

La igualdad sustantiva en la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad: el rol de los ajustes razonables

Substantive equality in the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities: the role of reasonable accommodation

Daniel VILLARROEL ARAMAYO¹

Resumen: Alejándose de una concepción formal de igualdad, la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad, y como consecuencia de ella, también la legislación chilena, construye una noción de igualdad sustantiva que resulta necesaria considerar para el análisis de todas las normas insertas en el derecho de la discapacidad. En ese contexto, se incorporan los ajustes razonables como una noción y práctica indispensable para el logro de esa igualdad sustantiva en el ámbito de la discapacidad.

Palabras clave: Igualdad formal, igualdad sustantiva, ajustes razonables, discapacidad.

Abstract: Away from a formal conception of equality, the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities, and therefore, also Chilean legislation, builds a notion of substantive equality that is necessary to consider for the analysis of all the norms inserted in the right of disability. In this context, reasonable accommodations are incorporated as an essential notion and practice for the achievement of that substantive equality.

Keywords: Formal equality, substantive equality, reasonable accommodation, disability.

¹ Abogado. Licenciado en Ciencias Jurídicas de la Universidad Andrés Bello, magíster en Derecho Constitucional y Derechos Humanos del Centro de Estudios Constitucionales de Chile, de la Universidad de Talca, y doctor (c) en Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Abogado del Programa de Acceso a la Justicia para Personas con Discapacidad (Caj-Senadis), profesor de Derecho Civil de la Universidad Católica Silva Henríquez. Santiago, Chile. Correo electrónico: d.villarroel.a@gmail.com

1. Introducción

Los tratados internacionales y leyes chilenas de este siglo², que se han confeccionado bajo una perspectiva de derechos humanos de las personas con discapacidad (en adelante, PcD), han presentado una particular preocupación por la garantía y respeto de la igualdad y no discriminación de este grupo vulnerable. Particularmente, en estos instrumentos jurídicos, con miras a hacer efectiva la igualdad y no discriminación arbitraria de la PcD, se han incorporado nuevos conceptos, instituciones y medidas que necesariamente han llevado a replantear el concepto tradicional de igualdad formal. Desde la perspectiva del derecho internacional de los derechos humanos, la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante, la Convención) vino a consagrar un marco normativo cuya especial preocupación se centró en la igualdad y no discriminación de las PcD. Esta Convención, a su vez, fue ratificada y promulgada en Chile en el año 2008, sin reserva alguna, por lo que su contenido fijó los parámetros para el tratamiento normativo de la discapacidad en nuestro país. Así, desde un punto de vista nacional, la Ley N.º 20.422, del año 2010, que establece Normas Sobre Igualdad de Oportunidades e Inclusión Social de Personas con Discapacidad, se basa, o al menos pretende hacerlo, en los mismos principios inspiradores de la Convención, en lo que respecta a la igualdad y no discriminación.

En este contexto normativo, la noción de igualdad, expresada en términos formales, no resulta suficiente para abordar la situación de desventaja en la que tradicionalmente se han encontrado las PcD, pues si la igualdad se reduce solo a tratar como iguales a todos, las PcD quedarían en una situación de exclusión, al asumirse una conducta pasiva en la que, limitándose a tratar a todos por igual, no se despliegan las acciones o ajustes destinados a eliminar los obstáculos que usualmente enfrentan las PcD en el ejercicio de sus derechos.

Resulta evidente, entonces, que para avanzar a una efectiva igualdad en el ejercicio de los derechos de las PcD, se debe recurrir a otras nociones de igualdad que no solo se ocupen de aplicar mecánicamente una igualdad de trato, sino que además en las que se reconozcan las circunstancias particulares de las personas, las que muchas veces se encuentran en una posición de desventaja, siendo necesario asumir, en tales casos, un trato distinto o más favorable con miras a lograr, de forma material, el ejercicio igualitario de sus derechos.

La Convención, con miras a hacer efectiva la igualdad, consagra, entre sus instituciones

2 Entre estas, a nivel internacional: Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad, de la Organización de Naciones Unidas (2008), y Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, de la Organización de Estados Americanos (2015). A nivel nacional: Ley N.º 20.422, que establece normas sobre igualdad de oportunidades e inclusión social de las personas con discapacidad (2010); Ley N.º 21.331, sobre el reconocimiento y protección de los derechos de las personas en la atención de salud mental (2021); Ley N.º 21.545, que establece la promoción de la inclusión, la atención integral, y la protección de los derechos de las personas con trastorno del espectro autista en el ámbito social, de salud y educación (2023).

más relevantes, el deber de ajustes razonables³. Estos ajustes, según se analizará, constituyen medidas de carácter individual que se deben desplegar en favor de las PcD con la finalidad de garantizar el goce y ejercicio de todos sus derechos humanos y libertades fundamentales, en igual condiciones que las demás personas.

Conforme a lo anterior, el presente artículo se plantea como objetivo general analizar la noción de igualdad en el contexto del derecho de la discapacidad, con el fin de llamar la atención en cuanto a la insuficiencia de una igualdad formal o de trato en la materia, debiendo enfocarse el análisis, por tanto, en una igualdad sustantiva que considere los parámetros que la Convención ha trazado al respecto, y la forma en que, con ese objetivo, se incorpora la noción de ajustes razonables como elemento indispensable en esta última noción de igualdad.

En suma, se pretende contribuir en el desarrollo y comprensión de una noción de igualdad sustantiva especial en materia de discapacidad que, si bien es relativamente nueva en nuestro país, ya ha tenido la ocasión de ser desarrollada con mayor profundidad en el derecho y doctrina comparada⁴ y que, por la importancia que tiene en el ámbito de la discapacidad, bien vale la pena destacar, al menos para visualizarla como una noción que sirva para entender e interpretar el derecho de la discapacidad en Chile, así como para comprender la justificación de los nuevos elementos que se plantean para sus fines, como lo es el deber de ajustes razonables.

Para lograr el objetivo señalado, el presente artículo comenzará por plantear, de manera breve y general, alguno de los modelos que han servido como base para el tratamiento de la discapacidad, poniendo especial énfasis en el modelo social, que es el que sirve de inspiración a la Convención y, por ende, a la legislación chilena en materia de discapacidad. En una segunda parte, y con el fin de ilustrar acerca de los alcances de los ajustes razonables en el ámbito de la discapacidad, se abordará su concepto y elementos necesarios para comprender su estructura y finalidad. Luego, se analizará la forma en que la discapacidad se presenta en el ámbito y desarrollo del principio, valor y derecho de la igualdad, con el objeto de ilustrar en cuanto al tránsito de una igualdad formal hacia una igualdad sustantiva en la materia, y cómo los ajustes razonables son necesarios con miras a hacer efectiva esta última.

3 El profesor José Luis Rey Pérez, en este punto, destaca que la Convención contempla tres elementos clave con miras a garantizar el ejercicio igualitario de derechos de las PcD, a saber: accesibilidad, apoyos y ajustes razonables. Rey (2018), p. 264. En el mismo sentido, Alderete (2019), Cayo (2012), Cisternas (2015), De Asís (2018), Finsterbusch (2016), Palacios (2004), Fredman (2008), Fredman (2016), Lawson (2008), Waddington (2008) y Waddington (2017), entre otros.

4 En este punto, cabe destacar el amplio desarrollo dogmático que ha tenido la igualdad y no discriminación en la doctrina británica, tanto de forma general como de manera especial en materia de discapacidad. Asimismo, en cuanto a la doctrina iberoamericana, el tema en cuestión ha tenido especial desarrollo en el derecho y doctrina españolas.

2. Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad: modelo social basado en los derechos humanos

2.1. MODELOS DE LA DISCAPACIDAD

El tratamiento jurídico y social de la discapacidad ha respondido a diversos modelos, en los que esta realidad se ha percibido de múltiples formas. De esta manera, es que se produce un tránsito desde un modelo de la prescindencia⁵ (caracterizado por una conceptualización de la discapacidad como una realidad anormal y, por ende, susceptible ser socialmente excluida o, incluso, mediante el exterminio de personas que presentaren algún tipo de discapacidad que se considerara nocivo⁶), a un modelo médico rehabilitador⁷ (caracterizado por entender la discapacidad como algo íntimamente vinculado con la enfermedad y la necesidad de contribuir en la rehabilitación para que la PcD pudiese estar en condiciones de ser socialmente incluida).

