

AJUSTE RAZONABLE: UN NUEVO CONCEPTO DESDE LA ÓPTICA DE UNA GRAMÁTICA CONSTITUCIONAL INCLUSIVA*

Letícia de Campos Velho Martel

*Sobre la Perfección de la Vida
¿Por qué atar la vida a conceptos y normas?
Lo bello y lo Feo... Lo Bueno y lo Malo... Dolor y Placer...
Todo, al final, son formas
¿Y no niveles del Ser!
(QUINTANA, 2007, p. 142).*

1 Introducción

Caminaba por el corredor y pensaba en su conquista. A los 17 años y en la facultad de derecho. Al entrar al aula sintió la quietud. Un silencio absoluto. Le pareció raro el salón, la puerta quedaba al fondo. Siguió, necesitaba encontrar una silla cercana a un enchufe para usar la computadora. En el silencio reinante percibió que alguien se le acercaba y le ofrecía ayuda. Le explicó que el salón le parecía lo contrario de dónde necesitaba sentarse. Gentilmente la compañera lo condujo. Aunque no veía nada, el extrañamiento flotaba en el aire. Las dudas también. En cada compañero, en cada profesor, sentía un cuestionamiento no verbalizado sobre si él lograría persistir. Principalmente, sobre si él no sería un obstáculo para la marcha de las clases. Los curiosos llegaron. Pensaban que él escribiría y leería en braille. No, nada de eso. Sé braille, pero la tecnología evolucionó y hoy contamos con programas específicos para nosotros, los ciegos. Las preguntas

*Agradezco al profesor Daniel Sarmiento por dirigir mi atención hacia la relevancia del concepto de ajuste razonable. Dedico este artículo a mis amigos Leonardo, de Criciúma, y Diana y Daniel, de Río, personas que rompieron innumerables barreras y luchan por la inclusión.

Ver las notas del texto a partir de la página 114.

seguían. ¿Cómo vas a hacer con los textos del curso? Simple, son digitalizados por la biblioteca que me los provee, es suficiente con que el profesor entregue la lista. Los derechos de autor ya no son un obstáculo para este trabajo conjunto: profesor, biblioteca, ciegos. Para sorpresa de muchos, se encontraba allí un universitario brillante, organizado y atento. La clase tuvo un rendimiento más alto que las demás, lo cual es fácil de comprender. La presencia de un estudiante ciego hizo que el material de lecturas estuviera disponible con anterioridad; por respeto al compañero que precisaba mayor atención para oír, el grupo se tornó más silencioso. Además las clases fueron más didácticas. El aprendizaje fue general.

La convivencia enseñó inclusión, reconocimiento y tolerancia. Mostró sus ventajas. Pero aún hay una cuestión que espera vencer antes de finalizar el curso. Tiene mucha dificultad para acceder a la jurisprudencia de algunos tribunales. Los sistemas que se usan no son compatibles con los programas disponibles para los ciegos que compran el *software* con apoyo estatal. Pero existe la promesa de que en 2012 se logrará la inclusión total. Cuenta con eso. En las próximas vacaciones irá a un museo: una compañera descubrió un espacio de arte en un municipio cercano que permite que los ciegos toquen las esculturas y algunas otras obras. Podrá sentir el arte. El mundo empieza a adaptarse, piensa.

El razonamiento que hizo el estudiante es certero. Un mundo adaptable, ajustable, hábil para acomodar y recibir lo distinto, al otro invisibilizado durante décadas. Su reflexión pertenece a un mundo construido por seres humanos para todos los seres humanos, universalmente diseñado sin exigir integración ni asimilación. Un mundo proyectado para no dejar al margen a quien no está exactamente dentro de los contornos del molde, patrón o arquetipo de lo humano que la modernidad occidental espera y de lo que se ufana. Un mundo que va más allá de la accesibilidad y de la movilidad. Piensa en un mundo que reconoce, respeta y abre los más diversos canales de participación y de inclusión, pautado por una concepción profunda de igualdad y basado en la dignidad plural.

Lo que motivó la redacción de este artículo fue la necesidad de investigar el concepto de *ajuste razonable*, incluido en la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad, de la ONU (CDPD/ONU).¹ Junto a la locución *carga indebida*, el *ajuste razonable* le confiere un nuevo significado jurídico a la discriminación de la persona con discapacidad. Todo en sede constitucional, porque, como se sabe, la adhesión brasileña a la CDPD/ONU contó con un elemento inédito: fue el primer tratado internacional de Derechos Humanos (TIDH) aprobado por el art. 5º, §3º de la CRFB/88 (Brasil, 1988), lo que hace que sus enunciados normativos formen parte de la Constitución.

El objetivo es comprender y discutir los conceptos de ajuste razonable y carga indebida, ofreciendo premisas para una interpretación constitucionalmente adecuada y útil de la innovación normativa. A ese respecto, se presentará un panorama de los conceptos y sus complejidades, con foco en los sistemas jurídicos que les dieron origen (secciones 2 y 3). A continuación, se propone una línea de interpretación y construcción de los conceptos en el derecho brasileño dentro del marco de los derechos de las personas con discapacidad (sección 4).

2 Breves anotaciones acerca de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de la ONU

La CDPD/ONU se aprobó en diciembre de 2006, y Brasil la firmó en marzo de 2007, en Nueva York. En 2008, pasó a integrar la Constitución brasileña como equivalente a las enmiendas constitucionales, de acuerdo con el art. 5º, §3º, CRFB/88 (Decreto Legislativo n. 186, BRASIL, 2008). Primera Convención aprobada en el milenio, la CDPD/ONU se preocupa por un sector de la población que fue y es objeto de discriminación y opresión: las personas con discapacidad. Sus bases son la inclusión, la participación en igualdad de condiciones, el goce de derechos y la dignidad de las personas con discapacidad. También se destaca la yuxtaposición de los factores de exclusión y discriminación, tales como las combinaciones entre género, vejez, infancia, pobreza y discapacidad.

La CDPD/ONU se destaca en muchos aspectos. Unifica en un documento internacional un conjunto de derechos humanos reconocidos a un “grupo merecedor de derechos” (FIGUEIREDO, 2010) –las personas con discapacidad– y reafirma la “universalidad, la indivisibilidad, la interdependencia” de los derechos humanos. En esta línea, la CDPD/ONU establece una gama de conceptos jurídicos, algunos de ellos bastante innovadores en ciertos ordenamientos internos, como las nociones de (a) discapacidad, (b) discriminación, (c) ajuste razonable.

En lo que respecta a la discapacidad, la CDPD/ONU no esbozó un aporte exclusivamente biomédico (es decir, aquel que “sostiene que hay una relación de causalidad y dependencia entre los impedimentos corporales y las desventajas sociales vivenciadas por las personas con discapacidad”, y que “un cuerpo con discapacidad debe ser objeto de intervención de los conocimientos médicos” (DINIZ; BARBOSA; SANTOS, 2009: 66-68), sino que lo incluyó en un aporte más amplio e incluso combativo que el exclusivamente biomédico: el modelo social de la discapacidad. Dentro de éste, la discapacidad “comenzó a comprenderse como la experiencia de desigualdad compartida por personas con diferentes tipos de impedimentos” corporales o psíquicos, cuya causa no está en los cuerpos, sino en las barreras, los obstáculos y las opresiones sociales. Por lo tanto, la discapacidad se traslada de la competencia exclusivamente biomédica, que se basa en la mensuración, las evidencias, el tratamiento y la cura, a una comprensión moral y cultural de que los innúmeros obstáculos están en el exterior de los cuerpos, en el ambiente material y moral que los rodea (DINIZ; BARBOSA; SANTOS, 2009: 70). Sin embargo, el modelo social incorporado por la CDPD/ONU no relega elementos del modelo biomédico, principalmente en relación con los derechos fundamentales de acceso, promoción y protección de la salud.

Con respecto a la discriminación, la CDPD/ONU transforma el pensamiento convencional por dos órdenes de motivos. Uno, la CDPD/ONU amplía el concepto, definiéndolo *también* en función de la no oferta de ajuste razonable. Por lo tanto, paralelamente a las formas tradicionales de tratamiento desigual y discriminatorio, el rechazo a hacer un ajuste razonable que no llega al límite de la carga indebida conlleva la discriminación a las personas con discapacidad. En esto radica la singularidad del concepto de ajuste razonable, pues al modificar el contenido de la discriminación “demuestra el reconocimiento de las barreras ambientales como

una causa evitable de las desigualdades vividas por las personas con discapacidad” (DINIZ, BARBOSA y SANTOS, 2009: 70; EMENS, 2008: 877). Dos, la CDPD/ONU amplía expresamente el significado de discriminación al abarcar formas directas e indirectas, como la discriminación por efecto adverso.

Si existía alguna duda sobre si la discriminación por efecto adverso figuraba en el constitucionalismo brasileño, esta se disipó. *La doctrina de la discriminación por efecto adverso o desproporcionado* fue desarrollada por la Suprema Corte de los Estados Unidos en el caso “Griggs v. Duke Power Co.” (citado en SARMENTO, 2006: 125; MARTEL, 2007), resuelto en 1971. Este modelo de discriminación difiere de la discriminación *directa*, en la cual el enunciado normativo o la práctica administrativa son intencionalmente y en sí mismos discriminatorios. La discriminación por efecto adverso ocurre cuando las medidas públicas o privadas que no son discriminatorias en su origen ni están imbuidas de intención discriminatoria acaban por dar lugar a manifiesto perjuicio, normalmente en su aplicación a algunos grupos minoritarios cuyas características físicas, psíquicas o modos de vida escapan a los de la generalidad de las personas a quienes las políticas se destinan. Apoyadas en la *doctrina*, las Cortes invalidan leyes, actos administrativos o incluso acuerdos colectivos y normas empresariales, o hacen exenciones respecto de ellos, de modo de remover barreras o perjuicios oblicuos hacia las minorías (SARMENTO, 2006: 125; MARTEL, 2007).

