las personas con discapacidad como los instrumentos internacionales que versan sobre la misma materia y que además “ostentan rango constitucional y son parte de nuestro ordenamiento jurídico”⁷, conforman un *corpus iuris* en materia de protección de los Derechos Humanos y libertades fundamentales de este grupo de personas.

En este marco, el presente estudio abordará una obligación concreta que se desprende de la CDPD. Tal obligación es la referente a los ajustes razonables, los cuales suponen una innovadora herramienta jurídica de protección de Derechos Humanos que obliga a los Estados a realizar las “modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los Derechos Humanos y libertades fundamentales”⁸.

Para ello, primero se expondrá una visión general para comprender como debe ser abordada la garantía de igualdad y no discriminación cuando se trata de personas con discapacidad, luego se explicarán los problemas conceptuales muy comunes que aún se pueden apreciar en la legislación comparada y en la peruana.

Finalmente, se presentará una propuesta de regulación de los ajustes razonables en nuestro país a fin de procurar que el mandato internacional de adoptar ajustes razonables, que en la práctica presenta obstáculos en su implementación, se lleve a cabo de una manera más eficaz

⁵ Cfr. CRPD. *Observaciones finales respecto de Perú*. CRPD/C/PER/CO/1 (2012).

⁶ El Reglamento de la Ley General de la Persona con Discapacidad se aprobó mediante Decreto Supremo N° 002-2014-MIMP publicado en el diario oficial El Peruano el martes 8 de abril de 2014.

⁷ Cfr. Tribunal Constitucional del Perú. *Caso Colegio de abogados de Arequipa y otro*. Expediente N° 0005-2007-PI/TC. Sentencia de 25 de abril de 2006, fundamento 26.

⁸ Ver artículo 2 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

a fin de conseguir la protección efectiva de los derechos de las personas con discapacidad. Esta tarea cobra mayor importancia dado que el Plan Nacional de Derechos Humanos 2014 – 2016⁹, al cual debemos prestar especial atención, pone en la agenda la protección efectiva que le debe el Estado a este colectivo, propósito que además es un objetivo del Decenio de las Personas con Discapacidad en el Perú 2007 – 2016¹⁰.

CAPÍTULO I

1. Sobre el término “discapacidad” y su evolución histórica

A lo largo de la historia la terminología empleada para hacer referencia a las personas con discapacidad ha transcurrido por diversas evoluciones que, dependiendo del contexto, reflejan la visión que en alguna determinada época se tuvo sobre este grupo vulnerable.

Por ejemplo, encontramos que en el siglo XVI se hacía referencia a las personas con discapacidad bajo el término “deficientes”. En esos tiempos, se les comprendía como un problema y un castigo divino producto de la ira de las deidades y por lo tanto debían ser eliminadas para así apaciguar tal enojo divino. En ese contexto que surgen las primeras prácticas de animismo e infanticidio (Aguado, 1995, p. 34).

Mucho tiempo después surge lo que diversos autores han denominado “la primera revolución en salud mental” atribuida al médico francés Phillipe Pinel, quien es considerado el fundador de la psiquiatría francesa. Pinel, en el año 1793, en un acto considerado heroico y revolucionario para su época, liberó a los pacientes mentales de sus cadenas en las prisiones de *Bicêtre* y *La Salpêtrière* en París durante la revolución francesa (Reisman, 1976, p. 45). No obstante, hay quienes afirman que William Tuke Retreat, Joseph Daquin, entre otros, ya habían llevado a cabo acciones similares antes que Pinel (Dörner, 1974, p. 134).

⁹ El Plan Nacional de Derechos Humanos 2014 – 2016 fue aprobado mediante Decreto Supremo N° 005-2014-JUS publicado en el diario oficial El Peruano el sábado 5 de julio de 2014.

¹⁰ Mediante Decreto Supremo N° 015-2006-MIMDES publicado en el diario oficial El Peruano el día 13 de diciembre de 2006 se declaró el decenio 2007 – 2016 como el Decenio de las Personas con Discapacidad en el Perú.

Luego de ello, hacia finales del siglo XIX, se inicia la “segunda revolución en salud mental”. En este segundo momento la psiquiatría se asienta como una especialidad médica, el aporte más preponderante de esta segunda revolución se vincula con el psicoanálisis, que representa el paso de un modelo organicista a otro intrapsíquico y mentalista (Aguado, 1995, p. 140). Por esta razón se suele interpretar a la “segunda revolución en salud mental” como una compensación idealista de la primera revolución de Pinel.

Con posterioridad, específicamente durante los primeros años de la década de los sesenta del siglo XX, se vivió la “tercera revolución en la salud mental”. A esta tercera revolución se le conoce también como “las décadas donde se sientan los cimientos de lo que habrán de deparar los años venideros” (Scheerenberger, 1983, p. 360). En este periodo se empiezan a modificar conceptos, clasificaciones, terminologías, actitudes sociales y formas de tratamiento que serán objeto de análisis en los párrafos siguientes de este trabajo.

De esta forma evidenciamos como en cada momento de la historia, cada sociedad presenta determinadas necesidades y unos valores sociales diversos y cambiantes, un “contexto social” en función de los cuales se establece lo que es adecuado socialmente y lo que resulta inadecuado, “diferencia”; unos encargados, “expertos”; teorías que precisan la forma de distinguir, “criterios de selección”; a los sujetos, “diferentes”; al calificativo con que se les ha de reconocer, “terminología”; la función que han de desempeñar en la sociedad, “papel social” y el trato que se les otorga “tratamiento” (Medina, 2010, p. 167). Así las cosas, distinta ha sido siempre la terminología empleada y la conceptualización para referirse a las personas con discapacidad, vemos, por ejemplo, que en épocas pasadas se les llamaba “minusválidos”, “incapaces”, “enfermos”, etc., términos que incluso utilizó el derecho para referirse a las personas con discapacidad.

No obstante lo anteriormente reseñado, conviene para efectos de establecer un marco común, observar un concepto uniforme sobre la discapacidad que es el que establece la CDPD según la cual: “las personas con discapacidad incluyen 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 la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”. Este es el concepto, como veremos más adelante, que se encuentra en

concordancia con el vigente modelo social de la discapacidad y por ende el mismo será el norte a lo largo de este trabajo.

2. El modelo social de la discapacidad: antecedentes y cuestión actual de un nuevo paradigma de igualdad

El estudio sobre la discapacidad se ha dividido en tres modelos que han marcado el enfoque con el cual se ha abordado esta temática históricamente, estos modelos son: el modelo de prescindencia, el modelo médico o rehabilitador y el vigente modelo social. Evidentemente, el derecho también ha tenido que acompañar cada nuevo enfoque creando instituciones jurídicas, mecanismos de protección, legislación y convenciones.

2.1. Génesis del modelo social: el modelo de prescindencia y el modelo médico o rehabilitador

Como referencia previa para abordar el modelo social de la discapacidad y sus componentes resulta necesario comprender tanto el modelo de prescindencia como el modelo médico o rehabilitador, pues representan el punto de partida para la elaboración de este nuevo paradigma.

El primero de estos enfoques, es el modelo de prescindencia que hunde sus raíces en la antigüedad greco-romana y en la Edad Media. Este modelo sostenía que las causas de la discapacidad eran de origen religioso y consideraba innecesarias a las personas con discapacidad, pues desde este punto de vista, se les entendía como personas que albergan castigos divinos o mensajes diabólicos por culpa, supuestamente, de los errores o faltas de los padres. Esta perspectiva adoptaba también la idea de que este grupo de personas no contribuía con la sociedad, no eran productivos, o simplemente, la vida de las personas con discapacidad no valía la pena vivirla. Es decir, según el modelo de prescindencia, no solo se puede, sino que además se debe “prescindir” de las personas con discapacidad, pues no “son seres que en su conformación genética tengan la gracia de las deidades”.