Frente a los modelos señalados, nos encontramos con el modelo social⁸ basado en los derechos humanos, el que concibe a la discapacidad como un concepto relativo, esto es, no centrándose en las condiciones particulares que puede presentar la persona, sino más bien reconociendo que las causas de la discapacidad vendrían dadas por el entorno social, el que, por medio de barreras, obstaculiza a ciertos grupos de personas para que puedan acceder a servicios y, en general, puedan realizar un ejercicio igualitario de derechos. Todo esto se enfrenta además bajo una mirada de los derechos humanos de las PcD, asumiendo que más allá de enfocarse en la rehabilitación, se debe comenzar por reconocer y a hacer efectiva la igualdad y dignidad de todos los seres humanos, tengan o no discapacidad, y, bajo ese punto de partida, construir una sociedad efectivamente integradora⁹.

5 Silva (2008), p. 25.

6 Bartolomé (2023), p. 143.

7 Biel (2009), p. 12.

8 El profesor Pablo Marshall ha sostenido que, en lo que respecta al reconocimiento de la capacidad jurídica de las PcD, resultaría simplista abordar esta problemática tomando solo en cuenta los lineamientos trazados por el modelo médico frente a los del modelo social. De esta manera, a juicio del profesor Marshall, el debate en este punto podría enriquecerse tomando en cuenta otras perspectivas teóricas distintas al modelo social y al modelo médico. Marshall (2020), p. 58.

9 Para un análisis pormenorizado de este modelo, consultar Palacios (2008).

2.2. MODELO SOCIAL ASUMIDO POR LA CONVENCIÓN INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

La Convención, tomando una perspectiva de derechos humanos de las PcD, asume fundamentalmente los elementos aportados desde el modelo social en cuanto a la concepción de la discapacidad¹⁰. Esto se puede constatar desde la definición que la propia Convención realiza de lo que se entenderá por PcD, conceptualizándolas como “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”¹¹. En términos similares, en Chile se conceptualizó a las PcD como “aquella que teniendo una o más deficiencias físicas, mentales, sea por causa psíquica o intelectual, o sensoriales, de carácter temporal o permanente, al interactuar con diversas barreras presentes en el entorno, ve impedida o restringida su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”¹².

En ambos casos se constatan los presupuestos fundamentales previamente señalados del modelo social. En efecto, como se desprende de las normas citadas, las condiciones físicas, mentales, intelectuales o sensoriales que pueda presentar una persona no se consideran por sí solas como una discapacidad, sino que se conceptualizan en un contexto social cuya concurrencia dependerá de las barreras del entorno social que deba enfrentar la persona. Bajo esta noción, también se destacan las consecuencias que esas barreras del entorno pueden producir para las PcD, y que no son otras que la de impedir su participación social plena y efectiva en igualdad de condiciones que las demás personas. En otros términos, son las barreras del entorno, socialmente impuestas, las que podrían llegar a afectar la plena inclusión y ejercicio igualitario de los derechos de las PcD, siendo necesario, por tanto, adoptar medidas o proveer de herramientas para la eliminación de tales barreras.

Considerando estos lineamientos es que los ejes centrales en que se sustentará la Convención, y en general, la legislación que se vaya creando en discapacidad, serán la igualdad y no discriminación¹³. Con ese objetivo es que la Convención consagra, entre otras herramientas que tributan a los mismos principios¹⁴, el deber de adoptar ajustes razonables, como una manera efectiva e individual de adecuar el entorno para que las PcD puedan ejercer sus derechos en igualdad de condiciones que los demás.

10 Cisternas (2015), p. 18.

11 Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2006), artículo 1.

12 Ley N.º 20.422 (2010), artículo 5.

13 Cisternas (2015); Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2018), párr. 4.

14 Entre otras medidas que la Convención contempla con el mismo objetivo, se encuentran la accesibilidad y los apoyos. De Asís (2016), p. 1.

3. Ajustes razonables: concepto y función en el ámbito de la discapacidad

Los ajustes razonables, cuya creación conceptual y desarrollo es anterior a la Convención¹⁵, constituyen medidas de modificación o adaptación del entorno, cuya entidad y particularidades dependerán de las necesidades de la persona, con el fin de lograr el efecto práctico de eliminar las barreras que en los hechos está enfrentando la PcD en la situación concreta. Bajo esta mirada, los ajustes razonables se han destacado como medidas indispensables para eliminar las desventajas ocasionadas en perjuicio de las PcD¹⁶, reconociendo que la modificación del entorno o prácticas que se logren a través de estos ajustes son esenciales para que las PcD tengan una genuina igualdad de oportunidades¹⁷.

La Convención, al consagrar los ajustes razonables, los definió como “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”¹⁸. A su vez, en nuestro país, la Ley N.º 20.422 definió los ajustes razonables, bajo la expresión de ajustes necesarios, como “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”.

Los conceptos citados, en general, contienen elementos que, siendo coincidentes, nos permiten identificar la manera en que, a través de los ajustes razonables, se busca garantizar la igualdad material de las PcD. Analicemos, entonces, algunos de estos elementos que nos servirán para entender de mejor forma la noción y finalidad que presentan los ajustes razonables.

En primer término, cabe considerar que la expresión “razonable” o “necesario” que se emplea en la definición, debe ser entendido como sinónimo de un ajuste idóneo o eficaz para el alcanzar el objetivo que se pretende con el ajuste, y que no es otro que el de permitir a la PcD el goce o ejercicio de sus derechos y libertades, en igualdad de condiciones que los demás. La razonabilidad del ajuste, entonces, tal como precisa el Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad, en su Observación General N.º 6, no debe ser entendida como un límite in-

15 Se ha identificado que el origen de los ajustes razonables se encontraría en Estados Unidos, en el año 1972 (Equal Employment Opportunity Act). Asimismo, se suele identificar como cuna de la noción de los ajustes razonables la jurisprudencia canadiense, particularmente, una sentencia del año 1985, del Tribunal Supremo de ese país (*Ont. Human Rights Comm vs. Simpsns-Sears*). En ambos casos, el origen de los ajustes razonables se presenta en relación a las condiciones laborales y a la libertad religiosa. En este sentido, De Campos (2011), p. 92.

16 Fredman (2008), p. 97.

17 Fredman (2008), p. 97.

18 Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2006), artículo 2.

trínseco del mismo, sino que, por el contrario, en una primera etapa, al ser requerido el ajuste, se debe evaluar la manera en que, a través de él, se pueda obtener un igualitario ejercicio de los derechos de la persona con discapacidad¹⁹. Esto último, como se señalará, no obsta a que, una vez identificado el ajuste idóneo, eficaz o razonable que requiere la PcD, la entidad que tiene el deber de emplear tal ajuste pueda fundamentar su negativa a emplearlo, por ser este una carga indebida o desproporcionada.

Como segundo elemento, nos encontramos con que los ajustes razonables constituyen un deber de conducta positiva, por lo que la entidad que asume el deber de emplearlos, con el fin de eliminar las barreras que puedan estar impidiendo a la PcD gozar de sus derechos y libertades, deberá emplear las modificaciones y adaptaciones necesarias para garantizar el ejercicio igualitario de tales derechos. A propósito de este elemento, se ha sostenido que, respondiendo al espíritu de la Convención y a la forma en que se conceptualizan los ajustes razonables, así como la finalidad que estos persiguen, los Estados parte asumen el deber de imponer esta obligación positiva a las instituciones públicas o privadas respecto de las cuales las PcD requieran de un servicio o, en general, respecto de quien demande el ejercicio de algún derecho²⁰. El deber de ajustes razonables, por ende, es un deber que atañe a empleadores, prestadores de servicios públicos y privados, instituciones educativas públicas y privadas, autoridades públicas, servicios de salud públicos y privados, entre otros, y que se traduce en la necesidad de identificar las barreras que pueda estar enfrentando la PcD para el ejercicio igualitario de sus derechos, y conforme a ello, ejecutar las modificaciones y adaptaciones que correspondan al caso.

El elemento previamente señalado se encuentra íntimamente vinculado con el tercero de estos, pues las modificaciones y adaptaciones que se deben emprender, como es lógico, no pueden quedar al arbitrio de la entidad que asume el deber de emplearlos, toda vez que estos acomodos deben ser necesarios y adecuados para el caso particular al que se vea enfrentada la PcD. Esto último, nos permite identificar que el deber de ajustes razonables, en su cumplimiento, conllevará un proceso de diálogo entre la entidad que debe emplear las adecuaciones y la PcD que requiere de ellas²¹, lo que resulta lógico si consideramos que cada situación particular de la PcD requerirá de una evaluación individual de las barreras que le impiden, en ese caso, el ejercicio igualitario de sus derechos, así como de la forma de eliminar o superar tales barreras. La manera de hacerlo no puede venir impuesta unilateralmente por quien debe emplear los ajustes razonables, pues es la PcD quien, atendida su situación particular, podrá identificar la mejor forma de eliminar la barrera que enfrenta en el ejercicio de sus de-

19 Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2018), párr. 25, letra A.

