

EL SIGNIFICADO DE LA ACCESIBILIDAD UNIVERSAL Y SU JUSTIFICACIÓN EN EL MARCO NORMATIVO ESPAÑOL

Informe realizado por un Equipo de Investigación del Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”, al amparo de un Convenio de Colaboración con el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales- Secretaría de Estado de Servicios Sociales, Familia y Discapacidad-, y la Universidad Carlos III de Madrid.

Noviembre de 2005

EL SIGNIFICADO DE LA ACCESIBILIDAD UNIVERSAL Y SU JUSTIFICACIÓN EN EL MARCO NORMATIVO ESPAÑOL

EQUIPO DE TRABAJO DE LA CÁTEDRA “NORBERTO BOBBIO” DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN. INSTITUTO DE DERECHOS HUMANOS “BARTOLOMÉ DE LAS CASAS”, UNIVERSIDAD CARLOS III DE MADRID.

DIRECTOR DEL EQUIPO:

- Rafael de Asís Roig

INTEGRANTES:

- Ignacio Campoy Cervera
- Diego Blázquez Martín
- María Angeles Bengoechea Gil
- Agustina Palacios
- Francisco Bariffi
- Ana Laura Aiello
- Emilio Moyano
- Antonio Pelé
- Alberto Iglesias Garzón
- Gregorio Saravia
- Nora Bluro

**EL SIGNIFICADO DE LA ACCESIBILIDAD UNIVERSAL Y SU
JUSTIFICACIÓN EN EL MARCO NORMATIVO ESPAÑOL**

ÍNDICE	Pag.
ALGUNAS CUESTIONES PRELIMINARES	7
1.- INTRODUCCIÓN	11
1.1.- El tratamiento de la discapacidad: el modelo médico y el modelo social.....	11
1.1.1.- El modelo médico.....	11
1.1.2.- El modelo social.....	14
1.1.3.- La coexistencia de los modelos.....	15
1.2.- El marco normativo constitucional.....	16
1.2.1.- El artículo 49 de la Constitución española: previsión, tratamiento, rehabilitación e integración.....	17
1.2.2.- El artículo 10.1 de la Constitución española. La dignidad humana el libre desarrollo de la personalidad.....	24
1.2.3.- El artículo 1.1 de la Constitución española. La libertad, la justicia la igualdad.....	26
1.2.4.- Los artículos 14 y 9,2 de la Constitución española.	28
1.2.4.1. La igualdad como valor superior.....	29
1.2.4.2.-La igualdad como principio: igualdad formal e igualdad material.....	29
1.2.4.3.- La igualdad como derecho: el derecho a la no discriminación y los tratamientos jurídicos diferenciados.....	32
2.- LA ACCESIBILIDAD UNIVERSAL	41
2.1.- Discapacidad, derechos y barreras.....	42
2.1.1.- El concepto de discapacidad.....	42
2.1.2.- Discapacidad y derechos humanos.....	46
2.1.3.- Discapacidad y barreras.....	49

EL SIGNIFICADO DE LA ACCESIBILIDAD UNIVERSAL Y SU JUSTIFICACIÓN EN EL MARCO NORMATIVO ESPAÑOL

2.2.- La accesibilidad universal: aproximación conceptual.....	57
2.2.1.- Las dimensiones subjetivas y objetivas de la accesibilidad....	58
2.2.1.1.- La dimensión subjetiva.....	58
2.2.1.2.- La dimensión objetiva.....	61
2.2.2.- Las estrategias para la accesibilidad.....	63
2.2.2.1.- El diseño para todos.....	63
2.2.2.2.- Los ajustes razonables.....	67
2.3.- Las dimensiones política y jurídica de la accesibilidad	75
2.3.1 La dimensión política de la accesibilidad (la accesibilidad como principio que orienta las políticas públicas).....	77
2.3.1.1.- En qué consiste ese mandato a los poderes públicos.....	78
2.3.1.2.- El marco competencial de la política de accesibilidad universal.....	80
2.3.1.2.1.- La titularidad de la competencia en materia de accesibilidad de personas con discapacidad.....	83
2.3.1.2.2.- El artículo 149.1.1 de la Constitución como fundamento de la competencia estatal en materia de accesibilidad.....	95
2.3.2 La dimensión jurídica de la accesibilidad.....	103
2.3.2.1.- La accesibilidad universal en el ámbito de los principios jurídicos.....	105
2.3.2.2.- La accesibilidad universal en el ámbito de los derechos..	106
2.3.2.2.1.- La accesibilidad universal como contenido esencial de los derechos.....	107
2.3.2.2.2.- La accesibilidad universal como derecho.....	107
2.3.2.2.2.1.- El derecho a no ser discriminado por ausencia de accesibilidad	109
2.3.2.2.2.2.- El derecho a la accesibilidad universal.....	115

**EL SIGNIFICADO DE LA ACCESIBILIDAD UNIVERSAL Y SU
JUSTIFICACIÓN EN EL MARCO NORMATIVO ESPAÑOL**

2.3.3.- Algunas conclusiones.....	120
2.4 Ámbitos donde se proyecta el contenido de la accesibilidad.....	121
2.4.1- Delimitación de los ámbitos de aplicación en sentido formal: “Ámbitos de accesibilidad”.....	122
2.4.1.1 La movilidad.....	123
2.4.1.2 Comunicación e información.....	127
2.4.1.3 Bienes y servicios.....	128
2.4.1.4 Actitudes negativas hacia la discapacidad.....	131
2.4.1.5 Una necesaria visión global de los diferentes ámbitos de aplicación.....	132
2.4.2 Delimitación de los ámbitos de aplicación en sentido material: “La estandarización”.....	133
3.- EL ALCANCE DE LA ACCESIBILIDAD UNIVERSAL Y LOS AJUSTES RAZONABLES.....	136
3.1.- Los conflictos con otros derechos y bienes.....	138
3.2.- Mecanismos de resolución de conflictos.....	141
3.2.1.- Órganos legitimados para la resolución de conflictos.....	141
3.2.2.- Procedimientos para la resolución de conflictos.....	143
3.2.2.1.- Prevención de conflictos	143
3.2.2.2.- La vía judicial.....	146
3.2.2.3. Las vías alternativas de resolución de conflictos	154
3.2.2.3.1. Arbitraje, mediación y conciliación.....	154
3.2.2.3.2. El arbitraje en el ámbito de la accesibilidad y de los ajustes razonables.....	162
3.3.- Criterios de resolución de conflictos.....	174
3.3.1.- Sobre la razonabilidad.....	176

EL SIGNIFICADO DE LA ACCESIBILIDAD UNIVERSAL Y SU JUSTIFICACIÓN EN EL MARCO NORMATIVO ESPAÑOL

3.3.2.- El principio de proporcionalidad.....	179
3.3.3.- Algunas conclusiones.....	184
4.- CONCLUSIONES.....	187

ALGUNAS CUESTIONES PRELIMINARES

El objetivo principal de este informe es profundizar en la delimitación conceptual de un término, “accesibilidad universal”, absolutamente clave en materia de derechos de las personas con discapacidad. Para la realización de esta investigación, resulta necesario abordar desde una perspectiva amplia la problemática de su delimitación conceptual, atendiendo a conceptos y ámbitos teóricos esencialmente vinculados al mismo. Por ello, a lo largo del informe se aborda el análisis de determinados términos que se encuentran íntimamente relacionados. La investigación parte desde el reconocimiento de la evolución que en las últimas décadas ha vivido el tratamiento de la discapacidad, que supone un cambio desde lo que se conoce como un modelo médico o rehabilitador a lo que se presenta como un modelo social, basado en derechos. Se ha avanzado, de este modo, hacia una consideración de las personas con discapacidad como individuos que han de tener reconocidos y garantizados los derechos fundamentales en igualdad de condiciones que el resto de personas, entendiendo que sus problemas vienen dados de manera principal por la interacción que tienen establecida con el entorno social, político y jurídico.

A través de la aprobación de una serie de leyes, -entre las que se destaca la Ley 51/2003 de 3 de diciembre de Igualdad de Oportunidades, No Discriminación y Accesibilidad universal de las Personas con Discapacidad -¹, España ha asumido esta nueva tendencia. En dicha norma se plantean dos estrategias de intervención que convergen en forma progresiva: la *lucha contra la discriminación* y la *accesibilidad universal*.

La *lucha contra la discriminación* supone para los poderes públicos adoptar una serie de medidas encaminadas a alcanzar la igualdad de oportunidades, entre las que la propia Ley destaca a las medidas de acción positiva (que según la norma serían “aquellos apoyos de carácter específico destinados a prevenir o compensar las desventajas o especiales dificultades que tienen las personas con discapacidad en la incorporación y participación plena en los ámbitos de la vida política, económica, cultural y social”),² y a aquellas medidas “que tengan como finalidad prevenir o corregir que una persona con discapacidad sea tratada de una

¹ BOE núm. 289, de 3 de diciembre de 2003, (De aquí en adelante “Ley 51/2003”)

² Ley 51/2003, artículo 8 inciso 1.

EL SIGNIFICADO DE LA ACCESIBILIDAD UNIVERSAL Y SU JUSTIFICACIÓN EN EL MARCO NORMATIVO ESPAÑOL

manera directa o indirecta menos favorablemente que otra que no lo sea, en una situación análoga o comparable”³. Dentro de dichas medidas se incluye la “prohibición de conductas discriminatorias y de acoso, exigencias de accesibilidad y exigencias de eliminación de obstáculos y de realizar ajustes razonables”⁴.

La *accesibilidad universal* es entendida en la norma 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”.⁵ El incumplimiento del principio de accesibilidad universal y de la obligación de realizar ajustes razonables son considerados por la Ley como supuestos de discriminación y, más concretamente, como supuestos de violación del derecho a la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad. Para luchar contra esta forma de discriminación, se configuran un conjunto de medidas que, en lo que a la accesibilidad universal se refiere, deben tener como resultado el establecimiento de los requisitos que deben cumplir los entornos, productos y servicios, así como las condiciones de no discriminación en normas, criterios y prácticas, dentro los cinco ámbitos recogidos por la Ley 51/2003 (telecomunicaciones y sociedad de la información; espacios públicos urbanizados, infraestructuras y edificación; transportes; bienes y servicios a disposición del público; y, relaciones con las Administraciones públicas), sumado un sexto ámbito relativo al empleo y la ocupación que ha sido complementado por la Ley 62/2003⁶ que, a su vez, traspone la Directiva europea 2000/78.

La satisfacción real y efectiva del conjunto de requisitos que definen la accesibilidad universal puede requerir de la realización de ajustes razonables en todos y cada uno de los ámbitos antes citados. En este sentido, la Ley entiende por ajuste razonable el conjunto de “medidas de adecuación del ambiente físico, social y actitudinal a las necesidades específicas de las personas con discapacidad que, de forma eficaz y práctica y sin que suponga una carga desproporcionada,

³ Ibidem, artículo 6 inciso 1.

⁴ Ibidem, artículo 7.

⁵ Ibidem, artículo 2 inciso c.

⁶ Ley 62/2003, de Acompañamiento a los Presupuestos Generales del Estado del año 2004 (De aquí en adelante Ley 62/2003)

EL SIGNIFICADO DE LA ACCESIBILIDAD UNIVERSAL Y SU JUSTIFICACIÓN EN EL MARCO NORMATIVO ESPAÑOL

faciliten la accesibilidad o participación de una persona con discapacidad en igualdad de condiciones que el resto de los ciudadanos”.⁷

La garantía del cumplimiento de estas medidas se establece en dos planos: a) mediante los sistemas de protección jurídica generales, ya sean administrativos o judiciales, b) mediante el diseño de un sistema de arbitraje voluntario que la propia Ley establece.

Ahora bien, tomando como referencia la configuración normativa, se plantean una serie de interrogantes. Algunos poseen una dimensión técnica o arquitectónica, pero otros poseen una indudable dimensión jurídica. Entre estos últimos cabe citar los siguientes: ¿qué es una barrera?; ¿cuál es el alcance de la discriminación indirecta?; ¿qué significa que una persona sea discriminada por ausencia de accesibilidad?; ¿qué implica el diseño para todos?; ¿cuál es el significado jurídico de la accesibilidad universal?; ¿es un principio, un derecho, o ambas cosas?; ¿cómo se configura desde una óptica constitucional?; ¿cuáles son las herramientas jurídicas idóneas para garantizarlo?; ¿quiénes son los sujetos implicados?; ¿de qué manera es posible la exigibilidad jurídica de dicho principio o derecho?; ¿qué obligaciones importa para los poderes públicos?; ¿cuáles serían los ámbitos en los que se proyecta la accesibilidad universal?; ¿qué involucra la obligación de realizar ajustes razonables?; ¿qué significa una carga desproporcionada?; ¿de qué manera es posible la exigibilidad jurídica de dicho principio o derecho?; ¿cómo debe ser el diseño concreto del sistema de arbitraje?; ¿qué otros procedimientos de naturaleza jurídica pueden ser utilizados para garantizar el cumplimiento de estas medidas?; ¿desde qué referentes debe analizarse la eficacia, el carácter práctico y la proporcionalidad de las medidas?; ¿cuál debe ser el peso de cada uno de esos referentes?

A partir de los interrogantes mencionados, en el capítulo primero del informe se realiza una aproximación al modelo de tratamiento dentro del cual es necesario enfocar las cuestiones relativas a la discapacidad, realizando asimismo un análisis respecto del modo en que dicha cuestión es asumida por el marco normativo constitucional español, y ahondando en ciertos valores y principios constitucionales que requieren ser integrados desde una interpretación integral, entre los que se destaca la idea de dignidad humana y la igualdad.

En el capítulo dos se persigue determinar el significado del término “accesibilidad universal”. A dichos fines se abordan ciertas cuestiones que

⁷ Ley 51/2003, artículo 7 inciso c.

requieren de un análisis previo, entre las que se destaca el concepto de discapacidad y su relación con los derechos humanos, como asimismo la delimitación conceptual del término “barreras” y su relación con la discapacidad. En segundo lugar, se realiza una aproximación conceptual al término accesibilidad universal, identificando las dimensiones subjetiva –quienes- y objetiva –qué- de dicho término, las estrategias para alcanzar dicho fin, como asimismo las dimensiones política y jurídica, y los ámbitos en donde el contenido de la accesibilidad se proyecta. En cuanto a la dimensión jurídica, asimismo, se analizan y valoran las diferentes posibilidades legales que permitirían la exigibilidad y garantía de la accesibilidad en el Ordenamiento jurídico español.

Finalmente, en el capítulo tercero se analiza el alcance de la accesibilidad universal y los ajustes razonables, ahondando en los posibles conflictos que la accesibilidad y la obligación de realizar ajustes puede generar en relación con la limitación o restricción de derechos de terceros. Asimismo, se indaga en los diferentes mecanismos de resolución de dichos conflictos, y se pretende elaborar una serie de propuestas sobre la operatividad, funcionamiento e implementación del sistema de arbitraje previsto en la Ley 51/2003 para los supuestos de colisión entre la accesibilidad universal y otros valores, principios y derechos involucrados. Por último, se pretende elaborar un marco formal desde el que evaluar la prioridad o no de este principio en casos de colisión con otros principios, valores o derechos constitucionales, proponiendo ciertos criterios de resolución de los mismos.

1.- INTRODUCCIÓN

La Ley 51/2003, pretende ser la respuesta normativa a las principales demandas y necesidades de dichas personas. En la ley se plantean dos estrategias de intervención que convergen en forma progresiva: la lucha contra la discriminación y la accesibilidad universal. La determinación de su significado, encuadre normativo, desarrollo, límites y efectiva aplicación, constituyen objetivos ineludibles para que dicho esfuerzo normativo y social consiga su óptima realización.

1.1.- El tratamiento de la discapacidad: el modelo médico y el modelo social

La Ley 51/2003 se enmarca dentro de una nueva forma de entender la discapacidad, que ha supuesto un cambio de paradigma, resultado de la evolución desde el denominado modelo médico o rehabilitador al denominado modelo social que en muchos casos complementa y en otros supera al anterior.

1.1.1.- El modelo médico

Los primeros síntomas del modelo médico o rehabilitador datan de los inicios del Mundo Moderno. Sin embargo, la consolidación del modelo mismo - sobre todo en el ámbito legislativo-, puede ser situada en los inicios del Siglo XX, al finalizar la Primera Guerra Mundial. Entre las diferentes causas que dieron origen a su plasmación destacamos dos: la guerra y los accidentes laborales. Al finalizar la Primera Guerra Mundial, un gran número de individuos quedaron heridos de por vida. Estas personas fueron denominadas mutilados de guerra, sobre la base -y a fin de distinguirlas- de aquellas discapacitadas por accidentes laborales. El mutilado era una persona a quien le faltaba algo, ya fuera un órgano, un sentido o una función. De este modo, la primera imagen presentada por este cambio en la terminología fue la de daño, la de perjuicio. La sensación era que la

guerra se había llevado algo que se debía reemplazar. Fue así como en este momento la discapacidad comenzó a ser relacionada con los heridos de guerra -los heridos de guerra tomaron el lugar de las personas con discapacidad- y ésta comenzó a ser vista como una insuficiencia, una deficiencia a ser erradicada.

En el plano del Derecho, esto significó en un primer momento la implementación de políticas legislativas destinadas a garantizar servicios sociales para los veteranos de guerra con discapacidad, que reflejaban, de algún modo, la creencia en la existencia de una obligación por parte de la sociedad de compensar a estas personas mediante pensiones de invalidez, beneficios de rehabilitación y cuotas laborales. No obstante, en la década de los años sesenta dichas medidas fueron extendidas a todas las personas con discapacidad, dejándose de lado la consideración respecto de las causas que dieran origen a las deficiencias. La meta pasó a ser entonces rehabilitar a las personas con independencia del origen de las aquellas. En dicho proceso de recuperación o “normalización”, y a dichos fines, los contenidos o herramientas esenciales pasaron a ser la educación especial, los beneficios de rehabilitación médica y vocacional, las cuotas laborales y los servicios de asistencia institucionalizados. De este modo, podría decirse que las personas con discapacidad recibían beneficios de los servicios sociales porque la discapacidad se veía exclusivamente como un problema individual de la persona, quien no era capaz de enfrentarse a la sociedad. Los niños con discapacidad tenían derecho a la educación, pero en escuelas separadas; las personas con discapacidad tenían derecho a la rehabilitación, pero ello incluía el control de muchas áreas de sus vidas por parte de los expertos; las medidas de acción positiva se introdujeron porque –a diferencia de otros grupos protegidos- no se consideraba que las personas con discapacidad fueran capaces de trabajar por sus propios méritos.

Las medidas descritas pueden ser fácilmente contextualizadas y comprendidas si se tiene presente que desde el modelo médico se considera a la discapacidad exclusivamente como un problema de la persona, directamente ocasionado por una enfermedad, accidente, o condición de la salud, que requiere de cuidados médicos prestados por profesionales en forma de tratamiento individual. En consecuencia, **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.** De este modo, **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.** La atención sanitaria se considera la materia fundamental; y en el ámbito político la

respuesta principal es la modificación y reforma de la política de atención a la salud⁸.

En este sentido, existen dos puntos fundamentales del modelo médico o rehabilitador de la discapacidad que merecen ser destacados. En primer lugar, **se sitúa el “problema” de la discapacidad dentro del individuo**; y, en segundo lugar, **se considera 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, se considera que **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**. 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 en el modo de abordar el fenómeno de la discapacidad han generado algunas críticas, que se basan en diversas razones, pero fundamentalmente -en cuanto a su justificación teórica- se censura que el éxito de la integración que se persigue -si bien depende de una variedad de estrategias de asimilación-, denota la existencia de una ideología, que puede resumirse en el *ideal social de la goma de borrar (the social ideal of erasure)*. El pasaporte de la integración, pasa a ser de este modo la desaparición, o mejor dicho el ocultamiento de la diferencia. Ello porque desde la perspectiva de este modelo, **la persona con discapacidad se considera desviada de un supuesto estándar de normalidad**. Sin embargo, no debe olvidarse que la configuración de lo estándar no es neutra, sino que se encuentra sesgada a favor de los parámetros físicos y psíquicos de quienes constituyen el estereotipo culturalmente dominante. De este modo, si se sitúa una oficina gubernamental en un tercer piso sin ascensor se asume que todo usuario se encuentra en condiciones de subir una escalera, creándose de este modo barreras -a través de un entorno hostil-. Es en realidad esto último -es decir, la incidencia de factores sociales en la creación del fenómeno mismo- lo que se tiene presente y añade desde otro modelo de acercamiento al fenómeno de la discapacidad que se pasa a describir: el modelo social.

⁸ *Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud*: CIF/Organización Mundial de la Salud, Organización Panamericana de la Salud, Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Secretaría General de Asuntos Sociales, Instituto de Migraciones y Servicios Sociales (IMSERSO), 2001.

1.1.2.- El modelo social

Es posible situar el nacimiento del modelo social –o al menos el momento en que emergen sus primeros síntomas- en Estados Unidos e Inglaterra, a finales de la década de los años sesenta o principios de la de los setenta del siglo XX. Como se ha señalado, durante la mayor parte del siglo veinte en las sociedades occidentales la discapacidad venía siendo considerada como un cuerpo o una mente *defectuosa*. La deficiencia individual o anormalidad implicaba dependencia de la familia y de los servicios de asistencia social, muchos de los cuales debían brindarse en instituciones especializadas. En definitiva, la discapacidad implicaba una *tragedia personal* para las personas afectadas y un problema para el resto de la sociedad. No obstante, desde finales de la década de los años sesenta, dicha consideración ortodoxa comenzó a ser el blanco de campañas en Europa –principalmente en Inglaterra y Estados Unidos. Las personas con discapacidad -en particular aquellas que vivían en instituciones residenciales- tomaron la iniciativa de buscar sus propios cambios políticos. De este modo, los activistas con discapacidad y las organizaciones de personas con discapacidad se unieron para condenar su estatus como “ciudadanos de segunda clase”. Reorientaron la atención hacia el impacto de las barreras sociales y ambientales, como el transporte y los edificios inaccesibles, las actitudes discriminatorias y los estereotipos culturales negativos, que –según alegaban- *discapacitaban* a las personas con deficiencias⁹. Así fue como la participación política de las personas con discapacidad y sus organizaciones abrió un nuevo frente en el área de los derechos civiles y la legislación antidiscriminatoria.

Más allá de la existencia de matices, el modelo estadounidense y el modelo inglés han tenido importantes influencias en el ámbito internacional, entre las que se destacan ciertas exigencias que han tenido repercusiones significativas en las políticas a ser adoptadas sobre las cuestiones que involucren a la discapacidad. Así, **si se considera que las causas que originan la discapacidad son sociales, las soluciones no deben apuntarse individualmente a la persona afectada, sino más bien deben encontrarse dirigidas hacia la sociedad.** Si el modelo anterior se centra en la rehabilitación o normalización de las personas con

⁹ En la misma época y por contraste, la literatura académica continuaba aceptando el punto de vista ortodoxo que consideraba a la discapacidad como una cuestión médica e individual. A pesar de que el género y la raza fueran desde 1980 reconocidos como causas características de opresión social, no sucedió lo mismo con la discapacidad.

discapacidad, 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**. Es evidente que para esto último la accesibilidad universal es un requisito ineludible a los fines perseguidos. De este modo, se comienza a tomar conciencia de que en muchas ocasiones las limitaciones o problemas que afectan a las personas con discapacidad tienen su causa –o, al menos, se ven enormemente condicionados- por el diseño de un entorno (arquitectónico, tecnológico, cultural o social) pensado exclusivamente sobre la base de un ser humano estándar. Sin embargo, a medida que se analizan los parámetros de definición de dicho ser humano, resulta fácil advertir que no solo las personas con discapacidad quedan fuera (piénsese en el diseño arquitectónico y los problemas que implica en muchas ocasiones para las personas mayores, niños, mujeres embarazadas, entre otros grupos).

En términos generales, desde el modelo social **se aspira simplemente a que el tratamiento social que se brinda a las personas con discapacidad se base en la búsqueda de la inclusión, respetando el principio de igualdad de oportunidades**. Ello porque se considera que **la discapacidad no es simplemente un atributo de la persona, sino un complejo conjunto de condiciones, muchas de las cuales son creadas por el contexto social**. En consecuencia, el manejo del tema requiere la realización de todas las modificaciones y adaptaciones necesarias, a los fines de alcanzar la participación plena de las personas con discapacidad en la totalidad de las áreas de la vida en comunidad. Por lo tanto, **se requiere de la introducción de una serie de cambios sociales, muchos de ellos –tal vez todos- relacionados con los derechos humanos**. 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.

1.1.3.- La coexistencia de los modelos

Aunque la dimensión normativa actual en materia de discapacidad se encuentra más focalizada a responder a las necesidades destacadas desde la construcción del modelo social, ello no supone en ningún caso que se abandonen los logros conquistados mediante el modelo médico. Más bien podría afirmarse que los modelos se complementan. Así, se sigue considerando que el proceso de

rehabilitación respecto de la deficiencia de una persona es un elemento de enorme trascendencia -pero sin olvidar que solo en un aspecto de la vida de la persona con discapacidad-. En este sentido, **ambos paradigmas coexisten de algún modo en las actuales legislaciones nacionales e internacionales**. Un buen ejemplo de ello es la Clasificación Internacional del Funcionamiento, la Discapacidad y la Salud de 2001 (que será comentada más adelante), en la cual se adopta un modelo “bio-psico-social” de la discapacidad, resaltándose el hecho de que la discapacidad es un fenómeno complejo y multifacético. De este modo, si el ser humano es el resultante de fundamentaciones biológicas, motivaciones psicológicas y condicionamientos sociales, dicha conceptualización ha de ser también aplicada a la discapacidad, sea cual sea su naturaleza.¹⁰

De igual modo, la regulación de la cuestión de la discapacidad en el ámbito del Ordenamiento jurídico español, presidido por la Constitución de 1978, se desenvuelve entre los dos modelos apuntados. Asimismo 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 7 de abril, de Integración Social de Minusválidos,¹¹ a la Ley 51/2003, de 3 de diciembre, de Igualdad de Oportunidades, No Discriminación y Accesibilidad Universal, que complementa a la anterior.

1.2.- El marco normativo constitucional

En la Constitución española de 1978 sólo existe un artículo que expresamente esté dedicado a regular los derechos de las personas con discapacidad: el artículo 49. No obstante, existen otros artículos que directamente se proyectan sobre la cuestión de la discapacidad, cuyo examen permite extraer algunas conclusiones interesantes a la hora de abordar el significado y la justificación de la accesibilidad universal.

¹⁰ *International Classification of Functioning, Disability and Health* (Geneva: World Health Organization, 2001), aprobada por la 54ª Asamblea Mundial de la Salud, celebrada del 17 al 22 de mayo de 2001. (De aquí en adelante “CIF 2001”)

¹¹ BOE núm. 103, de 30 de abril de 1982, (De aquí en adelante Ley 13/1982.)

1.2.1.- El artículo 49 de la Constitución española

La Constitución española recoge dos perspectivas complementarias de tratamiento de las personas con discapacidad; esto es, como titulares de derechos fundamentales reconocidos a todas las personas, y, asimismo, como miembros de un colectivo especialmente protegido.¹² Ello porque la persona con discapacidad se inserta en la sociedad, primeramente como persona y ciudadano, y como tal, titular de una serie de derechos fundamentales que derivan directamente de la constitución y que les deben ser garantizados -y adaptados-. Ahora bien, además de esta inserción como persona y ciudadano, la persona con discapacidad se inserta en la sociedad como un *colectivo definido específicamente*, que se encuentra sujeto a un tratamiento y protección especial, diferente del resto de los ciudadanos.

El artículo 49 establece que “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”.

La primera parte del artículo mencionado prevé una serie de prestaciones por parte de los poderes públicos, cuyo mandato se enmarca dentro del contexto de la definición de Estado como Estado social. De este modo, **se exigen medidas concretas a los poderes públicos a fin de que se produzca la pretendida integración social de las personas con discapacidad, y éstas puedan, así, disfrutar de los derechos fundamentales.** Es decir, se reconoce la obligación del Estado de articular medidas con esos fines, que tienen como contraparte beneficios para las personas con discapacidad a través del disfrute de sus derechos. Una exigencia que casa perfectamente con el modelo de Estado social y democrático de Derecho que, conforme a lo estipulado en el artículo 1.1 de la Constitución, es en lo que se constituye España a partir de la validez y eficacia de la propia Constitución, y que encuentra su principio regulador básico en lo establecido en el artículo 9.2, aunque sobre este punto concreto volveremos más adelante.

¹² El primer aspecto, es decir como cualquier ciudadano, debe primar en la consideración de las personas con discapacidad, siendo el artículo 49 correlacionado con todos los artículos de la Constitución que se refieren a reconocimiento de derechos individuales y a condiciones de su ejercicio.

En cuanto a la delimitación del objeto y significado de las políticas establecidas para su realización por los poderes públicos –esto es, la “*previsión, tratamiento, rehabilitación e integración*” –, ésta debe hacerse, como ocurre frente a toda delimitación de un concepto constitucional, teniendo en cuenta los valores imperantes en la sociedad siempre y cuando pueda encontrarse un reflejo de ellos en el propio marco constitucional. La norma constitucional carece de existencia independiente de la realidad, y por ende, su eficacia no puede extrapolarse de las circunstancias naturales, históricas y socioeconómicas. En todo caso, la Constitución es algo más que esas circunstancias fácticas, por poseer una fuerza normativa dirigida a ordenar y conformar la realidad política y social. Por ello, cabe afirmar la posibilidad de abordar la interpretación de toda norma constitucional como una actividad jurídica, pero sujeta a rasgos distintivos. El proceso interpretativo posee una estructura inequívocamente normativa; pero a la vez vinculada a las condiciones concretas de cada situación histórica que delimita el contexto de legitimidad en el que la legalidad constitucional opera.

Si bien el artículo 49 de la Constitución pudo haberse elaborado dentro de una ideología más propia del modelo médico –conforme a la época de su redacción-, al igual que ha venido ocurriendo con muchos otros conceptos, ello no es óbice para interpretarlo de conformidad tanto con los valores y principios constitucionales que identifican nuestro modelo jurídico-político cuanto con los cambios históricos que han sucedido en el ámbito y en el modo de entender, en este caso, la discapacidad. En relación con lo primero, la interpretación de la norma constitucional debe realizarse tomando como referentes aquellos criterios que establecen el marco de lo irrenunciable y que vienen representados por los derechos humanos. En relación con lo segundo, siempre desde la referencia anterior, adquiere protagonismo lo establecido en los artículos 10.2 y 96.1 de la Constitución, cuyos textos, respectivamente, establecen: “Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”, y “Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional”. Es decir, que estos artículos se configuran como puertas abiertas para la interpretación y el reconocimiento de derechos que, conforme a los textos internacionales que

ratifique el Estado español, permitan la más eficaz consecución de ese objetivo último.

Como reiteradamente ha afirmado el Tribunal Constitucional, la Constitución debe ser “interpretada de forma sistemática dado que la misma es un todo en el que cada precepto adquiere su pleno valor y sentido, en relación a los demás”¹³. El artículo 10.2 es un gran ejemplo de ello, si tenemos en cuenta su relación con el Título I del texto constitucional sobre los derechos y deberes humanos, y su conexión con el Capítulo III del Título III, dedicado a los Tratados internacionales (arts. 93 a 96). Las diferentes vías interpretativas del 10.2 nos sitúan como punto de partida ante dos caminos a recorrer. El primero de los caminos parte de considerar que los tratados aludidos por el precepto son una fuente de derechos fundamentales no reconocidos por la Constitución. El segundo, entiende que los tratados aludidos por el segundo párrafo del artículo 10 establecen un criterio de interpretación de los derechos *positivizados* en el Título I. Cabe destacar que ni la doctrina ni la jurisprudencia es unánime respecto de esta cuestión, aunque en el caso del Tribunal Constitucional su jurisprudencia demuestra una interpretación más bien restrictiva¹⁴.

Pero independientemente de la interpretación del artículo 10.2 que adoptemos, **resulta evidente que el marco jurídico internacional tiene influencia en la configuración jurídica de los derechos fundamentales recogidos en la Constitución, y contamos en este sentido con un gran número de normas internacionales que abordan de modo directo o indirecto la cuestión de la discapacidad.**¹⁵ Estas son, pues, **ventanas abiertas para la incorporación de las nuevas dimensiones del modelo social**, que permitirán que el propio texto constitucional se pueda constituir en el instrumento más eficaz para garantizar el libre desarrollo de la personalidad de las personas con discapacidad, respetando, así, su igual dignidad. Lo que supone articular de la mejor forma posible la igual libertad de los individuos. Y, en este sentido, la

¹³ STC del 14 de Febrero de 1983.

¹⁴ Véase por ejemplo: S.T.C 21/1981, de 15 de junio (F.J. 10º); S.T.C 78/1982, de 20 de diciembre (F.J. 4º); S.T.C 84/1989, de 10 de mayo (F.J. 5º); S.T.C 36/1991, de 14 de febrero (F.J. 5º); S.T.C 64/1991, de 22 de marzo (F.J. 4º).

¹⁵ Por resaltar las más importantes, se podría mencionar los Pactos de Derechos Civiles y Políticos, y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; la Convención Europea de Derechos y Libertades Fundamentales y Protocolos Adicionales; los Convenios de Derechos Humanos contra la discriminación de colectivos específicos, como la mujer, los niños, o la raza; o la elaboración de un convenio específico para personas con discapacidad, que se está negociando en el seno de las Naciones Unidas.

simple observación de los recientes cambios legislativos en el ámbito internacional y en el español, demuestran que los términos que la norma utiliza – “*previsión, tratamiento, rehabilitación e integración*”- han variado su sentido. De esta forma, desde la perspectiva específica de la accesibilidad, ésta tiene una implicación en cada una de estas nociones. Veamos cada una de ellas:

Prevención: Desde los nuevos enfoques en la materia, **la accesibilidad en la actualidad es percibida como una medida tendente a “prevenir” la discapacidad.** Esto se percibe fácilmente al analizar el mismo contenido de la idea de discapacidad como un fenómeno complejo, que incluye entre sus causas factores sociales (entre las que se destacan las barreras). Por tanto, la prevención de la discapacidad está integrada tanto por las medidas que tiendan a prevenir, por ejemplo, accidentes de tráfico, como las medidas tendentes a prevenir la construcción de edificios inaccesibles.

Tratamiento: En cuanto al tratamiento de la discapacidad, entre las cuestiones que cabrían dentro del mismo ocuparía un lugar preponderante el tratamiento jurídico y político. Y ello dentro de un cambio mucho más estructural, que implica que **la discapacidad no es solo una cuestión relacionada con políticas sanitarias ni de seguridad social, sino que es una cuestión de derechos humanos.** Y es esto último lo que debe primar al tratar o abordar la materia. Asimismo, conforme la línea interpretativa que se viene manteniendo, desde la perspectiva jurídica, entonces, **la accesibilidad pasa a ser una faceta relacionada con el ejercicio de los derechos.** Es decir, si desde la consideración de la discapacidad como una cuestión de derechos humanos la persona con discapacidad es esencialmente considerada un ciudadano con iguales derechos que los demás, entonces la accesibilidad pasará a ser una garantía o un elemento ineludible para el goce y ejercicio de dichos derechos, en igualdad de condiciones. Desde esta perspectiva, **la accesibilidad universal sería la condición que garantiza el ejercicio de los derechos a todas las personas.** De este modo, si se dice que un ciudadano tiene derecho al voto, pero cuando intenta ejercerlo el mismo es limitado o imposibilitado porque dicho individuo no puede acceder al sitio donde se ejerce e implementa, en realidad dicho derecho es vulnerado, porque la accesibilidad en el caso sería parte esencial del contenido de dicho derecho¹⁶.

