

SERVICIO NACIONAL DE LA DISCAPACIDAD

SUBDEPARTAMENTO DERECHO Y DISCAPACIDAD

Informe N° 7 de 2014

**Sobre proyecto de ley que “modifica el Código Orgánico de
Tribunales, para permitir que personas con capacidades
especiales, puedan ser nombrados en cargos de juez o notario”**

**Boletín N° 9372-07 de la Cámara de Diputados, de 03 de junio de
2014**

Junio – 2014

I. Datos preliminares

El presente proyecto de ley que “modifica el Código Orgánico de Tribunales, para permitir que personas con capacidades especiales, puedan ser nombrados en cargos de juez o notario”, fue iniciado por moción de los H. Senadores señoras Allende, Goic y Muñoz, y señores Espina y Harboe, e ingresado a primer trámite constitucional al Senado el 03 de junio de 2014.

En la actualidad, se encuentra en la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia del Senado, en estado de primer trámite constitucional.

II. Antecedentes y fundamentos

El proyecto de ley se funda en normas nacionales e internacionales sobre igualdad y no discriminación, particularmente en la Constitución Política (artículo 19 N° 2, inciso 2°); en la Convención de Naciones Unidas sobre Derechos de las Personas con Discapacidad de 2006, en adelante la CDPD, y su Protocolo Facultativo, ratificados por Chile en el año 2008 (artículos 1, 2, 4 y 27); y en la ley N° 20.609, de 2012, sobre Antidiscriminación (artículo 2).

Así, la moción parlamentaria parte de la base de que los preceptos legales que impiden a las personas en situación de discapacidad acceder a cargos y empleos públicos, deben ser eliminados del ordenamiento jurídico.

III. Objetivos

El propósito del presente proyecto de ley es eliminar del ordenamiento jurídico chileno los preceptos legales que impiden una total inclusión social de todas las personas en situación de discapacidad y el ejercicio pleno de sus derechos fundamentales. Lo anterior, especialmente en lo que dice relación con el ingreso a cargos y empleos públicos, obligando al Estado a adoptar sistemas que permitan una accesibilidad universal al empleo, así como un desarrollo laboral y personal de las personas en situación de discapacidad.

IV. Observaciones generales desde la perspectiva de los derechos humanos de las personas en situación de discapacidad

1. Del principio de igualdad y no discriminación

La igualdad se encuentra consagrada en los diversos instrumentos internacionales de derechos humanos, como la Declaración Universal de Derechos Humanos, en adelante la DUDH (artículo 2.1), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en adelante el PIDCP (artículos 2 y 26)¹, en la Convención Americana de Derechos Humanos, en adelante CADH (artículos 1 y 24)², entre otros. Así como también, de

¹ El Comité de Derechos Humanos sostiene que en virtud del artículo 26 del PIDCP la ley garantiza a todas las personas la misma protección contra la discriminación cualquiera sean los motivos, sin limitarse a reiterar la garantía ya prevista en el artículo 2 sino que establece en sí un derecho autónomo. De este modo, los Estados al aprobar una ley tienen la obligación de velar por que el contenido de sus disposiciones no sean discriminatorias, exigencia que no se encuentra limitada al ámbito de los derechos enunciados en el PIDCP. O.N.U. Comité de Derechos Humanos. *Observación general Nº 18 Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, No discriminación, 37º período de sesiones* (1989).

² La Corte IDH, entiende que el artículo 1.1 de la CADH establece la obligación de los Estados "...de respetar y garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos y libertades allí reconocidos sin discriminación alguna". Así, todo tratamiento que pueda ser discriminatorio respecto del ejercicio de los derechos garantizados en la CADH es *per se* incompatible con la misma. Asimismo, la Corte IDH sostiene que, al prohibirse cualquier tratamiento discriminatorio de origen legal por el artículo 24, los Estados se encuentran a su vez prohibidos de introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones

manera transversal en la CDPD y en la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, de 1999, ratificada por Chile en el año 2002.

En nuestro ordenamiento jurídico, la Constitución Política de 1980 contempla dicho principio en diversas disposiciones como los artículos 1° y 19 N° 2. Mientras que en materia específica de discapacidad destaca la ley N° 20.422, de 2010, sobre Igualdad de Oportunidades e Inclusión Social de Personas con Discapacidad; y la ley N° 20.609, de 2012, sobre Antidiscriminación.