20 Lawson (2008), p. 31.

21 Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2018), párr. 25, letra A; De Campos (2011), p. 110.

rechos. Para comprender de mejor manera este elemento, debemos considerar que, tal como ha identificado la doctrina especializada, “el ajuste razonable surge cuando está justificado que la accesibilidad no sea universal”²², lo que ha llevado, a su vez, a sostener que los ajustes razonables constituyen una protección de segundo grado de la igualdad de las PcD²³ en los casos en que, en una situación en particular, no se haya podido garantizar una accesibilidad universal que permita a todas las personas ejercer sus derechos o acceder a servicios en igualdad de condiciones. Ejemplo de lo anterior lo constituyen los casos en que, por vía de ley, se autoriza para que determinados inmuebles, por sus especiales características, puedan quedar eximidos de cumplir con las reglas generales de accesibilidad universal. En el caso de Chile, siendo la regla general que todo edificio público y todo inmueble que presente un servicio a la comunidad deba contar con accesibilidad universal²⁴, la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones²⁵ faculta al director de Obras Municipales para autorizar excepciones a las reglas de accesibilidad universal, fundándose para ello en aspectos estructurales, constructivos o que afecten al valor patrimonial cultural del inmueble. En casos como estos, en los que la accesibilidad universal no se pueda garantizar, es en donde se evidencia con mayor notoriedad el valor de los ajustes razonables como garantía de segundo grado de la igualdad, pues en principio, al encontrarse justificada la falta de accesibilidad, la PcD podría quedar excluida del ejercicio de algún derecho o acceso a algún servicio (realizar algún trámite en un edificio público patrimonial inaccesible; asistir a su sala de clases en alguna universidad o entidad educativa que funcione en un edificio inaccesible declarado como patrimonio cultural; ejercer su derecho a voto en un edificio inaccesible que, por sus características arquitectónicas, no cuente con ascensores, verbigracia), pero a través de la ejecución de los ajustes razonables se podrán adoptar las modificaciones y adaptaciones que sean adecuadas para que la PcD no sea excluida y pueda, por ende, ejercer su derecho o acceder al servicio que requiere. La pertinencia de esta modificación o adaptación, según se señaló, surgirá del diálogo entre la entidad que tiene el deber de emplear los ajustes razonables y la PcD que los requiere, pues estos dependerán de la situación particular de la persona (instalación de rampas de acceso removibles para ingreso a edificio en caso de personas que se desplacen en silla de ruedas; atención remota a la PcD para la realización del trámite que requiere; realización de las clases en salas que se encuentren en el primer nivel de la institución educativa inaccesible; acercar a la PcD, en el local de votación, los libros, actas y urna correspondientes a mesas de votación situadas en lugares inaccesibles, para que la PcD pueda ejercer su derecho a voto, etc.). En todas estas situaciones los ajustes razonables, en el caso particular, se traducen en modificaciones que

22 El profesor De Asís plantea que los ajustes razonables serían parte de lo que denomina como el “eje de accesibilidad”, el que, además de comprender los ajustes señalados, estaría integrado por el diseño universal y las medidas de accesibilidad. De Asís (2018), p. 104.

23 Finsterbusch (2016), p. 230.

24 Ley N.º 20.422 (2010), artículo 28.

25 Decreto N.º 47 (1992), artículo 2 transitorio, inciso final.

de manera efectiva permiten el objetivo último de la institución, cual es el de garantizar el ejercicio de los derechos y libertades de las PcD en igualdad de condiciones que los demás.

Un quinto componente de los ajustes razonables es el carácter intrínsecamente limitado de estos, pues, como se desprende de su consagración expresa, los ajustes razonables no pueden imponer una carga desproporcionada o indebida para quien debe prestarlos. En efecto, el profesor De Asís²⁶ destaca que la institución de los ajustes razonables presenta como uno de sus grandes problemas el de su exigibilidad. Esto, pues al contemplarse normativamente la posibilidad de limitar la adopción de ajustes razonables cuando estos constituyan una carga desproporcionada o indebida, tal circunstancia se traduciría en una exigencia que fácilmente podría dejar de cumplirse. Sobre esta problemática, sin embargo, se ha destacado el hecho de ser los ajustes razonables un elemento que se debe entender bajo un contexto de derechos humanos de las PcD, cuya implementación es necesaria para el ejercicio de estos derechos, por lo que la posibilidad de limitarlos no es una característica propia de la institución, pues todos los derechos humanos, en caso de conflicto, pueden estar sujetos a limitación en alguna medida, debiendo, por tanto, ponderarse el ejercicio de tales derechos a fin de lograr el máximo ejercicio o cumplimiento de ambos²⁷. No obstante ello, la noción y límite de la “carga desproporcionada” o “carga excesiva”, al ser un concepto jurídico indeterminado²⁸, no ha estado exento de problemáticas interpretativas en cuanto a su alcance, lo que no deja de ser relevante pues la exigibilidad de los ajustes razonables, en gran medida, pasará por determinar precisamente lo que debemos entender por tal “carga desproporcionada” o “carga indebida”, al ser este el límite del ajuste razonable. Como hemos anotado en párrafos anteriores, lo razonable del ajuste tiene que ver con la eficacia del mismo en orden a cumplir el objetivo del ajuste, que es permitir que la PcD pueda ejercer sus derechos en igualdad de condiciones mediante la adecuación que el caso requiera. De esta forma, una vez identificada la razonabilidad (eficacia) del ajuste, cabe indagar si este es desproporcionado en su ejecución para quien debe emplearlo, siendo carga de este último acreditar lo excesivo del ajuste que se le está requiriendo²⁹.

El alcance de lo que se debe entender por “carga desproporcionada” o “carga indebida” ya ha tenido la ocasión de ser abordada con mayor extensión en la doctrina extranjera³⁰, mientras que, en Chile, ha sido escasamente mencionada³¹. Sin ánimo de emprender un análisis

26 De Asís (2018), pp. 107-108.

27 De Asís (2018), pp. 107-108.

28 González (2022), p. 209.

29 Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2018), párr. 26, letra G.

30 Cayo (2012), De Asís (2016), De Campos (2011), Fredman (2008), García (2018) y Waddington (2017).

31 En este ámbito, en lo que a doctrina nacional se refiere, merece la pena destacar el trabajo de Christian Finsterbusch, en el que, de manera extensa y específica, se exponen lineamientos recogidos de la doctrina y jurisprudencia extranjera, para efectos de entender cuándo es que el ajuste razonable se puede considerar como una carga desproporcionada o indebida. Finsterbusch (2016), p. 240 y ss. La misma referencia, pero de manera más genérica, se encuentra en Díaz (2019), pp. 218-219.

exhaustivo acerca de los alcances que se podrían atribuir a este quinto elemento de los ajustes razonables, merece la pena destacar los avances que se han evidenciado en cuanto a su concreción y, por ende, en su mejor comprensión en estos últimos años. En Chile, a diferencia de la legislación española y europea en su mayoría, no existen normativamente criterios orientadores en cuanto a lo que debemos entender por carga desproporcionada y, por tanto, criterios que permitan orientar en cuanto al límite del ajuste razonable. No obstante ello, la Observación General N.º 6, del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, vino en parte a llenar ese vacío, transmitiendo a los Estados parte algunos criterios orientadores para la aplicación de la obligación de realizar ajustes razonables. Así, en cuanto a la manera de configurar la razonabilidad del ajuste, en consonancia con el límite del mismo, el Comité, para efectos de determinar si existe o no una “carga desproporcionada”, identifica entre los factores a considerar para esta evaluación “los costos financieros, los recursos disponibles (incluidos los subsidios públicos), el tamaño de la parte que ha de realizar los ajustes (en su integralidad), los efectos de la modificación para la institución o empresa, las ventajas para terceros, los efectos negativos para otras personas y los requisitos razonables de salud y seguridad”³². Además de ello, para la determinación de si el ajuste razonable implica o no una carga excesiva, el Comité subraya la necesidad de evaluar los medios empleados y la finalidad del ajuste razonable, cual es el disfrute del derecho en cuestión³³. No obstante lo anterior, se ha sostenido que lo genérico o indeterminado del concepto señalado probablemente sea inevitable y hasta conveniente, pues esto permitiría una flexibilidad que no deja de ser necesaria en los ajustes razonables como medidas que, por ser relativas, deben ser evaluadas casuísticamente para una mejor consecución de la finalidad del ajuste, que es garantizar la igualdad de la PcD³⁴. En la misma línea, el profesor Luis Cayo, destacando las ventajas que puede presentar la indeterminación del concepto en análisis, ha sostenido que la “inconcreción normativa a la hora de determinar si un ajuste es o no excesivo y por ende es o no razonable, refuerza la tarea de interpretación, lo que dará juego a los pronunciamientos judiciales, que irán configurando a base de resoluciones de esta clase, este instituto”³⁵.

