Boletín N° 11.501-11

Proyecto de ley, iniciado en moción de la Honorable Senadora señora Goic, que modifica la ley N° 20.422, que establece normas sobre igualdad de oportunidades e inclusión social de personas con discapacidad, para interpretar lo que debe entenderse por los ajustes necesarios requeridos para un caso en particular.

I. Introducción

En las últimas décadas la forma de entender la discapacidad ha cambiado sustancialmente. Esto ha significado que tanto la legislación como las políticas públicas han ido adoptando un enfoque de derechos humanos para abordar la realidad de las personas con discapacidad[1]. En esta línea, se han abandonado modelos como el de la rehabilitación o el asistencialismo y se han reemplazado por modelos que aseguren la opción inalienable que tienen las personas con discapacidad de gobernarse a sí mismas y de ser incluidos en igualdad de condiciones a la comunidad que ellos estimen conveniente[2]

Este nuevo enfoque basado en derechos se plasma, en términos jurídicos, en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, adoptada por la Organización de Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006 y en diversos cuerpos de legislación tanto en Estados Unidos (EEUU) como en Europa.

Nuestro país también ha dado pasos en esta materia, suscribiendo durante el año 2008 la Convención y posteriormente con la promulgación en el año 2010 de la ley N° 20.422 sobre igualdad de oportunidades e inclusión social de personas con discapacidad.

El nuevo enfoque sobre la discapacidad tiene un objetivo claro, hacer que las personas con discapacidad gocen de sus derechos en igualdad de condiciones con el resto de la sociedad. Este objetivo está plasmado en la Convención de las Naciones Unidas que señala en su artículo 1:

"El propósito de la presente Convención es promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente."

Para lograr este objetivo en la Convención se contemplan tres dispositivos que a nuestro juicio son fundamentales para hacer efectivo los derechos que propugna: la accesibilidad universal, el diseño para todos y los ajustes razonables.

La accesibilidad universal dice relación con que el entorno sea accesible para que la persona con discapacidad pueda tener igual goce del derecho; de lo contrario la persona con discapacidad queda en una posición de desigualdad vulnerándose sus derechos como persona.

---

[1] Cayo Pérez Bueno, Luis (2012): "La configuración jurídica de los ajustes razonables", en; Revista “2003-2012: 10 años de Legislación sobre no Discriminación de Personas con Discapacidad en España. Estudios en homenaje a Miguel Ángel Cabra de Luna". Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad (Cermi) (N°55)

[2] Ibíd.

Así la accesibilidad universal nace como acción normativa ya que el correcto desenvolvimiento de las personas con discapacidad va de la mano con un correcto acceso en los distintos entornos y "constituyen un condicionante para el ejercicio de derechos de las personas con discapacidad"[3].

El acceso universal requiere del diseño para todas las personas, esto significa que los entornos sean pensados desde un inicio en clave de la satisfacción de las necesidades de las personas con discapacidad. Esto está estrechamente ligado al principio de accesibilidad universal[4].

El último instrumento es el de los ajustes razonables. Son definidos en la Convención 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”[5]

Los ajustes razonables son una respuesta que propone la Convención para aquellos casos en que los principios de accesibilidad universal y del diseño para todos no se han logrado consagrar en una realidad particular, en palabras de Cayo:

"Ante el fracaso garantista, valga la expresión, de la accesibilidad universal y del diseño para todas las personas, que ha de gozar de precedencia y preferencia, se despliegan los ajustes razonables, que aspiran a dotar de contenido y preservar el derecho concreto de la persona en situaciones particulares cuando el sistema de accesibilidad universal y de diseño para todos, resulta inoperante, bien porque no se ha extendido jurídicamente a todos los ámbitos posibles y con la intensidad máxima deseable, o bien porque no ha sido capaz de prever (y regular) todas las situaciones en que una persona con discapacidad puede hallarse, en su interacción con el entorno que la rodea, dotándolas de garantías de no discriminación y accesibilidad.”[6]

Los ajustes razonables hacen un llamado a la imaginación del legislador, ya que una vez que se concreta la idea de igualdad, es necesario establecer los mecanismos para concretar dicha igualdad circunscrita en un contexto socio-político y normativo. De esta forma la legislación o la jurisprudencia tienen que ser lo suficientemente amplias como para que el ideal de igualdad sea realizable mediante los ajustes razonables.

