

**UNIVERSIDAD AUSTRAL DE CHILE**  
**FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**  
**ESCUELA DE DERECHO**



**EL PRINCIPIO DE LA IGUALDAD EN EL DERECHO INTERNACIONAL Y SU  
DESARROLLO Y APLICACIÓN EN RELACIÓN A PERSONAS DISCAPACITADAS  
EN LA LEGISLACIÓN CHILENA**

**MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE LICENCIADO EN CIENCIAS  
JURÍDICAS Y SOCIALES**

ALUMNO: NATALIA PAZ MARTÍNEZ CERDA

PROFESOR PATROCINANTE: YANIRA ZÚÑIGA AÑAZCO

**VALDIVIA – CHILE**

**2005**

Profesor  
Dr. Juan Omar Cofre L.  
Presente.

Estimado Señor:

Por intermedio de este acto vengo en evacuar informe de la memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales presentada por doña Natalia Martínez y que lleva por título "El principio de la igualdad en el derecho internacional y su desarrollo y aplicación en relación a personas discapacitadas en la legislación chilena".

El referido trabajo de investigación aborda el estudio del estatuto de protección de discapacitados en el marco de la teoría de los derechos fundamentales y la dogmática internacional.

La investigación se inicia con un primer capítulo que aborda el concepto de igualdad desde una perspectiva teórica crítica en la que se abordan someramente sus distintas formulaciones históricas y se ponen en evidencia la inadecuación de algunas de éstas para enfrentar la situación de los grupos en desventaja. Se dedican párrafos especiales al análisis de las aportaciones de algunos autores en orden a reconstruir el concepto de igualdad en su versión material en el marco de una teoría de la justicia. Dichas teorías tienen el mérito de explorar formulaciones de articulación armónica entre igualdad y diversidad que resultan especialmente útiles para aproximarse a las situaciones de colectivos en desventaja tales como los discapacitados. En este sentido, la autora de la investigación destaca las aportaciones de Dworkin y Sen.

El capítulo siguiente contiene un análisis dogmático de la normativa internacional en materia de protección de discapacitados que, como queda en evidencia de esta sección, es extremadamente dispersa y heterogénea. En el mismo capítulo, la autora del trabajo examina el concepto de igualdad que se encuentra consagrado en esta normativa concluyendo preliminarmente que dicho concepto se asemeja al concepto propuesto por Sen en su teoría de las capacidades. Este análisis introduce el contenido del capítulo siguiente dedicado a establecer las obligaciones internacionales que emanan de esta normativa y los mecanismos de cumplimiento que se exigen a los Estados en el marco del Derecho Internacional. Esto lleva a la autora a analizar el problema de la legitimidad de las acciones positivas en general con especial énfasis en aquellas destinadas al adelanto de las personas que sufren algún tipo de discapacidad.

El capítulo IV se centra en el examen de la situación de los discapacitados en Chile, explorando el nivel de cumplimiento del Estado chileno de sus obligaciones internacionales en materia de protección de este colectivo con especial referencia a las implicancias de lo dispuesto en el art. 5 de la Constitución Chilena. Dicho análisis considera como eje la normativa contenida en la ley integral de protección a los discapacitados (ley N° 19.284) que se estudia a partir de un prisma crítico.

Cabe mencionar que en el desarrollo de la investigación doña Natalia Martínez, ha exhibido rigor metodológico, disciplina, buen nivel de argumentación y destreza en el manejo de fuentes internacionales; aspectos todos que son indispensables para un investigador. Destaca además, su capacidad para abordar los problemas ensamblando las perspectivas teórica y dogmática.

Desde el punto de vista metodológico, las fuentes consultadas (doctrina, jurisprudencia y normas internacionales) son suficientes y pertinentes para la consecución de los objetivos de la investigación. De la misma manera, el régimen formal de referencias bibliográficas usado está adecuadamente construido.

Mención aparte requiere la extensión del trabajo que excede el número de páginas dispuesto para este tipo de investigaciones. Esto, sin embargo, resulta en alguna medida justificable por los tipos de aproximaciones y enfoques usados y por la dispersión normativa que imponen la necesidad de analizar en detalle algunos aspectos especialmente espinosos.

Por último, las conclusiones extraídas de la investigación son coherentes con la argumentación y están correctamente expresadas desde un punto de vista lógico.

Por las razones antes expresadas, la profesora que informa estima que el trabajo de investigación presentado por doña Natalia Martínez merece una calificación de 6.0 (seis)



**Dra. Yanira Zúñiga Añazco**  
**Profesora Derecho Internacional Público**

## INDICE

	<b>Pag.</b>
<b>INTRODUCCIÓN</b> .....	1
<b>CAPÍTULO I: LA IGUALDAD Y LA DISCAPACIDAD</b>	
1. Nociones previas vinculadas al concepto de igualdad.....	2
2. Clasificación de la igualdad.....	3
2.1. Igualdad formal e igualdad sustancial.....	3
2.2. Distinción desde una perspectiva general.....	4
2.3. Concepción de la igualdad de los liberales igualitarios.....	4
2.3.1. La igualdad de recursos de Ronald Dworkin.....	6
2.3.2. La idea de capacidades en Sen.....	7
3. El principio de la igualdad.....	8
4. Principio de no discriminación.....	10
<b>CAPÍTULO II: LEGISLACIÓN INTERNACIONAL Y DISCAPACIDAD</b>	
1. Introducción.....	11
2. Concepto y Tipos de Discapacidad.....	11
2.1. Concepto de discapacidad y de discriminación fundada en discapacidad.....	11
2.2. Tipos de discapacidad.....	12
3. Normativa vigente.....	12
3.1. Sistema de las Naciones Unidas.....	12
3.1.1. Organización de las Naciones Unidas ONU.....	12
a) Tratados Internacionales relativos a la igualdad y su aplicación en la discapacidad.....	12
b) Declaraciones, Resoluciones y otros documentos relacionados con la discapacidad.....	14
3.1.2. Promoción laboral de las personas con discapacidad en los instrumentos de la Organización. Internacional del Trabajo OIT.....	21
3.2. Organización de Estados Americanos OEA.....	22
a) Tratados Internacionales relativos a la igualdad y su aplicación en la discapacidad.....	22

b) Declaraciones, y otros documentos relacionados con la discapacidad.....	22
4. Institucionalidad.....	23
5. Análisis de la igualdad en la normas internacionales referidas a la discapacidad.....	24
5.1. PIDESC.....	25
5.2. PIDCP.....	27
5.3. Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles Inhumanos o Degradantes.....	28
5.4. CEDAW.....	28
5.5. Convención sobre los Derechos del Niño.....	29
5.6. Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial.....	31
5.7. Convenio 159, de 22 de junio de 1983, sobre la readaptación profesional y empleo de personas inválidas.....	31
5.8. Recomendación 168.....	32
5.9. Derecho Internacional local de América Latina.....	33
5.9.1. CADH.....	33
5.9.2. Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad .....	33

### **CAPÍTULO III: MECANISMOS DE CUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES CONVENCIONALES**

1. Introducción.....	35
2. Las acciones positivas.....	35
2.1. Concepto.....	36
2.2. Diferencia entre las acciones positivas y discriminaciones inversas.....	36
2.3. Polémica de Constitucionalidad de las Acciones Positivas.....	37

### **CAPÍTULO IV: SITUACIÓN DE LA DISCAPACIDAD EN CHILE**

1. Caracterización de la población con discapacidad.....	40
2. Situación de la discapacidad en Chile: Legislación interna y tratados internacionales.....	40
2.1. Constitución Política de la República.....	40
2.2. Tratados Internacionales de Derechos Humanos vigentes en Chile.....	42
2.3. Análisis crítico a la ley 19.284.....	45

2.4. Acción de protección en materia de discapacidad (la acción del artículo 49 de la Ley N° 19.284).....	48
<b>CONCLUSIONES</b> .....	49
<b>BIBLIOGRAFÍA</b> .....	51

Actualmente una cifra cercana al 10% de la población mundial, alrededor de 600 millones de personas, presenta alguna forma de discapacidad, de las cuales más de dos de las terceras partes viven en países en desarrollo. En estos sólo el 2% de los niños con discapacidad recibe algún tipo de educación o rehabilitación, de lo cual resulta evidente el vínculo que existe entre la falta de recursos y exclusión social por un lado, y la discapacidad, por el otro<sup>1</sup>. A finales del último siglo se desarrolló una importante evolución en cuanto al enfoque utilizado para analizar la discapacidad, el cual está centrado ya no en la caridad sino en los derechos humanos y en la dignidad inherente a la persona humana, que se manifiesta esencialmente en considerar a las personas con discapacidad como sujetos de derechos, y no como problemas. Lo importante de esta distinción radica en situar éstos fuera de la persona con discapacidad, y evaluar la forma en que se aborda su situación de diferencia en los distintos procesos económicos y sociales, de lo que se sigue que el debate acerca de sus derechos se engloba en uno más amplio acerca de cual es el lugar que ocupa la diferencia en la sociedad, el que no tiene que ver tanto con la consagración de derechos específicos en relación a ellos sino con garantizarles el goce efectivo y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos sin discriminación.

El objetivo general de esta tesis se centra en demostrar nuestra percepción del incumplimiento que existe de las obligaciones internacionales que ha contraído el Estado de Chile en relación a las personas con discapacidad, que se traduce en varios aspectos en materia legislativa, entre otros, en general en la ausencia de incorporación de la concepción de la igualdad que existe actualmente en materia de normas internacionales a nivel legislativo interno, la que adelantándonos en la materia es aquella que postulan los liberales igualitaristas, y en particular en la ausencia de la incorporación de acciones positivas como asignación de cuotas en materia laboral, medida que se ha postulado como obligatoria por los órganos de interpretación autorizados del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, vigente en Chile.

Como una forma de dar a conocer este tipo de política antidiscriminatoria llamada acción positiva, realizaremos un estudio acerca de su constitucionalidad centrado especialmente en su acepción de asignación de cuotas, por tratarse a nuestro entender de una técnica legislativa que puede resultar útil para enfrentar la discriminación a todo nivel que sufren las personas con discapacidad, y que ha sido poco explorada por nuestro legislador.

Finalmente el método que utilizaremos es el método dogmático, en conjunto con el método hermenéutico y analítico, y nuestras fuentes consultadas serán Tratados Internacionales de Derechos Humanos y otros documentos propios del derecho internacional, legislación interna chilena, y doctrina relacionada a nuestro tema.

---

<sup>1</sup> Organización de las Naciones Unidas. Datos extraído del sitio oficial de la OACDH de las Naciones Unidas. Documento en línea, disponible en: <http://www.ohch.org/spanish/copyright.htm>. Extraído el 15 de noviembre de 2004.

## CAPÍTULO I: LA IGUALDAD Y LA DISCAPACIDAD

### 1. Nociones previas vinculadas al concepto de igualdad.

La igualdad se configura como un principio de justicia desde el pensamiento clásico. Aristóteles se refería a ella en su *Política*<sup>2</sup>, al decir que la justicia consiste en igualdad, específicamente lo que decía es que la igualdad, para ser justa, ha de consistir en igualdad para los iguales, y a su vez la desigualdad será justa para los desiguales. Es un principio de carácter histórico, ya que las concepciones de la igualdad cambian a través de la historia, con lo que se manifiesta su carácter evolutivo<sup>3</sup>, y relacional, porque es en la interacción entre las personas donde se manifiesta la igualdad y la desigualdad.

La igualdad se puede entender en dos sentidos distintos y contradictorios entre sí. En un primer aspecto es un ideal moral, de buscar justicia, que nace del principio de dar “a cada uno lo suyo”; el otro se relaciona con la idea de semejanza, de búsqueda de identidad, que se llena de contenido en el desagrado a la variedad, la diversidad y la irregularidad. Ambos aspectos, aún siendo divergentes, no son fáciles de separar conceptualmente, y aún cuando esto pudiera lograrse no implicaría que uno de ellos primara sobre el otro<sup>4</sup>.

Para el derecho se hace un concepto singular e importante a través de dos características<sup>5</sup>:

1° La igualdad supone relacionar dos o más entidades con el fin de realizar una comparación, y así estimar los rasgos similares y las diferencias que se presenten.

De esta característica emana que las entidades a comparar deben ser similares pero no idénticas, ya que “igualdad no es identidad”<sup>6</sup>. Es necesario que entre ellas existan diferencias que permitan, en aquello que resulten semejantes, efectuar la comparación que implica todo juicio de igualdad<sup>7</sup>, de lo que se colige que no existe una igualdad absoluta, sino que ella es relativa.

2° En la medida que no se aplique a un caso concreto, carece de contenido. Es un concepto abierto o indeterminado que sólo se llena de contenido cuando se lo refiere a entidades conocidas

<sup>2</sup> Cfr. Aristóteles. *La Política*, en *Obras Completas de Aristóteles*. Ed. Anaconda. Buenos Aires, 1947. pp. 614-615.

<sup>3</sup> Buch, Henri. “La notion d’égalité dans les principes généraux du droit”. *L’Egalité*, vol. I, Bruxelles, Ed. Bruylant, 1971. pp. 196-225, citado por: Petzold-Pernia, Hermann. “La igualdad como fundamento de los derechos de la persona humana”. *Anuario de filosofía jurídica y social*, N° 11, 1993. p. 85; en el mismo sentido: Cfr. Gómez, Gastón. “El principio de igualdad constitucional”. En A.A.V.V. *20 años de la constitución chilena 1981-2001*. Navarro, Enrique (Ed). Ed. Jurídica Conosur. Santiago de Chile, 2001. p. 170.

<sup>4</sup> Cfr. Sartori, Giovanni. *Democracia*. Ed. Limusa – Wiley. México, 1965, citado por: Fernández, Miguel. *Principio Constitucional de Igualdad ante la Ley*. Ed. Jurídica Conosur Ltda. Santiago de Chile, 2001. p. 22.

<sup>5</sup> Cfr. Barrère Unzueta, María. *Igualdad y “discriminación positiva”: un esbozo de análisis teórico-conceptual*. Universidad del País Vasco/EHU. Documento en línea, disponible en: <http://www.uv.es/CEFD/9/barrere1.pdf>. Extraído el 10 de Octubre de 2004. p. 2-3; en el mismo sentido y asignándole el carácter de relacional, cfr. Gómez, Gastón. *Op. Cit.* 3. pp. 166-167, y Fernández, Miguel. *Op. Cit.* 4. p. 19-26.

<sup>6</sup> Ferrater Mora, José. *Diccionario de Filosofía*. Ed. Atlante. México, 1944, p. 353. señala que: “la igualdad no equivale exactamente a identidad. Mientras esta tiene su base en el principio ontológico de “la igualdad de toda cosa consigo misma”, la igualdad *sensu stricto* se refiere a la equivalencia de dos términos ideales por la cual pueden ser sustituidos entre sí (...)”, citado por: Fernández, Miguel. *Op. Cit.* 4. p. 21.

<sup>7</sup> Juicio de igualdad: “consiste en el proceso de abstracción que tiene por objeto constatar, mediante una apreciación objetiva, el respeto del principio jurídico de la igualdad”. Rey, Fernando: *El Derecho Fundamental a No Ser Discriminado por Razón de Sexo*. Ed. McGraw-Hill. Madrid, 1995. p. 42., citado por: Fernández, Miguel. *Op. Cit.* 4. p. 213; respecto del cual debe tenerse en cuenta que carece de neutralidad. Barrère, María, *Op. Cit.* 5. pp. 5-6.



que se concretan en una relación precisa, es decir, debemos especificar de que entes se trata y respecto a que cosa son iguales<sup>8</sup>.

## 2. Clasificación de la igualdad.

Existe una amplia gama de doctrinas acerca de lo que hoy conocemos por igualdad, por lo que en primer lugar seleccionaremos debido a su carácter evolutivo una clasificación en un contexto histórico. En segundo término, por realizar la distinción desde una perspectiva general, utilizaremos las que ofrecen Rey Martínez y Sartori. Por último, y para efectos de este trabajo, nos centraremos en la descripción y análisis de aquellas corrientes orientadas a darle un contenido social en su aspecto normativo que se enmarcan en una concepción liberal del Estado democrático, para lo cual seleccionamos las doctrinas de Dworkin y Sen, las que trataremos en sus aspectos centrales y diferenciadores.

### 2.1. Igualdad formal e igualdad sustancial.

Desde el momento en que se reconoce la igualdad en los textos normativos modernos<sup>9</sup>, se entiende como un concepto de carácter formal, es decir, establecida en el texto legal, conectando en este los principios de universalidad y generalidad, pero en los hechos solo era aplicado a quienes concibieron el Estado Liberal, esto es un sector de la sociedad integrada por hombres blancos y propietarios de la burguesía, quedando un amplio sector de ésta al margen de la aplicación efectiva de este principio. Esta igualdad entendida como un derecho individual dio origen a situaciones de grave desequilibrio socioeconómico, derivadas ante todo de la revolución industrial. El siglo XX trae consigo una superación de esta visión a través de la crítica democrática, evolucionando hacia una noción de igualdad social que se manifiesta en la concepción del Estado de bienestar, en el cual se le otorga al Estado un mayor protagonismo social orientado a corregir las graves desigualdades sociales que se produjeron, reconociéndose la posibilidad de dictar normas destinadas a ciertos grupos específicos que se encuentran en una situación distinta en relación a otros, dentro de su elemento finalista que es el bien común.

La evolución sufrida por la igualdad se concreta normativamente en instrumentos jurídicos internacionales<sup>10</sup>, y en el texto de las constituciones contemporáneas<sup>11</sup>.

<sup>8</sup> Cfr. Bobbio, Norberto. *Igualdad y Libertad*. Ed. Paidós. Madrid, 1993.

<sup>9</sup> Como la Declaración de la Independencia Americana, donde Jefferson la utilizó como primer parámetro estableciendo que todos los seres humanos son creados libres, e incluyéndola Lafayette como lema revolucionario en 1789. Cfr. Durán y Lalaguna, Paloma. "Apuntes sobre las acciones positivas". *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*. Documento en línea, disponible en: [http://www.vlex.com/es/ppv/doctrina/fuente\\_41\\_numero\\_%2330.0html](http://www.vlex.com/es/ppv/doctrina/fuente_41_numero_%2330.0html). Extraído el 28 de Agosto de 2004. p. 87.

<sup>10</sup> Tales como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, entre otros.

<sup>11</sup> Sobre todo las Constituciones posteriores a la Segunda Guerra Mundial, hito histórico a partir del cual, al asumirse una conciencia normativa universal de la igual dignidad de la persona humana, se elaboran numerosas doctrinas de igualdad que la entienden de distintas formas, superando ciertamente la concepción formal de ésta. Cfr. En este sentido ver: Nogueira, Humberto. "El derecho a la igualdad en la jurisprudencia constitucional". *Ius et Praxis*, Año 2, N° 2, 1997. pp. 236-237.; Rodríguez, Blanca. "Discriminación y Participación". *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*. N° 110, Octubre-Diciembre 2000. pp. 198-202.; Barrère Unzueta, María. *Op. Cit.* 5. pp.7-10.

Podemos conceptualizar a la igualdad formal como aquella garantizada habitualmente en la ley, y que suele identificarse con las exigencias jurídico políticas sintetizadas en el principio de igualdad ante la ley, el que garantiza la igualdad de trato en la legislación y en la aplicación del derecho, tratándose entonces de la igualdad en el ámbito del sistema jurídico, denominada también igualdad jurídica o igualdad de trato; y a la igualdad sustancial o material que es aquella que se identifica con un equilibrio de bienes y situaciones económicas y sociales<sup>12</sup>. Esta última concepción de igualdad sería aplicable actualmente a la situación de la discapacidad en Chile, pues el problema que se genera en definitiva en nuestro país es por que aquello no se realiza.

## 2.2. Distinción desde una perspectiva general.

Fernando Rey Martínez de manera general distingue según el *ámbito* en que se presenta el principio de la igualdad en su dimensión liberal, democrática y social. Así, en su dimensión liberal, la igualdad se manifiesta en la aplicación y en la creación del derecho; en su dimensión democrática implica el derecho de todos los ciudadanos a participar en condiciones de igualdad en el ejercicio del poder político y en acceso a las funciones y cargos públicos; y finalmente, en su dimensión social cumple la función de eliminar las desigualdades de hecho (políticas, económicas, sociales, culturales) para conseguir la igualdad real y efectiva de individuos y grupos<sup>13</sup>.

Con puntos de encuentro Giovanni Sartori distingue entre: Igualdad jurídico-política; Igualdad social; e Igualamiento de circunstancias que se entiende como: - igualdad de oportunidades en sentido formal de “igual acceso” a las oportunidades, es decir, igual reconocimiento a igual mérito, o; - igualdad de oportunidades en sentido material, es decir, comienzo igual o punto de partida igual respecto a las condiciones materiales para igualar el acceso a las oportunidades, a través de una distribución de la riqueza relativamente igual<sup>14</sup>.

## 2.3. Concepción de la igualdad de los liberales igualitarios.<sup>15</sup>

Siguiendo a Richard Arneson es posible distinguir en la idea de igualdad, en el actual contexto de las sociedades modernas al menos dos aspectos generales de la misma: la *igualdad de la ciudadanía democrática* y la *igualdad de condición o de expectativas de vida*, que presentan diferentes niveles de consenso. El primero se manifiesta en la idea de que a cada miembro de la sociedad se le debe asegurar en condiciones de igualdad ciertos derechos básicos, con el objeto de que junto con desarrollar su proyecto de vida, pueda ejercitar su condición de agente

<sup>12</sup> Cfr. Durán y Lalaguna, Paloma. *Op. Cit.* 9. p. 88. María Barrère Unzueta hace similares los conceptos de igualdad formal e igualdad sustancial, a la distinción que realiza Platón entre igualdad aritmética y proporcional respectivamente, y en su opinión sería la manera moderna de entender estos últimos. Cfr. Barrère Unzueta, María. *Op. Cit.* 5. p. 5.

<sup>13</sup> Cfr. Rey Martínez, Fernando. *Op. Cit.* 7. p. 41, citado por: Fernández, Miguel. *Op. Cit.* 4. pp. 26.

<sup>14</sup> Cfr. Sartori, Giovanni, citado por: Fernández, Miguel. *Op. Cit.* 4. pp. 26-29.

<sup>15</sup> Para el análisis de las posturas de los liberales igualitarios, nos centraremos principalmente en el trabajo de Nicolás Espejo. Cfr. Espejo, Nicolás. “La interpretación amplia de la no-discriminación a la luz del principio de igualdad. Un enfoque igualitarista del interés público”. En *Foro contra la Discriminación del Programa de Acciones de Interés Público de la Universidad Diego Portales*. Santiago de Chile, 2000. Documento en línea, disponible en: <http://www.uc.cl/isp/eticapolitica/documento/IGUALDAD.PDF> Extraído el 21 de septiembre de 2004.

democrático, es decir, que se cumpla con los requisitos de la democracia participativa. Esta fase de la igualdad garantizará su derecho a obtener igual protección de la ley y evitar distinciones arbitrarias, por ejemplo, en materia de remuneraciones entre hombres y mujeres.