Como último elemento de la noción de ajustes razonables, nos encontramos con la finalidad, función y sentido que estos presentan, y que no es otro que el de servir de garantía para el ejercicio igualitario de los derechos de las PcD. En efecto, como hemos ya destacado, el deber de ajustes razonables, en los términos que han sido conceptualizados previamente, constituye una medida necesaria para una igualdad efectiva de las PcD, ya sea en cuanto al

32 Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2018), párr. 26, letra E.

33 Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2018), párr. 26, letra D.

34 Rey (2018), p. 265.

35 Cayo (2012), p. 7.

ejercicio de sus derechos humanos³⁶ y libertades como en su participación social en general. Esta finalidad de igualdad material, que se pretende obtener a través de los ajustes razonables en materia de discapacidad, es el elemento que se abordará en los siguientes acápites.

4. De igualdad formal a igualdad sustantiva en el derecho de la discapacidad

4.1. LA IGUALDAD Y LAS PROBLEMÁTICAS EN TORNO A SU CONCEPTUALIZACIÓN

La igualdad se ha erigido como uno de los pilares esenciales de toda democracia constitucional moderna, por lo que su consagración y regulación ha sido una permanente preocupación tanto social como jurídica. Esta relevancia, sin embargo, no ha obstado al surgimiento de controversias en cuanto a su conceptualización jurídica. Entre las causas de esta problemática, en relación al concepto de igualdad, podemos encontrar el surgimiento de nuevas realidades sociales, o bien, la creciente y necesaria preocupación por grupos de personas tradicionalmente desventajadas y discriminadas, lo que ha llevado a reformular la concepción que se ha tenido de la igualdad. Si bien gran parte de las personas tienen alguna noción de lo que constituye la igualdad, así como de sus consecuencias, mientras más se analiza este término, y mientras más puntos de vista se tomen para abordarlo, más significados o precisiones será posible atribuirle, debido a las diversas perspectivas sociales que exigen una nueva forma de repensar el concepto³⁷. La noción de igualdad ya no bastaría con reducirla a la idea de tratar igual a los iguales y de forma desigual a los desiguales, pues esto, considerando la existencia de grupos tradicionalmente desventajados, no haría más que profundizar la situación de desventaja en que estos se encuentran.

Así, la noción de igualdad presenta dificultades y desafíos en el ámbito del derecho constitucional, principalmente referidos a la forma de concebir la igualdad bajo una realidad cada vez más preocupada de la diversidad y de las históricas situaciones de desventajas en que se han sumido algunos grupos de personas. Estamos, entonces, en una realidad en la que los distintos “conflictos jurídicos tienden a formularse, al menos parcialmente, en torno a exigencias de igualdad”³⁸.

36 En esta línea, a modo de ejemplo, se ha destacado que los ajustes de procedimiento, cuyo fundamento los encontramos en el deber de ajustes razonables, no constituyen una mera formalidad procesal, sino que su cumplimiento es lo que permitirá el ejercicio efectivo del derecho humano de acceso a la justicia de las PcD. Recover (2022), p. 24.

37 Fredman (2008), p. 1.

38 Díaz (2019), p. 32.

4.2. FUNCIONES DE LA IGUALDAD Y SU APLICACIÓN EN EL DERECHO DE LA DISCAPACIDAD

De manera previa a situar la discapacidad en el contexto de las discusiones en torno al concepto de igualdad, resulta necesario llamar la atención acerca de las funciones que se le han atribuido a la igualdad en el ámbito del derecho constitucional. Siguiendo al profesor Díaz de Valdés³⁹, se puede destacar la función de la igualdad como principio y/o valor y, en segundo lugar, la igualdad como derecho. En cuanto a la igualdad como principio y/o valor, esta cumpliría la función de servir de “estándar de evaluación y legitimación de normas y actos jurídicos, como inspirador de los mismos, e incluso como criterio de interpretación”⁴⁰. Por su parte, la igualdad como derecho se traduciría en una imposición de límites a la actividad de las autoridades públicas (dimensión negativa), además de incluir la promoción de la igualdad por parte de tales autoridades (dimensión positiva), extender a los particulares la obligación de respeto o no vulneración (horizontalidad del derecho) y, por último, proveer de acciones jurisdiccionales de protección directa⁴¹.

Estas dos funciones de la igualdad es posible extenderlas y ponerlas en contexto de la discapacidad y los ajustes razonables como medidas necesarias para el ejercicio efectivo de los derechos de las PcD. Respecto de la igualdad como principio/valor, la consideración de la discapacidad invita a concebir una noción de igualdad diametralmente distinta de aquella que se reduce a la igualdad de trato, pues reflexionando acerca de las particularidades de este grupo tradicionalmente desventajado, podremos llegar a desprender, sin necesidad de mucho análisis, que es precisamente esa igualdad de trato la que en la práctica termina por producir situaciones de exclusión en perjuicio de las PcD⁴². Esto conlleva, en palabras de Sen, a considerar que una efectiva igualdad para todos “puede demandar un trato muy distinto en favor de los grupos desventajados”⁴³. Esta función de igualdad, por tanto, es la que permitirá abordar la situación de las PcD desde una perspectiva de reconocimiento y de valor por la diferencia, lo que, a su vez, servirá para justificar un trato distinto, más favorable para las PcD, no con el objetivo de situarlas en una posición más ventajosa, sino que simplemente para garantizar una igualdad de oportunidades y ejercicio igualitario de derechos.

En lo que respecta a la igualdad como derecho, también es posible situar la discapacidad y, sobre todo, los ajustes razonables, pues, para el efectivo e igualitario ejercicio de los derechos de las PcD, se requerirán no solo declaraciones de valor o principio, sino que, además, de medidas de acción positivas tendientes a eliminar, en los hechos, los obstáculos que usualmente enfrentan las PcD. Por ello, se ha destacado que un sistema comprometido con la igualdad no

39 Díaz (2019), pp. 42-43.

40 Díaz (2019), p. 43.

41 Díaz (2019), p. 43.

42 Alderete (2019), García (2018), Fredman (2008), Fredman (2016), Lawson (2008) y Palacios (2004).

43 Sen (1992), p. 1.

solo contempla la prohibición de discriminación, sino que también impone deberes positivos para promover y hacer efectiva la igualdad⁴⁴, lo que, en materia de discapacidad, entre otras medidas, se puede lograr a través de los ajustes razonables que tanto las entidades públicas y privadas deben emplear, en el caso concreto, en favor de las PcD. Frente a la negación en la ejecución de estos deberes positivos, un sistema, verdaderamente comprometido con la igualdad, debe contemplar acciones judiciales idóneas para hacer exigibles las modificaciones y adecuaciones necesarias para el ejercicio igualitario de los derechos de las PcD⁴⁵.

De esta forma, como hemos señalado, la discapacidad, y la importancia que en ella presentan los ajustes razonables, nos llevan a reflexionar en cuanto al tipo o concepto de igualdad que se puede sustentar con miras a hacer realmente efectivo ese ideal de igualdad para las personas de este grupo desventajado⁴⁶.

4.3. LA NOCIÓN DE IGUALDAD FORMAL Y SUS EFECTOS EN EL ÁMBITO DE LA DISCAPACIDAD

Como hemos señalado, en materia de discapacidad las concepciones tradicionales de igualdad no alcanzan a otorgar debida protección a las personas que forman parte de este grupo vulnerable. En este contexto, la concepción formal de igualdad, expresada en los términos aristotélicos de “tratar igual a los iguales y de forma desigual a los desiguales”, no hace más que profundizar la situación desigual y de exclusión en que se encuentran las PcD, pues el efecto práctico de la fórmula previamente citada se traduce en que, en ese trato igualitario, no se consideran las particulares necesidades de las PcD, asumiéndose una posición pasiva que perpetúa los obstáculos que se deben enfrentar para el ejercicio de los derechos. Lo anterior, reflejaría cómo es que la igualdad formal o de trato puede generar desigualdad, mientras que la desigualdad, como veremos, podría generar igualdad⁴⁷.

La igualdad formal, en contexto de discapacidad, se traduce en que si bien a las PcD se les reconoce el derecho a ser tratadas en igualdad de condiciones, esto, por sí solo, no impide que de manera continua y sistemática sean, en los hechos, víctimas de constantes discriminaciones arbitrarias, fundamentalmente reflejadas en su exclusión social, producto de características propias atribuidas a su discapacidad, y que les impiden participar en la vida social dada la existencia de obstáculos que comúnmente deben afrontar. En suma, la igualdad formal previa-

44 Fredman (2008), p. 4.

45 En Chile, entre las acciones que se han contemplado, aunque no de manera específica, para hacer exigibles los ajustes razonables, y su finalidad de igualdad, encontramos a la Acción de no Discriminación Arbitraria, de la Ley N.º 20.609 (2012); la Acción Especial, del artículo 57 de la Ley N.º 20.422 (2010); y la Acción de Protección, del artículo 20 de la Constitución Política de Chile (1980).