¹⁶ Este modo de concebir la accesibilidad es adoptada en la Observación General Nro. 14 del Comité del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que desarrolla interpretativamente el contenido del artículo 12 del Pacto sobre “El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud”, 11/08/2000. E/C.12/2000/ Así, la Observación establece que:

EL SIGNIFICADO DE LA ACCESIBILIDAD UNIVERSAL Y SU JUSTIFICACIÓN EN EL MARCO NORMATIVO ESPAÑOL

Rehabilitación: Desde la configuración del proceso de rehabilitación de una persona con discapacidad no cabe duda de que la accesibilidad es también un instrumento necesario a los fines de brindarle el mayor grado de autonomía. El contar con un entorno accesible es un paso necesario en el proceso de rehabilitación, que se encuentra dirigido, entre otras cuestiones, a brindar a la persona las herramientas necesarias para alcanzar una vida plena en sociedad. Así viene siendo considerado en nuestro Ordenamiento jurídico desde la propia LISMI, cuando establece en el artículo 18 que “Se entiende por rehabilitación el proceso dirigido a que los minusválidos adquieran su máximo nivel de desarrollo personal y su integración en la vida social...”. No obstante, un enfoque integral puede conducirnos a asumir **la accesibilidad como una medida en el proceso de rehabilitación desde un sentido más amplio, dirigido a la normalización o rehabilitación social**. Así, la Ley 51/2003 establece en el artículo 2 inciso b) que 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

“12. El derecho a la salud en todas sus formas y a todos los niveles abarca los siguientes elementos esenciales e interrelacionados (...)

b) Accesibilidad. Los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser accesibles a todos, sin discriminación alguna, dentro de la jurisdicción del Estado Parte. La accesibilidad presenta cuatro dimensiones superpuestas:

i) No discriminación: los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser accesibles, de hecho y de derecho, a los sectores más vulnerables y marginados de la población, sin discriminación alguna por cualquiera de los motivos prohibidos.

ii) Accesibilidad física: los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán estar al alcance geográfico de todos los sectores de la población, en especial los grupos vulnerables o marginados, como las minorías étnicas y poblaciones indígenas, las mujeres, los niños, los adolescentes, las personas mayores, las personas con discapacidades y las personas con VIH/SIDA. La accesibilidad también implica que los servicios médicos y los factores determinantes básicos de la salud, como el agua limpia potable y los servicios sanitarios adecuados, se encuentran a una distancia geográfica razonable, incluso en lo que se refiere a las zonas rurales. Además, la accesibilidad comprende el acceso adecuado a los edificios para las personas con discapacidades.

iii) Accesibilidad económica (asequibilidad): los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán estar al alcance de todos. Los pagos por servicios de atención de la salud y servicios relacionados con los factores determinantes básicos de la salud deberán basarse en el principio de la equidad, a fin de asegurar que esos servicios, sean públicos o privados, estén al alcance de todos, incluidos los grupos socialmente desfavorecidos. La equidad exige que sobre los hogares más pobres no recaiga una carga desproporcionada, en lo que se refiere a los gastos de salud, en comparación con los hogares más ricos.

iv) Acceso a la información: ese acceso comprende el derecho de solicitar, recibir y difundir información e ideas acerca de las cuestiones relacionadas con la salud. Con todo, el acceso a la información no debe menoscabar el derecho de que los datos personales relativos a la salud sean tratados con confidencialidad”.

persona”. Es decir, que la misma norma infiere que el poder “acceder” en igualdad de oportunidades, a los mismos lugares, ámbitos, bienes y servicios que se encuentran a disposición del resto de personas, es una condición ineludible para que las personas con discapacidad puedan llevar una vida plena.¹⁷ Este principio establece que a las personas con discapacidad se les deben ofrecer formas de vida y condiciones de existencia tan parecidas como sea posible a las circunstancias habituales de la sociedad a la cual ellas pertenecen, y que, al mismo tiempo, estén en condiciones de aprovecharlas en la mayor medida posible para su desarrollo y máximo nivel de autonomía. Ello no significa la negación de la deficiencia, o que la persona con discapacidad deba adaptarse a la forma de vida de las personas sin discapacidad. La normalización implica que las personas con discapacidad tengan los mismos derechos y obligaciones que los demás miembros de la sociedad, y que, en la medida de lo posible, puedan utilizar los servicios que comúnmente emplean los demás. De lo que se trata es de normalizar el entorno de esas personas, lo que lleva a la adaptación de los medios y las condiciones de vida acordes con sus necesidades. Es decir, que **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.**

Integración: Resulta evidente que los cambios en el modo de asumir el fenómeno de la discapacidad han generado también modificaciones a la hora de entender el significado de la integración. Desde el modelo anterior se pretendía que la persona con discapacidad se amoldara, recuperara, normalizara, a los fines de poder “ser integrada” en la sociedad. Desde la visión actual, **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**

¹⁷ El principio de normalización fue inicialmente desarrollado exclusivamente en el ámbito de la discapacidad mental, aunque luego ha ido evolucionando y extendiéndose al resto de las discapacidades. La irrupción de este principio se produjo a finales de la década de los sesenta en los países escandinavos. El mismo tuvo su origen cuando en el año 1959 el gobierno danés dictó una ley relativa al cuidado de personas con discapacidad mental, en la que se planteaba como objetivo primario el hecho de *normalizar* sus vidas.

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 otra cuestión, y es que, en relación con las personas con discapacidad, 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 todos los ciudadanos**. Por ende, desde la perspectiva de los derechos fundamentales, **los poderes públicos se encuentran obligados a asegurar su efectividad respecto de todos los ciudadanos, y, entre ellos, de las personas con discapacidad, pero no porque sean personas con discapacidad, sino porque son ciudadanos**. Esta efectividad deriva directamente de los mandatos constitucionales, sin que pueda hacerse depender de la presencia de un desarrollo legislativo. En este sentido, la accesibilidad universal forma parte de esa exigencia de necesaria satisfacción para hacer efectivos los derechos fundamentales a todos los ciudadanos. La presencia de una discapacidad podrá suponer una *peculiar forma de ejercicio* de esos derechos, y la necesidad de que los poderes públicos adopten para ello las medidas oportunas, pero nunca su negación ni obstaculización. En definitiva, la peculiaridad en el ejercicio de los derechos derivará de las condiciones propias de cada individuo, y no de su catalogación o inclusión en un colectivo determinado.

De esta manera, la pretensión de vigencia de la Constitución como norma vinculante manifestada enérgicamente en el artículo 9.1 (los ciudadanos y los poderes públicos se encuentran sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico) adquiere su mayor intensidad en lo que atañe a los derechos fundamentales, como resulta del artículo 53 en sus apartados 1 y 2. De esta manera, los poderes públicos se encuentran obligados, no solo al respeto de esos derechos, sino a una interpretación de las normas del Ordenamiento que potencie ese respeto. Y la vigencia y ejercicio de los derechos fundamentales no puede encontrarse limitada por las características personales de quien pretenda ejercerlos. En este sentido, nos encontramos, no ya en el ámbito del Estado Social y de los principios económicos y sociales del Capítulo III del Título Primero, sino en el ámbito del Estado de Derecho y de los derechos del Capítulo II del mismo Título (y entre ellos *“de los derechos fundamentales y de las libertades públicas”*). En consecuencia, la discapacidad no puede ser excusa para impedir la plena titularidad y ejercicio efectivo de los derechos fundamentales, con las consecuencias que ello conlleva respecto de las obligaciones, activa y pasiva de

los poderes públicos, y de la inmediata exigibilidad de esos derechos, también por la vía jurisdiccional del artículo 53.2. No se omite la consideración del hecho de que **el artículo 49 reconozca un plus de dificultades de las personas con discapacidad para el ejercicio de los derechos, que debe compensarse a través de ciertas medidas. Pero estas medidas se integran en el mismo concepto constitucional de derecho fundamental en lo que se refiere a las personas con discapacidad. Desde este enfoque, dejarían de ser un grupo especial de protección, para pasar a ser ciudadanos titulares de derechos como los demás, y como los demás también acreedores de plena protección. Y esta protección a través de medidas especiales, sería sólo una expresión más de la protección general de los derechos fundamentales.**

Como se verá más adelante, lo anterior debe relacionarse con el artículo 14 de la Constitución española. Los derechos de igualdad de los que son titulares las personas con discapacidad no derivan de su condición de tales, sino de su condición de ciudadanos. Por ello es que, además, se impone extender a las personas con discapacidad las consideraciones generales aplicables a todos los titulares de esos derechos, y la accesibilidad es, entre otras cosas, un requisito *sine qua non* para el ejercicio de dicha titularidad.

1.2.2.- El artículo 10.1 de la Constitución española. La dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad

El artículo 10.1 de la Constitución, con el que se abre el Título I “De los derechos y deberes fundamentales”, establece que “La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”. Unos objetivos que buena parte de la doctrina ha entendido como los objetivos últimos que se han de perseguir con la construcción del Estado social y democrático de Derecho, en que, conforme señala el artículo 1.1, se constituye el Estado español tras la aprobación del texto constitucional. Son, en este sentido, el fundamento real del orden político jurídico que rige en la sociedad española. Aunque entre esos objetivos se podría señalar un orden de prevalencia, en el sentido de que el respeto a la ley y a los derechos de los demás no deja de ser un requisito necesario para que se den los primeros objetivos señalados. Es decir, para que se pueda realizar efectivamente el respeto a la dignidad de las personas,

sus derechos y el libre desarrollo de sus diferentes personalidades, es necesario que todos los ciudadanos, de una forma generalizada, respetemos el Ordenamiento jurídico, que organiza, institucionaliza y racionaliza el poder político y las relaciones sociales, estableciendo unas estructuras básicas para que ello sea posible. Y todo ello sólo es posible desde el momento en que se respeten los derechos de los demás, aspecto que sólo hace que subrayar el elemento más trascendental que incorpora el respeto a la ley –pues en ésta se ha de entender incluido el reconocimiento y protección de los derechos-. Por otra parte, también cabe entender que existe una subordinación del reconocimiento y protección de los derechos fundamentales a la consecución de los otros dos objetivos principales. Pues si atendemos a la consideración de por qué y para qué se reconocen esos derechos fundamentales, cabría entender que los mismos son inherentes a la idea que en nuestras sociedades se tiene de lo que se considera que constituye la dignidad de la persona y que son necesarios para que las personas puedan realmente ejercer su libertad y, así, conseguir el libre desarrollo de su personalidad.

Habría que considerar, pues, que el objetivo último que marca nuestro texto constitucional es el de conseguir que se respete la dignidad humana que todos los individuos tenemos por igual, lo que se realizaría garantizando el libre desarrollo de la personalidad de todos los individuos, y siendo para ello necesario el reconocimiento y protección de los derechos fundamentales, que constituyen, así, los instrumentos políticos y jurídicos idóneos para su consecución. En este sentido, hay que considerar que para su efectiva consecución han de trabajar las instituciones políticas y jurídicas que rigen en nuestra sociedad.

Un objetivo que es predicable de todas las personas que componen la sociedad, por lo que, obviamente, también lo es de las personas con discapacidad. De esta manera, **los derechos fundamentales que se reconocen son los instrumentos político jurídicos idóneos para 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. Para lo que, evidentemente, tiene una importancia básica cómo se garantice el libre ejercicio de los derechos fundamentales por las propias personas con discapacidad, y, así, la configuración que se haga de la accesibilidad universal.** Y, en este camino, resulta asimismo necesario remitirnos a los valores superiores del artículo 1.1 de la Constitución.

1.2.3.- El artículo 1.1 de la Constitución española. La libertad, la justicia y la igualdad.

El artículo 1.1 de nuestra Constitución establece que “España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su Ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político”. Los cuatro constituyen piedras angulares del edificio constitucional, sin embargo, conforme a lo antes señalado, cabría entender que son los valores de libertad e igualdad los que más directamente se relacionan con el tema principal de este informe. Pues el valor libertad es el que más radicalmente se vincula con el objetivo básico de conseguir el libre desarrollo de la personalidad de los individuos de la sociedad, aunque, necesariamente, con igual respeto a todas los individuos. En este sentido, nos parece muy clarificador de su significado lo establecido por nuestro Tribunal Constitucional en el Fundamento Jurídico 6º de su Sentencia 132/1989, de 18 de julio, en el sentido de que el artículo 1.1 del texto constitucional “consagra la libertad como «valor superior» del Ordenamiento jurídico español, lo que implica, evidentemente, el reconocimiento, como principio general inspirador del mismo, el de la autonomía del individuo para elegir entre las diversas opciones vitales que se le presenten, de acuerdo con sus propios intereses y preferencias”.

Podría pensarse que, en principio, debería ser el valor justicia el primordial de los señalados, por ser el objetivo que tradicionalmente ha sido expresamente perseguido en toda sociedad política y jurídica. Sin embargo, la genérica indeterminación de su contenido hace necesario establecer algún criterio que permita determinar, dentro de los innumerables posibles contenidos que se le podrían dar a ese término, cuál es el que se ha de entender que constituye su contenido esencial, que sería el que realmente se propugnaría como valor fundamental en nuestro texto constitucional. En este sentido, la determinación del contenido del valor justicia tal como se reconoce en nuestra Constitución ha de pasar, pues, necesariamente, por su interpretación sistemática conforme al resto de normas de la Constitución. Y así, a la luz del carácter esencial que, conforme a lo establecido en el artículo 10.1, tiene el respeto por la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad de los individuos, habría que entender que es el valor libertad, en adecuada conjunción con el de la igualdad, el que ha de ser el centro del contenido del valor justicia. No obstante, hay que señalar, inmediatamente después, que eso no hace en absoluto superfluo el reconocimiento del valor superior justicia, si no que, al contrario, su inclusión fue muy acertada, más allá

del contenido que del mismo pensarán en aquél momento los propios constituyentes, porque, precisamente por esa gran indeterminación que posee el valor justicia, el mismo será la vía adecuada para la incorporación de otros valores superiores que si bien no tuvieron un reconocimiento explícito en la Constitución hay que entender que incorporan dimensiones necesarias para el cumplimiento del objetivo básico de garantizar el respeto a la igual dignidad de los individuos que ha de permitir el libre desarrollo de sus distintas personalidades.

La importancia esencial que adquiere la libertad, base de nuestra idea de dignidad humana que se realiza a través del libre desarrollo de la personalidad, implica, en el marco moral, la defensa de una idea de individuo como sujeto moral, lo que supone considerar a éste como ser dotado de libertad de elección y con una vida orientada hacia el logro de planes de vida (libertad moral), únicamente limitados por el respeto a la integridad física y moral del resto de los sujetos (por el respeto a la libertad de elección y moral de los otros).

La consecución de los propios planes de vida, esto es, el logro de una vida humana digna, del libre desarrollo de la personalidad, es algo que le corresponde determinar a cada individuo desde su propia autonomía moral. Y esa vida humana digna necesita de la satisfacción de una serie de exigencias y necesidades, que se presentan como instrumentos necesarios para ello. Esta es, precisamente, la función principal de los derechos, permitir un igual desarrollo independiente de la autonomía individual.

En conexión con lo anterior, dado que el logro de una vida humana digna es algo eminentemente subjetivo, una vez que se remueven los obstáculos y una vez que se reconocen los derechos, debemos desembarazarnos de ciertos patrones ideales que proyectamos sobre ese concepto de vida humana digna y que convierte en indigna y especial la situación en la que se encuentran ciertos colectivos. Poder caminar, ver, oír o comunicarse son, en las sociedades contemporáneas, auténticas ventajas, por lo que es necesario facilitar esas posibilidades a los que no las tienen satisfechas. Pero, al mismo tiempo, **es importante advertir sobre la posibilidad** (y la exigencia, en este sentido, de trabajar para que esa posibilidad se logre en la máxima medida posible para el mayor número de personas posible) **de alcanzar el libre desarrollo de la personalidad, una vida humana digna, teniendo reducidas esas capacidades, siempre y cuando tengamos en cuenta el valor de la autonomía y la independencia de los sujetos.**

Por otra parte, puede ser conveniente realizar una última reflexión sobre el hecho de que para la determinación de aquello que puede constituir un plan de vida aceptable en la sociedad desde el presupuesto de la libertad de elección y sus exigencias derivadas, se exige su puesta en discusión, en una discusión que requiere de una estructura que sirve de justificación a los derechos. En este sentido, se hace necesaria la existencia de procedimientos para la deliberación y la toma de decisiones, apoyadas en la idea del consenso y donde la igualdad desempeñe un importante papel. La exigencia del respeto a la libertad de elección en el ámbito del dinamismo de la libertad (el paso de la libertad de elección a la libertad moral de la persona), exige situar a todos los sujetos en iguales condiciones para la determinación de los instrumentos que permitan el logro de una vida humana digna. La idea de igualdad es, pues, consustancial al propio discurso de los derechos.

1.2.4. Los artículos 14 y 9.2 de la Constitución española.

Como se ha señalado, el objetivo básico del respeto a la dignidad de la persona con el libre desarrollo de su personalidad implica que el valor libertad ha de ser adecuadamente complementado, de manera esencial, con el valor igualdad. Y en este sentido el artículo 1.1 se ha de entender junto a las dimensiones de los artículos 14 y 9.2 de la Constitución, pues es conforme a ellos que se puede dar un adecuado reconocimiento, respeto y protección para que las personas con discapacidad puedan diseñar y desarrollar sus propios planes de vida en igualdad de oportunidades que el resto de los individuos de la sociedad. De hecho, esos dos son los artículos que, como frecuentemente se recuerda (tanto desde un plano doctrinal como jurisprudencial), incorporan, respectivamente, las dimensiones “formal” y “material” del valor igualdad. Conviene, pues, detenerse en analizar las dimensiones de la igualdad¹⁸.

¹⁸ No obstante, también hay que apuntar que el contenido del artículo 9.2 puede entenderse como una vía adecuada para la incorporación de las dimensiones del valor solidaridad, y así ha sido entendido por parte de la doctrina y por nuestro Tribunal Constitucional.

1.2.4.1.- La igualdad como valor superior

Podríamos señalar que existen tres facetas que se generan al considerar la igualdad como valor superior de nuestro Ordenamiento jurídico, según se reconoce en el artículo 1.1 de la Constitución. En primer lugar, la igualdad como valor superior posee una dimensión fundamentadora cuyo fin es dotar de sentido a todo el Ordenamiento jurídico. En segundo lugar, la igualdad como valor superior, es también la guía para orientar la interpretación teleológica de la Constitución; es decir, cualquier disposición normativa que persiga fines distintos o contrarios al valor igualdad es ilegítima¹⁹. Y, por último, el valor igualdad es el criterio para medir la legitimidad de las diversas manifestaciones del sistema de legalidad, es así un parámetro de valoración. Adviértase que el valor superior igualdad no se aplica para resolver conflictos jurídicos concretos, sino que su específica misión, consiste precisamente en condicionar y orientar el proceso interpretativo.

Esta tercera característica del valor superior igualdad, que la califica como parámetro de valoración, se traduce en considerar a la igualdad, por un lado, como “norma de cierre” o “norma de clausura”, y, por otro, como “norma de apertura”. De esta manera, **la igualdad como valor superior es una “norma de cierre o de clausura”, dado que es un límite infranqueable que es imposible sobrepasar a la hora de interpretar la Constitución. Pero la igualdad como valor superior es también una “norma de apertura”, ya que se adapta a la realidad social ofreciendo nuevas soluciones normativas.**

1.2.4.2.- La igualdad como principio: igualdad formal e igualdad material

La igualdad en su dimensión de principio ha sido acogida en nuestra Constitución en sus dos vertientes: como igualdad formal y como igualdad material.

¹⁹ La finalidad del valor superior igualdad es orientar a todo el Ordenamiento, y así ha sido considerada por nuestro Tribunal Constitucional en numerosas sentencias (sirva a modo de ejemplo la STC 53/1981, de 8 de junio).

EL SIGNIFICADO DE LA ACCESIBILIDAD UNIVERSAL Y SU JUSTIFICACIÓN EN EL MARCO NORMATIVO ESPAÑOL

El principio de igualdad formal se recoge en el artículo 14 de la Constitución Española, que literalmente señala que: “Los españoles son iguales entre la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”. Se traduce así, básicamente, en la exigencia de tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales, dentro del ámbito de la ley, y se desarrolla a través de dos facetas básicas que no son coetáneas en el tiempo: la igualdad *ante* la ley, y la igualdad *en* la ley. En un primer momento histórico la igualdad formal implica una exigencia de igualdad *ante la ley* o en la aplicación de la ley, que exige que en el momento de su aplicación la ley sea igual para todos.

Pero posteriormente surge una mayor sensibilidad frente a las desigualdades, y comienza a entenderse también la posibilidad de exigir la igualdad no solo frente a la Administración y los tribunales, sino incluso frente al legislador, es la igualdad *en* la ley. Se impone al legislador la obligación de garantizar un trato igual a los ciudadanos, prohibiéndole dictar normas discriminatorias.

El artículo 14 de la Constitución española incluye estas dos facetas de la igualdad formal, a pesar de que no aparezca expresamente la igualdad *ante* la ley. Así lo ha reconocido en numerosas sentencias nuestro Tribunal Constitucional. Y podríamos afirmar que la igualdad va más allá del control legislativo, y que impregna al conjunto de nuestro sistema jurídico (STC 22/1981, de 2 de julio, y 49/1982, de 14 de julio). La igualdad ante la ley se fundamenta básicamente en tres puntos: generalidad y abstracción de la ley; igual capacidad jurídica de todos los ciudadanos ante los Tribunales; e igual aplicación de la ley.

Mientras **la igualdad formal demanda relaciones de igualdad en el contenido y aplicación de la ley**, la igualdad material lo hará en el ámbito económico y social para potenciar plenamente la igualdad que, junto a la libertad, debe amparar todo Estado social de Derecho. Es la exigencia de tratar igual a todos los individuos en el ámbito económico y social, con la salvedad de poder llevar a cabo tratamientos diferenciados justificados.

El principio de igualdad material aparece en el artículo 9.2 de nuestra Constitución, que en su letra atribuye a los poderes públicos la tarea de “promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida

política, económica, cultural y social”. **Lo que se pretende con la igualdad material es equiparar a los individuos en sus condiciones reales de existencia, no sólo para garantizar su seguridad, sino además para permitir el ejercicio efectivo de su libertad individual.** Para conseguir este objetivo, resulta imprescindible equilibrar en la medida de lo posible los bienes y situaciones económicas y sociales.

La igualdad material es un objetivo a alcanzar que impone para su consecución una actuación estatal, ya sea removiendo los obstáculos que la dificultan, o favoreciéndola directamente a través de una actitud positiva, o de hacer. En nuestra Constitución esta obligación estatal es enunciada en el artículo 9.2 mediante los términos “promover” y “remover”. Sin esa intervención estatal que promueva la igualdad material ésta sería inalcanzable.

Siempre que se exige la igualdad material, ésta se refiere a la presencia real de la igualdad en las relaciones sociales existentes en un momento histórico determinado. Lo cual se traduce en que es la propia sociedad, con sus peculiaridades, con su historia, la que configura las reivindicaciones de igualdad material. Esas dimensiones las podemos entender incluidas dentro de la igualdad de oportunidades, tal y como hace la Ley española 51/2003.

Por último, conviene dejar constancia de que **existe una necesaria interrelación entre la igualdad formal y material.** Pues, como se ha señalado, mientras que la igualdad formal supone la igual consideración de todos los hombres en lo relativo al contenido y a la aplicación de la ley, la igualdad material pretende superar las diferencias reales existentes en la sociedad. Precisamente porque ambas vertientes están coordinadas, es posible aceptar la existencia de diferenciaciones justificadas en el seno de la igualdad formal para llevar a cabo la igualdad material. El artículo 14 de la Constitución no impone una prohibición absoluta de establecer diferencias; sólo prohíbe aquellas diferenciaciones carentes de justificación.

Ambas vertientes del principio de igualdad (material y formal) resultan imprescindibles y no son excluyentes, porque la igualdad jurídica o ante la ley que consagra el artículo 14, no significa lo mismo que la igualdad económica, real y efectiva de todos los españoles. Siguiendo este argumento, conviene no olvidar la doble función del principio de igualdad en nuestro sistema constitucional, puesto que es una meta u objetivo trascendente a alcanzar en el orden económico-social (artículo 9.2); además de funcionar como garantía de generalidad y regularidad del Ordenamiento jurídico (artículo 14).

El Tribunal Constitucional ha señalado que el artículo 14 de la Constitución Española, no impide que a lo largo del tiempo puedan existir cambios normativos que configuren tratamientos desiguales (STC 88/1991, de 25 de abril). Por ello, “el artículo 9.2 puede actuar como un principio matizador de la igualdad formal consagrada en el artículo 14 de la Constitución, permitiendo regulaciones cuya desigualdad formal se justifica en la promoción de la igualdad material”; y se reitera que la incidencia del mandato contenido en el artículo 9.2, modula el artículo 14, “en el sentido, por ejemplo, de que no podrá reputarse de discriminatoria y constitucionalmente prohibida -antes al contrario- la acción de favorecimiento, siquiera temporal, que aquellos poderes emprendan en beneficio de determinados colectivos históricamente preteridos y marginados” (STC 98/1985 de 29 de julio).

1.2.4.3.- La igualdad como derecho: el derecho a la no discriminación y los tratamientos jurídicos diferenciados

La Constitución Española reconoce en su artículo 14 a la igualdad como un derecho fundamental. Si bien en un primer momento el Tribunal Constitucional fue reticente a reconocerlo²⁰, existe ya una línea jurisprudencial consolidada que si que lo reconoce. Sirva de ejemplo la STC 68/1991 de 17 de noviembre, en donde se afirma: “en su sentido originario, del principio de igualdad se ha derivado, en la tradición constitucional europea, un derecho de los ciudadanos a la igualdad ante la ley, un derecho a que ésta sea aplicada a todos por igual, sin tener en cuenta otro criterio de diferenciación entre las personas o entre las situaciones que aquellos contenidos en la misma ley”²¹.

²⁰ Así en contra de la consideración del derecho a la igualdad pueden citarse las STC 22/1981 de 2 de junio o STC 76/1983 de 5 de agosto, que dice expresamente que “la igualdad reconocida en el artículo 14 CE no constituye un derecho subjetivo autónomo existente por sí mismo”. Mientras que a favor se pronunciaba el Tribunal en su STC 49/1982 de 14 de julio, señalando que “el artículo 14 de la Constitución, al establecer el principio general de que los españoles son iguales ante la ley, establece un derecho subjetivo a obtener un trato igual, impone a los poderes públicos la obligación de llevar a cabo ese trato igual y al mismo tiempo, limita el poder legislativo y los poderes de los órganos encargados de la aplicación de las normas jurídicas”

²¹ Y son numerosas las sentencias que corroboran este planteamiento, que sitúa la igualdad como un derecho, entre otras la STC 49/1982 de 14 de julio; STC 162/1985 de 29 de noviembre o la STC 166/ 1985, de 9 de diciembre.

Así, desde el artículo 14 es posible construir un derecho a la igualdad que, en lo básico, se traduce en la exigencia de no discriminar. Por otro lado, y 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.

El término discriminación se utiliza para hacer referencia a una diferenciación subjetiva, irrazonable y desproporcionada, y por tanto, a una diferenciación no justificada. Esta discriminación puede proyectarse sobre un colectivo concreto, ocasionando al grupo o a las personas que pertenecen a él, un determinado retroceso social. En este sentido, desde un planteamiento clásico aristotélico, discriminar significa romper con la regla de justicia según la cual los iguales deben ser tratados de manera igual y los desiguales de manera desigual. Sin embargo, este enfoque no es suficiente para explicar el fenómeno de injusticia que ha dado lugar a la justificación y al origen del Derecho antidiscriminatorio, ya que con esa noción clásica quedan sin explicar dos características, que como se verá más adelante, son aplicables a la discapacidad:

En primer lugar el carácter *grupal* de la injusticia (ya que no se trata de que una persona sea tratada de manera desigual o injusta respecto de otra persona perteneciente a su mismo grupo). Es decir, que no son casos individuales, sino que detrás de un caso individual existe una dimensión de *injusticia intergrupal*. En segundo lugar, aunque muy relacionado con lo anterior, nos enfrentamos ante la circunstancia del *diferente estatus o situación de poder social* de ese grupo al que pertenece esa persona y por lo cual se le trata injustamente. Es decir, que a la persona se la trata injustamente, no por su pertenencia a un grupo cualquiera, sino por pertenecer a un grupo socialmente subordinado, y por ende minusvalorado, desaventajado. En el caso de la discapacidad, ello conlleva asimismo a una situación de discriminación estructural, entendida como aquella que se plantea desde las normas públicas vigentes y desde las prácticas administrativas, y que por lo tanto nos permite hablar de un “marco institucional discriminatorio”.

Por ello, este plus de protección necesario, que se otorga a la prohibición de discriminación, se basa entre otras cosas, en la clasificación de las diferencias *sospechosas*, hasta que se pruebe lo contrario, que tienen como base estos grupos tradicionalmente discriminados. Conviene señalar que por *categorías sospechosas* se entienden aquellas diferenciaciones que se basan en la mayoría de las ocasiones en el sexo, la raza o en el hecho de tener una discapacidad. Son *categorías sospechosas* de sufrir una discriminación porque tradicionalmente éstos han sido los grupos más afectados por las discriminaciones. Por tanto, con independencia

de que posiblemente en un futuro se extienda este grupo de *categorías sospechosas*, (sobre todo, teniendo en cuenta la cláusula abierta que nos ofrece el artículo 14 de la Constitución), puede afirmarse que en la actualidad esta especial protección, se limita únicamente a las causas citadas.

La práctica legislativa y jurisprudencial únicamente se ha centrado en estos tres supuestos para configurar esas *categorías sospechosas* (STC 19/1989 de 31 de enero, o STC 103/1983 de 22 de noviembre). Cualquier diferenciación que se lleva a cabo por esos tres supuestos deberá justificarse con un plus mayor en su objetividad, razonabilidad y proporcionalidad.

De esta manera, **la prohibición de discriminación se ha configurado como un derecho fundamental y, por tanto, no es una simple especificación del principio de igualdad, sino un mandato especial que, aun cuando derivado del principio de igualdad, va más lejos y dice algo distinto del mandato de igual protección en el marco de la ley.**

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 hacía 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.

La definición de discriminación *indirecta* en nuestro Ordenamiento ha sido configurada por el Tribunal Constitucional, órgano que se ha encargado de concretar este concepto, influido por las experiencias estadounidense y europea. Al igual que en estos dos marcos jurídicos, en el español el concepto de discriminación indirecta surge inicialmente en el marco laboral y, sobre todo, en lo relativo a la exigencia de la igualdad *entre sexos*.²² El concepto de la

²² La manifestación más evidente de *discriminación indirecta* ha venido ligada a los criterios de determinación de la clasificación profesional y a su relación con el establecimiento de diferentes remuneraciones. A partir del artículo 24.2 del Estatuto de los Trabajadores, se han considerado ilícitas algunas formas de clasificación que se basaban en el establecimiento de categorías reservadas a hombres y mujeres. Todo ello, a pesar de que, por ejemplo, la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de mayo de 1980, considerara lícito el establecimiento de categorías específicamente femeninas siempre que el trabajo fuera “de distinta clase y rendimiento de los

discriminación indirecta por razón de sexo ha sido elaborado por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, precisamente con ocasión del enjuiciamiento de determinados supuestos de trabajo a tiempo parcial a la luz de la prohibición de discriminación por razón de sexo del artículo 119 del Tratado de la Comunidad Económica Europea (actual artículo 141 del Tratado de la Comunidad Europea) y las Directivas comunitarias de desarrollo. Puede resumirse en una fórmula reiterada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en múltiples de sus fallos²³, en la que se establece que “es jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia que el Derecho comunitario se opone a la aplicación de una medida nacional que, aunque esté formulada de manera neutra, perjudique a un porcentaje muy superior de mujeres que de hombres, a menos que la medida controvertida esté justificada por factores objetivos ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo”.

La primera vez que se aludió concretamente a esta distinción en nuestro Ordenamiento jurídico fue a través de la Sentencia del Tribunal Constitucional 145/91, de 1 de julio, en la que se afirma que mientras la discriminación directa es “aquel tratamiento diferenciado perjudicial en razón de sexo” la *discriminación indirecta* comprende “aquellos tratamientos formalmente no discriminatorios de los que derivan, por las consecuencias fácticas que tienen lugar entre trabajadores de distinto sexo, consecuencias desiguales perjudiciales por el impacto diferenciado y desfavorable que tratamientos formalmente iguales o tratamientos razonablemente iguales tienen sobre los trabajadores de uno u otro sexo a causa de la diferencia de sexo”. Esta sentencia ha sido fundamental para configurar este concepto de *discriminación indirecta*, con independencia de que ya existían algunos antecedentes en nuestra jurisprudencia en este mismo sentido (sentencias como las de nuestro Tribunal Supremo, de 15 de julio de 1986 y de 3 de marzo de 1988, donde se consideró que el cumplimiento de ciertos requisitos para acceder al empleo pueden ser considerados discriminatorios si son irrelevantes para el ejercicio del mismo). Asimismo, se destaca la necesidad de que la discriminación, teniendo en cuenta que se caracteriza por constituirse a través de las denominadas *categorías sospechosas*, “no puede limitarse a valorar si la diferencia de trato tiene, en abstracto, una justificación objetiva y razonable, sino que debe entrar a analizar, en concreto, si lo que aparece como una diferenciación formalmente

desempeñados por varones” y la diferencia “provenga de las peculiaridades del sexo femenino”, aunque en todo momento declarando ilícito los “coeficientes reductores al trabajo de la mujer”).

²³ Entre otros, en las SSTJCE: de 27 de junio de 1990, asunto *Kowalska*; de 7 de febrero de 1991, asunto *Nimz*; de 4 de junio de 1992, asunto *Bötel*; o de 9 de febrero de 1999, asunto *Seymour-Smith y Laura Pérez*.

razonable no encubre o permite encubrir una discriminación contraria al artículo 14 de la Constitución Española”²⁴. A ello la siguieron una serie de pronunciamientos en igual sentido²⁵, entre la que se destaca la STC 253/2004, de 22 de diciembre. En esta ocasión el Tribunal Constitucional, al analizar nuevamente los efectos de una norma respecto de la discriminación indirecta por motivos de sexo, reitera la doctrina anterior en cuanto a su marco conceptual, y resalta además una cuestión de gran trascendencia, al establecer que “la incorporación de la discriminación indirecta como contenido proscrito por el art. 14 CE repercute en la forma en la que el intérprete y aplicador del Derecho debe abordar el análisis de este tipo de discriminaciones, ya que implica que “cuando ante un órgano judicial se invoque una diferencia de trato (...) y tal invocación se realice precisamente por una persona perteneciente al colectivo tradicionalmente castigado por esa discriminación —en este caso las mujeres—, el órgano judicial no puede limitarse a valorar si la diferencia de trato tiene, en abstracto, una justificación objetiva y razonable, sino que debe entrar a analizar, en concreto, si lo que aparece como una diferenciación formalmente razonable no encubre o permite encubrir una discriminación contraria al art. 14 CE” (STC 145/1991, de 1 de julio, FJ 2). Para ello deberá atender necesariamente a los datos revelados por la estadística (STC 128/1987, de 14 de julio, FJ 6)”. Es decir, que según lo sostenido por el Tribunal, **para la valoración respecto de la existencia o no de una discriminación indirecta deben tenerse presentes las consecuencias que de la medida adoptada se derivan para el grupo o persona que se supone afectada**. En este sentido, el órgano constitucional ha adoptado la teoría del *disparate impact* (impacto o efecto adverso) estadounidense, según la cual **no se exige intencionalidad, sino que se tienen en cuenta los efectos adversos de la norma o conducta**. Evidentemente, esto tiene consecuencias de gran envergadura en el ámbito de la discapacidad, y más concretamente de la accesibilidad —o mejor dicho de las consecuencias discriminatorias de la falta de accesibilidad—, en donde la falta de intención es en muchos casos clara, pero que no repercute en absoluto

²⁴ Asimismo, el Tribunal Constitucional acude al ámbito internacional —en concreto al marco europeo—, para reiterar la diferencia que existe entre la formulación inicial del principio estricto de igualdad salarial, por identidad de trabajo, y una concepción más amplia del principio de igualdad salarial, ante trabajos de “igual valor”. Se remite nuestro Tribunal Constitucional al artículo 119 del Tratado de Roma (141 actual), señalando cómo la terminología que utiliza este artículo de «un mismo trabajo», ha sido interpretada extensivamente por la jurisprudencia comunitaria y ampliada a través de la Directiva 75/177, cuyo artículo 1 define el principio de igualdad y de remuneración como implicando «para un mismo trabajo o para un trabajo al que se le atribuya un mismo valor, la eliminación, en el conjunto de los elementos y condiciones de retribución, de cualquier discriminación por razón de sexo». Véase, asimismo, STC 22/1994.

²⁵ SSTC 22/1994, 240/1999, 198/1996, 145/1991, 286/1994 y 147/1995, por ejemplo.

sobre la discriminación vivida por las personas a quienes la accesibilidad no le es garantizada.