El segundo aspecto no tiene el nivel de aceptación que el primero, y está unido a las corrientes derivadas del liberalismo igualitarista, que quieren poner de manifiesto la diferencia que existe entre las expectativas de vida que tienen los que están mejor y los que se encuentran peor situados en la sociedad, en relación a factores tales como educación, salud, remuneraciones, etc. Para la realización de la igualdad como expectativas de vida, se necesita el establecimiento de condiciones que garanticen que cada persona tenga al menos un nivel mínimo común de beneficios sociales y económicos<sup>16</sup>. En este sentido la no discriminación en un sentido amplio sería aplicar el principio de igualdad en estos dos aspectos, los cuales no siempre están reconocidos de manera conjunta en los sistemas jurídicos, sociales y económicos que se presentan como respetuosos de la idea de igualdad, ya que sólo la garantizan en su aspecto de ciudadanía democrática y no cumplen con la igualdad como condición o expectativas de vida, lo que se debería a las siguientes razones:

- Para el cumplimiento de este último se requiere un esfuerzo económico que los Estados y las personas más beneficiadas de la sociedad están poco dispuestos a realizar.
- Las personas que aplican el principio de igualdad lo hacen dándole una interpretación restrictiva, sobre todo en los temas relacionados con la discriminación, no siendo capaces de aplicar la igualdad efectivamente, sacándola de su abstracción.<sup>17</sup>

Para la titularidad de los derechos humanos la única condición es la pertenencia al grupo de los seres humanos, por lo tanto estos derechos son igualitarios y exigen un trato provisto de “igual respeto y consideración”<sup>18</sup>, expresión que se refiere al principio central de los sistemas democráticos, y que requiere que: “el Gobierno debe tratar a quienes gobierna con *consideración*, esto es, como seres humanos capaces de sufrimiento y de frustración, y con *respeto*, o sea como seres humanos capaces de llegar a concepciones inteligentes de cómo han de vivir su vida y de actuar de acuerdo con ellas. El gobierno no sólo debe tratar a la gente con consideración y respeto, sino con *igual* consideración y respeto”<sup>19</sup>. Esta visión amplia de la igualdad deriva del principio según el cual nunca ha de tratarse al ser humano sólo como un medio para la realización de fines que esa persona no ha querido, y supone también una concepción de las personas como seres capaces de autodeterminarse, dispuestos a decidir en torno a valores o ideales y a hacer lo posible por alcanzarlos, por lo que el principio de igual respeto supone que los seres humanos son responsables por sus actos voluntarios, pero nada más que por estos, y por

<sup>16</sup> Cfr. Arneson, Richard J., “Equality”. En Robert E. Goodin and Philip Pettit (Eds.), *A Companion to Contemporary Political Philosophy*. Blackwell Publishers Ltd. Oxford, UK, 1999. pp. 489-507, citado por: Espejo, Nicolás. *Ídem*. pp. 3-4.

<sup>17</sup> *Ídem*.

<sup>18</sup> Dworkin, Ronald. *Los Derechos en Serio*. Ed. Ariel. Barcelona, 1989. pp. 388-389.

<sup>19</sup> *Ibid.*

lo tanto no se les puede cuestionar ni castigar por situaciones o condiciones en las que no pueden optar, tales como la edad, el sexo, la capacidad física, mental, etc<sup>20</sup>.

En el mismo sentido, en un sistema democrático la igualdad supone la titularidad de dos tipos de derechos diferentes pero complementarios entre sí:

- el derecho a igual tratamiento, que es el derecho a una distribución igual de oportunidades, recursos o cargas.
- el derecho a ser tratado como igual, que consiste en ser tratado con la misma consideración y respeto que cualquiera<sup>21</sup>.

No resulta simple identificar el sentido y alcance del principio de igualdad en su dimensión democrática, condicional o de expectativas de vida. De esto se encargan los liberales igualitaristas, precisando en qué consisten los presupuestos de una sociedad igualitaria y por lo tanto justa, que nos será en particularmente útil en este trabajo relativo a la discapacidad.

### **2.3.1. La igualdad de recursos de Ronald Dworkin.**

Su trabajo ha llenado de argumentos que fortalecen la igualdad como condición constitutiva de nuestras sociedades, y propone una alternativa que es la idea de que la igualdad liberal es de recursos, no de bienestar, y lo explica a través del ejemplo de la subasta hipotética, en el que cada persona participa en principio con un mismo poder adquisitivo.

Esta igualdad de recursos<sup>22</sup> consiste en conseguir la igualdad liberal, y existe cuando los recursos impersonales que controlan las personas son iguales a los costos de oportunidad de estos, en el valor que tendrían en manos de otras personas, es decir, se equiparan, siendo el valor que le asignan las personas de carácter subjetivo. El test de la envidia que utilizan los economistas serviría para la determinación de la igualdad ideal: la igualdad es perfecta cuando ningún miembro de la comunidad envidia el conjunto total de recursos que está bajo el control de cualquier otro miembro. Sin embargo, una vez terminada la aplicación del test de la envidia, cuando las personas comiencen a producir y a intercambiar a partir de sus recursos iniciales, las ventajas de talento y salud, el azar, no tardarán en eliminar incluso la igualdad inicial de recursos materiales de éstos, por lo que deben establecerse estrategias compensatorias que intenten en lo posible reparar las desigualdades derivadas de la distinta asignación de bienes personales. Por esto las personas deben recibir una cantidad adicional e igual de medios con el objeto de desarrollar sus planes de vida, y sobre todo celebrar contratos de seguros para enfrentar las

<sup>20</sup> Cfr. Peña, Carlos. "El Derecho Civil en su Relación con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos". *Sistema Jurídico y Derechos Humanos, Cuaderno de Análisis Jurídico. Serie de Publicaciones Especiales*, N° 6, Universidad Diego Portales, Santiago de Chile, 1996. p. 604, citado por Espejo, Nicolás. *Op. Cit.* 15. p. 6.

<sup>21</sup> Dworkin, Ronald. *Op. Cit.* 18. p. 332. Aldo Valle desarrolla esta distinción de Dworkin en: Valle, Aldo. "Discriminación Inversa o Desfiguración de la Igualdad: Una Reflexión Liberal y Progresista". En *Ronald Dworkin, "Estudios en su Homenaje"*. *Revista de Ciencias Sociales de la Universidad de Valparaíso*, N° 38. pp. 470-474.

<sup>22</sup> Los recursos pueden ser personales, que son aquellos constituidos por las cualidades de la mente y el cuerpo que influyen en el éxito de las personas a la hora de realizar sus planes y proyectos, tales como la salud física y mental, fortaleza; e impersonales, que son aquellos componentes de la naturaleza que podemos transferir. Cfr. Dworkin, *Ética Privada e Igualitarismo Político*. p. 88. citado por: Espejo, Nicolás. *Op. Cit.* 15. p. 49.

posibles desventajas que surjan, en particular por la circunstancia de que las personas nacen dotadas con distintas capacidades. Así, aunque no se pueda lograr una igualdad perfecta, se pueden garantizar mejoras sustanciales a través de estructuras redistributivas financiadas mediante impuestos de carácter general que se acerquen a la idea de los seguros. La igualdad de recursos permite demostrar como los postulados de la justicia distributiva, en el sentido de la igualdad liberal, une las ideas de igualdad y libertad, o como la igualdad liberal une las ideas de igualdad como participación democrática y como condición o expectativas de vida.

### **2.3.2. La idea de capacidades en Sen.**

La tesis central de este economista consiste en la idea de que un criterio evaluador de la justicia de las instituciones sociales debe estar centrado en la libertad real o en las capacidades que las personas tienen para elegir su modo de vida, dentro de las estructuras sociales que ellas definen. Sen sostiene que una postura igualitarista correcta debe centrarse en las capacidades de realización, posteriores a la tenencia de los bienes pero anteriores a la obtención de la utilidad, desestimando el argumento seguido por la economía del bienestar de carácter utilitarista, para la cual la utilidad es la forma correcta de medir el bienestar, y continua con el planteamiento de que la utilidad sea entendida como felicidad, como satisfacción del deseo, o como elección, poniendo de relieve que la regla de la utilidad no resulta un criterio que sea claro y que comprenda el bienestar social de una persona.

Este autor critica la igualdad de recursos de Dworkin, debido a que su posición se centra de forma equivocada en la tenencia de ciertos bienes o recursos, y no en lo que dichos bienes hacen a las personas, pues lo que estas obtienen de estos depende de una variedad de factores y juzgar las ventajas personales en función de la propiedad personal de bienes y servicios puede desorientar. Su objeción a la idea de entender la justicia en relación a los medios y no a las libertades pretende aclarar que la respuesta de la interrogante *¿igualdad de qué?*<sup>23</sup> no se responde por la cantidad de medios que las personas tienen, sino lo que las personas pueden obtener con esos medios, esto es que las reivindicaciones individuales deben ser valoradas en base a las libertades que gozan las personas para elegir entre los distintos modos de vida que valoren por distintas razones. La igualdad se basa entonces en el hecho de poder convertir esos bienes primarios o recursos con libertad para seleccionar una manera de vivir y poder realizarla. Esta facultad de convertir medios en libertades es lo que identifica como capacidades: el poder que tiene una persona para conseguir las varias combinaciones de realización, de hacer y estar. Se puede distinguir así correctamente entre la capacidad y, por un lado, los bienes primarios u otros recursos, y por otra parte la capacidad, representada por la libertad real que se tiene, con las vidas elegidas y otros resultados realizados. En definitiva, Sen elabora el concepto de capacidades como una medida para entender correctamente la igualdad y el bienestar, es decir, como un factor intermedio entre la realización de proyectos de vida individuales y la obtención de los medios

---

<sup>23</sup> Cfr. Sen, Amartya. “¿Igualdad de qué?”. En A.A.V.V.: *Libertad, Igualdad y Derecho*. McMurrin, Sterling (ed.) Ed. Ariel. Barcelona, 1988. pp. 133 – 156.

para la consecución de estos proyectos. En esta línea se concibe el desarrollo como libertad, lo que permite poner el énfasis en los fines de éste, más que en los medios para alcanzarlo, pues estos no lo constituyen ni moral ni conceptualmente.

### 3. El principio de la igualdad.

El principio de igualdad es una aspiración normativa, pues la realidad nos hace patente que la diferencia es la regla. Es junto con el derecho a la libertad uno de los pilares fundamentales de todos los demás derechos de la persona<sup>24</sup>, encontrándose ambos valores materiales como núcleo genésico de toda Constitución democrática<sup>25</sup>, ubicándose en el nivel de conciencia jurídica actual de la humanidad, de la igual dignidad de toda persona humana, lo cual se sostiene tanto en los tratados internacionales de derechos humanos como en las constituciones contemporáneas posteriores a la Segunda Guerra Mundial<sup>26</sup>. En este sentido el jurista inglés H.L.A. Hart señala que se acepta “el principio de que *prima facie* los seres humanos tienen derecho a ser tratados con igualdad”<sup>27</sup>. Este principio consta de dos facetas: una considera un elemento respecto del cual se compara a los demás llamado *tertium comparationes*, o la determinación del mínimo de similitud “que constituye la igualdad esencial de todos los miembros del género humano”<sup>28</sup>, y por lo cual pasa a transformarse en jurídicamente relevante; y la otra es la igualdad ante la ley.

Este principio puede considerarse desde diversas perspectivas, siendo la más básica de ellas la igual dignidad de la persona, la cual resulta difícil de definir, pero una noción de esta sería “un valor espiritual y moral inherente a la persona, que se manifiesta en la autodeterminación conciente y responsable de su propia vida, llevando consigo la pretensión al respeto por parte de los demás y la idea que las personas son siempre sujetos y nunca medios o instrumentos para el desarrollo de otros fines”<sup>29</sup>. Es en virtud de esta igual dignidad común donde encuentran su fundamento los derechos humanos, que pertenecen a todas las personas de igual forma por tener esa calidad.

Una segunda perspectiva que adopta este principio es la igualdad ante la ley, que contempla la igualdad en el trato dado por la ley o en la ley, como la igualdad en la aplicación de

---

<sup>24</sup> Cfr. Petzold-Pernia, Hermann. *Op. Cit.* 3. p. 88; Balaguer, Francisco. En A.A.V.V. *Derecho Constitucional*. Balaguer, Francisco (coord.) vol. II. Ed. Tecnos. Madrid, 2002. p. 72.

<sup>25</sup> Cfr. Balaguer, Francisco. *Ídem*.

<sup>26</sup> Según Barrère se trata de un principio muy antiguo, pero su formulación moderna se da por primera vez en Francia en las Constituciones de 1791, 1793 y 1795, incorporándose progresivamente al resto, y que a pesar de su carácter universal, es poco claro y ha dado lugar a diversas interpretaciones. Así la acepción originaria sería la indiferenciación legal entre las personas, y la más moderna sería la relativa a la prohibición de la diferenciación arbitraria o injustificada de las personas (discriminación) atendiendo a determinados criterios como la raza, sexo, religión, etc. También se discute si este principio se dirige a al poder judicial, caso en el cual se interpretaría como el deber de imparcialidad en el juicio o de aplicación de la ley de igual manera para casos iguales, o el legislativo en que se interpretaría como igualdad en la ley, es decir en la regulación contenida en la misma. Cfr. Barrère Unzueta, María. *Op. Cit.* 5. pp. 8-10.

<sup>27</sup> Hart, H.L.A. *El Concepto de Derecho*. Ed. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1963. pp. 201-202, citado por: Petzold-Pernia, Hermann. *Op. Cit.* 3. p. 88.

<sup>28</sup> Petzold-Pernia, Hermann. *Op. Cit.* 3. p. 89.

<sup>29</sup> Nogueira, Humberto. *Op. Cit.* 11. p. 236.

la ley. No existe acuerdo doctrinal acerca de lo consistiría. Según Nogueira se trataría del “juicio de razonabilidad dentro del cual debe ser entendido el principio de igualdad”<sup>30</sup> y que tutelaría a las personas frente a eventuales privilegios, actos y normas sin fundamento racional o justo, como ante las eventuales irracionalidades del mismo ordenamiento jurídico. Así, la igualdad pasa a constituirse en una condición general de validez de las leyes y en un derecho público subjetivo de la persona, base sobre la cual puede concretarse el principio de protección que se establece con el objeto de lograr una igualdad positiva, a través de acciones positivas que desarrollan la igualdad sustancial, o de oportunidades, y apartan los problemas para la concreción de ésta, con lo cual la igualdad deja de ser un principio puramente formal, considerando las situaciones concretas y reales en las que se encuentra cada grupo social con el objetivo de alcanzar un conjunto básico esencial de condiciones de vida tanto materiales, morales y espirituales, para lograr una igualdad efectiva orientada en la línea de la función legislativa hacia fines sociales a través de la denominada discriminación inversa<sup>31</sup>.

El principio de igualdad no implica una prohibición absoluta de las diferencias, sino una aspiración normativa a la igualdad entre todos los seres humanos respecto de los derechos cuya titularidad exige dicha condición. En consecuencia, no todas las diferencias son relevantes para el juicio de igualdad, sino sólo las esenciales cuando son arbitrarias, ya que carecen de razonabilidad, y en la misma línea, el principio de no discriminación permite la existencia de diferencias, siempre que estas sean razonables. Por lo tanto, el centro del principio de igualdad implica determinar cuando se está en presencia de una diferencia o igualdad razonables y cuándo ante una discriminación o equiparación injusta, ya que en el primer caso se permite y promueve un tratamiento diverso o equivalente, mientras que en el segundo repugna la diversidad o identidad en el trato, consideración que nos será especialmente útil cuando analicemos las acciones positivas como asignación de cuotas en relación a las personas con discapacidad. No obstante, se reconoce un núcleo duro de igualdad establecido en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (Declaración Universal, Pactos Internacionales y sectoriales), donde las diferencias no pueden justificarse en razón de raza, sexo, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión filosófica o política, siendo las que se basan en estos criterios siempre ilegítimas, salvo casos excepcionalísimos justificados por medio de un control más riguroso<sup>32</sup>.

En otros términos la igualdad desde una perspectiva normativa significa que en todos los aspectos de importancia las personas deben tratarse y considerarse de igual modo, a menos de que exista una razón con la suficiente trascendencia como para no hacerlo, surgiendo así el principio de no discriminación como un derecho básico del ser humano.

---

<sup>30</sup> *Ídem*. p. 240.

<sup>31</sup> *Cfr.* Nogueira, Humberto. *Op. cit.* 11. pp. 240-241.

<sup>32</sup> *Cfr.* Gamonal, Sergio. “El principio de no discriminación por razones de sexo en materia laboral”. En *Cuadernos Jurídicos, Universidad Adolfo Ibáñez*, N° 18. Santiago de Chile, 2003. pp. 83-105. Documento en línea, disponible en: [http://www.unicz.it/lavoro/AL\\_GAMONAL\\_DISCRIMINACION.pdf](http://www.unicz.it/lavoro/AL_GAMONAL_DISCRIMINACION.pdf). Extraído el 30 de noviembre de 2004. p. 3; Nogueira, Humberto. *Op. Cit.* 11. pp. 237-238.

#### 4. Principio de no discriminación.

La base de la discriminación como fenómeno social, a nuestro juicio se encuentra en que los derechos humanos que reconocemos son sólo aquellos que pertenecen a quienes consideramos nuestros semejantes, en consecuencia únicamente a estos les reconoceremos en nuestro trato social cotidiano los derechos humanos básicos, aunque sostengamos en teoría que todos los miembros de la especie humana son iguales<sup>33</sup>.

Al definirse el principio se debe tener en cuenta en primer lugar la multiplicidad de sentidos atribuidos al concepto de discriminación, es decir, su carácter equívoco. Así María Barrère plantea el problema acerca de lo que entendemos por ésta al mencionar el sentido moderno que se le da al principio de igualdad ante la ley, y redefine “discriminación” como un término técnico-jurídico que consistiría en una diferenciación injusta de carácter intergrupar, es decir, una desigualdad de trato grupal o entre individuos que pertenecen a grupos con distinto *status* o poder social, y la teoriza como un fenómeno de dominio-subordinación de carácter estructural, utilizando conceptos como subordinación o dominación, por la ventaja de hacer referencia a un modo de evaluar la injusticia social, que se basa en las estructuras y prácticas sociales, es decir se trata de una situación de injusticia estructural que presenta diversos aspectos, tales como marginación, pobreza, violencia, que sufre la gente en la vida diaria<sup>34</sup>.

El principio de no discriminación se encuentra establecido como uno de los derechos más básicos de los seres humanos y elevado a la categoría de *ius cogens*, y se refiere a la prohibición de toda diferenciación hecha sobre fundamentos no razonables, irrelevantes o arbitrarios, es decir, “a menos que exista una razón reconocida como relevante y suficiente, según algún criterio identificable y aceptado, ninguna persona puede ser preferida a otra”<sup>35</sup>. El principio de no discriminación o principio de la igualdad en la ley, constituye una de las reglas en la que se fundamenta la noción de igualdad, y se refiere a la exigencia de que en una norma o conjunto de normas jurídicas generales no haya distinciones fundadas en criterios de relevancia, cuya utilización este prohibida por normas constitucionales, legales, reglamentarias, consuetudinarias, o bien por principios jurídicos suprapositivos (principios generales del derecho, tradición de cultura, principios de derecho natural inherentes a un cierto estadio de la evolución humana y a una determinada región del mundo), de lo que se deriva que es una exigencia tanto para los que crean las normas jurídicas generales como para los que las aplican a los casos concretos<sup>36</sup>.

<sup>33</sup> Cfr. Petzold-Pernia, Hermann. *Op. Cit.* 3. p. 84.

<sup>34</sup> Cfr. Barrère Unzueta, María. *Op. Cit.* 5. pp. 8-14. Aldo Valle Acevedo también entiende el concepto con un contenido odioso o injusto. Cfr. Valle, Aldo. *Op. Cit.* 21. p. 466. Humberto Nogueira también realiza una clasificación de discriminación, y distingue entre discriminación de *iure* y de *facto*. Así, la primera se produce en el contenido de las normas jurídicas y se trata de si los criterios que utiliza la ley para distinguir están justificados y si son razonables o no, el segundo se produce como consecuencia de la aplicación de la norma jurídica, cuando esta no se aplica imparcialmente a todas las personas que se encuentran en una misma situación, hay aquí por lo tanto “un enjuiciamiento a la aplicación de la ley”. Nogueira, Humberto. *Op. Cit.* 11. p. 246.

<sup>35</sup> Concepto de Rabossi, Eduardo. “Derechos Humanos: El principio de igualdad y la discriminación”. *Revista Centro de Estudios Constitucionales*, N° 7, 1990. p. 179, citado por: Nogueira. *Op. cit.* 10. pp. 237-238.

<sup>36</sup> Así lo entiende Petzold-Pernia. *Op. Cit.* 3. pp. 91-92.



## **CAPÍTULO II: LEGISLACIÓN INTERNACIONAL Y DISCAPACIDAD**

### **1. Introducción.**

La integración de los discapacitados ha encontrado una primera protección en las organizaciones internacionales, que hacen énfasis al compromiso político de los Estados de emprender acciones generales y específicas a favor de su integración.

En cuanto a la legislación internacional analizaremos la vigente en la Organización de las Naciones Unidas (en adelante ONU), la Organización de Estados Americanos (en adelante OEA), la Organización Internacional del Trabajo (en adelante OIT), y la Organización Mundial de la Salud (en adelante OMS). Para efectos de este trabajo nos centraremos en la normativa que trata la igualdad en términos generales, y que vincularemos al tema de la discapacidad, para revisar posteriormente los instrumentos que regulan a la discapacidad en específico.

### **2. Concepto y Tipos de Discapacidad.**

#### **2.1. Concepto de discapacidad y de discriminación fundada en discapacidad.**

De acuerdo a la Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud ( en adelante CIF )<sup>37</sup> de la OMS, la discapacidad es: “toda restricción o ausencia debida a una deficiencia de la capacidad de realizar una actividad en la forma o dentro del margen que se considera normal para un ser humano”.

La Observación General 5 en su párrafo 3 entrega un concepto de lo que se entiende por discapacidad siguiendo el enfoque de la normas uniformes aprobadas en 1993, y establece que: “con la palabra discapacidad se resume un gran número de diferentes limitaciones funcionales que se registran en las poblaciones... La discapacidad puede revestir la forma de una deficiencia física, intelectual o sensorial, una dolencia que requiera atención médica o un enfermedad mental. Tales deficiencias, dolencias o enfermedades pueden ser de carácter permanente o transitorio”<sup>38</sup>.

Luego en su párrafo 15 define lo que debe entenderse por “discriminación fundada en discapacidad” a los efectos del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante PIDESC): “es aquella que incluye toda distinción, exclusión, restricción o preferencia, o negativa de alojamiento razonable sobre la base de la discapacidad, cuyo efecto es anular u obstaculizar el reconocimiento, el disfrute o el ejercicio de derechos económicos, sociales o culturales. Mediante la negligencia, la ignorancia, los prejuicios y falsas suposiciones,

---

<sup>37</sup> OMS. *Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud*, CIF, aprobada y publicada por la OMS. Documento en línea, disponible en: <http://www.who.int/classifications/icf/whares/wha-sp.pdf> Extraído 9 de diciembre de 2004.

