

LA ACCESIBILIDAD UNIVERSAL EN EL MARCO CONSTITUCIONAL ESPAÑOL*

THE UNIVERSAL ACCESSIBILITY
IN THE SPANISH CONSTITUCIONAL FRAMEWORK

RAFAEL DE ASÍS
ANA LAURA AIELLO
FRANCISCO BARIFFI
IGNACIO CAMPOY
AGUSTINA PALACIOS
Universidad Carlos III de Madrid

Fecha de recepción: 15-9-2006
Fecha de aceptación: 30-9-2006

Resumen: *El trabajo aborda la delimitación conceptual y el alcance de la idea de accesibilidad universal en el ámbito normativo español, tomando como referencia una comprensión de la discapacidad desde lo que ha sido denominado como modelo social (lo que implica situar la reflexión en el discurso de los derechos humanos). De esta forma, se analizan y exponen las distintas configuraciones jurídicas posibles de la accesibilidad desde el marco constitucional español. Finalmente se exponen algunos referentes desde los que solucionar conflictos en materia de accesibilidad.*

Abstract: *This work addresses the conceptual delimitation and the scope of the idea of of universal accessibility as enshrined in the Spanish legal system. The authors assume the comprehension of the disability of the so-called social model (what*

* Este trabajo es un resumen de un informe elaborado a petición del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales y en el marco del proyecto de investigación "Accesibilidad y no discriminación de las personas con discapacidad en el ámbito público" (Ministerio de Educación y Ciencia SEJ2005-01609), por un equipo dirigido por Rafael de Asís, y compuesto por Ana Laura Aiello, Francisco Bariffi, María de los Ángeles Bengoechea, Diego Blázquez, Nora Bluro, Ignacio Campoy, Agustín de Asís, Rafael de Asís, Alberto Iglesias, Emilio Moyano, Agustina Palacios, Antonio Pelé y Gregorio Saravia.



implies to locate this reflection inside the human rights discourse). Thus, the different possible legal configurations are explored and analyzed in the light of the Spanish constitutional framework. Finally the article outlines some points of reference to solve conflicts of accessibility.

PALABRAS CLAVE: discapacidad, accesibilidad, ajustes razonables, proporcionalidad

KEY WORDS: disability, accessibility, reasonable adjustments, proportionality

1. ALGUNAS REFLEXIONES INTRODUCTORIAS

El objetivo principal de este trabajo es profundizar en la delimitación conceptual de un término, “accesibilidad universal”, absolutamente clave en materia de derechos de las personas con discapacidad y eje de las actuales políticas nacionales e internacionales que se proyectan sobre la discapacidad.

En este sentido, en España, la Ley 51/2003 de 3 de diciembre de Igualdad de Oportunidades, No Discriminación y Accesibilidad universal de las Personas con Discapacidad, se refiere a la accesibilidad universal 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 y de la forma más autónoma y natural posible. Presupone la estrategia de “diseño para todos” y se entiende sin perjuicio de los ajustes razonables que deban adoptarse”.

1.1. Sobre los modelos de aproximación a la discapacidad

No cabe duda que una adecuada comprensión de este concepto y de su alcance en el Ordenamiento jurídico español, depende de la forma en la que se aborde la discapacidad. En este sentido, existen diferentes formas de entender la discapacidad, que se identifican a través de distintos modelos, en ciertos aspectos complementarios. Básicamente, estos son el modelo médico o rehabilitador y el denominado modelo social.

Desde el modelo médico, el tratamiento de la discapacidad se encuentra encaminado a conseguir la cura, o una mejor adaptación de la persona, o un cambio en su conducta. Se sitúa el “problema” de la discapacidad dentro del individuo, considerándose que las causas de dicho problema son el resultado exclusivo de las limitaciones funcionales o pérdidas psicológicas, que



son asumidas como originadas por la deficiencia. A partir de dichas premisas, las políticas deben tender a “normalizar” a las personas en la medida de lo posible, y de ese modo ayudarlas a ser integradas en la sociedad. Desde el punto de vista jurídico, la discapacidad es abordada exclusivamente dentro de la legislación de la asistencia y la seguridad social, o como parte de ciertas cuestiones del Derecho civil relacionadas con la incapacitación y la tutela.¹

Si bien en su momento este modelo supuso importantes avances derivados del hecho de reparar en las situaciones individuales de las personas y pretender así brindar respuestas particulares desde las políticas legislativas, ciertos cambios que se han producido en las últimas décadas respecto del modo de afrontar el fenómeno de la discapacidad, han derivado en una nueva concepción de la misma, que supone una manera diferente de conceptualizarla. Estos cambios se plantean desde otro modelo que en algunos aspectos complementa, y en otros supera al anterior, denominado modelo social.

Desde el modelo social la discapacidad no es considerada simplemente un atributo de la persona, sino un complejo conjunto de condiciones, muchas de las cuales son creadas por el contexto social.² Por lo tanto, se considera que el problema requiere la introducción de una serie de cambios sociales, muchos de ellos –tal vez todos– relacionados con los derechos humanos.³ En este sentido, implica incluir la discapacidad como una cuestión de derechos humanos y, por tanto, tomar como referencia los principios y valores presentes en la teoría de los derechos⁴.

¹ G. QUINN y T. DEGENER, *Derechos humanos y discapacidad. Uso actual y posibilidades futuras de los instrumentos de derechos humanos de las Naciones Unidas en el contexto de la discapacidad*, Doc. HR/PUB/02/1, Naciones Unidas, 2002, pp. 11 y ss.

² Vid. C. COURTIS, “Discapacidad e inclusión social: retos teóricos y desafíos prácticos. Algunos comentarios a partir de la Ley 51/2003”, *Revista Jueces para la Democracia*, núm. 51, 2004, p. 7.

³ R. DE ASÍS ROIG, “La incursión de la discapacidad en la teoría de los derechos”, en la obra titulada *Los derechos de las personas con discapacidad: perspectivas sociales, políticas, jurídicas y filosóficas*, I. CAMPOY CERVERA (Coord.), Dykinson, Madrid, 2004, pp. 62 y ss.; R. DE ASÍS ROIG, “Derechos humanos y discapacidad. Algunas reflexiones derivadas del análisis de la discapacidad desde la teoría de los derechos humanos”, en la obra *Igualdad, No Discriminación y Discapacidad*, E. JIMÉNEZ (Ed.), Ediar-Dykinson, Buenos Aires, Argentina, 2003, pp. 17-48; I. CAMPOY CERVERA, “Una aproximación a las nuevas líneas de fundamentación de los derechos de las personas con discapacidad”, en *I Jornadas Discapacidad y Desarrollo*, COCEMFE, Madrid, 2005, –versión electrónica en *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, núm. 8, 2004-2005–.

⁴ Vid. al respecto, G. PECES-BARBA, y otros, *Curso de derechos fundamentales*, BOE-Universidad Carlos III de Madrid, 2005.



El tratamiento social que se brinda a las personas con discapacidad debe basarse en la búsqueda de la inclusión, respetando el principio de igualdad de oportunidades.⁵ Se entiende que las personas con discapacidad sufren una situación de desventaja, que requiere la búsqueda de soluciones a partir del respeto a los valores esenciales que fundamentan los derechos humanos.⁶ De este modo, el modelo social aboga por la rehabilitación o normalización de una sociedad, que ha de ser pensada y diseñada para hacer frente a las necesidades de todos.⁷

Puede decirse que tanto el modelo médico como el social están presentes en la regulación de la cuestión de la discapacidad dentro del Ordenamiento jurídico español. Así, en el ámbito de la legislación se puede observar claramente esa coexistencia (modulada conforme a las nuevas tendencias que se inclinan por la filosofía esbozada por el segundo de los modelos –como complemento a veces, como superación otras– respecto de la derivada del modelo médico o rehabilitador), en el paso de la Ley 13/1982 (de Integración Social de los Minusválidos), a la Ley 51/2003 (de Igualdad de Oportunidades, No Discriminación y Accesibilidad Universal de Personas con Discapacidad).