Pasando al marco legal infraconstitucional, ciertas Directivas comunitarias²⁶ brindan conceptos de discriminación indirecta, que han sido traspuestos en el tema que nos ocupa a través de las Leyes 51/2003, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, y 62/2003, de medidas fiscales administrativas y del orden social. En cuanto a su definición, 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”. En la misma línea que la doctrina desarrollada por el Tribunal Constitucional, la ley comentada caracteriza a la discriminación indirecta a partir de un acto, norma, entorno, producto o servicio *aparentemente neutro*. Esta neutralidad se refiere a que los entornos, productos, actos o acciones formalmente no serían discriminatorios, pero terminan siéndolo por las consecuencias desfavorables derivadas, que repercuten sobre un determinado grupo o persona. Es decir, que **el acto, norma, pacto criterio o práctica, decisión, entorno, producto o servicio deben ser aparentemente neutros, ya que de otro modo no nos encontraríamos frente a una discriminación indirecta sino frente a una discriminación directa**. Asimismo, según indica la ley, **ese acto, norma, pacto, criterio, práctica, decisión, entorno, producto o servicio deben poder colocar a la persona con discapacidad en una situación de desventaja respecto de otra persona sin discapacidad**. Es decir, que la persona sufra la desventaja en razón de su discapacidad. A ello **la ley establece una excepción: y es que la conducta aparentemente neutra que coloque a la persona con discapacidad en una situación de desventaja sea la consecuencia de una finalidad legítima; siempre que los medios para alcanzar esa finalidad sean proporcionales - adecuados y necesarios según la terminología utilizada por la ley-**.

Esa excepción introducida por la Ley española, pretende dejar a salvo el establecimiento de distinciones o de requisitos específicos en determinadas

²⁶ En concreto, la Directiva 2000/78, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.

circunstancias, siempre que se encuentren objetivamente justificadas. Así, el hecho de establecer un estándar de visión para otorgar una licencia de conducir es una norma que impide que las personas con determinadas deficiencias visuales puedan obtenerla; pero esa exigencia se encontraría debidamente justificada por motivos de seguridad, y los medios utilizados (la exigencia de determinados estándares de visión) serían adecuados y necesarios –es decir, proporcionales- al fin perseguido.

Debe destacarse que **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.**

Ahora bien, evidentemente, **la prohibición de discriminación no significa que no se puedan configurar tratamientos diferenciados justificados.** Si bien en lo precedente nos hemos referido principalmente a la discriminación como una diferenciación no justificada, es posible hacer referencia a diferenciaciones justificadas, es decir, objetivas, razonables y proporcionales. 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.** Con la diferenciación (siempre refiriéndonos a una diferenciación objetiva, razonable y proporcionada; es decir, justificada), se pretende que ciertos individuos que se encuentran en una situación de desventaja social, se equiparen con el resto de la sociedad. 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.**

En ocasiones, la legitimidad de la diferenciación puede derivar de la utilización del mismo concepto de igualdad. Los referentes que son tomados en cuenta para justificar este tipo de medidas vuelven a ser las denominadas categorías sospechosas, por lo que la cuestión posee una indudable relevancia en el ámbito de la discapacidad. En realidad, en torno a los tratamientos diferenciados existe un debate conceptual poco claro y controvertido, tanto en el ámbito doctrinal como jurisprudencial, cuyo examen excede de los objetivos de este informe. En todo caso, hay que resaltar que desde el plano legislativo,

tomando como referencia los artículos 9.2 y 14 de la Constitución, se ha introducido en nuestro Ordenamiento diversas medidas de este tipo destinadas a personas con discapacidad, entre las que destacan las llamadas acciones positivas. Así, la Ley 51/2003 se refiere a las acciones positivas como sigue: “Se consideran medidas de acción positiva aquellos apoyos de carácter específico destinados a prevenir o compensar las desventajas o especiales dificultades que tienen las personas con discapacidad en la incorporación y participación plena en los ámbitos de la vida política, económica, cultural y social, atendiendo a los diferentes tipos y grados de discapacidad”.

Se trata de medidas que poseen diferentes sentidos. Así, cabe hablar, por ejemplo, de ayudas económicas para las personas con discapacidad (directamente relacionadas con un bien o como garantía general a la obtención de un mínimo de recursos); de la creación de servicios propios para las personas con discapacidad; de la realización de programas educativos; de la adopción de medidas que faciliten el acceso al empleo, la vivienda, la participación política, etc. Se trata de medidas especiales que se traducen en exigencias y obligaciones que deben estar apoyadas en razones. Una de estas medidas viene representada por lo que en algunos ámbitos normativos se ha denominado como “derecho a la compensación” o, también, “obligación de acomodación”. Con estos rótulos se pretenden identificar una serie de acciones hacia las personas con discapacidad en diferentes ámbitos de la vida social.

Estas medidas son adoptadas en la Ley 51/2003, como uno de los mecanismos tendentes a garantizar la igualdad de oportunidades. Resta mencionar, sin embargo, otros mecanismos complementarios, ya que el artículo 5 de la norma establece que, a los fines de garantizar el derecho a la igualdad de oportunidades, los poderes públicos establecerán, además de las medidas de acción positiva, medidas contra la discriminación²⁷. Dentro de estas medidas contra la discriminación, la Ley alude a una serie de mecanismos, entre los que se destaca la obligación de realizar ajustes razonables.²⁸ La realización de un ajuste razonable es, por tanto, una aplicación del derecho a la igualdad, que consiste en

²⁷ El artículo 5 de la Ley 51/2003 dice textualmente: “Con el fin de garantizar el derecho a la igualdad de oportunidades a las personas con discapacidad, los poderes públicos establecerán medidas contra la discriminación y medidas de acción positiva”.

²⁸ La Ley 51/2003 el artículo 6 define a las medidas contra la discriminación como “aquellas que tengan como finalidad prevenir o corregir que una persona con discapacidad sea tratada de una manera directa o indirecta menos favorablemente que otra que no lo sea, en una situación análoga o comparable”. Y en el artículo 7 describe el contenido de dichas medidas, incluyendo y definiendo a los ajustes razonables.

EL SIGNIFICADO DE LA ACCESIBILIDAD UNIVERSAL Y SU JUSTIFICACIÓN EN EL MARCO NORMATIVO ESPAÑOL

la adaptación de las condiciones particulares para que una persona con discapacidad pueda gozar y ejercer los derechos de igual modo que el resto de personas. A diferencia de las medidas de acción positiva, que se encuentran dirigidas al *grupo* desfavorecido (mujeres, personas con discapacidad, entre otros) con independencia de situaciones particulares; los ajustes razonables están diseñados precisamente para hacer frente a las *situaciones personales*. Como se comentará más adelante, la persona tiene derecho al ajuste pero no simplemente por pertenecer a un determinado grupo vulnerable, sino por encontrarse en una determinada situación.

2.- LA ACCESIBILIDAD UNIVERSAL

Los nuevos paradimas y consecuentes enfoques respecto de la discapacidad han provocado tanto la aparición de una serie de conceptos novedosos, cuanto la transformación de los ya existentes. Uno de estos conceptos, tal vez el principal, es el de la accesibilidad universal. Su comprensión integral exige ponerlo en comunicación y aclarar el significado de otras nociones interrelacionadas, toda vez que se trata de una exigencia que forma parte de un complejo tejido de realidades.

Se trata de una tarea difícil, ya que precisamente uno de los principales problemas a los que se enfrenta cualquier estudio relacionado con los derechos de las personas con discapacidad es encontrar un significado unívoco a los diferentes conceptos que necesariamente se tratan. Esa dificultad viene determinada porque los elementos que dificultan la comprensión de cualquier término del lenguaje natural -la ambigüedad, la vaguedad y la emotividad- se encuentran agravados en el caso de las personas con discapacidad. Consecuencia, en buena medida, del cambio de paradigma antes referido y de la toma de conciencia que las personas con discapacidad -primero- y el conjunto de la sociedad -después- ha ido adquiriendo de su situación de profunda desventaja social y de la necesidad de realizar un profundo esfuerzo en todos los ámbitos para acabar con ella. De esta manera, las propias personas con discapacidad han conseguido, por ejemplo, que se vayan abandonando términos como el de *minusválidos* para referirse a ellas y se adopten otros como el de personas con discapacidad (o recientemente se abogue desde foros como el de Vida Independiente por el término “personas con diversidad funcional”). Resulta evidente que en el debate por el abandono de esos términos y el reconocimiento de otros está presente la emotividad, negativa o positiva, que dichos términos pueden conllevar. De igual manera, parece clara la vaguedad y ambigüedad de términos tradicionalmente utilizados y otros de reciente uso, pues las nuevas situaciones sobre las que se va tomando conciencia hace que los ámbitos de la realidad a los que se pretendía hacer referencia con esos términos tradicionalmente usados -como sería el caso del término “barreras”- se vean modificados, y que algunos términos nuevos -como sería el caso de los ajustes razonables- no se hayan podido concretar todavía de manera satisfactoria. De este modo, podemos encontrar utilizados dichos términos para hacer referencia a realidades diferentes.

Esta problemática hace que sea muy complicada la delimitación conceptual de términos como los señalados o del mismo de accesibilidad universal. Pues en ello se enfrentan diferentes sensibilidades, diversas filosofías, y la dificultad de dar significados precisos a elementos básicos que se han de encajar en la construcción de un nuevo paradigma. Sin embargo, es precisamente su consideración como elementos básicos para la construcción de ese nuevo paradigma lo que hace necesaria la labor de su delimitación conceptual.

2.1.- Discapacidad, derechos y barreras

2.1.1.- El concepto de discapacidad

Las “Normas Uniformes sobre la Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad”, aprobadas por la Asamblea General de Naciones Unidas en 1993, diferencian entre discapacidad y minusvalía.

Con la palabra “discapacidad” se resume un gran número de diferentes limitaciones funcionales que se registran en las poblaciones de todos los países del mundo. La discapacidad puede revestir la forma de una deficiencia física, intelectual o sensorial, una dolencia que requiera atención médica o una enfermedad mental. Tales deficiencias, dolencias o enfermedades pueden ser de carácter permanente o transitorio. Por su parte, “minusvalía” es la pérdida o limitación de oportunidades de participar en la vida de la comunidad en condiciones de igualdad con los demás. El término “minusvalía” describe la situación de la persona con discapacidad en función de su entorno. Ese término tiene por finalidad centrar el interés en las deficiencias de diseño del entorno físico y de muchas actividades organizadas por la sociedad -por ejemplo, información, comunicación y educación- que se oponen a que las personas con discapacidad participen en condiciones de igualdad.

Por otra parte, en el año 1980 la Organización Mundial de la Salud, en su Clasificación Internacional de Deficiencias, Discapacidades y Minusvalías

(CIDDM), había ya distinguido entre deficiencia, discapacidad y minusvalía²⁹. Por deficiencia se entendía cualquier pérdida o anormalidad permanente o transitoria –psicológica, fisiológica o anatómica- de estructura o de función. Por discapacidad se entendía una restricción o impedimento del funcionamiento de una actividad, ocasionados por una deficiencia, en la forma o dentro del ámbito considerado “normal” para un ser humano. Finalmente, la minusvalía era la toda situación desventajosa para un individuo, a consecuencia de una deficiencia o de una discapacidad, en cuanto limitaba o impedía el cumplimiento de una función que fuera considerada común para esa persona según la edad, el sexo, y los factores sociales y culturales.

Cabe destacar que esta primera Clasificación Internacional encontró aprobación inmediata entre muchos científicos sociales, pero provocó considerables críticas provenientes de organizaciones de personas con discapacidad (como por ejemplo la *Disabled People's International*), por considerarse que la misma se mantenía cerca de las clasificaciones médicas con un sentido unidireccional de enfermedad-discapacidad-minusvalía. Ello debido a que se conserva la noción de deficiencia como anormalidad en una función, discapacidad como la imposibilidad de realizar una actividad considerada normal para los seres humanos, y minusvalía como la imposibilidad de desempeñar un rol social normal. El mayor problema que presenta este primer esquema de la OMS es que, si bien admite que la discapacidad tiene dimensiones sociales, no considera que la misma surja como consecuencia de causas sociales; sino que tanto la discapacidad como la minusvalía serían siempre resultado directo de la deficiencia.

Como consecuencia de las críticas mencionadas, y siguiendo nuevos paradigmas respecto de la consideración de la discapacidad, la Organización Mundial de la Salud ha adoptado en el año 2001 una nueva Clasificación Internacional del Funcionamiento, la Discapacidad y la Salud (CIF)³⁰. Se trata de una revisión de la Clasificación Internacional de Deficiencias, Discapacidades y Minusvalías (CIDDM) mencionada anteriormente. Su objetivo primordial es brindar un lenguaje unificado y estandarizado, y un marco conceptual para la

²⁹ Propuesta con carácter experimental por la Organización Mundial de la Salud en Ginebra, 1980. *International Classification of Impairments, Disabilities, and Handicaps* (Geneva: World Health Organization, 1980).

³⁰ CIF 2001.

descripción de la salud y los estados “relacionados con la salud”³¹. En esta nueva Clasificación, el término discapacidad engloba al de “deficiencia”, “limitaciones en la actividad” (que tiene el mismo sentido que discapacidad en la CIDDM) y “restricciones en la participación” (que en la CIDDM se denominaba minusvalía).

La clasificación revisada define los componentes de la salud y algunos componentes “relacionados con la salud del bienestar” (tales como educación, trabajo, etc.). El concepto de funcionamiento se puede considerar como un término global que hace referencia a todas las Funciones corporales, Actividades y Participación; de manera similar, la discapacidad engloba las deficiencias, las limitaciones en la actividad o restricciones en la participación. Además, la CIF también enumera factores ambientales que interactúan con todos los demás factores.

De este modo, a diferencia de la primera Clasificación de la OMS, la CIF se encuentra basada en la integración de dos modelos; esto es el modelo médico y el modelo social. Con el fin de conseguir la integración de las diferentes dimensiones del funcionamiento, la clasificación utiliza un enfoque denominado “biopsicosocial”, que intenta conseguir una síntesis, y, así, proporcionar una visión coherente de las diferentes dimensiones de la salud desde una perspectiva biológica, individual y social.

Estas distinciones permiten ser conscientes, por un lado, de que el término discapacidad es un término gradual, que hace referencia a una situación individual y que posee diferentes causas y proyecciones. Y, por otro, de que el mismo contiene asimismo cierto carácter de objetividad a dicha situación particular, producto de su reflejo en el ámbito de la participación en la comunidad. Dicho de otra manera, **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.**

Y en este punto, el modelo social plantea las razones que hacen que un sujeto se encuentre en una situación de “discapacidad”. En efecto, aunque la construcción de esa situación parte de una limitación, ésta no tiene porqué

³¹ La CIF 2001 ha sido aceptada como una de las clasificaciones sociales de las Naciones Unidas e incorpora las *Normas Uniformes para la Igualdad de Oportunidades de las Personas con Discapacidad*, (De aquí en adelante “*Normas Uniformes*”).

tomarse como un estado de anomalía en un individuo, sino, más bien, como un estado de anomalía en la sociedad.

Centrándonos en el ámbito español, conforme a la regulación prevista en la LISMI, la aplicación de los beneficios establecidos para las personas con discapacidad comienzan a tener efecto a partir de un acto administrativo, que se denomina el “reconocimiento del grado de minusvalía”; y en la Ley 51/2003 se relaciona directamente la discapacidad con una situación de minusvalía igual o superior al 33%. En este sentido, desde la Ley se acota y reduce el marco de análisis de la discapacidad y su protección antidiscriminatoria. Dicha acotación puede tener sentido cuando de lo que se trata es de abordar cuestiones que tienen que ver con la determinación de posibles prestaciones sociales o económicas. Sin embargo, desde el punto de vista de la delimitación del concepto de discapacidad, perpetúa la conexión entre éste y lo que se ha denominado como visión médica de la discapacidad, separándose por tanto de la filosofía del modelo social. Ello porque, en principio, si de lo que se trata, como en el caso de la Ley 51/2003, es de establecer una protección antidiscriminatoria, resulta difícil comprender que dicha protección se supedita a la declaración de un determinado grado de minusvalía. En este sentido, **hubiera sido oportuno que la nueva norma siguiese 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.** De este modo, se protege a las personas que han tenido una discapacidad en el pasado aunque ya no la tengan, o a aquellas que simplemente sean percibidas como personas con discapacidad, o a aquellas que tienen una predisposición genética a desarrollar una determinada deficiencia (teniendo en cuenta que por ello pueden ser discriminadas).

Conforme al análisis propuesto desde la nueva filosofía, por tanto, se apunta una **distinción entre deficiencia y discapacidad**³², de modo que si en el modelo médico o rehabilitador la discapacidad es atribuida a una patología individual, en el modelo social también se interpreta como el resultado de las barreras sociales y de las relaciones de poder (precisamente el modelo social fue denominado en sus orígenes como «modelo de barreras sociales»), más que de un destino biológico ineludible. Por lo tanto, visto desde dicha perspectiva, también se señala que **una limitación o imposibilidad para caminar es una deficiencia, mientras que una limitación o imposibilidad para entrar a un edificio debido a que la entrada**

³² *Fundamental Principles of Disability*, Union of Physically Impaired Against Segregation, , 1975.

posee una serie de escalones es una discapacidad. Una limitación o imposibilidad de hablar es una deficiencia, pero la limitación o imposibilidad para comunicarse porque las ayudas técnicas no se encuentran disponibles es una discapacidad. Una limitación o imposibilidad para moverse es una deficiencia, pero la limitación o imposibilidad para salir de la cama debido a la falta de disponibilidad de ayuda apropiada es una discapacidad.

Lo mencionado nos conduce a considerar que es conveniente manejar un concepto de discapacidad que sea lo más amplio posible y, a partir de ahí, ir deslindando su relevancia desde el examen de las circunstancias concretas. En este sentido, **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.**

De esta manera, podríamos entender que una deficiencia en una función corporal (por ejemplo, un mal funcionamiento del sistema visual), o una construcción del entorno social (falta del sistema de audiodescripción) puede producir una discapacidad, esto es, una situación en la que se dificulta o impide realizar alguna actividad de la vida social (como puede ser, por ejemplo, ver películas de cine).

2.1.2.- Discapacidad y derechos humanos

El término discapacidad alude ya de por sí a situaciones en las que, por diferentes causas, los sujetos tienen dificultades para satisfacer bienes y necesidades básicas, lo que conecta la reflexión sobre la discapacidad con los derechos humanos. Éstos, en el mundo contemporáneo, se presentan como instrumentos que permiten a los seres humanos alcanzar sus planes de vida y, en este sentido, como los instrumentos que condicionan la legitimidad y la justicia de los sistemas jurídicos y políticos. Es por ello que, tal y como ha sido ya señalado al tratar el marco normativo constitucional, tomando como referencia este papel, se considera como **un objetivo esencial de las sociedades contemporáneas alcanzar el mayor grado posible de satisfacción de los derechos; lo que obliga**

a prestar especial atención a las situaciones en las que dicha satisfacción no se produce. Y no cabe duda de que la discapacidad se presenta como una de esas situaciones, por lo que, en consonancia con lo anterior, resulta obligado analizarla en el marco de los derechos y tomando como referencia el logro de ese objetivo fundamental.

La reflexión desde los derechos humanos significa incluir los estudios sobre la discapacidad y los derechos de las personas con discapacidad en el ámbito de valores como el de la libertad, igualdad, y autonomía (que abarca la autonomía *moral* -entendida como la capacidad de elección del individuo, de autodeterminación- y la autonomía *física* -entendida como la capacidad para realizar acciones por uno mismo-). Los derechos humanos, como instrumentos que tienen como principal función el logro de la igual dignidad humana de las personas, alcanzando el libre desarrollo de sus diferentes personalidades, expresan la lucha histórica de los individuos frente a todas aquellas fuerzas que han venido entorpeciendo ese logro, muchas de ellas de carácter social. Y así, hay que entender que la satisfacción de los derechos de las personas con discapacidad depende de una elección de la sociedad antes de ser un problema técnico o económico.

Es sabido que los derechos han sido considerados tradicionalmente como límites al poder político. Sin embargo, nos interesa aquí resaltar dos matizaciones a esa idea general. La primera tiene que ver con la constatación de que en muchos casos la trasgresión de los derechos, o el establecimiento de las barreras que dificulta su disfrute, no proviene del poder político, sino también de la sociedad o de los particulares. La segunda tiene que ver con la constatación de que en muchos casos la historia de los derechos ha consistido en una lucha no contra el poder político, sino contra otros tipos de poderes y fuerzas, entre las que están lo que podríamos denominar como fuerzas de la naturaleza (la escasez puede servir de ejemplo). Pues bien, ambas matizaciones adquieren un sentido importante en el ámbito de la discapacidad y la concepción que tengamos de ella.

Hemos señalado que **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 (en el ejemplo mencionado anteriormente era 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 discapacidad, puede también deberse a consecuencias “naturales” de la deficiencia, pero también a circunstancias “artificiales” ajenas a la misma, 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, conviene en este punto realizar dos reflexiones aclaratorias. La primera tiene que ver con el término “natural”. **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.** Así, por ejemplo, decíamos que una deficiencia puede ser producida por una causa “natural” como una enfermedad desconocida, entendiendo por enfermedad desconocida aquella cuya razón se desconoce. En caso contrario, esto es, en el caso de que se conociera cómo superar esa enfermedad, pero no se facilitaran los medios o se utilizaran los recursos para ello, estaríamos en una causa “artificial”. Hablamos igualmente de consecuencias “naturales”, señalando como ejemplo la imposibilidad de que una persona ciega pueda pilotar un avión. Pues bien, podemos pensar que eso es así, siempre y cuando la falta de la visión sea algo que se encuentre irremediablemente conectado con esa profesión y siempre que no existan mecanismos que permitan suplir esa falta de visión. La segunda de las reflexiones está estrechamente vinculada con lo anterior, y llama la atención sobre la **necesidad de 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*. Es importante aclarar, sin embargo, que las consecuencias naturales pueden mutar, convirtiéndose en “artificiales”. Por ejemplo, hace veinte años seguramente se podía sostener que la imposibilidad de que las personas ciegas pudieran utilizar un ordenador era una consecuencia “natural”, pero en la actualidad, con la disponibilidad de tecnologías asistenciales se trataría de una dificultad salvable, y por ende, una consecuencia “artificial”.

En este sentido, es importante ser conscientes de que el sujeto “sin discapacidad” puede serlo porque ha tenido acceso a cosas que el sujeto con discapacidad no ha podido acceder. Con carácter general puede ser traída aquí a colación la reflexión sobre la escasez de recursos y bienes en el ámbito de los derechos –a los que afectan en el establecimiento de sus contenidos, límites y ejercicio-; pero también la reflexión más directamente relacionada con las personas con discapacidad, que tiene que ver con el diseño de una sociedad desde unos referentes que nunca tuvieron en cuenta a estos colectivos y que cuando lo hicieron fue considerándolos como sujetos no portadores del rasgo de la autonomía moral (cuando, en realidad, se trata de sujetos a los que se imposibilita el ejercicio de dicha autonomía)³³.

2.1.3.- Discapacidad y barreras

Como se ha subrayado, desde la perspectiva de los derechos humanos es importante luchar contra aquello que provoca la dificultad o la imposibilidad de su satisfacción, ya sea algo “natural” o algo “artificial”. **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 accesibilidad universal o el del diseño para todos, desde los que se pretende superar los obstáculos o barreras que impiden el disfrute de los derechos.**

En relación con las barreras, la Unión Europea ha hecho suyos los avances del modelo social. Así, en el documento *Hacia una Europa sin barreras para las personas con discapacidad*, se afirma que “las barreras presentes en el entorno

³³ Pueden ser citadas algunas definiciones de la discapacidad que concuerdan en aspectos importantes con esa visión. Citaremos dos. La primera, contenida en el artículo 2 del “Decreto del 6 de abril de 1995 relativo a la integración de las personas con discapacidad”, del Gobierno de Walonia (Bélgica): “Toda persona que presenta una limitación importante de sus capacidades de integración social o profesional debido a una alteración de sus facultades mentales, sensoriales o psíquicas que genera una necesaria intervención de la sociedad”. La segunda, contenida en la Ley francesa de 16 de febrero de 2005, para la Igualdad de Derechos y de Oportunidades, la Participación y la Ciudadanía de las Personas con Discapacidad, cuyo artículo 2 señala: “Constituye una discapacidad, en el sentido de la presente ley, toda limitación de la actividad o restricción de la participación a la vida en sociedad sufrida en su entorno por una persona, debido a una alteración sustancial, duradera o definitiva de una o algunas funciones físicas, sensoriales, mentales, cognitivas o psíquicas...”

constituyen obstáculos más graves a la participación social que las limitaciones funcionales”. En la misma tónica, la Organización Mundial de la Salud (OMS) reconoce que la sociedad puede perjudicar la salud de una persona, en un sentido “discapacitante”, “la sociedad puede dificultar el desempeño/realización de un individuo tanto porque cree barreras (ej. edificios inaccesibles)”.

Y, en España, la Ley 51/2003 también ha adherido a esta concepción, estableciendo, en su Exposición de Motivos, que “hoy es sabido que las desventajas que presenta una persona con discapacidad tienen su origen en sus dificultades personales, pero también y sobre todo en los obstáculos y condiciones limitativas que en la propia sociedad, concebida con arreglo al patrón de la persona media, se oponen a la plena participación de estos ciudadanos”.

Lo hasta aquí afirmado nos permite vislumbrar que, dado que todas las personas integramos el mundo en que vivimos, todas interactuamos dentro de éste, de tal manera que, aunque existan barreras específicas respecto de determinadas situaciones³⁴, todas podamos toparnos con alguna³⁵. Lo que no es óbice para una ambición común: un entorno accesible para todas las personas, ausente de barreras.

Si bien muchas fuentes tratan del tema que nos ocupa, no es usual encontrar una definición conceptual de las barreras, ni tampoco existe un consenso terminológico. Además del término “barrera”, se suele aludir a esta cuestión bajo la palabra “obstáculo”³⁶.

³⁴ Las barreras a que se enfrentan las personas con discapacidad en muchos casos difieren de las barreras a las que se enfrentan las mujeres, por ejemplo en las derivadas de determinada clase de prejuicios.

³⁵ En esta tónica, el “*I Plan Nacional de Accesibilidad 2004-2012; Por un nuevo paradigma, el Diseño para Todos, hacia la plena igualdad de oportunidades*”, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Aprobado por el Consejo de Ministros de 25 de Julio de 2003, reconoce que las barreras del entorno afectan no sólo a las personas con discapacidad, sino también al conjunto de la población. Disponible en la página en Internet http://www.seg-social.es/imserso/discapacidad/ipna2004_2012.pdf, p. 31, (De aquí en adelante “*Plan Nacional de Accesibilidad*”); Asimismo, y en relación con el grupo específico objeto de nuestro estudio, debemos ser conscientes de que todas las personas podemos llegar a ser -si es que ya no lo somos- personas con discapacidad en un futuro.

³⁶ Pueden así referirse, entre otros, las *Normas Uniformes*, que en su introducción habla de los “obstáculos que dificultan la participación en las actividades de las respectivas sociedades”, y en el artículo 1.2 de “eliminar todos los obstáculos que se opongan a su plena participación”; la Carta Social Europea (Revisada) del Consejo de Europa -materializada en Estrasburgo el 3 de mayo de 1996, que se refiere en el artículo 15.3, “a favorecer su plena integración y participación en la vida social [se alude aquí a las personas con discapacidad], especialmente a través de medidas, incluyendo ayudas técnicas, destinadas a superar los obstáculos a la comunicación y a la

En todo caso, en consonancia con el discurso de los derechos humanos, y los valores que los inspiran³⁷, **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.**

Es evidente que la cuestión de la detección de las barreras -su localización o individualización- es, en este punto, una cuestión primordial, en la que debe tener cabida la participación de las propias personas con discapacidad. No obstante, **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. Por ello, cuando indagamos acerca de cuáles son las diferentes clases e investigamos cómo se ocupan las fuentes normativas y documentales de esta cuestión, podemos inferir, de forma general, dos grandes opciones de análisis.**

La primera opción sería definir las distintas barreras existentes a partir de una tipología de las mismas. La normativa jurídica y las fuentes documentales que optan por esta opción no son uniformes en cuanto a una clasificación de los tipos de barreras. Puede ilustrarse esta afirmación en el ámbito del Sistema Regional Europeo de Protección de los Derechos Humanos y en el estrictamente español. La Resolución ResAP(2001)3³⁸, toma como criterio el distinguir entre barreras de naturaleza “psicológica, educativa, familiar, cultural, social, profesional, económica o arquitectónica”. Y en España, del *Libro Verde. La accesibilidad en España. Diagnóstico y Bases para un Plan Integral de*

movilidad”-; la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, que en su artículo III.1.c) habla de “medidas para eliminar, en la medida de lo posible, los obstáculos arquitectónicos, de transporte y comunicaciones”-; y la propia Ley española 51/2003, que señala expresamente en su Exposición de Motivos que “removiendo los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud”, y en su artículo 7 “Las medidas contra la discriminación podrán consistir en prohibición de conductas discriminatorias y de acoso, exigencias de accesibilidad y exigencias de eliminación de obstáculos y de realizar ajustes razonables”.

³⁷ Y especialmente, inspirándonos en el contenido de las *Normas Uniformes* y su Suplemento - E/CN.5/2002/4, aunque éste no ha sido todavía aprobado-.

³⁸ Adoptada por el Comité de Ministros el 24 de octubre de 2001 en la reunión número 770 de los adjuntos a los ministros.

*Supresión de Barreras*³⁹, puede extraerse que existen fundamentalmente tres tipos de barreras: las barreras intrínsecas (vinculadas con los niveles de funcionalidad física, psicológica o cognitiva de cada individuo -un ejemplo de éstas lo constituye la necesidad de contar con un asistente personal, causada por un tipo determinado de discapacidad, que una persona tiene respecto de otra/s, en relación con su movilidad-); las barreras ambientales (impuestas por las condiciones físicas o sociales del medio –como las barreras arquitectónicas, del transporte, ecológicas, de comunicación o de actitud o rechazo-; y las barreras interactivas (relativas a la habilidad requerida para determinadas actividades -como mecanismos de pago, y también las referentes a las necesidades de comunicación, que se derivan de limitaciones cognitivas o del habla, la audición o la vista-).

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, cuáles barreras operan en tales ámbitos. Son exponentes de esta aseveración, dentro del Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos, las Normas Uniformes de Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad y en el ámbito español la propia Ley 51/2003.

Las Normas Uniformes disponen que las personas con discapacidad pueden encontrar barreras en relación con el acceso al entorno físico (son las barreras presentes, por ejemplo, en viviendas, edificios, servicios de transporte público y otros medios de transporte, o calles) y en relación con el acceso a la información y a la comunicación (éstas son las barreras que las personas con discapacidad hallan, por ejemplo, en el acceso a la televisión, la radio o los periódicos). Asimismo, del Suplemento en relación con las Normas en análisis, cuya posible adopción se encuentra en proceso de discusión, sugiere que las personas con discapacidad pueden enfrentar también obstáculos respecto del acceso al entorno social (tales son las barreras que resultan de la ignorancia y de las actitudes negativas en relación con las personas con discapacidad).

A su vez, la Ley 51/2003, en su artículo 3 hace referencia a cuáles son sus ámbitos de aplicación, estableciendo que “De acuerdo con el principio de transversalidad de las políticas en materia de discapacidad, esta ley se aplicará en los siguientes ámbitos: a) Telecomunicaciones y sociedad de la información. b)

³⁹ Elaborado por el Instituto Universitario de Estudios Europeos, de la Universidad Autónoma de Barcelona, Instituto de Migraciones y Servicios Sociales (IMSERSO), Madrid, 2002, p. 28, (De aquí en adelante “*Libro Verde para la Accesibilidad*”)

Espacios públicos urbanizados, infraestructuras y edificación. c) Transportes. d) Bienes y servicios a disposición del público. e) Relaciones con las Administraciones públicas”⁴⁰.

Como podemos ver, en ambos ejemplos se parte de la elección de los referidos “ámbitos de accesibilidad”. Si bien en el caso de las Normas Uniformes de Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad las referencias que ejemplifican las barreras son explícitas, y en el caso de la Ley 51/2003 consideramos que podemos inferir qué tipos de barreras existen a partir de la operatividad de éstas en los ámbitos de aplicación de la Ley.

En todo caso, creemos que habría que subrayar la necesidad de incorporar a las barreras que se pueden encontrar en dichos ámbitos directamente, las barreras que derivan de la propia cultura y actitud de las personas -un ámbito (el actitudinal) que va unido a los demás pero que tiene también dimensiones diferentes-. Por ello, en el presente informe, siguiendo la línea prevista en la Ley 51/2003, **optamos, para exponer las diferentes clases de barreras, por determinar una serie de “ámbitos de accesibilidad”**, dentro de cuyo contexto pueden identificarse las mismas. Evidentemente, ni la elección de los “ámbitos de accesibilidad”, así como tampoco las alusiones a las barreras que dentro de dichos “ámbitos de accesibilidad” pueden generarse, se realizan con pretensión de exhaustividad.

Los “ámbitos de accesibilidad” que juzgamos como más representativos de los ámbitos de la vida social en los que pueden generarse barreras son los siguientes: movilidad; comunicación e información; acceso a bienes y servicios; y actitudes negativas hacia la discapacidad.⁴¹ Es muy importante subrayar -y esto será puntualizado con más detalle en el transcurso del presente trabajo- que, fundamentalmente, todos estos “ámbitos de accesibilidad” se encuentran muy conectados entre sí, de tal manera que hay casos en los que resulta complejo determinar las fronteras entre los mismos; por ende, a veces no resulta muy claro determinar en qué “ámbito de accesibilidad” opera una barrera determinada, siendo de todas maneras lo más relevante identificar tal obstáculo y encontrar una solución a la inaccesibilidad que éste último genera.

⁴⁰ Aunque hay que aclarar que subsidiariamente también se aplica en el ámbito del empleo. Este tema, no obstante, será abordado con mayor profundidad en el punto 2.4.1. de este informe.

⁴¹ Además de lo aquí expuesto, nos referiremos especialmente a estos “ámbitos de accesibilidad” en el punto 2.4 al cual nos remitimos.

Barreras en la movilidad: Dentro de este ámbito -que ha sido uno de los “ámbitos de accesibilidad” más desarrollados- podemos englobar a **los obstáculos que las personas con discapacidad encuentran cuando deben moverse 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)**. En cuanto al transporte, el documento *Hacia una Europa sin barreras para las personas con discapacidad* ha remarcado la necesidad de abordar los problemas de accesibilidad desde la perspectiva de una “revisión general de la cadena de transporte en su totalidad. De nada sirve el hecho de que existan autobuses o trenes accesibles, si las personas con discapacidades motrices no pueden llegar a la parada de autobús o a la estación de tren ni utilizar un distribuidor automático de billetes. Para colmar estas deficiencias será necesario desarrollar un marco general que aborde los problemas de accesibilidad entre sistemas de transporte, edificios y otras zonas públicas”.⁴² **Un entorno físico adecuado deviene entonces necesario para que estos obstáculos se reduzcan y/o eliminen.**⁴³ En relación con el diseño del entorno físico,⁴⁴ es importante destacar que desde visiones más propias del modelo médico o rehabilitador, existía una concepción que consideraba que las estructuras

⁴² 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. 11, (De aquí en adelante “*Hacia una Europa sin barreras*”)

⁴³ En la obra del Real Patronato sobre Discapacidad -Real Patronato sobre Discapacidad (ed.), *Curso básico sobre accesibilidad (con seguridad) del medio físico: selección de materiales*, Real Patronato sobre Discapacidad, Madrid, 2002-, se hace un estudio pormenorizado de las barreras que operan en el medio físico que resulta de la acción humana y se distinguen tres facetas: arquitectura, urbanística y transporte.

La fuente *European Concept for Accessibility, 2003* (De aquí en adelante “*Concepto Europeo de Accesibilidad*”), también se dedica a estudiar los obstáculos que existen en el entorno construido (que es, a diferencia del entorno natural y según como se define en este material, el entorno que se crea o se modifica por las personas de tal modo que éstas puedan vivir en él) p. 19.

Por último, el documento: *2010: A Europe Accessible for all*, Report from the Group of Experts set up by the European Commission, October 2003 (De aquí en adelante “*Una Europa accesible para todos*”), también analiza las barreras del entorno construido. Y entre ellas incluye las barreras que pueden existir en lo que se denomina “entorno virtual”: aquí se estudian especialmente las condiciones de accesibilidad que deberían operar en, principalmente, las tecnologías de la información y la comunicación; como puede verse y según ya afirmamos anteriormente, los límites entre los “ámbitos de accesibilidad” elegidos para la presente exposición, no son para nada tajantes.