<sup>38</sup> Consejo Económico y Social. *Aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales. Observación General 5*, U.N.Doc. E/C.12/1994/13. Personas con discapacidades. 11 período de sesiones, 1994. Documento en línea, disponible en: <http://www1.umn.edu/humanrts/gencomm/epcomm5s.htm> Extraído el 7 de enero de 2005.

así como mediante la exclusión, la distinción o la separación, las personas con discapacidad se ven muy a menudo imposibilitadas de ejercer sus derechos económicos, sociales o culturales sobre una base de igualdad con las personas que no tienen discapacidad.”<sup>39</sup>

## **2.2. Tipos de discapacidad.**

La OMS identifica cinco categorías de discapacidad:

- 1) Discapacidad Auditiva: Corresponde a las personas que son sordos totales o han perdido la audición de un oído o presentan problemas de audición y, que a pesar de usar audífonos, no pueden escuchar bien. Se excluye a las personas que usan audífonos y escuchan bien.
- 2) Discapacidad Visual: Corresponde a las personas ciegas totales, que han perdido totalmente la visión de un ojo, o que tienen dificultades severas para ver, aún haciendo uso de lentes ópticos. Se excluye a las personas que pueden corregir la deficiencia para ver mediante el uso de lentes ópticos.
- 3) Discapacidad Física: Se trata de personas con dificultades, como las siguientes: moverse, coordinación motora, control de los movimientos, o parálisis de una o más de sus extremidades. También aquellas personas a las que les falta, o presentan dificultad para hacer uso de una parte del cuerpo, ya sea por accidente, enfermedad, o nacimiento. Su discapacidad se manifiesta en que pueden requerir de la ayuda de otras personas para realizar las actividades de la vida cotidiana, o que tienen dificultades para trabajar o estudiar debido a su deficiencia.
- 4) Discapacidad Mental: Se trata de personas con un funcionamiento intelectual significativamente inferior al promedio. También presentan limitaciones en habilidades de adaptación. En esta categoría se incluyen las personas afectadas por cuadros como el Síndrome de Down y el Autismo.
- 5) Discapacidad Psíquica o Psiquiátrica: Son personas que presentan graves alteraciones en su comportamiento. Su discapacidad se manifiesta en que tienen dificultades para: trabajar, tener amigos, y/o estudiar en forma autónoma. Se incluyen en esta categoría personas afectadas por enfermedades como la esquizofrenia, psicosis, paranoia y depresión mayor.

## **3. Normativa vigente<sup>40</sup>.**

### **3.1. Sistema de las Naciones Unidas.**

#### **3.1.1. ONU.**

---

<sup>39</sup> Párrafo 15. *Ídem*. Pp. 4-5.

<sup>40</sup> Respecto a los Tratados de la Unión Europea, no los incluiremos por tratarse de un tipo singular de derecho, que no corresponde a derecho interno ni internacional propiamente tal, sólo haremos mención a la aprobación del Tratado de Ámsterdam, que en su artículo 141 introduce junto al principio de igualdad de trato, el principio de igualdad de oportunidades; y que parece instaurar la obligación de que las instituciones comunitarias lleven a cabo medidas de acción positiva a favor de las mujeres; reconociéndose la legitimidad de estas medidas adoptadas por los Estados miembros. Esta norma se ha convertido en el único referente de derecho comunitario vinculante en materia de acción positiva.

### a) **Tratados Internacionales relativos a la igualdad y su aplicación en la discapacidad**<sup>41</sup>.

#### ➤ Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales:

Este instrumento es de gran importancia debido que se relaciona directamente con la ayuda social, estableciendo que los derechos incluidos en el Pacto constituyen el medio indispensable para que los minusválidos tomen control de sus propias vidas y tengan una participación activa en la sociedad<sup>42</sup>.

#### ➤ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante PIDCP):

Este Pacto es de gran importancia debido a que la ética fundamental del movimiento mundial por los derechos humanos es la libertad y la participación, es decir, que las personas con discapacidad tengan los mismos derechos y responsabilidades cívicas que las demás personas<sup>43</sup>.

#### ➤ Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles Inhumanos o Degradantes:

Tiene especial importancia para todas las personas con discapacidad que viven en instituciones, donde, debido al desequilibrio de poder existente en estos centros, la discapacidad se acentúa producto de los malos tratos<sup>44</sup>.

#### ➤ Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (en adelante CEDAW):

Esta convención hace referencia en su artículo 11 letra e) a la tendencia a considerar que las personas con discapacidades no pertenecen a ninguno de los dos sexos<sup>45</sup>.

#### ➤ Convención sobre los Derechos del Niño:

La convención es excepcional entre los tratados de derechos humanos, pues contiene un artículo específico sobre los niños con discapacidades<sup>46</sup>.

---

<sup>41</sup> Entre otros instrumentos internacionales relacionados con la igualdad, no analizaremos por motivos de espacio los siguientes: Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza; Carta de las Naciones Unidas; Declaración sobre la eliminación de la discriminación contra la mujer; Convenio sobre las peores formas de trabajo infantil, 1999; Declaración sobre el derecho al desarrollo, centrándonos sólo en los más relevantes para nuestro estudio. Todos los documentos de la ONU utilizados en este trabajo se encuentran disponibles en la página oficial de ésta. Documentos en línea, disponibles en: <http://www.ohch.org/spanish/copyright.htm>. Extraídos el 13 de noviembre de 2004.

<sup>42</sup> Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Entrada en vigor el 3 de enero de 1976, de conformidad con el artículo 27. ONU. *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. Documento en línea, disponible en: <http://www.ohchr.org/spanish/law/cescr.htm> Extraído el 2 de enero de 2005.

<sup>43</sup> Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Entrada en vigor el 23 de marzo de 1976, de conformidad con el artículo 49. ONU. *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*. Documento en línea, disponible en: <http://www.ohchr.org/spanish/law/ccpr.htm> Extraído el 2 de enero de 2005.

<sup>44</sup> Aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1984. ONU. *Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles Inhumanos o Degradantes*. Documento en línea, disponible en: <http://www.ohchr.org/spanish/law/cat.htm> Extraído el 3 de enero de 2005.

<sup>45</sup> Adoptada y abierta a la firma y ratificación, o adhesión, por la Asamblea General en su resolución 34/180, de 18 de diciembre de 1979. Entrada en vigor el 3 de septiembre de 1981, de conformidad con el artículo 27. ONU. *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*. Documento en línea, disponible en: <http://www.ohchr.org/spanish/law/cedaw.htm> Extraído el 3 de enero de 2005.

<sup>46</sup> Adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989. Entrada en vigor el 2 de septiembre de 1990. ONU. *Convención sobre los Derechos del Niño*. Documento en línea, disponible en: <http://www.ohchr.org/spanish/law/crc.htm> Extraído el 3 de enero de 2005.

➤ Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial:

Se reconoce expresamente el fenómeno de doble discriminación por motivo de raza y discapacidad<sup>47</sup>.

**b) Declaraciones, Resoluciones y otros documentos relacionados con la discapacidad<sup>48</sup>:**

➤ Declaración Universal de Derechos Humanos<sup>49</sup>:

En su artículo 1° proclama que “todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos...”. Su artículo 2 inciso 2° establece los principios básicos de igualdad y no discriminación, en lo que respecta el goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales, “sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole; origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición”. El artículo 7 establece el derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja sus preceptos y contra toda provocación a tal discriminación. También garantizan la igualdad los artículos 10; 12; 13; 14.1; 15; 16.1; 17; 18; 19; 20; y 21. Los derechos económicos sociales y culturales reconocidos en los artículos 22 al 27 incluyen entre otros el derecho a la

<sup>47</sup> Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 2106 A (XX), de 21 de diciembre de 1965. Entrada en vigor el 4 de enero de 1969, de conformidad con el artículo 19. ONU. *Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial*. Documento en línea, disponible en: <http://www.ohchr.org/spanish/law/cerd.htm> Extraído el 3 de enero de 2005.

<sup>48</sup> Existen muchas resoluciones las que no analizaremos por motivos de espacio, pero entre otras pueden consultarse: Resolución de la Asamblea General 37/52, de 3 de diciembre de 1982, en la que se aprobó el Programa de Acción Mundial para los Impedidos; Observación General 14, del año 2000, en el que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales adoptó un enfoque operativo del derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud y reafirmó las disposiciones de la Observación General 5, en particular respecto a la salud física y mental; Resolución 2000/51 de la Comisión de Derechos Humanos, de 25 de abril de 2000, sobre los derechos humanos de las personas con discapacidad; Resolución 2000/10 del Consejo Económico y Social, de 27 de julio de 2000, sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad; Resolución 56/115, de 19 de diciembre de 2001, sobre la aplicación del Programa de Acción Mundial para los Impedidos; Resolución 56/168 de la Asamblea General, de 19 de diciembre de 2001, en la que la Asamblea estableció un Comité Especial encargado de examinar propuestas sobre una convención internacional amplia e integral para promover y proteger los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad; Resolución 2002/26 del Consejo Económico y Social; Resolución 2002/61, de 25 de abril de 2002, sobre los derechos humanos de las personas con discapacidad; Resolución 56/510 de la Asamblea General, de 23 de julio de 2002, sobre la acreditación y participación de organizaciones no gubernamentales en el Comité Especial y la decisión adoptada por el Comité en su primer período de sesiones sobre las modalidades de participación de las organizaciones no gubernamentales acreditadas; Resolución 57/229, que crea un fondo de contribuciones voluntarias; Fondo de Contribuciones Voluntarias de las Naciones Unidas para los Impedidos; Resolución 57/229, de 18 de diciembre 2002, en la que la Asamblea tomó nota con reconocimiento del informe del Comité Especial sobre su primer período de sesiones y reafirmó la necesidad de promover y proteger el disfrute igual y efectivo de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por parte de las personas con discapacidad, consciente de la contribución que una convención podría realizar en este sentido; Resolución aprobada por la Comisión de Desarrollo Social, de 21 de febrero de 2003, sobre una convención internacional amplia e integral para promover y proteger los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad; Resolución de la Comisión de Derechos Humanos 2003/49; Estudio sobre los derechos humanos y la discapacidad presentado a la Comisión de Derechos Humanos en su 58° período de sesiones. Documentos en línea, disponibles en: <http://www.ohch.org/spanish/copyright.htm>. Extraídos el 2 de enero de 2005.

<sup>49</sup> Esta vino a llenar una laguna en relación a los derechos fundamentales que existía en el Pacto de la Vieja Sociedad de las Naciones, constituyendo un hito trascendente en la historia de la humanidad pues por primera vez, un sistema de principios fundamentales de la conducta humana fue libremente aceptado por la mayor parte de los países. *Cfr.* Pacheco Gómez, Máximo. *Los Derechos Humanos. Documentos Básicos*. Tomo I. Ed. Jurídica de Chile. Santiago de Chile, 2000. pp. 23, y 30.

seguridad social, el derecho al trabajo, derecho a la educación, el derecho a un nivel de vida adecuado que asegure la salud y el bienestar<sup>50</sup>.

➤ Declaración sobre el Progreso y el Desarrollo en lo Social:

En esta se estima que la tarea primordial de todos los Estados y todas las organizaciones internacionales es eliminar de la vida de la sociedad todos los males y obstáculos que entorpecen el progreso social, tales como la desigualdad, la explotación y el racismo, y se invita a que se adopten medidas, en los planos nacional e internacional, a fin de que se utilice esta Declaración como base común de las políticas de desarrollo social.

En su parte primera titulada *Principios*, el artículo 1 establece el derecho de todos los seres humanos “a vivir con dignidad y a gozar libremente de los frutos del progreso social y, por su parte, deben contribuir a él”. El artículo 2 establece que el desarrollo y progreso social se fundan en el respeto de la dignidad y el valor de la persona humana, debiéndose asegurar la promoción de los derechos humanos y la justicia social por parte de los pueblos e individuos, para lo cual se requiere la eliminación inmediata y definitiva de todas las formas de desigualdad y de explotación de pueblos e individuos, y de toda otra política e ideología contrarias a los principios y propósitos de las Naciones Unidas; el reconocimiento y la aplicación efectiva de los derechos civiles y políticos y de los derechos económicos, sociales y culturales sin discriminación alguna. El artículo 5 establece que:

“ el progreso y el desarrollo en lo social exigen el pleno aprovechamiento de los recursos humanos, lo que entraña en particular: ...b) La difusión de informaciones de carácter nacional e internacional, con objeto de crear en los individuos la conciencia de los cambios que se producen en la sociedad en general; d) La garantía a los sectores menos favorecidos o marginales de la población de iguales oportunidades para su avance social y económico a fin de lograr una sociedad efectivamente integrada”.

El artículo 6 continúa con la exigencia del desarrollo social que es que se garantice a toda persona el derecho a trabajar y a elegir empleo libremente, y la participación de todos los miembros de la sociedad en un trabajo productivo y socialmente útil, y:

“el establecimiento, de conformidad con los derechos humanos y las libertades fundamentales, así como con los principios de justicia y de función social de la propiedad, de modos de propiedad de la tierra y de los medios de producción que excluyan cualesquiera formas de explotación del hombre, garanticen igual derecho a la propiedad para todos, y creen entre los hombres condiciones que lleven a una auténtica igualdad.”

Luego, en su parte segunda titulada *Objetivos* establece que el progreso y el desarrollo en lo social deben encaminarse a la continua elevación del nivel de vida tanto material como espiritual de todos los miembros de la sociedad, dentro del respeto y del cumplimiento de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, mediante el logro de los objetivos principales, que entre otros son: la garantía del derecho al trabajo en todas las categorías; el

---

<sup>50</sup> Adoptada y proclamada por la Asamblea General en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948. ONU. *Declaración Universal de Derechos Humanos*. Documento en línea, disponible en: <http://www.unhcr.ch/udhr/lang/spn.htm> Extraído el 2 de enero de 2005.

fomento del pleno empleo productivo, la eliminación del desempleo y el subempleo, el establecimiento de condiciones de trabajo justas y favorables para todos; la garantía de una remuneración justa por los servicios prestados sin discriminación alguna, así como el establecimiento de un salario mínimo suficiente para asegurar condiciones de vida decorosas; la elevación continua de los niveles de vida y la distribución justa y equitativa del ingreso; el logro de los más altos niveles de salud y la prestación de servicios de protección sanitaria para toda la población, de ser posible en forma gratuita (artículo 10). En el artículo 11, la provisión de sistemas amplios de seguridad social y los servicios de asistencia social, y el establecimiento y la mejora de sistemas de servicios y seguros sociales para todas aquellas personas que por enfermedad, invalidez o vejez no puedan ganarse la vida, temporal o permanentemente, teniendo en cuenta la necesidad de garantizar el debido nivel de vida a estas personas, a sus familias y a quienes estén a su cargo; la protección de los derechos y la garantía del bienestar de los niños, ancianos e impedidos; la protección de las personas física o mentalmente desfavorecidas; la garantía de que a todos los individuos, sin discriminación de ninguna clase, se les den a conocer sus derechos y obligaciones y reciban la ayuda necesaria en el ejercicio y protección de sus derechos. El artículo 12 contempla la creación de las condiciones necesarias para un desarrollo social y económico acelerado y continuo, particularmente en los países en desarrollo; la modificación de las relaciones económicas internacionales y la aplicación de métodos nuevos y perfeccionados de colaboración internacional en que la igualdad de oportunidades sea prerrogativa tanto de las naciones como de los individuos dentro de cada nación; la eliminación de todas las formas de discriminación y de explotación y de todas las demás prácticas e ideologías contrarias a los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas; el 13, la protección y el mejoramiento del medio humano.

La parte tercera titulada *Medios y Métodos* en su artículo 16 letra d), establece la adopción de medidas encaminadas a prevenir una salida de capitales de los países en desarrollo que redunde en detrimento de su desarrollo económico y social. En el artículo 18 a), la:

“adopción de medidas pertinentes, legislativas, administrativas o de otra índole, que garanticen a todos no sólo los derechos políticos y civiles, sino también la plena realización de los derechos económicos, sociales y culturales sin discriminación alguna”.

El 19 d):

“la institución de medidas apropiadas para la rehabilitación de las personas mental o físicamente impedidas, especialmente los niños y los jóvenes, a fin de permitirles en la mayor medida posible, ser miembros útiles de la sociedad (entre estas medidas deben figurar la provisión de tratamiento y prótesis y otros aparatos técnicos, los servicios de educación, orientación profesional y social, formación y colocación selectiva y la demás ayuda necesaria) y la creación de condiciones sociales en las que los impedidos no sean objeto de discriminación debida a sus incapacidades”.

Finalmente el artículo 25 letra a) consagra:

“la adopción de medidas jurídicas y administrativas en los planos nacional e internacional para la protección y mejora del medio humano”<sup>51</sup>.

➤ Conferencia Mundial de Derechos Humanos de Viena:

Establece que: “todos los derechos humanos son universales, inalienables, interdependientes e interrelacionados”. La conceptualización de los derechos humanos como interdependientes e interrelacionados es fundamental para el desarrollo de una política integral en relación a personas con discapacidad, debido a que hace posible vincular, por ejemplo, el derecho a la educación y la formación profesional con el derecho al trabajo sobre la base de la no discriminación<sup>52</sup>.

➤ Declaración sobre el derecho y el deber de los individuos, los grupos y las instituciones de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales universalmente reconocidos.

Su artículo 1 establece el derecho de toda persona a promover y procurar la protección y realización de los derechos humanos y libertades fundamentales, tanto nacional como internacionalmente. El artículo 2 establece la responsabilidad de los Estados de adoptar las medidas necesarias para la creación de condiciones sociales, políticas, entre otras, así como las garantías jurídicas para que toda persona sometida a su jurisdicción, individual o colectivamente pueda hacer efectivos estos derechos. El artículo 3 se refiere a que es el derecho interno el marco jurídico donde se deben materializar y ejercer los derechos humanos y libertades fundamentales, en la medida que concuerde con la Carta de las Naciones Unidas y otras obligaciones internacionales del Estado en la esfera de los derechos humanos, y en el que deben llevarse a cabo las actividades a que se refiere esta Declaración para su promoción, protección y realización. Para estos fines las personas tienen derecho a formar organizaciones, asociaciones o grupos no gubernamentales, y a afiliarse a ellos o a participar en ellos (artículo 5). El artículo 6 establece el derecho a conocer y obtener información sobre todos estos derechos, incluidos el de acceso a la información sobre los medios por los que se dan a efecto en los sistemas legislativo, judicial y administrativo internos; a publicar, impartir o difundir libremente opiniones, informaciones y conocimientos relativos a estos derechos; a estudiar y debatir si estos se observan, tanto legalmente como en la práctica, a formar y mantener una opinión al respecto, así como poner en evidencia ante el público estos temas a través de esos medios y otros que sean adecuados. El artículo 8 reconoce el derecho de toda persona a tener la oportunidad efectiva, sobre una base no discriminatoria, de participar en el gobierno de su país y en la gestión de los asuntos públicos; y por último los particulares, las organizaciones no gubernamentales. El artículo 9, a disponer de recursos eficaces y a ser protegida en caso de violación de esos derechos. Por último, esta Declaración manifiesta en su artículo 16, que las instituciones pertinentes tienen

<sup>51</sup> Proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 2542 (XXIX), de 11 de diciembre de 1969. ONU. *Declaración sobre el Progreso y el Desarrollo en lo Social*. Documento en línea, disponible en: <http://www.ohchr.org/spanish/law/progreso.htm> Extraído el 2 de enero de 2005.

<sup>52</sup> ONU. *Conferencia Mundial de Derechos Humanos de Viena*. 1997. Documento en línea, disponible en: <http://daccess-ods.un.org/access.nsf/Get?Open&DS=A/CONF.157/23&Lang=S> Extraído el 3 de enero de 2005.

la importante misión de contribuir a sensibilizar al público en relación a los derechos humanos y las libertades fundamentales, mediante actividades de enseñanza, capacitación e investigación en el tema, con el fin de dar fortaleza entre otras cosas la comprensión y la tolerancia, teniendo en cuenta las diferentes mentalidades de las sociedades y comunidades en que llevan a cabo sus actividades<sup>53</sup>.

➤ Declaración de los derechos del Retrasado Mental:

Pide que se adopten medidas a nivel nacional o internacional para la protección de los siguientes derechos: a la igualdad; a la atención médica y el tratamiento físico que requiera su caso, educación, capacitación, rehabilitación y orientación que le permitan desarrollar al máximo su capacidad y aptitudes; a la seguridad económica y a un nivel de vida decoroso, y en la medida de sus posibilidades el derecho a desempeñar un empleo productivo o alguna otra ocupación útil; a poder residir con su familia o en algún otro lugar que reemplace su hogar propio, recibiendo en cualquiera de estos la asistencia necesaria, y en la circunstancia de que se necesite internarlo en un establecimiento especializado, las condiciones de este último deben ser lo más parecidas posible a los de la vida normal; participar en las distintas formas de vida de la comunidad; a poder contar con la atención de un tutor calificado cuando sea indispensable para su protección o la de sus bienes; a ser protegido contra toda explotación y abuso o trato degradante; en el caso de que le sea interpuesta una acción judicial, debe ser sometido a un proceso justo en el que se considere plenamente su grado de responsabilidad atendidas sus facultades mentales. En el párrafo 7 establece que en el caso de que las personas con retraso mental que por la gravedad de su impedimento, no sean capaces de ejercer en forma efectiva sus derechos, o si se hace necesaria la limitación o supresión de estos, el procedimiento que se emplee para aquello debe contener salvaguardias jurídicas que los protejan contra todo abuso, el cual deberá basarse en una evaluación de su capacidad social por profesionales. La limitación o supresión quedará sujeta a revisiones periódicas, y reconocerá el derecho de apelación a autoridades superiores<sup>54</sup>.

➤ Declaración de los Derechos de los Impedidos:

En su número 1 define como impedido a:

“toda persona incapacitada de subvenir por sí misma, en su totalidad o en parte, a las necesidades de una vida individual o social normal a consecuencia de una deficiencia, congénita o no, de sus facultades físicas o mentales”.

Continúa manifestando que el impedido debe gozar de todos los derechos contenidos en esta Declaración, sin excepción, distinción ni discriminación alguna por motivos de raza, color,

---

<sup>53</sup> ONU. Asamblea General. *Declaración sobre el derecho y el deber de los individuos, los grupos y las instituciones de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales universalmente reconocidos*. Documento en línea, disponible en: <http://daccess-ods.un.org/access.nsf/Get?Open&DS=A/RES/53/144&Lang=S> Extraído el 3 de enero de 2005.