Cuando la discriminación se concibe de este modo, surge una pregunta: ¿qué es un ajuste razonable? El texto de la CDPD/ONU ofrece el siguiente concepto:

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

(NAÇÕES UNIDAS, 2006a)

Aparentemente, el ajuste razonable no sería un concepto problemático ni complejo. Se trata de emplear todos los mecanismos disponibles para adaptar prácticas, materiales, ambientes, reglas generales, etc. a las diferencias entre las personas para que se les asegure igualdad de oportunidades. Sin embargo, el término “razonable” conlleva cierta ambigüedad, pues, ¿cuáles son los mecanismos razonables?: ¿los existentes?, ¿los ordinarios?, ¿los mejores posibles? Y ¿qué se debe entender como carga indebida? ¿La expresión se refiere solamente a los gastos? En las secciones subsiguientes se intentará explicar el concepto en otros sistemas jurídicos, para elaborar, de este modo, una propuesta interpretativa en el derecho brasileño.

3 Ajuste razonable y carga indebida, un panorama en el derecho extranjero e internacional

La noción de ajuste razonable se originó en los Estados Unidos, cuando se aprobó la *Equal Employment Opportunity Act* de 1972 (USA, 1972), con la finalidad de combatir la discriminación en el mercado de trabajo. El término

se utilizó originariamente en el campo de la discriminación religiosa y exigía que el empleador probara que no podía adaptarse razonablemente a las prácticas religiosas de sus empleados sin sufrir una carga indebida. Desde entonces, las expresiones ajuste razonable y carga indebida figuran en el derecho estadounidense. Sin embargo, fue cuando se aprobó la *Americans with Disabilities Act* –ADA–, en 1990, que estas ganaron espacio y fueron objeto de discusiones más intensas, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia (USA, 1990).

También puede considerarse a Canadá una de las cunas del ajuste razonable. En la década de 1970, mientras los Estados Unidos elaboraban el concepto, Canadá presentaba una jurisprudencia conservadora en relación con la discriminación, principalmente por no reconocer doctrinas como la del efecto adverso. Sin embargo, Canadá terminó por importar de los Estados Unidos tanto la noción de efecto adverso como la de ajuste razonable. Llamativamente, la construcción jurisprudencial del ajuste razonable floreció más en Canadá que en los Estados Unidos, convirtiendo a la línea seguida en los juicios canadienses en una referencia en la materia.

En la última década, muchos países europeos y la Unión Europea (UE) enriquecieron sus ordenamientos con los conceptos de ajuste razonable y carga indebida. Pocos años atrás, cuando se aprobó la CDPD/ONU, se adoptaron estos conceptos en el marco de la protección global de los derechos humanos. La larga trayectoria de estos conceptos y su difusión en diversos países y en los sistemas de nivel regional y global de protección de los derechos humanos parecen indicar una elección acertada, una importación bien pensada, apoyada en construcciones jurídicas delineadas y estabilizadas. Sin embargo, Waddington demuestra que los conceptos se forjaron de modo muy discutible en los Estados Unidos, por lo cual la referencia elegida mostró ser compleja y dudosa. Las respuestas de los países europeos al desafío de construir los conceptos no son unánimes, lo que confiere a su aplicación un carácter aun más desafiante (WADDINGTON, 2008: 318-319).

Para comprender mejor el asunto, se formulará un panorama del estado de los conceptos en los Estados Unidos, en Canadá, en algunos países europeos y en la UE. Se considera que la incursión hará posible llegar a conclusiones sobre el diseño conceptual, así como delimitar los puntos más controvertidos, lo que evitaría que la lectura brasileña refleje los mismos altibajos y aciertos y desaciertos enfrentados en otros lugares. El conocimiento de los conceptos en otros sistemas es el primer paso para un fructífero diálogo jurídico en tiempos de transconstitucionalismo (NEVES, 2009: 265), de intercambios intensos entre los planes nacionales, regionales y global de protección de los derechos humanos. Se destaca que Brasil presenta un diferencial con respecto a muchos Estados. Entre nosotros, los conceptos están en sede constitucional, lo que torna inoportunas muchas discusiones extranjeras concernientes a la interpretación legislativa, al cotejo entre documentos de derecho internacional o comunitario y el ordenamiento interno, a los exámenes de constitucionalidad de leyes, además de las diferencias entre los campos administrativos y legislativos.

3.1 *Estados Unidos de América, o sobre cómo no leer la Convención*

La narrativa sobre el ajuste razonable y la carga indebida dentro del derecho estadounidense suena como un ejemplo claro de “*judicial backlash*” (KRIEGER, 2003: 340; MALHOTRA, 2007: 9). Introducida legislativamente durante un período de efervescencia sociojurídica de los movimientos en defensa de los derechos civiles, el ajuste razonable fue objeto de una interpretación tímida por parte de la judicatura, por debajo de lo esperado. Sobre todo, cuando se consideran dos decisiones que en materia religiosa tomó la Suprema Corte en un período anterior a la adopción del concepto. En ambas hay vestigios del *leitmotiv* del ajuste razonable, aunque evidentemente no se lo menciona:

- (a) en el caso *Yoder*, la Suprema Corte se pronunció en favor de familias pertenecientes a la comunidad religiosa *Amish*, que se negaban a enviar a sus hijos al colegio secundario, contradiciendo las leyes estatales que instituían la obligatoriedad escolar hasta los 16 años de edad. Pese al alegato del estado sobre la necesidad de educación universal de los niños y los adolescentes, la mayoría de la Corte acomodó los intereses en juego, y abrió una exención a la ley general para permitir que fuera la comunidad quien educara a los adolescentes (USA, 1972, *Wisconsin v. Yoder*);
- (b) en *Sherbert v. Verner* la Corte decidió que la negación del seguro de desempleo a una integrante de la Iglesia Adventista del Séptimo Día que había rechazado ofertas de empleo que le exigían trabajar los sábados –día de descanso y culto, en el que se veda el trabajo a los miembros de su denominación– anulaba indebidamente la manifestación de sus convicciones religiosas. Concediendo esa exención, se acomodaron los intereses de ese culto religioso al enunciado normativo general (USA, 1963, *Sherbert v. Verner*; MARTEL, 2007: 33).

Es posible percibir que, aun antes de la adopción legislativa del ajuste razonable, los juzgados ya estaban impregnados de su espíritu. Se reafirmaron los derechos de las personas pertenecientes a grupos religiosos minoritarios, que habían sufrido efectos adversos por la aplicación de leyes o actos administrativos imparciales en su origen. Hubo una elaboración de exenciones para reconciliar estilos y elecciones profundas de vida disonantes respecto del *mainstream*, para evitar la discriminación y la integración y la asimilación forzada por el poder estatal. Una vez dictada la ley y con los antecedentes jurisprudenciales citados era pausable suponer que la Suprema Corte seguiría una línea de interpretación similar de los conceptos ajuste razonable y la carga indebida.

No ocurrió. No es fácil identificar las razones, y no cabe aquí conjeturar al respecto, pero se sospecha que tal vez la Corte tuviera recelos sobre los efectos que el ajuste razonable en materia religiosa en las relaciones laborales de carácter privado pudiera tener sobre la separación entre la Iglesia y el Estado. En este sentido, la Corte adoptó una postura realmente restrictiva y distorsiva, especialmente en cuanto a: (a) la verificación de las cargas y los gastos enfrentados por los empleadores, realizada mediante el *de minimis test*, es decir que cualquier costo más allá del

mínimo configura una carga indebida; (b) la lectura, tímida y formal, del principio de igualdad; (c) la interpretación restrictiva sobre los sujetos pasibles de adaptación; (d) la interpretación de los textos normativos, tanto acerca de su redacción como de su historia legislativa (USA, *Trans World Airlines, Inc. v. Hardison*, 1977; USA, *Ansonia Board of Education v. Philbrook*, 1986).

En la interpretación de los textos normativos llama la atención el modo en que la Corte abordó el análisis de los conceptos ajuste razonable y carga indebida como si se tratara de tres conceptos independientes y separables. El examen de la carga indebida solo entraría en escena si el empleador no tuviera aptitud para ofrecer *cualquier* ajuste *que considere* razonable. De ese modo, una propuesta de ajuste, aun cuando no fuera aceptada por quien la solicitó –debido a su insuficiencia, ineficacia o por dar lugar a pérdidas salariales o de beneficios en la relación laboral, o incluso por ser estigmatizante–, es genéricamente razonable, sin que pueda exigirse que el sujeto pasivo del deber de acomodar incurra en gastos extras para la realización de un ajuste más adecuado para los involucrados. Y dado que el ajuste se considera razonable aún entra en juego el test de la carga indebida. Asimismo, un ajuste puede ser acreditado no razonable en sí, independientemente de los costos, como se verá más adelante.

Con la aprobación del ADA (USA, 1990) podría esperarse una renovación en la jurisprudencia relativa al ajuste razonable, ahora aplicable a las personas con discapacidad. Sin embargo, los magistrados entendieron que si el legislador optó por los términos ya definidos en las decisiones en materia religiosa, la intención sería mantener la línea existente. La interpretación restrictiva persistió. Peor aun, una nueva lectura fundamentada en elementos de la escuela del *law and economics*² boicoteó todavía más el alcance del ajuste razonable.

El *Chief Judge* Posner profirió la muy criticada decisión en la apelación del caso *Vande Zande*. La señora Lori Vande Zande quedó parálitica de la cintura para abajo. Obligada a usar silla de ruedas, cada tanto sufría escaras que la obligaban a ausentarse del trabajo. El primer aspecto analizado en el litigio fue si las escaras se incluían dentro del concepto legal de discapacidad. Aunque no se trataba de discapacidad, eran provocadas por ella. Por consiguiente, se las consideró parte de la discapacidad, lo que podría causar el deber de acomodar razonablemente hasta el límite de la carga indebida. Como ajustes, Vande Zande hizo dos pedidos al empleador, el Estado de Wisconsin: (a) ubicar más abajo la piletta de la cocina, para que ella pudiera lavar su taza de café, servirse un vaso de agua, en fin, utilizar los servicios de la cocina como sus compañeros.³ Solo la piletta del baño estaba a su alcance, y en ella realizaba las actividades que hubiera querido realizar en la cocina. Que usara el baño no interfería directamente en su trabajo, pero había un daño moral, un patrón estigmatizante en el ambiente laboral; (b) la restitución de 16,5 horas de licencia por salud que ella tuvo que ocupar en virtud de que el empleador se había negado a permitirle que trabajara en su casa durante ocho semanas (USA, 1995, *Vande Zande v. Wisconsin Dep't of Admin*).

