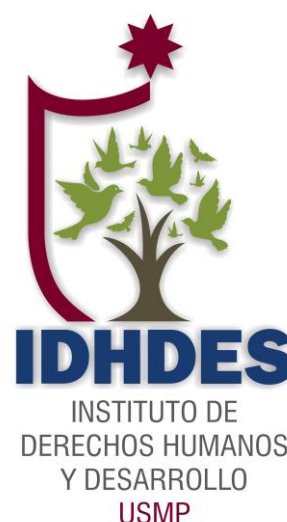


2014

# LAS MEDIDAS AFIRMATIVAS Y LOS AJUSTES RAZONABLES EN LOS DERECHOS DE LA PERSONAS CON DISCAPACIDAD

Cuaderno de Investigación - Año 1,  
Número 1

JULIO - 2014



# **CUADERNO DE INVESTIGACIÓN**

**AÑO 1, NÚMERO 1**

## **LAS MEDIDAS AFIRMATIVAS Y LOS AJUSTES RAZONABLES EN LOS DERECHOS DE LA PERSONAS CON DISCAPACIDAD**

**JULIO DE 2014**

### **Equipo de Trabajo**

Dra. Elizabeth Zea Marquina – Directora del Instituto de Derechos Humanos y Desarrollo de la USMP

Dr. Oscar Andrés Pazo Pineda – Coordinador Académico del Instituto de Derechos Humanos y Desarrollo de la USMP

Rosalinda Bustamante – Integrante del Equipo de Investigación del Instituto de Derechos Humanos y Desarrollo de la USMP



## CONTENIDO

PRESENTACIÓN .....	4
INTRODUCCIÓN .....	6
CONTENIDO .....	8
1. EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA IGUALDAD Y SUS IMPLICANCIAS EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL.....	8
2. LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD Y EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA IGUALDAD .....	11
3. LAS POLÍTICAS ESTATALES PARA GARANTIZAR EL PRINCIPIO DE IGUALDAD MATERIAL A FAVOR DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD .....	13
4. LAS MEDIDAS AFIRMATIVAS EN LA LEY DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD .....	14
5. LOS AJUSTES RAZONABLES Y LOS DEBERES DE ADECUACIÓN DEL ESTADO .....	19
6. LAS MEDIDAS DE FAVORECIMIENTO DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL SECTOR PRIVADO .....	21
7. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN LAS DECISIONES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL .....	24
8. EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS Y SU IMPLEMENTACIÓN EN LA LEGISLACIÓN INTERNA RESPECTO DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD .....	26
BIBLIOGRAFÍA .....	34
JURISPRUDENCIA .....	34

## CUADERNOS DE INVESTIGACIÓN

El Instituto de Derechos Humanos y Desarrollo (IDHDES) de la Universidad de San Martín de Porres presenta a la sociedad su primer Cuaderno de Investigación, el cual se encuentra relacionado a los derechos de las personas con discapacidad. Estos cuadernos tienen el propósito de contribuir y promover la investigación científica de problemas recientes vinculados a los derechos humanos. Así mismo, refleja el compromiso del IDHDES de contribuir con la labor académica vinculada a la protección de los derechos y libertades fundamentales. Evidentemente, no solo la coyuntura política (que se ve favorecida por la reciente aprobación del Reglamento de la Ley General de la Persona con Discapacidad) invita a que este primer número se relacione con dicha temática, sino que además se fundamenta en la situación de vulnerabilidad y de discriminación histórica de las que han sido víctimas estas personas, las cuales padecen de serios problemas para acceder a un puesto de trabajo o a prestaciones de salud que puedan ser consideradas como dignas.

Frente a este difícil contexto, los Estados han adoptado diversas políticas con el propósito de tratar de revertir esta situación de discriminación histórica. De este modo, se han adoptado lo que la doctrina constitucional ha denominado “medidas afirmativas”, esto es, medidas que otorgan ventajas directas a ciertos grupos vulnerables con la finalidad de promover una igualdad real con los demás miembros del resto de la sociedad. El ejemplo más claro de esta clase de medidas se ha visto representado en los sistemas de cupos en los centros de trabajo, a fin que los empleadores cuenten, de manera obligatoria, con un número de personas que tengan alguna clase de discapacidad en su centro de trabajo. Evidentemente, no han faltado cuestionamientos a las medidas afirmativas, los cuales serán también abordados en este cuaderno.

Del mismo modo, en el derecho internacional se ha comenzado a implementar la noción de “ajustes razonables”, con el propósito de poner en evidencia el deber de adaptar los ambientes en función de las capacidades y necesidades que tengan las personas con discapacidad. Esta idea también se reconoce en el Reglamento al que se hizo referencia. Se puede advertir, pues, que el derecho internacional ha empezado a tener un considerable impacto en nuestra legislación interna. En el presente cuaderno de investigación se abordarán los dos mecanismos a los que hicimos referencia, y que son una manera de plasmar el principio de igualdad material a favor de las personas con discapacidad: las medidas afirmativas y los ajustes razonables. A fin de complementar las disposiciones internas, también se hará mención de diversas leyes y pronunciamientos propios del derecho comparado, ya que el mismo constituye una fuente indispensable a fin de poder implementar mejoras en nuestro sistema de administración de justicia.

**Lima, Julio de 2014**

## **PRESENTACIÓN**

El tema relativo al derecho a la igualdad en relación con las personas con discapacidad constituye, sin duda alguna, uno de los temas de gran actualidad en el panorama internacional de los derechos humanos. Cabe la pregunta, en este momento, si los Estados de América cumplen con los parámetros impuestos en las normas del derecho internacional de los derechos humanos en la materia, es decir, si los ordenamientos legales al interior de los Estados se adecuan a los parámetros internacionales en materia de discapacidad.

Hoy me siento distinguido por la oportunidad que se me brinda para presentar esta obra que reflexiona en torno a los derechos de las personas con discapacidad, a la luz del derecho a la igualdad, no solo consagrado en los artículos 1.1 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 2 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, sino en todas las Constituciones de los Estados de nuestra América.

Estoy convencido que todo análisis que se lleve a cabo en materia de discapacidad, debe hacerse, como lo hace la obra que se presenta, a la luz de los principios de igualdad y no discriminación. Ello es así porque lo que se pretende es evitar actos discriminatorios hacia las personas con discapacidad, con el fin de conseguir la igualdad formal y material de todas las personas.

Queda claro, de la lectura del texto, que las políticas públicas de los Estados deben estar encaminadas a lograr la igualdad que tanto nos reclaman las personas con discapacidad. No se trata ya del mero reconocimiento formal del derecho a la igualdad, se trata más bien de que en todos los niveles se reconozcan acciones afirmativas que nos ayuden a hacer realidad la igualdad que se pregona.

Del texto que se presenta rescato el profundo análisis que se hace respecto del papel que tienen los juzgadores en nuestro continente frente a las Constituciones y los tratados internacionales de derechos humanos en materia de discapacidad. Estos instrumentos les imponen la obligación de dictar sentencias que garanticen el derecho a la igualdad material. El actual marco normativo internacional de los derechos humanos, no solo permite sino que impone la obligación a los jueces en nuestra América de hacer una extensión en relación a los sujetos, objeto, ámbito y al contenido de las medidas a aplicar para poder hacer efectivo el principio de igualdad.

En el presente texto se encontrarán no sólo sentencias del Tribunal Constitucional Peruano, sino criterios de organismos especializados en la protección, promoción y defensa de los derechos de las personas con discapacidad, así como criterios de Tribunales internacionales que mucho aportan en la gran discusión que se plantea y que demuestran que la garantía de esos derechos (igualdad y no discriminación) no solo pasa por una mera reflexión

académica, sino que forma parte de una manera de entender cómo deben operar esos derechos y los mecanismos para su garantía.

De acuerdo con los contextos sociales, políticos y económicos en los países de América, se deben asegurar medidas de acción afirmativa, para todos los grupos desfavorecidos, especialmente para las personas con discapacidad. La igualdad en la ley nos exige a todos que en nuestro trabajo cotidiano, los derechos fundamentales se encuentren garantizados, y esta garantía supone una relación entre los niveles normativos de concepto, validez y eficacia de los derechos.

Concluyo citando a la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva OC/18, *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, y en ese contexto remarco la importancia del texto que se presenta, “el principio de igualdad ante la ley, igual protección ante la ley y no discriminación, pertenece al *jus cogens*, puesto que sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y es un principio fundamental que permea todo ordenamiento jurídico. Hoy día no se admite ningún acto jurídico que entre en conflicto con dicho principio fundamental (...). Este principio (igualdad y no discriminación) forma parte del derecho internacional general. En la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *jus cogens*”. De ahí la importancia de la lectura del texto que se presenta, porque analiza y reflexiona un principio de orden público reconocido como *ius cogens*: el derecho a la igualdad y a la no discriminación y la responsabilidad de los órganos estatales frente a la garantía de estos derechos.

Alfonso Jiménez Reyes<sup>1</sup>

En la Ciudad de México, Distrito Federal a 7 de julio de 2014.

---

<sup>1</sup> Licenciado en Derecho por la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, Máster en Derechos Humanos por la Universidad de Castilla la Mancha, ha impartido varios talleres y conferencias respecto del Sistema Interamericano de Derechos Humanos; en distintas Universidades del país y en San José, Costa Rica. Ha presentado tres casos a conocimiento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y un *amicus curie* ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva OC-19. Ha sido *coach* y juez en varios concursos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos celebrados la Ciudad de San José, Costa Rica y en Washington D.C. Actualmente ocupa el cargo de Secretario de Estudio y Cuenta en la Ponencia del Magistrado Presidente de la Sala Regional Toluca del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación en México.

## INTRODUCCIÓN

El Instituto de Derechos Humanos y Desarrollo (IDHDES) de la Universidad San Martín de Porres (USMP) en Perú me ha invitado a presentar el primer Cuaderno de Investigación producido por el IDHDES. Esta labor la he aceptado plazeramente, porque reconozco con aprecio la labor seria y dedicada, y la convicción de quienes se han empeñado en la consolidación del IDHDES. Lo más destacable es reconocer que una nueva generación de defensores y defensoras de derechos humanos son quienes hoy han puesto su dedicación en el IDHDES.

Los cuadernos de investigación pretenden contribuir y promover la investigación científica en materia de derechos humanos, con ello cumplen una labor muy importante en la académica que es salvaguardar la perspectiva crítica y difundir el nuevo conocimiento que se genera a partir de profundas reflexiones en torno a los derechos humanos, su protección, implementación y desarrollo.

Dos aspectos relevantes considero oportuno resaltar en esta oportunidad. El primero es que las nuevas generaciones de defensores de derechos humanos encuentren a través de los escenarios de la academia y las labores que en ella se puedan desarrollar, una forma de expandir sus conocimientos y habilidades en investigación y argumentación. En particular, el presente trabajo es un resultado de ese esfuerzo y dedicación que los miembros del IDHDES han cultivado a través de sus trayectorias y experiencias profesionales y como estudiantes.