⁴⁴ Y las afirmaciones que prosiguen en realidad aplican a todos los “ámbitos de accesibilidad”.

materiales -entre otras variables- existentes en una sociedad determinada respondían al orden natural de las cosas -así, las personas con discapacidad debían interactuar en función de un entorno diseñado conforme a las necesidades de la mayoría de los integrantes de la sociedad (personas sin discapacidad) –entorno que se consideraba *neutro*-. En la actualidad, y en coherencia con los cambios operados en el modo de entender la discapacidad, por el contrario, se reclama enérgicamente que no hay nada de natural o predeterminado en tales estructuras y que la sociedad y sus componentes han evolucionado de forma tal que puedan responder a las necesidades de todas las personas⁴⁵. Un aspecto en lo que aquí respecta, que ha sido también muy trabajado teóricamente, es el relativo a las “barreras urbanísticas”: éstas son las existentes en vías públicas, así como en los espacios libres de uso público, y pueden tener su origen en los elementos de urbanización o en el mobiliario urbano.

Barreras en la comunicación e información: En este apartado entran todas las barreras que el grupo de personas objeto de nuestro estudio enfrentan al operar con el lenguaje. Éste último, claramente puede transmitirse a través de la vía oral y/o de la escritura, y mediante diversos medios. **Las personas con discapacidad pueden entonces verse limitadas o impedidas para transmitir y/o recibir lo que desean comunicar y/o que se les comunique.** Por ejemplo, si una persona tiene una discapacidad sensorial -ceguera- y no puede acceder a la información que se le brinda porque la misma se encuentra disponible solo en formato escrito tradicional, ello le genera una barrera comunicacional que puede ser fácilmente resuelta mediante la utilización de formatos alternativos como el sistema “Braille”. Cobran además en este ámbito mucha importancia las barreras que existen en el contexto de la sociedad de la información.⁴⁶ Por ejemplo, aquí se encuentran obstáculos en el acceso a Internet, o las nuevas tecnologías como el desarrollo de sistemas de voz-texto para personas sordas.⁴⁷

⁴⁵ La discriminación por el diseño, Documento de Trabajo: Conferencia, Bruselas, 3 de diciembre de 2001 (De aquí en adelante “*Discriminación por Diseño*”). El texto completo se puede consultar en: http://www.europa.eu.int/comm/employment_social/disability/year_en.html

⁴⁶ La Comunicación de la Comisión -Unión Europea- “*La dimensión social y del mercado de trabajo de la sociedad de la información – Prioridad para las personas – Las próximas etapas*” - COM(1997) 390-, constituye una muestra del trabajo específico desempeñado por la Unión Europea en este sentido, que ha intentado por esta vía establecer acciones específicas dirigidas al aprovechamiento de las contribuciones que la sociedad de la información puede aportar, especialmente, para el empleo-.

⁴⁷ *Hacia una Europa sin barreras*, p. 13.

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 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.** Los ejemplos que pueden encontrar aquí lugar son numerosísimos; así, pensemos en los obstáculos que el colectivo de personas con discapacidad sensorial encuentra a la hora de acceder a los servicios públicos tan esenciales como la salud o la educación.

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.** Pensemos, por ejemplo, en el caso del empleo: ¿acaso no suele existir un prejuicio respecto de que las personas con discapacidad no desempeñarían sus tareas laborales de manera efectiva -en virtud de su discapacidad-? Parece claro que estas barreras son más difíciles de eliminar que las barreras “físicas”. De esta cuestión nos ocuparemos con más pormenores en el transcurso de este informe, dejándose aquí señalado que, sin lugar a dudas, la educación es una de las herramientas más eficaces.

Evidentemente, **las cuestiones relativas a las barreras por un lado, así como la delimitación de los ámbitos de accesibilidad por otro, 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,**⁴⁸ lo que conlleva a la asunción de una **relación dinámica entre la accesibilidad universal y las barreras, que debería ir solucionándose de forma progresiva, de tal manera de ir logrando**

⁴⁸ 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 [...]”, p. 14.

acercarse al ideal de la accesibilidad universal y por ende, a un sistema social más incluyente y equitativo.

Para finalizar, creemos importante señalar que, a los efectos de la detección de las barreras -nos referimos a su localización o individualización-, si bien en las cuestiones técnicas de la accesibilidad son los profesionales expertos en la materia quienes se encuentran más capacitados para dar respuestas en este sentido, no debiéramos soslayar que nadie mejor que la propia persona con discapacidad para aportar su propia experiencia en estas cuestiones.⁴⁹ Por esto último, quizá sería recomendable que las personas con discapacidad tengan la posibilidad de localizar y transmitir al Estado el surgimiento de barreras existentes, o de potenciales nuevas barreras.

2.2.- La accesibilidad universal: aproximación conceptual

La accesibilidad universal se presenta como una condición ineludible para el ejercicio de los derechos –en igualdad de oportunidades- 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. En ese sentido, no puede ser vista como una cuestión sujeta a la voluntad política, facultativa y graciable, o como una técnica para la rehabilitación de ciertas personas. En lo que sigue se intentará delimitar conceptualmente su contenido, para lo cual se distinguirán dos dimensiones, tendentes a identificar los sujetos implicados y a esbozar su significado.

⁴⁹ De hecho, esto ha sido expresamente reconocido por quienes elaboraron el documento *Hacia una Europa sin barreras*: “Gracias a su propia experiencia, las personas con discapacidad están capacitadas para detectar inmediatamente las políticas y prácticas que les dificultan o impiden acceder a servicios e instalaciones y para articular posibles soluciones. En este sentido, la Comisión reconoce que la mayoría de las ideas formuladas en la presente Comunicación han sido esbozadas a partir del diálogo constante que mantiene con las personas con discapacidad y con los expertos y las asociaciones que trabajan en este ámbito.”, p. 21.

2.2.1.- Las dimensiones subjetiva y objetiva de la accesibilidad

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?).

2.2.1.1.- La dimensión subjetiva

Desde la perspectiva asumida por el modelo médico o rehabilitador, el problema de la accesibilidad era considerado el resultado directo de la persona que se entendía que sufría una desviación de los parámetros de normalidad -la persona con discapacidad era una excepción a la regla, y, por ende, el problema-. De este modo, las principales respuestas frente a las dificultades derivadas de la falta de accesibilidad, se asumían desde el entorno construido -construyendo una rampa, por ejemplo-, introduciendo soluciones específicas para paliar las dificultades de un grupo de personas que se consideraba “no estándar”. Esa idea reforzaba la concepción respecto de la existencia de seres humanos “anormales” y los estigmatizaba aún más obligándoles a utilizar espacios, medios de comunicación, y demás, separados, diferentes a los del resto de la población.

Desde el modelo social, el problema de la “falta de” accesibilidad –nótese que el problema ya no es la accesibilidad, sino su carencia- deja de ser abordado desde la toma de medidas especiales dentro de un proceso de rehabilitación, pasando a serlo desde la búsqueda de respuestas adecuadas, en condiciones de igualdad, a las necesidades de todas las personas. De este modo, el criterio que define la “normalidad” debe ser repensado y, por tanto, reelaborado para asegurar que la construcción del entorno y de la propia sociedad se base en las necesidades de todas las personas. A esto apunta, entre otros fines, el principio de *normalización*, al que se ha aludido en otro punto de este informe.

Por otra parte, es importante destacar que el desarrollo que ha tenido la comprensión de lo que significa la accesibilidad universal no solo ha tenido consecuencias en cuanto a su percepción desde el punto de vista de la

discapacidad, sino que en la actualidad está siendo –desde un marco teórico y legislativo- considerada desde una visión mucho más amplia, que no se restringe ni relaciona exclusivamente con la discapacidad.

Como se ha mencionado, el modo en que se diseñan las sociedades, teniendo presente solo las necesidades de una persona considerada “estándar”, genera barreras para gran parte de las personas, entre las que se encuentran los niños, las personas mayores, las personas con sobrepeso, las personas de muy alta o baja altura, las personas con discapacidad, e incluso las supuestas personas “estándar” que se encuentran temporalmente fuera de esa categoría por encontrarse en una situación particular -como por ejemplo la fractura de una pierna, un embarazo, o simplemente llevar consigo una maleta pesada-. Por ello, **la accesibilidad es un asunto que concierne a todas las personas, y no solo a una minoría**. En una sociedad cada vez más diversa, y en un contexto de envejecimiento de la población como el que se vive actualmente en España, la accesibilidad debe ser abordada a través de una mirada global, que contenga un amplio conjunto de políticas, que naturalmente supera las políticas dedicadas exclusivamente a la discapacidad.

A dichos fines, debe comenzarse por comprender que los beneficiarios de la accesibilidad somos todas las individuos que forman parte de la sociedad. **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.** Esto, sin embargo, no resulta comúnmente fácil de entender, ya que hasta que no aparece la barrera no suele advertirse la accesibilidad –o mejor dicho su carencia-. Es por ello que, asimismo, **la accesibilidad es considerada una de las claves del desarrollo sostenible, ya que mejora la calidad de vida y contribuye a hacer más habitable el medio urbano**. En este sentido, algunas normas autonómicas españolas, -como la Ley 3 /1997, de 7 de abril, de las Cortes de Aragón, sobre Promoción de la Accesibilidad y Supresión de Barreras Arquitectónicas, Urbanísticas, de Transportes y de la Comunicación- establecen que *la posibilidad de acceso y utilización por parte de los afectados por cualquier discapacidad permanente o circunstancial de los bienes y servicios no sólo es una reivindicación de las asociaciones relacionadas con esta problemática, sino que actualmente aparece como una condición para mejorar la calidad de vida del conjunto de los ciudadanos*.

Asimismo, **un medio accesible permite que todas las personas puedan llevar una vida autónoma, participando en la vida social, con el consiguiente**

ahorro de dinero público en gastos de asistencia y, en ciertos casos, de protección social. La concepción de la accesibilidad desde el modelo médico o rehabilitador, como una mera característica añadida destinada a atender a unas necesidades específicas, implica que se reduce a la imposición de unas normas técnicas, y, por consiguiente, su cumplimiento representa un coste para las empresas, las autoridades locales y los servicios públicos. Sin embargo, la accesibilidad se debería considerar como una inversión en infraestructura, que contribuye a aumentar la producción y la productividad. Si un producto, bien o servicio, es accesible, significa que se encuentra destinado al mayor número de usuarios posible, por lo que traerá beneficios también a sus productores/diseñadores.

Sin embargo, a pesar de que poco a poco se esté tomando conciencia de que la accesibilidad es un asunto que nos concierne a todos, en este punto cabe adelantar una cuestión, que si bien será desarrollada más adelante, tiene repercusiones jurídicas importantes y se deduce de lo establecido en la Ley 51/2003. 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 si como parte de un derecho-, a las personas con discapacidad.⁵⁰ 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.⁵¹

⁵⁰ Esto puede verse reflejado, entre otros, en las siguientes normas de la Ley 51/2003: Artículo 4. “Se entenderá que se vulnera el derecho a la igualdad de oportunidades *de las personas con discapacidad* cuando se produzcan discriminaciones directas o indirectas, acosos, incumplimientos de las exigencias de accesibilidad y de realizar ajustes razonables...” Artículo 5. “Con el fin de garantizar el derecho a la igualdad de oportunidades *a las personas con discapacidad*, los poderes públicos establecerán medidas contra la discriminación y medidas de acción positiva”. Artículo 10. 1. El Gobierno, sin perjuicio de las competencias atribuidas a las comunidades autónomas y a las corporaciones locales, regulará unas condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación que garanticen unos mismos niveles de igualdad de oportunidades a todos los *ciudadanos con discapacidad*.

⁵¹ Ley 51/2003, artículo 1 inciso 2, ya mencionado que establece: “A los efectos de esta ley, tendrán la consideración de personas con discapacidad aquellas a quienes se les haya reconocido un grado de minusvalía igual o superior al 33 por ciento.”

2.2.1.2.- La dimensión objetiva

En todo caso, la definición del término accesibilidad universal no goza de consenso. Existen diferentes maneras de delinearlo, algunas de las cuales se centran en ámbitos concretos. Es el caso de la utilización del término que se hace en “El concepto europeo de la accesibilidad”, donde se aborda a la accesibilidad como *una característica básica del entorno construido y la condición que posibilita el llegar, entrar, salir y utilizar las casas, las tiendas, los teatros, los parques y los lugares de trabajo*. Desde este Documento se declara que *la accesibilidad permite a las personas participar en las actividades sociales y económicas para las que se ha concebido el entorno construido*. Sin embargo, la accesibilidad no se restringe –y por ello su definición tampoco debe hacerlo- al entono construido. En este sentido, dentro de la legislación autonómica española se encuentran marcos conceptuales más satisfactorios, que abordan los ámbitos de manera más completa; como la Ley 8/ 1993, 22 de junio, de la Asamblea de Madrid, sobre Promoción de Accesibilidad y Supresión de Barreras Arquitectónicas, que define a la accesibilidad como *aquella característica del urbanismo, de las edificaciones, del transporte y de los sistemas y medios de comunicación sensorial, que permite su uso a cualquier persona con independencia de su condición física, psíquica o sensorial*. E igualmente, también otras normas lo hacen de conformidad con las nuevas tendencias en la materia, integrando los diversos ámbitos de la accesibilidad y enfocándola como un beneficio para todas las personas, sin apelar a un grupo específico o causas determinadas; así, por ejemplo, la Ley 1/ 1999, de 31 de marzo, del Parlamento de Andalucía, que define a la accesibilidad universal como el *conjunto de características de las infraestructuras, del urbanismo, los edificios, establecimientos e instalaciones, el transporte o las comunicaciones que permiten a cualquier persona su utilización y disfrute en condiciones de seguridad*; o la Ley 20/ 1997, de 4 de diciembre, del Parlamento Vasco, sobre Promoción de la accesibilidad, en la que se resalta que *superando el clásico concepto de «eliminación de barreras arquitectónicas», el modelo propuesto por esta ley tiene por finalidad garantizar el pleno y libre desarrollo de las personas en el medio social y comunitario y, para ello, es necesario garantizar la accesibilidad al medio físico y a la comunicación a todas las personas*”

En línea con estas ideas, el artículo 2 c) de la Ley 51/2003 define a la accesibilidad como *la condición que deben cumplir los entornos, procesos, bienes, productos y servicios, así como los objetos o instrumentos, herramientas y*

EL SIGNIFICADO DE LA ACCESIBILIDAD UNIVERSAL Y SU JUSTIFICACIÓN EN EL MARCO NORMATIVO ESPAÑOL

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.

La accesibilidad universal tiene en la norma mencionada tres cometidos o funciones esenciales: como un principio inspirador -Exposición de Motivos y artículo 2 inc. C- como uno de los contenidos del derecho a no ser discriminado y el derecho a la igualdad de oportunidades -Exposición de Motivos y artículos 4, 7 y 10 -y como un derecho subjetivo – consecuencia de la interpretación sistemática de los artículos 4, 7, 10 y 18-. Y también de esa definición de accesibilidad universal que hace la Ley 51/2003, cabe comprender que se articule como una exigencia que se relaciona con el acceso a una serie de bienes que son considerados como esenciales. Aunque hay que aclarar, desde un primer momento, que la diferenciación para su análisis no significa que se obvie el hecho de que esas funciones o cometidos son complementarios; así como que su comprensión no excluye que se establezcan otras posibles configuraciones jurídicas de la accesibilidad.

En definitiva, el contenido de la dimensión objetiva de la accesibilidad se encontrará directamente condicionado por la configuración jurídica que adoptemos, y ello a su vez, por los ámbitos de aplicación en los cuales se proyecte el derecho. Por ello, al igual que ocurre con el concepto de discapacidad, y en coherencia con el discurso de los derechos y de sus valores, entendemos que **debe manejarse una noción de accesibilidad que tenga un ámbito de proyección lo más amplio posible**. Así hemos sistematizado, en el apartado pertinente, un criterio de determinación de los ámbitos de accesibilidad de carácter amplio y flexible que comprende cuatro áreas básicas como son la movilidad, la comunicación e información, los bienes y servicios y las actitudes negativas hacia la discapacidad.

De este modo, y sin pretensión de agotar el tema, puesto que será objeto de análisis más adelante, podemos señalar algunos de los **ámbitos a los que directamente afecta la accesibilidad universal de una forma especial: el urbanismo (lugares, edificios e instalaciones públicas, viario público, parques y jardines, playas, ascensores, escaleras, lugares de estacionamiento de automóviles), la edificación (alojamientos, viviendas privadas, edificios comerciales, edificios públicos); el transporte público (autobuses, taxis, metro, trenes, aviones, barcos), los dispositivos o tecnologías destinados al apoyo de la movilidad de la persona (perros guías, sillas de ruedas), los**

medios de comunicación como la Televisión, Telefonía, Radio, Periódicos, Internet; las artes visuales como el cine, teatro; la utilización de formas alternativas de comunicación como el Braille o la lengua de signos; la utilización de tecnologías asistenciales con fines de comunicación, las señalizaciones, servicios educativos o de formación, servicios sanitarios, servicios sociales, servicios de seguros y financieros, servicios de ocio y turísticos, recreación o deportivos, servicios de la administración pública, trabajo y ocupación, beneficios fiscales, subsidios económicos etc.

2.2.2.- Las estrategias para la accesibilidad

Evidentemente, la accesibilidad puede alcanzarse a través de diferentes vías. En todo caso, pueden, en este punto, destacarse dos: el diseño para todos y los ajustes razonables.

2.2.2.1.- El diseño para todos

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”**. De la definición legal se desprende que, si la accesibilidad universal puede, entre otras facetas, ser entendida como una condición para el goce y ejercicio de los derechos, el principio⁵² de diseño para todos puede ser comprendido como una estrategia para el logro de dicha condición. Es decir, puede entenderse que **mediante la técnica del diseño para todos se aspira a la realización de la accesibilidad universal**. Es por ello que el principio de diseño para todos puede ser considerado como un medio, un instrumento, una actividad, dirigida al alcance de dicho fin.

⁵² La Ley 51/2003 alude al diseño para todos como un principio inspirador.

Como se ha venido comentando, en la década de los años setenta se comenzó a trasladar el énfasis desde las soluciones especiales pensadas para adaptaciones dirigidas a determinadas personas, hacia la idea de normalización y adaptación de la sociedad. De este modo, al igual que ocurrió con la accesibilidad, en este punto la terminología fue variando desde el “diseño sin barreras” hacia el “diseño accesible”, para luego culminar en el “diseño universal o para todos”. El movimiento que se inició en Estados Unidos de Norteamérica y que respecto a las personas con discapacidad –al igual que para otros colectivos- abogaba por la igualdad de oportunidades en el ejercicio de sus derechos civiles, comenzó a tomar conciencia de que el diseño era un instrumento necesario para alcanzar el ejercicio de los mismos. Así, en el año 1987, un grupo de diseñadores irlandeses intentó trasladar la idea de que la discapacidad y la edad debían ser factores a tener siempre en cuenta a la hora de desarrollar un diseño. En Estados Unidos de Norteamérica, el arquitecto Ron Mace comenzó a utilizar el término de diseño universal y a intentar explicar el modo de definirlo en relación con el diseño accesible. Sostuvo que el diseño universal no era una nueva ciencia, ni tampoco un estilo; que se requería solamente de conciencia respecto de las necesidades del mercado y un enfoque de sentido común para hacer que aquello que diseñamos y producimos sea utilizable por todos en la mayor medida de lo posible. Esta perspectiva, sin embargo, reconocía que el término universal no era quizás el ideal, porque podía ser interpretado como una promesa de un estándar imposible, ya que siempre un número pequeño de usuarios necesitaría de un diseño individual. Por ello, había que entender, más precisamente, que el diseño universal es una orientación para diseñar, en la que los diseñadores deben esmerarse por conseguir incorporar características que hagan que el producto, servicio o entorno pueda ser utilizado por el mayor número de personas posible.

El interés por el concepto de diseño universal creció en la década de los años noventa –sobre todo en el área del diseño industrial-. Por dicha fecha Ron Mace encargó a un grupo de diseñadores y abogados que crearan una serie de principios, que se conocieron como los “siete principios del diseño universal”. Estos principios ofrecen a los diseñadores una guía para integrar mejor las características que resuelven las necesidades de tantos usuarios como sea posible. De este modo, el diseño universal significa que al diseñarse un producto se tengan en cuenta los siguientes principios⁵³: Uso Equitativo -el diseño es útil y

⁵³ Compilado por defensores del diseño universal, listados en orden alfabético: Bettye Rose Connell, Mike Jones, Ron Mace, Jim Mueller, Abir Mullick, Elaine Ostroff, Jon Sanford, Ed Steinfeld, Molly Story, and Gregg Vanderheiden. Financiamiento principal provisto por: Instituto Nacional de Investigación sobre Discapacidad y Rehabilitación, Departamento de Educación de

comerciable para personas con diversas capacidades-; Flexibilidad en el Uso -el diseño debe incorporar a un amplio rango de preferencias individuales y capacidades-; Uso Simple e Intuitivo -el uso del diseño debe ser de fácil entendimiento, sin importar la experiencia del usuario, el nivel de conocimientos, las habilidades en el lenguaje o el nivel de concentración al momento del uso-; Información Perceptible -el diseño debe comunicar la información necesaria con eficacia al usuario, sin importar las condiciones ambiente o las capacidades sensoriales del usuario-; Tolerancia al Error -el diseño debe minimizar los peligros y consecuencias adversas ante acciones accidentales o inintencionadas-; Bajo Esfuerzo Físico -el diseño debe ser usado eficientemente y confortablemente con un mínimo de esfuerzo o fatiga-; Tamaño y Espacio para el Acceso y el Uso -deben proporcionarse el tamaño y espacio apropiados para el acceso, el alcance, la manipulación y el uso sin importar el tamaño de cuerpo de usuario, la postura o la movilidad-.

Estos siete principios vienen siendo aplicados, y la estrategia de diseño para todos reconocida, en una serie de documentos, tanto a nivel internacional como en el ámbito del Derecho español. Así, la Resolución ResAP(2001)1, sobre la introducción de los principios de diseño para todos en los *currícula* de todas las actividades relacionadas con el entorno de la construcción⁵⁴ define al diseño para todos como “una estrategia cuyo objetivo es hacer el diseño y la composición de los diferentes entornos y productos accesibles y comprensibles, así como “utilizables” para todo el mundo, en la mayor medida y de la forma más independiente y natural posible, sin la necesidad de adaptaciones ni soluciones especializadas de diseño”. Asimismo, el instrumento enfatiza que **la intención del concepto de diseño universal es simplificar la vida de todas las personas, haciendo el entorno construido, los productos y las comunicaciones igualmente accesibles, utilizables y comprensibles para todos, sin coste extra o con el mínimo posible**. De este modo, el concepto de diseño universal “promueve un mayor énfasis en el diseño centrado en el usuario, siguiendo un acercamiento holístico y encaminado a solventar las necesidades de las personas de todas las edades, tallas y habilidades, incluyendo los cambios que las personas experimentan a lo largo de su vida”.

los Estados Unidos de Norteamérica. Disponible en:
http://www.design.ncsu.edu/cud/univ_design/princ_overview.htm

⁵⁴ Adoptada por el Comité de Ministros de 15 de febrero de 2001, en la 742ª reunión de los Subsecretarios.

Como se ha mencionado, el diseño para todos aspira a alcanzar la accesibilidad y la accesibilidad se basa en el diseño para todos. En consonancia con esta idea, “El concepto europeo de accesibilidad” se funda en los principios de diseño para todos, estableciendo, asimismo que⁵⁵: 1. **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.** 2. **Los principios del diseño para todos rechazan la división de la población en personas sanas y personas con discapacidad.** 3. **El diseño para todos incluye medidas complementarias cuando resulte conveniente.**

El documento adopta a través de estas tres premisas una filosofía inspirada en el modelo social de discapacidad, que rechaza la división de la población entre personas sanas y personas con discapacidad, de manera coherente con las Clasificaciones Internacionales (CIF, por ejemplo) y el desarrollo teórico respecto de la materia⁵⁶. El diseño para todos no se limita a una minoría con necesidades especiales. Los diseñadores -utilizado el término en sentido amplio- simplemente deben considerar todos los aspectos de la funcionalidad humana, más allá de categorías médicas.

Desde una perspectiva más amplia, también cabe apuntar que **el diseño para todos es asimismo presentado como parte del desarrollo inclusivo y sostenible**. Conforme a la línea marcada por la Declaración de Río de “Diseño Universal para un Desarrollo Inclusivo y Sostenible”, elaborada en el marco de una Conferencia de las Naciones Unidas⁵⁷, y el Documento sobre las Recomendaciones de Manila en cuanto a la accesibilidad en la información y las tecnologías de la comunicación⁵⁸.

Por último, hay que entender que **el diseño para todos es una posibilidad para profundizar e intensificar el diálogo civil**, principio que se encuentra receptado en la legislación española, y que surgió con el Movimiento de Vida Independiente a través del lema “*Nothing about us without us*” –Nada sobre nosotros sin nosotros-. A través de la participación de las propias personas con

⁵⁵ Disponible en: <http://www.eca.lu/index.htm>

⁵⁶ Aunque en realidad no queda del todo clara la intención a la hora de redactar de esa manera el documento. Quizás, para ser exactos, se debió decir que los principios del diseño para todos “rechazan la división de la población en personas sin discapacidad y personas con discapacidad”.

⁵⁷ Disponible en: <http://www.un.org/issues/m-disabl.asp>

⁵⁸ *Manila Design Recommendations on Accessible Information and Communications Technologies (ICT)*, Disponible en: www.un.org/esa/socdev/enable/manilarecom.htm

discapacidad es posible, por un lado, el diseño de políticas, entornos, usos, prácticas, bienes, productos y servicios de una manera eficaz; y por otro, que las personas con discapacidad dejen de ser vistas como meros receptores sin voz ni voto de políticas paternalistas que se tomen respecto de las cuestiones que más les incumben. Este principio se encuentra acogido en la Ley 51/2003, que lo define como “el principio en virtud del cual las organizaciones representativas de personas con discapacidad y de sus familias participan, en los términos que establecen las leyes y demás disposiciones normativas, en la elaboración, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas oficiales que se desarrollan en la esfera de las personas con discapacidad”.⁵⁹

2.2.2.2.- Los ajustes razonables

Los ajustes razonables son definidos en la Ley 51/2003 como **“las medidas de adecuación del ambiente físico, social y actitudinal a las necesidades específicas de las personas con discapacidad que, de forma eficaz y práctica y sin que suponga una carga desproporcionada, faciliten la accesibilidad o participación de una persona con discapacidad en igualdad de condiciones que el resto de los ciudadanos”**.⁶⁰ Puede entenderse, en principio, que los ajustes razonables son aquellas medidas adoptadas a fin de adaptar el entorno, bienes y servicios a las específicas necesidades 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. Sin embargo, al igual que sucede en el ámbito de la accesibilidad, el concepto de ajustes razonables no debe restringirse exclusivamente al campo de la discapacidad, ya que cualquier persona puede ser sujeto de un ajuste razonable –puede servir de ejemplo el de las mujeres que deben tomarse ciertos tiempos en el trabajo para amantar a sus niños y por lo tanto requieren de cierta flexibilidad horaria; personas de religiones que requieren que se les permita no acudir al trabajo en ciertos días que consideran festivos, entre

⁵⁹ Ley 51/2003, artículo 2 inc. e).

⁶⁰ Ley 51/2003, artículo 7 inc. c).

muchos otros casos-. No obstante, pese a que el ámbito del ajuste razonable no se restrinja solo a este colectivo, en lo que sigue, y circunscribiéndonos al marco conceptual adoptado en la Ley 51/2003, el análisis se ceñirá a los ajustes razonables a favor de las personas con discapacidad.

La obligación de realizar ajustes razonables en esta materia surgió por primera vez en Estados Unidos de Norteamérica, a través de la ADA (*Ley de Americanos con Discapacidades*), que requiere que los empleadores provean ajustes razonables a un individuo calificado que tenga una discapacidad, ya sea empleado o solicitante de empleo (incluyendo entre los ajustes más practicables la reestructuración del trabajo a medio tiempo o la modificación de los horarios, la asistencia tecnológica, suministro de aparatos auxiliares o intérpretes calificados y la reasignación a un puesto vacante). Una noción similar, pero más amplia en cuanto a los ámbitos que abarca, la brinda en Reino Unido la *Ley de Discriminación por Discapacidad* (Disability Discrimination Act) de 1995, a la que se aludirá más adelante. En sentido amplio, aunque no tanto como la inglesa, la reciente Ley francesa *para la Igualdad de Derechos y de Oportunidades, la Participación y la Ciudadanía de las Personas con Discapacidad*, recepta la obligación de realizar ajustes razonables y los prevé en el ámbito del empleo, el entorno arquitectónico y los transportes públicos⁶¹. Y en el ámbito internacional, los ajustes razonables han sido establecidos como una herramienta ineludible a los fines de garantizar la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad.⁶² Debe destacarse que la Propuesta de Borrador de una Convención Amplia e Integral para Promover y Proteger los Derechos y la Dignidad de las Personas con Discapacidad que se está elaborando en Naciones Unidas, otorga un rol de gran importancia a los ajustes razonables, a los que define en su artículo 2 como “las modificaciones y adaptaciones necesarias y apropiadas, que no impongan una carga desproporcionada, que se requieran en un caso particular, para asegurar a las personas con discapacidad el ejercicio o disfrute, en condiciones de igualdad con los demás, de todos los derechos y libertades fundamentales”. A nivel europeo, ya la Carta Social Europea (Revisada) del Consejo de Europa, al abordar la cuestión relativa a las medidas tendentes a favorecer el empleo de personas con discapacidad, reconoce que, a dichos fines,

⁶¹ *Loi pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées*. (J.O, n° 36 du 16 février 2005, p. 2353).

⁶² Artículo 2 de la Propuesta de texto del Presidente, de 7 de octubre de 2005. Puede ser consultada en la siguiente dirección:
<http://www.un.org/esa/socdev/enable/documents/chairtext.DOC>

se deben adaptar las condiciones de trabajo a las necesidades de dichas personas⁶³; y en el ámbito de la Unión Europea, la Directiva 2000/78 del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, fija un objetivo dirigido a erradicar los obstáculos que se oponen a que las personas con discapacidad sean capaces de desempeñar las tareas fundamentales de su puesto de trabajo, apelando a la obligación de realizar ajustes razonables. En este sentido, el artículo 5 de la norma establece que dichos ajustes serán adoptados a fin de garantizar la observancia del principio de igualdad de trato en relación con las personas con discapacidad. La Directiva define a los ajustes como “las medidas adecuadas que deben tomar los empresarios, en función de las necesidades de cada situación concreta, para permitir a las personas con discapacidades acceder al empleo, tomar parte en el mismo o progresar profesionalmente, o para que se les ofrezca formación, salvo que esas medidas supongan una carga excesiva para el empresario”.

En línea con lo establecido en el marco del Derecho internacional y europeo, España ha establecido en su legislación la obligación de realizar ajustes, definiendo a los mismos, como se ha mencionado, en la Ley 51/2003. Debe aclararse, no obstante, que la obligación de realizar ajustes razonables a los fines de garantizar la igualdad de las personas con discapacidad en el marco de la legislación española se encuentra, además, receptada en otros instrumentos jurídicos que se aplican en los siguientes ámbitos: empleo y ocupación, telecomunicaciones y sociedad de la información, espacios públicos urbanizados, infraestructuras y edificación, transportes, bienes y servicios a disposición del público, y relaciones con las Administraciones públicas⁶⁴.

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**. Esto significa, en gran medida, que el ajuste razonable surge a partir de la expresión de la necesidad concreta de una persona con discapacidad,

⁶³ Carta Social Europea (Revisada) del Consejo de Europa, Estrasburgo, 3 de mayo de 1996, artículo 15, inc. 2.

⁶⁴ Véase así, por ejemplo, en la Ley 62/2003, Ley 53/2003, de 10 de diciembre, sobre empleo público de personas con discapacidad, y Real Decreto 2271/2004, de 3 de diciembre, por el que se regula el acceso al empleo público y la provisión de puestos de trabajo de las personas con discapacidad.

excluida o limitada por la inaccesibilidad del entorno, o por la imposición de pautas mayoritarias que dificultan su acceso a un bien o servicio. **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 desde 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).⁶⁵

De este modo, la necesidad de realizar ajustes razonables surgirá porque no siempre será posible diseñar y hacer todos los productos o servicios de forma que puedan ser utilizados por todo el mundo. En ciertas ocasiones habrá personas que no podrán utilizar un producto o un servicio determinado, o que requerirán de una modificación o adaptación especial en el modo de realizar una tarea o de recibir una información. Desde esta perspectiva, los ajustes razonables serán siempre necesarios. A modo de ejemplo, el contenido de este derecho o de esta obligación en el ámbito laboral podría ser alguno de los siguientes: asignar alguna de las obligaciones de la persona con discapacidad a otra persona; transferirle para ocupar un puesto vacante; modificarle su horario de trabajo; asignarle un sitio de trabajo diferente; permitirle ausentarse durante sus horas de rehabilitación, exámenes o tratamiento; proporcionarle, u ordenar que se le proporcione, capacitación; adquirir o modificar el equipamiento; modificar instrucciones o manuales de consulta; modificar los procedimientos de evaluación o valoración; proporcionarle un lector o interprete; proporcionarle supervisión; asignarle un ayudante en el trabajo; etc.

⁶⁵ No obstante estas diferencias, debe aclararse que el incumplimiento de una obligación de realizar ajustes razonables tiene el mismo resultado que el incumplimiento de una obligación derivada de las condiciones de accesibilidad. Como se verá más adelante, en ambos casos nos encontramos ante un caso de discriminación por falta de accesibilidad.

Ahora bien, como se ha mencionado anteriormente, **desde el punto de vista netamente jurídico, puede afirmarse que los ajustes razonables son, asimismo, medidas contra la discriminación.** Así los considera la Ley 51/2003, en su artículo 7, al describir el contenido de estas medidas, aclarando que “podrán consistir en prohibición de conductas discriminatorias y de acoso, exigencias de accesibilidad y exigencias de eliminación de obstáculos y de *realizar ajustes razonables*”. De este modo, la norma deja claro que la exigencia de realizar un ajuste es una aplicación o faceta del derecho a la no discriminación, y, por ende, parte del contenido del derecho a la igualdad, consistente en la adaptación de las condiciones particulares para que una persona con discapacidad pueda gozar y ejercer los derechos de igual modo que el resto de personas.

Desde esta perspectiva, las diferentes dimensiones de los ajustes razonables y su relación con la accesibilidad, mencionadas anteriormente, pueden ser descritas desde el examen de la razonabilidad. Con independencia de que más adelante se vuelva sobre el tema, desde un punto de vista analítico, es posible diferenciar dos proyecciones de este concepto. **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.** Pues bien, en este punto podemos hallar la primera proyección de la idea de razonabilidad. **La idea de razonabilidad pretende dar cuenta de 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.** Dicho en otros términos, el papel de la razonabilidad en este punto no es otro que el de examinar si se encuentra o no justificada la falta de previsión del diseño para todos. 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 algunos 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.⁶⁶ 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 alcanzarlo. Desde los referentes que estamos utilizando, la ausencia de accesibilidad durante ese período de tiempo podría ser considerada –desde el punto de vista jurídico- como razonable.

Por ello, **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**. Se trata de la segunda de las proyecciones de la razonabilidad. Esta segunda proyección aparece en los casos en los que se considere que es posible explicar (es racional) la falta de previsión del diseño para todos. 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, irremediamente, conllevan el establecimiento de obligaciones a terceros, y con ello, la potencial restricción de derechos a esos terceros. Y es 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, conforme a la comprensión que existe en las normas jurídicas de nuestro entorno cultural (también la propia Ley 51/2003) **la estimación de la existencia de una “carga desproporcionada” puede servir de excepción a la obligación de realizar ajustes razonables**. Cabe aclarar que nos encontramos ante una situación en la cual previamente hemos acreditado que la falta de

⁶⁶ No cabe aquí la excepción de desproporcionalidad en los costos, puesto que la obligación es legal. En todo caso se podrá contemplar ayudas, prórrogas o subsidios, pero nunca exceptuarlo de cumplir los requisitos de accesibilidad. En otras palabras, no caben en este caso los ajustes razonables porque partimos de la premisa de un incumplimiento injustificado en la previsión del diseño universal

previsión en el diseño para todos se encuentra justificada,⁶⁷ y, por tanto, tenemos que ponderar si la realización de un ajuste implica una carga desproporcionada. Determinar si la carga resulta o no proporcionada será, evidentemente, una cuestión a resolver en cada caso concreto. Sin embargo, 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: “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. A este fin, las Administraciones públicas competentes podrán establecer un régimen de ayudas públicas para contribuir a sufragar los costes derivados de la obligación de realizar ajustes razonables”⁶⁸. Esto último parece más que necesario, dado que, evidentemente, la realización de un ajuste razonable puede suponer para el sujeto obligado –con mayor razón si es de carácter privado– un costo importante. Para ello las políticas y la legislación sobre accesibilidad deben contemplar medios para compensar los gastos que puede conllevar el cumplimiento de los requisitos de accesibilidad.