Luego, en el amanecer del siglo XX, producto de los horrores de la Segunda Guerra Mundial y los accidentes laborales, surgió el modelo médico o rehabilitador cuyo discurso giraba en torno a que la discapacidad era un problema del individuo. Para este modelo es la persona con discapacidad quien presenta una diferencia física, mental o sensorial que ocasiona su falta de destreza y por ende su desenvolvimiento “normal” en la sociedad (Céspedes, 2005, pp. 108-113).

Este modelo ha sido denominado también “modelo individual” pues se interviene medicamente a la persona para “normalizar” su situación presumiendo a la persona con discapacidad como el centro del problema y busca, como consecuencia, adecuarla a la sociedad. En pocas palabras, bajo el modelo médico o rehabilitador el valor de la vida de las personas con discapacidad es inferior en tanto no son reparados sus defectos. Es decir, a consecuencia de este modelo, las personas con discapacidad son discriminadas y ven reducida su vida a una mera dimensión médica (Romañach, 2009, p. 31).

2.2. El modelo social: la antítesis del modelo médico o rehabilitador

Como perspectiva antagónica del modelo médico o rehabilitado, nace el modelo social de la discapacidad, según el cual son las barreras sociales las que generan la discapacidad. Es decir, la discapacidad no es un atributo de la persona, sino un conjunto complejo de condiciones, que son creadas por su entorno (ODHAG, 2005, p. 25). Con criterio acertado, *Jenny Morris* sostiene que en virtud del modelo social de la discapacidad “una incapacidad para caminar es una deficiencia, mientras que una incapacidad para entrar a un edificio debido a que la entrada consiste en una serie de escalones es una discapacidad” (Morris, 1991, p. 56). Para este nuevo modelo, la discapacidad está en el mundo que es incapaz de garantizar el disfrute de los derechos y el ejercicio pleno de libertades fundamentales para las personas con discapacidad.

Este nuevo paradigma, que se plasma de manera rotunda en la CPDD, prioriza los elementos exógenos para abordar la discapacidad, esto es, toma un enfoque holístico, reemplazando así el concepto individualista del anterior modelo médico o rehabilitador. Entonces, es la sociedad, en su interacción comunicativa, la que apropia los significados; claro que para ello siempre hay primero un significante, que en este caso es la discapacidad como denotación, la

cual desde la mirada del déficit posibilita desgraciadamente un proceso de exclusión en todos los ámbitos que rodean a la persona provocando así la exclusión social (Soto, 2008, pp. 3 – 22).

En síntesis, la discapacidad según el modelo social no se encuentra en la persona, sino en las barreras que existen en su entorno y en la sociedad que les dificulta el ejercicio de sus derechos (Palacios, 2008, p. 136) o en la negación de ajustes razonables. En suma, las personas con discapacidad son víctimas de una sociedad “incapacitante” antes que víctimas de sus propias circunstancias individuales (Bregaglio *et al*, 2013, p. 37).

3. *El principio de igualdad y no discriminación con especial énfasis en las personas con discapacidad*

3.1. Consideraciones generales sobre la igualdad y no discriminación

Un concepto que es transversal en materia de Derechos Humanos y libertades fundamentales es el referido al principio de igualdad y no discriminación. Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, “Corte IDH”) ha establecido que el principio de igualdad y no discriminación es una norma de carácter *ius cogens*¹¹, dado que sobre él descansa todo el andamiaje jurídico de orden público. Por lo tanto, en virtud de este principio no se admiten tratos discriminatorios en perjuicio de ninguna persona por motivos de género, raza, color, idioma, religión o convicción, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, nacionalidad, edad, situación económica, patrimonio, estado civil, nacimiento o cualquier otra condición¹².

¹¹ El artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados señala que el *ius cogens* es toda norma imperativa de derecho internacional general aceptada y reconocida por la comunidad internacional que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter.

¹² *Cfr.* Corte IDH. *Condición jurídica y derechos humanos de los migrantes indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párr. 101.

En nuestro país, el Tribunal Constitucional ha referido que la igualdad debe ser comprendida como derecho y como principio¹³.

De forma tal que la igualdad como principio constituye el enunciado de un contenido material objetivo que, en tanto componente axiológico del fundamento del ordenamiento constitucional, vincula de modo general y se proyecta sobre todo el ordenamiento jurídico¹⁴. Por otra parte, la igualdad como derecho fundamental constituye el reconocimiento de un auténtico derecho subjetivo, esto es, la titularidad de la persona sobre un bien constitucional; la igualdad oponible a un destinatario¹⁵. De tal manera, el máximo intérprete de nuestra Constitución ha interpretado la igualdad y no discriminación como un eslabón fundante del Estado Social y Democrático de Derecho, recalcando que no todo trato desigual configura una vulneración de este principio-derecho constitucional, pues existen ciertas desigualdades de hecho que legítimamente pueden traducirse en desigualdad de tratamiento jurídico sin que ello contraría los intereses legítimos de la justicia, siempre que ese tratamiento se base en razones objetivas y razonables.

3.2. Las personas con discapacidad y el principio de igualdad y no discriminación

Luego del breve esbozo general acerca del principio de igualdad y no discriminación, es imperativo analizar el mismo en relación a las personas con discapacidad.

Al respecto, la Ley N° 29973 a la que anteriormente se hizo referencia, señala la no discriminación contra las personas con discapacidad como uno de los principios rectores de las políticas y programas del Estado¹⁶. Asimismo, de manera explícita dicha ley establece que:

Artículo 8. Derecho a la igualdad y no discriminación

¹³ Respecto a la igualdad, el artículo 2.2 de la Constitución Política del Perú de 1993 señala que: toda persona tiene derecho [...] a la igualdad ante la Ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole.

¹⁴ Cfr. Tribunal Constitucional del Perú. *Caso Sindicato Nacional de Trabajadores de Alicorp S.A.A.* Expediente N° 02974-2010-PA/TC. Sentencia de 24 de octubre de 2011, fundamento 7.

¹⁵ Cfr. Tribunal Constitucional del Perú. *Caso Empresa Pesquera San Fermín S.A.* Expediente N° 02835-2010-PA/TC. Sentencia de 13 de diciembre de 2011, fundamento 38.

¹⁶ El artículo 4.1, letra b de la Ley General de la Persona con Discapacidad (Ley N°29973) señala que: Las políticas y programas de los distintos sectores y niveles de gobierno se sujetan a los siguientes principios: [...] la no discriminación de la persona con discapacidad.

8.1 La Persona con discapacidad tiene derecho a la igualdad ante la ley y a no ser discriminada por motivos de discapacidad.

*8.2 Es nulo todo acto discriminatorio por motivos de discapacidad que afecte los derechos de las personas. Se considera como tal toda distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de uno o varios derechos, **incluida la denegación de ajustes razonables**. No se consideran discriminatorias las medidas positivas encaminadas a alcanzar la igualdad de hecho de la persona con discapacidad. (El resaltado es propio)*

De lo anterior se puede evidenciar que la regulación sobre la igualdad y no discriminación esgrimida en el artículo 8° de la Ley N° 29973 no dista en demasía con los estándares sobre igualdad que se ha desarrollado tanto en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos como en la jurisdicción constitucional peruana.

También, merece especial atención, pues resulta importante para el análisis de este estudio, que la disposición aludida exponga que la denegación de ajustes razonables constituye una forma de discriminación que vulnera el principio de igualdad y no discriminación. Esta precisión que la nueva Ley N° 29973 acoge vislumbra un paso firme en la protección de los Derechos Humanos de este colectivo social. No obstante, como veremos en el tercer capítulo de este trabajo, la legislación en materia de protección de los derechos de las personas con discapacidad aún se encuentra en boga en nuestro país.