El segundo, es que el presente Cuaderno de Investigación es una obra muy bien lograda en cuanto a su contenido y claridad en la argumentación. Tratar un tema de tanta trascendencia por lo novedoso para el derecho nacional en Perú y con una sistematicidad en el análisis de derecho comparado, ofrece al lector un panorama muy amplio sobre el desarrollo de la protección de los derechos de personas con discapacidad. Tema emergente en el derecho nacional latinoamericano e internacional, que por tal razón debe ser apropiado por defensores de derechos humanos.

Así, este Cuaderno de Investigación aborda temas trascendentales en relación a los derechos de personas con discapacidad tales como la importancia de la prohibición de discriminación, la igualdad material, la obligación de adoptar acciones afirmativas, la relevancia de los ajustes razonables para la garantía de los derechos de personas con discapacidad en el derecho constitucional e internacional de derechos humanos comparado. Lo anterior es aún más relevante para un país como Perú, en el cual al menos el 5.4% de su población tiene alguna discapacidad.

Por todos estos motivos, es un orgullo presentar este trabajo académico que ofrece al lector y a la sociedad, con un carácter científico y humano, el tratamiento de un tema tan importante como el avance de la protección de los derechos de personas con discapacidad

en el Perú. Pero además, porque lazos de amistad y reconocimiento nos unen desde hace algunos años con personas que trabajan en el IDHDES, ya que compartí con algunos de los integrantes en la Corte Interamericana y en la participación en los concursos de derechos humanos en American University. Ante ello, nada más satisfactorio que estos amigos y jóvenes realicen una labor tan importante para nuestra sociedad.

Santiago Medina Villarreal<sup>2</sup>, Bogotá, Colombia, julio 9 de 2014

---

<sup>2</sup> Abogado de la Universidad del Cauca. Fue abogado de la secretaria de la Corte IDH, ha sido Consultor de PNUD y agencias de Cooperación Internacional (I.e. GIZ, Instituto Interamericano de Derechos Humanos) y organizaciones de la sociedad civil (I.e. Centro para los Derechos Humanos University of Washington, Centro Nacional de Memoria Histórica - Colombia). Ha tenido experiencia en litigio de casos de violaciones a los derechos humanos. Ha sido docente universitario de derecho público, derechos humanos, derecho penal internacional, derecho internacional humanitario e investigación socio-jurídica. Ver: <http://co.linkedin.com/pub/santiago-medina/13/416/a79>



## CONTENIDO

### 1. El derecho fundamental a la igualdad y sus implicancias en el Estado Constitucional

El artículo 2.2° de la Constitución establece que

“Toda persona tiene derecho:

[...]

A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole”.

La interpretación respecto de lo que es protegido por este derecho fundamental ha generado diversos debates, los cuales se dirigen a determinar si es que el derecho a la igualdad tutela solamente un trato equitativo a través de las disposiciones legales, o si es que además también importa un deber de adoptar mecanismos que no solo sean compensatorios de la discriminación histórica en contra de determinados grupos, sino que además fomenten su plena inclusión social. El Tribunal Constitucional peruano ha asumido una posición sobre el particular al señalar que el principio de igualdad no solamente reconoce el derecho fundamental de una persona a no recibir un tratamiento diferenciado en supuestos idénticos, sino que además permite advertir una vertiente material según la cual

“el derecho de igualdad supone no sólo una exigencia negativa, es decir la abstención de tratos discriminatorios; sino, además, **una exigencia positiva** por parte del Estado, que se inicia con el reconocimiento de la insuficiencia de los mandatos prohibitivos de discriminación y la necesidad de equiparar situaciones, *per se*, desiguales. Tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales, pues, no se traduce en el derecho a ser objeto del mismo trato, con independencia del contexto o la circunstancias en las que un sujeto se encuentre, sino a que se realice un tratamiento diferenciado si es que dos sujetos no se encuentran en una situación igual”<sup>3</sup> (resaltado es nuestro).

Esta noción de igualdad se ve, a su vez, complementada por lo dispuesto en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en especial por la jurisprudencia emanada de la Corte Interamericana de Derechos Humanos<sup>4</sup>. Es así que el referido Tribunal también ha

---

<sup>3</sup> Tribunal Constitucional del Perú. Expediente 00606-2004-PA/TC, párr. 11.

<sup>4</sup> Resulta preciso recordar que, además de la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución -disposición que menciona que los derechos y libertades reconocidos en el texto constitucional deben ser interpretados tomando en cuenta los tratados internacionales ratificados por el Estado peruano-, el Código Procesal Constitucional dispone, en el artículo V del Título

precisado que los Estados “están obligados a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas”<sup>5</sup>. En consecuencia, el principio de igualdad implica que los Estados no solamente deben abstenerse de realizar prácticas discriminatorias, sino que además deben promover una igualdad material o real entre todas las personas sometidas a su jurisdicción. Al respecto, se ha precisado que el principio de igualdad también supone una “tutela positiva, en forma de reparación de las injusticias del pasado o de asistencia a los menos favorecidos y capacitados. Con frecuencia, tales actuaciones deberán traducirse en normas institutivas de verdaderos privilegios que, favoreciendo a ciertas categorías, consigan compensar las injusticias de la naturaleza o las arbitrariedades del pasado”<sup>6</sup>. Evidentemente, no se trata de que todas las personas sean idénticas, por cuanto dicha interpretación vulneraría el principio de dignidad humana al desconocer la especial naturaleza de cada ser humano, sino que importa que todas las personas tengan las mismas oportunidades de poder acceder a determinados servicios o beneficios que puedan ser brindados por el Estado o los grupos privados. Tampoco supone una prohibición al Estado de efectuar distinciones entre las personas, por cuanto lo que no es permitido en el derecho tanto nacional como internacional es la idea de “discriminación, mas no la de “distinción”. Como hace recordar la Corte Interamericana, no toda distinción de trato puede considerarse, *per se*, como ofensiva o atentatoria del principio de dignidad, sino que solamente será prohibida aquella diferencia de trato que no sea objetiva ni razonable<sup>7</sup>.

Ahora bien, resulta evidente que existen determinados grupos que, por su especial situación histórica de discriminación, han merecido un tratamiento preferente por parte de los ordenamientos jurídicos de los Estados. Un sector de la doctrina los ha denominado “categorías sospechosas”, por cuanto las distinciones que se efectúen en virtud de la pertenencia a uno de estos grupos implican una presunción de inconstitucionalidad. Esta noción encuentra con un importante antecedente en la nota al pie del juez Stone en el caso *Carolene Products*, el cual fue resuelto por la Corte Suprema de los Estados Unidos. En dicha nota, se sostuvo que “el prejuicio contra minorías discretas e insulares puede ser una condición especial [...] que limite seriamente el funcionamiento de aquellos procesos políticos en los que regularmente podemos confiar para la protección de las minorías, y

---

Preliminar del Código Procesal Constitucional, que deben ser empleados los fallos de los tribunales internacionales a fin de poder dotar de contenido a las cláusulas reconocidas en la Constitución.

<sup>5</sup> Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párr. 104.

<sup>6</sup> Pizzorusso, Alessandro. Lecciones de Derecho Constitucional. Tomo I. Centro de Estudios Constitucionales. Impreso en Madrid, España (1984), pág. 171.

<sup>7</sup> Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párr. 89.

[así] puede requerir de una mayor supervisión judicial”<sup>8</sup>. Ahora bien, como menciona Pizzorusso,

“[l]a prohibición de diferenciaciones fundadas sobre el sexo, la raza, la lengua, la religión, las opiniones políticas, sobre las condiciones personales implica, más que una radical exclusión de todo debate acerca de la racionalidad o la oportunidad de las distinciones mismas, una apelación o recordatorio de los factores que, en el pasado, se han tomado más frecuentemente como elementos para proceder a discriminaciones injustificadas”<sup>9</sup>.

En efecto, a través de esta conocida nota al pie se intentó promover una mayor justificación de la normativa en los casos en los que se diferencie a grupos considerados como “discretos e insulares”. En realidad, lo que deseó la Corte Suprema era que se insertara en el ideario social la noción que son normalmente estos grupos los que tienen una mayor probabilidad de sufrir prejuicios por parte de las mayorías. Es por ello que, si una medida les afecta de una manera desfavorable, entonces el juez debe sospechar que la misma “es el resultado de un proceso político que no tuvo en cuenta por igual los intereses de todos, por la presencia de prejuicios hacia ese grupo”<sup>10</sup>. En el caso peruano, esos grupos son, en principio, los que se encuentran reconocidos en el artículo 2° de la Constitución, es decir, a las personas discriminadas en función del origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o, como una cláusula abierta, que sea de cualquiera otra índole, con la condición que sean grupos vulnerables. En el siguiente apartado examinaremos si es que las personas con discapacidad se insertan dentro de estos grupos protegidos en virtud de lo que consagra la Constitución.

Es por ello que, del derecho fundamental a la igualdad, es posible extraer las siguientes consecuencias:

- a) El principio de igualdad protege el derecho fundamental de toda persona a no ser objeto de distinciones arbitrarias.
- b) El principio de igualdad protege el derecho fundamental de toda persona (particularmente de aquellas que se encuentran en una situación desfavorable) a que se adopten medidas para revertir desigualdades de facto.
- c) El principio de igualdad protege, de manera particular, a grupos históricamente desfavorecidos.

---

<sup>8</sup> Corte Suprema de Estados Unidos. Caso *Carolene Products vs. Estados Unidos*, 304 U.S. 144, 152 n. 4 (1938).

<sup>9</sup> Pizzorusso, Alessandro. *Lecciones de Derecho Constitucional*. Tomo I. Centro de Estudios Constitucionales. Impreso en Madrid, España (1984), pág. 170.

<sup>10</sup> Ferreres Comella, Víctor. *Justicia constitucional y democracia*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Impreso en Madrid, España (1997), pág. 61.

## 2. Las personas con discapacidad y el derecho fundamental a la igualdad

Antes de hacer referencia a la ligazón entre el derecho a la igualdad y los derechos de las personas con discapacidad, conviene recordar la manera en que la actual ley regula el concepto de persona con discapacidad. Es así que, de conformidad con el artículo 2 de la referida ley,

“[l]a persona con discapacidad es aquella que tiene una o más **deficiencias físicas, sensoriales, mentales o intelectuales de carácter permanente** que, al interactuar con diversas barreras actitudinales y del entorno, **no ejerza o pueda verse impedida en el ejercicio de sus derechos** y su inclusión plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones que las demás” (resaltado es nuestro).