Como decíamos, **la existencia de una obligación de realizar ajustes será una cuestión a dilucidar en cada caso concreto**. Para ello, en cuanto a la interpretación del mandato y su consiguiente determinación, es interesante observar la regulación que se ha hecho en Inglaterra, aunque la Ley de Discriminación por Discapacidad inglesa de 1995 no alude a la excepción de la carga excesiva en los mismos términos que el resto de instrumentos. No obstante, la norma establece que el incumplimiento de la obligación de realizar ajustes razonables se considera una discriminación, salvo que el incumplimiento se encuentre justificado. En este sentido, el Tribunal Laboral de Apelaciones inglés ha proporcionado una importante orientación en lo relativo a los problemas que pueden surgir para determinar si se ha incumplido la obligación de realizar ajustes. De este modo, se ha establecido que la primera cuestión es determinar si en las circunstancias del caso se impone una obligación de realizar ajustes sobre el empleador. Si así fuera, el paso siguiente es corroborar si el empleador hubiera podido tomar alguna de las medidas establecidas en las disposiciones legales (ilustrativas sobre los ajustes que pueden ser realizados). Si el tribunal comprueba que un empleador no ha cumplido con su obligación legal de realizar ajustes, la

⁶⁷ Evidentemente, cuando nos referimos a una falta de previsión justificada lo hacemos en términos jurídicos y no éticos o sociales.

⁶⁸ En este último punto la Ley 51/2003 ha observado lo exigido por el artículo 5 de la Directiva 2000/78.

cuestión será entonces la de determinar si ha demostrado *que su falta se encuentra justificada*. En lo relativo a determinar si resulta razonable que un empleador deba tomar las medidas para cumplir con la obligación de realizar ajustes, deben tenerse en cuenta las siguientes cuestiones, especialmente: hasta qué punto el adoptar dicha medida podría evitar el efecto en cuestión (es decir la colocación de la persona con discapacidad en una situación de desventaja sustancial en comparación con otra persona sin discapacidad); hasta qué punto resultaría factible para el empleador adoptar dicha medida; los costos financieros y de otro tipo en que incurriría el empleador al tomar dicha medida y el grado de afectación que la misma tendría sobre sus actividades; la capacidad financiera y otros recursos del empleador; la disponibilidad que tenga el empleador de obtener asistencia financiera o de otro tipo para la adopción de dicha medida (ya que no se exigirá una misma inversión a un empleador con pocos recursos que a otro con recursos más importantes). Así, parece que la interpretación conforme a la opción de la Ley inglesa es aconsejable, al no supeditar expresamente la ponderación a dilucidar si la carga es excesiva, sino a supeditarlo a un concepto más equitativo como es la *falta justificada*.

Ahora bien, 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”.⁶⁹

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 lo 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

⁶⁹ Ley 51/2003, artículo 4 sobre vulneración del derecho a la igualdad de oportunidades.

determinadas situaciones para garantizar la accesibilidad universal. Ambas variantes son perfectamente compatibles, aunque la primera es inevitable en algún grado (pues es imposible determinar a priori todos los posibles ajustes razonables que son necesarios realizar para garantizar la accesibilidad universal en un ámbito concreto).

2.3.- Las dimensiones política y jurídica de la accesibilidad

De lo dicho hasta aquí con respecto a la discapacidad, y más concretamente respecto de la accesibilidad en el contexto del Ordenamiento jurídico español, podríamos resumir los siguientes puntos:

La Constitución española recoge de modo expreso la formula del Estado social y democrático de Derecho, reconociendo como uno de sus valores superiores a la igualdad sin que pueda prevalecer discriminación alguna, así como a la dignidad de la persona como fundamento del orden político y de la paz social. Asimismo, reconoce que le corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad de las personas sean reales y efectivas, removiendo los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitando su participación en la vida política, cultural y social. Por último, la Constitución, refiriéndose a las personas con discapacidad, ordena a los poderes públicos que presten la atención especializada que requieran y el amparo especial para el disfrute de sus derechos fundamentales. El Tribunal Constitucional español ha reconocido que la satisfacción de los derechos de las personas con discapacidad es un mandato constitucional y una exigencia social que debe impregnar la conciencia nacional.

Por último, la Ley 51/2003 reconoce que la accesibilidad universal constituye la trama sobre la que se ha dispuesto un conjunto de disposiciones que persiguen con nuevos medios un objetivo ya conocido: garantizar y reconocer el derecho de las personas con discapacidad a la igualdad de oportunidades en todos los ámbitos de la vida política, económica, cultural y social, receptando el principio de la transversalidad de las políticas en materia de discapacidad, en virtud del cual las actuaciones que desarrollan las Administraciones públicas no se limitan únicamente a planes, programas y acciones específicos, pensados exclusivamente para estas personas, sino que comprenden las políticas y líneas de acción de carácter general en cualquiera de los ámbitos de actuación pública, en

donde se tendrán en cuenta las necesidades y demandas de las personas con discapacidad.

Consecuentemente, y sin perjuicio de que finalmente el Ordenamiento jurídico deba abordarse de modo sistemático y global, del mencionado resumen normativo se puede identificar una doble dimensión. **Por un lado una dimensión jurídica –en el sentido del reconocimiento de la accesibilidad como parte del contenido del derecho a la no discriminación, como un derecho subjetivo, o un principio jurídico, o de todos ellos-, y por otro lado una dimensión política –en el sentido de que la accesibilidad como principio –inspirador de las políticas públicas- implica un mandato legal a los poderes públicos-.**

En todo caso, la ejecución de los compromisos que se derivan de los principios presentes en el tratamiento de la discapacidad no corresponde sólo a los poderes públicos. Se trata de unos principios que se proyectan en todos los agentes sociales y, más concretamente en lo que podríamos denominar como poderes privados.

La noción poder privado puede ser entendida en principio en contraposición con la de poder público. Se integrarían en ella individuos, instituciones y grupos no revestidos de autoridad pública. En este ámbito, puede diferenciarse los grupos sociales que de alguna manera inciden en la organización y funcionamiento de la sociedad, de los usuarios, trabajadores e individuos en general.

En relación con los primeros, es posible advertir la existencia de asociaciones y grupos que realizan actividades de tipo social cuya relevancia en este ámbito es significativa y que desempeñan un importante papel en los derechos fundamentales. Sirvan de ejemplo las siguientes afirmaciones de nuestro Tribunal Constitucional, en su Sentencia 18/84 de 7 de febrero (fundamento jurídico 3º): "La función ordenadora de la sociedad puede conseguirse de muy diversas formas, que siempre han de moverse dentro del marco de la Constitución... Lo que si interesa subrayar es el reconocimiento constitucional de entes asociativos o fundacionales, de carácter social, y con relevancia pública. Esta relevancia pública no conduce, sin embargo, necesariamente a su publicación, sino que es propio del Estado social de Derecho la existencia de entes de carácter social, no público, que cumplen fines de relevancia constitucional o interés general...". ¿Por qué no extender esta argumentación a todos los grupos que tienen esa incidencia en la vida social respecto a un tema tan significativo dentro de ella como son los derechos fundamentales?

En este sentido, cabe defender la exigencia de una obligación general de promocionar el disfrute de derechos y bienes no sólo en relación con entidades que poseen una naturaleza pública y que podrían formar parte de la idea de Poder, sino también en relación con entidades que tienen una naturaleza privada pero que su actividad se desenvuelve en el ámbito de cuestiones de interés público, entre las que se encuentran derechos y bienes, uno de los cuales puede ser la accesibilidad.

En este punto, el compromiso por la accesibilidad forma parte de la responsabilidad de las empresas, en donde se deben conjugar y compatibilizar los intereses privados con aquellos que derivan de la propia dimensión ética de la organización y que implican el respeto con principios y valores universales. En todo caso, la garantía del cumplimiento corresponde al poder público que debe establecer un marco normativo en el que desarrollar esta responsabilidad.

2.3.1 La dimensión política de la accesibilidad (la accesibilidad como principio que orienta las políticas públicas)

En el contexto de la dimensión política, teniendo en cuenta el análisis conceptual y normativo que hemos realizado, 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;** y que (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, 51/2003 y 62/2003 así como por la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional.**

2.3.1.1 En qué consiste ese mandato a los poderes públicos

La acción política de los poderes públicos en materia de derechos de las personas con discapacidad estaría originalmente prescrita, y al mismo tiempo condicionada, por lo establecido en los preceptos constitucionales de los artículos 9.2 y 49 de la CE y las leyes 13/1982, 51/2003 y 62/2003, entre otras. Es decir, que **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.

Diseño normativo:

Aunque se trata de una función compartida por los poderes ejecutivo y legislativo, **la sanción de leyes, decretos o reglamentos constituye el primer paso del mandato constitucional**. No es la forma de reconocer los derechos constitucionales, sino de delimitarlos. Una vez que lo ha hecho, el legislador queda vinculado por el contenido de su propia norma. Tal es el caso de lo sucedido con las leyes 13/1982 y 51/2003 donde surgen o se refuerzan nuevas obligaciones para los poderes públicos entre las que se destacan: la transversalidad, la reglamentación de medidas de acción positiva y contra la discriminación, y la reglamentación de condiciones básicas de accesibilidad y no-discriminación.

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**⁷⁰ y, por otro, **la obligación de tener presente el principio de accesibilidad en la sanción de**

⁷⁰ Ley 51/2003, artículo 10 sobre condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación.

1. El Gobierno, sin perjuicio de las competencias atribuidas a las comunidades autónomas y a las corporaciones locales, regulará unas condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación que garanticen unos mismos niveles de igualdad de oportunidades a todos los ciudadanos con discapacidad.

todas las normas que tengan una incidencia directa o indirecta para el eficaz desarrollo de la misma.⁷¹

Diseño de políticas:

Sin perjuicio de las normas o reglamentos existentes, hay una serie de actuaciones cuya realización requiere del diseño, financiación y ejecución por parte de la administración pública.⁷² Independientemente de que el mandato para el diseño de políticas públicas provenga de las prescripciones legales, de los principios que inspiran 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 sentido, la promoción efectiva de la accesibilidad por parte de las Administraciones Públicas, en colaboración con el sector de la discapacidad, requiere de la necesidad de actualizar los marcos actuales de contribución de

⁷¹ Ley 51/2003, artículo 2. Principios.

Esta ley se inspira en los principios de vida independiente, normalización, accesibilidad universal, diseño para todos, diálogo civil y transversalidad de las políticas en materia de discapacidad.

A estos efectos, se entiende por:

....

f) Transversalidad de las políticas en materia de discapacidad, el principio en virtud del cual las actuaciones que desarrollan las Administraciones públicas no se limitan únicamente a planes, programas y acciones específicos, pensados exclusivamente para estas personas, sino que comprenden las políticas y líneas de acción de carácter general en cualquiera de los ámbitos de actuación pública, en donde se tendrán en cuenta las necesidades y demandas de las personas con discapacidad.

⁷² Ley 51/2003. Disposición final primera. Facultades de ejecución y desarrollo.

El Gobierno, a propuesta conjunta del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales y de los Ministerios competentes en la materia, previa consulta al Consejo Nacional de la Discapacidad y, en su caso, a las respectivas conferencias sectoriales, queda autorizado para dictar cuantas disposiciones sean necesarias para el desarrollo y ejecución de esta ley.

fondos públicos, para dar verdadera respuesta a los diferentes ámbitos a los que se refieren las condiciones básicas de accesibilidad (Disposiciones finales 5ª a 9ª Ley 51/2003), y que a día de hoy no quedan suficientemente cubiertos. 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.⁷³

2.3.1.2.- El marco competencial de la política de accesibilidad universal

Desde el punto de vista de la distribución territorial de competencias la dimensión política de la accesibilidad presenta una compleja problemática que deriva de dos circunstancias principales:

a) En primer lugar, **esta actividad no es objeto de reparto expreso en la Constitución**, es decir, no es considerada como criterio material de distribución de competencias (en los artículos 148 y 149 de la Constitución). Esta falta de toda referencia puede predicarse también del título competencial, más genérico, de “atención a las personas con discapacidad”. Este silencio de la Constitución implica que:

(i) **La Constitución no ha considerado este tipo de intervención de forma sustantiva en el plano competencial, a diferencia de otras materias que sin embargo sí inciden en el problema que nos ocupa como es el caso de los transportes⁷⁴ (referido en los artículos 148.1.5 y 149.1.21 CE), las telecomunicaciones (que aparece reservada al Estado en el artículo 149.1.21 CE) o las relaciones con la Administración**

⁷³ El 6 de julio de 2005, el Parlamento Europeo, votó, por abrumadora mayoría, a favor de asegurar la no discriminación y la accesibilidad de 50 millones de ciudadanos europeos con discapacidad a aquellos bienes y servicios, infraestructuras, edificios y TIC cofinanciados por los Fondos Estructurales en el periodo 2007-2013.

⁷⁴ Estos sectores aparecen expresamente mencionados en la Ley 51/2003, como ámbitos materiales de aplicación de la “*accesibilidad universal*”.

(establecida con distinto alcance en el art. 149.1.18 CE). El silencio observado por la Constitución en relación con esta materia no cabe duda que debilita la consistencia interna de esta política como competencia en favor de aquéllas que, sin perjuicio de la incidencia en relación con el problema de la accesibilidad, si han merecido la atención expresa de nuestro Texto Fundamental con esta finalidad de distribución de competencias.

(ii) Además, y de acuerdo con el artículo 149 CE, en su apartado 3, el silencio del artículo 149 CE supone que esta “materia” **puede ser asumida como competencia propia por las Comunidades Autónomas a través de sus Estatutos**⁷⁵.

b) En segundo lugar, otro factor de complejidad es su carácter “transversal”, cualidad convertida en principio ordenador de esta política, por virtud de la Ley 51/2003, y que implica su proyección y ejecución a través de otras políticas⁷⁶, lo que presupone el entrecruzamiento de títulos competenciales casi nunca fáciles de dirimir “a priori”⁷⁷.

Por otro lado, y como se analizará más adelante, estas características se ven correspondidas por la propia configuración constitucional de la actividad pública en materia de atención a las personas con discapacidad. El “principio rector”

⁷⁵ “Las materias no atribuidas expresamente al Estado por esta Constitución podrán corresponder a las Comunidades Autónomas, en virtud de sus respectivos Estatutos”, art. 149.3 CE.

⁷⁶ Como ya se ha señalado, el principio de “transversalidad” de esta materia es objeto de definición en el artículo 5.f de la Ley 51/2003 en los siguientes términos: *Transversalidad de las políticas en materia de discapacidad, el principio en virtud del cual las actuaciones que desarrollan las Administraciones públicas no se limitan únicamente a planes, programas y acciones específicos, pensados exclusivamente para estas personas, sino que comprenden las políticas y líneas de acción de carácter general en cualquiera de los ámbitos de actuación pública, en donde se tendrán en cuenta las necesidades y demandas de las personas con discapacidad*

⁷⁷ La materia sometida a análisis debe ser concebida de manera transversal, dado que esa protección integral se puede abordar desde múltiples títulos competenciales. En este sentido, y aunque referido a otra materia, resultan extrapolables los planteamientos hechos por el TC en torno al medio ambiente, relativos a “su carácter complejo y polifacético” que se ha visto traducido “en la transversalidad de las competencias” y “que conlleva una pluralidad de actuaciones públicas y privadas en relación con las cuales la Constitución y los Estatutos de Autonomía han deslindado diferentes títulos competenciales”. Por todas, SSTC 102/1995, de 26 de junio (FF.JJ. 3º y 6º) y 306/2000, de 12 de diciembre (FJ 6º).

constitucional queda formulado en el artículo 49 CE, tal y como ya se ha señalado, en los siguientes términos:

“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 lo que interesa, en este momento deben resaltarse dos aspectos que sin duda propician el carácter transversal y por lo tanto su relación con otras competencias (materiales) distribuidas en la Constitución, y que ya han sido aludidos en este informe:

a) En primer lugar, la atribución de los cometidos constitucionales de “previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos” **al conjunto de los poderes públicos**, sin referencia alguna a la competencia o función que les correspondan dentro del Estado; esta transversalidad se manifiesta tanto en el plano horizontal o funcional – lo que significa que todos los “poderes” del Estado se encuentran concernidos por la consecución de estos objetivos⁷⁸-, como en el vertical o territorial -en virtud del cual se proyecta a través de la organización territorial del Estado en los distintos niveles de gobierno reconocidos en el artículo 137 de la Constitución. En suma, “**todos**” los poderes públicos están comprometidos en las tareas y objetivos que establece el artículo 49 de la Constitución, incluso en el caso de que no tuvieran esta materia asumida como propia, debiendo, en este caso colaborar en la realización material del principio **en el seno de sus respectivas competencias**.

b) El segundo aspecto viene determinado por el objetivo último al que sirve esta política: alcanzar el pleno “disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos” lo que presupone la necesidad de colaboración de las distintas instancias encargadas de la promoción y efectividad de los derechos y deberes

⁷⁸ Así se indica específicamente, respecto del poder judicial, en la Sentencia TS (Sala 1ª) de 22 de septiembre de 1997 (Aranzadi: 1997/6820) cuando dice que el artículo “49 (que) impone a los poderes públicos -incluidos los Tribunales de Justicia- el amparo de los minusválidos”. Se trata de un reforzamiento al carácter polarizador (o inspirador) que el artículo 53.3 CE atribuye a los principios rectores de la política económica y social.

constitucionales previstos en el Título I de la Constitución, cuya ordenación y gestión se proyecta a través de las competencias de los distintos planos territoriales.

Estos dos aspectos quedan reforzados por la ya referida falta de consideración constitucional de este problema como criterio material de reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, lo que convierte la determinación de la titularidad de esta competencia en un tema fundamental.

2.3.1.2.1.- La titularidad de la competencia en materia de accesibilidad de personas con discapacidad.

Como se acaba de recordar, **el artículo 149 de la Constitución no establece reserva de competencias expresa a favor del Estado ni en materia de accesibilidad, ni siquiera respecto de la más genérica de atención a las personas con discapacidad** (recogido, sin embargo, como principio rector en el artículo 49), **lo que implica que este problema, como “materia” susceptible de distribución competencial, se encontraba a disposición de aquéllas Comunidades Autónomas que decidieran asumirla como propia a través de sus Estatutos (art. 149.3 de la Constitución).**

Sin embargo, esta asunción no se ha producido al menos de forma expresa. Desde luego, nada concreto se dice en los distintos Estatutos de autonomía respecto a la cuestión de la “accesibilidad”, como tampoco se menciona, con carácter general, el problema más general pero indudablemente relacionado con el tema que nos ocupa, “de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran”. Solo los siguientes Estatutos de Autonomía aluden expresamente a esta última cuestión:

- a) El Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana establece la competencia exclusiva de esta Comunidad respecto de: “Instituciones públicas de protección y ayuda de menores, jóvenes, emigrantes, tercera edad, minusválidos y demás grupos o sectores sociales requeridos de especial protección, incluida la creación de centros de

protección, reinserción y rehabilitación”⁷⁹.

b) El Estatuto de Autonomía de la Rioja que atribuye a esta Comunidad las funciones de “Promoción e integración de los discapacitados, emigrantes, tercera edad y demás grupos sociales necesitados de especial protección, incluida la creación de centros de protección, reinserción y rehabilitación”⁸⁰; una fórmula análoga se establece en el Estatuto de Autonomía de Castilla La Mancha⁸¹.

c) El Estatuto de Autonomía de Castilla – León⁸² que le atribuye competencias en materia de “Prevención, atención e inserción social de los colectivos afectados por la discapacidad o la exclusión social”.

En consecuencia, puede decirse que los Estatutos de Autonomía guardan silencio en relación con el tema específico de la “accesibilidad” y, sólo en algunos se refiere específicamente el problema de la integración o inserción de personas afectadas por alguna forma de discapacidad.

Diferente parece ser el caso en las propuestas de reforma de los Estatutos de Autonomía presentados en el Congreso de los Diputados por parte de las Comunidades de Valencia y Cataluña en 2005, en las cuales se hace referencia expresa y más detalla en la cuestión de la discapacidad, y en ocasiones incluso a la accesibilidad. La propuesta valenciana en su artículo 13, -que modificaría el artículo 10 del actual Estatuto-, establece que: “La Generalitat garantizará primordialmente los siguientes ámbitos: (...) la no discriminación y derechos de las personas con discapacidad y sus familias a la igualdad de oportunidades, a la integración y a la accesibilidad universal en cualquier ámbito de la vida pública, social, educativa o económica (...).”⁸³ Por su parte, la propuesta catalana no

⁷⁹ Artículo 35.1.27 de la Ley Orgánica 5/1982, de 1 julio por la que se aprueba este Estatuto (EaCV).

⁸⁰ Artículo 8.1.31, de la Ley Orgánica 3/1982, de 9 de junio (EaR).

⁸¹ Artículo 31.1.20 de la Ley Orgánica 9/1982, de 10 de agosto, por el que se aprueba el Estatuto de Autonomía de Castilla – La Mancha (EaCM), que se formula en los siguientes términos: “*Promoción y ayuda a los menores, jóvenes, tercera edad, emigrantes, minusválidos y demás grupos sociales necesitados de especial atención, incluida la creación de centros de protección, reinserción y rehabilitación.*”

⁸² Artículo 32.1.19 de la Ley Orgánica 4/1983, de 26 de febrero por la que se aprueba este Estatuto de Autonomía (EaCL)

⁸³ Entre las principales propuestas de reforma también son dignas de destacar:

EL SIGNIFICADO DE LA ACCESIBILIDAD UNIVERSAL Y SU JUSTIFICACIÓN EN EL MARCO NORMATIVO ESPAÑOL

establece un tratamiento específico a las personas con discapacidad, -como en el caso de las personas mayores o de las mujeres, por ejemplo- aunque si lo hace de forma transversal en varios preceptos, como en el artículo 48 sobre movilidad y seguridad vial donde se dispone que: “Los poderes públicos deben promover políticas de transporte y de comunicación, basadas en criterios de sostenibilidad, que fomenten la utilización del transporte público y la mejora de la movilidad garantizando la accesibilidad para personas con movilidad reducida.” Asimismo, el artículo 40, relativo a la protección de las personas y de las familias, establece en el apartado 5 que: “Los poderes públicos deben garantizar la protección jurídica de las personas con discapacidades y deben promover su integración social, económica y laboral. También deben adoptar las medidas necesarias para suplir o complementar el apoyo de su entorno familiar directo”.⁸⁴

-Artículo 12: Modifica al artículo noveno y habla de “acceso a los documentos de las instituciones y administraciones públicas valencianas”.

-Artículo 16: Modifica el artículo 13 que quedaría redactado como sigue:

“1.- La Generalitat garantizará a toda persona afectada de discapacidad, sin perjuicio del contenido de la Carta de Derechos Sociales de la Comunitat Valenciana, el derecho a las prestaciones públicas necesarias para asegurar su autonomía personal, su integración socioprofesional y su participación en la vida social de la comunidad.

2.- La Generalitat procurará a las personas afectadas de discapacidad su integración por medio de una política de igualdad de oportunidades, mediante medidas de acción positiva, y garantizará la accesibilidad espacial de las instalaciones, edificios y servicios públicos.

3.- Las familias que incluyan personas mayores o menores dependientes, o que alguno de sus miembros esté afectado por discapacidad que exija cuidados especiales tienen derecho a una ayuda de La Generalitat, en forma en que determine la Ley.”

-Artículo 19: Modifica el artículo 16, y habla de “acceso a una vivienda digna” – especialmente, en relación con las personas con discapacidad.

-Artículo 22: Modifica el artículo 19, y habla fundamentalmente de “acceso a las nuevas tecnologías”.

-Artículo 55: Modifica el Título IV y el artículo 49, referido a las competencias de la Comunidad Autónoma; no menciona expresamente a la temática de la accesibilidad.”, Proyecto de Reforma del Estatuto Valenciano: Texto de la Proposición de Ley presentada en el Congreso de los Diputados el 4 de Julio de 2005, disponible en: http://www.cortsvalencianes.es/reforma_estatut/congreso_cas.pdf

⁸⁴ Entre las principales propuestas de reforma también son dignas de destacar:

Artículo 21 (acceder a la educación; especialmente el punto 7); Artículo 22 (acceder a la cultura); Artículo 23 (acceder en el ámbito de la salud); Artículo 24 (acceder en el ámbito de los servicios sociales); Artículo 25 (acceder en el ámbito laboral); Artículo 26 (acceder a la vivienda); Artículo 30 (acceder a los servicios públicos y a los servicios económicos de interés general); Artículo 31 (acceder a los datos personales); Artículo 41 (acceso, en relación con la perspectiva de género); Artículo 44, 3. (acceso a las actividades de la educación en el tiempo libre); 5. (acceso a la cultura...); Artículo 47 (acceso a la vivienda); Artículo 52 (acceso sin discriminaciones a los servicios audiovisuales); Artículo 53 (acceso a las tecnologías de la información y de la

Teniendo presente este contexto, surge entonces **la cuestión sobre la posibilidad de aplicar la cláusula general de atribución residual al Estado de las materias no asumidas por los Estatutos de Autonomía**, que podría aplicarse al menos respecto de los Estatutos que no han recogido expresamente como competencia de su respectiva Comunidad Autónoma, la integración de personas con algún tipo de discapacidad.

En efecto, el artículo 149.3 de la CE señala para este caso de silencio de los Estatutos respecto de una competencia que:

“La competencia sobre las materias que no se hayan asumido por los Estatutos de Autonomía corresponderá al Estado, cuyas normas prevalecerán, en caso de conflicto, sobre las de las Comunidades Autónomas en todo lo que no esté atribuido a la exclusiva competencia de éstas”.

En consecuencia, la titularidad sobre la política de accesibilidad y la de atención a las personas con discapacidad, en el territorio de aquellas Comunidades autónomas que no hubieran asumido competencias en estas materias, podría residenciarse en el Estado.

La cuestión, sin embargo, no es tan sencilla, especialmente en los casos en que **la materia puede ser subsumida en otra más amplia que sí son objeto de reparto, y que por lo tanto podrían atraer hacia sí la materia no atribuida**. No se trata de un problema excepcional, por el contrario, y sin perjuicio de la ratificación de la vigencia y eficacia práctica de la denominada cláusula residual de competencia a favor del Estado⁸⁵, el Tribunal Constitucional ha afirmado que: (Auto TC 46/2001, de 27 de febrero):

comunicación); Artículo 84 relativo a las competencias locales. No se menciona expresamente a la materia “accesibilidad”; El Título IV (artículos 110 al 172) se ocupa de las competencias. No se menciona expresamente a la materia “accesibilidad”. En el marco de determinadas materias, se habla de “acceso”, ej.: Artículo 124, 3 (acceso de los trabajadores a los medios de producción); Vid. Proyecto de Reforma del Estatuto de Cataluña: Texto de la Proposición de Ley presentada en el Congreso de los Diputados, disponible en <http://www.parlament-cat.net/porteso/estatut/estatuto.pdf>

⁸⁵ En este sentido, entre otras la STC 18/1982 de 4 de mayo, iniciaba su razonamiento: de la siguiente forma: “Para determinar si una materia es de la competencia del Estado o de la Comunidad Autónoma, o si existe un régimen de concurrencia, resulta en principio decisivo el texto del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Autónoma, a través del cual se produce la asunción de competencias. Si el examen del Estatuto correspondiente revela que la materia de que se trate no está incluida en el mismo, no cabe duda que la competencia será estatal, pues así lo dice expresamente el artículo 149.3 de la Constitución”.

“...en relación con el art. 149.3 CE, hemos declarado que «para que entre en juego la llamada cláusula residual o supletoria es necesario que el problema no pueda quedar resuelto con los criterios interpretativos ordinarios» (STC 123/1984 [RTC 1984\123], F. 2), criterio reiterado después cuando dijimos que «el mero dato de que la Constitución y el Estatuto de Autonomía no mencionan expresamente las agencias de transporte no obliga a acudir a la cláusula residual del art. 149.3 CE por la que corresponden al Estado las materias no asumidas por los Estatutos, siendo necesario que el problema no pueda quedar resuelto con los criterios interpretativos ordinarios (STC 123/1984, F. 2)» (STC 180/1992 [RTC 1992\180], F. 4). El mismo criterio lo hemos reiterado en las SSTC 132/1989 (RTC 1989\132), F. 20; 149/1991 (RTC 1991\149), FF. 1 A y 4 F; 180/1992, F. 3; 133/1997 (RTC 1997\133), F. 3 y 40/1998 (RTC 1998\40), F. 45. En esta última resolución declaramos, complementando el criterio expuesto, que «para acudir a dicha cláusula es necesario que el problema no pueda quedar resuelto con los criterios interpretativos ordinarios, ..., esto es, averiguando si, por encima y con independencia de las rubricas o denominaciones empleadas por la Constitución o los Estatutos de Autonomía, ha sido incluida en una u otra materia entendida como conjunto de actividades, funciones, institutos jurídicos relativos a un sector de la realidad social (STC 13/1997 [RTC 1997\13], F. 3)» (STC 40/1998, F. 44).”

Y más específicamente, en la Sentencia TC 65/1998, de 18 de marzo, señala:

“...el art. 149.1 CE no menciona expresamente las carreteras (como tampoco otras obras públicas relacionadas en el art. 148.1 CE, como es el caso de los canales y regadíos), lo cual, sin embargo, no obliga a recurrir a la cláusula residual del art. 149.3 CE, pues, según doctrina reiterada de este Tribunal, ello no resulta preciso cuando, con independencia de las rúbricas o denominaciones empleadas por la Constitución o por los Estatutos de Autonomía, cabe entender que una materia competencial ha sido incluida en una u otros mediante la utilización de los «criterios interpretativos ordinarios» (SSTC 123/1984 [RTC 1984\123], fundamento jurídico 2.º, 180/1992 [RTC 1992\180], fundamento jurídico 4.º, 133/1997 [RTC 1997\133], fundamento jurídico 3.º, 206/1997 [RTC 1997\206], fundamento jurídico 7.º in fine,

y 40/1998 [RTC 1998\40], fundamento jurídico 45, sentencia sobre la Ley de Puertos). En particular, en esta última sentencia, y con referencia al transporte marítimo (materia también aludida en los Estatutos de Autonomía, pero no en el art. 149.1 CE) hemos señalado que «el hecho de que la Constitución no se haya referido al transporte marítimo en ningún precepto (a diferencia de lo que ocurre con el transporte aéreo al que alude en el mismo núm. 20 del art. 149.1 y con el transporte terrestre, previsto en el núm. 21) parece apuntar con toda claridad a su inclusión en el título de marina mercante».

Tales «criterios interpretativos ordinarios» no son otros que aquellos que atienden, de un lado, al sentido y finalidad propia con que los varios títulos de competencia se han recogido en la Constitución y en los Estatutos de Autonomía, y, de otro, al carácter y objetivo predominante de las disposiciones impugnadas, como acaba de recordar recientemente la STC 13/1998 (RTC 1998\13), fundamento jurídico 4.º [y antes, entre otras, las SSTC 252/1988 (RTC 1988\252), fundamento jurídico 3.º, y 197/1996 (RTC 1996\197), fundamento jurídico 3.º].”

La aplicación de este criterio jurisprudencial ha determinado en relación con la materia que analizamos que, al menos **en casos determinados, la atención a personas con discapacidad se considerara como parte de la llamada asistencia social, materia que sí ha sido asumida con carácter general por los Estatutos de las Comunidades Autónomas**. Esta idea aparece expresamente en la STC 171/1998, de 23 de julio, en la que se señala en relación con las actividades de la ONCE que:

“Respecto de lo segundo, la caracterización a efectos competenciales de las disposiciones en conflicto se ha de realizar, según doctrina ya reiterada de este Tribunal, atendiendo a los títulos de competencia de la Constitución y los Estatutos de Autonomía y teniendo presente, junto a ello, tanto el carácter de las disposiciones y actos traídos al conflicto como el objetivo predominante de los mismos (SSTC 88/1986 [RTC 1986\88], fundamento jurídico 4.º; 87/1987 [RTC 1987\87], fundamento jurídico 2.º y 252/1988 [RTC 1988\252], fundamento jurídico 2.º, entre otras muchas). **Basta con recordar esta doctrina para descartar que la materia sobre la que recaen las normas aquí controvertidas pueda situarse en el ámbito de la asistencia social, título citado por la representación de la Generalidad en el escrito de planteamiento del primero de los**

conflictos de competencia, si bien es cierto que sin conferirle carácter decisorio en cuanto a la atribución de la competencia controvertida. Dicho título (enunciado, respectivamente, en los arts. 148.1.20 CE y 9.25 EAC) como ya ha tenido ocasión de señalar este Tribunal, abarca una técnica de protección fuera del sistema de la Seguridad Social con caracteres propios que la separan de otras afines o próximas a ella, dispensada por entes públicos o por organismos dependientes de entes públicos cualquiera que éstos sean o también por entidades privadas, caso en el que los poderes públicos desempeñan sólo funciones de fomento o de control (SSTC 76/1986 [RTC 1986\76], fundamento jurídico 6.º y 146/1986 [RTC 1986\146], fundamento jurídico 2.º Es claro que los preceptos objeto de los presentes conflictos no pretenden ni ordenar ni disponer regla alguna sobre las actividades de asistencia o protección social encomendadas y dispensadas por la ONCE. En cambio, las disposiciones que consideramos tienen por objeto y finalidad ciertos aspectos singulares de las condiciones de gestión y explotación de un determinado sorteo con premios; por consiguiente, de los aducidos el título competencial relevante no sería sino, dentro de las perspectivas de la promotora del conflicto (veremos si con alcance general) el relativo a la materia de juego y apuestas. Y merece subrayarse que la Comunidad Autónoma promotora de la controversia no sólo no cuestiona, sino que reconoce la competencia del Estado para proceder a la reordenación de la ONCE y, por encontrarse sometida a su protectorado, establecer el nivel de tutela y los controles que estime adecuados sobre sus actividades económicas y sociales, salvo en lo relativo a las facultades de autorización y control administrativos de las modificaciones en los sorteos del «cupón pro-ciegos», que es lo que discute”.

No obstante, esta jurisprudencia no ha significado: (i) ni la pérdida de la función de tutela del Estado en relación con la citada ONCE (afirmada en la propia Sentencia TC 171/1998); ni (ii) la inconstitucionalidad de las previsiones presupuestarias previstas en los Presupuestos del Estado en relación con estos colectivos (entre otras, las Sentencias TC 16/1998 de 1 de febrero, y 13/1992, de 6 de febrero).

El carácter complejo desde un punto de vista constitucional puede completarse con los siguientes datos:

a) **La jurisprudencia constitucional maneja un concepto de asistencia social en la que no encaja completamente la política de accesibilidad.** En efecto, así la Sentencia TC 171/1998 la define “técnica de protección fuera del sistema de la Seguridad Social con caracteres propios que la separan de otras afines o próximas a ella, dispensada por entes públicos o por organismos dependientes de entes públicos cualquiera que éstos sean o también por entidades privadas, caso en el que los poderes públicos desempeñan sólo funciones de fomento o de control (SSTC 76/1986 [RTC 1986\76], fundamento jurídico 6.º y 146/1986 [RTC 1986\146], fundamento jurídico 2.º”.

