

La idea de los ajustes razonables como forma complementaria para conseguir la igualdad de las personas con discapacidad

Elard Ricardo Bolaños Salazar¹

RESUMEN

Los ajustes razonables son mecanismos para conseguir la igualdad fáctica de las personas con discapacidad. Sin duda, representan una herramienta importante; por ello es necesario que se tengan en cuenta ciertos criterios para una configuración adecuada de estos ajustes sin que los mismos lleguen a ser desproporcionados, ya sea desde el punto de vista estatal o de la persona con discapacidad. Así, este artículo tiene por finalidad sembrar la discusión acerca de cuáles deberían ser los criterios para determinar la razonabilidad de los ajustes razonables.

Finalmente, se aportarán ciertas precisiones conceptuales que pudieran ayudar a una mayor comprensión de las categorías jurídicas que comprenden la garantía de los derechos y libertades de las personas con discapacidad.

Palabras clave: discapacidad, razonable, igualdad, discriminación, ajustes.

Abstract

Reasonable accommodations are mechanisms to achieve substantive equality for people with disabilities. Undoubtedly represent an important tool, however, it is necessary that certain criteria for proper configuration of these settings are taken into account without them they become disproportionate, either

¹ Estudiante de Derecho, Universidad de San Martín de Porres (Lima, Perú) y miembro del Centro de Estudios de Derechos Humanos de la misma universidad. ricardo.92b@hotmail.com.

from the point of view state or person with disabilities. Thus, this article aims to sow the discussion about what should be the criteria for determining the reasonableness of reasonable accommodation. Finally, this article provides some conceptual clarifications that may help further understanding of the legal categories that comprise the guarantee of the rights and freedoms of persons with disabilities.

Keywords: disability, reasonable, equality, discrimination, adjustment.

INTRODUCCIÓN

En el mundo existen ciertos grupos en situación de vulnerabilidad que debido a su situación fáctica merecen del Estado y la sociedad algunos tratamientos diferenciados para conseguir su igualdad material². En el mundo jurídico, Roberto Saba (2008, p. 695) denomina a estos grupos “categorías sospechosas”, cuyo tratamiento diferente merece un escrutinio más estricto para verificar su adecuación constitucional.

Dentro de ese universo se encuentran las personas con discapacidad. Este grupo de personas ha tenido que enfrentar arduas luchas desde los terrenos jurídicos, políticos, sociales y médicos para poder dejar de ser percibidas como una “carga” o como personas cuya situación no es “normal”. Dentro de estas luchas se encuentra el reconocimiento de la obligación estatal de realizar los denominados “ajustes razonables” como medio para la materialización de su igualdad. Ajustes razonables que tal y como están expresados a nivel internacional parecieran no plasmar de manera clara y contundente de qué manera se deben llevar a cabo.

En tal sentido, este estudio se presenta como una esquematización de diversas opiniones e inferencias que permiten llegar a ciertas conclusiones y reglas para una mejor elaboración o configuración de los llamados ajustes razonables; entendidos estos como aquellas modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, que sirve 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 Se hace referencia a la igualdad material bajo el entendido que existen al menos dos tipos de igualdad: *la igualdad formal*: aquella que se consagra normativamente que suele ser estática, y *la igualdad material*: aquella que va más allá de la mera enunciación de la igualdad para lograr la misma en las circunstancias particulares y específicas. En este segundo terreno de la igualdad es donde comúnmente se desarrollan conceptos tales como acciones afirmativas, discriminación inversa y, cómo no, ajustes razonables.

Si bien la elaboración de una teoría de razonabilidad de estos ajustes partirá de un análisis desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, también se observarán elementos de la experiencia colombiana y peruana, países donde viene siendo altamente discutido el tema objeto de este estudio. Ello permitirá cerrar el círculo y de alguna manera verificar la puesta en escena por los Estados de los criterios internacionales en la materia.

DESARROLLO

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

A lo largo de la historia la terminología sobre la discapacidad ha presentado diversas evoluciones que, dependiendo del contexto, reflejan la visión que en alguna determinada época se tuvo sobre las personas con discapacidad. Así, en el siglo XVI se hacía referencia a las personas con discapacidad con el término “deficientes”. En ese momento histórico 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 este escenario 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 (Reisman, 1976, p. 45). En un acto considerado heroico y revolucionario para su época, Pinel liberó a los pacientes mentales de sus cadenas en las prisiones de París, en la Bicêtre y en La Salpêtrière, durante la Revolución francesa (Forrest, 1984, p. 291-307). No obstante, hay quienes afirman que William Tuke Retreat y Joseph Daquin, entre otros, ya habían llevado a cabo acciones similares antes que Pinel (Dörner, 1974, p. 134).