Los ajustes razonables, sin embargo, tiene algunas limitaciones propias de su concepto, como por ejemplo su carácter de subsidiarios, es decir operan únicamente cuando fracasan los otros mecanismos y solo sirven para asegurar el derecho de la igualdad en casos particulares, "están

[3] Ibíd.,p.3
[4] Ibíd.
[5] Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Artículo 2.
[6] Cayo, L. Op. Cit. p. 5

concebidos para ofrecer aseguramientos del derecho a la igualdad en casos particulares cuando los mecanismos reforzados no resultan eficaces."[7]

Por otro lado, el propio carácter de razonable hace que sea una limitación en sí misma. Cuando no son razonables no es obligatoria su realización aun cuando podrían parecer justas, "no todas esas eventuales adaptaciones terminan siendo jurídicamente obligatorias, por más justas materialmente que puedan parecer, sino únicamente aquellas que sean razonables"[8]. El legislador debe ser cuidadoso a la hora de legislar sobre dicha materia para evitar y reducir las posibilidades en las que el concepto no tenga aplicabilidad debido a su carácter de poco razonable.

"[C]abe exigir a las legislaciones en la materia que en la regulación de los elementos que conforman el carácter de razonable de los ajustes, se sea muy cuidadoso, de suerte que se abuse de la consideración de no razonable para ampliar el número de supuestos donde no resulta posible imponer la obligación de realizar ajustes. Sería una vía de escape rayana en lo fraudulento, que pondría aún más en entredicho esta falla de la institución".[9]

En la legislación internacional se ha tendido a circunscribir el concepto de ajustes razonables a las relaciones laborales; EEUU y la Unión Europea (UE) son un ejemplo de lo anterior. Esto no significa que no sea necesario incluirlo en otras esferas de la vida tanto pública como privada. Sin embargo, falta voluntad política para seguir avanzando en otras esferas que rigen la vida diaria. La UE define los ajustes razonables en su directiva 2000/78/CE en su artículo 5 de la siguiente manera:

"A fin de garantizar la observancia del principio de igualdad de trato en relación con las personas con discapacidades, se realizarán ajustes razonables. Esto significa que los empresarios tomarán las medidas adecuadas, en función de las necesidades de cada situación concreta, para permitir a las personas con discapacidades acceder al empleo, tomar parte en el mismo o progresar profesionalmente, o para que se les ofrezca formación, salvo que esas medidas supongan una carga excesiva para el empresario. La carga no se considerará excesiva cuando sea paliada en grado suficiente mediante medidas existentes en la política del Estado miembro sobre discapacidades."

El caso de EEUU es similar al europeo en cuanto a que la definición jurídica es prácticamente la misma, sin embargo, la jurisprudencia ha favorecido la evolución del concepto progresivamente hacia una perspectiva normativa más inclusiva especialmente con las personas con discapacidad:

"Analizando en detalle la configuración de la obligación de realizar ajustes razonables en EE.UU., se ha detectado una definición progresiva del contenido de la obligación, fruto de

los vaivenes interpretativos de la jurisprudencia americana, evolucionando hacia una perspectiva normativa más inclusiva, dado que uno de los principales problemas que

[7] Cayo, Óp. Cit. pág. 5
[8] Ibíd., p. 6
[9] Ibíd., p. 6

presentaba la legislación fue una caracterización sumamente restrictiva del concepto de persona con discapacidad."[10]

La riqueza de la jurisprudencia en EE.UU. ha permitido que se favorezca el cumplimiento de la obligación detectando los vacíos que pudiesen existir, ofreciendo seguridad jurídica a los involucrados. De esa forma los ajustes razonables no se convierten necesariamente en una carga que a la larga termina siendo perjudicial para aquellos con discapacidad.[11]

La realidad de Chile

En materia de discapacidad Chile ha ido dando pequeños pasos en línea con la legislación internacional. Las Naciones Unidas, a través del comité sobre los derechos de las personas con discapacidad, en su informe final reconoce como positiva la creación del Servicio Nacional de Discapacidad en 2010 o la inclusión de discapacidad en la ley N° 20.609 como forma de discriminación. Sin embargo, detecta una serie de falencias entre las que destaca que la legislación de ajuste razonable no va en línea con lo que establece la CDPD en su artículo 2.

Al respecto la legislación chilena en la ley N° 20.422, en su artículo 5 consagra el mecanismo de los ajustes razonables en el marco del derecho a la igualdad de las oportunidades:

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

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

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

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

[10] Gutiérrez, David. (2015). La obligación de realizar ajustes razonables del puesto de trabajo a personas con discapacidad en EEUU y España: Una visión comparada. Revista internacional comparada de relaciones laborales y derecho del empleo. p29.
[11] Ibíd.