Al interpretar el ADA, Posner entendió que el enunciado normativo ofrece un concepto doble y amplio sobre la discapacidad, que abarca (a) la disfunción física o psíquica que limita sustancialmente una o más actividades relevantes en

la vida del individuo; (b) el estado de ser considerado débil, frágil o *defectuoso* por el observador externo. Para definir el ajuste razonable y la carga indebida, Posner buscó apoyo en casos anteriores. Por acomodación al ambiente de trabajo entendió que “el empleador debe estar dispuesto a considerar modificaciones en sus reglas, términos, condiciones e instalaciones normales de trabajo, para posibilitar el trabajo del individuo con discapacidad” (USA, 1995, *Vande Zande v. Wisconsin Dep’t of Admin*).

De acuerdo con Posner, la dificultad residiría en definir el término “razonable”. Para la demandante, “razonable” sería el ajuste *eficaz* para el individuo. Los costos no entrarían en la definición de razonable, sino en la de carga indebida. Posner disintió. Sugirió que “razonable” fuera interpretado como una adjetivación que debilita el ajuste, o sea, en el sentido en que la palabra se aplica en el derecho civil (por ejemplo, esfuerzo razonable, diligencia razonable), indicando un emprendimiento ordinario sin que signifique la realización del máximo posible o del máximo deseable (USA, 1995, *Vande Zande v. Wisconsin Dep’t of Admin*).

La locución “carga indebida”, que había sido interpretada por el juez de primera instancia como el gravamen indebido que recae sobre el empleador según su capacidad económica, en la lectura de Posner se interpreta como la suma de dos elementos: (a) los beneficios para la persona con discapacidad; (b) los recursos del empleador. En la concepción de Posner, el análisis de los costos entra en escena en un segundo momento, en el cual quien requiere el ajuste debe demostrar que ella es (a) eficaz y (b) proporcional a los costos. El sujeto pasivo del deber de acomodar puede presentar dos excusas: (a) costos excesivos en relación con los beneficios, y (b) imposibilidad debido a su real condición financiera (USA, 1995, *Vande Zande v. Wisconsin Dep’t of Admin*).

Sobre el pedido de la señora Vande Zande Posner concluyó que en lo que se refiere a colocar más abajo la pileta de la cocina, no había necesidad de acomodación pues se disponía de otra pileta igualmente eficaz, la del baño. Por lo tanto, ya contaba con un ajuste razonable:

Al contrario, su argumento es que obligarla a usar la pileta del baño para actividades (como lavar su taza de café) para las cuales los otros empleados podrían usar la pileta de la cocina la estigmatiza como diferente e inferior; ella busca una indemnización por daños debido al estrés emocional que de esto resulta. Podemos presumir sin tener que decidir que el estrés emocional tanto como las barreras físicas a la integración de las personas con discapacidad en el mercado de trabajo son relevantes para determinar la razonabilidad de un ajuste. Pero no pensamos que un empleador tenga el deber de gastar cantidades de dinero, incluso modestas, para lograr una paridad absoluta de condiciones de trabajo entre trabajadores con o sin discapacidad. La creación de tal deber tendría la inevitable consecuencia de que el hecho de no lograr alcanzar condiciones idénticas sería considerado algo “estigmatizante”. Esto es meramente un epíteto. Concluimos que no es deber legal de un empleador que haya acceso a una pileta específica cuando se ha proporcionado una pileta equivalente, localizada convenientemente. El deber de ajuste razonable está satisfecho cuando el empleador hace lo que es preciso para habilitar a un empleado con discapacidad a trabajar con un confort razonable.

(USA, 1995, *Vande Zande v. Wisconsin Dep’t of Admin*).

Como el destinatario del deber de ajustar era el estado de Wisconsin, que difícilmente podría alegar carga indebida a causa de ciento cincuenta dólares, la interacción formulada entre los conceptos de razonabilidad y de carga indebida sugiere que también pueden negarse valores modestos si el ajuste no es razonable (SUNSTEIN, 2007: 8).

En relación con la posibilidad de que la demandante pudiera trabajar en su casa si era necesario, Posner la rechazó, a partir de una serie de preconcepciones, como la dificultad de supervisar al empleado, los perjuicios para el trabajo en equipo, el impacto en los compañeros, la disminución de la calidad del trabajo. Además, indagó si el permiso para el trabajo en la casa no provocaría una disminución del deber de acomodar, porque los empleadores podrían adoptar la primera opción para no tener que realizar modificaciones en el ambiente laboral, segregando así a personas con discapacidad (USA, 1995, *Vande Zande v. Wisconsin Dep't of Admin.*).

La sentencia suscitó polémica en varios puntos: (a) la ausencia de un análisis efectivo de costos y beneficios (SUNSTEIN, 2007); (b) la interpretación limitada de los beneficios especialmente respecto de los daños morales o de estigmatización (SUNSTEIN, 2007; EMENS, 2008; MINOW, 2008); (c) la lectura limitante de los principios subyacentes al ADA (SUNSTEIN, 2007, 2008).

El análisis de costos y beneficios posee virtudes y vicios. En el primer grupo están: (a) la exposición de que la negativa de ajuste puede ser producto del mero hábito o prejuicio; (b) la demostración de los beneficios potenciales para los sujetos de derecho y de los costos para los destinatarios del deber; (c) el señalamiento de supuestos o preconcepciones irreales. En el segundo, están: (a) su punto de apoyo puede ser un intuicionismo no comprobable, en lugar de la búsqueda de elementos de realidad; (b) la posibilidad de no considerar un aspecto crucial en el campo de la discriminación, los costos de la humillación diaria, de la desigualdad y de la estigmatización (SUNSTEIN, 2007). La sentencia, como afirma Sunstein, es la traducción de los vicios de un análisis de costos y beneficios, porque minimiza los significativos costos de la estigmatización y de la segregación diaria de las personas con discapacidad (SUNSTEIN, 2007: 2). Además, la decisión se basa en intuiciones sobre el trabajo en el hogar. Ahora bien, en un análisis serio de costos y beneficios sobre el ajuste razonable no sólo cuentan los factores económicos, necesariamente comprobados o simulados de acuerdo con cálculos verosímiles, sino también los costos del estigma y los beneficios de la inclusión, no solo de quien solicita la acomodación, sino también de terceros (SUNSTEIN, 2007: 2-4; EMENS, 2008).

El tema de los beneficios inspiró a Emens (2008) para un largo estudio. Emens descarta la hipótesis de que los beneficios alcancen solo al individuo que requiere el ajuste, pues demuestra que estos pueden extenderse al sujeto pasivo del deber de acomodar, a partes secundarias y terceros, directa o indirectamente. El modo de enfrentar los beneficios debe ser menos atomista y más penetrante, interactivo, relacional y colectivo, lo que modifica y dificulta la cuestión empírica de los costos y los beneficios (EMENS, 2008: 843; MINOW, 2008). En la decisión sobre el caso *Vande Zande*, Posner enfatizó los beneficios para la empleada y los costos para el empleador, dejando de lado los beneficios para otros empleados con discapacidad, para los demás empleados, para terceros ajenos al ambiente de

trabajo y, eventualmente, para el propio empleador. Esta sería una concepción estática del ajuste, pues la “comprende como algo especial, hecho para uno o para pocos individuos, un subgrupo de la población, que haga posible que estos individuos diferentes puedan participar, por ejemplo, en el ambiente de trabajo”. La propuesta es la de un modelo dinámico de acomodación, que “comprende la acomodación como el proceso de interrogar el telón de fondo existente, con foco en una parcela de la población que fue descuidada en la creación del telón de fondo, para transformarlo de una manera que pueda afectar a todos” (EMENS, 2008: 894). Si esto es así, hay una gama de beneficios y también de costos a ser contabilizados, muchos de carácter no económico.

Por último, hay indicios de que en *Vande Zande* el objetivo del ADA se desvirtuó. En este caso, queda implícita la lectura de que la finalidad del ADA sería economizar recursos públicos excluyendo a personas del alcance de la previsión y la asistencia social (USA, 1995, *Vande Zande v. Wisconsin Dep't of Admin.*; USA, 2002a, *Borkowski v. Valley Central School District*; EMENS, 2008: 870). Sunstein niega enfáticamente que la intención del ADA resida en esto. El ideario subyacente al ADA es la inclusión de personas con discapacidad, anteriormente disminuidas a una casta inferior. Por lo tanto, es la lucha por la igualdad profunda, por los derechos humanos universales, por la justicia (NUSSBAUM, 2007) y la pluralidad. Se trata de la inclusión no asimilacionista, más allá de la simple integración, que reconstruye y reordena los patrones de construcción de los ambientes, de creación de reglas de funcionamiento en el trabajo, en la escuela, en la universidad; en suma, la intención es hacernos ver que armamos estructuras físicas y normativas que nos rodean a través de un arquetipo de normalidad que crea barreras a miles de personas. En suma, un propósito anticasta (SUNSTEIN, 2001: 155-182; 2008: 21) para crear obstáculos a la opresión, no al ser humano.

Sobre la aplicación del ajuste razonable en el contexto del ADA hubo por lo menos otro caso importante desentrañado por la Suprema Corte. Esta mantuvo una lectura restrictiva en relación con los sujetos pasivos del deber de ajustar, al excluir de ese universo a los sindicatos y al desestimar la posibilidad de ajuste en caso de que afectase acuerdos colectivos o planes de cargos y salarios. Asimismo, la Corte rechazó claramente la interpretación de la palabra *razonable* como ejemplo de eficacia del ajuste, tomando un rumbo similar al que planteó Posner, es decir, que el ajuste debe ser eficaz y la palabra razonable es un modificador que debilita el primer término de la locución. Más grave aun, la Corte no consideró los medios del empleador al apreciar si los costos se configurarían como carga indebida (USA, 2002b, *U.S. Airways, Inc. v. Barnett*).⁴

3.2 *Canadá, un bello mosaico*

En Canadá, la construcción del concepto de ajuste razonable nació entrelazada con el trasplante de la doctrina estadounidense del efecto adverso. Reconocido el efecto adverso, existe el deber de ajustar razonablemente, salvo que hubiera una carga indebida comprobada por quien detenta el deber. La casuística trata principalmente del ajuste de las minorías religiosas. Su marco inicial es el caso *O'Malley* (CANADA,

1985b, *Ont. Human Rights Comm. v. Simpsons-Sears*), en el cual hay indicios de que el marco decisorio sería distinto al de los Estados Unidos.⁵

En primer lugar, la Corte canadiense dejó claro que el vocablo razonable, vinculado al término ajuste, debería concebirse como dependiente de la prueba de carga indebida, esto es, si hay carga indebida el ajuste se tornaría no razonable. Asimismo, mientras en los Estados Unidos el ajuste puede ser considerado no razonable en sí, aunque la carga sea mínima, en Canadá dejará de ser razonable *si y solamente si* hay prueba de que causará carga indebida a quien deba hacerlo (MALHOTRA, 2007: 12).