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.

Posteriormente, 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.

Vemos cómo en cada momento de la historia cada sociedad presenta determinadas necesidades y unos valores sociales diversos y cambiantes, “contexto social”, en función de los cuales se establece lo que es adecuado socialmente y lo que resulta inadecuado. De cualquier forma, 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 “deficientes”, “minusválidos”, “incapaces”, “enfermos”, etc., términos que incluso utilizó el Derecho para hacer referencia a las personas con discapacidad.

No obstante lo reseñado, para efectos de establecer un marco común conviene observar un concepto uniforme sobre la discapacidad. Al respecto la Convención sobre las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas (en adelante CDPD) establece que

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 que servirá de norte a este estudio.

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: el modelo de prescindencia, el modelo médico o rehabilitador y el modelo social. El derecho también ha tenido que acompañar cada nuevo enfoque creando instituciones jurídicas, mecanismos de protección, legislación y convenciones para lograr una garantía más amplia y actual de los derechos de las personas con discapacidad.

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. Además, comprender sus diferencias y particularidades ayudará a un mejor desarrollo posterior de la teoría que se plasmará en este estudio.

El primero de estos enfoques es el *modelo de prescindencia*, que hunde sus raíces en la antigüedad grecorromana y en la Edad Media. Este modelo expone que las causas de la discapacidad son de origen religioso y considera innecesarias a las personas con discapacidad, pues desde este punto de vista se les entiende como personas que albergan

castigos divinos o mensajes diabólicos por culpa, supuestamente, de los errores o faltas de sus padres. Esta perspectiva adopta también la idea de que este grupo de personas no contribuye con la sociedad, no es productivo, o simplemente, la vida de las personas con discapacidad no vale la pena vivirla. Es decir, según el modelo de prescindencia, no solo se puede, sino que se debe “prescindir” de las personas con discapacidad, pues no “son seres que en su conformación genética tengan la gracia de las deidades”.

Posteriormente, en el amanecer del siglo XX, producto de los horrores de la Segunda Guerra Mundial y los accidentes laborales, surgió el *modelo médico-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, impide su desenvolvimiento “normal” en la sociedad (Céspedes, 2005, p. 108 - 113).

El modelo médico-rehabilitador 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 foco del problema, y busca, como consecuencia, adecuarla a la sociedad. De esta manera, 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 (sic). 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

Contrario al médico-rehabilitador, para el *modelo social* de la discapacidad, las barreras sociales son 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 (Oficina de Derechos Humanos

del Arzobispado de Guatemala, ODHAG, 2005, p. 25). Acertadamente Jenny Morris (1991) 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” (p. 56). Es decir, para este nuevo modelo, la discapacidad está en el mundo que es incapaz de garantizar los derechos y ejercicio pleno de libertades fundamentales para las personas con discapacidad.

Este nuevo paradigma, que se plasma de manera rotunda en la CDPD, prioriza los elementos exógenos para abordar la discapacidad, es decir, toma un enfoque holístico, reemplazando así el concepto individualista del anterior modelo médico-rehabilitador. Es entonces la sociedad, en su interacción comunicativa, la que apropia los significados; claro que para ello siempre hay primero un significante, en este caso 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 su exclusión social (Soto, 2008, p. 3 - 22).

En conclusión, según el modelo social, la discapacidad no se encuentra en la persona sino en las barreras que existen en el entorno y en la sociedad que le impiden ejercer 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 y precisiones generales sobre el principio de igualdad y no discriminación

Un concepto transversal en materia de Derechos Humanos y libertades fundamentales es 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*³, dado que sobre este principio 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 condición⁴.

A nivel nacional, por ejemplo, el Tribunal Constitucional peruano ha referido que la igualdad debe ser comprendida como derecho y como principio⁵. De esa forma, la igualdad como principio constituye el enunciado de un contenido material objetivo que, en tanto componente axiológico del fundamento del ordenamiento constitucional, vincula de

3 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 solo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter.

4 V. et. Corte IDH. Condición jurídica y derechos humanos de los migrantes indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003. Serie A n° 18.

5 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”.

modo general y se proyecta sobre todo el ordenamiento jurídico⁶. Por otro lado, 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 destinatario⁷. De esta manera, el máximo intérprete de la Constitución peruana ha interpretado la igualdad y no discriminación como un eslabón fundante del Estado social y democrático de derecho, recalando 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 la justicia.