<sup>54</sup> ONU. Asamblea General. *Declaración de los derechos del Retrasado Mental*. Proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de diciembre de 1971. Resolución 2856 (XXVI). Documento en línea, disponible en: [http://daccess-ods.un.org/access.nsf/Get?Open&DS=A/RES/2856\(XXVI\)&Lang=S&Area=Resolution](http://daccess-ods.un.org/access.nsf/Get?Open&DS=A/RES/2856(XXVI)&Lang=S&Area=Resolution) Extraído el 2 de enero de 2005.



sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de otra índole, origen nacional o social, fortuna nacimiento o cualquier otra circunstancia, tanto personalmente como a su familia; tiene el derecho esencial a que se respete su dignidad humana, y a disfrutar de una vida decorosa, lo más normal y plena posible; goza de los mismos derechos civiles y políticos que los demás seres humanos, haciéndosele aplicable el párrafo 7 de la Declaración de los Derechos del Retrasado Mental frente a todo posible caso de limitación o supresión de éstos. Tiene derecho a las medidas que le permitan lograr la mayor autonomía posible; derecho a recibir atención médica, psicológica y funcional, incluidos los aparatos de prótesis y ortopedia; a la readaptación médica y social; a la educación; a la formación y a la readaptación profesionales; a las ayudas, consejos, servicios de colocación y otros servicios que aseguren el aprovechamiento máximo de sus facultades y aptitudes y aceleren el proceso de su integración o reintegración social; derecho a la seguridad económica y social y a un nivel de vida decoroso, y en la medida de sus posibilidades a obtener y conservar un empleo y a ejercer una ocupación útil, productiva y remunerativa; derecho a que se tengan en cuenta sus necesidades particulares en todas las etapas de planificación económica y social; no pudiendo ser obligado a un trato distinto en materia de residencia, del que exija su estado o la mejoría que se le podría adoptar, y si fuese indispensable su permanencia en un establecimiento especializado, el medio y las condiciones de vida en él deberán asemejarse lo más posible a los de la vida normal de las personas de su edad; y debe ser protegido contra toda explotación, reglamentación o trato discriminatorio, abusivo o degradante, entre otros<sup>55</sup>.

➤ Principios para la protección de los enfermos mentales y el mejoramiento de la atención de la salud mental:

Establece los principales principios para la protección de los enfermos mentales, y para el mejoramiento de la atención de la salud, entre otras el principio 13 se refiere a su derecho a ser plenamente respetado en cuanto se refiere a su reconocimiento como persona ante la ley<sup>56</sup>.

➤ Normas Uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad:

Reconocen que en sí mismas no son jurídicamente obligatorias, pero se aspira a que su adopción por un gran número de Estados las dote de una fuerza moral que las convierta en *ius cogens*. Establece que para proveer de igualdad de oportunidades, la sociedad, el entorno físico, las actividades, la información y la documentación deben estar efectivamente a disposición de todos, el empleo de los recursos debe garantizar a las personas, sin distinción, iguales oportunidades de participar.

<sup>55</sup> ONU. Asamblea General. *Declaración de los Derechos de los Impedidos*. Adoptada por Resolución N° 3.447 de la Asamblea General el 9 de diciembre de 1975. Documento en línea, disponible en: [http://daccess-ods.un.org/access.nsf/Get?Open&DS=A/RES/3447\(XXX\)&Lang=S&Area=RESOLUTION](http://daccess-ods.un.org/access.nsf/Get?Open&DS=A/RES/3447(XXX)&Lang=S&Area=RESOLUTION) Extraído el 2 de enero de 2005.

<sup>56</sup> ONU. Asamblea General. *Principios para la protección de los enfermos mentales y el mejoramiento de la atención de la salud mental*. Adoptados por la Asamblea General en su resolución 46/119, de 17 de diciembre de 1991. Documento en línea, disponible en: <http://daccess-ods.un.org/access.nsf/Get?Open&DS=%20A/RES/46/119&Lang=S> Extraído el 2 de enero de 2005.

Los requisitos que señalan estas normas para la igualdad de participación son entre otras, una mayor conciencia de los derechos, necesidades y posibilidades y contribución que pueden brindar las personas con discapacidad por parte de la sociedad, la existencia de apoyo médico eficaz para estas en todo el tratamiento de salud que requieran, y la prestación de distintos servicios como, por ejemplo, asistencia personal, intérpretes, fabricación y distribución de ayudas técnicas, incluso en condiciones de gratuidad.

Esta igualdad de participación debe lograrse en los ámbitos del acceso al entorno físico, a la información y a la comunicación; de la educación en los niveles primario, secundario y superior en el sistema de enseñanza general, no desconociendo los casos que requieren un sistema especial; del trabajo y la capacitación, asegurando condiciones equitativas, incentivos, exenciones, subsidios y cupos reservados a personas con discapacidad en los sectores público y privado; de la seguridad social y el subsidio para el mantenimiento del ingreso para estas personas y para quienes se preocupen de ellas; de la vida en familia y su sexualidad, matrimonio y procreación, y en cuanto a su integridad personal prevenir el abuso y la discriminación.

Para la ejecución de estas normas por parte de los Estados, entre otras medidas, deben reunir y difundir información, fomentar la investigación acerca de las condiciones de vida de las personas con discapacidad; crear las bases jurídicas y económicas para alcanzar la plena participación y la igualdad de ellas; asegurar la formación adecuada del personal que interviene en la planificación y suministro de servicios y programas para personas con discapacidad y supervisarlos y evaluarlos permanentemente, y cooperar en los planos técnico y económico, así como en el internacional, para mejorar las condiciones de vida y la efectiva igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad<sup>57</sup>.

➤ Observación General 5. Personas con discapacidades. Aplicación del PIDESC:

En su párrafo 2 menciona que la experiencia obtenida a la fecha de la Observación (1994) por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en cuanto a la fiscalización realizada por este y el grupo de trabajo que lo precedió, en orden a la tarea encomendada por la Asamblea General y la Comisión de Derechos Humanos, en relación al cumplimiento por los Estados Partes en el PIDESC de su obligación de lograr que las personas con discapacidad puedan disfrutar plenamente de los derechos correspondientes, indicó que los Estados Partes prestaron muy poca atención al tema en sus informes, y se cita la conclusión a la que llegó el secretario general en orden a que: “la mayoría de los gobiernos no ha adoptado aún medidas concertadas decisivas que mejorarían en la práctica esa situación de las personas con discapacidad”. El párrafo 4 realiza un alcance respecto de la utilización del término “persona con discapacidad”, en lugar de la antigua expresión “persona discapacitada”, pues se ha sugerido que esta última podría interpretarse erróneamente en el sentido de que se había perdido la capacidad

<sup>57</sup> ONU. *Normas Uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad*. Aprobadas Por Resolución N° 48/96 de la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de diciembre de 1993. Documento en línea, disponible en: <http://daccess-ods.un.org/access.nsf/Get?Open&DS=A/RES/48/96&Lang=S>

personal de funcionar como persona. El párrafo 5 menciona que según la Declaración Universal de Derechos Humanos todos los seres humanos han nacido libres e iguales en dignidad y en derechos y, como las disposiciones del Pacto se aplican plenamente a todos los miembros de la sociedad, las personas con discapacidad tienen claramente derecho a toda gama de derechos reconocidos en el pacto. Del mismo modo, en la medida que se requiera un tratamiento especial los Estados Partes deben adoptar medidas adecuadas, en lo posible, para que dichas personas procuren superar los inconvenientes derivados de su discapacidad, y así logren el pleno disfrute de los derechos reconocidos en el Pacto. El párrafo 6 explica el hecho de que el Pacto no contemple una disposición explícita que trate la discapacidad, y que puede atribuirse al desconocimiento de la importancia que tiene el ocuparse de manera explícita del asunto, en vez de hacerlo por referencia cuando éste se redactó. El párrafo 7 indica que la comunidad internacional ha afirmado su voluntad de conseguir el pleno disfrute de los derechos humanos para las personas con discapacidad en los instrumentos que nombra. El párrafo 9 indica que la obligación de los Estados Partes, en el caso de un grupo tan vulnerable y desfavorecido como el de las personas con discapacidad, consiste en adoptar medidas positivas para disminuir las ventajas estructurales y para dar un trato preferente a las personas de este grupo, con el fin de conseguir los objetivos de la plena participación e igualdad dentro de la sociedad. Para esto se necesitaran recursos adicionales y la adopción de una serie de medidas elaboradas especialmente. En el mismo sentido está el párrafo 18, el cual en el título III llamado *Obligación de Eliminar la Discriminación por Motivos de Discapacidad*, manifiesta que las medidas apropiadas que se adopten para eliminar la discriminación existente y para establecer oportunidades equitativas para las personas con discapacidad, no serán consideradas discriminatorias en el sentido del párrafo 2 del artículo 2 del PIDESC mientras se basen en el principio de la igualdad y se utilicen únicamente en la medida adecuada para conseguir dicho objetivo.

### **3.1.2. Promoción laboral de las personas con discapacidad en los instrumentos de la OIT.**

Este organismo inicia desde 1955 una acción específica para la reinserción social de los minusválidos ya que en ese año, la Conferencia Internacional del Trabajo adoptó por unanimidad, la Recomendación N° 99 sobre la adaptación y readaptación profesionales de los inválidos, la que inspiró legislaciones internas, hasta la adopción de los instrumentos que se analizan a continuación:

- Convenio 159, de 20 de junio de 1983, sobre la readaptación profesional y empleo de personas inválidas:

Entrega un concepto de persona inválida en relación a la posibilidad de obtener, conservar y progresar en un trabajo adecuado. Establece los principios rectores y principales obligaciones que asumen los Estados miembros en sus artículos 1, 3, 4 y 8, conforme a los cuales la finalidad de la readaptación profesional es permitir que la persona inválida obtenga y conserve un empleo adecuado y progrese en el mismo, debiendo la política nacional que se adopte a este respecto asegurar que existan medidas adecuadas de readaptación profesional de las que puedan gozar

todas las persona inválidas, y promover el empleo de estas. Esta política debe estar basada en el principio de igualdad de oportunidades y de trato<sup>58</sup>.

- Recomendación N° 168, de 20 de junio de 1983 sobre la readaptación profesional y empleo de personas inválidas:

Viene a complementar el Convenio 159 sobre la readaptación profesional y el empleo de personas inválidas, por decisión de la Conferencia General de la OIT la cual decidió incorporar diversas proposiciones relativas al tema, en vista de la conveniencia de adoptar nuevas normas internacionales, teniendo para esto especialmente en cuenta la necesidad de asegurar, tanto en zonas urbanas como rurales, la igualdad de oportunidades y de trato a todas las categorías de personas inválidas en materia de empleo y de integración a la comunidad <sup>59</sup>.

### 3.2. OEA.

#### a) Tratados Internacionales relativos a la igualdad y su aplicación en la discapacidad.

- Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante CADH):

Se reafirma el propósito por parte de los Estados Americanos signatarios de esta Convención, de consolidar en el continente un régimen de libertad personal y justicia social fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre; reconociéndose que estos derechos no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que su fundamento se encuentra en los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos<sup>60</sup>.

- Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, aprobada en Guatemala el 7 de junio de 1975:

En esta se reafirma que las personas con discapacidad tienen los mismos derechos y libertades fundamentales que otras personas, y que estos, incluido el de no verse sometidos a discriminación fundamentada en discapacidad, emanan de la dignidad y la igualdad inherentes a todo ser humano. Se manifiesta por los Estados parte en la presente Convención, entre otros puntos, la preocupación por la discriminación de que son objeto las personas en razón de su discapacidad <sup>61</sup>.

#### b) Declaraciones, y otros documentos relacionados con la discapacidad.

<sup>58</sup> OIT. Convenio (número 159), 1983. Documento en línea disponible en: <http://www.ilo.org/lilolex/cgi-lex/convds.pl?C159>. Extraído el 2 de enero de 2005.

<sup>59</sup> Recomendación (número 168) sobre la readaptación profesional y el empleo (personas inválidas), 1983. Documento en línea disponible en: <http://www.ilo.org/lilolex/cgi-lex/convds.pl?168>. Extraído el 2 de enero de 2005.

<sup>60</sup> OEA. *Convención Americana sobre Derechos Humanos*. 1969. Documento en línea, disponible en: <http://www.oas.org/jurídico/spanish/firmas/b-32.htm>. Extraído el 2 de enero de 2005.

<sup>61</sup> OEA. *Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad*. 1999. Documento en línea, disponible en: <http://www.oas.org/jurídico/spanish/firmas/b-65.htm>. Extraído el 2 de enero de 2005.

- Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador":

En su Artículo 18, en el título de Protección de los Minusválidos establece que:

“Toda persona afectada por una disminución de sus capacidades físicas o mentales tiene derecho a recibir una atención especial con el fin de alcanzar el máximo desarrollo de su personalidad. Con tal fin, los Estados partes se comprometen a adoptar las medidas que sean necesarias para ese propósito y en especial a:

- a. ejecutar programas específicos destinados a proporcionar a los minusválidos los recursos y el ambiente necesario para alcanzar ese objetivo, incluidos programas laborales adecuados a sus posibilidades y que deberán ser libremente aceptados por ellos o por sus representantes legales, en su caso;
- b. proporcionar formación especial a los familiares de los minusválidos a fin de ayudarlos a resolver los problemas de convivencia y convertirlos en agentes activos del desarrollo físico, mental y emocional de éstos;
- c. incluir de manera prioritaria en sus planes de desarrollo urbano la consideración de soluciones a los requerimientos específicos generados por las necesidades de este grupo;
- d. estimular la formación de organizaciones sociales en las que los minusválidos puedan desarrollar una vida plena”<sup>62</sup>.

- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre:

En su artículo segundo establece el derecho de igualdad ante la ley, y continúa con que “todas las personas son iguales ante la ley y tienen los derechos y deberes consagrados en esta Declaración sin distinción de raza, sexo, idioma, credo ni otra alguna”<sup>63</sup>.

#### 4. Institucionalidad.

- ONU.

Existen diferentes instituciones y agencias de derechos humanos en el marco de las Naciones Unidas. Todas tienen como objetivo común promover y proteger los derechos humanos internacionalmente reconocidos, ya sean civiles, culturales, económicos, políticos o sociales. Tales derechos fueron proclamados por primera vez en la Declaración Universal de Derechos Humanos. Para el cumplimiento de este objetivo desarrollan entre otras, funciones de fiscalización, realizar trabajos de investigación, informes periciales, asistencia consultiva, difundir información acerca de los derechos humanos. Así en relación con la discapacidad, con un carácter general existe el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (en adelante ACNUDH)<sup>64</sup>, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y

<sup>62</sup> OEA. *Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador"*. Suscrito en San Salvador, El Salvador, el 17 de noviembre de 1988. Documento extraído del libro de: Pacheco Gómez, Máximo. *Op. Cit.* 49. pp. 311-323.

<sup>63</sup> OEA. *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*. Aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana, Bogotá, Colombia, 1948. Documento extraído del libro de: Pacheco Gómez, Máximo. *Op. Cit.* 49. pp. 91-96.

<sup>64</sup> Alto comisionado de las Naciones Unidas para los derechos humanos. Documento en línea, disponible en: <http://ohchr.orgspanish/about/hc/index/htm>. Extraído el 15 de diciembre de 2004. A modo de ejemplo de la labor que realiza el ACNUDH podemos citar el Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y seguimiento de la Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos: en este documento se realiza un resumen de las conclusiones del estudio en el que se evaluaban los mecanismos y normas vigentes a la época en la esfera de los derechos humanos y la discapacidad, encargado a Gerard Quinn y Theresia Degener. En él se estima la cifras de discapacidad mundial, y entre otras conclusiones, se dice que la discapacidad debe ser abordada desde una perspectiva polifacética, de derechos humanos, distinta del actual enfoque de doble vía del sistema internacional actual; se determina la importancia que tienen en el tema las ONG; se hace hincapié en que los instrumentos de derechos humanos no proporcionan simplemente orientación, sino que imponen a los estados la obligación de reformar en la medida que se modifiquen o se agreguen nuevos; se afirma que el problema básico es la relativa

Culturales<sup>65</sup>, Comité de los Derechos del Niño<sup>66</sup>, Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer<sup>67</sup>, Comisión de Derechos Humanos<sup>68</sup>; y en específico un Relator Especial para la Discapacidad de la Comisión de Desarrollo Social<sup>69</sup>.

En cuanto a la OMS, es un órgano que forma parte del Sistema de las Naciones Unidas. Fija los criterios en los cuales se basarán los otros órganos legisladores pertenecientes a éste para la elaboración de las normas relacionadas con la salud mundial que serán y podrán ser aplicadas internacionalmente. Así por ejemplo, las normas CIF ya tratadas en este capítulo establecen un concepto de discapacidad y una clasificación de esta.

## 5. Análisis de la igualdad en la normas internacionales referidas a la discapacidad.

A primera vista nos damos cuenta que no existe una legislación integral relativa a los derechos de las personas con discapacidad en la normativa internacional, específicamente en el Sistema de Naciones Unidas, ya que no existe convención en la materia. Al carecer de esta legislación integral, tiene primera aplicación el PIDESC, que no se refiere a la discapacidad expresamente, pero que se ha entendido que lleva una referencia implícita al establecerla como una de las categorías prohibidas de discriminación.

invisibilidad de los discapacitados tanto en la sociedad como en las disposiciones de los instrumentos de derechos humanos vigentes de derechos humanos, así la problemática fundamental en los derechos humanos es la de dar cabida a la diferencia que supone la discapacidad y hacer que los discapacitados sean visibles en materia de tratados. *Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y seguimiento de la Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos*. Los derechos de las personas con discapacidad del Consejo Económico y Social. 20 de febrero de 2002. Comisión de Derechos Humanos. 58° período de sesiones. Tema 4 del programa original. Nota de la Oficina de la ACNUDH. Documento en línea, disponible en: <http://daccess-ods.un.org/access.nsf/Get?Open&DS=E/CN.4/2002/18/Add.1&Lang=S> Extraído el 23 de diciembre de 2004.

<sup>65</sup> Es el encargado de fiscalizar el cumplimiento del PIDESC de los Estados Partes en el Pacto, de su obligación de lograr que las personas con discapacidad puedan disfrutar plenamente de los derechos correspondientes, función que fue delegada por la Asamblea General y Comisión de Derechos Humanos.

<sup>66</sup> Es el encargado, entre otras funciones, de recibir los informes de los Estados Partes sobre el cumplimiento y aplicación de las obligaciones contraídas por estos en la Convención sobre los Derechos del Niño, respecto de los niños con discapacidades. Se encarga de supervisar éstas en relación al artículo 23, que trata en específico a los niños con discapacidades, y la discapacidad respecto de todos los demás derechos consagrados en la Convención. Respecto a este punto, el Comité ha declarado que a la luz de este artículo los Estados Partes deberían elaborar programas para promover la inclusión activa de todos los niños con discapacidad en la sociedad. A su vez, promueve un enfoque inclusivo, que prevé que los niños con discapacidad asistan a los mismos servicios de enseñanza que los demás y permanezcan en su entorno natural, beneficiándose a la vez de los programas y los servicios especializados que sean necesarios. En este sentido, ha expresado su preocupación por la escasez de infraestructura adecuada, de personal calificado y de instituciones especializadas para esos niños. También señaló que si bien la incidencia de la discapacidad en la población infantil es escasa, los niños que tienen ese problema han sido objeto de abandono y discriminación. *Derechos Humanos de las Personas con discapacidad*. Nota del Secretario General, del 2 de agosto de 2001. A/56/263. Documento en línea, disponible en: <http://daccess-ods.un.org/access.nsf/Get?Open&DS=A/56/263&Lang=S&Area=RESOLUTION>. Extraído el 23 de diciembre de 2004.

<sup>67</sup> Se encarga de fiscalizar el cumplimiento de los Estados Partes y recibir los informes concernientes a la efectiva aplicación de la CEDAW. Así, en su Recomendación general N° 18 sobre las mujeres discapacitadas recomendó a los Estados Partes que en sus informes incluyan información sobre la situación de las mujeres con discapacidad, y subrayó la necesidad de tomar medidas (incluidas las medidas especiales temporales), para que las mujeres con discapacidades gocen de igualdad de oportunidades en materia de educación, empleo, servicios de salud y seguridad social.

<sup>68</sup> La cuestión de la discapacidad es parte del programa de la Comisión, y figura en el tema que trata de otros grupos e individuos vulnerables. Desde su 58° período de sesiones, la Comisión aprueba anualmente una resolución, que antes aprobaba cada dos años, sobre los derechos humanos de las personas con discapacidades.

<sup>69</sup> Está encargado de llevar informes relativos al tema cada dos años a la Comisión de Derechos Humanos, y fiscalizar el cumplimiento de las Normas Uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad.

A continuación realizaremos un análisis de la igualdad en el derecho internacional sustantivo, en particular en cuanto a su aplicación a la discapacidad, y la concepción que se tiene de la igualdad en los instrumentos jurídicos internacionales aplicables a la discapacidad<sup>70</sup>.

5.1. PIDESC: Regula la igualdad en sus artículos 2 y 3. En el primero de estos artículos (2.2) se consagra el principio de no discriminación, garantizando “el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna”, luego establece las categorías prohibidas o “cualquier otra condición social”, la que según la Observación 5 del PIDESC se aplica claramente a la discriminación que se basa en la discapacidad<sup>71</sup>; luego, en el artículo 3 se consagra el principio de igualdad. El artículo 4 puede entenderse como un argumento a favor de las acciones positivas como asignación de cuotas, al establecer:

“Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que, en el ejercicio de los derechos garantizados conforme al presente Pacto por el Estado, éste podrá someter tales derechos únicamente a limitaciones determinadas por ley, sólo en la medida compatible con la naturaleza de esos derechos y con el exclusivo objeto de promover el bienestar general de la sociedad democrática.”

Se reconoce el derecho a trabajar en su artículo 6, el que se acerca a la igualdad como ciudadanía democrática en la terminología de Arneson, reconociendo en el punto uno la igualdad de oportunidades. En el artículo 7 se reconoce el derecho al goce de toda persona de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que le aseguren especialmente:

“a) Una remuneración que proporcione como mínimo a todos los trabajadores:  
 i) Un salario equitativo e igual por trabajo de igual valor, sin distinciones de ninguna especie; en particular, debe asegurarse a las mujeres condiciones de trabajo no inferiores a las de los hombres, con salario igual por trabajo igual;  
 ii) Condiciones de existencia dignas para ellos y para sus familias conforme a las disposiciones del presente Pacto;  
 b) La seguridad y la higiene en el trabajo;  
 c) Igual oportunidad para todos de ser promovidos, dentro de su trabajo, a la categoría superior que les corresponda, sin más consideraciones que los factores de tiempo de servicio y capacidad;  
 d) El descanso, el disfrute del tiempo libre, la limitación razonable de las horas de trabajo y las vacaciones periódicas pagadas, así como la remuneración de los días festivos.”

Consideramos este artículo como uno de los más importantes del pacto. Al igual que el anterior reconoce la igualdad de ciudadanía democrática y en la letra c) se establece la igualdad de oportunidades, pero la postura se innova en la letra d), la cual permite acercarse a la concepción de Arneson de la igualdad como expectativas de vida o de condición.

Sigue regulando la igualdad en sus artículos: 8; el 9 que establece el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social; 10.3 el cual consagra una aplicación del principio de no discriminación; 11.2; 12.2, con excepción de la letra d); 13, a excepción de las letras b y c del numeral 2; y 15, con excepción de la letra b del numeral 1; todos los cuales se acercan a una idea de igualdad como ciudadanía democrática.