El principio de igualdad y la no discriminación son *dos caras de una misma moneda*³. Así, la obligación de no discriminación constituye una norma perentoria o *ius cogens*, que no admite "*...tratos discriminatorios en perjuicio de ninguna persona, por motivos de género, raza, color, idioma, religión (...) o cualquier otra condición*"⁴. Así, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en adelante la Corte IDH, entiende que el principio de igualdad implica la obligación del Estado de "*[n]o introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias, eliminar las regulaciones de carácter discriminatorio, combatir las prácticas de este carácter y establecer normas y otras medidas que reconozcan y aseguren la efectiva igualdad ante la ley de todas las personas*"⁵.

discriminatorias referentes a la protección de la ley. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la naturalización*. Opinión Consultiva (1984), y *Caso Ríos y otros vs. Venezuela. Excepciones preliminares, Fondo, reparaciones y costas* (2009).

³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la naturalización*. Opinión Consultiva (1984).

⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*, Opinión Consultiva (2003).

⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Yatama vs. Nicaragua*. Excepciones preliminares, Fondo, reparaciones y costas (2005). La jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos ha evolucionado desde una posición de neutralidad del Estado frente a las diferencias hacia una idea de igualdad sustantiva, que exige del Estado un papel activo que permita una equidad social, así como la

Ahora bien, el goce en condiciones de igualdad de los derechos y libertades fundamentales no significa identidad de trato en toda circunstancia⁶, por lo que en determinadas ocasiones puede ser necesario o incluso imperativo realizar distinciones para respetar el principio de igualdad⁷. Por su parte, nuestro Tribunal Constitucional, en adelante TC, ha entendido que la igualdad ante la ley significa que las normas jurídicas deben ser iguales para todas aquellas personas que se encuentren en la misma situación y, por consiguiente, distintas para aquellas que se encuentren en situaciones diferentes. Así, citando al autor argentino Linares Quintana, el TC ha afirmado que la igualdad no es absoluta, pues exige una diferenciación razonable entre quienes se encuentran en situaciones diversas⁸.

Por consiguiente, el principio de igualdad conlleva a que el Estado debe tratar a todas las personas con igual respeto y consideración, de manera que aquellas que se encuentran en una misma situación sean tratadas de igual forma, mientras que los sujetos que se encuentran en una situación diferente sean a su vez tratados de una manera distinta⁹.

protección de ciertos grupos que padecen procesos históricos o estructurales de discriminación. ABRAMOVICH (2009), *De las violaciones masivas a los patrones estructurales: nuevos enfoques y clásicas tensiones en el sistema interamericano de derechos humanos*, p. 18.

⁶ O.N.U. Comité de Derechos Humanos, *Observación general N° 18: No discriminación* (1989).

⁷ O.N.U. Comisión de Derechos Humanos. *Estudio analítico del Alto Comisionado para los Derechos Humanos sobre el Principio fundamental de la no discriminación en el marco de la globalización* (2004). En el mismo sentido, la Corte Europea de Derechos Humanos, en adelante Corte EDH, ha entendido que el derecho a no ser discriminado en el goce de los derechos garantizados por la Convención Europea de Derechos Humanos, en adelante la CEDH, también es violado cuando los Estados, sin una justificación objetiva y razonable, no tratan diferente a personas cuya situación es significativamente diferente. Corte Europea de Derechos Humanos, *Caso Thlimmenos vs. Greece*, (2000)

⁸ *Tribunal Constitucional, Sentencia Rol N° 53* (1988).

⁹ NASH y DAVID (2011), *Igualdad y no discriminación en el sistema interamericano de derechos humanos*, p. 162.

De acuerdo al Comité de Derechos Humanos¹⁰ una diferencia, exclusión, restricción o preferencia será discriminatoria cuando se base en motivos tales como raza, color, religión o cualquier otra condición, entre las que se encuentran asimismo la "discapacidad". Estos motivos también son denominados **categorías sospechosas**, debido a que su empleo lleva en ellas un indicio de arbitrariedad, proveniente muchas veces de su empleo constante y prolongado con el propósito de excluir a ciertos sectores de la sociedad¹¹. Además, se exige que la discriminación tenga **por objeto** (discriminación directa) **o por resultado** (discriminación indirecta) la producción de un perjuicio, que se traduce en anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas¹². Así, la discriminación indirecta pone de manifiesto que tratar de la misma manera a personas que se encuentran en situaciones desiguales, puede llegar a producir efectos discriminatorios¹³.

El Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, en adelante el Comité DESC, en su Observación general N° 5 de 1994, sobre Personas con Discapacidad, entiende que *"[l]a discriminación, de jure o de facto, contra las personas con discapacidad existe desde hace mucho tiempo y reviste formas diversas, que van desde la discriminación **directa**, como por ejemplo la negativa a conceder oportunidades educativas, a formas más 'sutiles' de discriminación, como por ejemplo la segregación y el*

¹⁰ O.N.U. Comité de Derechos Humanos. *Observación general N° 18: No discriminación* (1989).