El concepto de la ley peruana es, sin embargo, más reducido que el establecido en el Derecho Internacional. Al respecto, la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad establece, en su artículo 1, que el término “discapacidad” también importa una deficiencia física, mental o sensorial, “ya sea de naturaleza permanente o temporal, que limita la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, que puede ser causada o agravada por el entorno económico y social”. Como se advierte, los alcances de las disposiciones del derecho internacional no solo alcanzan a las personas que tengan discapacidades permanentes, como menciona la ley peruana, sino además a aquellas que padezcan de alguna clase de discapacidad de carácter temporal. Del mismo modo, a nivel de Naciones Unidas, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad dispone en su artículo 1 que las personas con discapacidad “incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”. Evidentemente, al mencionarse “a largo plazo”, no solamente se hace referencia a las discapacidades permanentes, sino también a los temporales, aunque con la condición que tengan un plazo considerable. Ello supone, en virtud de los acuerdos internacionales ratificados por parte del Estado peruano, y que, por lo demás, forman parte del derecho interno, las autoridades deberían adoptar las medidas pertinentes para garantizar los derechos de las personas con discapacidad tanto permanente como temporal, con la condición que sea un plazo considerable.

Ahora bien, una vez determinado que, por discapacidad, se hace referencia tanto a aquellas deficiencias tanto temporales como permanentes, resta saber si es que este grupo social merece una atención privilegiada en el artículo 2.2° de la Constitución. Como se había mencionado, la referida cláusula prohíbe expresamente la discriminación en razón del origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole. Al respecto, el Tribunal Constitucional ha concluido que, en virtud de la referida disposición, operan una serie de reglas para examinar la constitucionalidad de las conductas

cuestionadas<sup>11</sup>. Sin embargo, al momento de analizar dichas reglas en un caso precisamente de una persona con discapacidad, el tribunal no mencionó de manera expresa si es que las personas con discapacidad se insertaban o no en el referido ámbito. En todo caso, no queda duda de que, debido a las considerables dificultades que tiene este sector de la población en el acceso y goce de los derechos fundamentales, también debe ser considerada como un grupo que merece una especial atención por parte del Estado.

Si bien es cierto que nuestra Constitución no establece a la discapacidad, al menos de manera expresa, como una categoría sospechosa (algo que, por lo demás, no fue expresamente mencionado por nuestro Tribunal Constitucional), sí es viable atender a la especial situación de este sector de la población a fin de que pueda recibir una especial protección del ordenamiento. Al respecto, resulta pertinente mencionar un extracto de un fallo de la Corte Constitucional de Colombia, la cual enfrentaba un problema similar al que se presenta en nuestro texto constitucional, ya que tampoco mencionaba de manera expresa a la discapacidad como motivo para fundamentar prohibiciones. Este Tribunal indicó que

“aunque el artículo 13 superior no menciona explícitamente la discapacidad como un criterio sospechoso o constitucionalmente prohibido para limitar los beneficios a las personas, es claro que, conforme a los criterios desarrollados por esta Corte y por la doctrina internacional de derechos humanos, la discapacidad es un criterio prohibido para establecer diferencias en contra de las personas [...] el caso de los discapacitados es paradigmático, ya que concurren en él tres de los factores que determinan criterios diferenciadores como sospechosos: la inmodificabilidad de los rasgos externos determinada por la manifestación de la propia discapacidad, una historia de discriminación caracterizada por el aislamiento y la segregación, y finalmente, una propensión social a desarrollar sentimientos de rechazo de temor o de desconfianza ante la manifestación de la diferencia”<sup>12</sup>.

Este razonamiento es trasladable al caso peruano, ya que, en nuestra sociedad, las personas con discapacidad también padecen los mismos prejuicios y dificultades. Según las estadísticas del Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI), existen alrededor de un millón y medio de personas que presentan alguna clase de discapacidad, lo cual representa aproximadamente el 5.4% de la población<sup>13</sup>. Evidentemente, esa cifra puede variar dependiendo del enfoque que realice la encuesta. Ello demuestra que, aparte de ser

---

<sup>11</sup> El Tribunal Constitucional sostuvo que, en virtud del artículo 2.2, operaban las siguientes reglas: “i) en primer lugar, será deber del demandado, y no del demandante, *probar* que dicha discriminación no se ha producido; ii) en segundo lugar, dicha demostración habrá de ser enjuiciada a través de un *control estricto*, con lo cual no basta con que el agresor demuestre la legitimidad del fin y la racionalidad de la medida, sino que debe justificar la *imperiosa necesidad* de la misma; y finalmente iii) en caso de *duda*, el juez habrá de inclinarse por la inconstitucionalidad de la medida adoptada”. Ver: Tribunal Constitucional del Perú. Expediente 02317-2010-PA/TC, párr. 34.

<sup>12</sup> Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-340/2010, párr. 57.

<sup>13</sup> Se puede apreciar la información en: <http://www.inei.gob.pe/prensa/noticias/en-el-peru-1-millon-575-mil-personas-presentan-alg/>.

un grupo que padece de diversos problemas en torno al acceso de determinados derechos, también se trata ciertamente de una minoría, la cual podrá difícilmente verse representada en la mayoría de procedimientos, sobre todo aquellos de carácter político. Del mismo modo, tal y como se advierte en un informe elaborado por el Consejo Nacional para la Integración de la persona con Discapacidad (CONADIS), las personas con discapacidad tienen serias dificultades para acceder a sistemas educativos que vayan más allá de la educación primaria, y también tienen diversos inconvenientes para encontrar un trabajo digno<sup>14</sup>.

Ello fundamenta que el artículo 2.2° de la Constitución, cuando utiliza la expresión “discriminación de cualquier otra índole” también hace mención de la protección especial que merecen las personas con discapacidad. Incluso en la actualidad la Ley dispone en el artículo 2° que las personas con discapacidad deben acceder en igualdad de condiciones que los demás integrantes de la sociedad a los derechos y servicios que se prestan. En el artículo 3° también se menciona la igualdad de oportunidades, lo cual es una materialización de la conocida distinción entre igualdad como punto de salida, de igualdad como punto de llegada. Ahora bien, se debe entender que, aunque todos tienen derecho a un “igual acceso” a las oportunidades que se brindan en la sociedad, resulta indispensable también que exista la posibilidad de igualdad el punto de partida. Sobre este asunto, Sartori precisa que “la igualdad de partida se refiere al problema preliminar de igualar la potencialidad de cada uno, de desarrollar de la misma forma iguales posibilidades, [lo cual] requiere que la igualdad de condiciones de partida preceda al igual acceso y al ascenso por iguales méritos”<sup>15</sup>. Lo ideal es que las personas con discapacidad puedan competir en igualdad de oportunidades que el resto de la sociedad, y que, en el mismo sentido, ello pueda permitir que accedan, de hecho, a diversos beneficios, sin que sus circunstancias especiales constituyan alguna barrera o impedimento. Conviene ahora hacer mención de las medidas que adopta el Estado peruano a fin de proteger los derechos de las personas con discapacidad en circunstancias de igualdad.

### **3. Las políticas estatales para garantizar el principio de igualdad material a favor de las personas con discapacidad**

A nivel del Estado peruano, el artículo 7 de la Constitución refuerza la obligación de brindar especial protección a las personas con discapacidad. De conformidad con la referida disposición, la “persona incapacitada para velar por sí misma a causa de una deficiencia física o mental tiene derecho al respeto de su dignidad y a un régimen legal de protección,

---

<sup>14</sup> El informe se puede revisar en:

[http://www.conadisperu.gob.pe/web/documentos/estadisticas/resumen\\_ejecutivo.pdf](http://www.conadisperu.gob.pe/web/documentos/estadisticas/resumen_ejecutivo.pdf)

<sup>15</sup> Sartori, Giovanni. Elementos de Teoría Política. Alianza Editorial. Impreso en Madrid, España (2012), pág. 104.

atención, readaptación y seguridad”. Ello fundamenta que el Estado cuente con el deber de adoptar o implementar medidas que, en la práctica, permitan dar un efectivo cumplimiento del derecho o principio de igualdad. Es en este punto en el que cobran especial relevancia tanto las medidas afirmativas como los ajustes razonables a favor de las personas con discapacidad.

#### **4. Las medidas afirmativas en la Ley de los Derechos de las Personas con Discapacidad**

Como se tuvo la oportunidad de advertir, el principio de igualdad no solamente implica la obligación de no efectuar tratos discriminatorios en función de la discapacidad de las personas, sino que además supone el deber de adoptar aquellas medidas que fuesen indispensables para suprimir barreras históricas que impidan el acceso para el goce y ejercicio de los derechos fundamentales, lo cual permite realizar el ámbito material de la igualdad. Dentro de estas medidas se suelen adoptar las que un sector de la doctrina ha denominado de “discriminación positiva” o “discriminación inversa”, y que implican un tratamiento privilegiado a un sector vulnerable de la población a fin de poder colocarla en una situación de igualdad con el resto de la población. Al respecto, Ronald Dworkin hace una relevante precisión al señalar que “los programas [de acción afirmativa] no se basan en la idea de que quienes reciben ayuda tienen derecho a esa ayuda, sino en la hipótesis estratégica de que colaborar con ellos es una manera efectiva de atacar un problema nacional”<sup>16</sup>.

Al respecto, el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de las Naciones Unidas ha solicitado a los Estados que empleen políticas de fomento de empleo para las personas con discapacidad, “tanto en la función pública como en el sector privado incluyendo la adopción de medidas de acción afirmativa, así como oportunidades para que las personas con discapacidad puedan optar al empleo por cuenta propia [...]”<sup>17</sup>. En este contexto, las medidas de acciones afirmativas a las que hace referencia el Comité en el caso del fomento de empleo para las personas con discapacidad se relacionan con aquellas que, otorgando un tratamiento diferenciado, permitan que, en algún momento, las empresas tanto públicas como privadas puedan contratar a las personas que padezcan alguna clase de discapacidad sin ningún cuestionamiento respecto del resto de la sociedad. El propio Comité entendió que estas medidas deben atender a priorizar la contratación de personas con discapacidad, ya que sería una de las maneras que alentarían el aumento de empleo de este sector. En particular, sostuvo que China “adopte medidas de acción afirmativa para

---

<sup>16</sup> Dworkin, Ronald. Una cuestión de principios. Siglo Veintiuno Editores. Impreso en Buenos Aires, Argentina (2012), pág. 367.

<sup>17</sup> Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Observaciones finales sobre el informe inicial del Paraguay. CRPD/C/PRY/CO/1. Observaciones de 15 de mayo de 2013, párr. 64.

promover el empleo de las personas con discapacidad, entre otras cosas para dar prioridad al empleo de personas con discapacidad como funcionarios públicos”<sup>18</sup>. Ahora bien, por lo común estas medidas son de carácter temporal. En efecto, tal y como ocurre en el caso de las mujeres -grupo que, al igual que las personas con discapacidad, demandan la adopción de medidas especiales de protección-, el propósito de estas medidas es

“acelerar la mejora de la situación de la mujer para lograr su igualdad sustantiva o de facto con el hombre y realizar los cambios estructurales, sociales y culturales necesarios para corregir las formas y consecuencias pasadas y presentes de la discriminación contra la mujer, así como compensarlas. Estas medidas son de carácter temporal”<sup>19</sup>.