46 Lawson (2008), p. 1.

47 Fredman (2008), p. 2.

mente referida, si bien es valorable y constituye un piso mínimo en cuanto a declaración de principio-valor en que se sustenta un ordenamiento constitucional, no basta por sí sola para contribuir a crear una sociedad realmente igualitaria en que se incluya a las PcD.

Así, la discapacidad constituye una realidad que, desde un punto de vista jurídico, nos invita a replantear un principio tan relevante como lo es el de la igualdad y su conceptualización, con el fin de responder a las específicas exigencias de igualdad que se presentan en este ámbito, y a las que poca consideración se ha dado.

4.4. LA NOCIÓN DE IGUALDAD SUSTANTIVA COMO BASE PARA EL RECONOCIMIENTO Y EJERCICIO IGUALITARIO DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

Estas problemáticas en torno al concepto formal de igualdad permiten proponer una transición hacia una concepción sustantiva de ella, en la que se parta por reconocer que, si bien todas las personas son iguales, entre ellas existe una diversidad que no puede obviarse con miras a la construcción de una sociedad realmente igualitaria. Conforme a ello, se ha entendido que esta dimensión sustantiva o material de la igualdad se traduce en que “el Estado es el llamado a establecer las condiciones necesarias a fin de posibilitar una igualdad real entre las personas en una dimensión colectiva, eliminando las barreras que impiden el ejercicio pleno de los derechos y el acceso a las oportunidades de las personas, a través de medidas estructurales, legales o de políticas públicas”⁴⁸. Todo esto, bajo la premisa de que tomar en serio el ideal de igualdad no solo se reduce en velar por un trato igual para todas las personas, sino que además consiste en adoptar medidas de acción positivas para hacer efectiva tal igualdad. Bajo esta perspectiva, la noción de igualdad sustantiva resulta inherente al efectivo reconocimiento de los derechos humanos, pues solo a través de ella se justifican medidas de acción positiva tendientes a que las personas de grupos considerados vulnerables, puedan superar la desventaja en que socialmente se les ha situado y, con ello, puedan hacer efectivo el ejercicio de sus derechos⁴⁹.

En este punto, resulta necesario reconocer la existencia de vasta literatura en torno a las distintas concepciones, categorías y elementos integrantes de la señalada igualdad sustantiva⁵⁰. Todas estas concepciones y categorías responden a los objetivos previamente señalados, esto es, en todas ellas se reconoce que la igualdad formal, en términos de igualdad de trato, desconoce las diferencias inherentes que existen entre los seres humanos, por lo que siendo

48 Alderete (2019), p. 3.

49 Lawson (2008), p. 23.

50 Quinn y Degener (2002), p. 22; Fredman (2013), pp. 123-142; Fredman (2008), pp. 25 y ss.; Díaz (2019), pp. 43-61.

necesario el reconocimiento de tales diferencias se deben adoptar concepciones de igualdad en que será imperativo otorgar un trato más favorable para personas de grupos desventajados, con miras a hacer efectiva su derecho a la igualdad. La diferencia entre estas nociones o categorías de igualdad sustantiva radica esencialmente en cuanto a las formas o caminos que se plantean para hacer efectiva tal igualdad.

De esta forma, y sin que se pretenda enunciar todas las categorías que se han planteado en torno a la igualdad sustantiva, cabe mencionar a la igualdad de resultado⁵¹, igualdad de oportunidades⁵², igualdad como protección de bienes públicos importantes (derechos fundamentales), igualdad como no discriminación por factores asociados a la pertenencia a ciertos grupos⁵³ y la igualdad inclusiva⁵⁴.

De las categorías previamente señaladas, si bien todas constituyen un aporte positivo con miras a hacer efectivo el ideal de igualdad, en lo sucesivo, nuestro análisis se centrará en aquellas categorías en que se pueda enmarcar la discapacidad y los ajustes razonables, pues el desarrollo de estas categorías son las que nos servirán como fundamento para justificar la exigibilidad de tales ajustes razonables en materia de discapacidad, y asimismo, nos permitirán destacar la importancia que ellas tienen como fundamento a un trato distinto y más favorable respecto de las PcD.

Sin perjuicio de las categorías de igualdad sustantiva previamente señaladas, cabe llamar la atención también en cuanto a la imposibilidad de encasillar la noción de igualdad en tan solo alguna de estas categorías. En este sentido, la profesora Sandra Fredman ha sostenido que “la igualdad sustantiva se resiste a ser capturada por un único principio, ya sea el de igualdad de resultados, igualdad de oportunidades o de dignidad”⁵⁵. Según se afirma, una igualdad sustantiva, bien concebida, pretende reconocer y valorar las características de los más diversos y distintos grupos de personas, con miras a respetar su dignidad, por lo que la autora citada propone un concepto más omnicompreensivo de la igualdad sustantiva, entendiéndolo como una noción multidimensional. Conviene en este punto, para los efectos de este artículo, ahondar de manera breve en cuanto a este concepto multidimensional de igualdad sustantiva. Esto, puesto que como abordaremos más adelante, la noción de discapacidad, basada en el modelo social, así como los principios de igualdad y no discriminación desarrollados por la Conven-

51 Fredman (2008), Lawson (2008) y Khaitan (2015).

52 Fredman (2008), Lawson (2008), Khaitan (2015), Díaz (2019) y Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2018).

53 Díaz (2019).

54 Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2018).

55 Fredman (2008), p. 25.

ción, coinciden en su base teórica con la noción de igualdad sustantiva multidimensional previamente señalado, tal como se desprende de la Observación General N.º 6 del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. En este concepto multidimensional, también será posible observar, sin mucha dificultad, la relevancia que presentan los ajustes razonables como exigencia necesaria para una igualdad sustantiva.

Esta noción de igualdad sustantiva, como concepto multidimensional, estaría compuesto por cuatro dimensiones fundamentales, cada una de ellas con un objetivo particular⁵⁶. Primero, la dimensión redistributiva, cuyo objetivo es romper con el círculo de la desventaja asociado con algún estatus o determinados grupos. Segundo, la dimensión de reconocimiento, en el que el objetivo se encuentra en promover el respeto por la dignidad, eliminando con ello el estigma, estereotipos, humillaciones y violencia ocasionada por ser parte de un grupo. En tercer lugar, se sitúa la dimensión transformadora, en donde se presenta como objetivo el no asumir una conducta pasiva o conformista frente a las diferencias y necesidades, siendo relevante, por tanto, reconocer que tales diferencias y características propias de los individuos tienen un valor que debe ser respetado. El problema, en este caso, no se encontraría en el hecho de ser diferente, sino que más bien en las negativas consecuencias que la sociedad atribuye a esa diferencia. El objetivo de esta dimensión, por tanto, se traduce en acomodar la diferencia, removiendo los obstáculos cuya consecuencia es la exclusión de las personas. Todo esto, en la práctica, se traducirá en modificar el entorno, o realizar los cambios estructurales necesarios para que todas las personas puedan participar en igualdad de condiciones en la sociedad. Por último, se encuentra la dimensión participativa cuyo objetivo consiste en facilitar la participación de todas las personas, tanto social como políticamente⁵⁷.

Por el momento, dejaremos hasta aquí el análisis del concepto multidimensional de la igualdad sustantiva, el que, en la dimensión más atingente, retomaremos en lo sucesivo a fin de encontrar allí la forma en que se concibe la igualdad en materia de discapacidad, así como el rol que en él presentan los ajustes razonables.

En el ámbito de la discapacidad, para encontrar una noción de igualdad sustantiva en la que se pueda enmarcar y justificar una regulación normativa específica en la materia, se debe tener como principio el reconocimiento de las necesidades y circunstancias en que se encuentren las PcD, pues solo a través de ese reconocimiento es que se podrán llegar a constatar los obstáculos que las PcD suelen enfrentar en el ejercicio de sus derechos y, asimismo, justificar la existencia de un trato más favorable en su beneficio, que se traduzca en medidas positivas con miras a remover tales obstáculos⁵⁸.