1.2. Sobre el concepto de discapacidad

Desde los presupuestos del modelo social, un concepto amplio y adecuado de discapacidad haría referencia a una situación caracterizada por la limitación o imposibilidad de ejercitar adecuadamente una función corporal o una parte del cuerpo, o de poder percibir adecuadamente la realidad, emociones o juicios, o de poder participar en la sociedad; como consecuencia de una deficiencia, o de la construcción del entorno social, o de la interacción de ambos.

⁵ I. CAMPOY CERVERA, “El reflejo de los valores de libertad, igualdad y solidaridad en la Ley 51/2003 de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad”, *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política*, núm. 1, 2004.

⁶ P. LONGMORE y L. UMANSKY (eds.), *The New Disability History. American Perspectives*, New York University Press, Nueva York, 2001; R. C. SCHEERENBERGER, *Historia del retraso mental*, Traducción de Isabel Villena Pérez, Real Patronato de Educación y Atención a Deficientes, Servicio Internacional de Información sobre Subnormales, San Sebastián, 1984; H. J. STIKER, *A History of Disability*, , The University of Michigan Press, traducido por William Sayers, Ann Arbor,, 1999.

⁷ A. PALACIOS, “¿Modelo rehabilitador o modelo social? La persona con discapacidad en el derecho español”, en la obra E. JIMÉNEZ (Ed.), *Igualdad, No Discriminación y Discapacidad*, Ediar-Dykinson, Buenos Aires, 2003.

Aunque es posible que todos los sujetos nos encontremos “discapacitados” en algún aspecto, lo importante es centrar nuestra reflexión en aquellas discapacidades que sitúan a un sujeto en una situación de desventaja en el ámbito de la participación en la vida social.

En este sentido, el ámbito español, conforme a la regulación de la LISMI (Ley 13/1982 de Integración Social de los Minusválidos) la aplicación de los beneficios establecidos para las personas con discapacidad comienzan a tener efecto a partir de un acto administrativo, que se denomina “reconocimiento del grado de minusvalía”; y en la Ley 51/2003 (de Igualdad de Oportunidades, No Discriminación y Accesibilidad Universal de las Personas con Discapacidad), se relaciona directamente la discapacidad con una situación de minusvalía igual o superior al 33%.

La normativa española, pues, acota y reduce el marco de análisis de la discapacidad y su protección antidiscriminatoria. Ahora bien, aunque como hemos señalado, es importante manejar una concepción de la discapacidad relativamente acotado, existen otras opciones. Puede ser citado en este sentido, el modelo estadounidense o inglés, en donde se protege a las personas –con independencia del grado de minusvalía– por el hecho (entre otras razones) de ser considerada socialmente una persona con discapacidad.

En este punto, adquiere una relevancia fundamental la diferencia entre deficiencia y discapacidad. Así por ejemplo, una dificultad o imposibilidad de caminar es una deficiencia, mientras que una dificultad o imposibilidad de entrar a un edificio debido a que la entrada posee una serie de escalones es una discapacidad.⁸

La deficiencia puede producir una discapacidad si nos dificulta o impide realizar alguna actividad de la vida diaria. Pues bien, hay que resaltar que en todo ese proceso podemos encontrar causas “naturales” –entendiendo por tales aquellas que no se pueden evitar– pero también causas “artificiales” –entendiendo por tales aquellas que se pueden evitar–. Es decir, la deficiencia (por ejemplo el mal funcionamiento del sistema visual) puede ser debido a causas “naturales”, como una enfermedad desconocida o un accidente, pero también puede deberse a causas “artificiales”, como puede ser la carencia de vitamina A en la alimentación. Por otra parte, la dificultad o imposibilidad de realizar alguna actividad de la vida diaria, esto es la dis-

⁸ J. MORRIS, *Pride against prejudice. A Personal Politics of Disability*, Women’s Press Ltd., London, 1991, p. 17.



capacidad, puede también deberse a consecuencias “naturales” de la discapacidad, pero también a circunstancias “artificiales”, ajenas a la propia discapacidad pero que “artificialmente” se vinculan a ella (en el ejemplo, puede entenderse como una consecuencia “natural” el que una persona ciega no pueda pilotar un avión, pero es una consecuencia “artificial” el que una persona ciega no pueda leer las instrucciones de los medicamentos por no encontrarse disponible su lectura en sistema braille, por ejemplo).

En todo caso, hablamos de causas “naturales” y de consecuencias “naturales”, siendo conscientes de la relatividad de dicho término y teniendo en cuenta la situación actual de conocimiento. Por otro lado, es esencial analizar el origen de la discapacidad, en el sentido de examinar porqué se produce y si es una consecuencia “natural” o “artificial” (construida). Por ello, son principalmente las consecuencias “artificiales” las que generan barreras, mientras que las consecuencias “naturales”, por su esencia, vienen configuradas como dificultades o impedimentos *insalvables*.

1.3. Sobre el marco constitucional para abordar la discapacidad

La Constitución española permite establecer un marco genérico desde el que abordar la cuestión de la discapacidad y con ello la delimitación de la accesibilidad, desde el juego de los artículos 49 y 14, en relación con los demás preceptos constitucionales.

El artículo 49 de la Constitución española establece: “Los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos”.

En este sentido, la Constitución española recoge dos perspectivas complementarias de tratamiento de las personas con discapacidad: como titulares de derechos constitucionales reconocidos a todas las personas y, asimismo, como miembros de un colectivo especialmente protegido.

La primera parte del artículo mencionado prevé una serie de prestaciones por parte de los poderes públicos:

- a) *Previsión*: la discapacidad es un fenómeno complejo, que incluye entre sus causas factores sociales (entre las que se destacan las barreras). La accesibilidad es percibida como una medida tendente a “prevenir” la discapacidad.

- b) *Tratamiento*: la discapacidad no es solo una cuestión relacionada con políticas sanitarias ni de seguridad social, sino que es una cuestión de derechos humanos. La accesibilidad pasa a ser una faceta relacionada con el ejercicio de los derechos; es una condición que garantiza el ejercicio de los derechos a todas las personas.
- c) *Rehabilitación*: La rehabilitación no es sólo el proceso dirigido hacia el logro del máximo nivel de desarrollo y de integración de las personas con discapacidad sino que posee un sentido más amplio, dirigido a la normalización o rehabilitación social. La Ley 51/2003 en el artículo 2 inciso b) entiende por normalización “el principio en virtud del cual las personas con discapacidad deben poder llevar una vida normal, accediendo a los mismos lugares, ámbitos, bienes y servicios que están a disposición de cualquier otra persona”. Es decir, no es la persona quien debe “normalizarse” hasta llegar a parecerse a la “persona estándar”, sino al contrario, es la sociedad, el ambiente, el que debe ser normalizado y adaptado, -accesible- para hacer frente a las necesidades de todos, incluyendo las de las personas con discapacidad.
- d) *Integración*: El objetivo no es la integración en algo ya predeterminado e inmutable, sino la *inclusión* en el diseño de una sociedad formada para hacer frente a las necesidades de todos. La idea de integración así comprendida, por ende, no supone asimilación, sino emancipación, y equiparación en derechos. Por otro lado, dentro de los modelos de gestión de políticas públicas, ello supone asimismo que exista por parte de los destinatarios la posibilidad de participación y decisión en el diseño y gestión de las medidas que tienen relación con sus derechos. En ambos sentidos, la accesibilidad como condición para la participación e inclusión social adquiere una importancia primordial.