Más concretamente se señala en la STC 76/1986, de 9 de junio que:

“La noción de asistencia social no está precisada en el texto constitucional, por lo que ha de entenderse remitida a conceptos elaborados en el plano de la legislación general, que no han dejado de ser tenidos en cuenta por el constituyente. De la legislación vigente se deduce la existencia de una asistencia social externa al sistema de Seguridad Social, y no integrada en él, a la que ha de entenderse hecha la remisión contenida en el art. 148.1.20 de la C.E. y, por tanto, competencia posible de las Comunidades Autónomas, y que en concreto el País Vasco ha asumido en virtud del art. 10.12 de su Estatuto. Esta asistencia social aparece como un mecanismo protector de situaciones de necesidad específicas, sentidas por grupos de población a los que no alcanza aquel sistema y que opera mediante técnicas distintas de las propias de la Seguridad Social. En el momento actual -con independencia de que la evolución del sistema de Seguridad Social pueda ir en la misma dirección-, es característica de la asistencia social su sostenimiento al margen de toda obligación contributiva o previa colaboración económica de los destinatarios o beneficiarios. Las Leyes examinadas responden a esta idea al otorgar prestaciones, con cargo a los presupuestos de la Comunidad Autónoma, a un grupo de personas no incluidas en el régimen de la Seguridad Social, a quienes se dispensa la protección que establecen por estimar el legislador vasco que concurren en ellas circunstancias que les hacen acreedores de la misma. No se trata, por tanto, de ampliar o completar el campo de aplicación de la Seguridad Social; sino de contemplar la situación de un colectivo de personas, cualificado por unas circunstancias concretas, determinadas e irrepetibles. En remediar o atender esa situación se agota la virtualidad de ambas Leyes.

Conviene hacer hincapié en el verdadero alcance y características de

estas Leyes: Ambas tienen naturaleza excepcional, pues no pretenden regular con carácter general y para el futuro un sector concreto de la realidad. Como dicen en la exposición de motivos y confirma su articulado, son normas que pretenden resolver un problema de justicia material planteado por la existencia de un colectivo de ciudadanos, concretamente determinado por razón de la prestación de sus servicios a la Administración vasca anterior a la reconocida por la Constitución, que se halla carente de protección y, por tanto, en situación de que sean atendidas sus eventuales necesidades. Respecto de este colectivo despliegan su eficacia y ahí se agota el contenido de ambas Leyes. No se puede decir, por tanto, que pretendan renovar o modificar en modo alguno el conjunto normativo que integra el ordenamiento de la Seguridad Social.

La conjunción de estos caracteres de excepcionalidad y no incidencia en el sistema de la Seguridad Social, justifican que, aceptando las argumentaciones del Gobierno y el Parlamento Vascos, deba reconocerse a la Comunidad Autónoma la competencia para acordar la concesión de estas medidas de asistencia, y deba descartarse por este motivo que en el punto examinado las leyes impugnadas puedan ser objetadas de inconstitucionalidad”⁸⁶.

Por su parte, la Ley 51/2003, define la accesibilidad universal, como venimos reiterando, en los siguientes términos (artículo 2.c):

“c) Accesibilidad universal: 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”.

⁸⁶ La STC 146/1986, abunda en este carácter prestacional cuando señala:

“La acción social en este campo puede canalizarse a través de la ayuda a entidades que realicen labor de Asistencia Social de ámbito estatal, pero no tanto por el ámbito de la Entidad que pretende obtener las ayudas -entidad que, si opera a nivel de Estado, había de dirigirse en cada una de las Comunidades Autónomas a solicitar la ayuda correspondiente para la labor que desarrollen dentro del territorio de la misma, adaptándose con ello a la política concreta de Asistencia Social de esa Comunidad Autónoma-, sino porque se trata de planes de acción social de ámbito supracomunitario, en los que la acción como tal, y las ayudas correspondientes no podrían residenciarse en las Comunidades Autónomas.”

La accesibilidad así entendida, se configura como un ámbito de regulación, no necesariamente de fomento⁸⁷ y por ello, de la asistencia social, por lo que puede afirmarse que no todas las medidas relacionadas con la accesibilidad pueden reconducirse a este sentido prestacional o de control como configura esta materia la jurisprudencia constitucional, y menos, pueden considerarse excepcionales (piénsese por ejemplo en las medidas relacionadas con las relacionadas con la supresión de barreras arquitectónicas, una de las más características de estas políticas que tiene un claro sentido general y permanente) ni pueden excluirse las medidas que puedan tener incidencia en el sistema de Seguridad Social⁸⁸.

b) Por otro lado, **las Comunidades Autónomas han aprobado medidas relacionadas con la accesibilidad**, y especialmente en el plano de la supresión de barreras arquitectónicas, lo cual constituiría un índice de la competencia si no fuera porque dichas medidas han sido **adoptadas en virtud de otra competencias que tienen atribuidas con carácter general** como son las de vivienda y urbanismo.

Los anteriores datos confirman la complejidad de la materia desde un punto de vista competencial, en la medida en que: (i) **carecemos de un criterio expreso y explícito que atribuya esta materia como competencia**; (ii) **la materia más próxima (integración de personas con discapacidad) no se encuentra asumida con carácter general por las Comunidades Autónomas como competencia propia de las mismas**; (iii) **la competencia más próxima asumida, con carácter general por las Comunidades Autónomas, como propia (la asistencia social), entendida en sentido estricto, no es susceptible de absorber las distintas facetas de la accesibilidad**; y (iv) **sin embargo el carácter trasversal del objetivo constitucional trazado para esta materia permite, o más bien exige, la incorporación de medidas de accesibilidad al ejercicio de competencias tanto estatales como autonómicas**. Consideraciones de las que sólo cabe concluir que **la “accesibilidad” no resulta fácilmente encuadrable como competencia en los criterios materiales utilizados en la Constitución para la distribución de competencias, incluso considerando la interpretación que de las mismas ha hecho hasta la fecha el Tribunal Constitucional**.

⁸⁷ Sin perjuicio de la posibilidad de utilizar medidas de fomento como instrumento de profundización y aceleración de la ejecución de estas políticas, como ocurre con las medidas contenidas en el artículo 16 de la Ley 51/2003.

⁸⁸ Sin perjuicio de su carácter de antecedente de las actuales políticas de integración, la Ley 13/1982, tiene ese claro carácter prestacional.

La conservación de toda la virtualidad que esta política debe desarrollar para satisfacer el objetivo constitucional establecido en el artículo 49 de la Constitución pugna con la economía de los criterios de distribución de competencias establecidos en el artículo 149.3. Porque, en efecto, las reglas contenidas en esta disposición parecen concebidas para dispensar siempre una respuesta a la cuestión de la determinación de la titularidad de una materia en concepto de competencia, sobre la base de unos criterios que pueden resumirse en dos principales: 1) uno positivo, de atribución expresa que se realiza del juego de los Estatutos de Autonomía con el límite de la lista prevista en el artículo 149.1, de acuerdo con el cual la materia pertenece bien al Estado (fundamentalmente las reservadas a éste por virtud del referido artículo 149.1, bien a las Comunidades Autónomas en virtud de sus estatutos de acuerdo con el artículo 147.1 (149.3 CE); 2) y otro residual, por el que, en caso de no asunción por las Comunidades Autónomas de una materia como competencia propia, corresponderá al Estado (artículo 149.3). Esta última regla consistente en que todo lo atribuido corresponda al Estado puede determinar que cualquier alteración terminológica o cualquier novedad política, suscitara la necesidad de residenciar dicha novedad en el Estado. Frente a esta posibilidad la jurisprudencia del Tribunal Constitucional referida en su Auto 46/2001, de 27 de febrero, ha reaccionado buscando una racionalización de estos fenómenos en la inclusión de materias más amplias que ya son objeto de atribución competencial. Orientación que, en el presente caso, ubicaría el problema de la accesibilidad universal dentro de la competencia – materia más amplia de la asistencia social.

Sin embargo, como hemos visto, las medidas en que se concreta esta accesibilidad no son totalmente integrables en el concepto de asistencia social. Ni las Comunidades Autónomas parecen haberla sustantivizado como una (sub)política autónoma y consistente, si bien han incorporado el término a medidas adoptadas en el ámbito de competencias propias, de lo que se puede deducir que para éstas la accesibilidad no constituiría propiamente una materia sino más bien una preocupación que se proyecta transversalmente en sus políticas.

No se puede obtener una conclusión muy distinta en el plano estatal. La Ley 51/2003, en la que se trata este problema no ha considerado la accesibilidad como una materia susceptible de apropiación por el Estado en virtud de la cláusula residual del artículo 149.3 de la Constitución, sino que la considera trasversal, cualidad que la eleva a condición de principio de la Ley y que significa la necesaria realización de las medidas que contempla a través de otras competencias, y se justifica la misma Ley a través de un título competencial de

EL SIGNIFICADO DE LA ACCESIBILIDAD UNIVERSAL Y SU JUSTIFICACIÓN EN EL MARCO NORMATIVO ESPAÑOL

reconocida transversalidad como es el artículo 149.1.1 (disposición final decimocuarta de la Ley).

En consecuencia, **se trata de un conjunto de medidas, de una política o mejor dicho de un programa, que no puede ser considerada como “materia” a los efectos de su reparto competencial, al menos en este momento, y que por lo tanto su realización ha de considerar el reparto de competencias de las materias en las que la preocupación por la accesibilidad ha de proyectarse.** En este sentido, puede apreciarse una acusada simetría entre el problema de la accesibilidad y el contenido también transversal del principio rector consagrado en el artículo 49 de la Constitución en los términos ya analizados. Simetría y transversalidad que va más allá, aunque participa, de la fuerte peculiaridad de la distribución de competencias propias de la acción estatal en el Estado Social que ya fue resaltada por el propio Tribunal Constitucional en su Sentencia 146/1986, de 25 de noviembre:

“Pero, en una materia compleja, como la acción y protección social, tan central además en un Estado Social (a la vista de los principios rectores de política social incluidos en el Capítulo Tercero del Título I de la Constitución), las competencias exclusivas no pueden entenderse en un sentido estricto de exclusión de actuación en el campo de lo social, ni de otros entes públicos -tal como sucede en particular con los entes locales-, ni por parte de entidades privadas, que gozan además al respecto de una esfera específica de libertad que consagra el inciso final del art. 41 de la Constitución, ni tampoco por parte del Estado, respecto de aquellos problemas específicos que requieran para su adecuado estudio y tratamiento un ámbito más amplio que el de la Comunidad Autónoma y que presupongan en su concepción, e incluso en su gestión, un ámbito supracomunitario, que puede corresponder al Estado”.

A la vista de las anteriores consideraciones puede concluirse, en relación con la titularidad competencial de la “accesibilidad universal”:

a) Que esta materia 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).

b) No obstante este silencio, tampoco es posible hacerse una aplicación inmediata y directa de la cláusula de atribución residual al Estados 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:

(i) La relativa a integración de personas capacidad, 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.

(ii) 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 la aquéllas (con carácter exclusivo).

c) Por último, y debido a las especialidades características de la política de accesibilidad universal – transversal a otras políticas, y no totalmente subsumible en el concepto de asistencia social- se sugiere la posibilidad de 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.

2.3.1.2.2.- El artículo 149.1.1 de la Constitución como fundamento de la competencia estatal en materia de accesibilidad.

Tanto esta última circunstancia, como el supuesto en que la materia se considerara de competencia autonómica, no es incompatible con la posibilidad de que el Estado adopte medidas como las previstas en la Ley 51/2003.

Dicha Ley invoca, como fundamento competencial propio, la cláusula

prevista en el artículo 149.1.1 de la Constitución, que señala:

“1. El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias:

1.^a La regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales.”

El Tribunal Constitucional ha tenido la oportunidad de manifestarse sobre el contenido y el alcance real de este título competencial, caracterizándolo como “«un título competencial autónomo, positivo o habilitante, constreñido al ámbito normativo, lo que permite al Estado una regulación, aunque limitada a las condiciones básicas que garanticen la igualdad, que no el diseño completo y acabado de su régimen jurídico», por lo que «el art. 149.1.1^a CE no debe ser entendido como una prohibición de divergencia autonómica» [STC 61/1997, F. 7 b)]” (STC 188/2001, de 20 de septiembre). Esta definición significa que:

a) No puede confundirse este título competencial con:

(i) otras disposiciones que establecen limitaciones en garantía del mantenimiento de la unidad del sistema constitucional (como son los artículos 138.2 y 139.1 de la Constitución), ya que éstas constituye límites y no propiamente títulos de competencia;

(ii) el principio de igualdad reconocido en el artículo 14 de la Constitución, dado que el ámbito de aplicación de éste último es más amplio que el del título que analizamos⁸⁹;

(iii) los criterios de distribución de competencias derivados de la solución legislación básica, bases o normativa básica ya que ésta presupone

⁸⁹ Tal delimitación negativa es formulada en la STC 61/1997 (FJ 7º) en los siguientes términos:

“a) En primer lugar, importa delimitar por vía negativa el título competencial residenciado en el art. 149.1.1º CE. De una parte, no se puede identificar con el contenido derivado de otros preceptos constitucionales, tales como los arts. 138.2 y 139.1, que son presupuestos o límites, pero no títulos competenciales; o el art. 139.2, como expresión de la unidad de mercado y del derecho a la libre circulación. De otra, el art. 149.1.1º CE no viene a ser un trasunto, en el plano competencial, del art. 14 CE, que, por lo demás, vincula a todos los poderes públicos. Este título estatal no representa, pues, una suerte de prohibición para el legislador autonómico de un trato divergente y desproporcionado respecto de la legislación estatal.”

una necesaria colaboración legislativa que no necesariamente debe darse en el supuesto que analizamos⁹⁰;

y (iv), la regulación de los derechos fundamentales reservada a la ley con carácter general en el artículo 53.1 de la Constitución, ya que esta medida no constituye propiamente, un criterio de distribución de competencias⁹¹.

b) El título competencial se encuentra delimitado por dos criterios:

.- Funcional, ya que el citado artículo 149.1.1 circunscribe la competencia estatal a dictar las “condiciones básicas”, entendiendo por tales:

(i) las que hacen “referencia al contenido primario (STC 154/1988) del derecho, a las posiciones jurídicas fundamentales (facultades elementales, límites esenciales, deberes fundamentales, prestaciones básicas, ciertas

⁹⁰ “Ha de añadirse que “condiciones básicas” no es sinónimo de “legislación básica”, “bases” o “normas básicas”. El art. 149.1.1º CE, en efecto, no ha atribuido al Estado la fijación de las condiciones básicas para garantizar la igualdad en el ejercicio de los derechos y libertades constitucionales, sino sólo el establecimiento -eso sí, entero- de aquellas condiciones básicas que tiendan a garantizar la igualdad. Y si bien es cierto que su regulación no puede suponer una normación completa y acabada del derecho y deber de que se trate y, en consecuencia, es claro que las Comunidades Autónomas, en la medida en que tengan competencias sobre la materia, podrán siempre aprobar normas atinentes al régimen jurídico de ese derecho -como en el caso de la propiedad del suelo-, no lo es menos, sin embargo, que la competencia “ex” art. 149.1.1º CE no se mueve en la lógica de las bases estatales-legislación autonómica de desarrollo. En otras palabras, el Estado tiene la competencia exclusiva para incidir sobre los derechos y deberes constitucionales desde una concreta perspectiva, la de la garantía de la igualdad en las posiciones jurídicas fundamentales, dimensión que no es, en rigor, susceptible de desarrollo como si de unas bases se tratara; será luego el legislador competente, estatal y autonómico, el que respetando tales condiciones básicas establezca su régimen jurídico, de acuerdo con el orden constitucional de competencias” (STC 61/1997, FJ 7).

⁹¹ En este sentido, la misma STC 61/1997 indica:

Finalmente, las condiciones básicas no equivalen ni se identifican tampoco con el contenido esencial de los derechos (art. 53.1 CE), técnica cuyo objeto, como hemos reiterado desde la STC 11/1981, consiste en garantizar el derecho frente a los eventuales abusos o extralimitaciones de los poderes públicos, en particular y en primer término, del legislador, cualquiera que éste sea, en su tarea reguladora. El contenido esencial constituye, pues, una garantía constitucional en favor del individuo, algo a respetar por el legislador en cada caso competente, no para regular; no es, en definitiva, una técnica que permita determinar lo que al Estado o a las Comunidades Autónomas les corresponde. En términos positivos, pues, tanto el legislador estatal de las condiciones básicas, como el autonómico deben respetar el contenido esencial del derecho de propiedad (art. 53.1 CE)”

premisas o presupuestos previos” (STC 61/1997, FJ 7º)⁹²;

(ii) pero “por definición, no pueden consistir en un régimen jurídico acabado y completo de los derechos y deberes constitucionales afectados” (STC 61/1997, FJ 7º), porque aunque “La regulación de esas condiciones básicas sí corresponde por entero y en exclusiva al Estado..., con tal normación, como es evidente, no se determina ni se agota su entero régimen jurídico” (STC 61/1997, FJ 8º), correspondiendo a la instancia competente en cada caso, establecer el régimen jurídico de la actividad en cada supuesto.

.- Material, en el que el título viene condicionado por tres ideas fundamentales:

(i) Un componente teleológico consistente en la necesaria orientación de las medidas hacia la consecución del objetivo perseguido como es la garantía de la igualdad en el ejercicio de los derechos y deberes constitucionales, cuya realidad condiciona la legitimidad de la medida.

(ii) La necesaria relación de dichas medidas con la efectividad de derechos y deberes constitucionales en sentido estricto (“en lo que hace a su ámbito material o alcance horizontal, es de advertir que la "materia" sobre la que recae o proyecta son los derechos constitucionales en sentido estricto, así como los deberes básicos”) entendiendo por tales los consagrados en el texto constitucional.

(iii) La aplicación de las ideas de idoneidad, oportunidad y proporcionalidad en la consecución de tales objetivos pues como ha dicho la Sentencia del Tribunal Constitucional 61/1997 “En todo caso, las condiciones básicas han de ser las imprescindibles o necesarias para garantizar esa igualdad, que no puede consistir en una igualdad formal absoluta”.

c) Esta configuración tiene importantes consecuencias a la

⁹² Precisa la STC 61/1997 de 20 de marzo que : “*Dentro de esas "condiciones básicas" cabe entender incluidos asimismo aquellos criterios que guardan una relación necesaria e inmediata con aquéllas, tales como el objeto o ámbito material sobre el que recaen las facultades que integran el derecho (así, respecto de la propiedad privada la demanialización de toda una categoría de bienes definidos por sus características naturales: STC 227/1988, fundamento jurídico 14); los deberes, requisitos mínimos o condiciones básicas en que ha de ejercerse un derecho (SSTC 5/1981 [RTC 1981\5], fundamento jurídico 26; 37/1981, fundamento jurídico 2); los requisitos indispensables o el marco organizativo que posibilitan el ejercicio mismo del derecho (como la inscripción censal para el derecho de sufragio; STC 154/1988, fundamento jurídico 3); etcétera.*”

vez que consagra un título competencial muy singular:

(i) Las “condiciones básicas que garanticen la igualdad se predicen de los derechos y deberes constitucionales en sí mismos considerados, no de los sectores materiales en los que éstos se insertan y, en consecuencia, el art. 149.1.1º de la Constitución sólo presta cobertura a aquellas condiciones que guarden una estrecha relación, directa e inmediata, con los derechos que la Constitución reconoce. De lo contrario, dada la fuerza expansiva de los derechos y la función fundadora de todo el Ordenamiento jurídico que éstos tienen atribuida (art. 10.1 de la Constitución), quedaría desbordado el ámbito y sentido del art. 149.1.1º, que no puede operar como una especie de título horizontal, capaz de introducirse en cualquier materia o sector del ordenamiento por el mero hecho de que pudieran ser reconducibles, siquiera sea remotamente, hacia un derecho o deber constitucional” (STC 61/1997 FJ 8).

Esta peculiar configuración “extrae” a este título competencial del plano de la distribución de competencias, por razón de la materia (criterio dominante en la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas), para operar como criterio de intervención en función del objetivo constitucional que tiene atribuido, pero con posible incidencia en otras materias que pueden corresponder a las Comunidades Autónomas y que éstas han de respetar en el desarrollo de sus respectivas políticas. La peculiaridad de este título, así configurado, no reside únicamente en la eventual concurrencia material con el desarrollo de competencias de las autonomías, sino también en su naturaleza dinámica, ya que sólo opera cuándo y en la medida en que sea necesario adoptar las medidas a las que habilita el artículo 149.1.1 de la Constitución⁹³.

(ii) En todo caso, no persigue la implantación de un régimen uniforme razón que explica la necesidad de reconocer margen de operatividad a los titulares de las competencias afectadas por el ejercicio de este título de competencia.

La cuestión en este punto es, si el artículo 149.1.1 de la Constitución es un título idóneo para amparar una política sobre accesibilidad, y si la Ley 51/2003 se ha atenido a la caracterización que acaba de realizarse.

⁹³ De ahí a que con anterioridad a la intervención del Estado en la determinación de estas condiciones básicas, las Comunidades Autónomas sean libres de adoptar en la materia las decisiones que estimen convenientes, como sucede en los supuestos juzgados por el TC en sus Sentencias 178, 205, 206, 207, 208, 209, 210, 211, 214 todas del 2004, entre otras.

El necesario punto de partida de la existencia de competencia estatal para establecer unas condiciones básicas en materia de accesibilidad universal al amparo del artículo 149.1.1 pasa por verificar las condiciones establecidas en la jurisprudencia constitucional para la aplicación de esta cláusula. Como se recordará la utilización de esta cláusula de competencia está condicionada: a) por la presencia de un derecho o deber constitucional cuyo ejercicio, en condiciones de igualdad, se quiere garantizar; b) la finalidad que justifica la utilización que es garantizar la de igualdad en el ejercicio de dicho Derecho, y c) por un determinado tipo de medidas a las que se circunscribe este título competencial, las condiciones básicas.

De estos requisitos, los dos últimos deben examinarse de manera pormenorizada en relación con las concretas medida que se hayan adoptado. En relación con el primero, e independientemente de que más adelante abordaremos de manera más exhaustiva la configuración jurídica de la accesibilidad, es posible adelantar ya algunas observaciones.

Como se verá más adelante, el artículo 49 de la Constitución no consagra un verdadero derecho constitucional, al menos en su sentido literal. En efecto, el sentido del precepto concuerda de manera precisa con la función que le atribuye el propio Texto constitucional: **constituye un principio rector de la política económica y social**. Y en este sentido resulta inequívoco el encargo que el precepto realiza a los poderes públicos para la realización de una serie de actividades, pero en modo alguno se establece un derecho explícito a dichas actividades, a diferencia de otros preceptos del propio Capítulo III de la Constitución que reconocen la existencia de verdaderos derechos – como el derecho a la protección a la salud (artículo 43.1), el derecho a la Cultura (artículo 44.1), el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona y el deber de conservarlos (artículo 45.1), el derecho a la vivienda reconocido en el artículo 47-⁹⁴. **En consecuencia, el artículo 49 de la Constitución presenta un importante e inicial inconveniente para servir de fundamento de una intervención del Estado a través del artículo 149.1.1, por no consagrar específicamente un derecho constitucional para el que sea necesario fijar unas condiciones básicas que garanticen la igualdad en el ejercicio del derecho.**

Sin embargo **esta dificultad puede ser más aparente que real**. En efecto,

⁹⁴ Circunstancia que se añade al particular régimen de efectos que la Constitución reconoce a los principios rectores en su artículo 53.3. CE.

como podrá recordarse el artículo 49 no sólo asigna a los poderes públicos unos cometidos sino, sobre todo, un objetivo, garantizar a las personas con discapacidad, el “el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos”, lo que ofrece dos puntos de conexión con los derechos constitucionales, conexión que, como se recordará, resulta necesaria para la aplicación del artículo 149.1.1 de la Constitución.

a) En primer lugar, por que la **finalidad de garantía de la eficacia de los derechos constitucionales que persigue el artículo 49 de la Constitución supone la afectación (en concepto de facilidad o de regulación) de esos derechos, y, en todo caso, la justificación en tales derechos de las medidas que realicen en desarrollo del referido precepto constitucional.** Esta consideración de los derechos constitucionales no es muy diferente a la que contempla el artículo 149.1.1, lo que significa que **la posibilidad de utilizar el cauce competencial previsto en este último precepto para cuestiones relacionadas con la accesibilidad no necesitaría buscar su justificación en el concepto de accesibilidad universal, como competencia, sino en los concretos derechos constitucionales en consideración con los cuales se adoptan las medidas.** En otras palabras, las medidas consistentes en condiciones básicas de accesibilidad a edificaciones no precisan de un título autónomo, sino que es suficiente aludir a los derechos fundamentales que puedan resultar afectados como pueden ser los derechos fundamentales a la libertad y a la seguridad (artículo 17), libertad de residencia y circulación (artículo 19), derecho a la vivienda (artículo 47), derecho a un medio ambiente adecuado (artículo 45) o el derecho a recibir información (artículo 20), sin perjuicio que tales medidas estén recogidas y coordinadas en un programa dirigido a garantizar la accesibilidad.

b) En segundo lugar, por el fin último de toda esta intervención con una clara vocación de obtener condiciones de igualdad, que pone sobre la mesa la **posibilidad de utilizar el principio de igualdad (derecho fundamental a la igualdad) en conexión con los derechos constitucionales, como habilitante para la adopción de medidas en esta materia.** Sin embargo, **esta posibilidad no ofrece un sólido fundamento** ya que la materia utilizada como referencia: (i) sólo tiene un sentido sustantivo por relación a otros derechos constitucionales para los que se reclama esa misma igualdad –con una operatividad muy

parecida por cierto al papel que juega la igualdad en el artículo 149.1.1.- ; y (ii) por que, para la estructura interna del artículo 149.1.1 supone una cierta confusión entre el elemento funcional del supuesto –garantizar la igualdad de ejercicio...- y el material – que se refieran a derechos constitucionales-. En consecuencia la invocación genérica al principio de igualdad no facilita un criterio sólido de justificación para el uso de la cláusula contenida en el artículo 149.1.1. De hecho la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha advertido sobre la imposibilidad de “abrir” el ámbito de aplicación de la referida cláusula de competencia estatal, a aspectos no relacionados con aspectos básicos de los derechos fundamentales a través, precisamente del principio de igualdad⁹⁵.

⁹⁵ Así se desprende de la doctrina establecida por la STC 188/2001, de 20 de septiembre cuando indica :

“13. Hemos de convenir, en definitiva, que aunque el art. 149.1.1ª CE, habilite al Estado junto con la normativa básica a que se refiere el art. 149.1.30ª CE, para hacer efectiva la igualdad en el ejercicio del derecho a la educación, aquella regla competencial no puede cobijar en puridad la regulación contenida en las Ordenes impugnadas.

Así, de un lado, extravasan el ámbito propio del art. 149.1.1ª CE los preceptos de dichas Ordenes que atribuyen a los órganos centrales del Estado competencias de carácter ejecutivo, pues aquel precepto constitucional está «constreñido al ámbito normativo», según quedó dicho.

Desde la perspectiva de su regulación material, y de otro lado, tampoco responden las Órdenes controvertidas a lo que ha de ser el contenido sustantivo de las «condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales». Dichas condiciones básicas, ya lo hemos dicho, deben hacer referencia al contenido primario del derecho y a las posiciones jurídicas fundamentales relativas al mismo. En este sentido, no puede ser considerado contenido primario del derecho a la educación ninguno de los elementos sustantivos que delimitan el acceso a las becas en las normas impugnadas. Ni los estudios objeto de beca, ni tampoco las clases y cuantía de las ayudas pueden estimarse integrantes de ese contenido primario del mencionado derecho fundamental, pues debe distinguirse, de un lado, entre los elementos generales conformadores del derecho a obtener una beca, amparables en el art. 149.1.1ª CE y alcanzados por la legislación orgánica y, cumpliendo determinadas exigencias, por la reglamentaria general, y, de otro, los criterios de política educativa que instrumentan coyunturalmente su acceso al mismo. Es claro que la regulación controvertida se sitúa en este segundo ámbito, puesto que los estudios objeto de ayuda, las modalidades de ésta y sus cuantías no gozan de la estabilidad necesaria como para ser incluidos en el núcleo esencial del derecho a beca en cuanto condición de efectividad del derecho a la educación. Tampoco forman parte de ese núcleo central, por las mismas razones, los requisitos económicos y académicos, ni los sistemas de baremación, pues los mismos aparecen, lógicamente, dotados de provisionalidad en razón a posibles circunstancias cambiantes.

Asimismo, ninguno de los aspectos citados pueden considerarse incluidos en el ámbito de las posiciones jurídicas fundamentales que delimitan el derecho a la educación en los términos concebidos por nuestra doctrina, esto es, en la medida en que no afectan a las facultades elementales de tal derecho, los límites esenciales del mismo, los deberes fundamentales que se imponen al respecto a los poderes públicos, las prestaciones básicas o los presupuestos previos del mismo.

En definitiva, **si bien es posible adoptar disposiciones en esta materia con carácter general y que puedan proyectarse sobre distintas materias, sobre la base del artículo 149.1.1 CE éstas deberían justificarse específicamente en los derechos constitucionales cuyo ejercicio en condiciones de igualdad se pretende garantizar.**

2.3.2 La dimensión jurídica de la accesibilidad

Un marco legal efectivo resulta crucial a los efectos de lograr la accesibilidad para todos. Los instrumentos jurídicamente obligatorios son generalmente decisivos para generar un cambio de actitudes y de conductas de todos los actores involucrados⁹⁶. Sin embargo, la diversidad de ámbitos, competencias y autoridades de aplicación que intervienen en la configuración del aparato normativo de cada Estado, son generadores de un gran número de leyes y reglamentos que en ocasiones no son debidamente sistematizados.

Por ello, en lo que respecta a un marco regulatorio, se pueden distinguir dos vías complementarias que pueden ser exploradas: el enfoque sobre la base de derechos y el enfoque sobre la base de Leyes o reglamentos específicos.

El enfoque sobre la base de derechos, supone cubrir todos los aspectos de la vida civil, económica, y social, incluyendo a la accesibilidad como un elemento fundamental. Este enfoque tiende a responder la cuestión relativa a ¿porqué la accesibilidad? y quedaría comprendido bajo lo que se denomina el Derecho antidiscriminatorio, que suele instrumentarse a través de dos vías. La primera de ellas es la del establecimiento de un marco normativo antidiscriminatorio de tipo general, en el sentido de comprender la mayoría de los posibles sujetos o grupos discriminados, aunque sin determinación de las medidas y herramientas para su ejecución.⁹⁷ La segunda de las vías es la del establecimiento de un marco

Finalmente, si los aspectos indicados no permiten ser incluidos en el ámbito del art. 149.1.1ª CE, menos aún puede serlo el resto de la normativa impugnada (sistemas de verificación y control y procedimiento de tramitación)."

⁹⁶ *Concepto Europeo de Accesibilidad*, p.11.

⁹⁷ Prácticamente todos los sistemas nacionales recogen de diferentes modos la cláusula general de no-discriminación que constituye un aspecto neurálgico del derecho internacional de los derechos humanos. Sin embargo, solo en el último cuarto de siglo la discapacidad comenzó a verse explícitamente reflejada como causa de discriminación.

normativo antidiscriminatorio de carácter específico, delimitando los sujetos o grupos comprendidos, y enumerando y especificando las herramientas o los principios para luchar contra las conductas, prácticas o elementos discriminatorios.⁹⁸ Parece evidente que ambas vías no resultan incompatibles, y de hecho su complementariedad tiende a reforzar su efectividad.

El enfoque sobre la base de Leyes o reglamentos específicos se proyecta en todas las áreas (transporte, construcción, salud y seguridad, información y tecnologías de la comunicación, seguridad de los productos, etc.) con una coordinación efectiva ente todos los departamentos y actores involucrados. Este enfoque tiende a responder la cuestión relativa a ¿cómo la accesibilidad?; es decir, qué requisitos son necesarios para la accesibilidad. Para ello se requiere de un marco normativo específico, con un cierto grado de flexibilidad y de adaptabilidad. Mientras un artículo breve en una Constitución o en una ley se puede remitir simplemente a reconocer el derecho a la no-discriminación, e incluso a estipular a la accesibilidad como medio para evitar dicha discriminación, la normativa que recoja el modo o la forma de viabilizar dicha accesibilidad requerirá de una instrumentación mucho más extensa, precisa y pormenorizada.

Como hemos venido mencionando, la Constitución española recepta a la discapacidad desde dos dimensiones, desde los derechos que corresponden a toda la ciudadanía 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.). Ahora bien, ¿dónde se situaría entonces la accesibilidad dentro de ese marco constitucional? Para responder a esta pregunta es conveniente entender las distintas posibles configuraciones jurídicas de la accesibilidad; haciendo la aclaración necesaria de que esas posibilidades no tienen que ser contradictorias, sino, que antes al contrario, las mismas resultan perfectamente compatibles e incluso pueden entenderse como complementarias.

En este sentido, diferenciaremos entre la accesibilidad en el ámbito de los principios y la accesibilidad en el ámbito de los derechos. En el primero de ellos, daremos cuenta del papel de la accesibilidad en materia de desarrollo e interpretación normativa; en el segundo del papel de la accesibilidad en materia de protección de necesidades, exigencia o pretensiones de las personas.

⁹⁸ Tal ha sido el caso que han seguido la mayoría de los ordenamientos nacionales, que han sancionado instrumentos legales antidiscriminatorios específicos: (Ley de Americanos con Discapacidades -*Americans with Disabilities Act of 1990*-; Ley de Discriminación por Discapacidad de Australia -*Disability Discrimination Act 1992*-; Ley de Discriminación por Discapacidad del Reino Unido, -*Disability Discrimination Act 1995*-; Ley española 51/2003)

2.3.2.1.- La accesibilidad universal en el ámbito de los principios jurídicos

Si existen dificultades para localizar el principio de la accesibilidad en el Ordenamiento jurídico español, éstas pueden ser atribuidas al hecho de que nos hallamos ante una nueva forma de interpretar o de abordar el principio de la igualdad en el contexto de ciertas personas, entre las que se encuentran las personas con discapacidad. Conforme a esta interpretación, el principio de la accesibilidad universal ha estado siempre implícito en el principio de la igualdad, solo que hoy día se ha erigido como la estrategia más idónea para garantizar la igualdad y la no-discriminación de las personas con discapacidad. En este sentido, **el principio de accesibilidad posee un alcance constitucional**, ya que, como es sabido, los principios derivados de normas constitucionales poseen el rango de dichas normas.

No obstante, **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 se destaca la normalización de la sociedad, la transversalidad de las políticas en la materia o la inclusión social.** En este sentido, es importante destacar que la Sala de lo Civil de nuestro Tribunal Supremo ha reconocido en la Sentencia 797/1997, de 22 de septiembre, que “la satisfacción de los derechos de las personas con discapacidad es un mandato constitucional y una exigencia social que debe impregnar la conciencia nacional”. Y que en la Exposición de Motivos de la Ley 51/2003 se reconoce que la no-accesibilidad de los entornos, productos y servicios constituye, sin duda, una forma sutil pero muy eficaz de discriminación, convergiendo así las corrientes de accesibilidad y de no-discriminación y estableciendo a ambos aspectos como principios inspiradores de la Ley. Reconociéndose en dicha Exposición de Motivos que la accesibilidad universal constituye la trama sobre la que se ha dispuesto un conjunto de disposiciones que persiguen con nuevos medios un objetivo ya conocido: garantizar y reconocer el derecho de las personas con discapacidad a la igualdad de oportunidades en todos los ámbitos de la vida política, económica, cultural y social.

La configuración de la accesibilidad como un principio jurídico cobra gran importancia en materia de desarrollo normativo y en materia de interpretación. En relación con lo primero al servir tanto de guía como de límites de las opciones normativas de desarrollo de cualquier materia que afecte a este

principio. En relación con lo segundo al servir igualmente de referente en la atribución de significado de las normas o en la superación de lagunas o de indeterminaciones normativas.

La relación de la accesibilidad con el propio principio de igualdad y con el contenido de lo establecido en el artículo 49 de la Constitución, **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.**

2.3.2.2- La accesibilidad universal en el ámbito de los derechos

A diferencia del punto anterior en el que nos fijábamos en el papel de la accesibilidad universal como principio delimitador y guía del desarrollo normativo y de la interpretación jurídica, en este apartado nos centraremos en el papel de la accesibilidad dentro de la protección jurídica de demandas, intereses, pretensiones o necesidades de las personas. De esta forma, diferenciaremos tres proyecciones de la accesibilidad en este ámbito. Por un lado la accesibilidad como parte del contenido esencial de los derechos fundamentales; por otro la accesibilidad como contenido específico del derecho a no ser discriminado; y, por último la accesibilidad como un derecho independiente.

Es importante advertir que estas tres posibles construcciones no son de ninguna manera incompatibles. Dicho de otro modo, la accesibilidad puede funcionar de estas tres maneras y habrá que estar al caso en cuestión para saber cual de las proyecciones prima. En todo caso, lo anterior implica que la accesibilidad se encuentra inexorablemente conectada con el principio de igualdad y no discriminación.