<sup>70</sup> En este punto utilizaremos la clasificación de la igualdad tratada en el primer capítulo.

<sup>71</sup> Por su trascendencia para este trabajo, la Observación 5 será la única excepcionalmente aplicada y analizada en este punto dentro de aquellas del apartado denominado en este capítulo: “declaraciones y otras resoluciones...”, por no poder dejarse de mencionar por su importancia y por, desde un punto de vista interpretativo, integrar el PIDESC. *Aplicación del PIDESC. Observación General 5, Op. Cit.* 38.

Los artículos que citaremos a continuación consideramos que se acercan al concepto de las capacidades en Sen, pues este funda la igualdad en la capacidad que tiene el individuo de escoger, con los bienes que posee, su propio estilo de vida, convirtiendo medios en libertades, alcanzando de esta manera su propio bienestar personal. De otra forma, con los medios (bienes primarios u otros recursos) que tiene el individuo tenga la capacidad, es decir, la libertad real de alcanzar el bienestar y la igualdad; además coinciden plenamente con el concepto de igualdad como expectativas de vida:

“*Artículo 11.* 1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Los Estados Partes tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, reconociendo a este efecto la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento.”;

“*Artículo 12.* 1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.  
2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para:...d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad.”;

“*Artículo 13.* 2. Los Estados en el presente Pacto reconocen que, con objeto de lograr el pleno ejercicio de este derecho:...b) La enseñanza secundaria, en sus diferentes formas, incluso la enseñanza secundaria técnica y profesional, debe ser generalizada y hacerse accesible a todos, por cuantos medios sean apropiados, y en particular por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita. c) La enseñanza superior debe hacerse igualmente accesible a todos, sobre la base de la capacidad de cada uno, por cuantos medios sean apropiados, y en particular, por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita;...”;

“*Artículo 15.* 1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho a toda persona a: b) Gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones;...”

En conclusión el PIDESC asegura la igualdad de condiciones o de expectativas de vida en términos de Arneson al establecer, entre otros anteriormente nombrados, el derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria.

#### *Observación 5*

Esta resolución, al interpretar el PIDESC, se considera mediante un criterio interpretativo que forma parte integrante del Pacto, y por lo mismo parte vinculante de este respecto a los Estados que lo han ratificado, y en el caso chileno forma parte de la categoría de los tratados de derechos humanos vigentes en Chile, y el cual puesto en concordancia con el artículo 5 de nuestra Carta Fundamental, tiene rango constitucional. Esto es muy importante, puesto que esta Observación contiene en sus párrafos 9 y 18, la obligación de los Estados partes de adoptar medidas positivas para reducir las ventajas estructurales, no distinguiendo respecto de las acepciones de estas medidas positivas, por lo tanto, mediante la aplicación del argumento de la no distinción no le estaría facultado al intérprete distinguir, en consecuencia deberían adoptarse ambos tipos, imponiendo además que estas no consistan solamente en la abstención por parte de los gobiernos de tomar medidas que pudieran tener repercusiones negativas para las personas con discapacidad, en razón de la vulnerabilidad y lo desfavorecido del grupo, sino que lo que debe adoptarse es una política activa en la materia. Lo anterior demuestra lo imbuida que está la



filosofía de los liberales igualitarios en la forma de inspirarse de los organismos internacionales en materia de normas obligatorias para los Estados Partes.

No menos importante en relación a este punto es lo tratado en los párrafo 11 y 12, los cuales también acercándose a la postura de esta corriente de la filosofía, sobre todo en relación a la tesis de Amartya Sen, señala cual es la obligación de los Estados partes en relación a estos derechos económicos, sociales y culturales. Así, el párrafo 11 establece:

“En vista de que los gobiernos de todo el mundo se orientan cada vez más hacia políticas basadas en los mercados, procede subrayar en dicho contexto algunos aspectos de las obligaciones de los Estados Partes. Uno de ellos es la necesidad de conseguir no solamente que los sectores públicos, sino también los privados, se mantengan dentro de los límites apropiados, acatando la obligación de velar por el trato equitativo de las personas con discapacidad (...) En circunstancias en que dicha protección no se extiende a otras esferas que no sean la esfera pública, la capacidad de las personas con discapacidad para participar en la gama principal de actividades comunitarias y para realizar todas sus posibilidades como miembros activos de la sociedad quedará limitada gravemente y a menudo arbitrariamente”<sup>72</sup>.

En este sentido, continua el párrafo 12, los gobiernos deben intervenir y tomar medidas apropiadas para moderar, suplementar, contrarrestar o superar los resultados de las fuerzas del mercado en relación a las personas con discapacidad. La Observación es enfática en señalar que aún cuando es adecuado que los gobiernos confíen en grupos privados y voluntarios para ayudar en el tema, ese tipo de arreglos no absolverán nunca a los gobiernos de su obligación de conseguir que se cumplan plenamente las obligaciones asumidas con arreglo al PIDESC, tal como lo declara en este sentido el Programa de Acción Mundial para los Impedidos: “la responsabilidad definitiva para poner remedio a las condiciones que llevan a la discapacidad y para tratar las consecuencias de la discapacidad queda en manos de los gobiernos”<sup>73</sup>.

5.2. PIDCP: Regula lo relativo a la igualdad en sus artículos 2.1; 3; 14.3.f); 20.2; 23.4; 24.1; 25, en el cual se desarrolla la igualdad de oportunidades, teniendo una especial importancia su letra c, la cual establece la igualdad de acceso:

“Todos los ciudadanos gozarán, sin ninguna de las distinciones mencionadas en el artículo 2, y sin restricciones indebidas, de los siguientes derechos y oportunidades:...c) Tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.”

Esto lo podemos vincular con las políticas efectivas de integración de personas con discapacidad en legislaciones tales como la española, la cual realiza una asignación de puestos de trabajo fijos dentro de la función pública del país. El artículo 26 establece el principio de igualdad ante la ley y el principio de no discriminación, y su sentido es cercano a la concepción de la igualdad como participación democrática:

“Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

<sup>72</sup> *Aplicación del PIDESC. Observación General 5, Op. Cit. 38. pp. 3-4.*

<sup>73</sup> *Aplicación del PIDESC. Observación General 5, Op. Cit. 38. pp. 3-4.*

También es importante para el tema que nos ocupa el artículo 14, numeral 3, letra f), aplicable directamente al tema de las personas con discapacidad, el cual establece:

“3. Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: f) A ser asistida gratuitamente por un intérprete, si no comprende o no habla el idioma empleado en el tribunal;...”

5.3. Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles Inhumanos o Degradantes: Se relaciona con la igualdad en los artículos 7.3; 10; 11; 12; 13 el cual constituye una aplicación del principio de no discriminación; y 14, en todos los cuales encontramos una concepción de la igualdad como ciudadanía democrática.

5.4. CEDAW: Trata de la igualdad y la no discriminación en sus artículos 1, el cual establece la igualdad entre el hombre y la mujer; artículo 2, especialmente en relación a nuestro trabajo las letras e) y f), que establecen:

“Los Estados Partes condenan la discriminación contra la mujer en todas sus formas, convienen en seguir, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, una política encaminada a eliminar la discriminación contra la mujer y, con tal objeto, se comprometen a:...e) Tomar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer practicada por cualquiera persona, organización o empresa;...”

Aquí debe considerarse especialmente el caso de la mujer con discapacidad, que puede ser objeto de doble discriminación.

“f) Adoptar todas las medidas adecuadas, incluso de carácter legislativo, para modificar o derogar leyes, reglamentos, usos y prácticas que constituyan discriminación contra la mujer los Estados partes se comprometen a adoptar todas las medidas adecuadas, incluso de carácter legislativo, para modificar o derogar leyes, reglamentos, usos y prácticas que constituyan discriminación contra la mujer;...”

En el 3 establece la obligación de los Estados Partes de tomar en todos los ámbitos, y en particular en las áreas política, social, económica y cultural, todas las medidas apropiadas, incluso de carácter legislativo, para asegurar el pleno desarrollo y adelanto de la mujer, con el objeto de garantizarle el ejercicio y el goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales en igualdad de condiciones con el hombre. Aquí se observa una postura claramente cercana con la igualdad de condición o de expectativas de vida en la terminología de Arneson, además de facilitar la existencia de las capacidades de Sen en vistas de asegurar la igualdad que se concreta en la posibilidad de materializar el proyecto de vida y bienestar personal que se plantea cada mujer. Este artículo se presenta por si solo como un argumento fuerte para la adopción de medidas de acción positiva, como la asignación de cuotas en materia laboral para mujeres con discapacidad. El siguiente artículo, el 4, en relación al 2 y el 3, se presenta como un reconocimiento expreso para la adopción de este tipo de medidas, entregando un concepto de acciones positivas. En este artículo se manifiesta en el sentido más amplio la concepción propia de la filosofía de los liberales igualitarios, la cual se encuentra en general como fuente de inspiración en este instrumento jurídico. El 5 letra a) se relaciona con la adopción de medidas con miras a eliminar la discriminación; el 7 garantiza el disfrute de derechos políticos en igualdad de condiciones con los hombres, y establece la obligación de tomar medidas por los Estados Partes en miras de eliminar la discriminación contra la mujer en la vida política y pública del país; el 8,

en la misma dirección que el artículo 7, integra el concepto de igualdad de condiciones y realiza una aplicación del principio de no discriminación. Asimismo el artículo 9, y el 10 que garantiza la igualdad de acceso sobre la base de la igualdad de condiciones, en especial desde de la letra a) hasta la e), y la g); el 11; y los artículos 12.1; 13; 14, en especial la letra h) de su numeral 2, que establece:

“2. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en las zonas rurales a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, su participación en el desarrollo rural y en sus beneficios, y en particular le asegurarán el derecho a...h) **Gozar de condiciones de vida adecuadas**, particularmente en las esferas de la vivienda, los servicios sanitarios, la electricidad y el abastecimiento de agua, el transporte y las comunicaciones.”<sup>74</sup>

Finalmente, los artículos 15 y 16.1 desarrollan la igualdad de acceso sobre la base de la igualdad de condiciones; y el 23 y el 24 se encuentran establecidos como garantía del cumplimiento de la Convención.

5.5. Convención sobre los Derechos del Niño: Regula la igualdad, entre otros, en su artículo 2, el cual además de establecer el principio de no discriminación, consideramos que particulariza a esta Convención como la única estudiada dentro del derecho sustantivo internacional emanado de la ONU relativo a tratados de derechos humanos, que establece expresamente como categoría prohibida de discriminación los impedimentos físicos:

“1. Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, **los impedimentos físicos**, el nacimiento o **cualquier otra condición del niño**, de sus padres o de sus representantes legales.

2. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la **condición**, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares.”<sup>75</sup>

Con este instrumento, del año 89, se observa una evolución en el derecho internacional en materia de Convenciones, pues como dicho anteriormente se integra como categoría prohibida de discriminación a la discapacidad, y en específico un tipo de esta como es la física, lo que constituye un importante avance en esta legislación, ya que con esta inclusión permite avanzar en la solución de uno de los principales problemas en materia de derechos humanos relacionados con la discapacidad, cual es la falta de notoriedad que tiene el problema de la discriminación que afecta a las personas con discapacidad, lo que se ha planteado como una de las principales causas de retardo del avance relativo a la solución de esta problemática<sup>76</sup>.

<sup>74</sup> La negrita es mía.

<sup>75</sup> La negrita es mía.

<sup>76</sup> En relación a esto, el Informe de la ACNUDH al Consejo Económico y Social, en los párrafos 35 al 39. Documento en línea, disponible en: <http://daccess-ods.un.org/access.nsf/Get?Open&DS=A/56/263&Lang=S>. Extraído el 5 de febrero de 2005; el párrafo 3 del Informe del ACNUDH a la Comisión de Derechos Humanos, relativo a los Progresos alcanzados en la aplicación de las recomendaciones contenidas en el Estudio sobre Derechos Humanos y discapacidad, dentro del tema: GRUPOS E INDIVIDUOS ESPECÍFICOS: OTROS GRUPOS E INDIVIDUOS VULNERABLES. Documento en línea, disponible en: <http://daccess-ods.un.org/access.nsf/Get?Open&DS=E/C.N.4/2004/74&Lang=S>. Extraído el 5 de febrero de 2005; y el párrafo 19 de la Nota del Secretario General, de la Asamblea General. Documento en línea, disponible en: <http://daccess-ods.un.org/access.nsf/Get?Open&DS=E/2002/68&Lang=S>. Extraído el 5 de febrero de 2005. En el mismo sentido, ver el párrafo 2 de la Observación 5, que recoge la opinión del Comité de derechos económicos, sociales y culturales, ya tratada en este trabajo en su página 25. *Op. Cit.* 38. Además podemos ver la falta de interés y notoriedad que

Sigue regulando la igualdad, en relación al marco de nuestro trabajo, en su artículo 4, el cual constituye una legitimación para la adopción de medidas de acción positiva en sus diferentes facetas, y al tratarse de un tratado internacional de derechos humanos ratificado por nuestro país y vigente en él, constituye otro argumento fuerte para declarar la constitucionalidad de las acciones positivas en Chile, en virtud del artículo 5 de la Constitución:

“Los Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención. En lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados Partes adoptarán esas medidas hasta el máximo de los recursos de que dispongan y, cuando sea necesario, dentro del marco de la cooperación internacional.”

En la misma línea de considerar expresamente la discriminación que afecta a las personas con discapacidad, existe el artículo 23, que constituye el único caso entre los tratados de derechos humanos ya que contiene un artículo específico sobre los niños con discapacidades, como ya hicimos mención, creemos nosotros en razón al doble factor de vulnerabilidad que afectaría al mismo individuo, lo cual nuevamente nos lleva a la concepción de los liberales igualitarios, al integrar conceptos como de vida plena y decente, lo cual se acerca a la concepción de igualdad que plantea Sen, y con lo cual también se conforman las dos acepciones del concepto de igualdad de Arneson, y los conceptos de igualdad social e igualdad sustantiva:

“1. Los Estados Partes reconocen que el niño mental o físicamente impedido deberá disfrutar de una **vida plena y decente** en condiciones que aseguren su dignidad, le permitan llegar a bastarse a sí mismo y faciliten la participación activa del niño en la comunidad.  
2. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño impedido a recibir cuidados especiales y alentarán y asegurarán, con sujeción a los recursos disponibles, la prestación al niño que reúna las condiciones requeridas y a los responsables de su cuidado de la asistencia que se solicite y que sea adecuada al estado del niño y a las circunstancias de sus padres o de otras personas que cuiden de él.  
3. En atención a las necesidades especiales del niño impedido, la asistencia que se preste conforme al párrafo 2 del presente artículo será gratuita siempre que sea posible, habida cuenta de la situación económica de los padres o de las otras personas que cuiden del niño, y estará destinada a asegurar que el niño impedido tenga un **acceso efectivo** a la educación, la capacitación, los servicios sanitarios, los servicios de rehabilitación, la preparación para el empleo y las oportunidades de esparcimiento y reciba tales servicios con el objeto de que el niño logre la **integración social y el desarrollo individual, incluido su desarrollo cultural y espiritual, en la máxima medida posible**”.<sup>77</sup>

En este punto 3 se observa una concepción de igualdad que no sólo se refiere al pleno acceso al desarrollo del individuo, sino que además se está garantizando que este acceso sea efectivo, es decir, la existencia de una igualdad de oportunidades en sentido material en la terminología de Rey Martínez, es decir, que realmente exista en los hechos. Esta disposición se encuentra orientada al logro de una igualdad sustantiva, cuyos fines son, entre otros, la vida plena y desarrollo espiritual, conceptos que a su vez integran la concepción de igualdad de Sen, característica que se encuentra además en los conceptos de esparcimiento, desarrollo espiritual y cultural, que en su teoría se encuentran vinculados en relación a bienes materiales no solo en la obtención de estos, pues lo que plantea es que esta igualdad de acceso a las condiciones materiales no sea un fin en sí misma, y el sentido de esta norma es el mismo, pues el fin considerado en esta es uno que integra conceptos espirituales. Como vemos, es un fin amplio el

---

existe en relación al tema, el que todavía no exista una convención integral en materia internacional que regule los derechos humanos de las persona con discapacidad .

<sup>77</sup> La negrita es mía.

de este artículo 23, y que al integrar estos conceptos no solo busca el pleno desarrollo material para el niño, sino que esos medios materiales sirvan para que logre los fines que se haya planteado o que se vaya a plantear en la vida, en miras de su máximo desarrollo tanto material como espiritual como individuo, y así pueda lograr la realización de su proyecto personal de vida, considerando en este como ya hemos dicho la realización no solo de fines materiales sino también de otros que tienen que ver con la cultura, y que consideran también la parte espiritual del ser humano.

“4. Los Estados Partes promoverán, con espíritu de cooperación internacional, el intercambio de información adecuada en la esfera de la atención sanitaria preventiva y del tratamiento médico, psicológico y funcional de los niños impedidos, incluida la difusión de información sobre los métodos de y los servicios de enseñanza y formación profesional, así como el acceso a esa información a fin de que los Estados Partes puedan mejorar su capacidad y conocimientos y ampliar su experiencia en estas esferas. A este respecto, se tendrán especialmente en cuenta las necesidades de los países en desarrollo”.

Respecto a la igualdad en su dimensión de participación democrática en los artículos 17 letra e); 18; 22.2; 25; 26.1; 27, números 2 y 4; 28.1; 32.2; 38; 39; y 40. Otros artículos relacionados a la idea de igualdad, ya como de expectativas de vida de Arneson o la propuesta por Sen son: 17 letra d); 20.3; 24.1; 26.2 (última parte); 27.1; 29; 30; 31.1 y 32.1. Se la trata como igualdad sustantiva en los artículos 26.1; 27.3; y 28.3; como igualdad de oportunidades acceso en los artículos 23.3; 28.1; y 31.2; en relación a las acciones de promoción en los artículos 19.2; 27.3 y 42; como garantía en los artículos 19.1; 20; 23.2; y 36; como acción positiva en el artículo 38; y como garantía y acción positiva en el 40.

5.6. Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial: En su artículo 1.4 y 2.2 se hace una permisión a la aplicación de acciones positivas para los grupos afectados por motivos de etnia o raza. En su artículo 7 compromete a los Estados partes a tomar medidas inmediatas y eficaces “especialmente en las esferas de la enseñanza, la educación, la cultura y la información, para combatir los prejuicios que conduzcan a la discriminación racial...”. Estos artículos podemos vincularlos en general a la igualdad social.

5.7. Convenio 159, de 22 de junio de 1983, sobre la readaptación profesional y empleo de personas inválidas: Parte definiendo en su artículo primero el concepto de persona inválida como: “toda persona cuyas posibilidades de obtener y conservar un empleo adecuado y de progresar en el mismo queden sustancialmente reducidas a causa de una deficiencia de carácter físico o mental debidamente reconocida”, señalando la finalidad de readaptación profesional que deberá aplicarse a todas las categorías de éstas, lo cual nos acerca a la postura de los liberales igualitarios, ya que este fin de readaptación profesional no sólo se dirige lo económico, sino también a la satisfacción personal y espiritual del trabajador. Los artículos 2 al 5 establecen los principios de una política nacional que deberá contener medidas que garanticen tal objetivo, cuya base sea el principio de igualdad de oportunidades entre trabajadores con discapacidades y trabajadores en general, y el de igualdad de oportunidades y de trato entre trabajadores inválidos de los dos sexos. La aplicación de esta política de readaptación profesional y de empleo deberá consultarse a las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores, así como a las organizaciones

representativas constituidas por personas con discapacidades o que se ocupen de ellas. La última parte del artículo 4 consagra las acciones positivas, y establece: “Las medidas positivas especiales encaminadas a lograr la igualdad efectiva de oportunidades y de trato entre los trabajadores inválidos y los demás trabajadores no deberán considerarse discriminatorias respecto de estos últimos”, lo cual nos da un nuevo argumento para afirmar que en el derecho internacional se sigue una concepción de la igualdad de los liberales igualitarios, al permitir expresamente la utilización de estas medidas, en este caso particular del empleo no solamente como acciones de promoción y las dirigidas a la obtención de la igualdad de trato, sino que además las encaminadas a lograr una igualdad efectiva de oportunidades, que en el caso sería en la forma de asignación de cuotas o cupos de trabajo para personas inválidas. Los artículos 6 al 9 tratan de las medidas que se deben adoptar para el desarrollo de servicios de readaptación profesional y el empleo de personas inválidas, así en el artículo 6 se establece que los Estados miembros deberán adoptar las medidas necesarias para aplicar los artículos 2 al 5, lo cual está en concordancia con la Observación 5 párrafo 9 del PIDESC, pudiendo vincular lo anterior a la generación de las capacidades necesarias en los individuos para que estos puedan elaborar y cumplir su propio y personal proyecto de vida, que sea acorde con el concepto de desarrollo que cada uno posea, y a través de lo cual lograr la igualdad. El artículo 7 estipula la creación y el desarrollo de servicios de orientación y formación profesional, colocación y empleo para estas personas y su fiscalización (evaluación de funcionamiento), para lo cual se recomienda la utilización de los servicios que existen para los trabajadores en general, lo cual nos lleva nuevamente a la noción de igualdad y principio de no discriminación; el artículo 8 la creación de servicios de adaptación profesional y empleo para personas inválidas en las zonas rurales y en las comunidades apartadas; y el 9 se refiere al esfuerzo que deben hacer los Estados miembros en orden a asegurar la formación y disponibilidad de asesores en readaptación y de personal calificado que se ocupe de la orientación profesional, colocación y empleo de inválidos.

5.8. Recomendación 168: Se divide en nueve partes, la primera de las cuales contiene definiciones y se refiere al campo de aplicación. La segunda parte contiene medidas concretas, directas o indirectas, dirigidas a favorecer la readaptación y el empleo de personas con discapacidad y cuyo acento se encuentra en la finalidad de ellas, el cual es permitir la integración o reintegración de estas personas en la vida normal. La tercera parte encomienda en la organización y dirección de los servicios de readaptación profesional y de empleo para las personas con discapacidad la participación de la colectividad formada por organizaciones representativas de empleadores, trabajadores y personas minusválidas. La cuarta parte propone algunas medidas concretas para el desarrollo de servicios de readaptación profesional en las zonas rurales y en comunidades apartadas. La quinta parte se refiere a la formación y perfeccionamiento de especialistas capacitados en materia de readaptación profesional; se propone que las personas dedicadas a la orientación y formación profesional y a la colocación de trabajadores en general deberían tener un conocimiento suficiente de las discapacidades y de sus efectos invalidantes. En las partes sexta y séptima, se señala la

contribución que pueden aportar los organismos de empleadores y de trabajadores, así como las personas inválidas y sus organizaciones al desarrollo de los servicios de readaptación profesional. En especial, se pide a las organizaciones de empleadores y trabajadores que, por una parte, faciliten la integración o reintegración de las personas minusválidas en las empresas y, por otra, que planteen el problema de la readaptación profesional de estas personas en las reuniones de los organismos sindicales. La octava parte se refiere a los regímenes de seguridad social y a los instrumentos de la OIT en el tema, e invita a los Estados miembros a adecuar las disposiciones nacionales por las que se rigen dichos regímenes con las normas dirigidas a la readaptación profesional y al empleo de los minusválidos. La novena parte señala que se deberían adoptar medidas para garantizar la coordinación de las políticas y de los programas de readaptación profesional, con las políticas y los programas de desarrollo social y económico general. Como vemos, sobre todo en virtud de la segunda, cuarta y quinta parte nos acercamos a los medios a través de los cuales se consigue la igualdad en la concepción de Sen.