Pasando a la segunda parte del cuerpo legal, ésta establece, en relación con las personas con discapacidad, que los poderes públicos las “amparán especialmente para el disfrute de los derechos que este título otorga a todos los ciudadanos”. De esta manera, la Constitución reconoce que la discapacidad no puede ser impedimento para el ejercicio de los derechos reconocidos constitucionalmente a toda la ciudadanía.⁹ Los derechos fundamentales son los instrumentos político jurídicos idóneos para

⁹ L. LÓPEZ GUERRA, “Discapacitados. Derechos fundamentales e igualdad en el marco de la administración de justicia”. En la obra AA.VV., *La integración social de los minusválidos*, Colección solidaridad 4, Escuela libre editorial, Fundación ONCE, Madrid, 1993, p. 35.



que también las personas con discapacidad puedan, en la mayor medida posible –al igual que el resto de las personas–, desarrollar libremente su propia personalidad.

Por otro lado, desde el artículo 14 es posible construir un derecho a la igualdad que, en lo básico, se traduce en la exigencia de no discriminar. Pero además, teniendo en cuenta ese mismo derecho, es posible referirse a un derecho a la no discriminación de naturaleza más específica, que se proyecta sobre colectivos concretos.

Dentro de la prohibición de discriminación establecida por el artículo 14 de la Constitución, pueden distinguirse claramente dos tipos de discriminaciones, las directas y las indirectas.

La discriminación *directa* puede ser definida como aquellos tratamientos jurídicos diferenciados y desfavorables, perjudiciales, que se cometen hacia una persona o grupo. Se trata por tanto de un tratamiento desfavorable, que carece de justificación racional, y se realiza explícitamente sobre las bases del criterio que define el tipo de persona que resulta discriminada.

El concepto de discriminación indirecta, acogido en la Constitución, recogido expresamente en la actual legislación, y desarrollado por la jurisprudencia del Tribunal constitucional, tiene importantes implicaciones y se encuentra íntimamente relacionado con la accesibilidad universal, debido a que gran parte de las discriminaciones sufridas por las personas con discapacidad son precisamente consecuencia de la carencia de accesibilidad. La Ley 51/2003 establece en el artículo 6 inciso 2 que “ se entenderá que existe discriminación indirecta cuando una disposición legal o reglamentaria, una cláusula convencional o contractual, un pacto individual, una decisión unilateral o un criterio o práctica, o bien un entorno, producto o servicio, aparentemente neutros, puedan ocasionar una desventaja particular a una persona respecto de otras por razón de discapacidad, siempre que objetivamente no respondan a una finalidad legítima y que los medios para la consecución de esta finalidad no sean adecuados y necesarios”.

Evidentemente, la prohibición de discriminación no significa que no se puedan configurar tratamientos diferenciados justificados. En este sentido, se habla de igualdad como diferenciación, aludiendo a la posibilidad de llevar a cabo un trato diferente de circunstancias y situaciones también diferentes y que se consideran relevantes. Así, un tratamiento diferenciado, por exclusión, o bien es contrario a Derecho al ser una discriminación que viola



el derecho a la igualdad, o bien está ajustado al Derecho al ser una diferenciación que cumple con la objetividad y razonabilidad suficientes para ser legítima.¹⁰

2. SOBRE EL SIGNIFICADO Y EL ALCANCE DE LA ACCESIBILIDAD UNIVERSAL

La accesibilidad universal se presenta como una condición ineludible para el ejercicio de los derechos –en igualdad de condiciones– por todos los individuos, y para, en último término, conseguir el logro de la igual dignidad humana, del libre desarrollo de la personalidad, de todas las personas.

Con el término accesibilidad universal se puede estar haciendo referencia a una serie de bienes, pero también se puede estar haciendo referencia a un grupo de personas, o a ambas cosas a la vez. En este sentido, es posible referirse a la dimensión subjetiva de la accesibilidad (¿quién?) y a la dimensión objetiva (¿qué?).

Desde el punto de vista de la dimensión subjetiva, cabe afirmar que todas las personas requieren de la accesibilidad como una condición ineludible para poder gozar de la prestación de un servicio, de la utilización de un bien, de la comunicación con sus semejantes, etc. Sin embargo, la Ley 51/2003, cuando alude a la accesibilidad universal como parte del derecho a la no discriminación, hace dos restricciones. La primera es que lo restringe, –no conceptualmente, pero sí como parte de un derecho–, a las personas con discapacidad. Y la segunda es que, como se ha mencionado anteriormente, el concepto de persona con discapacidad que la norma maneja se encuentra supeditado a la declaración de un determinado grado de minusvalía, por lo que la protección antidiscriminatoria en este caso se restringiría, en principio, a dicha declaración.

Desde el punto de vista de la dimensión objetiva, debe manejarse una noción de accesibilidad que tenga un ámbito de proyección lo más amplio posible. La discapacidad es, en muchos casos, fruto de la manera en la que hemos construido nuestro entorno, no sólo físico sino también intelectual y actitudinal. De ahí la importancia de algunos principios, como el de accesi-

¹⁰ Vid. A.E. PEREZ-LUÑO, *Las dimensiones de la igualdad*, Cuadernos Bartolomé de las Casas, núm. 34, Dykinson, Madrid 2005.



bilidad universal o el del diseño para todos, desde los que se pretende superar los obstáculos o barreras que impiden el disfrute de los derechos.¹¹

Puede entenderse por “barrera” todo obstáculo que dificulte o impida, en condiciones de igualdad de oportunidades y de plena participación, el acceso de las personas a alguno/s de los ámbitos de la vida social. Quedando expresamente a salvo que, en este concepto, la palabra “obstáculo” debe entenderse en el sentido de una cuestión potencial, amplia, y cambiante, de modo que se ajuste a las circunstancias del caso o de un entorno determinado.

Las personas con discapacidad constituyen un grupo muy dispar, con circunstancias vitales, tipos y grados de discapacidad muy diferentes, que han de hacer frente a una enorme variedad de barreras. La delimitación de éstas puede hacerse por dos caminos. La primera opción sería definir las distintas barreras existentes a partir de una tipología de las mismas. La segunda opción sería no exponer estrictamente una tipología de las barreras en análisis y hacer alusión a lo que podemos denominar “ámbitos de accesibilidad”, ejemplificando, en su caso, qué barreras operan en tales ámbitos.

Desde la segunda opción pueden identificarse los siguientes “ámbitos de accesibilidad”:

- a) *Barreras en la movilidad*: Dentro de este ámbito destacan los obstáculos que las personas con discapacidad encuentran cuando deben movilizarse tanto principalmente a través de su fuerza motriz (es decir, caminando por la calle, o queriendo acceder a un edificio, por ejemplo), como mediante toda clase de transporte (cobrando especial relevancia el transporte público; un ejemplo importante en este aspecto lo constituyen los problemas que plantean los autobuses de piso bajo).
- b) *Barreras en la comunicación e información*: Las personas con discapacidad pueden verse limitadas o impedidas para transmitir y/o recibir lo que desean comunicar y/o que se les comunique.
- c) *Barreras en el acceso a bienes y servicios*: Cuando nos referimos a estas barreras estimamos que pueden diferenciarse dos aspectos: por un lado, la inaccesibilidad en el goce y uso de tales bienes y servicios, que

¹¹ A. PALACIOS y E. JIMÉNEZ, “Apostillas acerca de la nueva Ley española de Igualdad de Oportunidades, No Discriminación y Accesibilidad Universal de las Personas con discapacidad. Una mirada crítica sobre sus principios rectores”, JA, *Revista de Jurisprudencia Argentina*, 23-12-05.

se origina al no encontrarse los mismos a disposición del público en general; por otro lado, la inaccesibilidad en las posibilidades de adquisición de bienes y servicios.