En segundo lugar, la Corte canadiense estableció seis factores a ser considerados en la evaluación de la carga indebida en el ambiente de trabajo: (a) costos financieros; (b) impacto en acuerdos colectivos conquistados por los trabajadores; (c) cuestiones relativas a la disposición y al ánimo del empleado para el trabajo; (d) permutabilidad de la estructura material del trabajo y de la organización de los trabajadores; (e) medios del empleador; (f) seguridad. En situaciones concretas, se analiza el *peso* que le será conferido a cada uno de los factores (CANADA, 1990, *Central Alberta Dairy Pool v. Alberta*).

En tercer lugar, la Corte canadiense no limitó la gama de sujetos pasivos del deber de ajustar. La Suprema Corte de los Estados Unidos fue reacia a la inclusión de otros sujetos que no fueran los directamente mencionados en los enunciados normativos, especialmente personas de derecho privado. En Canadá, los partícipes de los procesos de discriminación, aunque ésta sea por efecto adverso y no intencional, como sindicatos y condominios residenciales, fueron considerados sujetos pasivos del deber de ajuste o de deberes semejantes (CANADA, 1992, *Central Okanagan School District No. 23 v. Renaud*; CANADA, 2004, *Syndicat Northcrest v. Amselem*).

Al hacer una interpretación extensiva de los sujetos pasivos del deber de ajustar, la Corte dio un paso verdaderamente interesante en cuanto al *procedimiento* para llegar al ajuste razonable. Lo interpretó como un espacio dialógico, en el cual todos los implicados participan. De esta forma, aquel que solicita el ajuste tiene el deber de explicitar cuáles son sus limitaciones y necesidades y, en lo posible, señalar alternativas. El destinatario de la demanda tiene el deber de ofrecer propuestas razonables, y si realmente lo fueran el demandante tiene el deber de facilitar y contribuir a su implementación. De acuerdo con la Corte: “discriminación en el ambiente de trabajo es una cuestión que involucra a todos” (CANADA, 1992, *Central Okanagan School District No. 23 v. Renaud*). Entonces, *en cuarto lugar*, se percibe que la búsqueda del ajuste razonable se traduce en un proceso de diálogo, multilateral, participativo e inclusivo.

Al incluir una asociación profesional en el deber de ajustar, la Corte pone en evidencia que este tipo de entidad también puede dar lugar a discriminación, sea directa o por efecto adverso. Aunque la elaboración teórica no esté formulada en las palabras de la Corte, se advierte que está presente la noción tripartita estructurada por Nancy Fraser, que plantea que en las demandas por justicia e inclusión es necesario conjugar el reconocimiento, la redistribución y la paridad de representación (FRASER, 1996). Ahora bien, en las sociedades capitalistas los sindicatos son asociaciones de clase directamente implicadas en las cuestiones

relativas a la redistribución. Suponer que los sindicatos no pueden generar demandas por reconocimiento es suponer que su estructura representativa está destinada a grupos enteramente homogéneos, cuyas exigencias de inclusión, autorrespeto y dignidad son exactamente las mismas, o, por lo menos, es suponer que son escenarios de participación muy uniforme. Tanto la casuística de los Estados Unidos como la de Canadá indican que no siempre los sindicatos son tan imparciales y representativos. Construcciones de exclusión social, deseadas o no, pueden reproducirse en microescala en las organizaciones que apuntan a la redistribución. El solo hecho de que estén en una asociación profesional no quiere decir que las demandas de reconocimiento de los trabajadores que *pertenecen* a grupos minoritarios sean consideradas, ni tampoco que estos puedan efectivamente participar en igualdad de condiciones.

En quinto lugar, la Suprema Corte de Canadá se rehusó enfáticamente a adoptar los patrones constitucionales estadounidenses de lectura de la carga indebida, a partir del *de minimis test*, por dos órdenes de razones: (a) el *de minimis test* no se armoniza con el concepto de carga indebida formulado por la Corte; (b) la dicción normativa no es *carga*, sino una carga calificada de indebida. Ahora bien, el *de minimis* lleva apenas al reconocimiento de la carga. Carga habrá. Es el costo de proteger los derechos fundamentales y de diseñar una sociedad inclusiva (CANADA, 1992, *Central Okanagan School District No. 23 v. Renaud*; CANADA, 1994, *Commission Scolaire Régionale de Chambly v. Bergevin*).

Lo que no puede haber es carga excesiva:

El test de minimis de Hardison virtualmente remueve el deber de ajustar y parece particularmente inapropiado en el contexto canadiense. Para cumplir el deber de ajustar se exige más que un esfuerzo insignificante. El uso del término “indebido” implica que alguna carga es aceptable, es solamente la carga “indebida” la que satisface los parámetros del test. La extensión que quien discrimina deberá recorrer para ajustar está limitada por las palabras “razonable” y “hasta la carga indebida”. Estos no son criterios independientes, sino modos alternativos de expresar el mismo concepto. Lo que constituye medidas razonables es una cuestión de hecho y variará de acuerdo con las circunstancias del caso.

(CANADA, 1992, *Central Okanagan School District No. 23 v. Renaud* Resaltado por la autora.)

En decisiones más recientes, la Suprema Corte intentó refinar su lectura del ajuste razonable, principalmente al cotejar la razonabilidad de un ajuste y el mundialmente conocido examen de proporcionalidad. Hubo dos momentos en la comparación entre ajuste razonable y proporcionalidad. En el primero, la Corte vinculó uno de los pasos del test al ajuste razonable. En la interpretación de la Corte, al examinar la existencia de medios menos lesivos a los derechos constreñidos por el ajuste (*minimal impairment*), existe la posibilidad de que se analice si la situación admite un ajuste razonable. Si hay ajuste y no se comprueba carga indebida, existirá el *minimal impairment* para los adversamente afectados por medidas que, consideradas en su generalidad y abstracción, serían igualitarias

y proporcionales. Lógicamente, no se exige que la administración pública y el legislador prevean todo y cualquier posible efecto adverso de un acto normativo sin intención discriminatoria y que de modo general no implique una amputación de los derechos de la mayoría de las personas. Sin embargo, al confrontarse con un caso de efecto adverso el Poder Judicial estaría autorizado, en virtud de la proporcionalidad, a buscar un medio menos lesivo para los derechos de los que han sufrido dicho efecto, reconociendo el deber de ajustar razonablemente hasta el límite de la carga indebida:

Esta correspondencia del concepto de ajuste razonable con el análisis de proporcionalidad tiene antecedentes (...)

Desde mi punto de vista, esta correspondencia entre los principios legales es lógica. En relación con la discriminación, las Cortes han sostenido que existe un deber de realizar el ajuste razonable a favor de los individuos que han sido adversamente afectados por una política o regla que a primera vista es neutra, y que este deber se extiende solamente hasta el punto en el cual provoca carga indebida a la parte que debe realizarlo. Aunque no sea necesario revisar todos los casos en la materia, la analogía con el deber de ajuste razonable me parece útil para explicar la carga que resulta del test del medio menos lesivo con respecto a un individuo particular, como en el caso en juicio.

Desde mi punto de vista, el Profesor José Woehrling explicó correctamente la relación entre el deber de ajustar o adaptar y el análisis de Oakes en el siguiente pasaje: “cualquiera que intente librarse del deber de ajustar debe demostrar que, para alcanzar un objetivo legislativo legítimo e importante, es necesario aplicar el patrón en su integridad, sin las excepciones que busca el demandante. Más específicamente, en el contexto de la sección 1 de la Carta Canadiense, es necesario, al aplicar el test de caso R. v. Oakes, demostrar sucesivamente que aplicar el test en su totalidad constituye un medio racional para alcanzar el objetivo legislativo, que no hay otros medios disponibles menos intrusivos en relación con los derechos en cuestión (test del medio menos lesivo), y que hay proporcionalidad entre los efectos saludables y los restrictivos de la medida. En un nivel conceptual, el test del medio menos lesivo, que es central al análisis de la sección 1, corresponde en buena medida a la defensa de la carga indebida contra el deber de ajuste razonable en el contexto de la legislación de derechos humanos.

(CANADA, 2006, *Multani v. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*. Resaltado por la autora.)

La correlación entre ajuste razonable y proporcionalidad se tornó más nebulosa en un juicio reciente, porque se concibieron como tests constitucionales distintos. El patrón de ajuste razonable debería utilizarse cuando se trata del análisis de la *aplicación* de una ley o de la evaluación de actos y prácticas administrativas, que abarque tanto entes públicos como privados. Por su parte, el examen de proporcionalidad cabría en contextos menos individualizados sobre la constitucionalidad de leyes y actos normativos, abarcando la relación del legislador con los destinatarios de la ley. Asimismo, uno de los pasos de la proporcionalidad –el empleo de medios

menos lesivos al derecho en juego (*minimal impairment*)– fue distinguido del ajuste razonable:

Medio menos lesivo y ajuste razonable son conceptualmente distintos. El ajuste razonable (...) prevé un proceso dinámico en el cual las partes, comúnmente el empleador y el empleado, ajustan los términos de su relación en conformidad con las exigencias de la legislación de derechos humanos, hasta el punto en el cual el ajuste llegue a significar una carga indebida para la parte que ajusta (...).

Una relación de tipo bastante distinto existe entre la legislatura y el pueblo sujeto a las leyes. Por su propia naturaleza, las leyes de aplicación general no son acuñadas para las necesidades únicas de demandantes individuales. (...) La constitucionalidad de una ley en la sección 1 de la Carta está determinada, no por el hecho de dar respuesta a las necesidades singulares de cada demandante particular, sino por el hecho de que la restricción de los derechos de la Carta se dirijan a un objetivo importante y porque su impacto total sea proporcional. Aunque el impacto de la ley sobre los demandantes individuales sea indudablemente un factor significativo a considerar por la Corte cuando debe determinar si la restricción se justifica, la perspectiva última de la Corte es social. La cuestión que la Corte precisa responder es si la restricción a la Carta se justifica en una sociedad libre y democrática, no si podría ser previsto un arreglo más ventajoso para el demandante particular.