Por otro lado, en el ámbito supranacional, la CDPD, además de reconocer como uno de sus principios generales la no discriminación¹⁷, dispone en su artículo 2° que:

Artículo 2

Definiciones

¹⁷ El artículo 3, letra b señala que: “Los principios generales de la Convención son: [...] la no discriminación.”

[...]

*“Por "discriminación por motivos de discapacidad" se entenderá cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo. Incluye todas las formas de discriminación, entre ellas, **la denegación de ajustes razonables**. (El resaltado es propio)*

Como se puede advertir, el lenguaje del anterior enunciado normativo de la CDPD, además de establecer la prohibición general de discriminación con una fórmula muy similar a la de otros instrumentos internacionales y regionales¹⁸, agrega que la denegación de ajustes razonables comporta un acto de discriminación contra las personas con discapacidad. Ciertamente, este fue el modelo en el cual se inspiró el legislador nacional para elaborar con parámetros similares la Ley N° 29973.

En conclusión, el principio de igualdad y no discriminación, cuando lo enfocamos en la temática específica de la discapacidad, no se traduce únicamente en la clásica obligación estatal de abstenerse de realizar todo acto que vaya en contra de este principio o sancionar los mismos sino que también, los Estados se encuentran obligados a adoptar medidas de carácter positivo para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades en perjuicio de las personas con discapacidad (Sanjosé, 2007, pp. 1 – 26) y, precisamente, una materialización de esta obligación es la de realizar ajustes razonables para conseguir la igualdad material de las personas con discapacidad.

¹⁸ Por ejemplo, el artículo 1 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial establece que: “La expresión discriminación racial denotará toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública.” y el artículo 1 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer establece que: “A los efectos de la presente Convención, la expresión discriminación contra la mujer denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera.

CAPÍTULO II

1. La accesibilidad y el diseño universal como obligaciones primarias para la garantía de la igualdad y no discriminación de las personas con discapacidad

La accesibilidad y el diseño universal son, en conjunto, acciones positivas que deben adoptar los Estados para conseguir la igualdad fáctica de las personas con discapacidad. Estos dos conceptos parten de la premisa que la sociedad, tal y como está constituida, presenta múltiples obstáculos para las personas con discapacidad que les impide ejercer sus derechos plenamente, por ello mediante la accesibilidad y el diseño universal se pretende erradicar todos aquellos límites sociales.

1.1. La accesibilidad

En primer término, la accesibilidad determina la obligación estatal de garantizar que las personas con discapacidad tengan acceso a los bienes y servicios en condiciones de igualdad con las personas sin discapacidad y, por consiguiente, que gocen por igual de todos los derechos fundamentales¹⁹.

En tal sentido, los Estados deben garantizar a las personas con discapacidad el acceso a los entornos físicos, transporte, información, comunicación y a todos aquellos campos de la vida en sociedad que les permita desarrollar su proyecto de vida de manera independiente. También los Estados deben garantizar la accesibilidad de las personas con discapacidad a los servicios abiertos al público aun cuando estos sean prestados por entes particulares.

El CRPD ha señalado que la accesibilidad resulta necesaria e indispensable para que las personas con discapacidad disfruten de manera efectiva y en condiciones de igualdad de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales. Por ello, el Estado está obligado a aprobar y promulgar normas nacionales de accesibilidad y a supervisarlas, además, en caso

¹⁹ Cfr. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia del 8 de junio de 2012. M.P. María Victoria Calle Correa. Expediente T-427/12, pág. 27.

de no contar con legislación sobre la materia, el primer paso es aprobar un marco jurídico adecuado al respecto²⁰.

1.2. Diseño universal

La obligación de diseño universal, hasta cierto punto, va más allá del concepto de accesibilidad, dado que es una estrategia encaminada a lograr que la concepción y la estructura de los diferentes entornos, productos, tecnologías y servicios de información y comunicación sean comprensibles y fáciles de utilizar para todos del modo más generalizado²¹.

La construcción de estructuras físicas, la adopción de normativa, las políticas públicas, entre otras cuestiones propias de la vida en sociedad, deben tener un diseño amplio que en su elaboración no tengan solo como destinatarios finales las personas sin discapacidad, sino también aquellas que tienen una discapacidad. Por ello, el diseño universal es llamado también “diseño para todos”, “diseño global” o “diseño transgeneracional”.

Como un ejemplo concreto de lo que es un diseño universal, tenemos la iniciativa que llevó a cabo el Museo de Bellas Artes de Budapest que en el año 2006 presentó una exposición táctil sobre la cultura en la era de Segismundo de Luxemburgo. Aunque aquella exposición se hizo principalmente para personas con discapacidad visual, también significó que los visitantes que no tenían esta discapacidad experimentaran otra clase de sensibilidad estética.

Como corolario, es de suma importancia tener en cuenta que para aquellos países que no cuenten con los suficientes recursos para llevar a cabo estas iniciativas, la cooperación internacional es una importante herramienta y legítima aliada para la promoción de la accesibilidad y el diseño universal.

²⁰ Cfr. CRPD. *Observación General N° 2. Artículo 9: Accesibilidad*. 11° período de sesiones, CRPD/C/G/C/2, 2014, párrs. 4 y 28.

²¹ Cfr. Consejo de Europa. *Resolución ResAP (2001)1 sobre la introducción de los principios de diseño para todos en los currículos de todas las profesiones que trabajen en la construcción del entorno*. Comité de Ministros. 15 de febrero de 2001.

2. *Los ajustes razonables como elemento secundario y complementario de la obligación de accesibilidad y diseño universal: el carácter subsidiario de los ajustes razonables*

El presente acápite se abocará al estudio específico de los ajustes razonables como instrumento jurídico que salvaguarda la igualdad de la persona con discapacidad en todos los aspectos de su vida.

El concepto de ajustes razonables, aunque con ciertas diferencias a la conceptualización actual, encuentra raíces comunes en las legislaciones de Estados Unidos de América²² y Canadá²³ entre la década de los sesenta y ochenta del siglo XX. En ambos casos, se utilizó el término para hacer referencia a la obligación de respetar las creencias religiosas de los trabajadores cuyos credos no les permitía trabajar un determinado día de la semana, flexibilizando, para este fin, sus horarios de trabajo.

Pero más allá de enfocar el propósito con los cuales fue concebido este término, importa reparar en los ajustes razonables como garantía del derecho a la igualdad y no discriminación de las personas con discapacidad. En ese sentido, antes que la CDPD, a nivel supranacional fue el Consejo de la Unión Europea en el año 2000 que, mediante la Directiva 2000/78/CE²⁴, obligó a los Estados europeos a adoptar ajustes razonables para conseguir la igualdad material de las personas con discapacidad en el acceso al empleo y durante el mismo. Posteriormente, en el año 2003 se adoptó en España la Ley 51/2003²⁵ que regulaba, con carácter general para

²² En Estados Unidos la noción de “ajuste razonable” se originó con la aprobación de la *Equal Employment Opportunity Act* en el año 1972 que tenía como fin combatir la discriminación en el ámbito laboral.

²³ En el año 1985, la Corte Suprema de Canadá, en el caso *Ont. Human Rights Comm. vs. Simpsons-Sears*, empleó el término “ajuste razonable” para garantizar el derecho a la igualdad en el terreno laboral a las minorías religiosas.

²⁴ Al respecto, el artículo 5 de la Directiva Directiva 2000/78/CE del Consejo de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, establece que: “A fin de garantizar la observancia del principio de igualdad de trato en relación con las personas con discapacidades, se realizarán ajustes razonables. Esto significa que los empresarios tomarán las medidas adecuadas, en función de las necesidades de cada situación concreta, para permitir a las personas con discapacidades acceder al empleo, tomar parte en el mismo o progresar profesionalmente, o para que se les ofrezca formación, salvo que esas medidas supongan una carga excesiva para el empresario. La carga no se considerará excesiva cuando sea paliada en grado suficiente mediante medidas existentes en la política del Estado miembro sobre discapacidades.”