La observación del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad

En su informa de abril de 2016, el Comité planteó su preocupación por la regulación de los ajustes razonables en la legislación nacional[12], indica que la definición que establece el artículo 8 de la ley N° 20.422 no es consistente con la que se establece en la Convención.

Junto con lo anterior, el Comité indica que la legislación chilena no contempla la denegación de realizar ajustes razonables como una causal de discriminación en otros ámbitos distintos al empleo. Esto significa una restricción de la obligación que no se condice con la esencia de la misma.

Por lo tanto, este proyecto de ley busca modificar la legislación chilena correspondiente a los ajustes razonables para que sea acorde a los tratados internacionales firmados por Chile tomando como referencia y experiencia la legislación internacional.

Es necesario modificar la legislación actual para que sea explícito que la denegación del ajuste razonable sea considerada como una forma de discriminación. Esto es importante ya que un principio básico del nuevo enfoque en torno a la discapacidad es que todos, incluidos los sujetos con discapacidad, tengan igual goce de los derechos. En esta línea, al no considerar la denegación del ajuste razonable como discriminatorio se abre la posibilidad a que en casos específicos el sujeto con alguna discapacidad sean impunemente discriminados. En ese caso no se cumpliría el principio reivindicatorio de la igualdad a la que todos tienen derecho[13].

La ley debe ser lo suficientemente clara como para que los ajustes no constituyan una carga desproporcionada a quien deba realizarlas. Esto con el propósito fundamental de que la puesta en práctica no menoscabe el normal desenvolvimiento de las personas con alguna discapacidad en su vida diaria. En la legislación comparada este problema se ha resuelto por medio de la jurisprudencia o con una definición explícita que facilite la puesta en práctica de dicho principio

Unido a lo anterior, la ley debe establecer los mecanismos adecuados para que funcione de forma correcta el carácter subsidiario de los ajustes razonables En esta línea el carácter de urgente que muchas veces tienen los ajustes razonables (al estar el sujeto sin el correcto goce de sus derechos fundamentales) requiere que el procedimiento burocrático para el

---

[12] Las observaciones planteadas son:
"11. Al Comité le preocupa que la definición de ajuste razonable no se adapta al artículo 2 de la Convención; que la legislación del Estado parte no incluya la denegación de ajustes razonables como forma de discriminación contra las personas con discapacidad en otros ámbitos además del empleo; también le preocupa la ausencia de políticas que combatan la discriminación múltiple e interseccional.
12. El Comité recomienda al Estado parte revisar la definición de ajuste razonable así como reconocer en su legislación la denegación de ajustes razonables como forma de discriminación basada en la discapacidad en todas las esferas de la vida. Asimismo le recomienda incluir las formas múltiples e interseccionales en su legislación antidiscriminación, proporcionar remedios adecuados y sanciones en caso de violación."
Informe disponible en: http://acnudh.org/paises/chile/

[13] Finsterbusch 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. lus et Praxis.

cumplimiento efectivo de sus derechos sea rápido y efectivo, así se evita que la legislación sea ineficaz.

A pesar de que la legislación internacional circunscribe el tema de los ajustes razonables principalmente a material laborales[14] es menester, de acuerdo con las observaciones hechas por la ONU, que los ajustes razonables se circunscriban a todos los aspectos de la vida.

Con el objeto de asumir las observaciones realizadas por el Comité proponemos la modificación de la definición establecida en la ley, de modo que su formulación no sea más restrictiva que la contemplada en la Convención.

Junto con ello nos parece necesario establecer que la denegación de realizar ajustes necesarios constituye una discriminación por razón de discapacidad siempre que ocurra.

En consideración a los antecedentes y fundamentos expresados precedentemente, vengo en presentar el siguiente:

[14] Cayo, Óp. Cit.

PROYECTO DE LEY

Artículo único.- introdúcense las siguientes modificaciones a la Ley N° 20.422 que establece normas sobre igualdad de oportunidades e inclusión social de personas con discapacidad:

1. Reemplázase el inciso tercero del artículo 8° por el siguiente:

"Los ajustes necesarios son las medidas de adecuación requeridas en un caso particular que, sin suponer una carga desproporcionada, permitan garantizar el goce o ejercicio de los derechos fundamentales a las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones que el resto de los ciudadanos.".

2. Agrégase el siguiente nuevo inciso cuarto, pasando el inciso cuarto vigente a ser el inciso quinto:

"La denegación de realizar los ajustes necesarios cuando ellos procedan será considerada una conducta de discriminación por razón de discapacidad.".

CAROLINA GOIC BOROEVIC
Senadora de la República