Del mismo modo, “carga indebida”, un concepto clave en el ajuste razonable, no se aplica fácilmente a una legislación en la edición de leyes (...).

En resumen, cuando lo que está en cuestión es la validez de una ley general, el ajuste razonable no es un sustituto apropiado para un debido análisis de acuerdo con la sección 1, que se basa en la metodología de Oakes.

(CANADA, 2009, *Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony*. Resaltado por la autora)

Se advierte que la mayoría de la Corte elaboró una distinción significativa entre la proporcionalidad y el ajuste razonable. La primera se destinaría al control de la constitucionalidad de leyes y actos normativos generales y abstractos, confinada a una idea publicista. El segundo, a prácticas administrativas públicas y privadas en las cuales cabría una individualización mayor. Como resultado, se tornan prácticamente inviables las demandas de ajuste razonable cuando se trata de leyes o de actos normativos dotados de generalidad y abstracción. Con esto, la lectura *mayoritaria* excluyó al legislador del alcance del deber de ajustar (CANADA, 2009, *Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009).

No obstante la última decisión y sus posibles consecuencias, la línea decisoria de la Suprema Corte de Canadá sobre ajuste razonable de minorías religiosas es muy rica, tanto en su definición conceptual como en su cobertura y alcance. La interpretación de los ideales de protección y promoción de la igualdad y la dignidad para que una sociedad se construya sobre bases plurales e interculturales, un auténtico mosaico inclusivo, parece haber prosperado mucho más en Canadá que en otros países occidentales. La amplitud de la construcción constitucional inclusiva favoreció la

expansión del concepto de ajuste razonable al ámbito de la discapacidad en términos mucho más interesantes y fructíferos que los del modelo estadounidense, un “contraste dramático” en relación con Canadá (MALHOTRA, 2007: 14).

En materia de discapacidad, hay innumerables decisiones canadienses sobre ajuste razonable, buena parte en sistemas de arbitraje administrativo. De acuerdo con los estudiosos, la lectura fue tan sofisticada como la formulada sobre el ajuste religioso: “la jurisprudencia sobre los derechos de las personas con discapacidad aplicó la decisión de la Suprema Corte de Canadá en *Dairy Pool* en el sentido de ofrecer a los empleados con discapacidad ajustes razonables a través de formas cada vez más complejas y sofisticadas” (MALHOTRA, 2007: 15-16).

Para finalizar, cabe aclarar que la Corte revió por unanimidad las distinciones entre la *discriminación directa* y la ocasionada por *efecto adverso*. Hasta entonces, la Corte separaba las dos hipótesis, aplicando patrones y remedios diversos para cada una. La Corte entendió que era necesario un nuevo abordaje para los casos de discriminación y el correspondiente ajuste, adoptando un nuevo patrón de examen sobre la discriminación y el ajuste razonable con la finalidad de simplificar las líneas interpretativas de la legislación canadiense y depurar la extensión del ajuste razonable. Sin embargo, registró cuán importante fue la existencia de los patrones anteriores, primordialmente la línea decisoria que reconoció y desarrolló las nociones de efecto adverso y de ajuste razonable (CANADA, 1999, *British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) v. BCGSEU*).

3.3 Estados europeos y Unión Europea

El ajuste razonable no formaba parte de los ordenamientos jurídicos de los países europeos hasta mediados del año 2000, cuando el Consejo de la Unión Europea adoptó la Directiva de Igualdad en el Empleo (Directiva 2000/78/CE, UNIÃO EUROPEIA, 2000; WADDINGTON, 2008: 317). A partir de entonces, se expandió por los ordenamientos internos, y además se fortaleció con la autorización y la celebración, por parte de la Unión, de la CDPD/ONU, en 2007 y 2009, respectivamente (NEVES, 2010: 5).

Para explicitar la comprensión de los conceptos en los órdenes interno y comunitario se seleccionó la amplia investigación de Waddington (2008), elaborada con el propósito de revelar “cómo los Estados Miembros de la Unión Europea respondieron al desafío” de aplicar e interpretar el binomio ajuste razonable y carga desproporcionada o indebida. Waddington señaló que los países habían empleado terminologías diferentes para “ajuste” (por ejemplo, adaptación, acomodación, pasos, medidas apropiadas) sin que esto tuviera efectos relevantes. Sin embargo, el término “razonable” tuvo interpretaciones bastante diversas. En pocos Estados se utilizó solo este limitador; en los otros, el limitador “razonable” está junto a la expresión “carga desproporcionada” o “indebida” u otras análogas. La pregunta entonces es: ¿cuáles son los significados conferidos a “razonable”? ¿Cómo estos interactúan con la noción de carga desproporcionada? (WADDINGTON, 2008: 323-326).

La autora concluye que hay tres abordajes sobre la palabra *razonable* y su interacción con “carga indebida”: (a) el ajuste será *razonable* si no impone

dificultades o costos excesivos a quien detenta el deber de ajustar. Es usual que la lectura sea acompañada por un test más riguroso, la carga desproporcionada. Asimismo, un ajuste podrá ser considerado como no razonable sin que ni siquiera se haya aplicado el patrón de la carga. O, muy rara vez e incluso difícil de concebir, podrá ser razonable e implicar una carga indebida; (b) el ajuste será *razonable* si es efectivo, o sea, si deja al individuo que lo solicitó en condiciones de realizar las actividades que dieron origen al pedido. Como defensa, el sujeto pasivo de ajuste puede alegar carga indebida o desproporcionada; (c) el ajuste será *razonable* si es efectivo para el titular del derecho y no impone inconvenientes o costos excesivos al sujeto pasivo (WADDINGTON, 2008: 339). Teniendo en cuenta la diversidad de interpretaciones, Waddington (2008: 339-340) concluye que cabrá al Tribunal de Justicia Europeo (TJR) perfeccionar y determinar la interpretación, homogeneizando las lecturas y las aplicaciones.

Hasta el momento, hay tres juicios destacados en el campo, dos del TJE y uno del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos (TEDH). En la decisión del caso Chacón Navas, el TJE no extendió las protecciones contra el despido destinadas a los trabajadores con discapacidad a los que se encontraban enfermos, diferenciando así la enfermedad de la discapacidad (TRIBUNAL DE JUSTIÇA EUROPEU, 2006, *Sonia Chacón Navas v Eurest Colectividades SA*, 2006). En el caso Coleman, el TJE entendió que las prohibiciones de discriminación y acoso no se aplican sólo a personas con discapacidad, sino también a aquellas que son cuidadoras primarias de personas con discapacidad. *In abstracto*, el TJE sostuvo la tesis de que una persona sin discapacidad que es responsable por los cuidados de un niño con discapacidad puede sufrir acoso en el ambiente de trabajo, y también puede requerir ajuste razonable. Además, definió los patrones de la carga de prueba en cuanto a la discriminación y el ajuste (TRIBUNAL DE JUSTIÇA EUROPEU, 2008, *S. Coleman v. Attridge Law and Steve Law*).

En un caso emblemático juzgado en el año 2009 que trataba sobre la ineptitud para el Servicio Militar obligatorio, el TEDH, por primera vez, como bien esquematizó Kanter (2009), (a) aludió al ajuste razonable; (b) reconoció una violación al derecho de no ser discriminado en función de la discapacidad; (c) mencionó expresamente la CDPD/ONU (TRIBUNAL EUROPEU DE DEREITOS HUMANOS, 2009, *Affaire Glor v. Suisse*). Aunque puso en práctica el ideario del ajuste razonable, el TEDH no mencionó explícitamente el término en el juicio, ni se refirió a las formas y lecturas que él podría adoptar en el caso. Otro punto importante del juicio, cuyas limitaciones no es el momento de ponderar, es la línea que demarca la enfermedad de la discapacidad.

4 Ajuste razonable: propuestas hermenéuticas a la luz de una gramática constitucional inclusiva

La CDPD/ONU es parte formal de la Constitución brasileña. La primera conclusión que se extrae de eso es que para interpretar todos los enunciados normativos previos y futuros sobre la discapacidad se debe aplicar una hermenéutica constitucional inclusiva. Esto significa comprender la Constitución como un marco de ruptura

con ambientes sociopolíticos y económicos represores, opresores, segregacionistas y asimilacionistas. Se trata de un cuadro normativo diseñado para romper estructuras de poder directo y fáctico tanto como mecanismos de poder simbólico, en el sentido que Bourdieu le da al término (BOURDIEU, 2010: 8), un documento constitucional modelado por la dignidad, la libertad, la igualdad, la solidaridad, la justicia, la participación y la pluralidad. Por lo tanto, las directrices interpretativas sugeridas tienen como base la inclusión y la participación igualitaria y digna de todos los seres humanos en los espacios más diversos.

Se destaca que la CDPD/ONU se aprobó como un mecanismo de protección, promoción y tutela de los derechos de las personas con discapacidad, en el marco de una concepción no solo biomédica, sino también social, de la discapacidad. Es un documento con propósitos inclusivos y emancipatorios, destinado a minimizar las barreras que contribuyen a acentuar o incluso a formar la asimetría entre los seres humanos. En este punto, se acuerda con Sunstein. El fundamento del documento reside en el principio anticasta. Como efecto colateral de la protección de los derechos de las personas con discapacidad, es posible incluso economizar divisas en algunos ítems del tesoro público, pero es dudoso que la red de protección y promoción para las personas con discapacidad que resulta de la CDPD/ONU se destine prioritariamente a la disminución del gasto público.