²⁵ La Ley 51/2003 de 2 de diciembre del año 2003 sobre “la igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad” fue derogada por el Real Decreto Legislativo 1/2013 de 29 de noviembre del año 2013 que aprobó el “Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de inclusión social”, cuyo artículo 2 letra m establece que: “Ajustes razonables: son las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas del ambiente físico, social y actitudinal a las necesidades

todos los derechos, los ajustes razonables, yendo más allá del campo laboral que establecía la Directiva del Consejo de la Unión Europea anteriormente referida.

A nivel internacional, fue mediante la CDPD que se estableció la obligación para los Estados de realizar ajustes razonables en favor de las personas con discapacidad, dicho instrumento internacional señala en el penúltimo párrafo de su artículo 2 que:

Por “ajustes razonables” se entenderán las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales”.

Se desprende, tanto de la regulación de la CDPD como de la legislación española, ciertos criterios constitutivos que podemos denominar como “elementos del ajuste razonable”, a los cuales el presidente del Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad (CERMI), *Luis Cayo*, enumera de la siguiente manera: a) conducta positiva de actuación para transformar el entorno; b) que la transformación se dirija a adaptar y hacer corresponder ese entorno a las necesidades específicas de las personas con discapacidad (elemento de individualización); c) que no signifiquen una carga desproporcionada (elemento razonable); d) finalidad dirigida a facilitar la accesibilidad o la participación de las personas con discapacidad, y e) que se hace exigible en aquellos casos no alcanzados por las obligaciones generales de protección de los derechos de las personas con discapacidad (Cayo, 2012, pp. 165 – 166).

Sobre lo anterior surgen esencialmente dos interrogantes, la primera gira en torno al carácter subsidiario de los ajustes razonables y, la segunda pregunta surge del término “razonable” de los ajustes, pues si bien la CDPD señala que es lo que se debe entender por ajustes razonables,

específicas de las personas con discapacidad que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular de manera eficaz y práctica, para facilitar la accesibilidad y la participación y para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos.”

no establece un método para medir la razonabilidad o no de estos. Estas dos cuestiones son el punto medular de este capítulo.

2.1. El carácter subsidiario de los ajustes razonables

Como se anticipó, existe una obligación estatal de garantizar la accesibilidad y el diseño universal para concretar la igualdad de las personas con discapacidad en el goce y ejercicio de sus derechos. No obstante, puede suceder que debido al carácter abierto de estas primeras obligaciones estatales, no se logre garantizar el goce y ejercicio de los derechos de todas las personas con discapacidad, ello debido principalmente a que la amplitud de la diversidad humana no se limita a reconocer que existen personas con discapacidad, sino también, a reconocer que dentro del mismo grupo también se puede encontrar una enorme variedad y tipo de discapacidades y, ante tal diversidad, se requieren soluciones concretas e individualizadas.

Ante esta necesidad, surge la obligación complementaria de adoptar ajustes razonables que se despliegan ante el fracaso garantista, valga la expresión, de la accesibilidad universal y del diseño universal que han de gozar de precedencia y preferencia (Cayo, 2012, pp. 162). Esto es así debido a que los ajustes razonables significan un medio para proteger el derecho a la igualdad de las personas con discapacidad por cuanto permiten, en casos concretos (tal y como regula el artículo 2° de la CDPD), asegurar este derecho cuando el dispositivo genérico de la accesibilidad universal y del diseño universal no alcanza a la situación particular que experimenta cada individuo.

Además, el carácter subsidiario de los ajustes razonables se ha visto reforzado por los distintos pronunciamientos de diversas autoridades tanto a nivel nacional como internacional.

Por ejemplo, en nuestro país el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (en adelante, “INDECOPI”) conoció de un caso sobre una ciudadana a quien un Banco privado negó su solicitud de una nueva tarjeta de crédito debido a su dificultad para firmar de la misma manera que en su Documento Nacional de Identidad, dificultad que se debía a una hemiparesia, la cual se considera una discapacidad

física. La institución bancaria aducía que en este caso específico, el Reglamento de Tarjetas de Crédito del Perú obligaba a las entidades financieras a verificar la identidad de los titulares para la emisión de tarjetas de crédito. Al resolver este caso, INDECOPI sostuvo que existe una obligación de realizar ajustes razonables para las personas con discapacidad en las relaciones de consumo, como por ejemplo, recoger su huella digital o cualquier otro método que acredite su identificación²⁶.

En este punto es importante notar que, a diferencia de las medidas de accesibilidad y diseño universal que son obligaciones generales y genéricas, los ajustes razonables que ordenó INDECOPI suponen la consideración de necesidades específicas y concretas “individualizadas”, más allá de que puedan reconducirse a rasgos grupales comunes (Courtis, 2007, p. 80).

Por otro lado, la Corte Constitucional de Colombia emitió en el año 2010 un pronunciamiento, que es importante para entender la CDPD, que resultó de la consulta que hizo el Jefe del Ministerio Público de Colombia a la Corte Constitucional sobre la exequibilidad²⁷ o no de la CDPD. En dicha sentencia la Corte Constitucional colombiana sostuvo que el término “ajustes razonables” se refiere a la extensión de las acciones que deberán adelantarse para mejorar las condiciones de accesibilidad y con ello, el pleno ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad²⁸. De lo anterior se deduce que, al decir que deberán adelantarse acciones para mejorar las condiciones de accesibilidad, la Corte colombiana parte de la idea de que ya existe accesibilidad y que los ajustes razonables constituyen un mecanismo secundario que refuerza el ejercicio pleno de los derechos de las personas con discapacidad en aquellos casos donde la accesibilidad no cubra la totalidad de expectativas de las necesidades de estas personas.

Asimismo, en el año 2012 en el caso de un adulto mayor con discapacidad, la Corte Constitucional colombiana interpretó que tanto el diseño universal como la accesibilidad comportan una obligación general, mientras que los “ajustes razonables” se encargan de suplir

²⁶ Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual. Sala de la Competencia N° 2. Resolución 0001-2011/SC2 – INDECOPI, 5 de enero de 2011.

²⁷ En el constitucionalismo colombiano “exequible” es sinónimo de constitucionalidad.

²⁸ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia del 21 de abril de 2010. M.P. Nilson Pinilla Pinilla. Expediente C-293/10, pág. 49.

las insuficiencias que el diseño universal y la accesibilidad presentan frente a algunas de las personas con discapacidad²⁹.

Asimismo, en Europa el Tribunal Constitucional de España tuvo que resolver el caso de un menor de edad con discapacidad intelectual a quien debido a una dificultad para entender la dinámica curricular de un colegio común, la autoridad educativa de su región lo había trasladado a un colegio especializado en dar educación a niños con discapacidad. No obstante, los padres del menor se opusieron a esta directiva y se negaron a que el niño asista a clases argumentando principalmente que en lugar de ser trasladado a un colegio de educación especializada el menor debía acudir a su anterior centro educativo y este a su vez, adoptar los ajustes razonables que resulten necesarios para su pleno desarrollo educativo³⁰.

Al resolver, el máximo intérprete de la constitución española señaló que la Ley Orgánica 2/2006 sobre educación establecía que la escolarización del alumnado que presenta necesidades educativas especiales se rige por los principios de normalización e inclusión y se asegura su no discriminación e igualdad en el acceso y permanencia en el sistema educativo. De tal forma que, la escolarización de estos menores en unidades o centros educativos especiales sólo se llevará a cabo cuando sus necesidades no puedan ser atendidas en el marco de las medidas de atención a la diversidad de los centros ordinarios. Es evidente, que en este caso el Tribunal Constitucional español interpretó que la medida de colocar al niño en un centro educativo especial constituía un ajuste razonable y, como tal, tenía carácter subsidiario dado que la obligación primaria era la de adaptar el centro educativo ordinario a las exigencias del menor en virtud de las obligaciones generales de accesibilidad y diseño universal.