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

Luego de un esbozo general sobre el principio de igualdad y no discriminación es conveniente analizar este principio en relación con las personas con discapacidad. Al respecto, en el Perú existe la Ley N° 29973 (Ley General de la Persona con Discapacidad), que señala la no discriminación contra las personas con discapacidad como uno de los principios rectores de las políticas y programas del Estado⁸. Asimismo, de manera explícita la ley establece que

6 V. et. 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.

7 V. et. 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.

8 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”.

ARTÍCULO 8. DERECHO A LA IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN

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 establecida en el artículo 8 de la Ley N° 29973 no dista en demasía de 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.

En el ámbito supranacional, la CDPD, además de reconocer como uno de sus principios generales la no discriminación⁹, dispone en su artículo 2, referente a definiciones que

Por “discriminación por motivos de discapacidad” se entenderá cualquier distinción, exclu-

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

sión 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 regionales¹⁰, agrega que la denegación de ajustes razonables comporta un acto de discriminación contra las personas con discapacidad. Ciertamente, este fue el modelo que recogió el legislador peruano para elaborar con parámetros similares la Ley N° 29973.

En conclusión, el principio de igualdad y no discriminación –cuando nos abocamos a 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

10 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.

sociedades (Sanjosé, 2007, p. 1-26) en perjuicio de las personas con discapacidad y, precisamente, una materialización de esta obligación es la de realizar ajustes razonables para conseguir la igualdad contextual de las personas con discapacidad.

4. 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 pretenden erradicar todos aquellos límites sociales a fin de conseguir la plena igualdad de este grupo vulnerable.

4.1. 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 lo tanto, que gocen por igual de todos los derechos constitucionales¹¹. Esta se convierte, como se podrá comparar luego, en una obligación un poco más específica que la del diseño universal.

En este 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

11 V. et. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia del 8 de junio de 2012. M.P. María Victoria Calle Correa. Expediente T-427/12, p. 27.

les permita desarrollar su proyecto de vida de manera independiente. Asimismo, deben garantizar la accesibilidad de las personas con discapacidad a los servicios abiertos al público, aun cuando estos sean prestados por entes particulares.

El Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas (en adelante 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 de no contar con legislación sobre la materia, el primer paso es aprobar un marco jurídico adecuado¹².

4.2. El 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 generalizado¹³. 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”.

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

13 V. et. 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.

Como un ejemplo concreto de lo que es un diseño universal se puede mencionar la iniciativa que llevó a cabo el Museo de Bellas Artes de Budapest. En 2006 dicha institución cultural presentó una exposición táctil sobre la cultura en la era de Segismundo de Luxemburgo. Aunque aquella exposición se hizo principalmente para personas invidentes, también significó que los visitantes que no eran invidentes 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.

5. LOS AJUSTES RAZONABLES COMO ELEMENTO SECUNDARIO Y COMPLEMENTARIO DE LA OBLIGACIÓN DE ACCESIBILIDAD Y DISEÑO UNIVERSAL: EL CARÁCTER SUBSIDIARIO DE LOS AJUSTES RAZONABLES

En este acápite se abocará el estudio de los ajustes razonables como instrumento jurídico que salvaguarda la igualdad de la persona con discapacidad en todos los aspectos de su vida. En primer lugar es necesario tener en cuenta que el concepto de ajustes razonables, aunque con ciertas diferencias con la conceptualización actual, encuentra raíces comunes en las legislaciones de Estados Unidos de América¹⁴ y Canadá¹⁵ 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 determi-

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

15 En 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.

nado día de la semana, flexibilizando, para este fin, los 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 tal 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/CE 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 2003 se adoptó en España la Ley 51/2003, que regulaba, con carácter general para todos los derechos, los ajustes razonables, yendo más allá del campo laboral que establecía la Directiva del Consejo de la Unión Europea 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

Como señalamos en la introducción de este trabajo, 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.

Tanto de la regulación de la CDPD como de la legislación española se desprenden ciertos criterios constitutivos que podemos denominar como "elementos del ajuste razonable". A estos elementos Luis Cayo (2012) las enumera y ordena 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 (pp. 165 - 166).

Respecto a lo anterior surgen esencialmente dos preguntas: 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 qué se entiende por ajustes razonables, no establece un método para medir la razonabilidad o no de estos. Estas dos cuestiones serán analizadas a continuación.

5.1. 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 a las personas con discapacidad en el goce y ejercicio de sus derechos. Sin embargo, puede suceder que debido al carácter abierto de estas "primeras" obligaciones de los Estados 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 esta 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 ha de gozar de precedencia y preferencia. 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 persona con discapacidad.