- d) *Barreras representadas por las actitudes negativas hacia la discapacidad*: Como un grupo muy diferenciado de las barreras que se encuentran presentes en el entorno físico, podemos incluir dentro de este ítem a ciertas actitudes hacia las personas con discapacidad, tales como los prejuicios, o el acoso.¹²

Sin perjuicio de tener en cuenta estos aspectos generales, así como la necesidad de delimitar los diferentes ámbitos de aplicación, resulta innegable que los mismos se encuentran interrelacionados. Si uno no funciona, el o los otro/s deviene/n inaccesible/s, en lo que se suele denominar “cadenas de inaccesibilidad”, es decir, si falla un eslabón, resulta imposible que funcione el resto.

Evidentemente, las cuestiones relativas a las barreras por un lado, así como la delimitación de los ámbitos de accesibilidad por otro, que a su vez conjuntamente constituyen lo que hemos denominado como “dimensión objetiva de la accesibilidad”, se encuentran directamente relacionadas entre sí. Parece poco realista pretender encontrar soluciones de accesibilidad universal sin partir de un conocimiento de los problemas que genera la inaccesibilidad. Por otro lado, resulta difícil imaginarse situaciones “ideales”; en este sentido, parece claro que el diseño universal no puede instrumentarse de forma tan perfecta que cubra *a priori* las necesidades de “todas”; las personas,¹³ lo que conlleva a la asunción de una relación dinámica entre la accesibilidad universal y las barreras, que debería ir solucionándose de forma

¹² La Ley 51/2003 ha considerado importante establecer un ámbito de aplicación independiente relativo a la accesibilidad en relación con las Administraciones Públicas, sin perjuicio de que los ámbitos sobre los cuales se proyecta se encontrarían cubiertos por los anteriormente mencionados.

¹³ Y, aparte de las barreras que existen en la actualidad, por ejemplo el progreso va generando la aparición de obstáculos nuevos –pensemos en el caso de las nuevas tecnologías, en constante evolución–

En este sentido, el documento *Hacia una Europa sin barreras*, afirma que –en relación con las tecnologías instrumentales– “[...] el diseño *para la mayoría* no siempre permitirá cubrir las necesidades de las personas que sufren discapacidades severas o que tienen exigencias muy específicas [...]” „Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones, “Hacia una Europa sin barreras para las personas con discapacidad”, Bruselas, 12-05-2000, COM(2000) 284 final, p. 14.

progresiva, de tal manera de ir logrando acercarse al ideal de la accesibilidad universal y por ende, a un sistema social más incluyente y equitativo.

En todo caso, lo anterior no es obstáculo para la asunción progresiva de una cierta estandarización en aquellos ámbitos en los que sea posible. La estandarización es un proceso necesario para el logro de la accesibilidad, que contribuye a individualizar los requisitos de accesibilidad, y que permite la unificación de criterios en el diseño para todos. Su principal importancia reside, por un lado, en facilitar y esclarecer al sujeto obligado el modo o la forma de adaptar el espacio, producto o servicio en cuestión, y, por otro, en contribuir a que dicha adaptación se produzca de un modo uniforme.

Resulta de vital importancia, tanto la participación de las personas con discapacidad en la elaboración de estándares, como la supervisión constante del Estado. Aunque la existencia de estándares opcionales resulta de gran utilidad, la Administración debiera promover la reglamentación de ciertos estándares básicos de carácter vinculante. La estandarización requiere de una dinámica interactiva y de constante actualización, pero ello no obsta a que su implementación pueda resultar obligatoria.

3. SOBRE LAS ESTRATEGIAS PARA LA ACCESIBILIDAD: EL DISEÑO PARA TODOS Y LOS AJUSTES RAZONABLES

La Ley 51/2003 establece en su artículo 2 inciso d) que el diseño para todos es “la actividad por la que se concibe o proyecta, desde el origen, y siempre que ello sea posible, entornos, procesos, bienes, productos, servicios, objetos, instrumentos, dispositivos o herramientas, de tal forma que puedan ser utilizados por todas las personas, en la mayor extensión posible”. Es decir, puede entenderse que mediante la técnica del diseño para todos se aspira a la realización de la accesibilidad universal.

El objetivo del diseño para todos es ofrecer entornos cuyo uso resulte cómodo, seguro y agradable para todo el mundo, incluidas las personas con discapacidad. En este sentido, este principio forma parte del desarrollo inclusivo y sostenible, siendo además una posibilidad para profundizar e intensificar el diálogo civil.

Los ajustes razonables son aquellas medidas adoptadas a fin de adaptar el entorno a las necesidades específicas de ciertas personas, que por diferentes causas, se encuentran en una situación especial. Estas medidas tienden a



facilitar la participación de dichas personas en igualdad de condiciones que el resto. Dentro de las causas que colocan a las personas en una situación especial se encuentra la discapacidad, para lo cual las medidas a ser adoptadas deben tender a alcanzar la accesibilidad y la participación.

Teniendo en cuenta estas definiciones y lo señalado en los apartados anteriores, puede entenderse que los ajustes razonables son unas medidas específicas que tienen como objeto o meta la accesibilidad en casos particulares, pero que se adoptan cuando ésta no es posible desde la previsión del diseño para todos, teniendo en consideración las necesidades específicas de una persona. En este sentido, la accesibilidad sería la situación a la que se aspira, el diseño para todos una estrategia a nivel general para alcanzarla, y los ajustes razonables una estrategia a nivel particular, cuando no ha sido posible prever el diseño para todos.

De este modo, hay que resaltar que la función de los ajustes razonables no es reemplazar los incumplimientos de las condiciones de accesibilidad. Una cuestión es la obligación de realizar un ajuste razonable, que se considera necesario ante una circunstancia particular (por ejemplo, modificar la iluminación en el sitio de trabajo de una persona con discapacidad visual que entra a trabajar en dicho puesto y que requiere por su problema en la visión un tipo de luz especial); y otra diferente son las obligaciones que exige la accesibilidad (por ejemplo, la existencia de una rampa en un edificio público), ante cuyo incumplimiento se producirá la sanción correspondiente a la infracción cometida, pudiéndose, así, establecer la obligación de realizar las acciones necesarias para que se produzca la efectiva accesibilidad (en el ejemplo, se establecería la obligación de construir la rampa en el edificio).