¹¹ BAYEFKY, *El principio de igualdad o no discriminación en el derecho internacional* (1990), pp. 18-23.

¹² De esta manera, se entiende que la discriminación es directa cuando tiene como finalidad producir el perjuicio, o bien indirecta cuando una norma o medida en apariencia neutral produce un efecto perjudicial que impacta de manera exclusiva o desproporcionada sobre personas que forman parte de un grupo determinado, sin que dicha medida pueda justificarse de manera objetiva y razonable. NASH y DAVID ob. cit. p. 172.

¹³ La Corte IDH ha entendido que los Estados no deben realizar acciones que directa o indirectamente, creen situaciones de discriminación de *jure* o de *facto*. Lo cual implica la prohibición de aprobar normas jurídicas en sentido amplio que discriminen a un determinado grupo de personas. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*, Opinión Consultiva (2003).

*aislamiento conseguidos mediante la imposición de impedimentos físicos y sociales. A los efectos del Pacto, la 'discriminación fundada en la discapacidad' puede definirse como una discriminación 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**, 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. 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".*

Asimismo, este órgano internacional añade que "...parece indispensable adoptar en prácticamente todos los Estados Partes una legislación amplia y antidiscriminatoria en relación con la discapacidad. Dicha legislación no solamente debería proporcionar a las personas con discapacidad la posibilidad de recurso judicial en la medida de lo posible y apropiado, sino que brindaría asimismo programas de política social que permitirían que las personas con discapacidad pudieran llevar una vida integrada, independiente y de libre determinación".

Igualmente, se hace presente que los Estados deben "...adoptar medidas apropiadas para eliminar la discriminación existente y para establecer oportunidades equitativas para las personas con discapacidad, las medidas que se adopten no serán consideradas discriminatorias en el sentido del párrafo 2 del artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales mientras se basen en el principio de la

igualdad y se utilicen únicamente en la medida necesaria para conseguir dicho objetivo”¹⁴.

A su vez, el Comité DESC dispone que **“[l]a esfera del empleo es una de las esferas en las que la discriminación por motivos de discapacidad ha sido tan preeminente como persistente. En la mayor parte de los países la tasa de desempleo entre las personas con discapacidad es de dos a tres veces superior a la tasa de desempleo de las personas sin discapacidad. Cuando se emplea a personas con discapacidad, por lo general se les ofrece puestos de escasa remuneración con poca seguridad social y legal y a menudo aislados de la corriente principal del mercado del trabajo. Los Estados deben apoyar activamente la integración de personas con discapacidad en el mercado laboral ordinario”¹⁵.**

En este mismo sentido, la CDPD dispone que *“...‘discriminación por motivos de discapacidad’ se entenderá cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo. Incluye todas las formas de discriminación, entre ellas, **la denegación de ajustes razonables**”* (artículo 2).

Igualmente, la ley N° 20.422 define discriminación como *“[t]oda distinción, exclusión, segregación o restricción arbitraria fundada en la discapacidad, y cuyo fin o efecto sea la privación, perturbación o amenaza en el goce o ejercicio de los derechos establecidos en el ordenamiento jurídico”* (artículo 6 letra a).

¹⁴ O.N.U. Comité sobre Derechos Económicos Sociales y Culturales, Observación general N° 5, Personas con Discapacidad (1994), párrafos 15-17.

¹⁵ Ibid. párrafo 20.

Por su parte, la ley N° 20.609 que Establece Medidas contra la Discriminación (Antidiscriminación) "*...entiende por discriminación arbitraria toda distinción, exclusión o restricción que carezca de justificación razonable, efectuada por agentes del Estado o particulares, y que cause privación, perturbación o amenaza en el ejercicio legítimo de los derechos fundamentales establecidos en la Constitución Política de la República o en los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, en particular cuando se funden en motivos tales como la raza o etnia (...), edad, (...), la enfermedad o **discapacidad***" (artículo 2).

2. De las normas restrictivas del Código Orgánico de Tribunales y del juicio de proporcionalidad

La ley N° 7421, de 1943, que aprueba el Código Orgánico de Tribunales, en adelante el COT, dentro de su título X "*De los magistrados y del nombramiento y escalafón de los funcionarios judiciales*", establece en su artículo 252 que para ser juez de letras se requiere a) ser chileno; b) tener el título de abogado, y c) haber cumplido satisfactoriamente el programa de formación para postulantes al Escalafón Primario del Poder Judicial.

Además, el artículo 256 dispone expresamente que no pueden ser jueces:

"1° Los que se hallaren en interdicción por causa de demencia o prodigalidad;

*2° **Los sordos;***

*3° **Los mudos;***

4° Los ciegos;

(...)¹⁶.