El carácter subsidiario de los ajustes razonables ha sido reforzado por distintos pronunciamientos de diversas autoridades tanto a nivel nacional como internacional. Por ejemplo, en el Perú, 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 le 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; esta dificultad se debía a la hemiparesia, que es considerada una discapacidad física. El banco 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 identificación¹⁶. 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, es decir, “individualizadas”, más allá de que puedan reconducirse a rasgos grupales comunes (Courtis, 2007, p. 80).

En Colombia, la Corte Constitucional emitió en 2010 un pronunciamiento que es importante para entender la CDPD que resultó del pedido que hizo el jefe del Ministerio Público de Colombia a la Corte Constitucional sobre la exequibilidad 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 discapacitadas¹⁷. De lo anterior se deduce que al decir que deberán realizarse 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 y libertades fundamentales de las personas con discapacidad en aquellos casos en los que la accesibilidad no cubra la totalidad de expectativas de las necesidades de estas personas.

Asimismo, en 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 el principio de “ajustes razonables” se encarga de suplir las insuficiencias que el diseño universal y la accesibilidad presenta frente a algunas de las personas con discapacidad¹⁸.

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 la región de Palencia 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

16 V. et. 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.

17 V. et. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia del 21 de abril de 2010. M.P. Nilson Pinilla Pinilla. Expediente C-293/10, p. 49.

18 V. et. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia del 21 de abril de 2010. M.P. Nilson Pinilla Pinilla. Expediente C-293/10,

razonables que resulten necesarios para su desarrollo educativo pleno¹⁹.

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 solo 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 la accesibilidad y diseño universal.

A 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 en la que acogió la CDPD como criterio interpretativo. El caso en cuestión es *Glor v. Suiza*²⁰; y si bien el TEDH no enuncia de manera explícita el término “ajustes razonables”, sí da algunos alcances que parecieran aproximarse a este concepto.

El caso versa 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). 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 del Estado, como para eximirlo de cumplir con ese pago.

Luego de un análisis previo sobre el principio de igualdad y no discriminación, El Tribunal Europeo, 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 a su caso, dado que su grado de discapacidad no era tal que le impediría realizar funciones físicas. De lo señalado se evidencia que la obligación primaria es 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 dado que su característica es más individual que genérica.

5.2. El carácter razonable de los ajustes

Otra de las cuestionas 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 plasmada en la CDPD establece el límite de que la realización de los ajustes razonables no imponga una carga desproporcionada o indebida, pero no ofrece herramientas para determinar la desproporionali-

19 V. et. Tribunal Constitucional de España 10/2014. *Recurso de amparo 6868 - 2012*. Sentencia de 27 de enero de 2014.

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

dad de dicha carga, a diferencia de la ley española 51/2003 referida anteriormente.

Podemos interpretar que la obligación de los Estados 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 en la carga indebida, de modo que el análisis dependerá del examen de las cargas (De Campos, 2011, p. 108).

No obstante, pretender una normativa 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 institución jurídica, que se encarga de velar por los derechos de las personas con discapacidad en cada caso concreto cuando no es efectiva la accesibilidad y el diseño universal, atribuirle una fórmula general para decidir cuándo es desproporcionada o no. Entonces, para la determinación del nivel de la carga y, por ende, 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, imponiéndose así la armonización del enunciado “razonable” con las particularidades materiales (Ávila, 2011, p. 50).

Es necesario aclarar que lo 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 ser es indebidas o excesivas²¹.

5.3. Diferencia entre los ajustes razonables y las acciones afirmativas

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 tal distinción entre los ajustes razonables y las acciones afirmativas es de suma importancia para comprender sus diferenciadas consecuencias jurídicas.

Para dilucidar la diferencia que existe entre estos dos conceptos debemos centrarnos en sus finalidades. Así, 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 se les puede denominar acciones afirmativas.

En cambio, existen otras medidas que parten de una desigualdad material objetivada de manera individual de las personas con discapacidad, beneficiando a estas con la finalidad de que puedan alcanzar la igualdad material individualmente. Es decir, comporta una medida que distingue entre ciudadanos individuales, cuya desigualdad material se manifiesta de manera individual; al contrario de 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 anteriormente²². También a estas medidas que buscan la igualdad material individual, David Giménez las denomina “medidas de igualación positiva”.

21 V. et. Suprema Corte de Canadá. *Caso Bhinder Vs. CN*. Sentencia de 17 de diciembre de 1985. 2 S.C.R. 561, párrs. 10 y ss.

22 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.

Así, podemos concluir que existen acciones a favor de las personas con discapacidad que son acciones positivas (acciones afirmativas) y otras que son medidas de igualdad positiva (ajustes razonables) y que las acciones afirmativas tienen por objeto la igualdad material colectiva de las personas con discapacidad y cuyo fin es conseguir la igualdad material individual de las personas con discapacidad.