Como se puede advertir, el propósito de las medidas afirmativas en el derecho internacional apunta a colocar en una situación de igualdad de trato a las personas que pertenecen a un sector vulnerable. Sin embargo, como veremos en el caso de lo que se ha denominado “ajustes razonables”, las medidas afirmativas no pueden lograr una situación de plena igualdad entre las personas, ya que su objetivo primordial se direcciona a la eliminación de barreras sociales que crean prejuicios en contra de estas personas.

En el caso peruano, la Ley General de la Persona con Discapacidad cuenta con diversos artículos que reconocen la adopción de esta clase de medidas en una gran diversidad de ámbitos. Por ejemplo, el artículo 38.1 de la Ley dispone que

“[l]as universidades, institutos y escuelas superiores, públicos y privados, realizan ajustes razonables para garantizar el acceso y permanencia de la persona con discapacidad, incluida la adecuación de sus procesos de admisión. Estas instituciones reservan el 5% de las vacantes ofrecidas en sus procesos de admisión por especialidad profesional para la postulación de personas con discapacidad, quienes acceden a estos centros de estudio previa aprobación de la evaluación de ingreso” (subrayado es nuestro).

En virtud de la referida disposición legal, diversos centros educativos se encuentran en el deber de reservar un 5% de vacantes para las personas con discapacidad. Esta reserva de cupos tiene por propósito el tratar de asegurar que las personas que integran este colectivo puedan asegurarse de la posibilidad de poder educarse en condiciones de igualdad en relación con el resto de personas. Sin esta clase de medidas beneficiadoras, difícilmente las personas con discapacidad podrían acceder a centros educativos debido a que, por su condición especial, son los más proclives a sufrir dificultades en el acceso a este derecho. Como ha hecho recordar el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las

---

<sup>18</sup> Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Observaciones finales sobre el informe inicial de China. CRPD/C/CHN/CO/1/Add.1. Observaciones de 2 de abril de 2013, párr. 72.

<sup>19</sup> Comité para la Eliminación de la Discriminación en contra de la Mujer. Recomendación General 25, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 319, párr. 12.



Naciones Unidas “[l]os efectos de la discriminación basada en la discapacidad han sido particularmente graves en las esferas de la educación, el empleo, la vivienda, el transporte, la vida cultural, y el acceso a lugares y servicios públicos”<sup>20</sup>. Ello motiva a que no deban ser declaradas inconstitucionales aquellas medidas que tiendan a revertir situaciones de discriminación a través del otorgamiento de ciertas ventajas. Al respecto, el artículo 5.4 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad establece que “[n]o 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”, lo cual demuestra que la adopción de esta clase de medidas que otorgan ventajas no pueden ser consideradas, de manera inmediata, como inconstitucionales.

En el caso del derecho al trabajo, el artículo 48.1 de la Ley establece que, en el caso de concursos públicos para entidades públicas, las personas que tengan alguna clase de discapacidad y alcancen un puntaje aprobatorio obtienen “una bonificación del 15% sobre el puntaje final obtenido en la etapa de evaluación, que incluye la entrevista final. Las bases de los concursos consignan la aplicación de este beneficio bajo sanción de nulidad”. En la adopción de esta clase de leyes, en las que evidentemente existen personas que no son seleccionadas debido a la existencia de un trato preferente a favor de las personas con discapacidad, no han faltado las veces en que se cuestione que dicha política de bonificación es inconstitucional por “discriminar” a las personas que no padecen de alguna clase de discapacidad, ya que no se les permitiría acceder al puesto de trabajo. En el caso de España, por ejemplo, el Tribunal Constitucional tuvo la oportunidad de examinar, en el contexto de un proceso de amparo, una demanda relacionada con un supuesto trato preferente para ocupar la plaza de Administrador General de la Comunidad Autónoma de Canarias a otro aspirante -privándole a ella de la plaza de la que ya había tomado posesión- en atención a que, dada la minusvalía sensorial que aquél padecía, debía beneficiarse de la reserva de plazas para personas que padeciesen discapacidades físicas, psíquicas o sensoriales iguales o superiores al 33 por 100. En el análisis del caso, el Tribunal Constitucional sostuvo que la adopción de medidas que supongan un trato preferente para sectores de la población que son vulnerables no es necesariamente incompatible con el principio de igualdad, ya que “tienden a procurar la igualdad sustancial de sujetos que se encuentran en condiciones desfavorables de partida para muchas facetas de la vida social en las que está comprometido su propio desarrollo como personas”<sup>21</sup>.

Ahora bien, la adopción de esta clase de medidas se suele relacionar especialmente con el derecho a la salud, el cual, por su naturaleza, es primordialmente de carácter prestacional, esto es, demanda la actuación activa por parte de las autoridades estatales a fin de

---

<sup>20</sup> Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación general N° 5. Las personas con discapacidad, 11° período de sesiones (1994), párr. 15.

<sup>21</sup> Tribunal Constitucional de España. Sentencia 269/1994. Pronunciamiento de 3 de octubre de 1994, fundamento jurídico 4.

garantizar el desarrollo del grado más alto posible de salud. Es así que la Corte Suprema de Argentina ha sostenido que “el derecho a la preservación de la salud -comprendido en el derecho a la vida- [implica] la obligación impostergable que tiene la autoridad pública de garantizar ese derecho con acciones positivas, sin perjuicio de las obligaciones que deban asumir en su cumplimiento las jurisdicciones locales, las obras sociales o las entidades de la llamada medicina prepaga”<sup>22</sup>. De manera similar, aunque desde la perspectiva de las atribuciones que deben ser asumidas por el Estado Social, el Tribunal Constitucional Federal de Alemania ha legitimado que se adopten subsidios permanentes para aquellas personas que padezcan de incapacidad física o mental que les impidan realizar alguna clase de labor. El Tribunal sostuvo que el Estado debe asegurar los presupuestos mínimos para garantizarles una existencia digna, y que ello conlleve a que puedan involucrarse con la sociedad<sup>23</sup>.

En una línea similar, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha señalado que “[s]i una restricción de los derechos fundamentales se aplica a un grupo particularmente vulnerable de la sociedad que ha sufrido discriminación considerable en el pasado, entonces el margen de apreciación del Estado es bastante más reducido y debe tener razones de mucho peso para las restricciones en cuestión”<sup>24</sup>. Asimismo, en el caso *Glor contra Suiza*, en el que es considerado como su primer caso de discriminación de personas en razón de alguna discapacidad, el Tribunal Europeo sostuvo que en el escenario actual del derecho internacional, existe consenso en relación con la protección de los derechos de las personas con discapacidad, lo cual incluye la adopción de medidas para su inclusión social<sup>25</sup>. La diferencia existente entre ambos sistemas regionales no impide que se reconozca una protección diferenciada a este grupo de personas. En efecto, el sistema europeo suele caracterizarse por el empleo de la doctrina del “margen de apreciación nacional”, según el cual los Estados son los mejores posicionados para la selección de medidas que vayan a utilizar en su jurisdicción. Sin embargo, ese libre margen se debilita indefectiblemente si es que la medida adoptada se relaciona con grupos vulnerables, entre ellos el de las personas con discapacidad. En estos casos, las medidas que establezcan tratos diferenciados deben contener razones que entrañen un imperativo social a fin que puedan ser justificadas.

Ahora bien, la adopción de las medidas especiales a las que hace referencia tanto el Tribunal Europeo como el resto de Tribunales Constitucionales se relacionan con aquellas

---

<sup>22</sup> Corte Suprema de Argentina. *Monteserin, Marcelino c/ Estado Nacional-Ministerio de Salud y Acción Social -Comisión Nacional Asesora para la Integración de Personas Discapacitadas - Servicio Nacional de Rehabilitación y Promoción de la Persona con Discapacidad*. M. 375. XXXVI. Fallo de 16 de octubre de 2001, párr. 11.

<sup>23</sup> Tribunal Constitucional Federal de Alemania. Sentencia BVerfGE 40, 121. Sentencia de la Primera Sala, del 18 de junio, 1975. En: Schwabe, Jürgen. *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán*. Konrad Adenauer Stiftung. Programa Estado de Derecho para Latinoamérica. Impreso en México en el año 2009, pág. 472.

<sup>24</sup> TEDH. *Caso Kiyutin vs. Rusia*. Sentencia de 10 de marzo de 2011. Aplicación 2700/10, párr. 63.

<sup>25</sup> TEDH. *Caso Glor vs. Suiza*. Sentencia de 30 de abril de 2009. Aplicación 13444/04, párr. 53.

que permitan revertir o cambiar situaciones discriminatorias. Evidentemente, estas medidas no solo deben permitir suprimir las barreras históricas que han permitido la tolerancia a la discriminación, sino que además implica que los Estados intenten colocar a estas personas en una situación de igual acceso de oportunidades. A fin de lograr esta clase de igualdad, los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos han ideado una serie de disposiciones con la finalidad que no se obstaculicen las medidas que tiendan a tal propósito. Al respecto, el artículo 5.4 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de las Naciones Unidas menciona que “[n]o 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”<sup>26</sup>. La Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de discriminación en contra de las Personas con Discapacidad agrega que los individuos con discapacidad también tienen el derecho de no aceptar esas distinciones o preferencias.

En realidad, la definición contenida en el artículo 5 se asemeja o es al menos muy cercana a la idea de una acción afirmativa, ya que se trata de medidas que presuponen la existencia de un grupo en situación de desventaja, el cual necesita una directa intervención por parte usualmente del Estado a fin de poder ser colocados en un plano de igualdad. Evidentemente, el propósito del referido artículo radica en evitar una eventual declaratoria de inconstitucionalidad de medidas que, intentando equiparar a un grupo en situación desventajosa, se adopten a favor de dichos grupos y que puedan ser consideradas como injustas. El problema no es de índole académico o teórico. En la actualidad, se debate en los Estados Unidos si es que es viable seguir contando con los conocidos sistemas de cupos para cierto sector de la población (por lo común, los afrodescendientes), ya que se considera que la discriminación, al menos respecto de esos grupos, no es la misma que la que se presentó en la época del conocido caso *Brown vs. Board of Education*. Y no se puede tampoco dejar de mencionar la existencia de ciertas instituciones que intentan promover la eliminación de acciones afirmativas no por el hecho de favorecer a la comunidad en general, sino con el propósito de no ser consideradas como “personas inferiores” o que no cuentan con las mismas potencialidades y capacidades que el resto de la comunidad.

---

<sup>26</sup> La Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de discriminación en contra de las Personas con Discapacidad, de una manera análoga a su par de Naciones Unidas, precisa que “[n]o constituye discriminación la distinción o preferencia adoptada por un Estado parte a fin de promover la integración social o el desarrollo personal de las personas con discapacidad, siempre que la distinción o preferencia no limite en sí misma el derecho a la igualdad de las personas con discapacidad y que los individuos con discapacidad no se vean obligados a aceptar tal distinción o preferencia. En los casos en que la legislación interna prevea la figura de la declaratoria de interdicción, cuando sea necesaria y apropiada para su bienestar, ésta no constituirá discriminación.