Asimismo, el COT en su título XII relativo a las "*Disposiciones generales aplicables a los auxiliares de la Administración de Justicia*", dispone expresamente en su artículo 465, que no pueden ser notarios:

"1° Los que se hallaren en interdicción por causa de demencia o prodigalidad;

2° Los sordos, los ciegos y los mudos;

(...)¹⁷.

En este contexto, el decreto ley N° 407 de 1925, del Ministerio de Justicia, sobre Nombramiento, Instalación, Subrogación, Atribuciones y Obligaciones de los Notarios, establece en su artículo 3 que para optar al cargo de notario se requiere: a) ser chileno; b) haber cumplido veinticinco años de edad; c) tener el título de abogado con a lo menos dos años de ejercicio de profesión; y d) ser de reconocida honorabilidad y buenas costumbres. Además, su artículo 4 contempla idénticas prohibiciones a las establecidas en el artículo 465 del COT.

En conformidad a los argumentos indicados en párrafos precedentes, estas prohibiciones restringen directamente derechos fundamentales de las personas en situación de discapacidad, en particular **el derecho al trabajo y al empleo en igualdad de oportunidades que las demás**

¹⁶ Además se excluyen a "5° Los que de conformidad a la ley procesal penal, se hallaren acusados por crimen o simple delito o estuvieren acogidos a la suspensión condicional del procedimiento; 6° Los que hubieren sido condenados por crimen o simple delito. Esta incapacidad no comprende a los condenados por delito contra la seguridad interior del Estado; 7° Los fallidos, a menos que hayan sido rehabilitados en conformidad a la ley, y 8° Los que hayan recibido órdenes eclesiásticas mayores".

¹⁷ Asimismo se excluyen a "3° Los que se hallaren procesados por crimen o simple delito; y 4° Los que estuvieren sufriendo la pena de inhabilitación para cargos y oficios públicos".

personas (artículo 27 CDPD), y **a optar a cargos públicos** (artículo 25 PIDCP y 23 CADH). Por consiguiente, y sin perjuicio de que estas medidas puedan parecer una evidente discriminación hacia las personas en situación de discapacidad, especialmente sensorial, es conveniente hacer un análisis de estas prohibiciones a la luz del denominado test o juicio de proporcionalidad.

2.1 Juicio de proporcionalidad

En el Sistema Internacional de Derechos Humanos y en la jurisprudencia del TC, se ha construido un test o juicio de proporcionalidad que permite examinar si la diferencia u omisión de un determinado precepto legal es razonable y por ende no discriminatorio¹⁸. De esta manera, a continuación se aplican a las normas objeto de estudio los criterios de este test de proporcionalidad.

a) Restricción establecida por ley

En primer lugar, se requiere que la medida que importa la restricción del ejercicio de un derecho fundamental sea establecida por ley¹⁹. La CADH en su artículo 30 dispone que las leyes que impongan restricciones a los

¹⁸ La jurisprudencia del TC ha establecido cinco requisitos para que una diferencia legal sea constitucional: a) el trato diverso únicamente se justifica en la medida en que las situaciones se diferencien en aspectos fácticos objetivos y relevantes; b) la diferencia no puede fundarse en un objetivo de enemistad hacia un grupo vulnerable o importar un favor o privilegio personal indebido, es decir la diferencia no debe fundarse en supuestos injustificados, conforme a criterios de valor generalmente aceptados; c) la finalidad que se persiga al hacer la diferencia deber ser lícita; d) el trato diverso debe ser razonablemente adecuado y necesario para alcanzar el fin lícito en que se fundamente la distinción; y e) la diferencia debe pasar un examen de proporcionalidad en sentido estricto, tomándose en cuenta el propósito de la norma legal, el caso concreto y los costos que se imponen a aquel que recibe el trato diverso, los cuales deben resultar tolerables. CORREA, *Jurisprudencia del TC en materia de igualdad ante la ley. ¿Saliendo de la pura Tautología?* (2011), pp. 106-124. Asimismo, la CEDH también ha desarrollado su test de proporcionalidad, ver: *Caso Relating to Certain Aspects of the Laws on the use of languages in Education in Belgium* (Fondo) (1968).

¹⁹ NASH, *La protección internacional de los derechos humanos: reglas comunes* (2011), p. 69.

derechos humanos deben aprobarse por *razones de interés general*, lo que se considera como una protección contra la imposición arbitraria de limitaciones²⁰.