5.9. Derecho Internacional local de América Latina: En el área regional de América Latina, existen normas de derecho sustantivo relativas a los derechos humanos de las personas con discapacidad y relacionadas con esta a la igualdad, que son la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, ambas vigentes en el derecho chileno.

5.9.1. CADH: Esta regula la igualdad en sus artículos 1 números 1 y 2; 13 número 5; 17 número 4; 24 que establece la: “Igualdad ante la ley. Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley”; y el 26 que reconoce derechos económicos, sociales y culturales.

5.9.2. Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, aprobada en Guatemala el 7 de junio de 1999: Dispone que el término “*discriminación* contra las personas con discapacidad” significa toda distinción, exclusión o restricción basada en una discapacidad, antecedente de discapacidad, consecuencia de discapacidad anterior o percepción de una discapacidad presente o pasada, que tenga el efecto o propósito de impedir o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por parte de las personas con discapacidad, de sus derechos humanos y libertades fundamentales. De acuerdo a ésta no 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 se 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 que la legislación interna prevea la figura de la declaratoria de interdicción, cuando sea necesaria y apropiada para su bienestar, ésta no constituirá discriminación.

Las normas internacionales analizadas con anterioridad nos pone de manifiesto el carácter evolutivo de la igualdad, pues en un contexto histórico en un primer momento estas normas se informan con una concepción sustantiva de la igualdad, como en la Declaración Universal de los Derechos Humano cercana a un concepto de igualdad de oportunidades, que se centra en garantizar las mismas condiciones de partida de los sujetos, luego a partir de la década de 1960 y 1970 en adelante se observa un cambio garantizándose la igualdad de condiciones respecto de los instrumentos de la ONU y la OEA, como por ejemplo el PIDESC y la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial. Luego, primeramente en la CEDAW, en los últimos instrumentos de la OIT, junto a la Observación 5 al PIDESC y la Convención de Derechos del Niño, se observa una tendencia más amplia de considerarla relacionada al concepto de igualdad de capacidades de Sen.

De lo tratado en este capítulo, vemos que los tratados internacionales de derechos humanos nos ofrecen muchas posibilidades en el ámbito de la discapacidad, sin embargo concluimos que la existencia de una normativa integral internacional de carácter universal, con garantías de efectividad en su aplicación y cumplimiento, y que genere responsabilidad internacional sería altamente conveniente para la reivindicación de los derechos del colectivo de personas con discapacidad a nivel mundial, pues su sola discusión generaría un debate y adquiriría la notoriedad que un tema con esta actualidad necesita, para generar entre otras importantes cosas el cambio a nivel cultural que es la base para que este grupo desarrolle el proyecto de vida que quiera para si mismo.



## CAPÍTULO III: MECANISMOS DE CUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES CONVENCIONALES

### 1. Introducción.

Para el cumplimiento de esta normativa internacional, se establece como un mecanismo efectivo la utilización de acciones positivas en relación a grupos discriminados, especialmente en relación a la discapacidad.

### 2. Las acciones positivas.

Como instrumento de intervención de las políticas de igualdad, fueron modeladas en base a la “affirmative action” de Estados Unidos, y destinadas a neutralizar o compensar los efectos negativos que se produzcan como consecuencia de los comportamientos, actitudes y estructuras sociales de tipo discriminatorio a través, por ejemplo, de programas de educación, y fomentadas en algunos casos por medio de incentivos fiscales<sup>78</sup>. Se trata de una técnica normativa esencialmente persuasiva y más amplia que la técnica de la obligación de contratar, cuyo objetivo es promover la igualdad de oportunidades de trabajo, educación, formación profesional, e inclusive en materia de representación política y tratar las desigualdades con un carácter preventivo y corrector<sup>79</sup>.

Las acciones positivas son una expresión de las llamadas políticas de diferencia en un doble aspecto:

1° Cuando se alude a diferencia en sentido excluyente, desde una perspectiva histórica, referida a la existencia de una condición social y cultural distinta, que da origen a una discriminación social y jurídica, cuyos efectos se perpetúan en el tiempo.

---

<sup>78</sup> No existe unanimidad en las opiniones acerca del origen de éstas. Según Gamonal “las “affirmative action policy” nacieron en los Estados Unidos con la Executive Order N° 10.925 del Presidente Kennedy, en marzo de 1961 y con la Executive Order N° 11.246 del Presidente Johnson, en 1965, en las que se obligaba a los empresarios beneficiarios del Gobierno o con financiamiento público, emprender planes de acción positiva contratando a sus trabajadores con criterios no discriminatorios, bajo pena de perder el contrato obtenido”. Gamonal, Sergio. *Op. Cit.* 32. p. 10; Barreré sitúa su origen en el derecho antidiscriminatorio que surge como reacción a las protestas protagonizadas por la población afroamericana, así como por otras minorías y movimientos de contestación social, en la década de 1960 en Estados Unidos. *Cfr.* Barreré Unzueta, María. *Op. Cit.* 5. p. 18, y sitúa el origen de la expresión en una ley estadounidense de 1935 enmarcada en el derecho laboral, adquiriendo el carácter de “policy”, esto es, de política pública, en el contexto de la reacción jurídica a las protestas de contestación social el cual se inicia el llamado Derecho antidiscriminatorio, del cual la acción positiva representa, o al menos debiera representar un papel medular. *Cfr.* Barreré Unzueta, María. *La Acción Positiva: Análisis del Concepto y Propuestas de Revisión*. Documento en línea, disponible en: <http://www.uv.es/CEFD/9/barrere2.pdf>. Extraído el 18 de noviembre de 2004; para Aída Kemelmajer de Carlucci al parecer, la expresión “affirmative action” surgió por primera vez en el New Deal Wagner Act de 1935; se la define como la obligación positiva del Departamento Nacional de Relaciones Laborales (National Labor Relations Board) de remediar las prácticas desleales de los empleadores, ordenando a los ofensores cesar y desistir de esa práctica. Sólo es en 1961, con la orden del Presidente Kennedy, cuando se establece un Comité presidencial para la igual oportunidad en el trabajo, que se habla de affirmative action en el sentido de política activa para contrarrestar la discriminación. *Cfr.* Kemelmajer de Carlucci, Aída: “Las acciones positivas”. Plenario. Edición Electrónica. Publicación de la Asociación de Abogados de Buenos Aires. Abril de 2001. Documento en línea, disponible en: <http://www.aaba.org.ar/ple104000.htm>. Extraído el 29 de Agosto de 2004. p. 27; Paloma Durán y Laguna sitúa su génesis en los Tribunales Norteamericanos a finales del siglo XIX, para referirse a medidas de remedio establecidas a favor del defendido (*positive action*), y ya en el terreno de las medidas políticas el término fue utilizado durante la presidencia de Nixon. *Cfr.* Durán y Laguna, Paloma. *Op. Cit.* 9. pp. 88 -89.

<sup>79</sup> *Cfr.* Gamonal, Sergio. *Op. Cit.* 32. pp. 10-11.

2° Se puede aludir al concepto en el sentido de diversidad, en cuanto a “identidad de género o de grupo que debe mantenerse o enfrentarse frente al modelo dominante”<sup>80</sup>. Los problemas se presentan cuando las acciones positivas se manifiestan como discriminación inversa o positiva al revés, ya que ésta, según una parte de la Doctrina, provocaría un perjuicio en la esfera individual de personas con similares potencialidades. Se trata de reservar en exclusiva, bajo ciertas condiciones, un determinado número de puestos de trabajo (cuotas) u otorgarles preferencia en igualdad de condiciones de personas en situación similar (trato preferente).

## 2.1 Concepto.

Con la prevención de la inexistencia de acuerdo doctrinal en este punto haremos referencia a los siguientes conceptos de acción positiva, los dos primeros por tratarse de doctrinas autorizadas y el segundo por ser incluido en un instrumento jurídico internacional:

Según Alfonso Ruiz Miguel son: “una forma de diferenciación para la igualdad”<sup>81</sup>. Este autor señala que para poder distinguir entre las diversas políticas encaminadas a este fin, deberíamos discernir entre objetivos y cuotas: mientras los objetivos marcarían un programa de acción positiva no cuantificada, las cuotas establecen una reserva de un mínimo garantizado de plazas, lograda por variados procedimientos<sup>82</sup>.

Según Barrère, por discriminación inversa o positiva al revés, se entienden una serie de actuaciones normativas “de favor”, de carácter temporal o transitorio, encaminadas a eliminar la discriminación- subordinación de origen histórico de determinados grupos o colectivos, y que se refleja en una desproporcionada menor presencia de los miembros de dichos grupos en los distintos ámbitos de la participación social<sup>83</sup>.

El artículo 4.1. de la “Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer”, documento aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, por Resolución 34/180, establece que:

“La adopción por los Estados Partes de medidas especiales de carácter temporal encaminadas a acelerar la igualdad de facto entre el hombre y la mujer no se considerará discriminación en la forma definida en la presente Convención, pero de ningún modo entrañará, como consecuencia, el mantenimiento de normas desiguales o separadas; estas medidas cesarán cuando se hayan alcanzado los objetivos de igualdad de oportunidad y trato”.

## 2.2. Diferencia entre las acciones positivas y discriminaciones inversas.

Las discriminaciones inversas son un tipo de acción positiva y sus diferencias son de género a especie, las cuales pueden resumirse de la siguiente forma:

<sup>80</sup> Gamonal, Sergio. *Op. Cit.* 32. p. 11.

<sup>81</sup> Ruiz Miguel, Alfonso. “Discriminación inversa e igualdad” En A.A.V.V. *El concepto de igualdad*. Ed. Pablo Iglesias. Madrid, 1994. pp. 77-93, citado por: Osborne. *Cfr.* Osborne, Raquel. *Grupos minoritarios y acción positiva: las mujeres y la política de igualdad*. Documento en línea, disponible en: <http://www.bib.uab.es/pub/papers/02102862n53p65.pdf>. Extraído el 18 de noviembre de 2004. pp. 72 – 73.

<sup>82</sup> *Cfr.* Ruiz Miguel, Alfonso. *Ídem*.

<sup>83</sup> *Cfr.* Barrère Unzueta, María. *Op. Cit.* 5. p. 21

- a) Las discriminaciones inversas se han establecido para situaciones específicas de discriminación racial, sexual y derivada de minusvalía física o psíquica, a diferencia del área de acción de las acciones positivas que es más amplio.
- b) Las discriminaciones inversas se producen en situaciones de especial escasez, lo que hace que el beneficio de unos implique la incorporación de un costo de oportunidad que afectará a otros sujetos, lo que no ocurre con las acciones positivas en general.
- c) Las discriminaciones inversas se justifican por su finalidad de solucionar las consecuencias derivadas de discriminaciones con profunda raíz social. Por esto y al margen del cumplimiento de este objetivo, estas se transforman en discriminaciones directas que no pueden ser aceptadas, por lo cual son de interpretación estricta y están sujetas a determinadas condiciones<sup>84</sup>.

El objetivo de la acción positiva es, genéricamente, el establecimiento de una igualdad de hecho entre un grupo dominante y un grupo discriminado. En principio, no tienen por finalidad la igualdad entre los individuos, aunque, obviamente, el mejoramiento del grupo trae el de los individuos que lo forman<sup>85</sup>. Por lo demás, cada plan de acción positiva puede perseguir objetivos específicos. Así, por ejemplo, los relacionados con personas con discapacidad.

### 2.3. Polémica de Constitucionalidad de las Acciones Positivas.

Existe una polémica acerca de la constitucionalidad estas acciones y sobre si existe un derecho subjetivo de las personas frente al Estado para reclamar su aplicación, la cual veremos aquí de una manera general, pero que también analizaremos en específico en relación a la legislación chilena en los capítulos siguientes.

#### ➤ Argumentos en contra de las acciones positivas<sup>86</sup>:

Las doctrinas que están en contra se ubican en una perspectiva simétrica del problema, siendo en general sus principales argumentos: - las categorías sospechosas como la raza, el sexo, no son criterios válidos para realizar distinciones, tanto para perjudicar como para beneficiar con ellas. La discriminación no se soluciona mirando al pasado; - a través de la acción positiva, la persona que hoy resulta excluida por ella está pagando culpas históricas de su grupo, sin que se le pueda imputar personalmente una conducta discriminatoria; - se afirma que en ellas no se contempla a las personas como individuos, sino como instrumentos de políticas sociales; -

<sup>84</sup> Las cuales las podríamos sintetizar de la siguiente manera: - en tanto las acciones positivas son deberes del Estado, las discriminaciones inversas son una técnica permitida para el legislador bajo ciertas condiciones estrictas de control constitucional; - sólo puede acudir a la discriminación inversa cuando no sea posible lograr el mismo objetivo de igualdad en un sector social determinado y en un tiempo razonable, a través de otras acciones positivas menos extremas; - para aplicar medidas de discriminación inversa deberá acreditarse objetiva y fehacientemente, por medio de estadísticas, la desigualdad de hecho en el ámbito concreto de la realidad social de que se trate; - así también éstas por su naturaleza son transitorias, su existencia las limita al tiempo necesario para lograr la igualdad en el sector social, y por último sólo pueden establecerse por ley. *Cfr.* Gamonal, Sergio. *Op. Cit.* 32. pp. 12- 14., siguiendo a: Rey, Fernando. *Op. Cit.* 7. pp. 85 y siguientes.

<sup>85</sup> *Cfr.* Kemelmajer de Carlucci, Aída. *Op. Cit.* 78. p. 10.

<sup>80</sup> Para lo cual se analizarán en forma preferente los argumentos a favor, y también los contra, expuestos por Gamonal, Sergio. *Op. Cit.* 32 y Kemelmajer de Carlucci, Aída. *Op. Cit.* 78, los que a su vez se basan en diferentes autores.

mediante éstas la sociedad no compensa a cada uno por sus méritos, sino por la sola pertenencia a un grupo, favoreciendo con ello la ineficacia del sistema lo que ocurriría, por ejemplo, en el caso de la asignación de puestos; - el fin no justifica los medios aunque éste sea bueno. No se justifica si el instrumento utilizado importa un perjuicio, lo que generaría el establecimiento de estas medidas; - aun cuando se justificara este medio, no es el adecuado porque no es prudente, ya que si la medida no es apoyada por parte de la mayoría de la sociedad, es posible que se provoque una mayor hostilidad social hacia el grupo favorecido, ocurriendo el efecto contrario al buscado; - esto también ocurre pues, en el caso de las cuotas estas estigmatizan o marcan socialmente como inferiores a las personas o grupos supuestamente favorecidos, es decir, como incapaces de conseguir por sí mismos y sin una ayuda especial determinados puestos; - existen dificultades en su aplicación, relacionadas a la extensión de la reparación y respecto de cuales grupos debiera afectar; - opera sobre los efectos y no sobre las causas y, de este modo, no transforma la sociedad; - muchos de los argumentos enunciados se unen en el argumento de la “víctima”. Para los que lo postulan este tipo de acciones son siempre injustas, ya que violan los derechos individuales de los excluidos a no ser discriminados por razones de etnia, sexo, entre otros.

➤ Argumentos a favor de las acciones positivas.

Las acciones positivas miran al futuro y contemplan el presente, en el sentido de que se dirigen a conseguir la eliminación de las tensiones sociales a través de la integración; - no se puede pretender que una discriminación basada en la pertenencia a un grupo sea afrontada a través de medidas individuales. Las discriminaciones sociales que configuran el presupuesto para que se asuman acciones positivas tienen por base la pertenencia a un grupo y no los caracteres individuales de cada uno de los miembros de ese colectivo; - razones de justicia social avalan la defensa de estas políticas. Las acciones positivas persiguen fines justos, como generar la reflexión social, incentivar la tolerancia por lo diferente, siendo sólo ilegítima si mantiene pautas culturales discriminatorias; - producen mejoras sociales, a través del mayor valor de los factores sociales y económicos por sobre los méritos personales. Además se considera que la noción de mérito es ambigua, debido a la ausencia de características que puedan configurar un concepto abstracto del término; - las críticas de las acciones positivas, de que generan mayor hostilidad y reclamos en distintos grupos de la sociedad, disminuyen la autoestima, entre otras, no se han constatado, por lo que existe una carencia de datos empíricos. La eficacia del sistema, o el bienestar general o colectivo, son conceptos difíciles de precisar y de medir<sup>87</sup>; - al adoptar estas medidas en el área laboral, se legitima el funcionamiento del mercado ya que favorecen la disminución de las desigualdades; - la objeción basada en el argumento de la víctima ignora lo que algunos teóricos del derecho han denominado la paradojas de igualdad, en el sentido de que quien desee crear igualdad en los hechos debe necesariamente aceptar una desigualdad en el

---

<sup>87</sup> Cfr. Dworkin, Ronald. *Op. Cit.* 18, p. 339.

derecho<sup>88</sup>; - existen muchos autores que estiman que las discriminaciones inversas no constituyen un quiebre del principio de no discriminación directa, ya que esta regla no sólo exige un trato diferente sino también perjudicial.

En opinión de algunos autores, para que este instrumento de política antidiscriminatoria sea legítimo constitucionalmente, se deben cumplir con los siguientes requisitos de validez: - las acciones positivas son mecanismos temporales para enfrentar la discriminación; - la existencia de una situación que de hecho que sea contraria a la concreción de la igualdad de oportunidades; - la decisión de su establecimiento debe estar motivada, y el problema que se trata de superar debe estar probado de manera suficiente<sup>89</sup>; - debe existir una proporción de medio a fin debido al carácter agresivo de estas acciones; - deben estar reguladas por ley, aunque esto es discutible; - deben poner énfasis en las causas y no en los resultados. Esto se discute ya que la promoción de la igualdad de oportunidades, aplicable a todos por igual, resulta contraria al principio de igualdad cuando se aplica a personas pertenecientes a grupos que no se encuentran en una situación de igualdad real, sustancial y no sólo formal.

En definitiva, la acción positiva en su acepción de asignación de cuotas es una medida de carácter agresivo, y que requiere en su elaboración una fina técnica legislativa, pero sin duda puede llegar a ser un mecanismo muy útil en relación a colectivos en desventaja, como el de personas con discapacidad. Sin embargo, no desconocemos el hecho de que puede no ser infalible en el cumplimiento de sus objetivos, pues debe conocerse muy bien el medio en el cual será inserta, a riesgo de producir un efecto refractario a nivel social y político en virtud de su carácter no neutral. En nuestro estudio hemos observado que se trata de un instrumento poco utilizado por el legislador chileno<sup>90</sup>, y en relación a las personas con discapacidad no se ha aplicado, aún cuando existe la obligación internacional de adoptar este tipo de política como ya vimos en la Observación General 5 del PIDESC, en la CEDAW, y en el Convenio N° 159 de la OIT.

<sup>88</sup> Cfr. Alexy, Robert. *Teoría General De los Derechos Fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1993. p. 402, citado por: Fernández, Miguel. *Op. Cit.* 4. p. 28.

<sup>89</sup> Al respecto, "encontrar razonabilidad en la decisión que el legislador toma para la acción positiva resulta especialmente difícil, tanto para el legislador como para el juez, si sólo se apela a la conciencia jurídica de la comunidad, pues situaciones de este género sólo puede producirse cuando la conciencia social está escindida de manera que, en tanto una parte de la sociedad actúa de modo discriminatorio, otra parte intenta corregir, mediante el uso del poder, los efectos de tal discriminación". Rubio Llorente, Francisco. "La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional". *XI Jornadas de Estudio. El Principio de Igualdad en la Constitución Española*, vol. I. Ministerio de Justicia. Madrid, 1991. p. 708, citado por: Kemelmajer de Carlucci, Aída. *Op. Cit.* 78. p. 17.

<sup>84</sup> Paralelamente a nuestra legislación, estas ya ha sido puesto en práctica en derecho comparado en países tales como España, Francia, Suecia y Argentina, situación que sería altamente recomendable que imitara nuestro legislador, sobre todo si consideramos las obligaciones contraídas por el Estado de Chile en el ámbito del derecho internacional que avalan su desarrollo y puesta en marcha. Para una mayor información acerca de este punto consultar los siguientes documentos: Documentos UAPROL/BCN/AÑO III N° 213. *Discapacidad legislación extranjera*. Valparaíso, 2003. Documento en línea, disponible en: [http://www.bcn.cl/publicadores/pub\\_uaprol\\_doc/listado/detalle.php?id=85](http://www.bcn.cl/publicadores/pub_uaprol_doc/listado/detalle.php?id=85), Extraído el 16 de Julio de 2004. pp. 3-36; y Canales, Patricia. . *Promoción laboral de los discapacitados en los instrumentos de la organización internacional del trabajo y en la discapacidad de Francia, Italia y España*. Documento en línea, disponible en: [www.bcn.cl/pags/publicaciones/serie\\_estudios/esolis/nro203.html](http://www.bcn.cl/pags/publicaciones/serie_estudios/esolis/nro203.html) - 3k Extraído el 18 de Agosto de 2004.

## CAPÍTULO IV: SITUACIÓN DE LA DISCAPACIDAD EN CHILE.

### 1. Caracterización de la población con discapacidad.

Según la encuesta de Caracterización Socioeconómica Nacional (en adelante CASEN) del año 2000<sup>91</sup>, elaborada por el Ministerio de Planificación y Cooperación (en adelante MIDEPLAN), en Chile existen 788.509 discapacitados, es decir, 5,3% de la población, de las cuales hay un mayor porcentaje de personas habitando en zonas rurales (6,6%) que urbanas (5,0%).

La encuesta CASEN señala, además, que la mayoría de los minusválidos padecen una sola deficiencia (85,2%), y que la distribución de los tipos de discapacidades que afectan a las personas es la siguiente: psiquiátricas (4,1%), vocales (5,8%), mentales (9,0%), físicas (16,5%), auditivas (28,6%) y visuales (36,0%). En relación al sexo, la discapacidad afecta más a mujeres (52,3%) que a hombres (47,7%). Finalmente, la caracterización de la población discapacitada según grupo etáreo es como sigue: 0 a 5 años (3,3%), 6 a 18 años (15,4%), 19 a 29 años (8,9%), 30 a 59 años (34,9%), y 60 y más años (37,5%).

### 2. Situación de la discapacidad en Chile: Legislación interna y tratados internacionales.

#### 2.1. Constitución Política de la República.

El artículo 1° de nuestra Constitución consagra el principio de igualdad en sus incisos 1, 4 y 5<sup>92</sup> como un elemento que informa el sistema de normas que se establecen a continuación. Así, la Constitución se entiende en forma coherente relacionando este artículo y las demás normas orgánicas y dogmáticas, en especial los relativos al tema que nos ocupa que son entre otros, los artículos 19 n° 2 y artículo 20<sup>93</sup>, o de la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, la cual tiene por objeto determinar para el caso concreto, siempre que exista una gestión pendiente de resolución, la inaplicabilidad de una norma legal cuando esta resulte contraria a la Constitución.