Ahora bien, no todas las medidas a favor de las personas con discapacidad son de carácter temporal. Algunas de las medidas que se han sugerido en el derecho internacional se relacionan más con medidas de carácter permanente, ya que su supresión podría colocar -nuevamente- a las personas con discapacidad en una grave situación de vulnerabilidad. Así, por ejemplo, el Comité de los Derechos del Niño ha recomendado que los Estados deben i) proporcionar instalaciones, bienes y servicios sanitarios que sean accesibles a todos los adolescentes con discapacidades; ii) asegurar la disponibilidad del necesario apoyo en forma de equipo y personal para permitirle que puedan desplazarse, participar y comunicar<sup>27</sup>. Estas medidas, por su naturaleza, no son de carácter temporal. Por el contrario, demandan que el Estado siempre las garantice a fin de evitar situaciones que promuevan actos discriminatorias, por lo que se puede deducir que, en el derecho internacional de los derechos humanos, no todas las medidas que deben adoptar los Estados para revertir situaciones de discriminación en contra de grupos desfavorecidos sean de carácter temporal, tal y como se advertirá en el siguiente acápite.

Y si la situación de las personas con discapacidad *es per se* dificultosa, el contexto se complica si es se aprecia que también pertenecen a otro grupo social que también ha sido objeto de discriminación. Por ejemplo, el Comité para la Eliminación de la Discriminación en contra de la Mujer ha sostenido que “[l]as mujeres pertenecientes a algunos grupos, además de sufrir discriminación por el hecho de ser mujeres, también pueden ser objeto de múltiples formas de discriminación por otras razones, como la raza, el origen étnico, la religión, la incapacidad, la edad, la clase, la casta u otros factores”<sup>28</sup>.

## **5. Los ajustes razonables y los deberes de adecuación del Estado**

Ahora bien, no solamente se garantiza este principio de igualdad material a través de la adopción de medidas afirmativas. En el caso de las personas con discapacidad, se ha venido discutiendo, con relativa frecuencia, en relación con lo que se han denominado “ajustes razonables”. Al respecto, la Convención de Naciones Unidas dispone, en su artículo 2, que

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

---

<sup>27</sup> Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas. Observación general número 4 relativa a la salud y el desarrollo de los adolescentes. U.N. Doc. CRC/GC/2003/4, párr. 35.

<sup>28</sup> Comité para la Eliminación de la Discriminación en contra de la Mujer. Recomendación General 25, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 319, párr. 12.

La regulación separada de este concepto evidencia que tiene un contenido distinto al de las medidas afirmativas. De manera reciente, la obligación de adoptar ajustes razonables ha sido incorporada en nuestra legislación nacional. Así, el artículo 8 de la Ley sobre la Persona con Discapacidad dispone que es discriminatoria la denegación de ajustes razonables, sin que se precise en qué consiste esta denominación. Sin embargo, el reciente Reglamento de la Ley ha precisado que los ajustes razonables

“[s]on las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas requeridas en un caso particular que, sin imponer una carga desproporcionada o indebida, sirven para garantizar a la persona con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con los demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales”.

Este concepto es acorde con lo establecido en la Convención de Naciones Unidas a la que se hizo referencia con anterioridad. Los ajustes razonables permiten que el “punto de salida” en la competencia entre la sociedad por el acceso a ciertos bienes pueda ser similar. Esto es, los ajustes razonables permiten que, al estar acondicionado el ambiente para una persona con discapacidad, ésta pueda competir en igualdad de condiciones con el resto de la sociedad. Es así que se presume que la competencia es, en un inicio, desigual por las distintas situaciones en las que se encuentran las personas con discapacidad, con todas las circunstancias que promueven su vulnerabilidad. Los ajustes razonables pretenden que estas diferencias no afecten la competencia que estas personas puedan presentar en el mercado, y, de esta manera, competir en igualdad de condiciones. Y es que, como ha sostenido Marcela Rodríguez, “[l]a distribución desigual de los instrumentos constituye una condición necesaria para el cumplimiento de la igualdad [...], no podemos esperar que la mera igualdad abstracta de oportunidades sea capaz de asegurar la igualdad de resultados”<sup>29</sup>. Nuestro Tribunal Constitucional recientemente ha desarrollado este concepto en relación con la utilización de un perro lazarillo en el Mercado Plaza Veá, sentencia en la cual precisó que

“todas las actividades en las que participa el ser humano -educativas, laborales, recreacionales, de transporte, etcétera- han sido planeadas para hacerse en ambientes físicos que se ajustan a los requerimientos y necesidades de las personas que no están afectadas de discapacidad. Su planificación, por lo tanto, ha respondido a una imagen del ser humano sin deficiencias físicas, sensoriales o mentales”<sup>30</sup>.

En efecto, la implementación de estas medidas permite que el diseño de medidas tome en cuenta las particulares necesidades de las personas con discapacidad, a fin de competir en igualdad de condiciones. De ahí que su denegación constituya un caso de discriminación en los términos de la ley. La Corte Constitucional de Colombia, en la misma línea que el Tribunal Constitucional del Perú, ha sostenido que

---

<sup>29</sup> Rodríguez, Marcela. Igualdad, Democracia y Acciones Positivas. En: Teoría y Crítica del Derecho Constitucional. Tomo I. Coordinación a cargo de Roberto Gargarella. Editorial Abelado Perrot. Impreso en Buenos Aires, Argentina (2008), pág. 624.

<sup>30</sup> Tribunal Constitucional del Perú. Expediente 02437-2013-PA/TC, párr. 9.

“[l]as personas con discapacidad tienen derecho a no ser discriminadas y a que se adopten medidas tendientes a lograr que su derecho a la igualdad sea efectivo, garantizándoles su participación e integración plena en la sociedad [...]. Para cumplir estas obligaciones, existe un deber de adoptar medidas como la implementación de “ajustes razonables”, entendido como las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que se requieren en un caso particular, para garantizarle a las personas con discapacidad el goce y ejercicio en condiciones de igualdad de sus derechos humanos y libertades fundamentales, las cuales no deben imponer una carga desproporcionada o indebida”<sup>31</sup>.

La Ley de la Persona con discapacidad contiene múltiples ejemplos de ajustes razonables. Por ejemplo, en el artículo 50 se menciona el derecho de la persona con discapacidad a que se adopten los ajustes razonables en su ambiente de trabajo, lo cual engloba las herramientas, maquinarias, entorno, y el ajuste de la organización del trabajo y de los horarios de las personas con discapacidad. Del mismo modo, el artículo 37 dispone que las instituciones educativas de “las diferentes etapas, modalidades y niveles del sistema educativo nacional están obligadas a realizar las adaptaciones metodológicas y curriculares, así como los ajustes razonables necesarios para garantizar el acceso y permanencia del estudiante con discapacidad”.

En España también se presentan problemas relacionados al acceso a los sistemas educativos de las personas con discapacidad. Tal y como se reportó en un Informe elaborado por Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad para los órganos de Naciones Unidas, se reportó un caso en el que una persona “discapacidad auditiva solicitó en un examen la adaptación de una de las pruebas orales para poder efectuarla por escrito. El tribunal seleccionador den[egò] este ajuste razonable por considerarlo una modificación del tema”<sup>32</sup>.

## **6. Las medidas de favorecimiento de los derechos de las personas con discapacidad en el sector privado**

La mayor cantidad de disposiciones que obligan a la adopción de medidas a favor de las personas con discapacidad se encuentran dirigidas al sector público, al menos en el caso peruano. En efecto, como se pudo desarrollar en otro acápite, en nuestro país la Ley de la Persona con Discapacidad dispone que las entidades deben reservar un 5% de puestos para este sector de la población. Sin embargo, la situación en relación con las obligaciones con el sector privado es más complicada, por cuanto se cuestiona si es que se puede obligar a los empresarios a realizar esta clase de inversiones y, sobre todo, si se encuentran en el

---

<sup>31</sup> Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-022/13.

<sup>32</sup> Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad. Derechos Humanos y Discapacidad. Informe España 2009, párr. 6.

deber de contratar a personas con discapacidad, ya que ello podría vulnerar su libertad empresarial.

En primer lugar, conviene recordar que el Tribunal Constitucional del Perú ha sostenido que los derechos fundamentales son vinculantes no solo respecto de las entidades del Estado, sino que, habida cuenta de que estos derechos también son principios que inspiran todo el ordenamiento jurídico, también son de aplicación en el sector privado. Ello supone que al Estado también le incumbe verificar que, en las relaciones entre privados, tampoco se verifique alguna vulneración de las libertades individuales que la Constitución reconoce. El supremo intérprete del texto constitucional ha mencionado que

“[f]rente a la creciente privatización de recursos y servicios que conforman el objeto de los derechos sociales, le incumbe más que nunca a los poderes públicos [...] la irrenunciable obligación de proteger los intereses de las personas en los mismos frente a afectaciones provenientes de agentes privados. Esta obligación exige ampliar [...] la posibilidad de vincular a los poderes sociales y económicos al cumplimiento, en materia de derechos sociales [...]. Sobre todo, en situaciones de especial *subordinación* e *indefensión* de los destinatarios frente a prestadores privados [...]”<sup>33</sup>.

En consecuencia, el rol de protección que ostenta el Estado genera un deber de tutelar las libertades fundamentales, sobre todo en relación con grupos que se encuentran en una especial situación de vulnerabilidad. En la actualidad, diversas vulneraciones de estos derechos también se aprecian en el sector privado, más aun cuando se suele alegar la existencia de libertades en la configuración y diseño de la prestación de servicios como la salud o la educación realizada por organismos privados. Esto ocurre, por ejemplo, con la libertad empresarial.

Diversos impedimentos se pueden advertir en el sector privado debido a que se encuentran en conflicto tanto la libertad del empresario de diseñar su negocio de la manera que crea más conveniente (lo cual incluye la contratación del personal que él estime más apto), frente al derecho de la persona con discapacidad de poder acceder a los derechos fundamentales en igualdad de oportunidades que los demás miembros del resto de la sociedad. Conviene detenerse un poco más en relación con este argumento. La libertad de contratación ciertamente permite que, en el diseño del proyecto ideado, se pueda arreglar la contratación de aquel personal que, a criterio del empleador, resulte el más adecuado. Ahora bien, se trata de un derecho fundamental que, como cualquier otro, también se encuentra sometido a límites. El Tribunal Constitucional, en esta línea, ha sostenido que

“en un Estado social y democrático de derecho [...], el orden público y el bien común se encuentran instituidos en el propio contenido protegido del derecho fundamental a la libre contratación, actuando sobre él, cuando menos, en una doble perspectiva:

---

<sup>33</sup> Tribunal Constitucional del Perú. Expediente 00607-2009-PA/TC, párr. 4.

prohibitiva y promotora. Prohibitiva en el sentido de que, como quedó dicho, ningún pacto contractual puede oponerse al contenido protegido de otros derechos fundamentales. Y promotora en cuanto cabe que el Estado exija a la persona la celebración de determinados contratos, siempre que, de un lado, no se afecte el contenido esencial del derecho a la libertad de contratación y, de otro, se tenga por objeto conceder debida protección a otros derechos fundamentales”<sup>34</sup>.