En nuestro caso objeto de análisis no existiría problema, puesto que las prohibiciones se encuentran previstas expresamente en el COT y en el decreto ley N° 407.

b) Fin legítimo

Como segundo requisito se exige que el fin u objetivo que se invoque para justificar la restricción sea legítimo, ya sea que se encuentre contemplado en los tratados internacionales de derechos humanos o en la Constitución. La CADH al hacer alusión tanto al derecho de reunión como a la libertad de asociación, dispone que el ejercicio de tales derecho sólo puede estar sujeto a las restricciones previstas por la ley, que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad o del orden público, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos o libertades de los demás (artículos 15 y 16.2). En el mismo sentido, nuestro TC ha afirmado que *"...la igualdad ante la ley supone analizar si la diferenciación legislativa obedece a fines objetivos y **constitucionalmente válidos**"*²¹.

En el caso objeto de estudio la causa que se podría invocar para justificar la restricción de los derechos, sería el valor constitucional referente a la correcta administración de justicia, por lo que se cumpliría con este requisito.

²⁰ En este sentido los artículos 6, 9, 12, 19 y 22 del PIDCP y 4, 7, 12, 13, 16 y 30 de la CADH.

²¹ *Tribunal Constitucional, Sentencia Rol N°1414 (2010).*

c) Medida de restricción adecuada y necesaria

Además de que la medida de restricción sea establecida por ley y persiga un objetivo legítimo, se requiere que sea adecuada y necesaria para alcanzar dicho fin. Se entiende que dicha medida será **adecuada** cuando sea apta para alcanzar la protección del bien jurídico que se invoca²². A su vez, se entiende que la medida será **necesaria** cuando se acredite que el bien jurídico que es causa de la medida, no se pueda proteger a través de medios alternativos que siendo menos dañosos para otros derechos, sean igualmente eficientes para garantizar el bien jurídico protegido²³.

En el caso concreto, las prohibiciones previstas por el COT (artículos 256 N° 2, 3 y 4; y 465 N° 2) y el decreto ley N° 407 (artículo 4), podrían entenderse como aptas para alcanzar la protección del valor jurídico (correcta administración de justicia). No obstante, las normas del COT al impedir directamente a las personas con discapacidad sensorial postular a los cargos de juez o notario, no contempla ningún medio alternativo que garantizando igualmente el bien jurídico protegido (correcta administración de justicia), restrinja con menor intensidad los derechos de las personas con discapacidad (igualdad de oportunidades y el derecho al empleo).

Según las normas sobre derechos humanos de las personas con discapacidad, estas medidas deberían de hacer alusión a la eliminación de barreras al empleo (accesibilidad universal) y a los ajustes razonables. Así, ya en el año 1994, en su Observación general N° 5, el Comité DESC dispuso que *"...las personas con discapacidad (...) han de tener las mismas oportunidades de empleo productivo y remunerado en el mercado de trabajo (...). Para que sea así, es particularmente importante que se **eliminen todos los obstáculos artificiales** a la*

²² NASH, ob. cit. p. 69.

²³ CORREA ob. cit. p. 120.

*integración en general y **al empleo en particular**. Como ha indicado la Organización Internacional del Trabajo, **muy a menudo son las barreras materiales que la sociedad ha erigido** en esferas como el transporte, la vivienda y el puesto de trabajo las que se citan como **justificación para no emplear a las personas con discapacidad** (...). Los gobiernos deben desarrollar también políticas que promuevan y regulen disposiciones laborales flexibles y alternativas que permitan atender razonablemente las necesidades de los trabajadores con discapacidad"²⁴.*

Por su parte, la CDPD en su artículo 3 consagra como principio general a la **accesibilidad**. Así, con la finalidad de que las personas con discapacidad puedan vivir de manera autónoma, participando en todos los aspectos de la vida, los Estados deben adoptar todas las medidas necesarias para garantizar, en igualdad de condiciones con las demás, el acceso de las personas con discapacidad al entorno físico, al transporte, a los sistemas y tecnologías de la información y las comunicaciones, y a otros servicios e instalaciones abiertos al público o de uso público.

Asimismo, se dispone que los Estados tienen el deber de identificar y eliminar los obstáculos y barreras de acceso, especialmente en las obras exteriores e interiores como vías públicas, escuelas, viviendas y lugares de trabajo, entre otros, así como también a los servicios de información y comunicaciones, incluidos los servicios electrónicos (artículo 9.1).

Igualmente, se estipula que los Estados adoptarán las medidas pertinentes para dictar y fiscalizar la aplicación de normas mínimas en materia de accesibilidad referente a las instalaciones y los servicios abiertos al público o de uso público. Equipando las instalaciones abiertas al público de señalización en Braille, y en formatos de fácil lectura y comprensión. Capacitando a todos los funcionarios que puedan verse

²⁴ O.N.U. Comité sobre Derechos Económicos Sociales y Culturales, Observación general N° 5, Personas con Discapacidad (1994), párrafo 22.

implicados en las cuestiones relativas a la accesibilidad de las personas con discapacidad. Ofreciendo formas de asistencia humana o animal e intermediarios, incluidos guías, lectores e intérpretes profesionales de la lengua de señas, para facilitar el acceso a edificios y otras instalaciones abiertas al público. Promoviendo incluso otras formas adecuadas de asistencia y apoyo a las personas con discapacidad para asegurar su acceso a la información, entre otras medidas (artículo 9.2).