2.3.2.2.1.- La accesibilidad universal como contenido esencial de los derechos

Hemos venido destacando hasta aquí que 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 forma, 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.

Como es sabido, el artículo 53.1 de la Constitución se refiere al contenido esencial de los derechos como límite que todo desarrollo normativo de estos debe respetar. En este sentido, se ha considerado que todo derecho fundamental posee una serie de rasgos que lo identifican y cuya falta originaría la desaparición del derecho (STC 5/1981). Como ha destacado nuestro Tribunal Constitucional, “constituyen el contenido esencial de un derecho subjetivo aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como perteneciente al tipo descrito” (STC 11/1981 de 8 de abril, 37/1987 de 26 de marzo o 204/2004 de 18 de noviembre). En este sentido, **en la medida en que cabe considerar a la accesibilidad como un requisito ineludible para la realización efectiva de los derechos, ésta formará parte de su contenido esencial.**

De esta forma, **la garantía de la accesibilidad como parte del contenido esencial de los derechos gozará de la protección específica de éstos, 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.**

2.3.2.2.2.- La accesibilidad universal como derecho

Otra de las posibles configuraciones jurídicas de la accesibilidad, tomando como referencia su significado y la normativa española, consiste en su consideración como derecho. El artículo 4 Ley 51/2003 califica el incumplimiento de las exigencias de accesibilidad como una vulneración del “derecho a la

igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad”. Por tanto, **si cabe aducir la lesión de un derecho en caso en que no se respeten las exigencias de accesibilidad, es que la accesibilidad en sí misma viene a ser configurada como uno de los contenidos de dicho derecho.** Lo anterior resulta corroborado porque el artículo 18 de la misma norma ofrece mecanismos específicos de protección para el caso en que se incumplan las exigencias de accesibilidad (en realidad dicho precepto se refiere a la vulneración del derecho a la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad, pero según el artículo 4 se produce tal vulneración toda vez que se incumplen las exigencias de accesibilidad). En particular, no sólo se dispone que deberán adoptarse las medidas necesarias para poner fin a la violación del derecho y a prevenir violaciones ulteriores, sino que se consagra expresamente la posibilidad de solicitar una indemnización por los daños causados (artículo 18,2) (se presume además la existencia del daño moral “la indemnización por daño moral procederá aun cuando no existan perjuicios de carácter económico...)).

Pero, en todo caso, la viabilidad de esta posibilidad pasa por la superación de lo que la teoría general de los derechos ha denominado como límites conceptuales. Se entiende por límites conceptuales aquellas circunstancias que guardan relación con la posibilidad de construir ética y jurídicamente los derechos. En este sentido, se distinguen los límites formales de los límites materiales.

Los límites formales hacen alusión a la necesidad de que toda pretensión con vocación de ser convertida en derecho debe ser susceptible de ser integrada en el Derecho, es decir, poder ser formulada y garantizada como derecho (perfecta o imperfectamente). En lo que se refiere a la accesibilidad, de lo que se trata es de analizar si se trata de una pretensión que puede ser formulada y garantizada en términos jurídicos y, de esta forma, considerada como un auténtico derecho. Para ello basta con proponer una definición de la misma y establecer un sistema de garantía.

Los límites materiales expresan una limitación a determinadas demandas imposibles de satisfacer de forma generalizada debido a una escasez natural. El problema de la escasez sirve para caracterizar de forma general estos límites. Así, en virtud de los límites materiales no cabría defender la existencia de un derecho que no pudiese ser reconocido con eficacia a todos los ciudadanos por razón de la escasez. Ahora bien, conviene detenerse, aunque sea brevemente, en este tipo de límites. Parece necesario determinar qué escasez es la que debe tomarse como referencia. En este sentido, el significado de la escasez como límite material de los derechos debe intentar ser completamente a-valorativo, es decir, ser expresión de la escasez natural;

no pudiendo apelarse a la escasez para hacer referencia a aquella que se construye en virtud de una determinada opción valorativa o ideológica.

Es posible trasladar esta reflexión al tema de la accesibilidad, tomando en consideración el bien que se pretende sea accesible e, igualmente, la naturaleza de la discapacidad. En este sentido, puede pensarse en la existencia de límites derivados de la imposibilidad material de satisfacer la accesibilidad como de la naturaleza de la discapacidad. Ahora bien, conviene, en este punto, ser conscientes de que cualquier argumentación dirigida a limitar esa consideración por razones de imposibilidad material deberá ser analizada de manera cuidadosa (a través de un juicio certero), intentando averiguar si lo que está detrás es realmente una imposibilidad material o la adopción de un bien o de un principio que trae consigo esa consecuencia (tratándose, por tanto, de la solución a un conflicto entre derechos). De ser así, la cuestión debería ser abordada en otro marco. Por lo que se refiere a la naturaleza de la discapacidad, es posible argumentar que desde ella sea posible construir límites a la accesibilidad, en el sentido de que existen por ejemplo determinados bienes que requieren de ciertas *habilidades*. Ahora bien, ello no obsta para que puedan proponerse en esos casos, medidas en forma de ajustes razonables, de derecho de compensación o, en general, de acciones positivas, que permitan solucionar la situación de discriminación que supone la ausencia de accesibilidad universal.

Como se ha señalado en otro apartado, la idea de razonabilidad permite dar cuenta de 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 la accesibilidad universal de dicho bien. Y si la ausencia de accesibilidad está –al menos jurídicamente- justificada, surge una segunda proyección de la razonabilidad, conforme a la cual se pretende hacer accesible ese bien a través de la adopción de ajustes razonables, que, irremediablemente, conllevan el establecimiento de obligaciones.

2.3.2.2.2.1.- El derecho a no ser discriminado por ausencia de accesibilidad

Aunque es más que probable que a la hora de abordar el legislador el derecho a la igualdad en el artículo 14 de la Constitución no tuviese en cuenta la cuestión de la accesibilidad, sin embargo, es posible afirmar que la intención expresada en el artículo fue que todos los españoles gozaran de sus derechos sin

discriminación alguna (lo que se confirma respecto a las personas con discapacidad con lo establecido en el artículo 49). Y en este sentido, **teniendo presente** lo expuesto en otros apartados y **que las causas de discriminación son abiertas, diversas, y variantes, cabría entender que la falta de accesibilidad es una causa de discriminación en la actualidad.**

A este respecto resulta importante recordar que el artículo 14 de la Constitución prohíbe la discriminación por una serie de motivos entre los que hay que entender incluida la discapacidad; y que el artículo 14 y los derechos contenidos en la Sección primera del Capítulo segundo se encuentra protegido por la garantía especial otorgada por el artículo 53.2, que establece que “cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección primera del Capítulo segundo ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional”.

En este sentido, cabe argumentar que la falta de accesibilidad es una discriminación que otorga la legitimación para interponer un recurso por vía preferente y sumaria y, en su caso, de amparo, *per se*, al 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.

Es decir, las personas con discapacidad tendrían garantizada la accesibilidad al formar ésta parte del derecho a no ser discriminado. 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 derecho, sino que también se debe demostrar que tal restricción, limitación o impedimento se produjo por vulneración del derecho a la igualdad.**

Según esta perspectiva, si la falta de accesibilidad impide, limita o restringe a una persona con discapacidad el ejercicio de cualquier derecho en igualdad de condiciones que el resto entraría a jugar la garantía otorgada por el artículo 53 – por violación del artículo 14 C.E.-. Ello porque la falta de accesibilidad estaría limitando a la persona el ejercicio de un derecho en igualdad de condiciones. Por

tanto, por ejemplo, si a una persona con movilidad reducida, se le limitara, restringiera o impidiera el ejercicio de derechos laborales o del derecho al ocio (o de cualquier otro derecho) en igualdad de condiciones que a las personas sin discapacidad, a través de barreras arquitectónicas, según esta línea de pensamiento se estaría vulnerando el artículo 14 de la Constitución a través de una discriminación.

Este argumento, que sostiene que la falta de accesibilidad implica la violación del derecho a la igualdad, está tomando fuerza incluso en los Tribunales Superiores de ciertos países como Canadá, en donde la Corte Suprema ha creado jurisprudencia sobre esta materia a través de una sentencia, que engloba las nuevas tendencias sobre la discapacidad, que ha generado comentarios muy positivos y que ha sido considerada un avance muy importante en la lucha por la igualdad de derechos de las personas con discapacidad⁹⁹. Aunque si pasamos a la jurisprudencia española, debe aclararse que la cuestión no se presenta de manera tan clara. Así, por ejemplo, ha sucedido que cuando una persona con discapacidad acudió a los tribunales mediante el proceso especial y sumario de protección de los derechos fundamentales por entender que se había vulnerado su derecho fundamental a la igualdad ante la Ley, causándole indefensión, como consecuencia de la inactividad de la Administración ante la falta de accesibilidad de un edificio, la jurisdicción contencioso-administrativa ha entendido que la protección de las personas con discapacidad se encuentra regulada en el artículo 49 y, por ende, dicha pretensión no podía ser objeto de un proceso especial y sumario de protección de los derechos fundamentales¹⁰⁰. Sin embargo, también merece ser destacado que incluso bajo la misma norma en que fue dictada esa sentencia -la Ley de Integración Social de los Minusválidos- también existen sentencias en España que consideran a la accesibilidad como una condición del derecho a la igualdad, a través de una interpretación sistemática de la Constitución. Puede citarse, entre otras, la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 9 mayo 1986. RJ 1986\4396. En este caso se entiende que el mandato del artículo 49, pese a estar incluido bajo la rúbrica «de los principios rectores de la política social y económica», no es una mera norma programática que limite su eficacia al campo de la retórica política. Por otro lado, la sentencia cita al artículo 9.2 y al artículo 14 de la Constitución, para proyectarse en el ámbito más amplio de «igualdad en las condiciones de vida»,

⁹⁹ *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, 151 Dominion Law Reports (D.L.R). (4th) 577, 616 (1997).

¹⁰⁰ STS 18 de julio de 1997 (RJ 1997/6205) y STSJ del País Vasco de 22 de diciembre de 1999 (RJCA 1999/4253).

igualdad que no podrían tener las personas con discapacidad física si se mantienen las barreras arquitectónicas.

Desde el marco teórico desarrollado y desde la recepción normativa a través de la Ley 51/2003, *todo parece indicar que 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.* Como se resalta en la Exposición de Motivos de la Ley, la falta de accesibilidad de los entornos, productos y servicios “constituye, sin duda, una forma sutil pero muy eficaz de discriminación, de discriminación indirecta en este caso, pues genera una desventaja cierta a las personas con discapacidad en relación con aquellas que no lo son, al igual que ocurre cuando una norma, criterio o práctica trata menos favorablemente a una persona con discapacidad que a otra que no lo es”¹⁰¹.

Esa perspectiva es reforzada por la norma citada a través de lo establecido en sus artículos 4, 7 y 10. En este sentido, es de destacar la forma en que el artículo 7 regula el contenido de las medidas contra la discriminación que prevé la Ley, disponiendo que “las medidas contra la discriminación podrán consistir en prohibición de conductas discriminatorias (...), exigencias de accesibilidad y exigencias de eliminación de obstáculos y de realizar ajustes razonables”. A estos efectos, la norma entiende por exigencias de accesibilidad “los requisitos que deben cumplir los entornos, productos y servicios, así como las condiciones de no discriminación en normas, criterios y prácticas, con arreglo a los principios de accesibilidad universal y de diseño para todos”.¹⁰² Es decir que la Ley, desde diversos enfoques, reitera las siguientes premisas:

- Accesibilidad universal \Rightarrow Igualdad de oportunidades. (La accesibilidad universal implica igualdad de oportunidades).

- Falta de accesibilidad universal \Rightarrow Discriminación \Rightarrow Vulneración del derecho a la igualdad de oportunidades. (La falta de accesibilidad implica una discriminación –como es el tratamiento desfavorable en razón de la discapacidad– y, por ende, la vulneración del derecho a la igualdad de oportunidades).

En todo caso, de lo establecido en esos artículos puede inferirse claramente las siguientes premisas: (i) **La Ley 51/2003 plantea a la accesibilidad universal**

¹⁰¹ Ley 51/2003, Exposición de Motivos.

¹⁰² Ley 51/2003, artículo 7 inciso b.

como una aplicación y parte esencial del principio de igualdad; (ii) la falta de accesibilidad de los entornos, productos y servicios, constituye una forma de discriminación al generar una desventaja cierta a las personas con discapacidad en relación con aquellas que no lo son; (iii) la discriminación, los incumplimientos de las exigencias de accesibilidad y de realizar ajustes razonables vulneran el principio de igualdad de oportunidades; (iv) los poderes públicos deben garantizar la igualdad de oportunidades a través de medidas contra la discriminación destinadas a prevenir o corregir que una persona con discapacidad sea tratada de una manera directa o indirecta menos favorablemente que otra que no lo sea, en una situación análoga o comparable; (v) estas medidas contra la discriminación podrán consistir en prohibición de conductas discriminatorias, exigencias de accesibilidad y exigencias de eliminación de obstáculos y de realizar ajustes razonables; (vi) las exigencias de accesibilidad son los requisitos que deben cumplir los entornos, productos y servicios, así como las condiciones de no discriminación en normas, criterios y prácticas, con arreglo a los principios de accesibilidad universal y de diseño para todos; (vii) el Gobierno debe regular unas condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación que garanticen unos mismos niveles de igualdad de oportunidades a todos los ciudadanos con discapacidad.

Debe decirse que la primera norma que receptó la accesibilidad como causa de discriminación en este sentido fue la Sección 508 de la Ley de Rehabilitación para las personas con discapacidad norteamericana, convirtiendo *en ilegal que cualquier organismo federal, universidad pública, contratista federal o cualquier otra institución o actividad que recibiera fondos públicos discriminara contra cualquiera solo en razón de su discapacidad*. La Sección 508 es particularmente importante debido a que, por primera vez, se prohibió la discriminación contra personas con discapacidad en cualquier programa financiado por el gobierno federal, promocionando asimismo la accesibilidad del entorno, servicios más comprensivos, oportunidades laborales y un incremento del número de Centros de Vida Independiente. Finalmente, toda esta influencia culminaría en la recepción normativa de muchos de los principios filosóficos esbozados desde el mismo movimiento, a través de la Ley de Americanos con Discapacidad –*American With Disability Act 1990*–, que rige en la actualidad. Esta Ley convirtió al diseño accesible en un requisito que ampliaba el ámbito de aplicación y derivaba en la responsabilidad de las personas públicas y privadas que recibieran fondos públicos.

En el mismo sentido, la Ley belga de No Discriminación, de 12 de diciembre de 2002, asume igual perspectiva frente a la discriminación indirecta, y establece que la falta de ajustes razonables deviene en la vulneración del principio de igualdad de oportunidades. La Ley inglesa de Discriminación por Discapacidad, de 1995 –como se ha mencionado anteriormente- adopta, sin embargo, un enfoque diferente, al no asumir expresamente en la ley un tratamiento de la igualdad. Sin embargo, lo hace indirectamente al establecer que la obligación de efectuar ajustes razonables es una parte esencial de la prohibición de discriminación relacionada con la discapacidad y con el derecho a la igualdad. La norma indica que si la ley no requiriese a los empleadores adecuar los lugares o políticas de trabajo y modificar las características físicas de los establecimientos, las personas con discapacidad se enfrentarían a una potencial discriminación indirecta en el mercado laboral. En este sentido, los requerimientos y condiciones de los empleadores frecuentemente representarán barreras a la igualdad de oportunidades y pueden llegar a tener un impacto adverso desproporcionado sobre los individuos con discapacidad.

En el marco del Derecho internacional, resulta interesante la definición que de igualdad de oportunidades brindan las “Normas Uniformes sobre la Igualdad de Oportunidades de las Personas con Discapacidad”, al entender por logro de la igualdad de oportunidades “el proceso mediante el cual los diversos sistemas de la sociedad, el entorno físico, los servicios, las actividades, la información y la documentación se ponen a disposición de todos, especialmente de las personas con discapacidad.” De este modo, establece asimismo que “el principio de la igualdad de derechos significa que las necesidades de cada persona tienen igual importancia, que esas necesidades deben constituir la base de la planificación de las sociedades y que todos los recursos han de emplearse de manera de garantizar que todas las personas tengan las mismas oportunidades de participación.”

Por otro lado, la Observación General N°5, “Personas con discapacidad”, 9/12/1994, E/1995/22, del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, relativa al Pacto Internacional sobre la materia, establece que 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 ajuste 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”. Este último instrumento toca un punto de gran trascendencia al admitir que la falta de accesibilidad o de ajustes

razonables implica la negación u obstaculización del reconocimiento, disfrute o ejercicio de los derechos económicos, sociales o culturales.

2.3.2.2.2.2.-- El derecho a la accesibilidad universal

Corresponde en este punto analizar la posibilidad de identificar en el Ordenamiento jurídico español un derecho a la accesibilidad universal de carácter autónomo (nos referiremos a él en este punto simplemente como “derecho a la accesibilidad”). Es decir, independientemente de que la accesibilidad encuentre su fundamento en el derecho a la igualdad, ¿es posible hablar de un derecho a la accesibilidad? Como vimos en el punto anterior, la violación de un derecho de una persona con discapacidad se verifica cuando ha habido un trato discriminatorio en un caso concreto. Por lo que llevado dicho caso ante una autoridad judicial le corresponderá a esta última determinar si hubo, o no, violación del principio igualdad (entendido como una desventaja particular a una persona respecto de otras por razón de discapacidad) ¿Pero que sucede cuando la determinación de la discriminación se produce de antemano por medio de la norma? Pensemos, por ejemplo, en un caso concreto recogido por la Ley 51/2003 al modificar el artículo 10 de la Ley 49/1960, de 21 de julio, por la que se regula la Propiedad Horizontal cuyo párrafo primero establece: “Será obligación de la comunidad la realización de las obras necesarias para el adecuado sostenimiento y conservación del inmueble y de sus servicios, de modo que reúna las debidas condiciones estructurales, de estanqueidad, habitabilidad, *accesibilidad* y seguridad”. La norma presupone dos cuestiones. La primera es que la accesibilidad es una condición esencial de la habitabilidad del inmueble, -del mismo modo que lo es la seguridad, por ejemplo-. Y la segunda es que la falta de accesibilidad constituye una discriminación, por lo que otorga a quien tenga legitimación para solicitarlo un derecho a la accesibilidad, sin necesidad de entrar a discutir si la falta de la misma produce, o no, una violación del principio de igualdad y por ende una discriminación.

En este sentido, la Ley 51/2003 habla de “condiciones básicas de accesibilidad y no-discriminación” que disponen para cada ámbito o área, medidas concretas para prevenir o suprimir discriminaciones, y para compensar desventajas o dificultades, ente las que se encuentran las “exigencias de accesibilidad” de los edificios y entornos, de los instrumentos, equipos y

tecnologías, y de los bienes y productos utilizados en el sector o área (artículo 10). Por ello, **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”.**

Ahora bien, si convenimos en afirmar la existencia de un “derecho a la accesibilidad”, ¿nos encontramos ante un derecho de carácter subjetivo o fundamental?

Teniendo en cuenta lo dicho anteriormente, **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.** Por su parte, la consideración de la accesibilidad como un derecho fundamental conllevaría dotarle de una gran fuerza argumentativa y de la necesidad de establecer un sistema de garantías concreto y eficaz. **La defensa de la existencia del derecho a la accesibilidad universal como un derecho fundamental tendría que recurrir a la figura de los derechos implícitos y se encontraría apoyada en una interpretación sistemática de los artículos 1.1, 9.2, 10.1, 14 y 49 de la Constitución.** Como es sabido, se habla de derechos implícitos para hacer referencia tanto a derechos no expresamente recogidos en una Constitución y, en línea de principio, con un contenido diferente a los sí enumerados; cuanto a derechos cuyo contenido se deduce de los enumerados. Ciertamente, la Constitución española no se refiere a los derechos implícitos (como sí lo hace, por ejemplo, la Constitución argentina, en su artículo 33); si bien, por un lado, sí que hace referencia a un marco de valores que se presenta como fundamento de todo el Ordenamiento jurídico y del que es posible deducir derechos y exigencias, y, por otro, es habitual referirse a la existencia de bienes constitucionales no expresamente aludidos en el texto. Además, en el ámbito de la Teoría del Derecho se ha configurado una doctrina bastante consolidada sobre la existencia de normas y principios implícitos

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”. Como hemos mencionado anteriormente, el artículo 10.2 CE establece un cauce de apertura del ordenamiento jurídico español al derecho internacional de los derechos humanos. Al respecto el TC ha sostenido que “el artículo 10.2 C.E no da rango constitucional a los derechos y libertades internacionalmente proclamados en cuanto no se encuentren asimismo consagrados por nuestra propia Constitución, pero obliga a interpretar los

correspondientes preceptos de ésta de acuerdo con el *contenido de dichos tratados o convenios*, de modo que *en la práctica este contenido se convierte en cierto modo en el contenido constitucionalmente declarado de los derechos y libertades* que enuncia el Capítulo II Título I de nuestra Constitución”, por lo que no podemos dejar de destacar las posibles incidencias de las normas internacionales en el ordenamiento jurídico español.

Es cierto que ningún tratado internacional recoge de forma expresa el derecho humano a la accesibilidad, pero la interpretación sistemática de todos los instrumentos internacionales relativos a la discapacidad, sumado ello a los trabajos de redacción de una Convención Internacional para proteger y promover los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad que se viene elaborando en el seno de las Naciones Unidas,¹⁰³ hacen pensar que dicha situación podría cambiar en un corto plazo. Los recientes documentos preparatorios recogen a la accesibilidad de modo expreso en el texto de la Convención, generando la obligación de los Estados Parte de adoptar medidas para asegurar la accesibilidad de las personas con discapacidad mediante la identificación y la eliminación de las barreras del entorno construido, del transporte, de la información y la comunicación, y de otros servicios, de modo que asegure la posibilidad de las personas con discapacidad de vivir independientemente y de participar plenamente en todos los aspectos de la vida.¹⁰⁴

Por último, nos queda por resolver si nos encontramos ante un derecho específico de las personas con discapacidad o de un derecho universal.

En virtud de la primera posibilidad, la persona con alguna discapacidad, además de configurarse como ciudadana titular de derechos fundamentales, es considerada, de acuerdo al artículo 49, miembro de un colectivo del que se predica un régimen de especial protección constitucional, que pudiese implicar también la posibilidad de reconocerle ciertos derechos específicos. Esto significa otorgar, además de las garantías previstas para todos los seres humanos, formas específicas y diferenciadas de garantías, ligadas a la especificidad de su colectivo. Ello se encuentra relacionado, por una parte, con la dimensión de la efectividad de los mismos derechos reconocidos a toda la ciudadanía; pero, por otra, también

¹⁰³ Toda la documentación de los debates y del estado actual de la cuestión puede consultarse en <http://www.un.org/esa/socdev/enable/>

¹⁰⁴ Véase artículo 9 sobre accesibilidad según propuesta del presidente de la Sexta Reunión del Grupo Especial, Chairman's Text, 07/10/2005, pp.6-7, (disponible en <http://www.un.org/esa/socdev/enable/documents/chairtext.DOC>)

podría encontrarse relacionado con el reconocimiento de ciertos derechos específicos de las personas con discapacidad como colectivo, entre los que habría que encuadrar el de la accesibilidad universal. Unos derechos específicos que, en todo caso, se encontrarán regidos por los mismos criterios y valores rectores que el resto de derechos, y, así, se reconociesen a las personas con discapacidad porque se considerase que los mismos son adecuados para que esas personas puedan alcanzar, en igual medida que el resto de los individuos de la sociedad, el libre desarrollo de sus personalidades; es decir, se basarían en el objetivo básico de reconocer y proteger la igual dignidad humana de todas las personas.

En este sentido, cabe destacar –como lo hemos apuntado anteriormente- que el Ordenamiento jurídico español recoge un procedimiento para la determinación de la discapacidad muy restrictivo.¹⁰⁵ De conformidad con ello, y de asumirse solo esta interpretación, carecerían de tutela jurídica respecto de las “exigencias de accesibilidad” y por ende del “derecho a la accesibilidad” todas aquellas personas que no se encuadren dentro del concepto de discapacidad del artículo 2 de la Ley 51/2003, con independencia de enfrentarse a limitaciones en sus derechos por falta de accesibilidad, por lo que esta opción –si bien puede ser formalmente correcta, puede tacharse de limitada, ya que no parece ser lo suficientemente amplia en cuanto al amparo de su marco de protección.

En virtud de la segunda posibilidad, sin embargo, la accesibilidad universal constituiría un derecho de todo individuo, no pensado solamente para las personas con discapacidad. Esta configuración tiene la ventaja de ampliar el campo de su justificación y protección, debido a que la accesibilidad desde una mirada universalista –aplicable a todas las personas-, adquiere más fuerza para su aplicación práctica.

Debe aclararse que en ningún caso las opciones planteadas son incompatibles entre sí. Ello, sobre todo, si se toma conciencia de que a medida que se analizan los parámetros de definición del ser humano “estándar” para el cual suele encontrarse diseñado el entorno, resulta fácil advertir que no solo las personas con discapacidad quedan excluidas, sino que son muchas –o casi todas- las personas que pueden quedar excluidas de forma más o menos importante en diferentes ocasiones; piénsese, por ejemplo, en el diseño arquitectónico y los problemas que implica en muchas ocasiones para las personas mayores, niños, mujeres embarazadas, excedidas de peso, entre otros grupos. **La accesibilidad se termina configurando, de esta manera, en un derecho que todas las personas**

¹⁰⁵ Véase puntos 2.1.1. y 2.2.1.1.

han de tener reconocido y protegido, 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. Es por ello que, asimismo, debe tenerse presente dentro del colectivo de personas con discapacidad, a 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. En este sentido, la Ley 51/2003 hace una referencia explícita a dicha especificidad, al establecer en su artículo 8 que: “Los poderes públicos adoptarán las medidas de acción positiva suplementarias para aquellas personas con discapacidad que objetivamente sufren un mayor grado de discriminación o presentan menor igualdad de oportunidades, como son las mujeres con discapacidad, las personas con discapacidad severamente afectadas, las personas con discapacidad que no pueden representarse a sí mismas o las que padecen una más acusada exclusión social por razón de su discapacidad, así como las personas con discapacidad que viven habitualmente en el ámbito rural”¹⁰⁶. De este modo, la norma en cuestión enfatiza –si bien en relación a las medidas de acción positiva- en la atención que requieren ciertos grupos dentro del colectivo de personas con discapacidad, que, no obstante, si se piensan en el plano de la accesibilidad, resultan, sin duda, susceptibles de enfrentarse a un mayor grado de discriminación. Este sería el caso, por citar solo un ejemplo, de las consecuencias que pudieran derivarse de la falta de accesibilidad de los servicios generales de protección y atención a mujeres víctimas de violencia de género, que puede ser un punto clave en la vulneración o violación de derechos humanos del colectivo de mujeres con discapacidad, cuando, como consecuencia de esa falta de accesibilidad, no pueden acceder a dichos servicios y, por ello, se encuentran expuestas en mayor grado a sufrir todo tipo de manifestación de violencia de género. Piénsese por ejemplo, en la falta de accesibilidad respecto de la asistencia personal autogestionada, la carencia de un intérprete de lengua de signos, la falta de accesibilidad en las casas de acogida, en los pisos tutelados, en las casas de emergencia; en el sistema de Teleasistencia Móvil para proteger a la víctima de violencia de género que es inaccesible para una mujer con una deficiencia auditiva; en los protocolos de detección de agresiones de violencia de género por parte de personal sanitario y personal policial que no contemplan la especificidad de la discapacidad, entre otras cuestiones.

¹⁰⁶ Ley 51/2003, artículo 8 inciso 2.

2.3.3.- Algunas conclusiones

Hemos visto que del conjunto del Ordenamiento jurídico español se pueden identificar claramente dos dimensiones –una jurídica y otra política-, igualmente importantes y necesariamente coordinadas. También hemos señalado que las diferentes posibilidades de configurar jurídicamente la accesibilidad no son en ningún caso incompatibles. De hecho, su coexistencia tiende a reforzar su validez y eficacia.

De todas formas, **la opción que en mayor medida responde a la nueva manera de enfocar la discapacidad, esto es, al modelo que aquí hemos denominado como social, es aquella que la desarrolla en el ámbito de los derechos.** Obviamente, a partir de ahí, la vía que consideramos permite situar a la accesibilidad en el ámbito de los valores en los que ésta se desenvuelve, es aquella que la conecta con los derechos humanos. Esto ocurre claramente desde la configuración jurídica de la accesibilidad **como “parte del contenido esencial de un derecho” o como “un derecho a no ser discriminado por ausencia de accesibilidad”** ya que existe una cobertura constitucional explícita para defender su existencia.

También se ha defendido la existencia de un “derecho a la accesibilidad” de carácter autónomo al derecho a la igualdad. En este sentido, consideramos que **en la medida que la legislación infraconstitucional o reglamentaria recoge las exigencias de accesibilidad, está presuponiendo y consecuentemente dando por sentado su condición de necesidad y la posible discriminación que supone su carencia, y ello conlleva a la génesis de un derecho autónomo subjetivo (desprendido de la igualdad desde una perspectiva instrumental) que facilita su reclamo.**

Resulta claro que tanto la vía de la accesibilidad asociada al contenido esencial de un derecho, cuanto la relacionada con el Derecho antidiscriminatorio, cuanto la vía de la accesibilidad como derecho autónomo, son igualmente necesarias, puesto que así podemos contar en los dos primeros casos, y ante la ausencia del último, con un cauce de acción residual en el cual contemplar todas aquellas situaciones no recogidas por la legislación específica. El derecho a la accesibilidad otorga a su titular la potestad de exigir el cumplimiento de una obligación concreta facilitando la identificación del contenido de la misma, así como facilitando la labor probatoria. Por ejemplo, la disposición adicional quinta

de la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico establece que “Las Administraciones Públicas adoptarán las medidas necesarias para que la información disponible en sus respectivas páginas de Internet pueda ser accesible a personas con discapacidad y de edad avanzada de acuerdo con los criterios de accesibilidad al contenido generalmente reconocidos antes del 31 de diciembre de 2005”.¹⁰⁷

Más dudas puede plantear la consideración del derecho a la accesibilidad como derecho fundamental, al no existir una referencia constitucional expresa en ese sentido ni una construcción jurisprudencial. Ciertamente 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.

2.4 Ámbitos donde se proyecta el contenido de la accesibilidad

La técnica legislativa para lograr progresos significativos en la supresión de barreras a través de la accesibilidad, el diseño para todos, las tecnologías asistenciales y los ajustes razonables, requiere de normas claras y precisas, definidas después de consultar a los fabricantes, así como de los prestatarios de servicios y las personas con discapacidad, y aplicadas después de un periodo preparatorio durante el cual se ponen a disposición de los ciudadanos servicios de asesoramiento técnico y jurídico.¹⁰⁸

Sin perjuicio de las diferentes vías normativas a las que se puedan optar al momento de reglamentar la accesibilidad en un contexto determinado, su operatividad y eficacia estarán asimismo condicionadas por el contenido de las mismas. **Si tenemos en cuenta el carácter dinámico y evolutivo de la sociedad, que de la mano de la tecnología y el desarrollo genera cambios profundos en periodos de tiempo relativamente cortos, resultan evidentes las dificultades de pretender determinar *a priori* un esquema teórico que permita abarcar todas las situaciones en las cuales se puedan generar barreras. Por ello la**

¹⁰⁷ Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico.

¹⁰⁸ *Discriminación por el Diseño.*

mayoría de los sistemas legales suelen referirse de forma genérica a los “ámbitos de accesibilidad”.

Siguiendo esta metodología y sin pretensión de exhaustividad consideramos importante que el marco normativo que especifique *qué se entiende por accesibilidad*, cuente con al menos una delimitación de los ámbitos de aplicación, y una remisión a guías o estándares de accesibilidad.

2.4.1- Delimitación de los ámbitos de aplicación en sentido formal: “Los ámbitos de accesibilidad”.

Si bien no existe unicidad de criterios para establecer los ámbitos de aplicación de un marco regulatorio de accesibilidad, las diferentes legislaciones nacionales, regionales o internacionales, así como los diferentes informes, instrumentos, documentos y guías, intentan incluir todos aquellos ámbitos de la vida social en los cuales se puedan generar barreras. La delimitación de las áreas de aplicación en los diferentes ordenamientos nacionales está generalmente condicionada a la delimitación legal o administrativa que previamente existe en cada Estado o región. Así, la delimitación puede ser espacial (nacional, provincial, estatal, regional, local etc.), o material (transporte, salud, educación, comunicación, edificación, urbanismo, etc.)

Un adecuado desarrollo de las condiciones básicas de accesibilidad a las que se refiere la Ley 51/2003, pasará necesariamente por una adecuada definición de los diferentes ámbitos de la accesibilidad a partir de los 5 ámbitos genéricos establecidos por dicha Ley (Artículo 3 y disposiciones finales 5ª a 9ª), sumado un sexto ámbito relativo al empleo y la ocupación que ha sido regulado por la Ley 62/2003 que traspone la Directiva europea 2000/78.

Sin perjuicio de los diferentes epígrafes o ámbitos de aplicación recogidos por la normativa nacional o autonómica, se intentará en este punto esbozar un análisis global que sirva de base para cualquier situación particular, pero que al mismo tiempo contemple un mínimo de contenidos básicos para que la accesibilidad sea posible y efectiva. Así, el presente análisis se basa en cuatro aspectos generales que englobarían la mayor parte de situaciones en la cuales podrían generarse barreras que importen una discriminación en el efectivo ejercicio del derecho a la igualdad.

2.4.1.1 La movilidad

El primero y más esencial ámbito de aplicación es el de la movilidad. **Resulta básica para toda persona la necesidad de moverse de un sitio a otro sin necesidad, en la medida de lo posible, de solicitar la asistencia de otro para dicha tarea. La movilidad es un elemento esencial para poder tomar parte en el mundo económico cultural y social. Su ausencia condiciona —en detrimento de todos— el derecho a participar de las personas con discapacidad.**¹⁰⁹ En nuestra sociedad moderna, sólo aquellos que pueden moverse libremente están verdaderamente integrados en la vida social cultural o económica, ya sea con fines de trabajo o de ocio. La movilidad no debería considerarse simplemente un factor positivo o una necesidad social y económica, sino un derecho del que todos somos titulares, sometido únicamente a condiciones económicas y técnicas que resulten razonables.¹¹⁰

Generalmente, el concepto de movilidad se lo suele relacionar al tema del transporte, y más concretamente al **transporte público**.¹¹¹ Como señala el Plan Nacional de Accesibilidad 2004-2012: “La accesibilidad en el transporte público puede comprenderse de un modo más fácil atendiendo a tres grandes grupos de problemas asociados a los desplazamientos. Un primer grupo vinculado a la accesibilidad de las **paradas o estaciones** o todos aquellos lugares en los que cada medio realiza la recepción y desembarco de viajeros; accesibilidad en este caso únicamente en lo que se refiere al hecho físico del desplazamiento entre la calle, la parada, estación o terminal y el vehículo, desagregando por tanto a otra categoría un conjunto de problemas de accesibilidad complementarios al desplazamiento en sí. Un segundo grupo vinculado a las características de accesibilidad a los propios **vehículos** de transporte; es decir, a las dificultades en

¹⁰⁹ *Hacia una Europa sin barreras*, p.3.

¹¹⁰ *Ibíd.*, p.8.