Luego de estas consideraciones iniciales, se pasa a la propuesta de interpretación del binomio ajuste razonable y carga indebida en el derecho brasileño. En primer lugar, hay que señalar que la CDPD/ONU, a pesar de integrar el bloque formal de constitucionalidad, fue redactada en términos internacionalistas, dirigida a los Estados partes en sus ámbitos legislativos, ejecutivos y de “cualquier otra naturaleza”. De este modo, se podría pensar que la CDPD/ONU adquiriría un carácter pragmático, al instituir a los Estados partes compromisos *ad futurum*, sin contar con la autoaplicabilidad. Pese a estar redactada en futuro y a que hubo resistencia en el plano jurisprudencial a la autoaplicabilidad de cláusulas de TIDH (STF, ADI 1480-DF/MC, BRASIL, 1996), se cree que la actual orientación del STF (STF, HC 87585/TO, BRASIL, 2008. Sobre la comprensión del STF acerca de los TIDH, STRAPAZZON, 2009: 379-399), aliada a la dicción del art. 5º, §2º c/c o art. 5º, XXV, ambos de la CRFB/88 (BRASIL, 1988), confiere autoaplicabilidad a una parte significativa de las cláusulas de los TIDH. Solo se excluyen los puntos más sensibles, cuya concreción depende de complejas políticas públicas y cuyas peculiaridades escapan a la jurisdicción del Poder Judicial, sea en razón de los límites institucionales y de la separación de funciones estatales, sea en razón de la imposibilidad de realización efectiva por la vía jurisdiccional. El ajuste razonable, como muestra la casuística extranjera e internacional, ocurre normalmente para excepcionar un acto normativo general, o reglas generales de entes particulares, acomodándolos a las necesidades de una persona, teniendo en cuenta la singularidad de los obstáculos que pueden enfrentar un cuerpo o una mente. Por lo tanto, se trata de un espacio en el que el órgano judicante podrá ser convocado a actuar sin mayores problemas, ya sea por la ausencia de previsiones en el terreno legislativo o administrativo, ya sea exactamente para excepcionar los enunciados generales originados en estas funciones estatales.

La pregunta que se plantea es la siguiente: ¿cómo se lee el binomio ajuste razonable y carga indebida en la Constitución brasileña? Se abordarán tres puntos: (a) los titulares del derecho al ajuste; (b) las locuciones “ajuste razonable” y “carga indebida”; (c) los sujetos pasivos del deber de ajustar.

En primer lugar, se menciona a los *titulares* del *derecho* al ajuste razonable. Se afirma como punto de partida que existe un derecho fundamental al ajuste razonable, lo que se infiere no solo de los términos de la CDPD/ONU, sino también de la concepción de discriminación. Ahora bien, sin no hay carga indebida, la ausencia de ajuste razonable, cuando existe, configura un caso de discriminación. Existe el *derecho* de no ser discriminado, correlato del deber de no discriminación. Como consecuencia, el derecho fundamental al ajuste razonable, cuando existe, llega hasta el límite de la carga indebida.

De acuerdo con la CDPD/ONU, los titulares son las personas con discapacidad, a la luz de un modelo social sumado a los componentes del modelo biomédico. Por lo tanto, todas las personas con discapacidad hacen justicia al ajuste razonable, siempre que tengan las competencias, calificaciones, títulos, etc., necesarios para el cargo, función o actividad para la cual reclaman el ajuste.⁶ Por ejemplo, hasta el momento una persona ciega no podrá exigir ajuste razonable para la función de chofer de ómnibus, pues no posee, lógicamente, las habilidades y las certificaciones exigidas para ello. Pero podría hacerlo para asumir el cargo de fiscal de distrito, en caso de que aprobara el concurso y tuviera las debidas calificaciones universitarias. Sobre este tema existe un cuidado importante. La discapacidad a veces oblitera integralmente el ejercicio de algunas actividades, por lo que no existe un ajuste razonable capaz de ofrecer alternativas. Sin embargo, hay una infinidad de hipótesis en las cuales es el hábito arraigado e irreflexivo lo que lleva a imaginar que una persona con determinada discapacidad no podrá ejercer ciertas actividades. No hay que olvidar que uno de los propósitos del ajuste razonable es precisamente la amplitud para rever prácticas, hábitos, métodos con los cuales se moldea el ambiente.

Hay que llamar la atención sobre las posibilidades de subinclusión y sobreinclusión (para el tema, STRUCHINER, 2005: 147 y ss.). En los juicios comentados en las secciones anteriores se registró la existencia de un debate sobre la *frontera* existente entre la enfermedad y la discapacidad, así como acerca de las discusiones sobre la posibilidad de que los cuidadores primarios hagan *jus* al ajuste razonable. Se considera que el asunto carece de explotación en un sistema caso a caso, evitando tanto la subinclusión como la eventual *sobreinclusión* (por ejemplo, por igualar necesidades muy temporarias, producto de una enfermedad, a la discapacidad), de modo de distorsionar el instituto, tornándolo irrealizable. Entre tanto, se puede decir que las hipótesis de inclusión de individuos no concebidos como personas con discapacidad desde el modelo biomédico, pero que son considerados como tales por el nuevo concepto de la CDPD/ONU, serán inicialmente algo usual, porque muchos enunciados normativos infraconstitucionales se presentan como reglas subinclusivas a la luz de la CDPD/ONU.

Con respecto a los componentes de la locución “ajuste razonable”, se entiende que el ajuste se refiere a todas las modificaciones, adaptaciones, arreglos e incluso flexibilizaciones a ser efectuados en el ambiente material y normativo en el que

es reclamado, a través del uso de los más diversos mecanismos, desde técnicas, tecnologías, revisión de procedimientos, hasta excepciones en el horario y lugar de trabajo, realización de tareas, actividades académicas, etcétera.

El problema reside en el significado de “razonable”. Humberto Ávila investigó la jurisprudencia del STF y encontró tres acepciones: (a) razonabilidad como equidad: directriz que exige que los enunciados generales y abstractos sean apreciados a la luz de las singularidades del caso concreto, imponiendo la armonización del enunciado con las particularidades. Se trataría de la *justicia particular*; (b) razonabilidad como congruencia: es necesario un ajuste entre los enunciados normativos y sus condiciones externas de aplicación, exigiéndose una causa real que justifique la adopción del enunciado; (c) razonabilidad como equivalencia: actúa vinculando dos magnitudes, la medida y el criterio que la dimensiona (por ejemplo, la pena y el acto cometido) (ÁVILA, 2009: 156 y ss.). También se utiliza la razonabilidad en el sentido de algo que es ordinario y común.

En la revisión de casos extranjeros, se vio que en los Estados Unidos la palabra “razonable” es un limitador de ajuste, en el sentido de lo que es común que se le exija a alguien. En Canadá la concepción fue distinta: lo “razonable” asumió una connotación amplia, como todos los esfuerzos posibles para hacer ajustes hasta el límite de la carga indebida. En el contexto europeo vimos tres significados, entre los que se distingue el que entiende el término como lo que es *eficaz* para el individuo o el grupo en cuestión. ¿Qué concepción es la más adecuada en el caso del constitucionalismo brasileño? En principio, se considera que *no* es la que lo interpreta como lo que es ordinario, porque esa lectura destruye desde la raíz el propósito del ajuste, que es el de ofrecer alternativas que usualmente son excepcionales. Sería una incongruencia. Se interpretaría un derecho fundamental del modo más limitado posible, lo que contraría la técnica recomendada. Entre las acepciones que identifica Ávila (2009), la razonabilidad como equidad es vista como la que más se aproxima al ajuste razonable, una vez que indica la adaptación del enunciado general y abstracto a las particularidades del caso. En este primer sentido, el término “razonable” solo será un limitador del ajuste si este carece de toda eficacia.

Asimismo, en la evaluación de lo que es razonable se podría echar mano de la razonabilidad como congruencia, porque permitiría advertir si la medida puede excepcionarse, de acuerdo con las causas en las que se basa (por ejemplo, cuando la discapacidad y el ajuste en cuestión disminuyen por debajo de lo mínimo los grados de seguridad que apoyan la medida). Lo razonable sería entonces otro limitador del ajuste; esto es, habría enunciados generales que no admiten algunas excepciones, pues eso llevaría a una significativa disminución de su finalidad (por ejemplo, salud, seguridad, igualdad). El examen *se aproximaría* a una de las etapas de la proporcionalidad, la necesidad, en la que se analiza si el medio elegido es el que menos afecta a los derechos fundamentales, de acuerdo con los fines que se pretenden. Sin embargo, el resultado no sería necesariamente la corriente invalidación del conjunto del acto normativo (por ejemplo, inconstitucionalidad, ilegalidad), sino la proposición de situaciones intermedias para las hipótesis, como puede ocurrir en las llamadas *decisiones intermedias* (para el tema, CERRI, 2001: 84 y ss.).

Aunque la razonabilidad como congruencia es una de las acepciones de lo

razonable, se propone que esta evaluación se dé desde la carga indebida, porque razonable y carga indebida componen un binomio de actuación conjunta. La defensa de la no realización del ajuste está en la carga indebida, de modo que el análisis se hace más fácil y más claro con el examen de las cargas. Se recomienda que el término “razonable” sea interpretado como lo que es *eficaz* para adaptar el ambiente material y normativo a las necesidades de la persona con discapacidad con el mínimo posible de segregación y estigma, y con atención a las particularidades que hacen permisible excepcionar o flexibilizar enunciados y prácticas generales. *Eficaz* no se restringe tan solo a aspectos prácticos; por el contrario, se extiende a aspectos menos palpables, como evitar el estigma, la humillación, la vergüenza. Por ejemplo, en Vande Zande la razonabilidad se vio tan solo a través del ángulo práctico, pues se descuidó la disminución que la trabajadora sentía por usar la pileta del baño para las actividades necesarias para su alimentación. Para reflexionar sobre el asunto, hay que imaginar la situación opuesta: ¿y si Vande Zande tuviera que usar la pileta de la cocina colectiva para cepillarse los dientes o lavarse las manos después de usar los servicios? ¿Cómo se sentirían sus compañeros?

Para alcanzar el ajuste razonable el procedimiento de diálogo es crucial. Incumbe a la persona con discapacidad o a las entidades representativas señalar las mejores alternativas, porque ellas poseen conocimiento y experiencia sobre las barreras que hay que trasponer y los mecanismos más hábiles para lograrlo. Es la puesta en práctica del lema “nada sobre nosotros, sin nosotros”. Es relevante que los implicados, a veces actores secundarios, como compañeros de clase o de trabajo, sean partícipes por lo menos en el rol de elucidar, salvo en situaciones de confidencialidad solicitada (por ejemplo, en caso de trastornos mentales). Quien debe acomodar necesita apertura al diálogo y hacer frente a la prueba de la carga indebida.