La accesibilidad universal expresa la exigencia de que los bienes sean accesibles para todos. Esto requiere, como hemos señalado, adoptar la estrategia del diseño para todos, aunque parece difícil imaginar una satisfacción completa de esta estrategia, dadas las infinitas situaciones con las que podemos encontrarnos. En este sentido, resulta fundamental examinar la justificación o no de aquellas situaciones en las que la estrategia del diseño para todos no haya sido satisfecha en relación con un determinado bien y, con ello, no se alcance su accesibilidad universal. Podríamos considerar como causas justificadas en la falta de previsión del diseño para todos, aquellas adaptaciones que pudieran resultar contradictorias entre sí, y que por lo tanto resultan imposibles de universalizarse –por ejemplo, la intensidad o tipo de iluminación en el entorno laboral, que puede resultar insuficiente para algu-



nos y excesiva para otros, o las adaptaciones que son muy costosas y solo utilizables por un número muy reducido de personas (por ejemplo los dispositivos que permiten mover el ratón del ordenador con las pupilas). Por el contrario, podríamos hablar de causas injustificadas en la falta de previsión del diseño para todos, los incumplimientos de los requisitos de accesibilidad –por ejemplo, el empresario que no adapta sus baños porque alega que ello le supone costos excesivos, pese a que la norma le obliga a asumir dicha obligación-. Un supuesto especial, importante de señalar, se produce en aquellos casos en los que la normativa establece la exigencia de accesibilidad en un determinado ámbito, si bien fija un período de tiempo para lograrlo. Desde los referentes que estamos utilizando, la ausencia de accesibilidad durante ese período de tiempo podría ser considerada –jurídicamente– como razonable.

En el caso de ausencia de justificación, el concepto de accesibilidad universal lo que demanda es remediar esa situación, y para ello sólo hay un camino: hacer accesible el bien. De esta manera, la falta no razonable –injustificada– de la accesibilidad, esto es, la discriminación en la accesibilidad, debe conllevar directamente la sanción a la infracción cometida, y el consiguiente establecimiento de la obligación de que se haga efectiva la obligación que previamente se había vulnerado de hacer efectiva la accesibilidad.

Si, por el contrario, la falta de previsión del diseño para todos se encuentra justificada en ese primer momento, surge otro de los principios asociados a esta problemática: el de los ajustes razonables. En estos supuestos, la accesibilidad universal lo que demanda es el estudio y la adopción de las medidas necesarias para que una persona pueda utilizar en igualdad de condiciones, por ejemplo, un determinado bien, que, irremediablemente, conllevan el establecimiento de obligaciones a terceros, y con ello, la potencial restricción de derechos a esos terceros. Y es en este momento en el que la idea de razonabilidad vuelve a cobrar importancia. El análisis de esta posibilidad debe hacerse, de nuevo, desde el parámetro de la razonabilidad. Parámetro que aparece ahora relacionado con la proporcionalidad.

En efecto, la estimación de la existencia de una “carga desproporcionada” puede servir de excepción a la obligación de realizar ajustes razonables. Determinar si la carga resulta o no proporcionada será, evidentemente, una cuestión a resolver en cada caso concreto. Sin embargo, es posible señalar al-



gunos referentes desde los que enjuiciar la proporcionalidad, en consonancia con el discurso de los derechos.¹⁴

- a) La legitimidad de los fines que están detrás de las opciones presentes. Teniendo en cuenta que un fin es legítimo si está expresamente establecido o existen argumentos poderosos que apoyen su conexión con valores constitucionales, y, *a sensu contrario*, un fin es ilegítimo si está expresamente prohibido o si existen argumentos poderosos que apoyen su enfrentamiento a los valores constitucionales. Además, hay que subrayar la importancia de la interpretación de las normas constitucionales para el establecimiento de la legitimidad de los fines. Y, en este sentido: (i) rechazar aquellas opciones interpretativas que sean contrarias, o incluso no favorables a los referentes sobre los valores que presiden el discurso de los derechos, al ideal de la igual dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad, a la idea de discapacidad en el ámbito de los derechos humanos, y al ideal de la no discriminación; (ii) operar desde el mayor haz de facultades susceptibles de asociar a los derechos implicados; (iii) alcanzar interpretaciones que sean las que beneficien en mayor medida a los derechos en general y que estén apoyadas en razones concluyentes; (iv) alcanzar interpretaciones que puedan justificarse desde el contenido esencial de un derecho; (v) alcanzar interpretaciones que puedan justificarse desde disposiciones normativas internacionales; (vi) alcanzar interpretaciones coherentes tanto en el sentido de respetar el precedente, cuanto en el de justificar el cambio de criterio, cuanto, por último, de proceder como si se estuviera sentando un precedente (esto es adoptar una decisión que se estuviera dispuesto a tomar en el futuro siempre que las circunstancias fueran similares); (vii) tener en cuenta los posibles datos que puedan llegar a desvirtuar o refutar los criterios y elementos que se toman como referente; y, (viii) alcanzar decisiones que puedan ser justificadas con el mayor número de criterios interpretativos¹⁵.

¹⁴ En el artículo 7 c) de la Ley 51/2003 se establecen ciertos parámetros que deberán ser tenidos en cuenta a los fines de la determinación de la obligación y que, en cierto sentido, están recogidos en los que aquí se exponen: los costes de la medida, los efectos discriminatorios que suponga para las personas con discapacidad su no adopción, la estructura y características de la persona, entidad u organización que ha de ponerla en práctica y la posibilidad que tenga de obtener financiación oficial o de cualquier otra ayuda.

¹⁵ Vid. R. DE ASÍS ROIG, *El juez y la motivación en el Derecho*, Dykinson, Madrid 2005, pp. 148 y ss.

- b) La idoneidad de las opciones para el logro de los fines. Teniendo en cuenta que hay que buscar una opción razonablemente adecuada (y si es posible que sea la más adecuada) para alcanzar los fines que la justifican valorando otras opciones, su posibilidad (con un juicio certero sobre la misma), los medios y técnicas, los tiempos, los costes económicos, las personas implicadas y sus rasgos, la afectación que se produce en el derecho (manejando el contenido lo más amplio posible) y su aceptabilidad (con un juicio de presunción sobre la misma).
- c) La ponderación de las ventajas y los sacrificios que las opciones idóneas y adecuadas plantean en relación con el contenido máximo de los derechos implicados y en relación con los valores que presiden el discurso de los derechos. Valorándose, en este sentido, lo que suponen para la sociedad en general, para los individuos concretos, desde la afectación a sus derechos atendiendo a criterios como la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad la calidad de vida, la independencia, la autonomía, la no discriminación, la ciudadanía plena (con todos los derechos –civiles, políticos, económicos, sociales y culturales– que conlleva), la satisfacción de necesidades básicas, la integración social y profesional y la no estigmatización.
- d) Finalmente, se ha de procurar alcanzar decisiones que pudieran contar con el apoyo de la mayoría de sus destinatarios.

En cuanto a la posible concreción del contenido de los ajustes razonables (y, en este sentido, en su conexión con la accesibilidad universal), se podría entender que cabrían dos formas de dotarles de ese contenido. La primera, sería entender que los contenidos de los ajustes razonables han de quedar normativamente indeterminados, y, en este sentido, al exigirse su cumplimiento, habrá que tener presente los principios de proporcionalidad y razonabilidad al entrar en consideración otros criterios. Pero también podría ser que la normativa especificase –tal como establece la legislación inglesa, de manera no taxativa–, la posibilidad de contenidos concretos del ajuste razonable en los diferentes ámbitos, que se entiende que son necesarios en determinadas situaciones para garantizar la accesibilidad universal.¹⁶ Ambas variantes son perfectamente compatibles, aunque la primera es inevitable en algún grado (pues es imposible determinar a priori todos los

¹⁶ B. DOYLE, *Disability Discrimination: Law and Practice*, Jordans, Bristol, 2003, capítulo 3.



posibles ajustes razonables que son necesarios realizar para garantizar la accesibilidad universal en un ámbito concreto). No obstante, una vez dilucidada la cuestión, y en el caso de encontrarnos ante la existencia de una obligación de realizar ajustes razonables, el incumplimiento de dicha obligación nos enfrenta ante un caso de discriminación, del mismo modo que si nos encontrásemos ante un caso de incumplimiento de las exigencias de accesibilidad. Así lo establece la Ley 51/2003 al considerar que: “se entenderá que se vulnera el derecho a la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad cuando se produzcan (...) incumplimientos de las exigencias de accesibilidad y de realizar ajustes razonables”.