CONCLUSIONES

Intentar concluir con el estudio de la naturaleza de los ajustes razonables resulta una tarea hasta cierto punto muy pretenciosa. Cerrar este tema esbozando criterios podría llevar a la errónea conclusión de que las personas con discapacidad están todas en

una situación idéntica y, por ende, el tratamiento debe basarse en un catálogo de principios o reglas.

Por ende, prefiero terminar este breve análisis enfatizando en que más allá de los puntos de vista que se adopten en torno a este tema en concreto, lo importante es entender que el universo de las personas con discapacidad no nos permitirá jamás establecer una sola forma de actuar. No obstante, las reglas pretendidas en este artículo servirán para comprender que existen ciertas lagunas conceptuales y terminológicas que deben ser resultas para llegar al fin último de las innumerables acciones en pro de las personas con discapacidad, es decir, su igualdad real y material.

Bibliografía

DOCTRINA

Aguado, A. (1995). *Historia de las Deficiencias*. Madrid: Editorial Escuela Libre.

Ávila, H. (2011). *Teoría de los principios*. Madrid: Marcial Pons.

Bregaglio, R., Constantino, R. & Ocampo, D. (2013). *Manual para el estudiante de la Clínica Jurídica en Discapacidad y Derechos Humanos de la PUCP*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.

Cayo, L. (2012). La configuración jurídica de los ajustes razonables. En L. Cayo (Ed.), *2003 – 2012: 10 años de legislación sobre no discriminación de personas con discapacidad en España*. Madrid: Grupo Editorial CINCA.

Céspedes, G. (2005). La nueva cultura de la discapacidad y los modelos de rehabilitación. *Revista Aquichan*, 1, 108 – 113. Disponible en: [http://](http://www.scielo.org.co/pdf/aqui/v5n1/v5n1a11.pdf)

www.scielo.org.co/pdf/aqui/v5n1/v5n1a11.pdf

Courtis, C. (2007). La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. ¿Ante un nuevo paradigma de protección? En J. Gutiérrez (Ed.), *Memoria 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.

De Campos, L. (2011). Ajuste razonable: un nuevo concepto desde la óptica de una gramática constitucional inclusiva. *Revista Internacional de Derechos Humanos SUR*, 8(14), 89 – 115. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r27675.pdf>

Dörner, K. (1974). *Ciudadanos y Locos: Historia Social de la Psiquiatría*. Madrid: Taurus.

Forrest, T. (1984). La Psicología comunitaria y sus implicaciones para los países en vías de desarrollo. *Revista Latinoamericana de Psicología*, 16(2), 291 – 307. Disponible en: <http://goo.gl/OJnZrv>

Giménez, D. (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 M. Santiago (Ed.), *Acciones Afirmativas*. México D.F: Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación.

Morris, J. (1991). *Pride against Prejudice. A Personal Politics of Disability*. Londres: Women's Press.

Oficina de Derechos Humanos del Arzobispado de Guatemala [ODHAG] (2005). *Personas con Discapacidad y Condiciones de Exclusión en Guatemala*. Ciudad de Guatemala.

Palacios, A. (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, J. (1976). *A History of Clinical Psychology*. New York: Irvington Publisher.

Romañach, J. (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.

Saba, R. (2008). Igualdad, clases y clasificaciones: ¿Qué es lo sospechoso de las categorías sospechosas? En R. Gargarella (Ed.), *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

Sanjosé, A. (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, 13, 1- 26. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2327515>

Scheerenberger, R. (1983). *A History of Mental Retardation*. Baltimore: Paul H. Books Publishing Co.

Soto, N. (2008). Representaciones sociales y discapacidad. *Revista Hologramática*, 1(8), 3-22.

CASOS

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

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.

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 21 de abril de 2010. M.P. Nilson Pinilla Pinilla. Expediente C-293/10.

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

Tribunal Europeo de Derechos Humanos [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 Sindicato Nacional de Trabajadores de Alicorp S.A.A.* Expediente

diente 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.

LEGISLACIÓN

Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial. A/RES/2106 A (XX). New York, 21 de diciembre de 1965.

Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. A.G. res. 34/180. New York, 3 de septiembre de 1981.

Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. A/RES/61/106. New York, 13 de diciembre de 2006.

Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. U.N. Doc A/CONF.39/27 (1969). Viena, 23 de mayo de 1969.

Consejo de la Unión Europea. Directiva 2000/78/CE del año 2000.

Perú. Ley General de la Persona con Discapacidad (Ley N°29973).

Estados Unidos de América. *Equal Employment Opportunity Act del año 1972.*

España. Ley 51/2003.