De lo anterior se puede deducir que la contratación que se exija de ciertas personas no es, por sí misma, contraria a la Constitución. Dentro del razonamiento del Tribunal se permite imponer la obligación en la contratación incluso en el sector privado, siempre y cuando ello permita tutelar otros derechos fundamentales y, al mismo tiempo, permita que se respete el contenido esencial de la libertad de contratar. No es inusual que la legislación obligue al sector privado a contratar a personas que tengan alguna clase de discapacidad. En el caso español, por ejemplo, la Ley dispone que

“[l]as empresas públicas y **privadas** que empleen a un número de 50 o más trabajadores vendrán obligadas a que de entre ellos, al menos, el 2 por 100 sean trabajadores con discapacidad. El cómputo mencionado anteriormente se realizará sobre la plantilla total de la empresa correspondiente, cualquiera que sea el número de centros de trabajo de aquélla y cualquiera que sea la forma de contratación laboral que vincule a los trabajadores de la empresa” (resaltado es nuestro).

Se puede advertir que, en el caso español, las empresas que tengan por lo menos 50 trabajadores deben contratar, obligatoriamente, a trabajadores con alguna clase de discapacidad. Evidentemente, se trata de un límite mínimo, ya que el empresario se encuentra en plena libertad de contratar más personas de estas características si lo estima conveniente. En todo caso, dicha disposición equilibra lo que es el contenido esencial de la libertad de contratar del empresario, y, del mismo modo, permite fomentar la contratación de personas con discapacidad, a fin que puedan ser incluidas progresivamente en la sociedad a través de la posibilidad de contar con un empleo digno. En el caso argentino incluso se hace referencia en la Ley N° 22.431, Sistema de Protección Integral de los Discapacitados, al deber de las empresas privadas de “ocupar personas con discapacidad que reúnan condiciones de idoneidad para el cargo en una proporción no inferior al cuatro por ciento (4%) de la totalidad de su personal y a establecer reservas de puestos de trabajo a ser exclusivamente ocupados por ellas”.

Similar situación ocurre con la educación que brindan las instituciones privadas. En el caso colombiano, por ejemplo, el Estado suele brindar tratamientos preferentes a los empleadores que cuenten con personal que tenga alguna clase de discapacidad. Así, en el artículo 13.7 de la Ley Estatutaria 1618 de 2013, por medio de la cual se establecen las disposiciones para garantizar el pleno ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad, se establece que

---

<sup>34</sup> Tribunal Constitucional del Perú. Expediente 03866-2006-PA/TC, párr. 17.



“[e]l Gobierno Nacional deberá implementar mediante Decreto reglamentario un sistema de preferencias a favor de los empleadores particulares que vinculen laboralmente personas con discapacidad debidamente certificadas, en un porcentaje mínimo del 10% de su planta de trabajadores. Tal sistema de preferencias será aplicable a los procesos de adjudicación y celebración de contratos, y al otorgamiento de créditos o subvenciones de organismos estatales”.

De ahí que, a fin de conciliar los intereses y derechos tanto de las personas con discapacidad como de los demás integrantes del resto de la sociedad, las medidas que se adopten no deberían ser netamente favorables a favor de un grupo y perjudicial para el otro, pues ello puede contribuir a separar aún más las brechas y el proceso de incorporación de las personas con discapacidad al resto de la sociedad. Ello constituye una saludable iniciativa que, al mismo tiempo que fomenta de manera positiva la incorporación de este colectivo, permite otorgar un beneficio y reconocimiento a los empresarios comprometidos con el respeto y garantía de los derechos fundamentales.

## **7. Los derechos fundamentales de las personas con discapacidad en las decisiones del Tribunal Constitucional**

Ahora bien, la noción de ajustes razonables recién fue incorporada a nivel jurisprudencial con la sentencia del Tribunal Constitucional en relación con el perro lazarillo en un supermercado. Sin embargo, el propio Tribunal no empleó esta noción en un fallo en el que se discutía un problema relacionado con una evaluación para una persona que padecía una discapacidad visual. El caso se relacionaba contra una demanda de amparo interpuesta contra la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC), en la que la recurrente alegaba padecer ambliopía en ambos ojos, lo que había hecho que perdiera la visión en uno de sus ojos y prácticamente toda la visión del otro. La persona demandante, quien seguía estudios de maestría, mencionaba que la denegatoria de las autoridades de la universidad de permitirle realizar la evaluación de forma oral, ante las manifiestas dificultades que padecía para hacerlo de manera escrita, vulneraba el principio de igualdad.

Si bien el Tribunal declaró fundada la demanda, sentando así un importante trascendente, no efectuó alguna consideración en relación con el deber de adoptar ajustes razonables, lo que ciertamente hubiera representando un importante punto de partida en la jurisprudencia del Tribunal respecto de los derechos de las personas con discapacidad. En el razonamiento empleado para resolver la controversia, el Tribunal determinó que la Universidad, al momento de interponerse la demanda, no había cumplido con adoptar los tratamientos diferenciados que la recurrente necesitaba<sup>35</sup>.

---

<sup>35</sup> Tribunal Constitucional del Perú. Expediente 02362-2012-PA/TC, párr. 14.

En el conocido y reciente caso del Mercado Plaza Veá<sup>36</sup>, el Tribunal desarrolló lo concerniente a la noción de “ajustes razonables”. En la referida sentencia, el Tribunal determinó que las personas con discapacidad visual tenían derecho, en virtud del principio de igualdad, a acceder con sus perros lazarillos a los establecimientos o supermercados. A diferencia del caso de la UPC, en esta sentencia el Tribunal Constitucional sí desarrolla expresamente la relación intrínseca entre los ajustes razonables y el principio de igualdad a favor de las personas con discapacidad. La precisión es esencial, ya que se estipula como un deber por parte del Estado la implementación de todas aquellas medidas que puedan permitir el acondicionamiento de los ambientes a favor de las personas con discapacidad, lo cual no se había mencionado con tanta rotundidad en el fallo de la UPC. Esta clase de precisiones permiten fortalecer la visión del principio de igualdad, por cuanto el mismo también supondrá que las personas con algunas desventajas puedan contar con posibilidades reales de competir en el sistema laboral y, del mismo modo, se pueda favorecer su inclusión en la sociedad.

Lo que se ha mencionado hasta aquí se ve reforzado si es que consideramos que el Tribunal Constitucional, de manera implícita, ha reconocido que las personas con discapacidad pertenecen a lo que se ha denominado “categorías sospechosas”. En efecto, en la sentencia 02317-2010-PA/TC, el Tribunal hizo referencia a la situación constitucional de las medidas que diferencian en virtud de la pertenencia a un grupo históricamente discriminado, lo que generaba una serie de reglas procesales como la inversión de la carga de la prueba y la presunción de inconstitucionalidad. En este caso el Tribunal no precisó expresamente por qué las personas con discapacidad deben ser consideradas como pertenecientes a estos grupos protegidos. No obstante, la referida sentencia se trataba sobre la presunta irregularidad en un despido en contra de una persona con discapacidad, lo cual da a entender que, para el Tribunal, la noción de categorías sospechosas también aplica para ese grupo, más aun cuando el supremo intérprete de la Constitución determinó que el despido era inconstitucional, por lo que ordenó que se considere al cesado como un despido de manera irregular. Ahora bien, aunque, como se precisó anteriormente, ello no suponga una prohibición de distinguir en virtud de los referidos criterios (ya que, en todo caso, serían inconstitucionales las medidas afirmativas a favor de las mujeres o de las comunidades indígenas); sin embargo, sí permite reforzar la protección a favor de las personas con discapacidad, ya que, aquellas medidas que efectúen diferencias por pertenecer a dicho colectivo social deben ser presumidas como contrarias a la Constitución.

---

<sup>36</sup> Tribunal Constitucional del Perú. Expediente 02437-2013-PA/TC

## **8. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos y su implementación en la legislación interna respecto de los derechos de las personas con discapacidad**

Las nociones de medidas afirmativas y ajustes razonables también han sido advertidas en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en particular, a través de los organismos de vigilancia de los Comités de Naciones Unidas. Como se pudo advertir con anterioridad, el referido instrumento internacional no prohíbe la adopción de medidas que tiendan a nivelar, de hecho, los derechos y libertades de las personas con discapacidad con los del resto de la sociedad. Esta implementación se suele realizar a través de lo que se denomina como medidas afirmativas, es decir, disposiciones que adoptan una serie de mejoras o ventajas para ciertos sectores vulnerables con el propósito de favorecer su competitividad. Del mismo modo, examinamos la noción de “ajustes razonables”, y la manera en que ha sido abordada por los órganos de administración de justicia.

El primer instrumento a nivel internacional para promover el acceso y ejercicio pleno de los derechos de las personas con discapacidad en condiciones de igualdad con los demás se estableció con el “Programa de Acción Mundial para Impedidos”<sup>37</sup> (en adelante “Programa” o “Programa de Acción”) reconocido por las Naciones Unidas como una estrategia a nivel mundial para prevenir, rehabilitar y crear condiciones de igualdad a las personas con discapacidad. Así, para promover esta igualdad se plantean acciones o medidas por parte de los Estados para superar las barreras u obstáculos que impiden que las personas con discapacidad sean beneficiarios plenos de los servicios públicos y privados. Si bien es cierto no se mencionan las expresiones “medidas afirmativas” o “acciones afirmativas” que se acuñaron con posterioridad en el ámbito internacional, podemos subsumir las medidas necesarias que se proponen en el Programa a estos términos, ya que el contenido es el mismo.

Las medidas afirmativas que se recomiendan en el ámbito de educación se refieren a la “mayor flexibilidad en la aplicación de reglamentos respecto a edad de admisión y a promoción de los niños de una clase a otra, como también a la toma de exámenes en lo que respecta a los estudiantes impedidos.”<sup>38</sup>, en otras palabras, otorgar beneficios y facilidades adicionales a los niños y niñas que padecen de discapacidad. De igual manera, en el ámbito laboral, se recomendó a los Estados “planes de cuotas con incentivos, empleos reservados o designados, préstamos o donaciones para pequeñas empresas y cooperativas, contratos exclusivos o derechos de producción prioritaria, exenciones impositivas, adquisiciones preferenciales u otros tipos de asistencia técnica o financiera a empresas que emplean a trabajadores impedidos.”<sup>39</sup>, lo que significa también dar ciertas preferencias a las personas

---

<sup>37</sup> Programa de Acción Mundial para Impedidos. Resolución 37/52 aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, 1982

<sup>38</sup> *Ibídem*

<sup>39</sup> *Ibídem*

con discapacidad contrarrestando las dificultades que padecen y con miras a que ejerzan plenamente sus derechos laborales.