La carga indebida es la defensa que permite al sujeto pasivo eximirse de hacer el ajuste y deberá ser definida en cada caso; para ello vale la sugerencia de la Corte canadiense: cargas habrá, lo que no pueden ser es *indebidas*. Por eso, se debe descartar un test como el *de minimis*, que solo alcanza el nivel de la carga, e ignora la textualidad. Para el arbitraje, hay una gama de factores reunidos en dos grupos. El primero es precisamente la finalidad buscada por la medida general que se quiere excepcionar a través del ajuste. Si el objetivo de la medida se frustra o se oblitera de manera relevante, la carga será indebida. No basta con que quien adoptó la medida demuestre que lo hizo de buena fe, de modo imparcial e igualitario. La defensa solo será completa si se demuestra que el ajuste bloquea el fin que se pretende.⁷

El segundo es la comparación minuciosa entre costos y beneficios. Se mencionó que los costos y los beneficios no se agotan en la cuestión económica-financiera (que, por cierto, entra en el *cálculo*, junto a los medios de quien debe acomodar). Sobre los beneficios se recuerda que el ajuste no tiene como única finalidad beneficiar a un individuo; su *raison d'être* es mucho más amplia, en una concepción dinámica (*supra*, EMENS, 2008: 894). Se contabilizan beneficios directos e indirectos, y se consideran las partes primarias y secundarias, así como los terceros. En cuanto a los costos, se requiere prestar atención a aquellos que son minimizados por medio de contrapartidas o ganancias a quien ajusta, desde incentivos y exenciones estatales hasta ingresos por *marketing* de responsabilidad social. También se evalúan los costos

de estigmatización y humillación y los de las partes secundarias, si las hubiera (por ejemplo, compañeros de trabajo).

Finalmente, se indica quién debe realizar el ajuste. Para esto, es preciso reiterar las diferencias del concepto de discriminación según la CDPD/ONU: (a) además de las formas tradicionales de discriminación, incluye la discriminación por efecto adverso; (b) la negativa a ajustar razonablemente, hasta el límite de la carga indebida, implica discriminación. Es indiscutible que el Estado, en todas sus ramificaciones, es sujeto pasivo. Los particulares se incluyen en la medida en que se vinculan con los derechos fundamentales. En este punto hay dificultades. Se cree que todos los entes privados que ejercen funciones vía concesión, permisión, etc., son pasivos de deber, además de aquellos cuyas actividades son de carácter público, pero que se permiten a la iniciativa privada. Como ejemplo, se mencionan las empresas de telefonía, de transporte público, escuelas y universidades privadas. Es indudable que se incluyen, aunque indirectamente, los entes que cuentan con recursos públicos (por ejemplo, asistencia social, fundaciones, OSCIPS –Organización de la Sociedad Civil de Intereses Públicos–). En el escenario laboral, la CRFB/88 (BRASIL, 1988) vinculó a los empleadores como sujetos pasivos de los derechos fundamentales, de modo que es posible y justificable extender también los términos de la CDPD/ONU, pero prestando mayor atención a la capacidad de cada empleador respecto de la carga indebida. Las organizaciones sindicales también participan del deber, principalmente cuando la discriminación deriva de sus acuerdos y convenciones. En su mayoría, caben las directrices de la vinculación de particulares a los derechos fundamentales (sobre el tema, SARMENTO, 2005).

En términos ideales, la actividad legislativa sería relevante para delinear el instituto, pero se piensa que mientras no se edite la nueva legislación sobre el ajuste, cabe a los organismos judicantes apreciar caso por caso a los sujetos activos, pasivos, la razonabilidad del ajuste y la carga indebida, cuando el procedimiento de diálogo entre los involucrados no sea exitoso. En la evaluación se considera que es importante intentar, en sede jurisdiccional, promover el referido diálogo. Si no es posible, la decisión debe observar los términos de la CDPD/ONU, es decir, interpretar conforme a la Constitución los enunciados normativos ya existentes para la protección de los derechos de las personas con discapacidad.

5 Conclusiones

Para trazar algunas propuestas de interpretación del binomio ajuste razonable y carga indebida dentro del constitucionalismo brasileño, se han revisado los principales aspectos del tema en otros órdenes jurídicos. Se destacan aquellos que dieron origen a los conceptos. La revisión contribuyó a un diálogo constitucional que permite identificar los puntos fuertes y débiles de la lectura constitucional e internacional. Como conclusiones se destacan:

- a) ajuste razonable es un concepto que modifica el contenido jurídico de la discriminación, la cual se configura en el caso de que no haya oferta de ajuste razonable hasta el límite de la carga indebida;

- b) las personas con discapacidad, a la luz del modelo social combinado con elementos del modelo biomédico, son titulares de un derecho fundamental al ajuste razonable hasta el límite de la carga indebida en los más variados ambientes. Otros sujetos podrán ser titulares del derecho fundamental al ajuste razonable hasta el límite de la carga indebida, lo que constituye un paso para la inclusión, que debe analizarse en cada caso;
- c) ajuste comprende modificaciones, adaptaciones, acomodamientos e incluso flexibilizaciones en el ambiente material y normativo en el que se reclama, mediante el uso de los más diversos mecanismos;
- d) razonable es el ajuste *eficaz* para el individuo o grupo; incluye en la idea de eficacia la prevención y la eliminación de la segregación, la humillación y la estigmatización;
- e) la adaptación razonable ha de ser el producto de un proceso de diálogo entre los involucrados;
- f) el argumento en defensa de la no realización del ajuste razonable es la carga indebida. En esencia, la carga será indebida cuando: (f.1) se adopte un ajuste que suprima *exageradamente* el objetivo de la medida general y provoque riesgos a la seguridad, la salud, el bienestar, etc.; (f.2) en la evaluación de costos y beneficios se muestre que el ajuste es demasiado costoso. Es necesario destacar que el análisis de costos y beneficios no se limita a los elementos económicos, ni tampoco se agota en los sujetos activo y pasivo específicamente implicados.

REFERENCIAS

Bibliografía y otras fuentes

- ÁVILA, H. (2009). *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros.
- BOURDIEU, P. (2010). *O poder simbólico*, trad. de Fernando Thomaz. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil.
- BRASIL (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 5 de outubro de 1988. Disponible en: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Visitado el: 17 de febrero de 2011.
- _____ (2008). *Decreto Legislativo nº 186*, de 9 de julho de 2008. Disponible en: <http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/99423?mode=full&submit_simple=Refer%C3%A7%C3%A3o+Completa>. Visitado el: 17 de febrero de 2011.
- CERRI, A. (2001). *Corso di giustizia costituzionale*, 3ª ed. Milán: Giuffrè.

- DINIZ, D.; BARBOSA, L.; SANTOS, W. R. dos (2009). “Deficiência, Direitos Humanos e Justiça”. *SUR, Revista Internacional de Direitos Humanos*, São Paulo, v. 6, n. 11, pp. 64-77.
- EMENS, E. F. (2008). “Integrating Accommodation”. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 156, n. 4, pp. 839-922.
- FIGUEIREDO, I. (2010). *Entre Intocáveis, Bugres e Garotos: o Sistema de Justiça na Consolidação do Paradigma de Direitos*. Tesis (doctorado). PUC-Rio, Rio de Janeiro.
- FRASER, N. (1996). Social Justice in the age of identity politics: redistribution, recognition and participation. *The Tanner Lectures on Human Values*. Stanford University. Disponible en: <<http://www.intelligenceispower.com/Important%20E-mails%20Sent%20attachments/Social%20Justice%20in%20the%20Age%20of%20Identity%20Politics.pdf>>. Visitado el: 17 de febrero de 2011.
- KANTER, A. S. (2009). The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities and its implications for the rights for the elderly people under international law. *Georgia State University Digital Archive @ GSU*. Disponible en: <http://digitalarchive.gsu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3315&context=colpub_review>. Visitado en: octubre de 2010.
- KRIEGER, L. H. (2003). “Sociolegal backlash”. En: L. H. KRIEGER (ed.). *Backlash against the ADA: reinterpreting disabilities rights*. Michigan: Michigan University Press, pp. 340-393.
- MALHOTRA, R. (2007). “The legal genealogy of the duty to accommodate American and Canadian workers with disabilities: a comparative perspective”. *Washington University Journal of Law & Policy*, v. 23, pp. 1-32.
- MARTEL, L. de C. V. (2005). *Devido processo legal substantivo: razão abstrata, função e características de aplicabilidade à luz da linha decisória da Suprema Corte estadunidense*. Rio de Janeiro: Lumen Juris.
- _____ (2007). “Laico, mas nem tanto: cinco tópicos sobre liberdade religiosa e laicidade estatal na jurisdição constitucional brasileira”. *Revista Jurídica*. Brasília, v. 9, n. 86, ago./set.
- MINOW, M. (2008). “Accommodating integration. In response to Elizabeth F. Emens, *Integrating Accommodation*”. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 157, pp. 1-10.
- NAÇÕES UNIDAS. 2006a. *Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência*. Doc. A/61/611, Nova Iorque, 13 dez.
- _____ (2006b). *Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência*. Doc. A/61/611, Nova Iorque, 13 dez.
- NEVES, A. F. (2010). “Os direitos das pessoas com deficiência no Direito da União Européia”. Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Disponible en: <www.icjp.pt/system/files/Texto_Prof%20Ana%20Neves.pdf>. Visitado el: 20 de diciembre de 2010.
- NEVES, M. (2009). *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes.
- NUSSBAUM, M. C. (2007). *Frontiers of justice: disability, nationality species membership*. Harvard University Press.
- QUINTANA, M. (2007). *Nova antologia poética*. São Paulo: Globo.