4. SOBRE LA DIMENSIÓN POLÍTICA Y COMPETENCIAL DE LA ACCESIBILIDAD

En el contexto de la dimensión política es posible afirmar que: (i) la no-accesibilidad es una forma de discriminación que a su vez implica un menoscabo en el ejercicio del principio de igualdad; (ii) según el art. 9.2 de la Constitución, corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la igualdad de las personas sea real y efectiva, con lo que el garantizar la accesibilidad es un mandato constitucional dirigido a los poderes públicos; (iii) dicho mandato se encuentra hoy día reforzado por las prescripciones generales de los artículos 1.1, 10.1 y 14 de la Constitución, por la prescripción específica del artículo 49 de la Constitución, por la prescripción directa de las leyes 13/1982 y 51/2003, así como por la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional; (iv) el mandato consiste en promover las condiciones, remover obstáculos, facilitar la participación, prevenir, tratar, rehabilitar e integrar.

Para esta tarea los poderes públicos cuentan con dos herramientas básicas. Por un lado, el diseño y ejecución de políticas públicas, y por otro, la elaboración y sanción de normas.

En este sentido, la sanción de leyes, decretos o reglamentos constituye el primer paso del mandato constitucional. En esta dimensión normativa, la accesibilidad como principio que orienta las políticas públicas supone, por un lado, la obligación por parte de los poderes públicos de reglamentar las condiciones básicas de accesibilidad, y, por otro, la obligación de tener presente el principio de accesibilidad en la sanción de todas las normas que tengan una incidencia directa o indirecta para el eficaz desarrollo de la misma.



E, independientemente de que el mandato para el diseño de políticas públicas provenga de las prescripciones legales, de los principios que inspiren a las mismas, o de los principios que constituyen el basamento del Estado Social, los poderes públicos deben actuar para lograr la realización de los derechos de las personas con discapacidad, incorporando como principio rector a la accesibilidad. Asimismo, en virtud de la transversalidad, el principio de la accesibilidad debe comprenderse en las políticas y líneas de acción de carácter general en cualquiera de los ámbitos de actuación pública. En este contexto, la adecuada inclusión de la accesibilidad en los Fondos Estructurales resulta fundamental. Dichos Fondos constituyen uno de los instrumentos financieros más importantes a nivel comunitario para la mejora de la calidad de vida de las personas con discapacidad y sus familias. Así, deberían ser un instrumento de integración y no deberían ser utilizados para crear más barreras o generar nuevas formas de discriminación.

Por otro lado, y en lo que se refiere al marco competencial, la materia accesibilidad universal no ha sido objeto de atribución expresa a través de los mecanismos ordinarios de distribución de competencias (ni se encuentra entre las materias reservadas al Estado en el artículo 149.1 de la Constitución, ni entre las asumidas por los Estatutos de Autonomía a favor de sus respectivas Comunidades).

No obstante este silencio, tampoco es posible hacerse una aplicación inmediata y directa de la cláusula de atribución residual al Estado de las competencias no asumidas por las Comunidades Autónomas a través de sus Estatutos, dada la proximidad de esta competencia en relación con dos materias que sí han sido objeto de distribución expresa:

- a) La relativa a la integración de las personas con discapacidad, con la peculiaridad que esta competencia no aparece asumida con carácter general por las Comunidades Autónomas, por lo que de considerarse éste el criterio determinante, en las Autonomías en las que no se hubieran asumido expresamente la competencia de integración, correspondería al Estado su ejercicio.
- b) La más amplia, y que sí aparece asumida por la totalidad de las Comunidades Autónomas, de asistencia social, en cuyo caso, la materia sería competencia de aquéllas (con carácter exclusivo).

En este sentido, y debido a las especialidades características de la política de accesibilidad universal -trasversal a otras políticas, y no totalmente subsu-



mible en el concepto de asistencia social- es posible considerar esta problemática como un programa o actividad no formalizada en una materia a efectos de su reparto competencial, que, sin embargo, se materializa en el desarrollo de las políticas (y competencias específicas) en las que la accesibilidad ha de desarrollarse.

En todo caso, lo anterior no es incompatible con la posibilidad de que el Estado adopte medidas como las previstas en la Ley 51/2003, a través de la invocación del artículo 149.1.1 de la Constitución, si bien éstas deberían justificarse específicamente en los derechos constitucionales cuyo ejercicio en condiciones de igualdad se pretende garantizar.

5. SOBRE LA DIMENSIÓN JURÍDICA DE LA ACCESIBILIDAD UNIVERSAL

Como hemos visto, la Constitución española recepta a la discapacidad desde dos dimensiones, desde los derechos que corresponden a todos los ciudadanos y desde ciertos derechos específicos que se reconocen a los fines de lograr una serie de objetivos (entre los que se destaca la integración, rehabilitación, prevención, etc.). A partir de ahí, es posible aludir a diferentes proyecciones jurídicas de la accesibilidad que no son contradictorias, sino, que antes al contrario, resultan perfectamente compatibles e incluso, en alguna medida, complementarias.

En este sentido, de un modo general es posible diferenciar entre la accesibilidad en el ámbito de los principios y la accesibilidad en el ámbito de los derechos. En el primero de ellos, la accesibilidad se proyecta en materia de desarrollo e interpretación normativa, y se configura como un principio jurídico de alcance constitucional; en el segundo, la accesibilidad se proyecta en materia de protección de necesidades, exigencias o pretensiones de las personas. En este ámbito es posible diferenciar tres proyecciones de la accesibilidad. La más relevante, que individualiza la accesibilidad y que sirve para expresar su sentido más integral, es la que la entiende como parte del derecho a no ser discriminado. La segunda proyección se refiere al derecho a la accesibilidad cuya existencia individual deviene en la medida en que existan preceptos que establezca con carácter obligatorio determinados ámbitos de accesibilidad. La tercera proyección es la que la presenta como parte del contenido esencial de los derechos fundamentales.



5.1. La accesibilidad universal como principio jurídico

El principio de la accesibilidad no sólo debe considerarse implícito en el de la igualdad, sino también en otra serie de principios que tienden a garantizar el ejercicio de derechos de las personas con discapacidad, entre los que destacan la normalización de la sociedad, la transversalidad de las políticas en la materia o la inclusión social.

La configuración de la accesibilidad como un principio jurídico cobra gran importancia en materia de desarrollo normativo y en materia de interpretación, e implica la posibilidad de utilizar la técnica del control de constitucionalidad –tanto el recurso de inconstitucionalidad del art. 161 de la Constitución cuanto la cuestión de inconstitucionalidad del art. 163– frente a todo desarrollo normativo que se considere vulnera su significado y alcance.¹⁷

5.2. El derecho a no ser discriminado por ausencia de accesibilidad

Desde el marco teórico desarrollado y desde la recepción normativa a través de la Ley 51/2003, la accesibilidad universal es una aplicación y parte esencial del principio de igualdad, lo que hace que su omisión devenga en una discriminación independientemente del derecho que afecte.