Un segundo instrumento se aprobó con las “Normas Uniformes sobre la Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad”<sup>40</sup> (en adelante “Normas Uniformes” o “Normas”). Al igual que su precedente este acuerdo no es de cumplimiento obligatorio de los Estados pero en la medida que los Estados la rectifiquen se buscó desde sus inicios que se convierta en normas internacionales consuetudinarias. Sin perjuicio de que su cumplimiento afirme el compromiso moral y político de los Estados para lograr la igualdad de oportunidades en las sociedades. Las propuestas en cuanto a medidas afirmativas que se recomienda a los Estados adoptar en aras de la igualdad están en los apartados correspondientes al empleo, legislación y política económica.

En el campo laboral se proponen, de forma semejante al Programa de Acción anterior, “los planes de cuotas basadas en incentivos, el empleo reservado, préstamos o subvenciones para empresas pequeñas, contratos de exclusividad o derechos de producción prioritarios, exenciones fiscales, supervisión de contratos u otro tipo de asistencia técnica y financiera para las empresas que empleen a trabajadores con discapacidad”<sup>41</sup>, como distinción preferente para las personas con discapacidad de manera que garantice el acceso al trabajo y su pleno ejercicio. Además, ante la existencia de diferentes tipos de discapacidad tanto psicológicas como físicas, es probable que no todas las personas con discapacidad satisfagan sus necesidades laborales con las medidas anteriores, para ello se plantea la opción de la creación de dependencias con empleos reservados. En el mismo sentido, los horarios flexibles, la jornada parcial, la posibilidad de compartir un puesto son medidas afirmativas establecidas por este instrumento. La finalidad más próxima es garantizar el empleo de las personas con discapacidad tanto en el sector público como el sector privado y de esta manera impulsar su independencia y reafirmar su valor en la sociedad.

En cuanto en la legislación, las medidas afirmativas que deben adoptar los Estados para lograr los fines ya señalados encierran dos pasos esenciales. Primero, la distinción legislativa, es decir, promulgar leyes exclusivamente para las personas con discapacidad y, segundo, que estas leyes otorguen un trato diferenciado por su condición natural de desigualdad con medidas que palien estas diferencias, es decir, la “posibilidad de incluir disposiciones sobre acción afirmativa respecto de esos grupos”<sup>42</sup>.

Finalmente, en el campo de la política económica, las medidas afirmativas se refieren a políticas públicas de carácter económico que puedan incluir “préstamos, exenciones fiscales, subsidios con fines específicos y fondos especiales, entre otros, para estimular y

---

<sup>40</sup> Normas Uniformes sobre la Igualdad de Oportunidades con Discapacidad. Resolución 48/96 aprobada por la Asamblea de las Naciones Unidas, 1993

<sup>41</sup> Ibídem

<sup>42</sup> Ibídem

apoyar la participación en la sociedad de las personas con discapacidad en un pie de igualdad.”<sup>43</sup>

Después de estos y otros documentos internacionales de naturaleza no obligatoria para los Estados, en 1999 entró en vigencia la “Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad”<sup>44</sup> (en adelante (Convención Interamericana”) vinculante para los Estados partes de la Organización de Estados Americanos (OEA). El contenido de este importante instrumento supranacional incluye medidas afirmativas que deben adoptar los Estados para lograr fines semejantes a los que persiguen tanto el Programa de Acción para impedidos como las Normas Uniformes sobre la igualdad para las personas con discapacidad que son garantizar el acceso, ejercicio y disfrute pleno de derechos y la integración, en condición de igualdad con los demás miembros de la sociedad, de las personas con discapacidad. Este es importante porque marca el inicio del compromiso obligatorio y vinculante de los Estados firmantes de reconocer, respetar y garantizar los derechos de las personas con discapacidad.

En un caso relacionado con Argentina<sup>45</sup>, el Comité de los derechos de las personas con discapacidad de las Naciones Unidas se pronunció a favor del demandante quien había llegado a instancias supranacionales ante el mal trato que había sufrido en su condición de persona con discapacidad. La responsabilidad del Estado Argentino recae por la falta de ajustes razonables que el Estado debió adoptar para asegurar el desarrollo pleno del demandante como persona discapacitada y, más aun, en su situación de persona privada de libertad. En ese sentido, el Comité señala que “Los Estados partes deben adoptar todas las medidas pertinentes, incluyendo la identificación y eliminación de obstáculos y barreras de acceso”<sup>46</sup>, así como también acondicionar las áreas correspondientes con la construcción de elementos físicos que sirvan de apoyo para el pleno desenvolvimiento de las personas impedidas.

Por tanto, ya que el Estado no pudo probar que las áreas como el baño, ducha, patio, servicio de enfermería tuvieron los ajustes razonables necesarios para que las personas con discapacidad y privadas de libertad tengan garantizado el pleno ejercicio de sus derechos en prisión o, en palabras del Comité, para que “puedan vivir en forma independiente y participar plenamente en todos los aspectos de la vida del lugar de detención; (...) y garantizar el acceso de las personas con discapacidad privadas de libertad, en igualdad de condiciones con las demás personas privadas de libertad, a las instalaciones físicas del lugar

---

<sup>43</sup> *Ibídem*

<sup>44</sup> Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad, aprobado por la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos, Guatemala, 1999

<sup>45</sup> Dictamen aprobado por el Comité de los derechos de las personas con discapacidad en su 11º período de sesiones, Comunicación n°8/2012, 2014.

<sup>46</sup> *Ibídem*

de detención así como a los servicios que en estos se ofrezcan”<sup>47</sup>, se le declaró responsable de violan la Convención sobre personas con discapacidad.

Otro caso emblemático del Comité de las Naciones Unidas referente al tema de ajustes razonables es el caso de Hungría<sup>48</sup>. En el presente, el Estado alegó que no era su obligación garantizar a las personas con discapacidad visual el acceso a los servicios bancarios de información, comunicación y otros que fueran brindados por el sector privado. Ante ello, el Comité le recordó al Estado que por medio de la Convención se había comprometido a “adoptar las medidas pertinentes para desarrollar, promulgar y supervisar la aplicación de normas mínimas y directrices sobre la accesibilidad de las instalaciones y los servicios abiertos al público o de uso público (artículo 9, párrafo 2 a), de la Convención) y asegurar que las entidades privadas que proporcionan instalaciones y servicios abiertos al público o de uso público tengan en cuenta todos los aspectos de su accesibilidad para las personas con discapacidad (art. 9, párr. 2 b).”<sup>49</sup>

Consecuentemente, se declaró la responsabilidad del Estado de Hungría por la violación de la Convención sobre personas con discapacidad, ya que no garantizó por medio de ajustes razonables el acceso a los servicios bancarios, específicamente a los servicios por medio de los cajeros automáticos, para las personas con discapacidad visual por parte de una entidad privada. Es decir, no adoptó medidas que obligaran al Banco a implementar los ajustes necesarios para que la discapacidad visual de las personas no sea un impedimento para el uso de los servicios prestados por este.

Por tal motivo, el Comité dispuso que el Estado debe establecer “normas mínimas sobre la accesibilidad de los servicios bancarios prestados por entidades financieras privadas para las personas con discapacidad visual y de otro tipo”<sup>50</sup> y además tutelar que los servicios bancarios tanto públicos como privados, como el caso de los cajeros automáticos, implementen ajustes razonables de modo que “sean plenamente accesibles para las personas con discapacidad.”<sup>51</sup>

Un caso del mismo Estado ante el Comité se conoció por medio de la comunicación n°4/2010.<sup>52</sup> Sucede que las decisiones judiciales del Estado de Hungría declararon discapacitados intelectuales a los demandantes, poniéndolos bajo tutela y eliminándolo del registro electoral conforme a lo que establecía la Constitución de Hungría. En pocas palabras, habían perdido su derecho al voto por ser discapacitados mentales. Claramente

---

<sup>47</sup> *Ibidem*

<sup>48</sup> Dictamen aprobado por el Comité de los derechos de las personas con discapacidad en su 9° período de sesiones, Comunicación n° 1/2010, 2013

<sup>49</sup> *Ibidem*

<sup>50</sup> *Ibidem*

<sup>51</sup> *Ibidem*

<sup>52</sup> Dictamen aprobado por el Comité de los derechos de las personas con discapacidad en su 9° período de sesiones, comunicación n° 4/2010, 2013

los hechos determinaron que el Comité declare la responsabilidad del Estado por la vulneración de la Convención sobre las personas con discapacidad.

Así, señala que los Estados deben adoptar las medidas necesarias para que las personas con discapacidad puedan ejercer sus derechos políticos en pie de igualdad, que abarca el derecho al voto sin ningún tipo de restricción. El Comité rechazó cualquier método para medir la capacidad de las personas y mucho menos utilizar los resultados como justificación para impedir el voto a quienes padecen de discapacidad intelectual. Al contrario, se debe “promulgar legislación que reconozca, sin ninguna “evaluación de la capacidad”, el derecho de voto de todas las personas con discapacidad, incluidas las que tienen más necesidad de apoyo, y que prevea una asistencia adecuada y ajustes razonables para que las personas con discapacidad puedan ejercer su derechos políticos...”<sup>53</sup>. Esto quiere decir que además de no existir impedimentos para que las personas con discapacidad puedan ejercer sus derechos políticos, también deben implementarse ajustes razonables para garantizarlos en aras de la igualdad. De esta manera, los Estados deben asegurar que los “procedimientos, instalaciones y materiales electorales sean adecuados, accesibles y fáciles de entender y utilizar, y, cuando sea necesario y a petición de ellas, permitiendo que una persona de su elección les preste asistencia para votar.”<sup>54</sup>

Para la aplicación de ajustes razonables idóneos será necesario que, primero, se identifiquen las dificultades de las personas con discapacidad, asumiendo la complejidad de que existen distintos tipos de discapacidad y que cada uno de ellos requiere de un trato diferenciado en aras de garantizar el acceso y ejercicio pleno de sus derechos. Segundo, que este trato diferenciado se traduzca en implementaciones de estructuras adecuadas para la movilización y desenvolvimiento de las personas con discapacidad, es decir, la modificación de los espacios físicos para que las personas ciegas, sordas, con retardo mental, paraplégicas, etc., puedan gozar de igual forma que las personas que no padecen de discapacidad de los servicios que se brindan en esos espacios.

De este modo, los órganos de vigilancia en el sistema internacional no han sido ajenos a esta problemática, sobre todo a partir de la casuística que desarrolla el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad ya que se trata del órgano llamado a interpretar las disposiciones de la Convención. Al respecto, en el *caso Szilvia Nyusti y Péter Takács contra Hungría*, el Comité sostuvo que “la reclamación inicial de los autores a OTP se centró en la falta de ajustes razonables, es decir, en el hecho de que OTP no tomara **medidas individuales acondicionando algunos de sus cajeros automáticos** próximos al domicilio de los autores para **adaptar los servicios** de tarjeta bancaria prestados por esos cajeros a **las necesidades específicas de los autores y hacerlos accesibles** para las

---

<sup>53</sup> Ibídem.