En cuanto al nivel de protección regional de Derechos Humanos, en el año 2009 el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante “Tribunal Europeo”, “TEDH” o “Tribunal de Estrasburgo”) emitió su primera sentencia donde acogió la CDPD como criterio interpretativo. El caso en cuestión es *Glor v. Suiza*³¹ y si bien el TEDH no enuncia de manera

²⁹ Cfr. Corte Constitucional de Colombia, *supra nota 19*, pág. 28.

³⁰ Tribunal Constitucional de España 10/2014. *Recurso de amparo 6868 – 2012*. Sentencia de 27 de enero de 2014.

³¹ TEDH. *Caso Glor Vs. Suiza*. Sentencia de 30 de abril de 2009. Aplicación N° 13444/04.

explícita el término “ajustes razonables” si da algunos alcances que parecieran aproximarse a este concepto.

El caso versaba sobre un ciudadano suizo que trabajaba como transportista y que fue declarado, a pesar de su interés, como no apto para el servicio militar por tener diabetes (considerada una discapacidad según el ordenamiento jurídico suizo). La legislación suiza no le permitía prestar el servicio militar pero tampoco lo eximía de tener que pagar la multa por no realizarlo dado que su grado de discapacidad no era tal, según las leyes de ese Estado, como para eximirlo de cumplir con el pago.

El Tribunal Europeo, luego de un análisis previo sobre el principio de igualdad y no discriminación, consideró que el Estado suizo debería ofrecer alternativas para aquellas personas con discapacidad que quieran participar en el servicio militar de su país ajustando para este fin los ambientes del servicio militar para que estas personas puedan desarrollar su proyecto de vida. En concreto, tomó en cuenta la distinción objetiva y razonable que hacía la legislación suiza para no permitir a las personas con cierto grado de discapacidad realizar el servicio militar, pero resolvió que, en el caso concreto del ciudadano Glor se deberían tomar las medidas adecuadas y particulares para su caso, dado que su grado de discapacidad no era tal que le impidiera realizar funciones físicas.

De lo señalado anteriormente, se evidencia que la obligación primaria es la de garantizar un acceso pleno y diseño universal a las personas con discapacidad para que puedan ejercer sus derechos en condiciones de igualdad y solo en aquellos casos en los que esta obligación primaria no alcance a la totalidad de los supuestos, dado que existe diversidad dentro del grupo de la persona con discapacidad, se hará exigible la obligación de adoptar ajustes razonables pues su característica es más individual que genérica.

2.2. El carácter razonable de los ajustes

Otra de las cuestiones que resulta problemática es la determinación de la “razonabilidad” de los ajustes razonables. El carácter de razonables, evidentemente reduce el número e intensidad de ajustes que aun siendo necesarios para la satisfacción de las necesidades de las personas

con discapacidad, están amparados por la normativa nacional e internacional (Cayo, 2012, p. 163).

La regulación de los ajustes razonables que está plasmada en la CDPD establece el límite de que la realización de estos ajustes no debe imponer una carga desproporcionada o indebida, pero no ofrece, a diferencia de la ley española 51/2003, referida anteriormente, criterios para delimitar su razonabilidad, de lo cual se puede extraer que la obligación del Estado de adoptar ajustes razonables culmina cuando estos ya no son razonables, es decir cuando se convierten en una carga indebida. De tal forma, la defensa estatal ante la no realización del ajuste se basa siempre en la carga indebida, de modo tal que el análisis dependerá entonces del examen de las cargas (De Campos, 2011, p. 108).

No obstante, pretender una configuración legislativa genérica para determinar la carga excesiva de un ajuste razonable significaría ir en contra de una de las características fundamentales del ajuste razonable como es, precisamente, la particularidad. Es decir, no sería un beneficio para esta categoría jurídica, que se encarga de velar por los derechos de las personas con discapacidad en cada caso concreto, atribuirle una fórmula general para decidir cuándo es proporcional y cuándo no.

Así que para la determinación del nivel de la carga y por ende de la razonabilidad del ajuste, se deberá interpretar la razonabilidad desde el punto de vista de la equidad. Es decir, el enunciado general y abstracto, en este caso el de “razonable”, deberá ser apreciado a la luz de las singularidades de cada caso concreto (Ávila, 2011, p. 156 – 157), imponiéndose de esa manera la armonización del enunciado “razonable” con las particularidades materiales (Cianciardo, 1999, p. 50).

Es necesario aclarar que la evaluación de la carga indebida del ajuste razonable no debe tomarse solo desde la perspectiva del costo económico, sino también, desde otros aspectos cruciales como el impacto que la adopción de tal ajuste tendrá en el resto de personas con y sin discapacidad, el beneficio inclusivo que supone su adopción, la viabilidad de su concreción, entre otros. Sin embargo, se debe tener en cuenta que al adoptar ajustes

razonables, siempre se presentarán cargas, pero lo que no pueden es ser indebidas o excesivas³².

3. *Diferencia entre las acciones afirmativas y los ajustes razonables*

Una vez establecidos los alcances y precisiones conceptuales de los ajustes razonables resulta conveniente marcar su diferencia con las llamadas “acciones afirmativas”. La importancia de hacer la distinción entre los ajustes razonables y las acciones afirmativas es relevante para comprender sus diferenciadas consecuencias jurídicas.

Para dilucidar la diferencia que existe entre estos dos conceptos debemos centrarnos en sus finalidades. Así, en primer término encontramos que hay algunas medidas a favor de las personas con discapacidad que tienen como finalidad conseguir la igualdad material del colectivo, independientemente de las características individuales específicas de sus miembros (Giménez, 2011, p. 161). A estas medidas las denominaremos acciones afirmativas.

En cambio, existen otras medidas que parten de una desigualdad material objetivada de manera individual de las personas con discapacidad beneficiando a éstas con la finalidad de que puedan alcanzar la igualdad material individualmente. Es decir, comportan medidas que distinguen entre ciudadanos individuales, cuya desigualdad material se manifiesta de manera individual (Giménez, 2011, p. 162), al contrario que las medidas positivas o afirmativas, que distinguen entre colectivos, como se ha precisado. Esta definición parece aproximarse más a los componentes de “ajuste razonable” que hemos evaluado anteriormente³³. También, a estas medidas que buscan la igualdad material individual, el profesor *David Giménez* las denomina medidas de igualación positiva.

Entonces, podemos concluir que existen acciones a favor de las personas con discapacidad que son acciones positivas (acciones afirmativas) y otras que son medidas de igualación positiva (ajustes razonables) y que las acciones afirmativas tienen por objeto la igualdad

³² *Cfr.* Suprema Corte de Canadá. *Caso Bhinder Vs. CN*. Sentencia de 17 de diciembre de 1985. 2 S.C.R. 561, párrs. 10 y sgts.

³³ Al respecto, se debe recordar que, como se enunció anteriormente, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad establece que los ajustes razonables se aplicaran cuando se requieran en un caso particular.

material colectiva de las personas con discapacidad mientras que el fin de los ajustes razonables es conseguir la igualdad material individual de este colectivo en situación de vulnerabilidad.

CAPÍTULO III

1. Los ajustes razonables en la legislación latinoamericana

Para ampliar el concepto de ajustes razonables es imperioso abordar una visión latinoamericana del término. En consecuencia, en lo que sigue se revisará como Chile, Colombia y México han regulado en sus respectivos ordenamientos jurídicos los ajustes razonables, pues son los países que han presentado mayores iniciativas a nivel regional en la promoción y defensa de los Derechos Humanos y libertades fundamentales de las personas con discapacidad. Aunque también resulta evidente, como veremos a continuación, que aún quedan pendientes en esta tarea.

a) Chile

En Chile actualmente se encuentran vigentes las “Normas sobre Igualdad de Oportunidades e Inclusión Social de Personas con Discapacidad”³⁴ que es la norma general en cuanto a derechos y libertades fundamentales de las personas con discapacidad se refiere en el territorio chileno. Aunque dicha norma no contempla de manera expresa el término “ajustes razonables”, en su artículo 8° establece lo siguiente:

Artículo 8°.- Con el fin de garantizar el derecho a la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad, el Estado establecerá medidas contra la discriminación, las que consistirán en exigencias de accesibilidad, realización de ajustes necesarios y prevención de conductas de acoso.