En este sentido, cabe argumentar que la falta de accesibilidad es una discriminación que otorga legitimación para interponer un recurso por vía preferente y sumaria y, en su caso, de amparo, *per se*, simplemente por violarse el derecho de igualdad en relación con cualquier derecho. Por tanto, si una persona con discapacidad viera restringido, limitado o impedido el goce o ejercicio de cualquier derecho en igualdad de condiciones con el resto de ciudadanos, en razón de su discapacidad –por falta de accesibilidad–, podría acudir a los tribunales a través de dicha garantía. Es decir, por violación del derecho a la igualdad.

Obviamente, esta consideración requiere la acreditación de un trato discriminatorio. Es decir, que no solamente se debe demostrar que ha habido una restricción, limitación o impedimento en el goce o ejercicio de un dere-

¹⁷ En este sentido, resulta importante que el principio de Accesibilidad Universal haya sido acogido en el artículo 3 inc. f) del Borrador de Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (Aprobado el 25 de agosto de 2006 en Naciones Unidas y que se encuentra a la espera de su Aprobación por parte de la Asamblea General). Para mayor información: <http://www.un.org/esa/socdev/enable>



cho, sino que también se debe demostrar que tal restricción, limitación o impedimento se produjo por vulneración del derecho a la igualdad.

5.3. El derecho a la accesibilidad universal

En la medida en que la legislación –nacional o autonómica, según corresponda–, recoja de modo expreso las “exigencias de accesibilidad” nos encontraremos ante derechos “autónomos a la accesibilidad”, configurados como verdaderos derechos subjetivos. Así, la consideración del derecho a la accesibilidad como un derecho subjetivo resulta evidente, al menos en aquellos casos donde las exigencias de accesibilidad se encuentran recogidas expresamente en una norma. La protección de este derecho deberá realizarse a través de la vía judicial procedente, aunque no se descarta la utilización del sistema arbitral para la resolución de los conflictos en los que este derecho pueda verse implicado.

La vía contencioso-administrativa será la procedente en caso de solicitud de multa o sanción (aunque para que ello es necesario que exista la norma o reglamento que tipifique dicha conducta como jurídicamente ilícita¹⁸), y también procederá en caso de que quién haya incumplido las exigencias de accesibilidad sea la propia administración o cualquiera de sus agentes. Asimismo, la normativa contencioso-administrativa española recoge un recurso contra la inactividad de la administración que puede ser de tipo declarativa o ejecutiva. En el primer caso la normativa reconoce que cuando la Administración, en virtud de una disposición general que no precise de actos de aplicación o en virtud de un acto, contrato o convenio administrativo, esté obligada a realizar una prestación concreta en favor de una o varias personas determinadas, quienes tuvieran derecho a ella pueden reclamar de la Administración el cumplimiento de dicha obligación. Si en el plazo de tres meses desde la fecha de la reclamación, la Administración no hubiera dado cumplimiento a lo solicitado o no hubiera llegado a un acuerdo con los interesados, éstos pueden deducir recurso contencioso-administrativo contra la inactividad de la Administración.¹⁹ En el segundo caso la norma establece

¹⁸ En este sentido el “Proyecto de Ley sobre infracciones y sanciones a la Ley 51/2003” establece que las infracciones recogidas en dicha norma serán objeto de sanciones administrativas establecidas por la misma, previa instrucción del oportuno expediente, sin perjuicio de las responsabilidades civiles, penales o de otro orden que puedan concurrir.

¹⁹ Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, artículo 29.1.



que cuando la Administración no ejecute sus actos firmes podrán los afectados solicitar su ejecución, y si ésta no se produce en el plazo de un mes desde tal petición, podrán los solicitantes formular recurso contencioso-administrativo, que se tramitará por el procedimiento abreviado.²⁰

El proceso civil será en principio la vía idónea para la tutela judicial de los derechos amparados por la Ley 51/2003 cuando el pleito se genere entre particulares. Así el artículo 18 de la citada norma establece que el “derecho a la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad comprenderá la adopción de todas las medidas que sean necesarias para poner fin a la violación del derecho y prevenir violaciones ulteriores, así como para restablecer al perjudicado en el ejercicio pleno de su derecho”. También el mismo artículo reconoce el derecho de solicitar indemnización o reparación que puede incluir el daño moral, y por último contempla la adopción de medidas contra las represalias. Aunque todo lo que no esté expresamente establecido en la norma, será de aplicación supletoria la legislación civil (por ejemplo en lo relativo a los plazos de prescripción), la Ley 51/2003 recoge regímenes especiales en lo que respecta a la legitimación,²¹ al monto indemnizatorio,²² y sobre la prueba de hecho relevantes.²³

Cuando la discriminación se produzca en el contexto del empleo y la ocupación, la legislación española contempla la vía laboral para su reclamo. Las reformas introducidas en la normativa laboral por parte de la Ley 62/2003 confieren un cauce de acción contra aquellos preceptos reglamentarios, las cláusulas de los convenios colectivos, los pactos individuales y las decisiones unilaterales del empresario que contengan discriminaciones directas o indi-

²⁰ *Idem*, artículo 29.2

²¹ Ley 51/2003, artículo 19.

²² Ley 51/2003, artículo 18.2 “La indemnización o reparación a que pueda dar lugar la reclamación correspondiente no estará limitada por un tope máximo fijado a priori. La indemnización por daño moral procederá aun cuando no existan perjuicios de carácter económico y se valorará atendiendo a las circunstancias de la infracción y a la gravedad de la lesión.”

²³ Ley 51/2003, artículo 20. Criterios especiales sobre la prueba de hechos relevantes.

1. En aquellos procesos jurisdiccionales en los que de las alegaciones de la parte actora se deduzca la existencia de graves indicios de discriminación directa o indirecta por razón de discapacidad, el juez o tribunal, tras la apreciación de los mismos, teniendo presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio y el principio procesal de igualdad de partes, podrá exigir al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad.

2. Lo establecido en el apartado anterior no es de aplicación a los procesos penales ni a los contencioso administrativos interpuestos contra resoluciones sancionadoras.



rectas desfavorables por razón de la discapacidad, así como ante aquellas decisiones del empresario que supongan un trato desfavorable de los trabajadores como reacción a una reclamación efectuada en la empresa o ante un acción judicial destinada a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato.²⁴ A su vez, la introducción de una herramienta procesal muy útil para el damnificado, la “inversión de la carga de la prueba”, permite que en aquellos procesos en que las alegaciones de la parte actora se deduzca la existencia de indicios fundados de discriminación por razón de discapacidad, corresponda al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad.²⁵

La vía penal plantea algunas reflexiones sobre los delitos relativos a la discriminación por razón de enfermedad o discapacidad. En el ámbito penal existe una prohibición amplia de discriminación “por enfermedad o minusvalía que padezca”: como una circunstancia agravante;²⁶ en el delito de discriminación laboral;²⁷ en el delito de provocación a la discriminación y al odio el supuesto de injurias agravadas por su naturaleza discriminatoria,²⁸ en la discrimi-

²⁴ Ley 62/2003, modificación al artículo 17.1 del Estatuto de los Trabajadores.

²⁵ Ley 62/2003, modificación al artículo 96 de la Ley de Procedimiento Laboral. También esta posibilidad se encuentra contemplada en la Ley 51/2003, en virtud del artículo 20.

²⁶ Código Penal Español de 1995; Artículo 22 “Son circunstancias agravantes: (...) 4. Cometer el delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo u orientación sexual, o la enfermedad o minusvalía que padezca.”