A su vez, la CDPD dispone que "*[p]or 'ajustes razonables' se entenderán las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales*" (artículo 2 inciso 4).

En este sentido, la ley N° 20.422 consagra como uno de sus principios fundamentales la accesibilidad, definiéndola como "*la condición que deben cumplir los entornos, procesos, bienes, productos y servicios, así como los objetos o instrumentos, herramientas y dispositivos, para ser comprensibles, utilizables y practicables por todas las personas, en condiciones de seguridad y comodidad, de la forma más autónoma y natural posible*" (artículo 3 letra b). A su vez, se estipula que con el propósito de garantizar "...el derecho a la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad, el Estado establecerá medidas contra la discriminación, las que consistirán en exigencias de accesibilidad, **realización de ajustes necesarios** y prevención de conductas de acoso" (artículo 8). Igualmente, se establece que "[e]l Estado, a través de los organismos competentes, impulsará y aplicará medidas de acción positiva para fomentar la eliminación de barreras arquitectónicas y promover la accesibilidad universal" (artículo 23). Asimismo, se consagra que "**toda persona o institución, pública** o privada, que ofrezca servicios educacionales, capacitación o **empleo**, exigiendo la

rendición de exámenes u otros requisitos análogos, deberá realizar los ajustes necesarios para adecuar los mecanismos, procedimientos y prácticas de selección en todo cuanto se requiera para resguardar la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad que participen en ellos” (artículo 24 inciso 1º).

En razón de lo anterior, y considerando que la medida restrictiva debe ser aquella que consiga el fin buscado afectando de menor forma el goce o ejercicio del derecho objeto de la restricción²⁵, es que las normas del COT no son la alternativa menos gravosa que pudo haber escogido el legislador²⁶.

d) La proporcionalidad en sentido estricto

El TC²⁷ exige que además de un fin legítimo, exista una proporcionalidad entre las situaciones fácticas, la finalidad de la ley y los bienes jurídicos y derechos afectados por ella²⁸, de manera que la norma no sea abiertamente desproporcionada o discriminatoria.

Los derechos al trabajo y al empleo en igualdad de oportunidades y el derecho a optar a cargos públicos, al igual que casi todos los derechos humanos no son absolutos y por tanto admiten restricción. No obstante, de acuerdo al caso concreto parece haber una desproporcionalidad entre

²⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos. *La colegiación obligatoria de periodistas* (1985).

²⁶ La Corte Constitucional colombiana dispuso que en los hospitales cuyos médicos se nieguen a realizar abortos terapéuticos, deben a su vez tener médicos no objetores disponibles para proveer los servicios de salud de manera oportuna. Asimismo, los médicos que invocan el derecho de objeción de conciencia únicamente lo pueden hacer fundándose en su propia convicción religiosa que deben explicar de manera individual y por escrito. *Corte Constitucional Colombiana, Sentencia C-355* (2006).

²⁷ En palabras de nuestro TC: "...el Tribunal Constitucional de España ha señalado, específicamente, que 'para que la diferenciación resulte constitucionalmente lícita no basta que lo sea el fin que con ella se persigue, sino que es indispensable además que las consecuencias jurídicas que resultan de tal distorsión sean adecuadas y proporcionadas a dicho fin, de manera que la relación entre la medida adoptada, el resultado que produce y el fin pretendido por el legislador supere un juicio de proporcionalidad en sede constitucional, evitando resultados especialmente gravosos o desmedidos' ". *Tribunal Constitucional, Sentencia Rol N°1584* (2010).

²⁸ *Tribunal Constitucional, Sentencias Roles N° 790* (2007) y *N° 1414* (2010).

el riesgo de no alcanzar una correcta administración de justicia (objetivo legítimo), y la anulación absoluta de la igualdad y el derecho de acceso al empleo de las personas con discapacidad (derechos restringidos), toda vez que las circunstancias fácticas (nuevo enfoque de la discapacidad a nivel nacional e internacional, y las actuales tecnología de información y comunicación por ejemplo) hacen exigible una actitud más inclusiva por parte del Estado²⁹.

e) Restricción necesaria en una sociedad democrática

Por último, en el SIDH se exige que las restricciones deban ser necesarias en una *sociedad democrática*, esto es que además de los criterios mencionados anteriormente, deberán tomarse en cuenta los valores propios de una sociedad democrática, como son la tolerancia, la participación, la deliberación, el respeto por las minorías, entre otros³⁰.