³⁴ Las Normas sobre Igualdad de Oportunidades e Inclusión Social de Personas con Discapacidad (Ley N° 20422) fue publicada el día 10 de febrero de 2010 en formato virtual en: <http://www.leychile.cl/Navegar?idLey=20422>

Se entiende por exigencias de accesibilidad, los requisitos que deben cumplir los bienes, entornos, productos, servicios y procedimientos, así como las condiciones de no discriminación en normas, criterios y prácticas, con arreglo al principio de accesibilidad universal.

Los ajustes necesarios son las medidas de adecuación del ambiente físico, social y de actitud a las carencias específicas de las personas con discapacidad que, de forma eficaz y práctica y sin que suponga una carga desproporcionada, faciliten la accesibilidad o participación de una persona con discapacidad en igualdad de condiciones que el resto de los ciudadanos.

Conducta de acoso, es toda conducta relacionada con la discapacidad de una persona, que tenga como consecuencia atentar contra su dignidad o crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo.

Esta disposición evidencia ciertos rasgos característicos que hacen suponer que se trata, de manera implícita, de una obligación de adopción de ajustes razonables. Resulta interesante que la regulación señale, en su primer párrafo, que existe una obligación de accesibilidad y ajustes razonables, entendiendo que se tratan de conceptos diferentes aunque no lo manifieste expresamente.

Seguidamente, en el párrafo tercero se mencionan los “ajustes necesarios” que deben adoptarse para revertir las carencias “específicas” de las personas con discapacidad, evidenciando pues, el carácter subsidiario de estos ajustes. Finalmente, el párrafo culmina sosteniendo que estos ajustes necesarios no deben significar de ninguna manera una carga desproporcionada, estableciendo así un límite para estos ajustes.

No se puede aproximar una conclusión al hecho de que el legislador chileno no haya optado por llamar ajustes razonables a los ajustes necesarios, tomando en cuenta sobretodo que esta ley fue publicada en el año 2011, tres años después de que Chile ratificara la CDPD.

b) Colombia

En Colombia parece haberse tomado una especial atención a los derechos de las personas con discapacidad, a nivel jurisprudencial la Corte Constitucional de dicho país ha establecido estándares importantes en materia de protección de los Derechos Humanos de las personas con discapacidad.

No obstante, en este punto centraremos la atención en el desarrollo legislativo que ha experimentado Colombia, de manera específica, en la institución de los ajustes razonables. En Colombia, la Ley 1618³⁵ del año 2013 regula de manera general los derechos y libertades fundamentales de las personas con discapacidad. En su artículo 2° esta ley se remite a la Ley 1346³⁶ del año 2009 para entender los ajustes razonables. La Ley 1346 resulta una transcripción literal de la CDPD dado que mediante esta se aprueba esta Convención en Colombia. Por lo tanto, la regulación colombiana sobre los ajustes razonables resulta idéntica a la regulación que hace la CDPD sobre los ajustes razonables.

Sin bien este escenario pareciera ser una manera práctica de regular los ajustes razonables, recordemos que la CDPD fue redactada en clave de Derecho Internacional. Por tanto, no extrañaría que en su aplicación interna, la obligación de adoptar ajustes razonables presente algunos problemas en Colombia.

c) México

En la legislación mexicana también se encuentran plasmados los ajustes razonables por medio de la Ley General para la Inclusión de las Personas con Discapacidad del año 2011³⁷, cuyo numeral II del artículo 2° dispone:

II. Ajustes Razonables.

³⁵ La Ley 1618 por medio de la cual se establecen “Las disposiciones para garantizar el pleno ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad” fue publicada en el Diario Oficial No. 48.717 el día 27 de febrero de 2013.

³⁶ La Ley 1346 por medio de la cual se aprueba la "Convención sobre los Derechos de las personas con Discapacidad" para Colombia fue publicada en el Diario Oficial No. 47.427 el día 3 de julio de 2009.

³⁷ la Ley General para la Inclusión de las Personas con Discapacidad de México fue publicada en el el Diario Oficial de la Federación el día 30 de mayo de 2011.

Se entenderán las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales.

Como se puede apreciar, la legislación mexicana no varía en demasía respecto de la disposición de la CDPD que regula los ajustes razonables o incluso de la legislación española. Es importante recalcar, que igual que lo hace la CDPD, el numeral IX del artículo 2° de esa ley establece que la negación de ajustes razonables a las personas con discapacidad constituye una forma de discriminación.

Posteriormente, se adoptó el Reglamento de la Ley General para la Inclusión de las Personas con Discapacidad³⁸ que muy escuetamente señala en su artículo 48° que las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal velaran por la progresividad en la implementación de ajustes razonables al entorno físico.

Al respecto, cabe la crítica al reglamento de esta ley, en el sentido que, antes de expandir criterios para apreciar los ajustes razonables, lo que hace es reducir el ámbito de aplicación de estos ajustes a los entornos físicos. En tal sentido, la reglamentación pareciera reducir lo que la ley en si ha generado como obligación respecto de la adopción de ajustes razonables.

Se puede evidenciar de los tres países que han sido objeto de análisis, que en la mayoría de los casos sus legislaciones resultan equivalentes a los estándares que la CDPD y que el modelo social de la discapacidad se ha ubicado como norte imperante en la defensa y promoción de los derechos de las personas con discapacidad en la época actual. Una tarea compartida en la región, observando los avances y propuestas latinoamericanas ayudaría, qué duda cabe, a un mejor entendimiento sobre los ajustes razonables en favor de estas personas.

³⁸ El Reglamento de la Ley General para la Inclusión de las Personas con Discapacidad de México fue publicada en el el Diario Oficial de la Federación el día 30 de noviembre de 2012.

2. *Los ajustes razonables en el Perú*

En nuestro país, los ajustes razonables no han sido ajenos, entendiendo que estos se justifican en la discapacidad en sí misma o en la idea de que esta incapacite para alcanzar el progreso y el desarrollo y en que, por dicha razón, el Estado tenga que dictar medidas de carácter asistencialista a favor de las personas con discapacidad, sino en el hecho de que su exclusión de los diversos procesos sociales se ha originado en las condiciones y características del ambiente o entorno social en el que se han visto forzadas a interactuar³⁹.

De esta manera, en el Perú existe, desde el año 2012, la Ley General de la Persona con Discapacidad que representa el marco general que el Estado peruano ha plasmado para cumplir con sus obligaciones internacionales en relación con la protección de este grupo en situación de vulnerabilidad. Respecto a los ajustes razonables esta ley contempla:

Artículo 50. Ajustes razonables para personas con discapacidad

50.1 La persona con discapacidad tiene derecho a ajustes razonables en el lugar de trabajo. Estas medidas comprenden la adaptación de las herramientas de trabajo, las maquinarias y el entorno de trabajo, así como la introducción de ajustes en la organización del trabajo y los horarios, en función de las necesidades del trabajador con discapacidad.

50.2 El Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo y los gobiernos regionales prestan asesoramiento y orientación a los empleadores para la realización de ajustes razonables para personas con discapacidad en el lugar de trabajo. Los empleadores públicos y privados generadores de rentas de tercera categoría tienen una deducción adicional en el pago del impuesto a la renta sobre los gastos por ajustes razonables para personas con discapacidad, en un porcentaje que es fijado por decreto supremo del Ministerio de Economía y Finanzas.