²⁷ Código Penal Español de 1995; Artículo 314. “Los que produzcan una grave discriminación en el empleo, público o privado, contra alguna persona por razón de su ideología, religión o creencias, su pertenencia a una etnia, raza o nación, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o minusvalía, por ostentar la representación legal o sindical de los trabajadores, por el parentesco con otros trabajadores de la empresa o por el uso de alguna de las lenguas oficiales dentro del Estado español, y no restablezcan la situación de igualdad ante la Ley tras requerimiento o sanción administrativa, reparando los daños económicos que se hayan derivado, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a dos años o multa de seis a doce meses.”

²⁸ Código Penal Español de 1995; Artículo 510. “1. Los que provocaren a la discriminación, al odio o a la violencia contra grupos o asociaciones, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, enfermedad o minusvalía, serán castigados con la pena de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses. 2. Serán castigados con la misma pena los que, con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad, difundieren informaciones injuriosas sobre grupos o asociaciones en relación a su ideología, religión o creencias, la pertenencia de sus miembros a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, enfermedad o minusvalía.”

minación en la prestación de un servicio público por parte de un funcionario a una persona o asociación;²⁹ o en la discriminación en una actividad privada.³⁰

Está claro que a diferencia del ámbito civil, donde la discriminación –sea directa o indirecta–, prescinde de la intencionalidad del autor, en el campo penal esta intencionalidad es de vital importancia para la determinación del tipo penal. Por ello, la Ley 51/2003 contempla la regulación de un marco sancionador propio, aunque, frente a ciertas situaciones de discriminación, puede resultar muy difícil trazar el límite entre infracciones administrativas y delitos penales. En todo caso, sería de gran utilidad contar en el Derecho español con un tipo penal específico que penalice la discriminación por inaccessibilidad como lo hace el Derecho francés.³¹

²⁹ Código Penal Español de 1995; Artículo 511. "1. Incurrirá en la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años el particular encargado de un servicio público que deniegue a una persona una prestación a la que tenga derecho por razón de su ideología, religión o creencias, su pertenencia a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o minusvalía. 2. Las mismas penas serán aplicables cuando los hechos se cometan contra una asociación, fundación, sociedad o corporación o contra sus miembros por razón de su ideología, religión o creencias, la pertenencia de sus miembros o de alguno de ellos a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o minusvalía."

³⁰ Código Penal Español de 1995; Artículo 512. "Los que en el ejercicio de sus actividades profesionales o empresariales denegaren a una persona una prestación a la que tenga derecho por razón de su ideología, religión o creencias, su pertenencia a una etnia, raza o nación, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o minusvalía, incurrirán en la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de profesión, oficio, industria o comercio, por un período de uno a cuatro años."

³¹ Código Penal Francés tipifica como delito la discriminación: Art. 225-1: "Constituye una discriminación toda distinción realizada entre personas físicas en base a su origen, su sexo, su situación familiar, su apariencia física, su nombre, su estado de salud, su discapacidad, sus características genéticas, sus costumbres, su orientación sexual, su edad, sus opiniones políticas, sus actividades sindicales, su pertenencia o no-pertenencia, verdadera o supuesta a una etnia, una raza o una religión determinada"; El art. 225-2: "La discriminación definida al art. 225-1, cometida en contra de una persona física o moral, está castigada por 3 años de cárcel y 45 000 euros de multa cuando consiste en: Negar proveer un bien o un servicio; Impedir el ejercicio normal de cualquier actividad económica; Rechazar a emplear una persona, sancionar o despedirla; Condicionar la provisión de un bien o de un servicio en una condición fundada en unos de los elementos del art. 225-1; Condicionar la oferta de un empleo, una demanda de práctica o un periodo de formación en empresa en una condición fundada en unos de los elementos del art. 225-1 (...) Cuando el rechazo discriminatorio previsto en 1) está cometido en un lugar acogiendo público o con los fines de prohibir el acceso, las penas llegan a 5 años de cárcel y 75 000 euros de multa"

La accesibilidad se termina configurando, de esta manera, como un derecho que todo ciudadano ha de tener reconocido y protegido³², aunque ello no obsta a la especial consideración que el legislador y el aplicador del Derecho deba tener, en los casos de personas que se encuentran, en dicho aspecto, en una situación de especial vulnerabilidad. Por ello, debe tenerse presente dentro del colectivo de personas con discapacidad, la especial situación de vulnerabilidad en la que se encuentran ciertos grupos que requieren, por su especificidad, de una atención particular por parte de los poderes públicos.

5.4. La accesibilidad universal como parte del contenido esencial de los derechos fundamentales

Como venimos repitiendo, la accesibilidad es definida por la Ley 51/2003 como “un conjunto de condiciones que deben cumplir los entornos, procesos, bienes, productos y servicios (...), para ser comprensibles, utilizables y practicables por todas las personas (...)”. Pues bien, desde esta definición, la accesibilidad se presenta como una condición ineludible para el ejercicio de los derechos fundamentales, lo que permite considerarla como un rasgo de su contenido esencial.

La garantía de la accesibilidad como parte del contenido esencial de los derechos gozará de la protección específica de estos, tanto en lo que se refiere al recurso de amparo como en lo que se refiere al control de constitucionalidad. Eso sí, dicha protección exige poner en comunicación a la accesibilidad con un derecho fundamental concreto.

Obviamente, la garantía de la accesibilidad está condicionada por la proyección con la que ésta se presente en el caso concreto. En todo caso, la violación de la accesibilidad, cuando ésta no puede ser presentada como razonable y cuando puede implicar un supuesto de discriminación, implica una trasgresión del Derecho que debe ser dirimida en el ámbito judicial. En

³² Es difícil considerar que se trate de un derecho fundamental. Para ello habría que recurrir a la figura de los derechos implícitos (con difícil cabida en nuestra doctrina y jurisprudencia) y estaría apoyada en una interpretación sistemática de los artículos 1.1, 9.2, 10.1, 14 y 49 de la Constitución. Asimismo, también podría reforzar el carácter fundamental del derecho a la accesibilidad, la vinculación que la Constitución Española recoge con relación al llamado “Derecho internacional de los derechos humanos”. Se trata de una construcción que posee un buen apoyo teórico pero que necesitaría de una decisión futura del legislador en este sentido o de una línea jurisprudencial consolidada.



este sentido, no parece apropiado la utilización de vías extrajudiciales, máxime de aquellas que, de alguna manera, restringen luego el camino de la protección judicial, como es el caso del arbitraje. Independientemente de que la Ley 51/2003 se refiera al arbitraje, este sistema sólo cabría cuando la accesibilidad apareciera en la forma de un derecho subjetivo o cuando se trate de casos de limitación razonable de la accesibilidad que requieran un ajuste razonable.

Así, dependiendo de la manera en la que la accesibilidad se presente en el caso concreto, la vía judicial será distinta (recursos de inconstitucionalidad, de amparo o vías judiciales ordinarias), siendo conscientes de que las diferentes posibilidades no son excluyentes.

En todo caso, no hay porqué descartar la posibilidad de crear un ámbito judicial específico de protección de la misma, al igual que ha ocurrido en relación con otros colectivos socialmente discriminados. La vulneración de la accesibilidad de las personas con discapacidad puede ser presentada como una forma específica de violencia social que requiera del establecimiento de un sistema de protección específico, dentro del cual cabría evaluar la posibilidad de la creación y establecimiento de Juzgados especializados sobre la materia.

RAFAEL DE ASÍS
ANA LAURA AIELLO
FRANCISCO BARIFFI
IGNACIO CAMPOY
AGUSTINA PALACIOS

Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas
Universidad Carlos III de Madrid
c/ Madrid 126
Getafe 28903 Madrid
E-mail: rafael.asis@uc3m.es