De este modo, las normas del COT al excluir directamente a las personas con discapacidad sensorial, restringen sus derechos que afectan el acceso a los cargos de juez y notario, a tal punto que no se respetan valores propios de una sociedad democrática, como es la inclusión social.

En síntesis, del análisis anteriormente efectuado, y de conformidad con la Constitución y a las normas internacionales en materia de derechos humanos, es posible colegir respecto del carácter discriminatorio que revisten las normas del COT objeto de análisis.

²⁹ Corte Europea de Derechos Humanos, *Caso Tysiac vs. Polonia*, Sentencia (2007).

³⁰ NASH ob. cit. p, 69.

V. Observaciones particulares

1. La derogación de las disposiciones del COT que inhabilitan a las personas en situación de discapacidad sensorial optar al cargo de juez o notario público

En razón de las observaciones realizadas anteriormente, este Servicio valora profundamente una modificación al COT que permita eliminar las barreras legales que impiden el acceso de las personas en situación de discapacidad, al empleo y a los cargos públicos, en igualdad de condiciones que las demás. Por consiguiente está totalmente de acuerdo en derogar los numerales 2º, 3º y 4º del art. 256 y el numeral 2º del art. 465 del COT.

Sin perjuicio de ello, y en razón de que el aludido decreto ley N° 407 de 1925, del Ministerio de Justicia, sobre Nombramiento, Instalación, Subrogación, Atribuciones y Obligaciones de los Notarios, en su artículo 4 replica de manera idéntica las prohibiciones establecidas en el artículo 465 del COT, se sugiere que el artículo único del proyecto derogue, igualmente, el artículo 4 del decreto N° 407.

2.- La inclusión del artículo 252 bis al COT

El proyecto de ley, además de la derogación de las normas discriminatorias, contempla la incorporación de un nuevo artículo 252 bis, cuyo tenor literal es el siguiente:

"El poder Judicial, deberá adoptar e implementar todas las medidas conducentes para que personas con capacidades especiales puedan desempeñarse como Juez o Jueza de la República, de modo tal de permitir el adecuado desempeño del juez o la jueza en sus funciones.

Asimismo, deberá capacitar a los funcionarios de la dependencia del Juez o Jueza, en atención a la correcta interacción, adaptación y conocimiento que debe existir entre ellos".

a) Cuestiones formales: el uso correcto del lenguaje

Personas en Situación de Discapacidad

El proyecto de ley utiliza el término *personas con capacidades especiales*, no obstante, de acuerdo a la CDPD y la ley N° 20.422, concepto legal para referirse a las personas que integran esta colectividad **es persona con discapacidad**, expresión utilizada ampliamente por la mayoría de los ordenamientos jurídicos, por lo que se sugiere la sustitución de ésta.

Así, la CDPD establece que "*[l]as personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o **sensoriales** a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás"* (artículo 1° inciso 2). En este mismo sentido, la ley N° 20.422 dispone que "*[p]ersona con discapacidad es aquella que teniendo una o más deficiencias físicas, mentales, sea por causa psíquica o intelectual, o sensoriales, de carácter temporal o permanente, al interactuar con diversas barreras presentes en el entorno, ve impedida o restringida su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás"* (artículo 5).

De esta manera, la noción de persona con discapacidad responde al denominado modelo social, que deja atrás el modelo rehabilitador donde la discapacidad era atribuida a una patología individual, concebida como un destino biológico ineludible. En cambio, con el nuevo modelo social la atención se pone más allá de la diversidad funcional de las personas,

esto es en las limitaciones de la propia sociedad. Por tanto, se afirma que **es la sociedad la que discapacita a las personas**³¹.

En este sentido, el modelo social es construido sobre la base de una distinción entre deficiencia y discapacidad. Así, la deficiencia dice relación con la pérdida o limitación total o parcial de un miembro, órgano o mecanismo del cuerpo. Mientras la discapacidad es la desventaja o restricción de actividad, causada por la organización social contemporánea que no considera, o considera en forma insuficiente, a las personas que tienen diversidades funcionales, y por ello las excluye de la participación en las actividades corrientes de la sociedad³².

En síntesis, la expresión persona con discapacidad es el término jurídico más idóneo para hacer referencia a las personas que integran esta colectividad. Aunque de todas formas puede igualmente usarse la expresión **persona en situación de discapacidad**, concepto que de manera literal pone el foco en una *situación* construida por la sociedad.

b) Del acceso universal, los ajustes razonables y la capacitación de funcionarios

El proyecto de ley no se limita únicamente a eliminar las normas que impiden el acceso de las personas en situación de discapacidad sensorial al cargo de juez o de notario. Sino que además contempla dos tipos de acciones afirmativas encaminadas a acelerar la igualdad de facto de las personas con discapacidad, reconociéndolas como un grupo vulnerable que ha sido afectado por una situación de discriminación prolongada en el tiempo. De esta manera, el proyecto pretende transitar desde una

³¹ PALACIOS (2008), *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, p. 122.