<sup>54</sup> Ibídem.

personas con discapacidad visual”<sup>55</sup> (resaltado es nuestro). En este caso la problemática se relacionaba con el acceso para las personas con discapacidad en los cajeros automáticos. Aquí se puede advertir, como ocurrió en el caso del perro lazarillo en el Tribunal Constitucional del Perú, cómo es que la mayoría de servicios están siempre diseñados en función de las personas que no padecen ninguna clase de discapacidad, esto es, se trata de estructuras que han sido homogeneizadas.

Del mismo modo, en el caso *H.M contra Suecia*, el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad indicó que “la reforma y los ajustes adecuados requerirían una **desviación del plan urbanístico para que se pudiera construir la piscina hidroterapéutica**. El Comité observa que el Estado parte no ha indicado que esta desviación impondría una carga desproporcionada o indebida. A este respecto, el Comité observa también que la Ley de planificación y construcción prevé la desviación del plan urbanístico y por lo tanto permite, cuando se requiera en un caso particular, **solicitar ajustes razonables para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio de todos los derechos humanos**, en igualdad de condiciones con los demás y sin discriminación alguna” (resaltado es nuestro)<sup>56</sup>.

En sus observaciones finales el Comité también ha tenido la oportunidad de sostener que “urge al Estado parte a tomar las medidas legislativas y administrativas necesarias para erradicar la discriminación por motivos de discapacidad, con la aprobación de legislación que prohíba la discriminación y que **dichas medidas incluyan explícitamente la denegación de ajustes razonables como una de estas formas de discriminación**” (resaltado es nuestro)<sup>57</sup>. En ese mismo informe el Comité recomendó que se reforme la legislación penal con el objeto de que las sanciones “aplicables a personas con discapacidad psicosocial o intelectual estén sujetas a las mismas garantías y tengan las mismas condiciones que cualquier otra persona sometida a un proceso, **previendo en su caso aplicación de ajustes razonables y de procedimiento**”<sup>58</sup>.

El Comité también ha sostenido que le inquieta el bajo número de estudiantes con discapacidad que, debido a la falta de una política coherente de educación, cursan estudios de educación superior. El Comité recomienda que se examine la efectividad del Plan de

---

<sup>55</sup> Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Comunicación N° 1/2010. Caso Szilvia Nyusti y Péter Takács vs. Hungría. CRPD/C/9/D/1/2010. Decisión de 21 de junio de 2013, párr. 9.2.

<sup>56</sup> Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Comunicación N° 3/2011. Caso H.M vs. Suecia. CRPD/C/7/D/3/2011. Decisión de 21 de mayo de 2012, párr. 8.5.

<sup>57</sup> Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Observaciones finales sobre el informe inicial del Paraguay. CRPD/C/PRY/CO/1. Observaciones de 15 de mayo de 2013, párr. 14; Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 35 de la Convención. CRPD/C/PER/CO/1. Observaciones de 16 de mayo de 2012, párr. 7.b.

<sup>58</sup> Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Observaciones finales sobre el informe inicial del Paraguay. CRPD/C/PRY/CO/1. Observaciones de 15 de mayo de 2013, párr. 32.



educación integrada y la mejora de la proporción de alumnos por maestro, así como la capacitación en necesidades educativas especiales y ajustes razonables que se ofrece a los maestros”<sup>59</sup>.

En el caso de las acciones afirmativas, el Comité ha sostenido que el Estado “[h]aga aplicar las medidas de acción afirmativa que prevé la legislación para el empleo de mujeres y hombres con discapacidad”<sup>60</sup>. Del mismo modo, también “alienta al Estado parte a que vele por que se proporcione una financiación adecuada para que las personas con discapacidad puedan, de forma efectiva, disfrutar de la libertad de elegir su residencia en pie de igualdad con los demás, tener acceso a toda una serie de servicios comunitarios en su domicilio o en residencias y a otros servicios para la vida cotidiana, incluida la asistencia personal, **y disfrutar así de un ajuste razonable a fin de integrarse mejor en sus comunidades**” (subrayado es nuestro)<sup>61</sup>.

Evidentemente, todo ello se centra en una afirmación central según la cual el Comité

“insta al Estado parte a que formule una política pública que promueva la inserción de las personas con discapacidad en el mercado de trabajo, a través de por ejemplo, el diseño de campañas de toma de conciencia dirigidas al sector privado y al público en general con miras a eliminar las barreras culturales y prejuicios contra las personas con discapacidad, **la implementación de ajustes razonables para garantizar la inserción laboral de aquellas personas con discapacidad que así lo requieran y el desarrollo de programas de formación y de autoempleo**” (resaltado es nuestro)<sup>62</sup>.

De este modo, el Comité otorga una serie de recomendaciones a los Estado para garantizar los derechos de las personas con discapacidad. Evidentemente, esta situación permitirá que las personas que integren a este colectivo puedan integrarse a la sociedad. Es por ello que el Comité ha recomendado a los Estados que proporcionen una financiación con el propósito que estas personas tengan la “libertad para elegir su residencia en pie de igualdad con los demás; tener acceso a una amplia gama de servicios para la vida cotidiana, incluida la asistencia personal, prestados en su domicilio, en residencias o a otro nivel comunitario; **y**

---

<sup>59</sup> Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Observaciones finales sobre el informe inicial de China. CRPD/C/CHN/CO/1/Add.1. Observaciones de 2 de abril de 2013, párr. 60.

<sup>60</sup> Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Examen de los informes presentados por los Estados partes con arreglo al artículo 35 de la Convención. CRPD/C/TUN/CO/1. Observaciones de 13 de mayo de 2011, párr. 34.a.

<sup>61</sup> Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Examen de los informes presentados por los Estados partes con arreglo al artículo 35 de la Convención. CRPD/C/ESP/CO/1. Observaciones de 19 de octubre de 2011, párr. 40.

<sup>62</sup> Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Observaciones finales sobre el informe inicial de Argentina. CRPD/C/ARG/CO/1. Observaciones de 19 de octubre de 2012, párr. 44.

**disfrutar de ajustes razonables para integrarse mejor en sus comunidades**<sup>63</sup>” (resaltado es nuestro).

Es, pues, el derecho internacional el que ha proporcionado los principales aportes en torno a la noción de ajustes razonables, los cuales han comenzado a ser implementados en las normas que expiden los ministerios encargados del cumplimiento de estas disposiciones.

---

<sup>63</sup> Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Observaciones finales sobre el informe inicial de Hungría. CRPD/C/HUN/CO/1. Observaciones de 12 de octubre de 2012, párr. 34.

## **BIBLIOGRAFÍA**

- Dworkin, Ronald. Una cuestión de principios. Siglo Veintiuno Editores. Impreso en Buenos Aires, Argentina (2012).
- Ferreres Comella, Víctor. Justicia constitucional y democracia. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Impreso en Madrid, España (1997).
- Pizzorusso, Alessandro. Lecciones de Derecho Constitucional. Tomo I. Centro de Estudios Constitucionales. Impreso en Madrid, España (1984).
- Programa de Acción Mundial para Impedidos. Resolución 37/52 aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, 1982.
- Rodríguez, Marcela. Igualdad, Democracia y Acciones Positivas. En: Teoría y Crítica del Derecho Constitucional. Tomo I. Coordinación a cargo de Roberto Gargarella. Editorial Abelardo Perrot. Impreso en Buenos Aires, Argentina (2008).
- Sartori, Giovanni. Elementos de Teoría Política. Alianza Editorial. Impreso en Madrid, España (2012).

## **JURISPRUDENCIA**

- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación general N° 5. Las personas con discapacidad, 11° período de sesiones (1994).
- Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas. Observación general número 4 relativa a la salud y el desarrollo de los adolescentes. U.N. Doc. CRC/GC/2003/4.
- Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad. Derechos Humanos y Discapacidad. Informe España 2009.
- Comité para la Eliminación de la Discriminación en contra de la Mujer. Recomendación General 25, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 319.
- Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Comunicación N° 1/2010. Caso Szilvia Nyusti y Péter Takács vs. Hungría. CRPD/C/9/D/1/2010. Decisión de 21 de junio de 2013.
- Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Comunicación N° 3/2011. Caso H.M vs. Suecia. CRPD/C/7/D/3/2011. Decisión de 21 de mayo de 2012.
- Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Examen de los informes presentados por los Estados partes con arreglo al artículo 35 de la Convención. CRPD/C/TUN/CO/1. Observaciones de 13 de mayo de 2011.
- Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Observaciones finales sobre el informe inicial del Paraguay. CRPD/C/PRY/CO/1. Observaciones de 15 de mayo de 2013.
- Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Observaciones finales sobre el informe inicial de China. CRPD/C/CHN/CO/1/Add.1. Observaciones de 2 de abril de 2013.

- Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Observaciones finales sobre el informe inicial de Argentina. CRPD/C/ARG/CO/1. Observaciones de 19 de octubre de 2012.
- Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Observaciones finales sobre el informe inicial de Hungría. CRPD/C/HUN/CO/1. Observaciones de 12 de octubre de 2012.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-022/13.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-340/2010.
- Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18.
- Corte Suprema de Argentina. Monteserin, Marcelino c/ Estado Nacional-Ministerio de Salud y Acción Social -Comisión Nacional Asesora para la Integración de Personas Discapacitadas - Servicio Nacional de Rehabilitación y Promoción de la Persona con Discapacidad. M. 375. XXXVI. Fallo de 16 de octubre de 2001.
- Corte Suprema de Estados Unidos. Caso *Carolene Products vs. Estados Unidos*, 304 U.S. 144, 152 n. 4 (1938).
- Normas Uniformes sobre la Igualdad de Oportunidades con Discapacidad. Resolución 48/96 aprobada por la Asamblea de las Naciones Unidas, 1993.
- TEDH. Caso *Glor vs. Suiza*. Sentencia de 30 de abril de 2009. Aplicación 13444/04.
- TEDH. Caso *Kiyutin vs. Rusia*. Sentencia de 10 de marzo de 2011. Aplicación 2700/10.
- Tribunal Constitucional de España. Sentencia 269/1994. Pronunciamiento de 3 de octubre de 1994.
- Tribunal Constitucional del Perú. Expediente 00606-2004-PA/TC.
- Tribunal Constitucional del Perú. Expediente 00607-2009-PA/TC.
- Tribunal Constitucional del Perú. Expediente 02317-2010-PA/TC.
- Tribunal Constitucional del Perú. Expediente 02362-2012-PA/TC.
- Tribunal Constitucional del Perú. Expediente 02437-2013-PA/TC.
- Tribunal Constitucional del Perú. Expediente 02437-2013-PA/TC.
- Tribunal Constitucional del Perú. Expediente 03866-2006-PA/TC.
- Tribunal Constitucional Federal de Alemania. Sentencia BVerfGE 40, 121. Sentencia de la Primera Sala, del 18 de junio, 1975. En: Schwabe, Jürgen. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán. Konrad Adenauer Stiftung. Programa Estado de Derecho para Latinoamérica. Impreso en México en el año 2009.