56 Fredman (2008), p. 25.

57 Fredman (2008), p. 25.

58 Lawson (2008), p. 23.

Este reconocimiento de las necesidades y circunstancias de las PcD, como una de las bases esenciales para la construcción de la igualdad sustantiva en la materia, fue explícitamente reconocida, incluso antes de la Convención, por la Asamblea General de la ONU, en el contexto del “Programa de Acción Mundial para los Impedidos”, particularmente en Resolución 37/52 de 3 de diciembre de 1982, el que, en su párrafo 25, señala que: “El principio de la igualdad de derechos para los impedidos y los no impedidos significa que las necesidades de todo individuo son de la misma importancia, que estas necesidades deben constituir la base de la planificación de las sociedades, y que todos los recursos deben emplearse de tal manera que garanticen una oportunidad igual de participación a cada individuo⁵⁹ [sic]. Sin perjuicio de los términos peyorativos empleados para referirse a las PcD, se puede desprender del fondo de la resolución citada, la necesidad de reconocer las circunstancias específicas de las PcD como la base para lograr una efectiva igualdad en el ejercicio de los derechos.

Tomando como respaldo la idea anterior, es que, de las categorías de igualdad sustantiva previamente señaladas, las que más se aproximan para un adecuado tratamiento, explicación y fundamento del derecho de la discapacidad es el relativo a la igualdad de oportunidades⁶⁰, así como el relacionado a la igualdad como concepto multidimensional⁶¹, también tratado bajo la denominación de igualdad inclusiva por parte del Comité⁶².

En el ámbito de la igualdad de oportunidades, no resulta difícil situar el tratamiento de la discapacidad en ella⁶³, y en la misma línea, tampoco resulta complicado evidenciar la importancia y justificación que tiene el deber de ajustes razonables para el efectivo cumplimiento de esta faz de la igualdad sustantiva respecto de las PcD. En esta línea, el profesor Díaz de Valdez ha señalado que si bien la igualdad de oportunidades, como manifestación de la igualdad sustantiva, resulta ser confusa, es posible identificar en ella dos conceptos fundamentales, a saber: a) carreras o puestos abiertos a los talentos y b) “la remoción de al menos algunos de los obstáculos relevantes que enfrentan los individuos que persiguen los mismos objetivos”⁶⁴. De esta forma es que, con miras a la obtención del debido respeto hacia la igualdad de las PcD, resulta esencial un reconocimiento de su derecho a participar en igualdad de oportunidades en la vida social, lo que solo será posible mediante la eliminación de barreras que tradicionalmente han sido impuestas por la sociedad y que, en lo sucesivo, impiden a las PcD un ejercicio igua-

59 En este punto, cabe llamar la atención en cuanto a la inapropiada expresión que, en ese entonces, se utilizaba para referirse a las personas con discapacidad. Así, el término de “impedido” empleado en la cita resulta evidentemente peyorativo, siendo más adecuado en la actualidad la expresión “persona con discapacidad”.

60 Quinn y Degener (2002), pp. 22-23.

61 Fredman (2008), p. 98.

62 Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2018), párr. 11.

63 Palacios (2004), p. 192.

64 Díaz (2019), p. 54.

litario de sus derechos. Reconociendo esta idea, es que la normativa internacional y nacional en que se pretende otorgar una protección especial a las PcD presentan entre sus principios y objetivos fundamentales a la igualdad de oportunidades. Para ello, y como botón de muestra, basta con tener a la vista los artículos 1 y 3 de la Convención, los que, fijando el propósito de este instrumento internacional y sus principios, centran su atención en la igualdad de condiciones que se debe reconocer a las PcD para el ejercicio de sus derechos. En lo que respecta al concepto de discapacidad (aspecto central, pues con ello la Convención fija los sujetos de protección destinatarios de sus disposiciones), el mismo artículo 1 dispone que se entenderán por tales a aquellas personas 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”⁶⁵. El mismo espíritu se puede desprender también del preámbulo de la Convención y del artículo 3, el que sitúa a la igualdad de oportunidades como uno de sus principios. Adicional a lo anterior, especial interés presenta para estos efectos el artículo 5 de la Convención, el cual, en términos incluso aún más claros, establece que “no se considerarán discriminatorias, en virtud de la presente Convención, las medidas específicas que sean necesarias para acelerar o lograr la igualdad de hecho de las personas con discapacidad”⁶⁶. La idea de igualdad, por tanto, en materia de discapacidad, no se traduce en una exigencia de más o mejores derechos en favor de las PcD, así como tampoco en un trato más favorable que las sitúe en una posición de privilegio frente a personas que no presentan discapacidad. Por el contrario, la igualdad de oportunidades en el ámbito de discapacidad solo consistirá en que, reconociendo que todas las personas tienen los mismos derechos, se deben adoptar las medidas de acción positivas a fin de asegurar que las PcD puedan alcanzar, al menos, la posibilidad de ejercer tales derechos. Se trata de un tipo de igualdad sustantiva en que, en los hechos, se demanda un trato más favorable en beneficio de las PcD, pero solo con el fin de que, reconociendo sus especiales circunstancias, se eliminen mediante ese trato favorable las barreras que impiden el ejercicio de sus derechos, teniendo especial relevancia, en ese objetivo, el deber de ajustes razonables. En el mismo sentido, la legislación chilena, posterior a la entrada en vigencia de la Convención, sigue estos lineamientos en cuanto a fundar el tratamiento jurídico de la discapacidad, bajo un principio de igualdad de oportunidades para las PcD⁶⁷.

Por su parte, el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad emite su Observación General N.º 6, con la finalidad “de aclarar las obligaciones de los Estados partes en relación con la no discriminación y la igualdad, consagradas en el artículo 5 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”⁶⁸. El motivo del Comité para emitir

65 Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2006), artículo 1.

66 Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2006), artículo 5.

67 Ley N.º 20.422 (2010), Ley N.º 21.331 (2021) y Ley N.º 21.545 (2023).

68 Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2018), párr. 1.

una Observación específica en cuanto a igualdad y no discriminación, aparte de la evidente relevancia que este tema tiene para los fines propuestos por la Convención, fue una especial preocupación en cuanto a la forma en que los Estados parte de este instrumento internacional estaban asumiendo como concepto de igualdad y no discriminación. En efecto, según señala el Comité, muchos Estados parte, a pesar del claro espíritu de la Convención, perpetuaban una regulación normativa interna en que la discapacidad se seguía asumiendo desde el asistencialismo, centrando su ámbito de acción en sistemas de protección o atención médica de las PcD, en lugar de adoptar medidas para hacer efectiva la igualdad de oportunidades en el ejercicio de derechos⁶⁹. En suma, a las PcD se les seguía reconociendo como diferentes, y se les siguió tratando como diferentes, bajo un concepto de igualdad formal en la que solo se les contribuía con políticas de asistencia. En este contexto, el Comité destacó y aclaró la igualdad de oportunidades como un principio esencial en el ámbito de la discapacidad, acentuándolo a la vez como un principio importante para la transición de un modelo de igualdad formal a uno de igualdad sustantiva, en la que se tome en cuenta la diferencia, pero no para tratarla desde el asistencialismo, sino que para adoptar medidas de acción tendientes a hacer efectiva una igualdad de hecho⁷⁰.

Resulta claro, entonces, que la igualdad de oportunidades, como forma de igualdad sustantiva, es la categoría de igualdad que esencialmente ha servido de base para el tratamiento de la discapacidad, al menos desde el punto de vista de la Convención⁷¹. Sin perjuicio de ello, también merece la pena en la materia hacer referencia al segundo concepto de igualdad sustantiva previamente adelantado, esto es, la igualdad sustantiva como concepto multidimensional. La consideración por este concepto de igualdad sustantiva, que según dijimos se atribuye a la profesora Sandra Fredman, tiene especial importancia en materia de discapacidad, pues este, en sus dimensiones redistributiva, de reconocimiento, transformadora y participativa, ha sido recepcionado también por parte de la Convención, consolidándose con ello una noción de igualdad sustantiva integral en el ámbito del principio y derecho de igualdad de las PcD. El propio comité, en la Observación General N.º 6, destaca que la Convención habría ido un paso más allá en lo que a la igualdad sustantiva se refiere, ya que no solo tendría como base la igualdad de oportunidades en su concepción tradicional, sino que más bien descansaría en lo que denominó como igualdad inclusiva⁷², el que incluye idénticas dimensiones a las contenidas y propuestas en el concepto multidimensional de igualdad sustantiva⁷³.

Sobre el particular, el Comité destacó que la Convención se basaría en un modelo de igual-

69 Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2018), párr. 1.

70 Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2018), párr. 10.

71 Palacios (2004), p. 192.

72 Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2018), párr. 11.

73 Esta noción multidimensional de la igualdad sustantiva en discapacidad, también se comparte por Lawson (2008), p. 20.

dad sustantiva, bajo el concepto de igualdad de oportunidades, el que a su vez se ampliaría a las siguientes dimensiones: “a) una dimensión redistributiva justa para afrontar las desventajas socioeconómicas; b) una dimensión de reconocimiento para combatir el estigma, los estereotipos, los prejuicios y la violencia, y para reconocer la dignidad de los seres humanos y su interseccionalidad; c) una dimensión participativa para reafirmar el carácter social de las personas como miembros de grupos sociales y el reconocimiento pleno de la humanidad mediante la inclusión en la sociedad; y d) una dimensión de ajustes para dar cabida a la diferencia como aspecto de la dignidad humana”. Todas estas dimensiones es posible reconocerlas a lo largo de la Convención, dando lugar con ello a una noción de igualdad sustantiva e inclusiva en materia de discapacidad.