³² Ibid. p. 123 y ss.

igualdad formal (eliminación de barreras) hacia una *igualdad sustantiva* (acciones afirmativas).

Así, el proyecto hace alusión a los ajustes razonables al señalar que "[e]l poder Judicial, deberá adoptar e implementar **todas las medidas conducentes** para que personas con capacidades especiales puedan **desempeñarse** como Juez o Jueza de la República, de modo tal de **permitir el adecuado desempeño** del juez o la jueza en sus funciones". Los ajustes razonables son un mecanismo destinado a garantizar el derecho de la igualdad de las personas con discapacidad, que se introduce cuando el instrumento genérico de la accesibilidad universal no logra superar la situación propia que experimenta la persona con discapacidad³³. En otras palabras, el ajuste razonable tiene por objetivo dotar de contenido y preservar el derecho concreto de la persona en situaciones particulares cuando el sistema de accesibilidad universal y de diseño para todos resulta inoperante y existe una situación concreta injusta.

No obstante, antes de realizar los ajustes razonables se requiere la adopción de todas las medidas necesarias que permitan eliminar los obstáculos y barreras de acceso, y así garantizar el acceso universal de las personas con discapacidad al ingresar al Poder judicial, en igualdad de condiciones con las demás personas. De esta forma, se debe poner especial énfasis en la adopción de sistemas de tecnologías de la información y las comunicaciones, así como también en las instalaciones físicas de los tribunales de justicia. Ofreciendo incluso formas de asistencia humana o animal e intermediarios, incluidos guías, lectores e

³³ PÉREZ BUENO (2012). *La Configuración Jurídica de los Ajustes Razonables* p. 159. Artículo en Publicación: 2003-2012: 10 años de Legislación sobre no Discriminación de Personas con Discapacidad en España. Estudios en homenaje a Miguel Ángel Cabra de Luna. Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad (Cermi). p. 159. N° 55 año 2012.

intérpretes profesionales de la lengua de señas, para facilitar el acceso a las instalaciones de los tribunales.

Por último, se establece que el Poder judicial *"...deberá capacitar a los funcionarios de la dependencia del Juez o Jueza, en atención a la correcta interacción, adaptación y conocimiento que debe existir entre ellos"*.

De acuerdo a lo expresado anteriormente, la capacitación de los funcionarios debe ser una medida de acceso universal, que permita la preparación de todos los funcionarios del Poder judicial, de tal manera que el juez o jueza en situación de discapacidad, pueda relacionarse con cualquier funcionario indistintamente si forma parte de su tribunal. Lo anterior permitirá facilitar que los funcionarios del Poder judicial tengan una mayor preparación a la hora de interactuar con otras personas en situación de discapacidad, lo que sin lugar a dudas llevará a la inclusión social de las personas que integran esta colectividad.

VI. Redacción alternativa propuesta

Por las razones anteriormente indicadas este Servicio propone la siguiente redacción alternativa:

1.- En primer lugar **se encuentra de acuerdo en la derogación de los numerales 2º, 3º y 4º del art. 256 y el numeral 2º del art. 465 del COT.**

2- **Recomienda igualmente, que se derogue el artículo 4 del decreto ley N° 407 de 1925, del Ministerio de Justicia, sobre Nombramiento, Instalación, Subrogación, Atribuciones y Obligaciones de los Notarios.**

3.- Se propone como redacción alternativa el siguiente tenor literal del artículo 252 bis del proyecto:

"El Poder Judicial, deberá remover todas las barreras que impidan el acceso universal de las personas con discapacidad a la Administración de Justicia de acuerdo con las medidas establecidas en la ley N° 20.422 que Establece Normas Sobre Igualdad de Oportunidades e Inclusión Social de las Personas con Discapacidad y la Convención de Naciones Unidas sobre Derechos de las Personas con Discapacidad.

Igualmente, deberá adoptar e implementar todos los ajustes necesarios conducentes para que las personas con discapacidad puedan acceder e ingresar en igualdad de condiciones con las demás personas a los procesos de formación judicial y para que posteriormente, una vez designados como Juez o Jueza de la República puedan desempeñar adecuadamente las funciones que su judicatura le impone.

Asimismo, el Poder Judicial deberá capacitar en forma permanente a todos sus funcionarios respecto de los derechos de las personas con discapacidad".