En este sentido y dentro del tema que nos ocupa, cual es contrastar la Constitución y el pensamiento de los liberales igualitarios relativo a la igualdad, y como esta filosofía puede y debe

---

<sup>91</sup> MIDEPLAN, Encuesta CASEN. Documento en línea, disponible en: [http://www.mideplan.cl/admin/docdescargas/centrodoc/centrodoc\\_67.pdf](http://www.mideplan.cl/admin/docdescargas/centrodoc/centrodoc_67.pdf) Extraído el 4 de enero de 2005.

<sup>92</sup> Artículo 1°: El artículo 1° de nuestra Constitución dispone en su inciso 1 “las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”, en su inciso 4 “el Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece.” Y en el 5 “es deber del Estado resguardar la seguridad nacional, dar protección a la población y a la familia propender al fortalecimiento de esta, promover a la población y a la familia, propender al fortalecimiento de esta, promover la integración armónica de todos los sectores de la Nación y asegurar el derecho a las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional”

<sup>93</sup> El artículo 19, n° 2 señala: “la Constitución asegura a todas las personas: 2) La igualdad ante la ley. En Chile no hay personas ni grupos privilegiados. En Chile no hay esclavos y el que pise su territorio queda libre. Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias.”, y el artículo 20 regula la acción de protección estableciendo que tiene por objeto dar protección judicial a toda privación, perturbación o amenaza al legítimo ejercicio de ciertos derechos reconocidos por el artículo 19, incluido el derecho de igualdad ante la ley.

integrarse en nuestra Carta Fundamental<sup>94</sup>, tenemos que cuando el 19 n° 2 se refiere a personas o grupos privilegiados, podemos aplicar estos conceptos y relacionarlos a los entregados por Dworkin, si es que nos queremos referir a las personas más beneficiadas por el azar natural, o por la de Sen, si queremos referirnos a la desigualdad que existe entre las personas al momento de poder desarrollar, del modo más amplio, sus diferentes expectativas o proyectos de vida, de lo que se infiere que el contenido interpretativo que se le asignen a estos términos, tales como igualdad o privilegiados, se pueden derivar importantes consecuencias en la realidad, ya que el sentido que les asigne el legislador y el intérprete de la norma, en la medida que en su concepción de igualdad se asimilen los conceptos de los liberales igualitarios, permitirá informar y sistematizar la normativa interna en relación al principio de igualdad de una manera amplia, y cumpliendo su rol de garante en relación a las personas con discapacidad, asumido por el Estado de Chile al incorporar a su normativa interna el PIDESC y otros tratados internacionales de derechos humanos<sup>95</sup>.

En este sentido y respecto a la posibilidad de utilizar el mecanismo de las acciones positivas en su acepción de asignación de cuotas para el grupo de personas con discapacidad, si vinculamos por un lado los argumentos a favor de éstas con la normativa constitucional, especialmente respecto de la igualdad de oportunidades del artículo 1 inciso 1, la promoción de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana del artículo 5 inciso 2, y por otro el principio constitucional de igualdad del 19 número 2, y la normativa internacional en el ámbito de derechos humanos que forma parte del bloque de constitucionalidad, son constitucionales y legítimas, esto sin olvidarnos de sus requisitos de validez, como el de su transitoriedad, que ya vimos en el capítulo anterior. Ahora bien, la aplicación de estas en materia laboral ha llevado a decir, en relación con el 19 n° 16 que es el que asegura a todas las personas la libertad de trabajo y su protección, que en virtud de su inciso 3<sup>96</sup> la Constitución Política de la República las prohíbe, esto es, son inconstitucionales<sup>97</sup>, sin embargo esta afirmación debe confrontarse con toda

---

<sup>94</sup> En este sentido, consultar la opinión de Humberto Nogueira que dice que: “...existe el principio implícito en los ordenamientos jurídicos que han aceptado incorporar el derecho internacional convencional de los derechos humanos, que el bloque de derechos esenciales asegurados debe interpretarse de conformidad con los órganos de interpretación y aplicación del derecho internacional de los derechos humanos, libre y voluntariamente aceptado por los Estados partes,...”, y continúa con la estimación de que sería del todo recomendable explicitar constitucionalmente, como lo hacen entre otras Cartas Fundamentales la Constitución española de 1978 y la Constitución colombiana de 1991, y como es asumido por las jurisdicciones constitucionales de Argentina, Colombia, Costa Rica, Venezuela, entre otras. *Cfr.* Nogueira, Humberto. “Las constituciones y los tratados en materia de derechos humanos: América latina y Chile”. *Ius et Praxis*, Publicación de la Facultad de ciencias jurídicas y sociales de la Universidad de Talca, Talca Chile, 1997. p. 245. Esto debemos relacionarlo con lo concluido en el capítulo II de este trabajo, al concluirse que la concepción de igualdad que tienen los órganos autorizados para interpretar los tratados de derechos humanos, es la de la corriente filosófica de los liberales igualitarios.

<sup>95</sup> En concordancia con lo expuesto, el artículo 27 de la Convención de Viena sobre derecho de los tratados no excusa las violaciones o incumplimientos de los tratados.

<sup>96</sup> Al respecto, el artículo 19 n°16, inciso 3 establece: “Se prohíbe cualquiera discriminación que no se base en la capacidad o idoneidad personal, sin perjuicio de que la ley pueda exigir la nacionalidad chilena o límites de edad para determinados casos.”

<sup>97</sup> En este sentido, ver la opinión de Miguel Ángel Fernández, el cual en su libro *Principio Constitucional de Igualdad ante la Ley*, en especial en sus páginas 107 y 108, y en su artículo llamado: “Constitucionalidad de las acciones positivas”, aplica su estudio en particular a la categoría de género, desestimando la constitucionalidad de esta variante de acción positiva en nuestro país. *Cfr.* Fernández, Miguel. *Principio Constitucional de Igualdad ante la Ley. Op. Cit.* 4. p. 107-114; y Fernández, Miguel. “Constitucionalidad de las acciones positivas”. *Gaceta Jurídica* N° 201. Año 1997. pp. 16-20.

la normativa internacional aplicable a la discapacidad que integra nuestro bloque de constitucionalidad, incluidas las resoluciones que la interpretan, y que en concordancia con el sistema de Naciones Unidas al que Chile pertenece forman parte de estas normas internacionales, en especial con los párrafo 9 y 18 de la Observación 5<sup>98</sup>, con lo cual esta afirmación de inconstitucionalidad queda desestimada.

Por último, respecto a este tema debemos señalar que en virtud del artículo 5 de nuestra Constitución, la soberanía estatal no existe en materia de derechos humanos, por que ella tiene como límites tales derechos, lo que en opinión de Nogueira exige superar esquemas dogmáticos que no responden a la realidad de fines y valores del derecho constitucional actual<sup>99</sup>.

## 2.2. Tratados Internacionales de Derechos Humanos vigentes en Chile.

El inciso 2 del artículo 5<sup>100</sup> de la Constitución Política de la República incorporó la obligación estatal de respetar y promover los derechos fundamentales, garantizados tanto por la Constitución, como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, elevando estos últimos a un nivel constitucional<sup>101</sup>. Lo anterior ha sido objeto de una discusión respecto a la jerarquía constitucional de estos tratados, pero lo que es claro es que el inciso 2 estableció una obligación de carácter específico hacia los órganos del Estado, cual es que deben promover y respetar esos derechos que se encuentra establecidos en los tratados internacionales que forman parte del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, adoptados por Chile, y que integran las normas constitucionales en virtud del bloque de constitucionalidad.

Esta doctrina del bloque de constitucionalidad se refiere al conjunto normativo que contiene disposiciones, principios o valores materialmente constitucionales, entre otros, sirviendo de complemento congruente para reforzar y legitimar la fuerza normativa de los derechos en la Constitución desde fuera de ella misma. Con lo anterior se supera la concepción formal de la Constitución, y ésta se elastiza, dando mayor amplitud a las valoraciones en materia de constitucionalidad, reforzando en definitiva la normativa de la Constitución. Esta doctrina tiene como base y fin la utilización de este conjunto normativo como parámetro para realizar el control

<sup>98</sup> Párrafo 9 de la Observación General 5, *Op. Cit.* 38. p. 2; párrafo 18. *Ídem.* p. 5.

<sup>99</sup> *Cfr.* Nogueira, Humberto. *Op. Cit.* 94. p. 242.

<sup>100</sup> El artículo 5° señala: “La soberanía reside esencialmente en la Nación. Su ejercicio se realiza por el pueblo a través del plebiscito y de elecciones periódicas y también, por las autoridades que esta Constitución establece. Ningún sector del pueblo ni individuo alguno puede atribuirse se ejercicio.

El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”.

<sup>101</sup> Nogueira realiza una crítica en este punto a los Estados, al decir que: “existe una incoherencia o “esquizofrenia” mental cuando conociendo los principios y reglas que rigen en materia de derecho internacional público, libre y voluntariamente se aprueban y ratifican convenciones en materia de derechos humanos, lo que implica reconocer la primacía de sus normas sobre el derecho interno, además de incorporar tales normas a nuestro sistemas jurídicos, para luego de forma incalificable desconocer sus consecuencias jurídicas, afectando gravemente el honor y la responsabilidad estatal, como asimismo, vulnerando el derecho válidamente incorporado al propio ordenamiento jurídico. La coherencia exige que una vez incorporados válidamente los principios y reglas del derecho internacional de los derechos humanos y las competencias de los tribunales supranacionales respectivos, debe cumplirse de buena fe las obligaciones contraídas, de lo contrario hay incoherencia, se viola el derecho interno y se incurre en responsabilidad internacional.” Nogueira, Humberto. *Op. Cit.* 94. p. 242-243.



de constitucionalidad, es decir, como instrumento para interpretar, aplicar o desaplicar desde la Constitución las normas de carácter infraconstitucional, siendo este último uno de los fines básicos a realizar. Además debemos agregar que existe el principio explícito, en los ordenamientos jurídicos que han decidido incorporar el derecho internacional convencional de los derechos humanos, que el bloque de derechos esenciales asegurados debe interpretarse de conformidad con los órganos de interpretación y aplicación del derecho internacional de los derechos humanos, libremente aceptado por los Estados parte<sup>102</sup>. Lo anterior tiene especial relevancia en materia de discapacidad, en relación a tratados que incorporan la igualdad como condición o de expectativas de vida, como los del PIDESC, Convención de Derechos del Niño y CEDAW, pues los derechos que contienen tienen por objeto garantizar ciertos niveles mínimos de justicia social, económica y cultural en favor de la sociedad, con la finalidad que una vez cumplido estos niveles, las personas puedan desarrollar sus proyectos de vida libremente. Como ha quedado de manifiesto en capítulos anteriores, estos derechos están reconocidos en distintos instrumentos internacionales vigentes en Chile, como es el caso de CADH en el artículo 26, vigente desde 1991 y el PIDESC, vigente desde 1989<sup>103</sup>.

En este sentido, los Estados al aprobar y ratificar un tratado o convención internacional saben que tienen el deber de dotar de eficacia directa a tales derechos, y así podemos citar el artículo 1 de la CADH que establece: “1. Los Estados partes en esta convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción...”. La obligación del Estado de Chile según este inciso es triple: respetar, proteger y garantizar los derechos económicos, sociales y culturales. Por una parte, respetar conlleva el cumplimiento de una obligación negativa por parte de cualquier órgano o funcionario del Estado, o de una institución de carácter público que consiste en no lesionar directamente los derechos. La de proteger, impone el Estado realizar todos los actos que tengan por objeto prevenir el abuso de terceras personas en contra de los derechos de un sujeto. Por último, la de garantizar impone el deber de organizar la estructura estatal de manera que asegure jurídicamente la realización efectiva de los derechos humanos, que se vuelve especialmente importante tratándose de sectores de la población que por motivos estructurales se encuentran excluidos de los beneficios que en teoría han sido establecidos para todos, conforme al principio de igualdad<sup>104</sup>. Luego, el artículo 2 de la CADH viene a reforzar esta obligación al establecer el deber consistente en la adopción de medidas legislativas o de otro carácter que sean necesarias para dar plena eficacia a los derechos.

Podemos observar de lo que hemos tratado que existe una concepción de igualdad a nivel constitucional susceptible de ser dotada de distintos contenidos, lo claro sí es que el Estado

<sup>102</sup> Cfr. Nogueira, Humberto. *Op. Cit.* 94. pp. 243-245.

<sup>103</sup> En el caso de la legislación chilena, a modo de ejemplo en la Convención Americana sobre Derechos Humanos en el artículo 26, vigente desde 1991 y el PIDESC, vigente desde 1989, pues como se sabe toda la normativa internacional tratada en el punto de este trabajo llamado: “Análisis de la igualdad en las normas internacionales referidas a la discapacidad”, es derecho vigente en Chile.

<sup>104</sup> Cfr. Espejo, Nicolás. *Op. Cit.* 15. p 31-33

de Chile en su posición de garante de los derechos humanos debe velar por que estos sean protegidos de la mejor manera posible, lo cual se realiza dándole el contenido que se le asigna en el derecho internacional convencional, cuyo enfoque es aquel dado por los liberales igualitarios, que es de carácter amplio y otorga una mayor garantía en comparación al dado, por ejemplo, por los liberales libertarios, estando el Estado de Chile obligado a incorporarlo en virtud del mandato de los órganos de interpretación internacional autorizados de estos tratados, los cuales han hecho suyo este enfoque y lo han dotado de obligatoriedad a través de distintas resoluciones, entre ellas la Observación 5 del PIDESC. Lo anterior en la práctica no sucede en nuestro derecho, pues la tendencia que se observa es el concebir la igualdad como de oportunidades en relación al acceso, y en algunas materias como en el caso de las aplicables al grupo de personas con discapacidad incluso se llega a una concepción formal, garantizando la igualdad sólo en la letra, por parte de los órganos encargados de regular, aplicar y garantizar el cumplimiento de los derechos de estas personas.

La contradicción y el problema se suscita aquí por la poca claridad que existe en los órganos del Estado, encargados de crear, interpretar y aplicar las normas que aseguren el cumplimiento de los derechos humanos en nuestro sistema normativo<sup>105</sup>, respecto a las obligaciones internacionales que ha contraído Chile en materia de discapacidad, por una parte, y la legislación interna, por otra, la cual si no se interpreta de forma sistemática y coherente con la anterior legislación, como se ha venido haciendo hasta el momento, puede llevar a concebir, por ejemplo, que en nuestras bases de la institucionalidad la igualdad es de oportunidades desde el punto de partida, lo que ha llevado incluso que a nivel legal se haya adoptado una concepción insuficiente desde el punto de vista de su garantía, formal, (como en el caso de la discapacidad), superada hace mucho tanto internacionalmente como en legislación comparada, contradiciendo la normativa del bloque de constitucionalidad vigente en nuestro país, lo que demuestra la falta de sincronización que han generado nuestros órganos estatales en la aplicación de ambos sistemas normativos. Si esto además lo relacionamos con el reconocimiento constitucional de la limitación a la soberanía (poder estatal) por el derecho internacional de los derechos humanos, la autoejecutabilidad de estas normas<sup>106</sup>, la característica de intangibilidad de los tratados de derechos humanos propio de un Estado de Derecho, con el criterio de aplicar la fuente y solución que mejor protejan los derechos, tenemos que la norma internacional debe ser obedecida y aplicada efectivamente en materia de discapacidad, y en definitiva superarse la concepción interna más restringida de la que la han dotado los órganos estatales en nuestro país. Debemos hacer hincapié en que lo anterior sucede actualmente en un tema fundamental como es el área de los derechos humanos, lo que muestra una falla a nivel de estructura legislativa, técnica

---

<sup>105</sup> El cual está integrado al sistema de derechos humanos internacional, cuyas normas se encuentran vigentes en nuestro país, en especial las tratadas en el capítulo II, punto 5 llamado: “Análisis de la igualdad en la normas internacionales referidas a la discapacidad”.

<sup>106</sup> El caso de la Convención Americana de Derechos Humanos, sería por ejemplo de autoejecutabilidad directa, en relación a su artículo 2 y la Opinión Consultiva OC-7 del 29 de agosto de 1986 sobre derecho de rectificación o respuesta.

legislativa, y de aplicación, respecto de cual es la verdadera regulación de los derechos humanos, desconociendo así su contenido<sup>107</sup>.

### 2.3. Análisis crítico a la ley 19.284.

Esta ley es una que regula en nuestro país materias de derechos humanos de las personas con discapacidad y es considerada la legislación integral en el área. El artículo 1 establece que sus normas “tienen por objeto establecer la forma y condiciones que permitan obtener la plena integración de las personas con discapacidad en la sociedad y velar por el pleno ejercicio de los derechos que la Constitución y las leyes reconocen a todas las personas”. Demostraremos que esta norma, al establecer una serie de medidas débiles en relación a este colectivo histórico en desventaja, no cumple con este fin ni con su objetivo de ser una legislación integral en materia de discapacidad, por lo tanto tampoco cumple con lo establecido en el derecho internacional de los derechos humanos vigente en Chile, en especial con el párrafo 9 de la Observación 5 al PIDESC<sup>108</sup>, demostrando una técnica legislativa insuficiente.

Un primer problema que se presenta con el contenido de este artículo 1 dice relación con el establecimiento de las condiciones que permitirían la plena integración de las personas con discapacidad en la sociedad. En este punto la normativa se centra en la ejecución de programas (artículo 4), que no garantizan la plena integración de un grupo discriminado históricamente, pues en general además de contemplar estos últimos y la ejecución de acciones positivas en su acepción de medidas de promoción, no se contemplan otro tipo de políticas de adelanto, y en este caso en particular la asignación de cuotas en sectores como el laboral y el de la función pública, cuya adopción daría efectivo cumplimiento a las obligaciones internacionales contraídas por el Estado Chile en materia de discapacidad, en concordancia con el párrafo 9 de la Observación 5 y demás normativa internacional, que legitiman e imponen la adopción de estas últimas. En consecuencia, al no garantizarse la igualdad en los resultados, esta norma no pasa de ser materialmente una declaración de principios, aunque formalmente aparezca como ley.

Luego, su artículo 2, sobre todo la primera parte de su inciso 1 en relación a su inciso 2, parece limitar la real obligación que ha contraído el Estado de Chile en relación a este colectivo en desventaja, respecto al derecho internacional de los derechos humanos, ya que subraya ésta en los siguientes términos:

---

<sup>107</sup> Para profundizar respecto a la discrepancia entre los órganos garantes encargados de la aplicación y cumplimiento de los derechos humanos de las personas con discapacidad en nuestro país ver: el capítulo llamado “Derechos Humanos de las personas con discapacidad”, del *Informe anual sobre derechos humanos en Chile 2003 (Hechos de 2002)*. Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales. pp. 359-378; el *Informe de la Comisión de Salud que Formula un Diagnostico Sobre la Discapacidad en Chile y Propone Medidas Concretas Encaminadas a Paliar Las Deficiencias y Omisiones Detectadas*. Disponible en documento en línea: <http://www.navarro.cl/defensa/Discapacidad/Informesenado.htm>. Extraído el 19 de abril del 2004; y el reportaje de la revista *Crónicas del Domingo*, del Diario Austral de Valdivia, llamado “Discriminación laboral: Ser discapacitado, profesional y cesante.” Matus, Miguel. “Discriminación laboral: Ser discapacitado, profesional y cesante.” *Crónicas del Domingo*. Año 19, N° 851, del domingo 23 al sábado 29 de enero de 2005. Santiago de Chile. pp. 4-6.

<sup>108</sup> *Op. Cit.* 38. p. 3.

“La prevención de las discapacidades y la rehabilitación constituyen una obligación del Estado y, asimismo, un derecho y un deber de las personas con discapacidad, de su familia y de la sociedad en su conjunto.  
El Estado dará cumplimiento a la obligación establecida en el inciso anterior en los términos y condiciones que fije esta ley.”

Aquí vemos como esta norma en un nivel legal limita el ámbito de aplicación y garantía de los derechos humanos vigente en Chile en relación al derecho sustantivo internacional, pues se centra en uno solo de los ámbitos de la discapacidad, cual es el de la salud física, hablándose de prevención de discapacidad y de rehabilitación solamente, y en ningún momento de reinserción social, con lo cual se daría efectivamente garantías del cumplimiento de un pleno desarrollo y dignidad de las personas con discapacidad en primer lugar, y en segundolugar con la concepción internacional de la igualdad, que como vimos es aquella que se caracteriza por ser proteccionista y e inspirada en la filosofía de los liberales igualitarios, y establecida en nuestro país a nivel constitucional en virtud del bloque de constitucionalidad. En el mismo sentido y con la misma crítica se encuentra el artículo 14.

El artículo 5 viene a reafirmar esta apreciación, estableciendo en su segunda parte que se consideran ayudas técnicas “los que permiten compensar una o más limitaciones funcionales motrices, sensoriales o cognitivas de las personas con discapacidad, con el propósito de permitirle salvar las barreras de comunicación y movilidad y de posibilitar su plena integración en condiciones de normalidad.” Esta norma considera que compensando desventajas físicas se posibilita la plena integración de estas personas en la sociedad, en sentido opuesto al manifestado por la Obsevación 5<sup>109</sup>, sin considerar el factor de discriminación social que afecta a estas personas, el cual necesita de medidas más radicales que permitan corregir las desigualdades en las estructuras sociales. Además establece una igualdad de oportunidades en su variante al acceso a las mismas, en términos de Sartori, al hablar de “posibilitar” su plena integración, sin garantizarla.

Los artículos 18 a 45 contemplan medidas orientadas al logro de equiparación de oportunidades consisten en diferentes acciones de promoción, así el artículo 18 establece que los establecimientos educacionales, empleadores y toda persona o institución que ofrezca cursos, empleos, servicios, entre otros, deberán adecuar los mecanismos de selección en todo cuanto sea necesario para permitir la participación de las personas con discapacidad en igualdad de oportunidades. Esta norma tiene una concepción de igualdad aparentemente sustantiva, pero al no establecer las sanciones adecuadas que garanticen su efectivo cumplimiento no pasa de ser una mera declaración, y al confrontarla con la normativa internacional de derechos humanos aparece claramente una divergencia con lo que ésta obliga, en particular con la Observación 5° párrafo 9, del PIDESC y el artículo 19 de nuestra Constitución.

---

<sup>109</sup> En este sentido, los párrafos 5, 18, y sobre todo el 15 de la *Observación 5* al PIDESC, el que dice que los 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. *Op. Cit.* 38. p. 5.