³⁹ Cfr. Tribunal Constitucional del Perú. *Caso Jane Margarita Cósar Camacho y otros*. Expediente N° 02437-2013-PA/TC. Sentencia de 16 de abril de 2014, fundamento 8.

50.3 Los empleadores realizan los ajustes razonables, salvo cuando demuestren que suponen una carga económica excesiva, de conformidad con los criterios fijados por el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo.

Como apreciamos, la regulación que hace la Ley General de la Persona con Discapacidad sobre los ajustes razonables, se aboca de manera expresa a aquellos ajustes que se deben llevar a cabo en el campo laboral. Esta ley no cuenta con un enunciado general que determine el concepto de ajustes razonables.

No obstante, el artículo 50° de esta ley tiene ciertas características que son destacables. Por ejemplo, establece que los empleadores podrán requerir la ayuda del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (en adelante “MTPE”) y de los gobiernos regionales a fin de cumplir con esta obligación. Asimismo, en el tercer párrafo de este artículo se señala que los criterios para determinar si un ajuste razonable resulta excesivo, en términos económicos, los fijará el MTPE. Esto representa una novedad en el sentido que, como evidenciamos anteriormente, la CDPD igual que la legislación compara no establece criterios para determinar la razonabilidad de los ajustes.

Sin embargo, recordemos que al ser los ajustes razonables obligaciones concretas que se deben prestar en casos individualizados, a veces pudiera ser contradictorio una respuesta general para determinar si resulta una carga excesiva o no. En ese sentido, la tarea que realice el MTPE, al regular los criterios para la determinación de lo razonable o no de un ajuste, no deberá ser demasiada rígida en términos de comprender la característica subsidiaria y específica de los ajustes razonables. Respecto a lo anterior, el sumo intérprete de la constitución peruana, en el caso de las personas con discapacidad visual que no se les permitía acceder a un establecimiento comercial con un perro lazarillo, sostuvo que “la razonabilidad de los ajustes ha de valorarse no por el trato general y abstracto que se dé a la discapacidad, sino por el tipo de discapacidad al cual están dirigidos.”⁴⁰

No obstante esta regulación, la noción de ajustes razonables aparece en distintos artículos de la Ley General de la Persona con Discapacidad. A modo de ejemplo, el artículo 8° dispone

⁴⁰ Tribunal Constitucional del Perú, *supra nota 64*, fundamento 23.

que la denegación de ajustes razonables comporta una forma de discriminación contra las personas con discapacidad, el artículo 9 también prevé la adopción de ajustes razonables que requieran las personas con discapacidad para la toma de decisiones. De igual manera, el artículo 37 establece que se deberán adoptar ajustes razonables en el sistema educativo cuando será necesario.

Como añadidura a los preceptos que esgrime esta ley, en abril del año 2014 se publicó el Reglamento de la Ley General de la Persona con Discapacidad⁴¹ (en adelante, “el Reglamento”). El Reglamento, a diferencia de la ley, es más amplio al definir los ajustes razonables, estableciendo en su artículo 3 lo siguiente:

Artículo 3.- Definiciones

Para la aplicación de la Ley y el presente Reglamento se entenderán como definiciones las siguientes

[...]

3.2 Ajustes Razonables: Son las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas requeridas en un caso particular que, sin imponer una carga desproporcionada o indebida, sirven para garantizar a la persona con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con los demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales.

La primera salvedad que hace el artículo 3 del Reglamento es que cuando se aplique la Ley General de la Persona con Discapacidad, se debe entender como ajustes razonables lo que dispone el primero en su artículo 3.2. Esta precisión, aunque no del todo, logra llenar el vacío que significaba que la Ley General de la Persona con Discapacidad plantease los ajustes razonables solo para el campo laboral.

⁴¹ El Reglamento de la Ley General de la Persona con Discapacidad fue publicado mediante Decreto Supremo N° 002 – 2014 – MIMP el día 8 de abril de 2014 en el diario oficial El Peruano.

Por lo demás, el Reglamento mantiene, en sustancia, el mismo fin que propone la CDPD respecto de los ajustes razonables y, una vez más, se vislumbra el carácter subsidiario y complementario de estos ajustes cuando la ley refiere que “(...) son las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas en un caso particular (...)”. El Reglamento no agota el concepto de ajustes razonables en su artículo 3 y enumera diversos ámbitos específicos en los cuales deberán tomarse en cuenta, tales como en la educación, trabajo, salud, capacidad jurídica, entre otros.

Si bien tanto la Ley General de la Persona con Discapacidad como su Reglamento significan el marco general que toda institución pública o privada debe observar en la promoción y defensa de los Derechos Humanos y libertades fundamentales de las personas con discapacidad, no está de más recordar que existen leyes que regulan otros ámbitos de la vida social que también han contemplado a los ajustes razonables como una verdadera herramienta para conseguir la igualdad plena (y específica) de este grupo social.

A pesar del avance que representa la adopción de esta normativa para la consecución de los ajustes razonables en favor de las personas con discapacidad, aún existen criterios que debe fijar la ley a fin de procurar que, en la práctica, esta garantía de igualdad se pueda llevar a cabo de manera efectiva. Por ello, en el siguiente acápite de este trabajo se propondrá una nueva regulación de los ajustes razonables en nuestro país que tenga como objetivo, desde la perspectiva del nuevo modelo social, conseguir la igualdad material del más de un millón y medio de personas con discapacidad en nuestro territorio.

3. Una nueva propuesta de regulación de los ajustes razonables en el Perú

A continuación se plasmará una propuesta para regular los ajustes razonables en nuestro país, ateniendo, principalmente, a los principios que inspiran el modelo social de discapacidad. El texto que regule los ajustes razonables en el Perú, en busca de su adecuación con los estándares interamericanos y universales en materia de protección de Derechos Humanos debería señalarse de la siguiente manera:

Ajustes razonables

- 1. Cuando las obligaciones generales de accesibilidad y diseño universal no consigan la igualdad plena de las personas con discapacidad, se deberán adoptar ajustes razonables. Los ajustes razonables comprenden todas las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales.*
- 2. La determinación de la carga desproporcionada o indebida se deberá llevar a cabo evaluando cada caso en particular.*
- 3. La denegación de ajustes razonables constituye una forma de discriminación contra las personas con discapacidad.*

Esta propuesta, si bien perfectible como toda obra humana, toma como parangón la legislación comparada que se analizó en los puntos precedentes de este acápite y los puntos que se encuentran en debate actual tales como la determinación de lo razonable de los ajustes y su carácter subsidiario o complementario. Todo ello en el sentido que la regulación que al respecto se ha plasmado a nivel supranacional, no puede ser asimilada de manera directa por el ordenamiento jurídico peruano, pues tanto la CDPD como los distintos instrumentos internacionales en materia de protección de Derechos Humanos, representan un parámetro mínimo de protección al cual el Perú debe atenerse al regular los derechos y libertades fundamentales a nivel interno.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Como eslabón final de este análisis sobre los ajustes razonables en favor de las personas con discapacidad es menester extraer las conclusiones siguientes:

1. El modelo social de la discapacidad representa, sin duda alguna, un nuevo paradigma para el tratamiento de los Derechos Humanos de las personas con discapacidad. Es por virtud

de este nuevo modelo que resulta imperativo y necesario incluir a la sociedad civil, instituciones públicas, instituciones privadas, universidades, clínicas jurídicas, personas con discapacidad y gobierno, en sus distintas manifestaciones, como actores reales del cambio que merecen las personas con discapacidad desde el terreno legislativo, social, económico, político, entre otros. Es la sociedad la que debe dejar de crear la discapacidad en las personas.