- SARMENTO, D. (2005). **Direitos fundamentais e relações privadas**. Río de Janeiro: Lumen Juris.
- _____ (2006). “A igualdade étnico-racial no direito constitucional brasileiro: discriminação ‘de facto’, teoria do impacto desproporcional e ação afirmativa”. En: CAMARGO, M. N. (org.). **Leituras complementares de direito constitucional: direitos fundamentais**. Salvador: JusPODIVM.
- STRAPAZZON, C. L. (2009). “Tratados internacionais, direitos fundamentais e liberdade individual: rupturas e evoluções em 60 anos de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal”. En: MARTEL, L. de C. V. (org.). **Estudos contemporâneos de Direitos Fundamentais**. Río de Janeiro: Lumen Juris/UNESC. v. II. pp. 379-399.
- STRUCHINER, N. (2005). **Para falar de regras: o positivismo conceitual como cenário para uma investigação filosófica acerca dos casos difíceis do Direito**. Tesis (doctorado) – Departamento de Filosofia, PUC-Rio, Río de Janeiro.
- SUNSTEIN, C. R. (2001). **Designing democracy: what constitutions do**. New York: Oxford University Press.
- _____ (2007). “Cost-Benefit Analysis Without Analyzing Costs of Benefits: Reasonable Accommodation, Balancing, and Stigmatic Harms”. **University of Chicago Law & Economics, Olin Working Paper n. 325; University of Chicago, Public Law Working Paper n. 149**. Disponible en: <<http://ssrn.com/abstract=959712>>. Visitado el: 2 de febrero de 2011.
- _____ (2008). “Caste and disability: the moral foundations of the ADA. In response to Elizabeth F. Emens, *Integrating Accommodation*”. **University of Pennsylvania Law Review**, v. 157, pp. 21-27.
- UNIÃO EUROPEIA. 2000. Conselho Europeu. **Directiva 2000/78/CE**, de 27 de novembro de 2000. Disponible en: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2000:303:0016:0022:pt:PDF>>. Visitado el: 20 dez. 2010
- USA (1972). **Equal Employment Opportunity Act**. Disponible en: <<http://www.eeoc.gov/laws/statutes/titlevii.cfm>>. Visitado el: 12 de febrero de 2011.
- _____ (1990). **ADA**. Disponible en: <<http://www.ada.gov/archive/adastat91.htm>>. Visitado en: septiembre de 2010.
- WADDINGTON, L. (2008). “When it is reasonable for Europeans to be confused: understanding a when disability accommodation is ‘reasonable’ from a comparative perspective”. **Comparative Labor Law & Policy Journal**, v. 29, n. 3, pp. 317-340.

Jurisprudencia

- BRASIL (1996). STF. **ADI 1480/DF/MC**. Rel. Min. Celso de Mello. Disponible en: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=185195&tipo=TP&descricao=ADI%2F1480>>. Visitado en: febrero de 2010.
- _____ (2008). STF. **HC 87585/TO**. Rel. Min. Marco Aurélio Mello. Disponible en: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=597891>>. Visitado en: febrero de 2010.

- CANADA (1985a). Supreme Court. **Bhinder v. CN**, 2 S.C.R. 561. Disponible en: <<http://scc.lexum.umontreal.ca/en/1985/1985scr2-561/1985scr2-561.html>>. Visitado el: 11 de octubre de 2010.
- _____ (1985b). Supreme Court. **Ont. Human Rights Comm. v. Simpsons-Sears**, 2 S.C.R. 536. Disponible en: <<http://scc.lexum.umontreal.ca/en/1985/1985scr2-536/1985scr2-536.html>>. Visitado el: 11 de octubre de 2010.
- _____ (1990). Supreme Court. **Central Alberta Dairy Pool v. Alberta (Human Rights Commission)**, 2 S.C.R. 489. Disponible en: <<http://csc.lexum.umontreal.ca/en/1990/1990scr2-489/1990scr2-489.html>>. Visitado el: 11 de octubre de 2010.
- _____ (1992). Supreme Court. **Central Okanagan School District No. 23 v. Renaud**, 2 S.C.R. 970. Disponible en: <<http://csc.lexum.umontreal.ca/en/1992/1992scr2-970/1992scr2-970.html>>. Visitado el: 11 de octubre de 2010.
- _____ (1994). Supreme Court. **Commission scolaire régionale de Chambly v. Bergevin**, 2 S.C.R. 525. Disponible en: <<http://scc.lexum.umontreal.ca/en/1994/1994scr2-525/1994scr2-525.html>>. Visitado el: 11 de octubre de 2010.
- _____ (1999). Supreme Court. **British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) v. BCGSEU**, 3 S.C.R. 3. Disponible en: <<http://csc.lexum.umontreal.ca/en/1999/1999scr3-3/1999scr3-3.html>>. Visitado el: 11 de octubre de 2010.
- _____ (2004). Supreme Court. **Syndicat Northcrest v. Amselem**, 2 S.C.R. 551, 2004 SCC 47. Disponible en: <<http://csc.lexum.umontreal.ca/en/2004/2004scc47/2004scc47.pdf>>. Visitado el: 11 de octubre de 2010.
- _____ (2006). Supreme Court. **Multani v. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys**, 2006 SCC 6, [2006] 1 S.C.R. 256. Disponible en: <<http://scc.lexum.umontreal.ca/en/2006/2006scc6/2006scc6.html>>. Visitado el: 11 de octubre de 2010.
- _____ (2009). Supreme Court. **Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony**, 2009 SCC 37, [2009] 2 S.C.R. 567. Disponible en: <<http://scc.lexum.umontreal.ca/en/2009/2009scc37/2009scc37.html>>. Visitado el: 11 de octubre de 2010.
- TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS. 2009. Sentença de 30 de abril. **Affaire Glor v. Suisse**, Petição n. 13444/04.
- TRIBUNAL DE JUSTIÇA EUROPEU. 2006. **Sonia Chacón Navas v Eurest Colectividades SA**. Processo C-13/05. Disponible en: <<http://curia.europa.eu/>>. Visitado el: 20 dez. 2010.
- _____ (2008). **S. Coleman v. Attridge Law and Steve Law**. Processo C-306/06 (pedido de decisión prejudicial del Employment Tribunal — Reino Unido) Disponible en: <<http://curia.europa.eu/>>. Visitado el: 10 de enero de 2011.
- USA (1963). United States Supreme Court. **Sherbert v. Verner**. 374 U.S. 398. Disponible en: <http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0374_0398_ZO.html>. Visitado el: diciembre de 2010.
- _____ (1972). United States Supreme Court. **Wisconsin v. Yoder**. 406 U.S. 205 (1972). Disponible en: <<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=406&invol=205>>. Visitado el: 23 de mayo de 2001.

- _____ (1977). United States Supreme Court. **Trans World Airlines, Inc. v. Hardison**. 432 U.S. 63.
- _____ (1986). United States Supreme Court. **Ansonia Board of Education v. Philbrook**. 479 U.S. 60.
- _____ (1995). United States Court of Appeals, Seventh Circuit. **Vande Zande v. Wisconsin Dep't of Admin.**, 94-1884, n°. Disponible en: <<http://caselaw.findlaw.com/us-7th-circuit/1372073.html>>. Visitado el: 10 de octubre de 2010.
- _____ (2002a). United States Court of Appeals, Second Circuit. **Borkowski v. Valley Central School District**. 447, Docket 94-7254. Disponible en: <caselaw.findlaw.com/us-2nd-circuit/1300394.html>. Visitado el: 10 de octubre de 2010.
- _____ (2002b). United States Supreme Court. **U.S. Airways, Inc. v. Barnett**. 535 U.S. 391 (2002). Disponible en: <<http://www.law.cornell.edu/supct/html/00-1250.ZS.html>>. Visitado el: 12 de octubre de 2010.

NOTAS

1. Para los efectos de este artículo, ajuste, acomodación y adaptación se utilizan como sinónimos. En la versión en lengua portuguesa de la CDPD/ONU, se utilizó "adaptação razoável" y "ajustamento razoável".
2. N.del E.: Es castellano se la conoce como la escuela o corriente de derecho y economía.
3. Es importante destacar que el edificio estaba aún en construcción y que los proyectos eran anteriores al ADA. Posner entendió que el ADA no podía producir efectos retroactivos. El costo de bajar la pileta era 150 dólares. Wisconsin ya había llevado a cabo algunas acomodaciones para Vande Zande, como la construcción de una rampa, la adaptación del baño de su piso de trabajo, la adecuación de los muebles, el pago de la mitad de una cuota de cuidados diarios en el ambiente de trabajo, la remodelación del vestuario de los empleados y el ajuste de los horarios de trabajo para la realización de consultas y tratamientos.
4. Se destaca que en la época de la decisión que se cita, el empleador era una de las mayores compañías aéreas de los Estados Unidos.
5. En Canadá, hay leyes y actos normativos de la Administración Pública en la materia, además de instancias administrativas responsables de la tramitación de las demandas de ajuste.
5. Como la adaptación ocurre en los más diversos escenarios –escuelas, universidades, cursos de capacitación, acceso al empleo y la posibilidad de progreso en el mismo–, también podrá requerirse en los procesos de obtención de certificaciones, calificaciones, progresiones. Si no fuera así, existe el riesgo de formación o manutención de un círculo vicioso de exclusión de las personas con discapacidad.
7. Ilustra el punto el caso *Bhinder*, en el que la Suprema Corte de Canadá entendió que una medida general de seguridad en el trabajo –el uso de cascos por parte de las personas que trabajaban con alta tensión eléctrica– no podría ser excepcionada para adaptar a un miembro que por razones religiosas necesitaba usar un turbante, incompatible con el casco, porque la seguridad sería indebidamente onerosa.

ABSTRACT

The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities, now part of the Brazilian Constitution of 1988, introduced new concepts and approaches into Brazilian Law. This article intends to define and discuss the concepts of reasonable accommodation and undue burden, offering suggestions for a constitutionally adequate and useful interpretation of these new legal norms. Consequently, research was conducted regarding such concepts and their complexities as treated in other legal systems, particularly those that have featured them for some time. An interpretive proposal is then formulated, addressing conclusions and results primarily obtained by eliminating some interpretations adopted in other countries. The conclusion reached is that reasonable accommodation is made possible and effective through measures for the inclusion of people with disabilities, which are obtained through a process of dialogue between the parties involved. The duty to accommodate is limited by the concept of undue or disproportionate burden, comprised of various elements, for which the burden of proof lies with the party whose duty it is to accommodate.

KEYWORDS

Disability – Discrimination – Reasonable accommodation – Undue burden

RESUMO

A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da ONU, parte da CRFB/88, introduziu novos conceitos e concepções no direito brasileiro. Este artigo objetiva compreender e discutir os conceitos de adaptação razoável e ônus indevido, oferecendo premissas para uma interpretação constitucionalmente adequada e útil das inovações normativas. Para tanto, foram pesquisados os conceitos e suas complexidades em outros ordenamentos jurídicos, especialmente os que os empregam há longa data. A seguir, formulou-se uma proposta interpretativa. Nela estão sediadas conclusões e resultados obtidos, em especial pela exclusão de algumas interpretações adotadas em outros países. Concluiu-se que a adaptação razoável é composta de medidas possíveis e eficazes para a inclusão de pessoas com deficiência, obtidas mediante processo de diálogo entre os envolvidos. O dever de adaptar é limitado pelo ônus indevido ou desproporcional, composto de vários elementos, cujo ônus probatório reside em quem deve acomodar.

PALAVRAS-CHAVE

Deficiência – Discriminação – Adaptação razoável – Ônus indevido