Todo lo anterior se traduce en un incumplimiento de los Pactos internacionales de derechos humanos que se encuentran vigentes en Chile, que se entienden incluidos en la Constitución, lo cual produce una coalición entre ambos sistemas normativos, pues aquellos no se cumplen en nuestro derecho interno en materia de discapacidad. A nuestro juicio, este problema debe ser resuelto en el sentido de que debe primar la norma que garantice más ampliamente estos derechos, y esta es la de derecho internacional, pues el enfoque utilizado en esta es el propio de los liberales igualitarios y por lo tanto más garantista que el utilizado en la llamada legislación integral en nuestro país en materia de discapacidad, el cual interpreta la igualdad como una de oportunidades en el acceso, propio de los liberales libertarios. En nuestra opinión esto se debe a la interpretación y aplicación de nuestra Constitución, por parte de los órganos encargados en Chile, sin confrontarla con toda la normativa internacional propia del bloque de constitucionalidad.

Siguiendo nuestro análisis, el artículo 21 establece que las nuevas construcciones, instalaciones, entre otras, de propiedad pública o privada deben efectuarse de manera que resulten accesibles y utilizables, sin dificultad por personas que se desplazan en sillas de ruedas y que los organismos competentes deben ajustar su normativa a las normas de esta ley; y el artículo 25 regula la reserva de estacionamiento de vehículos para el uso de personas con discapacidad, en establecimientos públicos y comerciales entre otros y establece la responsabilidad de la municipalidad de velar por el adecuado cumplimiento de esta obligación. Esto podemos considerarlo un claro ejemplo de la poca aplicación, efectividad, y falta de mecanismos coactivos y de fiscalización generales de esta norma que data del año 1994, pues hasta la fecha la realidad nos demuestra el poco impacto de esta norma, lo que comprueba que tampoco se logró el objetivo de las acciones de promoción establecidas en esta norma, ni se establecieron las sanciones adecuadas.

El artículo 33, referido a la capacitación e inserción laborales, norma que el Estado, por medio de los organismos pertinentes promoverá la capacitación laboral de las personas con discapacidad, creando programas especiales con el fin de permitir e incrementar al trabajo; y el artículo 37, que establece que el Estado, a través de sus organismos pertinentes, creará condiciones y velará por la inserción laboral de las personas con discapacidad a objeto de asegurar su independencia, desarrollo personal, ejercicio del derecho a constituir una familia y a gozar de una vida digna. Estos dos artículos, a modo de ejemplo, constituyen otro caso donde vemos que la norma carece de eficacia, si lo confrontamos con la opinión de los mismos involucrados<sup>110</sup>, y esto sucede por que la ley en cuestión nuevamente no establece las medidas adecuadas (asignación de cuotas o puestos laborales, generar incentivos económicos), ni tampoco las sanciones adecuadas (como serían aquellas impuestas, por ejemplo, en el ámbito tributario).

---

<sup>110</sup> En este sentido, consultar la opinión de los profesionales en entrevista de la Revista Crónicas del Domingo. *Op. Cit.* 107. pp. 4-6.

#### 2.4. Acción de protección en materia de discapacidad (la acción del artículo 49 de la Ley N° 19.284)

El artículo 48 establece que: “sin perjuicio de las normas administrativas y penales existentes, toda persona que por causa de acto u omisión arbitraria o ilegal sufra discriminación o amenaza en el ejercicio de los derechos y beneficios consagrados en esta ley, podrá concurrir por sí o por cualquiera a su nombre, al Juez de Policía Local correspondiente a su domicilio, el que deberá adoptar de inmediato las providencias para asegurar y restablecer su derecho afectado.”; y el artículo 49: “El que fuere sancionado como autor de acto u omisión arbitraria o ilegal en los términos previstos en el artículo precedente, pagará una multa de una a tres unidades tributarias mensuales, que se duplicará en caso de reincidencia. La reincidencia será causal suficiente para la eliminación del Registro Nacional de la Discapacidad, si el sancionado estuviera inscrito en él.”

Estos establecen una sanción de poco impacto al autor de esta acción u omisión arbitraria o ilegal, sin considerar además que establece un procedimiento de policía Local para la protección de derechos fundamentales, lo que constituye un paradigma del tema de nuestra investigación relativa a la situación de desprotección en que se encuentran las personas con discapacidad, lo que pone de manifiesto el carácter poco garantista de esta legislación, y confirma nuestra tesis<sup>111</sup>. Esta ley opta por entregar el conocimiento de este mecanismo protectorio y tutelar a los Juzgados de Policía Local, de manera que la responsabilidad de determinar lo que se entiende por discriminación en nuestra cultura jurídica, en relación a la de protección efectiva de derechos de las personas, recae en un tribunal que conoce un procedimiento de faltas. Resulta extraño que una ley que regula derechos humanos encargue a un tribunal que conoce de este tipo de procedimientos, el conocimiento y decisión en esta área, que está establecida en la Constitución como un deber básico de Estado, y que merece su primera y más especial atención, presentándose al menos un problema de coordinación jerárquica en la estructura normativa relativa a estos derechos, ya que derechos consagrados constitucionalmente, como el de igualdad, la acción de protección que tienen en materia de discapacidad, es llevada a un juzgado que conoce de faltas, desconociendo el fin de bien común que tiene el Estado.

---

<sup>111</sup> En este sentido, nos manifestamos en contra de la opinión de Javier Barrientos, el cual en su artículo llamado: “De la Acción de Protección en Materia de Discapacidad. (La acción del artículo 49 de la Ley 1.284, de 1994)”, señala que la acción de protección constitucional tiene entre otras ventajas, el servir de modelo para la instauración de acciones protectorias especiales de determinadas garantías constitucionales o simplemente legales, de modo que en último tiempo en el sistema jurídico chileno han aparecido y se han consolidado nuevas acciones encaminadas a fortalecer el Estado de Derecho, y a hacer posible el logro del bien común de acuerdo a las bases de la institucionalidad de nuestra Constitución. Así, sobre el modelo de la acción de protección del artículo 20 de la Constitución Política, la Ley N° 19.284 regula en su título 6° una nueva acción de protección de derechos para las personas con discapacidad, en la cual se entrega a una judicatura mucho más próxima a las personas y de la cual se espera una rica jurisprudencia que contribuya a hacer realidad la tutela judicial efectiva en sede de no discriminación. *Cfr.* Barrientos, Javier. “De la Acción de Protección en Materia de Discapacidad. (La acción del artículo 49 de la Ley 1.284, de 1994). *Ius Publicum*, Revista de la Escuela de Derecho Universidad Santo Tomás. N° 11. 2003. pp. 66-67-73. Consideramos que esta acción está lejos de fortalecer el Estado de Derecho al entregar a un juzgado de faltas la protección de derechos humanos que se encuentran garantizados a nivel constitucional, jurisdicción que no vislumbramos como la adecuada, pues lo apropiado para este caso es la acción de protección constitucional, o una sede al menos de mayor jerarquía, ya que el derecho involucrado en este caso es el de la igualdad. Esta acción desconoce además el fin primordial del Estado, cual es el bien común, al entregar la determinación en nuestra cultura jurídica de lo que se entiende por discriminación, que es un aspecto propio del ámbito derechos humanos, a este tipo de jurisdicción que se encuentra encargado de situaciones de menor gravedad en comparación a este tema.

## CONCLUSIONES

- La igualdad en el derecho internacional ha tenido un carácter evolutivo, desde la Declaración Universal de los derechos humanos, en que se reconoce internacionalmente su incorporación como derecho humano el año 1947, para posteriormente avanzar en su reconocimiento como derecho sustantivo en el PIDESC (1967), lo que hace que se evolucione definitivamente desde una concepción formal a una concepción material de la misma. Luego en instrumentos tales como la CEDAW (1981), Convenio N° 159 de la OIT (1983), Observación 5 del PIDESC (la cual le da un giro y una nueva orientación a este pacto, 1994), y Convención de los Derechos del Niño(1999), se incorpora un enfoque de la igualdad de carácter amplio, propio de la corriente filosófica de los liberales igualitarios, el cual permite la incorporación de políticas de adelanto tales como las acciones positivas en sus distintas versiones. Así, tenemos que en materia de discapacidad, los instrumentos jurídicos internacionales pertenecientes al sistema de Naciones Unidas contienen una concepción de la igualdad cercana a la de los liberales igualitaristas.
- El marco jurídico que se ha expuesto en relación a la discapacidad en Chile, no obstante su gran cantidad de normas, carece de efectividad, pues se encuentra carente de mecanismos adecuados para su efectiva aplicación. En este sentido, muchos de los derechos en relación a la discapacidad se encuentran reconocidos en Chile sólo formalmente en el texto legal, no pasando de ser una mera declaración de principios, lo cual es producto de la carencia de medios coercitivos que sufren estos derechos en nuestro sistema legal. La incorporación de estos en el tema de la discapacidad, tales como la instauración de mecanismos coactivos y de fiscalización generales; en el ámbito laboral orientar la solución legislativa hacia una discriminación positiva, generando incentivos económicos y estableciendo un margen de personas contratadas, a través de cupos mínimos obligatorios o asignación de cuotas, garantizarían la efectiva aplicación de estos derechos.
- La comentada falta de medios coercitivos, trae como consecuencia que en nuestro país la situación de estas personas se aleje en la realidad de la igualdad de oportunidades en sentido material, pues la falta de sanción adecuada para garantizar la efectiva vigencia de sus derechos hace que estos se encuentren establecidos sólo a un nivel formal, no concretándose efectivamente en los hechos. Con esto se manifiesta en nuestra legislación una concepción de igualdad en sentido divergente al de los instrumentos jurídicos internacionales aplicables al tema, que se encuentran caracterizados por su orientación proteccionista.
- En la legislación chilena las acciones positivas en sus distintas versiones son constitucionales, debido a la incorporación de normas internacionales que se encuentran elevadas en nuestra legislación a la categoría de constitucionales en virtud de la doctrina del bloque de constitucionalidad, tales como el PIDESC, CEDAW, y Convenio N° 159 de la OIT.

- Las acciones positivas son un mecanismo que permite abordar distintas temáticas vinculadas al concepto de igualdad como expectativas de vida (discapacidad), y que en derecho comparado se encuentran adoptadas por países de avanzada legislación.
- No va contra la normativa chilena la aplicación de la acción positiva como asignación de cuotas en materia laboral, es más, en una interpretación sistemática, si se considera por parte del Estado de Chile la discriminación que afecta a las personas con discapacidad, en algunos casos además combinada con otras de las categorías prohibidas de discriminación, estaría obligado a adoptarlas en virtud de la aplicación conjunta del inciso 2 del artículo 5 de la Constitución, el PIDESC, y el párrafo 9 de la Observación 5 del mismo Pacto.
- De lo anterior se deriva la responsabilidad internacional del Estado de Chile, al no incorporarlas en su legislación laboral, existiendo esta obligación desde el año 1994 (fecha de la Observación 5 al PIDESC), ayudando a mantener con esto la situación de discriminación de las personas con discapacidad en nuestro país. Se vislumbra así una conducta apática por parte de los agentes de la sociedad chilena, especialmente en los legisladores y los actores políticos y sociales, lo que ayuda a mantener la situación de discriminación en relación a personas con discapacidad.
- Sin perjuicio de la existencia de la acción de protección y el recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, es razonable esperar un avance legislativo manifestado en diversas políticas de adelanto y sanciones adecuadas que permitan terminar con la impunidad de la discriminación que sufren las personas con discapacidad.



## BIBLIOGRAFÍA

### I TEXTOS Y OBRAS COLECTIVAS

Aristóteles: *La Política en Obras Completas de Aristóteles*. Ed. Anaconda. Buenos Aires, 1947.

Balaguer, Francisco (coordinador). En A.A.V.V. *Derecho Constitucional*. vol. II. Editorial. Tecnos. Madrid, 2002.

Barrère Unzueta, María:

- *Igualdad y “discriminación positiva”*: un esbozo de análisis teórico-conceptual. Universidad del País Vasco/EHU. Documento en línea, disponible en: <http://www.uv.es/CEFD/9/barrere1.pdf>. Extraído el 10 de Octubre de 2004.
- *La Acción Positiva: Análisis del Concepto y Propuestas de Revisión*. Documento en línea, disponible en: <http://www.uv.es/CEFD/9/barrere2.pdf>. Extraído el 18 de noviembre de 2004.

Bobbio, Norberto. *Igualdad y Libertad*. Editorial Paidós. Madrid, 1993.

Canales, Patricia. *Promoción laboral de los discapacitados en los instrumentos de la organización internacional del trabajo y en la discapacidad de Francia, Italia y España*. Documento en línea, disponible en: [http://www.bcn.cl/pags/publicaciones/serie\\_estudios/esolis/nro203.html](http://www.bcn.cl/pags/publicaciones/serie_estudios/esolis/nro203.html) - 3k. Extraído el 18 de Agosto de 2004.

Documentos UAPROL/BCN/AÑO III N° 213. *Discapacidad legislación extranjera*. Valparaíso, 2003. Documento en línea, disponible en: [http://www.bcn.cl/publicadores/pub\\_uaprol\\_doc/listado/detalle.php?id=85](http://www.bcn.cl/publicadores/pub_uaprol_doc/listado/detalle.php?id=85). Extraído el 16 de Julio de 2004.

Dworkin, Ronald. *Los Derechos en Serio*. Editorial Ariel. Barcelona, 1989.

Espejo, Nicolás. “La interpretación amplia de la no-discriminación a la luz del principio de igualdad. Un enfoque igualitarista del interés público”. En *Foro contra la Discriminación del Programa de Acciones de Interés Público de la Universidad Diego Portales*. Santiago de Chile, 2000. Documento en línea, disponible en: <http://www.uc.cl/isp/eticapolitica/documento/IGUALDAD.PDF> Extraído el 21 de septiembre de 2004.

Fernández, Miguel. *Principio Constitucional de Igualdad ante la Ley*. Ed. Jurídica Conosur Ltda. Santiago de Chile, 2001.

Gamonal, Sergio. “El principio de no discriminación por razones de sexo en materia laboral”. En *Cuadernos Jurídicos, Universidad Adolfo Ibáñez*, N° 18. Santiago de Chile, 2003. pp. 83-105. Documento en línea, disponible en: [http://www.unicz.it/lavoro/AL\\_GAMONAL\\_DISCRIMINACION.pdf](http://www.unicz.it/lavoro/AL_GAMONAL_DISCRIMINACION.pdf). Extraído el 30 de noviembre de 2004.

Gómez, Gastón. “El principio de igualdad constitucional”. En A.A.V.V. *20 años de la constitución chilena 1981-2001*. Navarro, Enrique (Ed). Editorial Jurídica Conosur. Santiago de Chile, 2001.

Kemelmajer de Carlucci, Aída. “ Las acciones positivas”. Plenario. Edición Electrónica. Publicación de la Asociación de Abogados de Buenos Aires. Abril de 2001. Documento en línea, disponible en: <http://www.aaba.org.ar/ple104000.htm>. Extraído el 29 de Agosto de 2004.

Ministerio de Planificación de Chile. *Encuesta CASEN*. Documento en línea, disponible en: [http://www.mideplan.cl/admin/docdescargas/centrodoc/centrodoc\\_67.pdf](http://www.mideplan.cl/admin/docdescargas/centrodoc/centrodoc_67.pdf) Extraído el 4 de enero de 2005.

Osborne, Raquel. *Grupos minoritarios y acción positiva: las mujeres y la política de igualdad*. Documento en línea, disponible en: <http://www.bib.uab.es/pub/papers/02102862n53p65.pdf>. Extraído el 18 de noviembre de 2004.

Pacheco Gómez, Máximo. *Los Derechos Humanos. Documentos Básicos*. Tomo I. Ed. Jurídica de Chile. Santiago de Chile, 2000.

Sen, Amartya. “¿Igualdad de qué?”. En A.A.V.V. *Libertad, Igualdad y Derecho*. Editorial Ariel. Barcelona, 1988.

## II REVISTAS

Barrientos, Javier. “De la Acción de Protección en Materia de Discapacidad. (La acción del artículo 49 de la Ley 1.284, de 1994). *Ius Publicum*, Revista de la Escuela de Derecho Universidad Santo Tomás. N° 11. 2003. pp. 65-73.

Durán y Lalaguna, Paloma. “Apuntes sobre las acciones positivas”. *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*. Documento en línea, disponible en: [http://www.vlex.com/es/ppv/doctrina/fuente\\_41,numero\\_%2330.0html](http://www.vlex.com/es/ppv/doctrina/fuente_41,numero_%2330.0html). Extraído el 28 de Agosto de 2004. pp.

Fernández, Miguel. “Constitucionalidad de las acciones positivas”. *Gaceta Jurídica* N° 201. Año 1997. pp. 9-20.

Matus, Miguel. “Discriminación laboral: Ser discapacitado, profesional y cesante.” “Discriminación laboral: Ser discapacitado, profesional y cesante.” *Crónicas del Domingo*. Publicación del Diario Austral de Valdivia. Año 19, N° 851, del domingo 23 al sábado 29 de enero de 2005. Santiago de Chile. pp. 4-6.

Nogueira, Humberto.

- “Las constituciones y los tratados en materia de derechos humanos: América latina y Chile”. *Ius et Praxis*, Publicación de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Talca, Talca Chile, 1997. pp. 227-279.
- “El derecho a la igualdad en la jurisprudencia constitucional”. *Ius et Praxis*, Año 2, N° 2, 1997. pp. 235-255.

Petzold-Pernia, Hermann. “La igualdad como fundamento de los derechos de la persona humana”. *Anuario de filosofía jurídica y social*, N° 11, Valparaíso, 1993. pp. 83-103.

Rodríguez, Blanca. “Discriminación y Participación”. *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, N° 110, Octubre-Diciembre 2000. pp. 197- 206.

Valle, Aldo. “Discriminación Inversa o Desfiguración de la Igualdad: Una Reflexión Liberal y Progresista”, en Ronald Dworkin, “Estudios en su Homenaje”. *Revista de Ciencias Sociales de la Universidad de Valparaíso*, N° 38. pp. 459-487.

### **III TRATADOS, RESOLUCIONES Y OTROS DOCUMENTOS INTERNACIONALES**

Organización de los Estados Americanos. *Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Documento en línea disponible en: <http://www.oas.org/jurídico/spanish/firmas/b-32.htm>. Extraído el 3 de enero de 2005.

Organización de los Estados Americanos. *Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad*. Documento en línea, disponible en: <http://www.oas.org/jurídico/spanish/firmas/b-65.htm>. Extraído el 3 de enero de 2005.

Organización de las Naciones Unidas. *Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles Inhumanos o Degradantes*. Documento en línea, disponible en: <http://www.ohchr.org/spanish/law/cat.htm> Extraído el 3 de enero de 2005.

Organización de las Naciones Unidas. *Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial*. Documento en línea, disponible en: <http://www.ohchr.org/spanish/law/cerd.htm> Extraído el 3 de enero de 2005.

Organización de las Naciones Unidas. *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*. Documento en línea, disponible en: <http://www.ohchr.org/spanish/law/cedaw.htm> Extraído el 3 de enero de 2005.

Organización de las Naciones Unidas. *Convención sobre los Derechos del Niño*. Documento en línea, disponible en: <http://www.ohchr.org/spanish/law/crc.htm>. Extraído el 3 de enero de 2005.

Organización de las Naciones Unidas. *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*. Documento en línea, disponible en: <http://www.ohchr.org/spanish/law/ccpr.htm>. Extraído el 2 de enero de 2005.

Organización de las Naciones Unidas. *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. Documento en línea, disponible en: <http://www.ohchr.org/spanish/law/cescr.htm>. Extraído el 2 de enero de 2005.

Alto comisionado de las Naciones Unidas para los derechos humanos. Documento en línea, disponible en: <http://ohchr.orgspanish/about/hc/index/htm>. Extraído el 15 de diciembre de 2004.

Consejo Económico y Social. *Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y seguimiento de la Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos*. Los derechos de las personas con discapacidad del Consejo Económico y Social. 20 de febrero de 2002 . Comisión de Derechos Humanos. 58° período de sesiones. Tema 4 del programa original. Nota de la Oficina de la ACNUDH. Documento en línea, disponible en: <http://daccess-ods.un.org/access.nsf/Get?Open&DS=E/CN.4/2002/18/Add.1&Lang=S>. Extraído el 23 de diciembre de 2004.

Consejo Económico y Social. *Aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales. Observación General 5*, U.N.Doc. E/C.12/1994/13. Personas con discapacidades. 11 período de sesiones, 1994. Documento en línea, disponible en: <http://www1.umn.edu/humanrts/gencomm/epcomm5s.htm>. Extraído el 7 de enero de 2005.

Organización de las Naciones Unidas. Asamblea General. *Declaración de los Derechos de los Impedidos* . Documento en línea, disponible en: [http://daccess-ods.un.org/access.nsf/Get?Open&DS=A/RES/3447\(XXX\)&Lang=S&Area=RESOLUTION](http://daccess-ods.un.org/access.nsf/Get?Open&DS=A/RES/3447(XXX)&Lang=S&Area=RESOLUTION). Extraído el 2 de enero de 2005.

Organización de las Naciones Unidas. Asamblea General. *Declaración de los derechos del Retrasado Mental*. Documento en línea, disponible en: [http://daccess-ods.un.org/access.nsf/Get?Open&DS=A/RES/2856\(XXVI\)&Lang=S&Area=Resolution](http://daccess-ods.un.org/access.nsf/Get?Open&DS=A/RES/2856(XXVI)&Lang=S&Area=Resolution). Extraído el 2 de enero de 2005.

Organización de las Naciones Unidas. Asamblea General. *Declaración sobre el derecho y el deber de los individuos, los grupos y las instituciones de promover y proteger los derechos*

*humanos y las libertades fundamentales universalmente reconocidos*. Documento en línea, disponible en: <http://daccess-ds.un.org/access.nsf/Get?Open&DS=A/RES/53/144&Lang=S> Extraído el 3 de enero de 2005.

Organización de las Naciones Unidas. Asamblea General. *La protección de los enfermos mentales y el mejoramiento de la atención de la salud mental*. Documento en línea, disponible en: <http://daccess-ods.un.org/access.nsf/Get?Open&DS=%20A/RES/46/119&Lang=S> Extraído el 2 de enero de 2005.

Organización Mundial de la Salud. *Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud, aprobada y publicada por la OMS*. Documento en línea, disponible en: <http://www.who.int/classifications/icf/whares/wha-sp.pdf>. Extraído 9 de diciembre de 2004.

Organización de las Naciones Unidas. *Conferencia Mundial de Derechos Humanos de Viena*. Documento en línea, disponible en: <http://daccess-ods.un.org/access.nsf/Get?Open&DS=A/CONF.157/23&Lang=S>. Extraído el 3 de enero de 2005.

Organización de las Naciones Unidas. Datos extraído del sitio oficial de la OACDH de las Naciones Unidas. Documento en línea, disponible en: <http://www.ohch.org/spanish/copyright.htm>. Extraído el 15 de noviembre de 2004.

Organización de las Naciones Unidas. *Declaración Universal de Derechos Humanos*. Documento en línea, disponible en: <http://www.unhchr.ch/udhr/lang/spn.htm>. Extraído el 2 de enero de 2005.

Organización de las Naciones Unidas. *Normas Uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad*. Aprobadas Por Resolución N° 48/96 de la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de diciembre de 1993. Documento en línea, disponible en: <http://daccess-ods.un.org/access.nsf/Get?Open&DS=A/RES/48/96&Lang=S>