La primera dimensión, redistributiva, se identifica de manera transversal en la Convención, mediante el énfasis que esta pone en los derechos de las PcD a la educación (artículo 24), a la habilitación y rehabilitación (artículo 26), al trabajo y empleo (artículo 27) y al nivel de vida adecuado y protección social (artículo 28). Mediante el efectivo ejercicio de estos derechos, se busca romper con el círculo de desventaja socioeconómica en que muchas veces se encuentran las PcD.

La segunda dimensión, de reconocimiento, subyace en el espíritu de la Convención, expresándose de manera clara como propósito de la misma en su artículo 1.

La tercera dimensión, participativa, se desprende de forma general del concepto mismo de discapacidad, expresado en el artículo 1, y de manera especial, en el énfasis que se da al derecho de vivir de forma independiente y ser incluido en la comunidad (artículo 19), a la libertad de expresión, de opinión y de acceso a la información (artículo 21), al derecho de participar en la vida política y pública (artículo 29), y al derecho de participar en la vida cultural, las actividades recreativas, el esparcimiento y el deporte (artículo 30).

Por último, en la cuarta dimensión, transformadora, el objetivo se traduce en el respeto por la diversidad y aceptación de la discapacidad como parte de la naturaleza humana. Con ese objetivo, en esta dimensión resulta esencial realizar las modificaciones o acomodos necesarios para una efectiva inclusión social de las PcD, siendo central, en este caso, la noción de ajustes razonables⁷⁴. Esta dimensión, que también es transversal en la Convención, se puede desprender de manera expresa del artículo 5, en el que se destaca el rol de los ajustes razonables en la promoción de la igualdad y eliminación de la discriminación arbitraria.

De esta forma, y como se ha podido analizar, la consideración de la discapacidad, y su

74 Fredman (2008), p. 98.

paulatina consagración normativa en un modelo basado en los derechos humanos, presenta como centro especial de preocupación la consolidación de un modelo normativo fundado en una igualdad sustantiva, en que se visualicen las problemáticas históricas y actuales que han debido y deben enfrentar las PcD, para un efectivo e igualitario ejercicio de sus derechos. Con ese objetivo, y como se ha venido adelantando, la noción de ajustes razonables constituye un elemento indispensable.

5. El rol de los ajustes razonables en la igualdad inclusiva

Al referirnos al concepto que la Convención y la legislación chilena consagran sobre los ajustes razonables, se señaló que, entre los elementos centrales de tal concepto, se destaca la circunstancia de ser los ajustes razonables medidas necesarias para la obtención de la igualdad sustantiva en que se basa la Convención. En este sentido, como adelantamos, el artículo 5 de la Convención resalta a los ajustes razonables como medidas para promover la igualdad (que bajo el concepto de la Convención es sustantiva multidimensional) y eliminar la discriminación. Sobre ello, se ha destacado que en un contexto de igualdad sustantiva como el propuesto por la Convención, los ajustes razonables serían uno de los ejes centrales como miras a hacer efectivo el ejercicio igualitario de derechos, y no solamente en lo que respecta al derecho de acceso, sino que vinculándolos al ejercicio y goce efectivo de todos los derechos humanos y libertades fundamentales, por lo que para la totalidad de los derechos consagrados en la Convención pueden operar los ajustes razonables en caso que se requieran para el ejercicio efectivo e igualitario de tales derechos⁷⁵. De esta forma, es que gran parte de la igualdad de oportunidades a la que se aspira en el ámbito de la discapacidad se traducirá en remover los obstáculos que impiden a las PcD ejercer sus derechos, con el fin de consolidar en su favor un punto de partida para un goce igualitario de tales derechos. Es así que los ajustes razonables forman parte central de cada una de las dimensiones de la igualdad inclusiva que consagra la Convención. En la dimensión redistributiva, frente a la constatación de que una igualdad meramente formal no hace más que profundizar la situación de desventaja en que se han encontrado las PcD, los ajustes razonables pueden constituir la medida través de la que se pueda redirigir esa desventaja subyacente, permitiendo que la PcD, al eliminarse las barreras que tradicionalmente ha debido enfrentar, pueda ejercer sus derechos y libertades en igualdad de condiciones. En la dimensión de reconocimiento, en donde el respeto por la dignidad de las PcD es el elemento central, los ajustes razonables serán medidas que llevan a reflexionar en cuanto a que tal respeto pasa por reconocer y admitir la diferencia como algo propio de los seres humanos, invitando a dialogar acerca de la configuración de los entornos y modificaciones particulares que puedan llevar a las PcD a hacer efectivo el ejercicio de sus derechos, en

75 Cayo (2012), p. 11; Palacios (2004), p. 2.

las situaciones en que se puedan ver enfrentadas a alguna barrera. A su vez, en la remoción de tales barreras es que, reconociendo y respetando la diferencia y necesidades de las PcD, los ajustes razonables se justificarán como un elemento de la dimensión transformadora y participativa de la igualdad sustantiva, pues a través de estas medidas se permitirá acomodar el entorno con miras a garantizar el efectivo ejercicio de los derechos de la PcD, así como garantizar la debida participación social en distintos ámbitos de la vida.

Bajo estas nociones, fácil será comprender que la falta de ajustes razonables para una situación específica en que lo requiera una PcD, se traducirá en una realidad en la que esta se encontrará impedida de ejercer sus derechos de manera igualitaria que el resto, a la vez que excluida de su participación social, verificándose, en tal caso, una situación de discriminación arbitraria en perjuicio de la PcD⁷⁶.

6. Conclusiones

La paulatina preocupación acerca de la realidad en que se sitúan las PcD ha llevado a identificar como una de las principales problemáticas el hecho de que, dadas las barreras sociales que usualmente deben enfrentar las PcD, en la práctica, no se hacía efectivo un ejercicio igualitario de sus derechos, no obstante ser destinatarias del derecho a la igualdad en su calidad de seres humanos. Se constata, entonces, que una igualdad formal o de trato no resulta suficiente para garantizar el efectivo ejercicio igualitario de los derechos de las PcD, pues en este tipo de igualdad no se reconoce la diferencia y especiales circunstancias de las PcD. Se debe avanzar, por ende, hacia una igualdad sustantiva en la que, reconociéndose la diferencia, se presenten elementos que permitan eliminar las barreras sociales que enfrenten las personas con discapacidad, y que les impiden ejercer sus derechos de forma igualitaria.

En el derecho de la discapacidad resulta necesario tener como principio una noción clara de igualdad sustantiva, así como de los elementos que la integran. Esto, en razón de ser esta noción de igualdad el fundamento de instituciones propias en la materia que, mediante un trato más favorable de las PcD, buscarán hacer efectivo el ideal de igualdad respecto de ellas. Entre estos elementos, se pueden identificar a los ajustes razonables.

En el desarrollo doctrinario que se ha realizado acerca de la igualdad sustantiva, resul-

76 Los ajustes razonables se han destacado como una nueva herramienta del derecho antidiscriminatorio, que si bien no es exclusiva de la discapacidad, al día de hoy resulta posible desprenderla de manera más patente en este ámbito, y sobre todo en cuanto se inserta en un concepto de igualdad inclusiva como principio inspirador del derecho de la discapacidad. Khaitan, Tarunabh (2015), Fredman (2008), Díaz (2019), Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad, artículo 2, inciso 4, Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2018), párr. 23.

ta posible identificar, en las distintas categorías que se han planteado, que la igualdad de oportunidades y la igualdad sustantiva multidimensional (o inclusiva) son las que sirven de fundamento para el tratamiento jurídico de la discapacidad, identificándose en ellas el rol de los ajustes razonables como elementos esenciales para el logro de una efectiva igualdad de las PcD.

En efecto, teniendo claro el tipo de igualdad sustantiva que ha servido de base a la Convención, es que se podrá constatar cuál será la finalidad de los ajustes razonables y la importancia que estos tienen como herramienta para hacer efectiva el tipo de igualdad en que se funda la Convención. A través de los distintos elementos que se desprenden de la noción de ajustes razonables, pudimos constatar que el último de ellos, su finalidad (y por ende su justificación), es el de servir de garantía de la igualdad, de tal forma que las modificaciones y adaptaciones que se requieran emprender, en la situación concreta en que se encuentre la PcD, deben ser las necesarias y adecuadas para que permitan hacer efectiva la igualdad sustantiva, en cuanto igualdad de oportunidades, e igualdad inclusiva, en todas las dimensiones de la misma, de reconocimiento, redistributiva, participativa y transformadora.