2. El principio de igualdad y no discriminación no solo expone la obligación estatal de abstenerse de realizar actos que constituyan una forma de discriminación contra las personas con discapacidad, sino que también los Estados deben llevar a cabo acciones para eliminar toda forma de discriminación existente en sus sociedades.

3. Los ajustes razonables representan una garantía subsidiaria y complementaria a las obligaciones primarias de accesibilidad y diseño universal para conseguir el objetivo de la igualdad material de todas las personas con discapacidad.

4. La determinación de lo “razonable” de los ajustes se debe llevar a cabo mediante el examen de la carga indebida o desproporcionada.

5. La determinación sobre si una carga resulta indebida o desproporcionada dependerá del análisis que se realice en cada caso concreto, atendiendo a que tanto en la CDPD como en el Reglamento de la Ley General de la Persona con Discapacidad, señalan que los ajustes razonables se adoptarán cuando se requieran en un caso particular.

6. Mientras las acciones positivas o afirmativas buscan, a través de acciones concretas que se ven materializadas en las obligaciones de accesibilidad y diseño universal, la igualdad de las personas con discapacidad como colectivo, los ajustes razonables están dirigidos a conseguir la igualdad material de las personas con discapacidad en cada caso particular.

BIBLIOGRAFÍA

❖ Libros y tesis

- AGUADO, Antonio. 1995. *Historia de las Deficiencias*. Madrid: Editorial Escuela Libre.
- ÁVILA, Humberto. 2011. *Teoría de los principios*. Traducción de Laura Criado. Madrid: Marcial Pons.
- BREGAGLIO LAZARTE, Renata, Renato CONSTANTINO CAYCHO y Diego OCAMPO ACUÑA. 2013. *Manual para el estudiante de la Clínica Jurídica en Discapacidad y Derechos Humanos de la PUCP*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Instituto de Democracia y Derechos Humanos.
- CAYO, Luis. 2012. “La configuración jurídica de los ajustes razonables”. En CAYO, Luis (Director). *2003 – 2012: 10 años de legislación sobre no discriminación de personas con discapacidad en España*. Madrid: Grupo Editorial CINCA.
- COURTIS, Christian. 2007. “La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. ¿Ante un nuevo paradigma de protección?”. En GUTIÉRREZ, Juan (Coordinador). *Memorias del Seminario Internacional Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Por una cultura de la implementación*. México D.F.: Programa de Cooperación sobre Derechos Humanos México – Comisión Europea.
- GIMÉNEZ, David. 2011. “Las medidas a favor de las personas con discapacidad y de las personas adultas mayores en España: ¿Acciones positivas o medidas de igualación positiva? En SANTIAGO, Mario. *Acciones afirmativas*. México D.F.: Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación.

- DÖRNER, Klaus. 1974. *Ciudadanos y Locos: Historia Social de la Psiquiatría*. Madrid: Taurus.
- MEDINA, María. 2010. *Evaluación de la Conducta Adaptativa de las Personas con Discapacidad Intelectual. Valoración y Usos de la Escala ABS-RC: 2*. Tesis Doctoral. Burgos: Universidad de Burgos, Facultad de Humanidades y Educación.
- MORRIS, Jenny. 1991. *Pride against Prejudice. A Personal Politics of Disability*. Londres: Women's Press Ltd.
- OFICINA DE DERECHOS HUMANOS DEL ARZOBISPADO DE GUATEMALA (ODHAG). 2005. *Personas con Discapacidad y Condiciones de Exclusión en Guatemala*. Ciudad de Guatemala: Oficina de Derechos Humanos del Arzobispado de Guatemala.
- PALACIOS, Agustina. 2008. *El Modelo Social de Discapacidad: Orígenes, Caracterización y Plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Madrid: Grupo Editorial CINCA.
- REISMAN, John. 1976. *A History of Clinical Psychology*. New York: Irvington Publisher.
- ROMAÑACH, Javier. 2009. *Bioética al otro lado del Espejo: La Visión de las Personas con Diversidad Funcional y el Respeto a los Derechos Humanos*. La Coruña: Ediciones Diversitas-AIES, p. 31.
- SCHEERENBERGER, R.C. 1983. *A History of Mental Retardation*. Baltimore: Paul H. Brooks Publishing Co.

❖ **Revistas especializadas**

- CÉSPEDES, Gloria. 2005. “La Nueva Cultura de la Discapacidad y los Modelos de Rehabilitación”. *Revista Aquichan*. Chía, año 5, número 1.
- CIANCIARDO, Juan. 1999. “Máxima de razonabilidad y respeto de los derechos fundamentales”. *Persona y Derecho*. Pamplona, número 41.
- DE CAMPOS, Leticia. 2011. “Ajuste razonable: un nuevo concepto desde la óptica de una gramática constitucional inclusiva”. *Revista Internacional de Derechos Humanos SUR*. São Paulo, volumen 8, número 14.
- SANJOSÉ, Amparo. 2007. “El primer tratado de Derechos Humanos del siglo XXI: la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”. *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*. s/l, número 13.
- SOTO BUILES, Norelly. 2008. “Representaciones Sociales y Discapacidad”. *Revista Hologramática*. Buenos Aires, año 5, volumen 1, número 8.

❖ **Jurisprudencia de tribunales y pronunciamientos de autoridades administrativas**

- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia del 21 de abril de 2010. M.P. Nilson Pinilla Pinilla. Expediente C-293/10.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia del 8 de junio de 2012. M.P. María Victoria Calle Correa. Expediente T-427/12.
- TEDH. *Caso Glor Vs. Suiza*. Sentencia de 30 de abril de 2009. Aplicación N° 13444/04.
- Tribunal Constitucional de España 10/2014. *Recurso de amparo 6868 – 2012*. Sentencia de 27 de enero de 2014.

- Tribunal Constitucional del Perú. *Caso Colegio de abogados de Arequipa y otro*. Expediente N° 0005-2007-PI/TC. Sentencia de 25 de abril de 2006.
- Tribunal Constitucional del Perú. *Caso Sindicato Nacional de Trabajadores de Alicorp S.A.A.* Expediente N° 02974-2010-PA/TC. Sentencia de 24 de octubre de 2011.
- Tribunal Constitucional del Perú. *Caso Empresa Pesquera San Fermín S.A.* Expediente N° 02835-2010-PA/TC. Sentencia de 13 de diciembre de 2011.
- Tribunal Constitucional del Perú. *Caso Jane Margarita Cósar Camacho y otros*. Expediente N° 02437-2013-PA/TC. Sentencia de 16 de abril de 2014.
- Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual. Sala de la Competencia N° 2. Resolución 0001-2011/SC2 – INDECOPI, 5 de enero de 2011.
- Suprema Corte de Canadá. *Caso Bhinder Vs. CN*. Sentencia de 17 de diciembre de 1985. 2 S.C.R. 561.

❖ **Leyes nacionales e internacionales, reglamentos e instrumentos internacionales**

- Consejo de Europa. *Resolución ResAP (2001)1 sobre la introducción de los principios de diseño para todos en los currículos de todas las profesiones que trabajen en la construcción del entorno*. Comité de Ministros. 15 de febrero de 2001.
- Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad.
- Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.
- Ley General de la Persona con Discapacidad (Ley N° 29973).

- Normas sobre Igualdad de Oportunidades e Inclusión Social de Personas con Discapacidad (Ley N° 20422).
- Plan Nacional de Derechos Humanos 2014 – 2016 (Decreto Supremo N° 005-2014-JUS).
- Reglamento de la Ley General de la Persona con Discapacidad.

❖ **Documentos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y del Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad**

- Corte IDH. *Condición jurídica y derechos humanos de los migrantes indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003. Serie A No.
- CRPD. *Observaciones finales respecto de Perú*. CRPD/C/PER/CO/1 (2012).
- CRPD. *Observación General N° 2. Artículo 9: Accesibilidad*. 11° período de sesiones, CRPD/C/G/C/2, 2014.