Bibliografía citada

Alderete, Claudio (2019): “Los ajustes razonables y la igualdad de derechos: Orígenes, desarrollo y aportes para su exigibilidad plena”, en *Diario de Doctrina y Jurisprudencia* (Año 57, N.º 14.607), pp. 1-5.

Bariffi, Francisco y Palacios, Agustina (2007): *La discapacidad como una cuestión de derechos humanos: Una aproximación a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad* (Madrid, Colección Telefónica Accesible, CINCA).

Bartolomé Aragón, Alberto (2023): “Una mirada histórica sobre el concepto de discapacidad”, en *Anales de Derecho y Discapacidad* (Vol. 8, Año 8), pp. 141-148.

Biel Portero, Israel (2009): “Los Derechos de las Personas con Discapacidad en el Marco Jurídico Internacional Universal y Europeo”. [Disponible en: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r38308.pdf>]. [Fecha de consulta: 19 de marzo de 2023].

Cayo Pérez Bueno, Luis (2018): “La convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, un tratado vivo al servicio del cambio social”, en *Anales de Derecho y Discapacidad* (Vol. 3, Año 3), pp. 269-272.

- Cayo Pérez Bueno, Luis (2012): “La configuración jurídica de los ajustes razonables”, en Cayo Pérez Bueno, Luis (Ed.), *2003-2012: 10 años de Legislación sobre no Discriminación de Personas con Discapacidad en España. Estudios en homenaje a Miguel Ángel Cabra de Luna* (España, Ed. Cermi) pp. 178-209.
- Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2018): *Observación General N.º 6 sobre Igualdad y no Discriminación* (Ginebra, Naciones Unidas).
- Cisternas Reyes, María Soledad (2015): “Desafíos y avances en los derechos de las personas con discapacidad: una perspectiva global”, en *Anuario de Derechos Humanos* (Año 11, N.º 11), pp. 17-37.
- Cuenca Gómez, Patricia (2012): “Sobre la inclusión de la discapacidad en la teoría de los derechos humanos”, en *Revista de Estudios Políticos* (N.º 158), pp. 103-137.
- De Asís Roig, Rafael (2007): “Derechos humanos y discapacidad. Algunas reflexiones derivadas del análisis de la discapacidad desde la teoría de los derechos”, en Campoy Cervera, Ignacio y Palacios, Agustina (Ed.), *Igualdad, No Discriminación y Discapacidad. Una visión integradora de las realidades española y argentina* (Madrid, Ed. Dykinson) pp. 17-50.
- De Asís Roig, Rafael (2016): “Accesibilidad, Diseño, Ajustes y Apoyo”. [Disponible en: <https://redtiempodelosderechos.files.wordpress.com/2016/06/wp3-2016.pdf>]. [Fecha de consulta: 10 de marzo de 2023].
- De Asís Roig, Rafael (2018): “De nuevo sobre los ajustes razonables”, en *Anales de Derecho y Discapacidad* (Vol. 3, Año 3), pp. 101-119.
- De Campos Velho Martel, Leticia (2011): “Ajuste razonable: Un nuevo concepto desde la óptica de una gramática constitucional inclusiva”, en *Revista Internacional de Derechos Humanos* (Vol. 8, N.º 14), pp. 88-115.
- Díaz de Valdés, José Manuel (2019): *Igualdad Constitucional y No Discriminación* (Valencia, Editorial Tirant lo Blanch).
- Finsterbusch Romero, Christian (2016): “La extensión de los ajustes razonables en el derecho de las personas en situación de discapacidad de acuerdo al enfoque social de derechos humanos”, en *Revista Ius et Praxis* (Año 22, N.º 2), pp. 227-252.

- Fredman, Sandra (2015): *Human rights transformed: Positive rights and positive duties* (Oxford, Oxford University Press).
- Fredman, Sandra (2008): *Discrimination Law* (Oxford, Oxford University Press).
- Fredman, Sandra (2005): “Disability Equality: A Challenge to the Existing Anti-Discrimination Paradigm?”, en Lawson, Ana y Gooding, Caroline (Ed.), *Disability Rights in Europe: From Theory to Practice* (Oxford, Ed. Hart) pp. 199-218.
- Fredman, Sandra (2016): “Substantive equality revisited”, en *International Journal of Constitutional Law* (Vol. 14), pp. 712-738.
- García Medina, Javier (2018): “Ajustes razonables y apoyos en la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad. Retos y dificultades”, en *Studia Historica. Historia Contemporánea* (Vol. 36), pp. 131-149.
- González Martínez, José Antonio (2022): “Los ajustes razonables como medida de integración laboral de las Personas con Discapacidad”, en *Revista de Derecho de la Universidad de Piura* (Vol. 23, N.º 1), pp. 187-223.
- Khaitan, Tarunabh (2015): *A theory of Discrimination Law* (Oxford, Oxford University Press).
- Lawson, Anna (2008): *Disability and Equality Law in Britain: The Role of Reasonable Adjustment* (Oregon, Editorial Hart).
- Marshall Barberán, Pablo (2020): “El ejercicio de derechos fundamentales de las personas con discapacidad mental en Chile: Derecho internacional, enfoques teóricos y casos de estudio”, en *Revista de Derecho* (N.º 247), pp. 45-81.
- Palacios, Agustina (2004): “El derecho a la igualdad de las personas con discapacidad y la obligación de realizar ajustes razonables”, en Campoy Cervera, Ignacio (Ed.), *Los derechos de las personas con discapacidad: Perspectivas sociales, políticas, jurídicas y filosóficas* (España, Dykinson) pp. 187-204.
- 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, Ediciones Cinca).

Quinn, Gerard y Degener, Theresia (2002): *Derechos humanos y discapacidad: Uso actual y posibilidades futuras de los instrumentos de derechos humanos de las Naciones Unidas en el contexto de la discapacidad* (Nueva York y Ginebra, Publicaciones de las Naciones Unidas).

Recover Balboa, Torecuato (2022): “Acceso a la justicia: Ajustes de Procedimiento para las Personas con Discapacidad”, en *Anales de Derecho y Discapacidad* (Vol. 7, número especial, año 7), pp. 23-35.

Rey Pérez, José Luis (2018): “Una revisión de los conceptos de accesibilidad, apoyos y ajustes razonables para su aplicación en el ámbito laboral”, en *Revista Derechos y Libertades* (N.º 39), pp. 260-284.

Rodríguez Gamero, Marco Alonso (2020): “Nuevas perspectivas conceptuales en la afirmación del derecho a la igualdad de las personas con discapacidad mental: una evaluación crítica de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano”, en *Revista de Estudios Constitucionales* (Vol. 18, N.º 1), pp. 145-211.

Sen, Amartya (1992): *Inequality Reexamined* (Oxford, Oxford University Press).

Silva Barroilhet, Paula (2018): *La Capacidad Jurídica de las Personas con Discapacidad Intelectual: Régimen jurídico chileno y bases para su modificación* (Santiago, Chile, Facultad de Derecho Universidad de Chile, Ed. Legal Publishing).

Waddington, Lisa (2017): “Reasonable Accommodation”, en Schiek, Dagmar; Waddington, Lisa y Bell, Mark (Ed.), *Non-Discrimination Law* (Oxford, Hart) pp. 629-756.

Waddington, Lisa (2008): “When is reasonable for Europeans to be confused: Understanding when a disability accommodation is reasonable from a comparative perspective”, en *Comparative Labor Law and Policy Journal* (Vol. 29), pp. 317-340.

Normas jurídicas citadas

Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad, de la Organización de Naciones Unidas, 13 de diciembre de 2006.

Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, de la Organización de Estados Americanos, 15 de junio de 2015.

Decreto 47, que fija nuevo texto de la Ordenanza General de la Ley General de Urbanismo y Construcciones. Diario Oficial, 5 de junio de 1992.

Equal Employment Opportunity Act. 24 de marzo de 1972 (Estado Unidos).

Ley N.º 20.422, que establece normas sobre igualdad de oportunidades e inclusión social de las personas con discapacidad. Diario Oficial, 10 de febrero de 2010.

Ley N.º 20.609, que establece Medidas contra la Discriminación. Diario Oficial, 24 de julio de 2012.

Ley N.º 21.331, sobre el reconocimiento y protección de los derechos de las personas en la atención de salud mental. Diario Oficial, 11 de mayo de 2021.

Ley N.º 21.545, que establece la promoción de la inclusión, la atención integral, y la protección de los derechos de las personas con trastorno del espectro autista en el ámbito social, de salud y educación. Diario Oficial, 10 de marzo de 2023.