¹¹¹ La Ley 51/2003, en la disposición final octava establece las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación para el acceso y utilización de los medios de transporte, tanto transporte terrestre, aéreo y marítimo; transporte urbano, suburbano e interurbano (lo que incluye los recintos de estaciones de tren, metro, autobús, intercambiadores, puertos y aeropuertos, etc.); y en los vehículos de transporte privado y público. A este respecto, cabe mencionar el reciente Real Decreto 1036/2004, de 7 de mayo, por el que se modifica el Real Decreto 1247/1999, de 16 de julio, sobre reglas y normas de seguridad aplicables a los buques de pasaje que realicen travesías entre puertos españoles. El Real Decreto 1036/2004, que incorpora al ordenamiento jurídico nacional la Directiva 2000/24/CE, incluye un artículo sobre prescripciones de seguridad para las personas con movilidad reducida así como un anexo especificando las directrices al respecto.

los desplazamientos desde las puertas de los vehículos hasta los lugares en donde los viajeros efectuarán el viaje. Y un tercer grupo relacionado con las **condiciones de transporte**, es decir, con la comodidad, la seguridad y la facilidad para la realización del viaje por parte de todos los viajeros, incluidos los que cuentan con discapacidad o con rasgos que demandan condiciones especiales. El viaje no sólo es un hecho físico, sino que también está rodeado de un contexto social y funcional sobre el que hay que aplicar también criterios de accesibilidad o mecanismos de adaptación.”¹¹²

No cabe duda que el transporte público es uno de los medios de movilidad más importantes -máxime en las sociedades modernas y globalizadas- que permite a los ciudadanos una participación plena en la vida social, cultural y económica de la sociedad. Sin embargo, la movilidad, entendida como el derecho a desplazarse libremente sin necesidad de la asistencia de otra persona, implica un concepto mucho más amplio. La gran parte de los trayectos que las personas realizamos a diario no se producen mediante la utilización de un transporte público sino mediante el uso de nuestra fuerza motriz. Caminar por las calles de la ciudad, entrar y salir de las instalaciones de uso público, localizar las referencias de tráfico, de calles, o cualquier tipo de indicación que tenga el fin de orientar o informar al transeúnte, etc.

Consecuentemente, la libre movilidad requiere, además, de un entorno físico adecuado. Para ello, resulta vital el tratamiento de la accesibilidad en lo que se denomina la “**urbanización**”.¹¹³ Las barreras urbanísticas son las existentes en vías públicas así como en los espacios libres de uso público, y pueden tener su origen en los elementos de urbanización o en el mobiliario urbano.¹¹⁴ En este

¹¹² *Plan Nacional de Accesibilidad*, pp.39-40.

¹¹³ La Ley 51/2003 en la disposición final novena establece las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación para el acceso y utilización de los espacios públicos urbanizados y edificaciones, lo que se refiere a los edificios, vías y espacios urbanos; entornos urbanizados; vivienda, obras e infraestructuras de uso general.

¹¹⁴ [...Se considera “**elemento de urbanización**” cualquier componente de las obras de urbanización, entendiéndose por tales obras las referentes a pavimentación, saneamiento, alcantarillado, distribución de energía eléctrica, alumbrado público, abastecimiento y distribución de agua, jardinería y todas aquellas otras que materializan las indicaciones del planeamiento urbanístico. Y se entiende por “**mobiliario urbano**” el conjunto de objetos existentes en las vías y espacios públicos, superpuestos o adosados a los elementos de la urbanización o la edificación, de forma que su modificación o traslado no genere alteraciones sustanciales de aquéllas, tales como semáforos, postes de señalización y similares, cabinas telefónicas, fuentes públicas, papeleras, veladores, toldos, marquesinas, quiscos y cualquiera otros de naturaleza análoga...] Moreno Rebato Mar, *Accesibilidad, Urbanismo y Edificación*, Editorial Montecorvo, Madrid, 2004, pp.57-58.

sentido el I Plan Nacional de Accesibilidad 2004-2012 ha detectado una serie de problemas originados en el urbanismo sistematizados en cuatro grandes grupos.¹¹⁵

Igualmente, las barreras para la libre movilidad suelen presentarse en el ámbito de la **edificación**. Los edificios que acogen nuestros hogares, los sitios de esparcimiento, los espacios de la administración pública, los establecimientos educativos, los hospitales, etc., pueden presentar serios escollos para la libre movilidad de las personas. La edificación es probablemente el ámbito más regulado en materia de accesibilidad aunque la práctica aún demuestra un escaso nivel de cumplimiento.¹¹⁶ Además, si bien la edificación cuenta con claras normas de accesibilidad, se debe destacar que las mismas se encuentran pensadas casi exclusivamente para las discapacidades de tipo motriz.

En función de su finalidad, los edificios suelen dividirse en dos tipos: edificios de uso público y privados de concurrencia pública, y edificios privados de viviendas.¹¹⁷ Los primeros son una especie de continuación de los espacios

¹¹⁵ [...] • **Problemas estructurales** derivados de la falta de consideración de la accesibilidad en la configuración de la ciudad y en los planes urbanísticos: Cambios de nivel, pendientes excesivas, aceras estrechas

• **Problemas de diseño urbano** derivados de la falta de integración de la accesibilidad en los proyectos y ejecución de la urbanización de la ciudad: estrechamiento en aceras (mobiliario urbano, arbolado), pavimentación inadecuada, falta de rebaje en los cruces, elementos que limitan la altura libre de paso, etc.

• **Problemas de mantenimiento** derivados de la falta de consideración de la accesibilidad en tareas de mantenimiento y gestión del espacio urbano: mal estado del pavimento, inadecuada poda de árboles, etc.

• **Problemas de incumplimiento cívico y normativo** derivados de la falta de consideración de la accesibilidad en el uso de la ciudad y en las labores de policía y control por parte de la administración: vehículos mal aparcados, obras, terrazas, toldos etc.] *Plan Nacional de Accesibilidad*, p.49.

¹¹⁶ En España por ejemplo, un estudio realizado por el *Plan Nacional de Accesibilidad* sobre edificios públicos concluye: [...En las evaluaciones técnicas realizadas en 265 edificios de uso público, en 71 poblaciones nos encontramos con que el 100% de los mismos incumple alguno de los criterios legales de accesibilidad. Las causas de la inaccesibilidad en estos edificios, tiene su origen en un número relativamente pequeño de barreras, pero que se repiten con mucha frecuencia. Así, el acceso al aseo y su interior resulta inaccesible –por un motivo u otro– en el 86% de los casos, y la altura de los mostradores de atención al público en el 75%. Estos bajos niveles de accesibilidad se deben, sobretudo, a la presencia de barreras en el interior, como en los ejemplos ya comentados, mientras que los umbrales de entrada resultan menos problemáticos, al darse menos incumplimientos...], p.44.

¹¹⁷ [...] Las leyes de accesibilidad dividen en dos grandes grupos los edificios en función de su finalidad:

a) *Edificios de uso público y privados de concurrencia pública*: Los edificios que desarrollan actividades públicas deben cumplir obligatoriamente las normas técnicas de accesibilidad tanto en

urbanos por lo que la eliminación de barreras para la libre movilidad resulta igual de necesaria. Los espacios privados de viviendas, en la medida en la que no se trate de espacios comunes como entradas, ascensores, pasillos, podían quedar exentos de los requisitos de accesibilidad, aunque la Ley 51/2003 en la modificación que realiza de la normativa sobre propiedad horizontal, parece introducirse en ciertos aspectos relativos a los espacios privados.

Por último, las barreras a la libre movilidad podrían presentarse en un ámbito que si bien no está limitado al entorno físico, debería incluirse como un aspecto más de la accesibilidad. Nos referimos a aquellos **dispositivos, tecnologías, o técnicas asistenciales** que permiten a una persona que presente dificultades para impulsarse o guiarse por sus propios medios para realizarlo sin necesidad de la ayuda de otro.¹¹⁸ Asimismo, también debiera formar parte de la accesibilidad en el ámbito de la movilidad la disponibilidad de un **asistente personal** para garantizar la misma en aquellas situaciones en las cuales la persona con discapacidad no puede valerse por sus propios medios.¹¹⁹

el itinerario horizontal como en el vertical. Dentro de estos itinerarios, las normas técnicas de accesibilidad son obligatorias tanto para los elementos fijos (pavimentos, escaleras, rampas, etc.) como para el mobiliario interior (ventanillas, sillas, papeleras, etc.).

b) *Edificios privados de viviendas*: Las leyes dividen los edificios de viviendas en dos clases en función de su línea de financiación:

- Edificios promoción pública y protección oficial: Al financiarse la construcción de estos edificios a través de alguna ayuda pública, las leyes de accesibilidad exigen la provisión de un porcentaje de viviendas reservadas para personas con discapacidad en las que todos sus elementos interiores y accesos deben estar adaptados (salón, baño, dormitorio, etc.) de acuerdo con las normas técnicas de accesibilidad. La reserva se sitúa en un 3%, excepto en Extremadura donde es un 4%.

- Edificios de promoción libre: Al tener estos edificios una línea de financiación totalmente privada, sin créditos ni ayudas públicas, no existe la obligación de un porcentaje de reserva de viviendas para personas con discapacidad y, por lo tanto, no es obligatorio que el interior de ninguna vivienda cumpla las normas técnicas de accesibilidad.

En ambos casos es obligatorio en todas las leyes de accesibilidad, cumplir las normas técnicas de accesibilidad en los itinerarios interiores, que unen los elementos comunes del edificio, y los itinerarios exteriores, que unen el interior con el exterior del edificio.] *Libro Verde para la Accesibilidad*.

¹¹⁸ Por ejemplo sillas de ruedas, perros guías y en general todo dispositivos que tenga como función facilitar o permitir la movilidad.

¹¹⁹ Aunque la accesibilidad es una garantía de la libertad y de la autonomía no se debe descartar el hecho de que en ciertas situaciones la accesibilidad del entorno, o la utilización de dispositivos o tecnologías asistenciales no evitan la necesaria asistencia de otra persona (un asistente personal).

En resumen, dentro del ámbito de la movilidad debería tenerse en cuenta al menos los siguientes aspectos: el transporte, la edificación, la urbanización, los dispositivos o tecnologías destinados al apoyo de la movilidad de la persona y la figura del asistente personal.

2.4.1.2 Comunicación e información

El campo de la comunicación y la información, sea a través del lenguaje oral, escrito, o a través de medios de comunicación (en cualquiera de los formatos anteriores), constituye igualmente un aspecto esencial para la vida social, política, cultural o económica de las personas. El punto neurálgico para la eliminación de las posibles barreras en la comunicación e información reside en aceptar que el lenguaje utilizado para dicho fin no debe limitarse al uso exclusivo de la forma oral o escrita que se conoce como la lengua oficial, máxime cuando el uso de una forma excluye a la otra.¹²⁰ Pero la utilización del lenguaje oficial conjuntamente en sus dos formas (oral y escrito) no soluciona todas las posibles barreras. En aquellas situaciones en las cuales el lenguaje, por las circunstancias del caso, no pueda utilizarse conjuntamente, es necesaria la existencia de alternativas. Así, una forma alternativa de utilización del lenguaje escrito para las personas con discapacidad visual puede ser el Braille, mientras que la alternativa para el uso del lenguaje oral de las personas con discapacidad auditiva puede ser la lengua de signos. En estos casos **la accesibilidad pasa por poner a disposición de aquellas personas que tienen deficiencias que no les permiten ser emisores o receptores de la información en los formatos tradicionales, los medios para que las mismas puedan utilizar sus formas alternativas. Lo esencial en este punto es que la disponibilidad de formas alternativas esté presente en todas aquellas situaciones de comunicación e información (sea como emisor o como receptor) de carácter público.** Público aquí no debe entenderse como exclusivamente emanado de un ente público, sino como opuesto a lo privado.¹²¹

¹²⁰ El uso único de la forma oral excluye a aquellas personas que tienen deficiencias auditivas, y el uso único de la forma escrita excluye a aquellas personas que tienen deficiencias visuales.

¹²¹ La Ley 51/2003 en su disposición final séptima establece las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación para el acceso y utilización de las tecnologías, productos y servicios relacionados con la sociedad de la información y medios de comunicación social: telecomunicaciones, acceso y uso de la Red, cualquier medio de comunicación social, tecnologías,

Sin embargo, pueden existir otras barreras de comunicación e información que no se solucionan con las formas alternativas descritas anteriormente. En este punto es donde las llamadas “tecnologías asistenciales” (TA) cumplen un papel fundamental.¹²² Asimismo, los aspectos relativos a la accesibilidad son también de extrema importancia en el contexto de la sociedad de la información. Aunque los avances tecnológicos — especialmente en el ámbito de la tecnología de la información y la comunicación— abren posibilidades insospechadas, no se puede descartar que esta situación cree nuevas barreras para las personas con discapacidad.¹²³

En resumen, dentro del ámbito de la comunicación e información debería tenerse en cuenta al menos los siguientes aspectos: los medios de comunicación e información como la Televisión, Telefonía, Radio, Periódicos, Internet; las artes visuales, como el cine, teatro; la utilización de formas alternativas de comunicación como el Braille o la lengua de signos; y la utilización de tecnologías asistenciales con fines de comunicación.

2.4.1.3 Bienes y servicios

La primera aproximación respecto a los bienes y servicios nos sitúa ante una doble vertiente. Por un lado, el aspecto relativo al goce y uso de los bienes y

productos y servicios y en general dispositivos, herramientas, procesos e instrumentos propios de este ámbito.

¹²² [...] Gracias a la promoción del principio de «diseño para todos» surgirán tecnologías, bienes y servicios que se acomodarán a las necesidades de una gama más amplia de usuarios, incluidas muchas de las personas con discapacidad. Sin embargo, el diseño para la mayoría no siempre permitirá cubrir las necesidades de las personas que sufren discapacidades severas o que tienen exigencias muy específicas. El acceso a las tecnologías para estos usuarios puede garantizarse de forma más eficaz a través de otros medios como, por ejemplo, el diseño de productos y servicios especiales o, en ocasiones, la adaptación o la interconexión de productos y servicios existentes de forma que puedan cubrir necesidades específicas. Estas tecnologías, orientadas a la creación de productos y servicios específicos para las personas con discapacidad y para las personas de edad avanzada, se conocen como «tecnologías asistenciales» (TA)...] *Hacia una Europa sin barreras*, p.14.

¹²³ Por ejemplo un medio de comunicación moderno como Internet (World Wide Web) ha sido objeto de tratamiento en los últimos años y hoy día cuenta con importantes respuestas legales, y técnicas en varios países y a nivel internacional. Es digno de destacar la iniciativa del Consorcio sobre la Red Mundial (World Wide Web Consortium's –W3C-) para fomentar el uso potencial pleno de la Red (Web Accessibility Initiative –WAI-) <http://www.w3.org/WAI/>.

servicios, y por otro, el aspecto relativo al poder o posibilidad adquisitiva de los mismos.

En cuanto al goce y uso de bienes y servicios, resulta claro que el marco regulatorio de eliminación de barreras y accesibilidad debe abarcar todas aquellas situaciones en las cuales los mismos están a disposición del público en general.¹²⁴ En este sentido, poco importa que quién proporcione el bien o preste el servicio sea el propio Estado o una persona privada. Si el bien o servicio, sea de forma gratuita u onerosa, está a disposición del público en general, resulta lógico que se adapte a los requisitos de accesibilidad. No obstante, ciertos servicios por su magnitud seguramente requieran de un tratamiento especializado, como el caso de la salud, la educación o el bienestar social.

Una buena estrategia para garantizar la accesibilidad en el uso y goce de bienes y servicios la podemos encontrar en el llamado “diseño para todos” o “diseño universal”.

El segundo de los aspectos relativo a bienes y servicios estaría delimitado por la capacidad, o posibilidad de adquirir dichos bienes y servicios. Sin perjuicio del carácter dignificante y de realización personal que el trabajo genera en las personas, no podemos dejar de ver al mismo como medio para garantizar un cierto poder adquisitivo, que a su vez se traduce en la posibilidad de adquirir bienes y servicios. **De nada sirve la accesibilidad en el uso y goce de bienes y servicios sin no garantizamos una accesibilidad en el empleo,**¹²⁵ **o en su defecto y solo en aquellos casos donde la realización del mismo no sea posible, un recurso económico adecuado.**¹²⁶ Además,

¹²⁴ La Ley 51/2003 en su disposición final sexta establece las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación para el acceso y la utilización de los bienes y servicios a disposición del público, que abordaría los servicios y prestaciones sanitarias; servicios y prestaciones educativas; servicios laborales y de empleo; prestaciones de Seguridad Social y servicios sociales; servicios comerciales, financieros y de seguros; servicios culturales deportivos, turísticos y de ocio; objetos y productos para consumo, uso y utilización del público.

¹²⁵ La accesibilidad en el empleo está contemplada en la Ley 51/2003, pero se podría decir que ha sido la Ley 62/2003 la que ha introducido la mayoría de las disposiciones relevantes en dicho ámbito, armonizando al mismo tiempo el derecho interno español con la Directiva Comunitaria 2000/78.

¹²⁶ Las prestaciones económicas no contributivas solo debería reservarse para aquellas situaciones en las cuales la persona con discapacidad tuviere una incapacidad **material** de realizar una actividad laboral. No obstante, como política social es importante que las prestaciones no contributivas se mantengan en la medida que la imposibilidad sea **real**, independientemente de la posibilidad material. De todos modos es importante destacar que una pensión no es incompatible – no debe serlo- con el tener un trabajo. Esto se justifica porque las personas con discapacidad tienen gastos adicionales que no tiene el resto de personas.

incorporando a un sector tradicionalmente marginado del empleo al mercado laboral e incrementando de este modo su poder adquisitivo, también estamos incrementando el poder consumista de las personas con discapacidad y la demanda de bienes y servicios diseñados para todos.

La accesibilidad en el empleo pasa por reconocer o asumir dos premisas básicas. Que el aspecto remunerativo o de colocación no debe medirse exclusivamente en parámetros de productividad.¹²⁷ Que la posibilidad de incorporar a personas con discapacidad en el empleo pueda implicar una labor activa del empleador, que tenga como fin o bien ajustar el entorno específico del trabajador que no resulte accesible, o bien diseñar o buscar tareas acordes a las capacidades de la persona que tiene algún tipo de discapacidad.

Las barreras en el ámbito del empleo pueden producirse en dos momentos bien definidos igualmente importantes. El primero de ellos, el momento del acceso al empleo, y el segundo de ellos, el momento de la situación laboral en curso. En lo que respecta al acceso al empleo la barrera más común para las personas con discapacidad está marcada por un generalizado prejuicio sobre las capacidades laborales de las mismas.¹²⁸ En este sentido el derecho antidiscriminatorio ha desarrollado mecanismos para intentar garantizar que “la discapacidad” no sea la causa por la cual se rechace la solicitud de empleo, y que en caso de que efectivamente de produzca le corresponda al empleado demostrar que “la discapacidad” no ha sido el motivo de la denegación. Es cierto que la inversión de la carga de la prueba resulta de gran utilidad de cara a un proceso judicial.¹²⁹ No obstante, para reducir al máximo el margen de discrecionalidad del empleador, la aproximación de accesibilidad en el empleo pretende desarrollar exigencias objetivas de modo que el empleador no

¹²⁷ Con ello no se quiere decir que el empleador deba cargar con las posibles diferencias de productividad que se traducen en rendimientos económicos, sino que en dichos casos el Estado debería orquestar mecanismos para compensar la discapacidad (por ejemplo subsidios, beneficios fiscales etc).

¹²⁸ La Ley 62/2003 que modifica el apartado 2 del artículo 16 del Estatuto de los Trabajadores reglamenta la existencia de agencias de colocación sin fines lucrativos, requiriéndoles garantizar el principio de igualdad en el acceso al empleo, no pudiendo establecer discriminación alguna basada en el motivo de la discapacidad.

¹²⁹ La Ley 62/2003 que modifica el artículo 96 de la Ley de Procedimiento Laboral, introduce una herramienta procesal muy útil para el damnificado que se denomina la “inversión de la carga de la prueba”. De este modo en aquellos procesos en que las alegaciones de la parte actora se deduzca la existencia de indicios fundados de discriminación por razón de discapacidad, corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad.

pueda justificar su decisión de no contratar o de despedir a una persona con discapacidad sobre la base de la aparente imposibilidad que le genera su discapacidad para desempeñar su trabajo. Así no estará justificado, y por lo tanto incurrirá en discriminación, el empleador que rehúse contratar a una persona con una determinada discapacidad que no genera ningún tipo de incompatibilidad con la tarea a desempeñar o que fácilmente se podría corregir mediante el ajuste de su entorno de trabajo.¹³⁰ Del mismo modo, el concepto de ajuste razonable también se aplica a los casos de trabajadores que durante el transcurso de la relación laboral sufren deficiencia y por lo tanto necesitan reajustes en su entorno de trabajo o requieren de una reacomodación de sus tareas habituales.

En resumen, dentro del ámbito relativo al uso y disfrute de bienes y servicios debería tenerse en cuenta al menos los siguientes aspectos: el diseño de productos, los derechos del consumidor, los servicios educativos o de formación, los servicios sanitarios, los servicios sociales, los servicios de seguros y financieros, los servicios de ocio y turísticos, los de recreación o deportivos y los servicios de la Administración pública. Dentro del ámbito relativo al poder adquisitivo de bienes y servicios debiera tenerse en cuenta al menos los siguientes aspectos: el trabajo, los beneficios fiscales y los subsidios económicos.

2.4.1.4 Actitudes negativas hacia la discapacidad

Podríamos incluir como un ámbito más de la accesibilidad, el relativo a las actitudes negativas hacia la discapacidad que muy a menudo generan lo que podríamos denominar las “barreras humanas”. La discriminación directa, los prejuicios, el acoso, constituyen barreras a menudo tanto o más importantes que las barreras físicas, comunicacionales o del entorno. Es verdad que la mejor forma de erradicar los prejuicios es la concienciación y el diálogo social. No obstante, dentro del ámbito del Derecho, una de las herramientas más útiles para luchar contra las actitudes negativas hacia la discapacidad desarrollada dentro del Derecho antidiscriminatorio pasa por la inversión de la carga de la prueba. Es decir, ante cualquier situación en la cual una persona con discapacidad sospeche que se le ha denegado el acceso a un bien, prestación, servicio,

¹³⁰ Véase lo referente a la obligación de realizar ajustes razonables en el punto 2.2.2.2. del presente trabajo.

beneficio, o al empleo a causa de su discapacidad podrá reclamar ante las autoridades judiciales o administrativas la presunta discriminación, y recaerá en el denunciado acreditar que su decisión se encuentra justificada.

2.4.1.5 Una necesaria visión global de los diferentes ámbitos de aplicación

Sin perjuicio de tener en cuenta estos cuatro aspectos generales, así como de 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. Además, en ocasiones resulta difícil establecer dónde comienza o termina un ámbito de aplicación. Si hablamos de accesibilidad en el empleo, lo relativo al acceso al edificio donde la persona con discapacidad debe trabajar, ¿corresponde al mismo ámbito del empleo o al ámbito de la edificación? Si hablamos de acceso en la educación, lo relativo a la comunicación entre alumnos y profesores, ¿corresponde al mismo ámbito de la educación o al ámbito de la comunicación? Por ello, más allá de la delimitación de los ámbitos, lo primordial es no dejar fuera ninguna de las situaciones en las cuales las personas con discapacidad puedan encontrar alguna barrera. Para ello, resulta imprescindible contar con la experiencia y la opinión de las mismas personas con discapacidad.

En este sentido la **Ley 51/2003 ha considerado importante establecer un ámbito de aplicación independiente relativo a la accesibilidad en relación con las Administraciones Públicas,¹³¹ sin perjuicio de que los ámbitos sobre los cuales se proyecta se encontrarían cubiertos por los anteriormente mencionados.** Ello resulta lógico puesto que, como se suele decir, el Estado debería predicar con el ejemplo. Para dicha tarea la Ley establece plazos precisos y encomienda al Gobierno adoptar para las personas con discapacidad las normas que, con carácter general y en aplicación del principio de servicio a los

¹³¹ La Ley 51/2003 en su disposición final quinta establece las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación en las relaciones con la Administración pública, referente a las oficinas públicas, dispositivos y servicios de atención al ciudadano, incluidos los relativos a la Administración de Justicia y a la participación en la vida política y los procesos electorales. Se situaría dentro de este apartado la Administración electrónica.

ciudadanos, contempla el artículo 4 de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado. Por ende, **sería recomendable que habiendo asumido el Gobierno central la tarea de establecer un marco normativo específico aplicable a la Administración Pública en su conjunto, dicha labor sea llevada a cabo de forma coordinada entre los diferentes ministerios, de modo que el ciudadano cuente con instrumentos reglamentarios aplicables por igual a todos los niveles de la Administración Pública.**

2.4.2 Delimitación de los ámbitos de aplicación en sentido material: “La estandarización”

Uno de los aspectos menos desarrollados de la accesibilidad es la “estandarización”.¹³² **Se sobreentiende que no será posible diseñar *todo de modo que pueda ser utilizado por todos*.** Siempre habrá consumidores que no puedan utilizar un producto o servicio (es decir, el campo de la accesibilidad que queda fuera del diseño para todos, el cual intenta paliarse a través de otros mecanismos como los ajustes razonables, o las tecnologías asistenciales). Sin embargo, no resulta razonable que los consumidores con necesidades especiales sean remitidos a diseños especiales de cada producto o servicio básico, puesto que les excluiría de las ventajas de la economía a gran escala, generando finalmente una discriminación. Por ello, la mejor aproximación es la de **aplicar el principio de “diseño para todos” *siempre que sea posible***. La estandarización de productos y servicios no es un concepto nuevo. De hecho existen desde hace tiempo un gran número de organismos dedicados a ello.¹³³ En todo caso, lo que se pretende es que dichas agencias incorporen las necesidades de las personas con discapacidad y las personas mayores.¹³⁴

¹³² Algunos informes prefieren hablar de “normalización”. En nuestro caso utilizamos la palabra estándar para diferenciarlo del principio de normalización explicado en el punto 2.1.1.

¹³³ En el contexto europeo existen el CEN (*European Committee for Standardization*), CENELEC (*European Committee for Electrotechnical Standardization*) y la ETSI (*European Telecommunications Standards Institute*), o ISO (*International Organization for Standardization*) a nivel internacional

¹³⁴ Sin embargo según destaca un documento europeo la situación actual está lejos de ser satisfactoria. Muchos de los estándares existentes no cumplen con los requisitos de accesibilidad, y

La “estandarización” resulta esencial para transformar el postulado abstracto de accesibilidad en una acción específica y determinada. 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.

Para que la “estandarización” resulte efectiva es necesario, según destaca un informe europeo, que la misma atienda a los siguientes puntos: emprender investigaciones de gran escala, para identificar cómo las personas actúan y funcionan en términos ergonómicos; que las organizaciones de “estandarización” desarrollen su papel como depositarios de información y conocimiento en cuestiones de accesibilidad, y promoviendo su difusión; desarrollar un estándar Europeo de “accesibilidad para todos”, sobre diseño, construcción y uso de construcciones, que incluya estipulaciones relativas a la seguridad ante incendios y medios para la evacuación de personas con discapacidad; y asimismo, y para reducir tiempo y esfuerzos para designar un estándar Europeo, es necesaria la revisión de estándares nacionales a los efectos de identificar buenas prácticas. Además, los estándares relacionados por productos, transportes, construcciones, comunicación y tecnología de la información, deberían desarrollarse de conformidad con los principios de diseño para todos¹³⁵.

También el Consejo de Europa ha resaltado la necesidad de que los Estados promuevan la utilización de estándares de acceso y uso, y su inclusión en el trabajo de estandarización nacional e internacional, mediante el apoyo a la participación de las personas con discapacidad en dicho proceso. A dicho fin el documento europeo destaca la importancia de involucrarse en el trabajo de estándares formales desarrollados en los organismos internacionales y europeos de estandarización, así como de estándares informales como las directrices, acuerdos industriales, recomendaciones, mejores prácticas y establecimiento de referencias. Por último, el documento alienta a la adopción de actividades para la promoción de la concienciación general a los fines de asegurar que los estándares se utilizan y aplican.¹³⁶

cuando incluyen aspectos de accesibilidad solo lo suelen hacer con respecto a los usuarios de sillas de ruedas, *Una Europa accesible para todos*, p. 15.

¹³⁵ *Ibíd.*, pp.15-16.

¹³⁶ Consejo de Europa, Resolución ResAP(2001)3.

Aunque se trata de instrumentos no jurídicamente vinculantes, existen en la actualidad estándares de gran aceptación.¹³⁷ En el ámbito de la UE la Directiva 95/16/CE relativa a las reglas de seguridad para la construcción e instalación de ascensores, fijó de modo vinculante un estándar europeo que también hace referencias a las personas con discapacidad.¹³⁸ También podría apuntarse como una buena iniciativa europea en torno a la estandarización del entorno físico la Recomendación del Consejo 98/376/CE relativa a la Creación de una tarjeta de estacionamiento para personas con discapacidad.¹³⁹

En definitiva, 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. Resulta de vital importancia, la participación de las personas con discapacidad en la elaboración de estándares, a lo que no debiera excluirse 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 que su implementación pueda resultar obligatoria.

¹³⁷ Web Accessibility Initiative (WAI) <http://www.w3.org/WAI/>; The Lifetime Home Standards <http://www.lifetimehomes.org.uk>; Section 508 Standards <http://www.section508.gov>; Uniform Federal Accessibility Standards (UFAS) <http://www.access-board.gov/ufas/ufas.html/ufas.htm>

¹³⁸ DOL 213 de 7.9.1995, en especial lo relativo a “*Aplicaciones particulares para los ascensores de pasajeros y de pasajeros y cargas*”. Parte 70: Accesibilidad a los ascensores de personas, incluyendo personas con discapacidad. (UNE EN 81-70)

¹³⁹ DOL 167 de 12.6.98.

3.- EL ALCANCE DE LA ACCESIBILIDAD UNIVERSAL Y LOS AJUSTES RAZONABLES

En puntos anteriores hemos defendido **la necesidad de que el marco normativo referido a la accesibilidad establezca una delimitación de los ámbitos de aplicación, así como una remisión en cada uno de dichos ámbitos a guías o estándares de accesibilidad preestablecidos.** En cuanto a lo primero se ha sugerido una delimitación de áreas generales (movilidad, comunicación e información, bienes y servicios, y actitudes negativas hacia la discapacidad) en las cuales se han introducido la mayoría de los ámbitos en los cuales se debe contemplar la accesibilidad. Se ha apoyado la iniciativa de la Ley 51/2003 de considerar a la accesibilidad en relación con la Administración Pública como un ámbito de aplicación autónomo, el cual consideramos, debiera reglamentarse de modo consensuado y coherente para que su aplicación resulte uniforme a todos los estamentos de la Administración. En cuanto a la existencia de estándares, guías, o pautas de accesibilidad, se ha destacado la vital importancia de los mismos al momento de determinar la obligación general de accesibilidad en obligaciones concretas, así como también a los efectos de guiar a quienes estén obligados a adaptar sus entornos.

Por otro lado, hemos señalado también que **el objeto de la accesibilidad universal debe ser el más amplio posible. En ese sentido, consideramos que en su plasmación jurídica, debe optarse por un doble camino. Por un lado, es importante establecer ámbitos concretos en los que proyectar la accesibilidad, en relación con los cuales ésta debe funcionar con toda su fuerza. Por otro, debe utilizarse también una cláusula abierta de accesibilidad, desde la cual tengan cabida los ajustes razonables, dejando bien claro que, tales ajustes sólo entran a jugar cuando la falla en el diseño para todos sea consecuencia de una causa justificable en los contextos descritos oportunamente. En otras palabras, se podría decir que los ajustes razonables tienen como principal función cubrir aquellas situaciones particulares que la accesibilidad –entendida como obligaciones generales sobre la base de un diseño para todos-, no puede cubrir. Claro está, que la determinación de aquellas situaciones que no quedarían comprendidas por la accesibilidad basada en el diseño para todos, requiere de un análisis razonado.**

Por ello, la aproximación del análisis sobre la procedencia de los ajustes razonables requiere de una evaluación de razonabilidad en dos momentos diferentes. En primer lugar, para determinar si es razonable que la supuesta adaptación o medida que se necesita para garantizar la accesibilidad, quede fuera de ámbito general del diseño para todos, y por ende proceda considerar la adopción de un ajuste razonable. En segundo lugar, y una vez que hemos determinado la razonabilidad de que nos encontremos en el ámbito de los ajustes, debemos determinar si, a su vez, resulta razonable realizar dicho ajuste en el caso concreto.

En lo que atañe al primer análisis o juicio de razonabilidad, -es decir para determinar si es razonable que una determinada adaptación que se requiere para garantizar la accesibilidad quede fuera del diseño para todos-, se podría tener en cuenta, entre otras cuestiones, los siguientes elementos: si la adaptación que se requiere es de carácter general o individual; si el legislador ha incluido o no, la necesidad de dicha adaptación en una norma; si se tratan de situaciones donde, por ejemplo, la adaptación puede resultar conflictiva según las diferentes necesidades particulares; o si se acredita una relación desproporcionada entre costo y número de usuarios. Un supuesto especial 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. La ausencia de accesibilidad durante ese período de tiempo podría ser considerada –desde una perspectiva jurídica- como razonable.

En cuanto al segundo análisis o juicio de razonabilidad -es decir si resulta razonable, o no, la obligación de realizar un determinado ajuste en un caso concreto- la legislación española nos proporciona algunos elementos como 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.

La determinación normativa de ejemplos de ajustes razonables, como en el caso de la ley inglesa, puede contribuir a facilitar la identificación del ajuste necesario, pero seguramente no impedirá que finalmente se realice los análisis o juicios de razonabilidad mencionados.

3.1.- Los conflictos con otros derechos y bienes

Independientemente de la manera en la que se presente a la accesibilidad universal, es evidente que su proyección puede entrar en contradicción con otros principios, bienes y derechos.

Conviene advertir que las situaciones de tensión entre derechos, principios, y bienes caracterizan el devenir jurídico y no puede considerarse como un rasgo predicable únicamente de la accesibilidad. En efecto, el ejercicio de los derechos y su satisfacción implica en muchos casos, sino en todos, situaciones de conflicto con otros derechos y bienes, que se resuelven desde la limitación de alguno de éstos.

Como reiteradamente ha señalado el Tribunal Constitucional los derechos fundamentales son derechos limitados tanto por el ejercicio de otro derecho como por su colisión con otros bienes constitucionales (por todas la Sentencia 91/83). En todo caso, es importante subrayar, con carácter previo, el sentido restrictivo con que deben ser planteados estos límites de los derechos (puede verse en este sentido lo señalado por el Tribunal Constitucional en el fundamento jurídico 8º de la Sentencia 254/88).

Si tomamos como referencia el concepto de accesibilidad que aquí hemos delineado, las situaciones de tensión o de conflicto pueden aparecer de manera principal tanto en la delimitación del alcance de la configuración jurídica de la accesibilidad cuanto en la delimitación del alcance de los ajustes razonables.

Si la accesibilidad universal se configura como principio, deberá estimarse cómo es posible optimizar su mandato respetando adecuadamente la protección de los otros principios, bienes o derechos en conflicto. Sin embargo, si la accesibilidad universal se configura jurídicamente como derecho, su vulneración daría lugar a la sanción correspondiente por incumplimiento del derecho y el establecimiento de la obligación de hacerla efectiva; entendiéndose que el conflicto con otros principios, derechos y bienes jurídicamente protegidos ya ha sido previamente resuelto por el legislador al reconocer que se puede exigir (con el ejercicio del derecho correspondiente) la obligación de dar cumplimiento a la accesibilidad universal. Lo único que cabría hacer es determinar los límites de ese derecho en su conflicto con los otros principios, derechos o bienes jurídicamente protegidos. En el mismo sentido, si la falta de previsión del diseño para todos

podría encontrar algún tipo de justificación, entonces, al establecerse la obligación de realizar un ajuste razonable, habrá que atender al alcance de dicho ajuste, teniendo en cuenta el posible conflicto entre el mismo y el contenido de otros principios, derechos o bienes jurídicamente protegidos. Sin embargo, una vez evaluadas dichas cuestiones, el incumplimiento de la obligación en la realización del ajuste dará lugar, al igual que sucede con las exigencias de accesibilidad, a la sanción correspondiente por encontrarnos ante un caso de vulneración del derecho a la igualdad, y por incumplimiento de una obligación legal.

El examen de estas situaciones se encuentra estrechamente relacionado, pues, con la cuestión de los límites a los derechos. En efecto, el mismo planteamiento de la posible existencia de contradicciones entre derechos da cuenta de la posibilidad de hablar de límites, pero además, conviene desde el principio afrontar esas situaciones desde la propia caracterización de los derechos y los bienes en juego de los que en línea de principio, como es sabido, no cabe predicar su carácter absoluto.

En este sentido, se hace necesario abordar una cuestión que tiene que ver con lo que podemos considerar como una situación de conflicto especial. Se trata de lo que podemos denominar como los límites consentidos.

La cuestión de los límites consentidos tiene que ver con el problema de los derechos en el ámbito privado. En efecto, la principal objeción que se plantea a la presencia de los derechos en las relaciones entre privados es la de su posible incompatibilidad con la autonomía de la voluntad. Ahora bien, la relación autonomía-derechos no es una relación de incompatibilidad total, sino en todo caso, una relación que puede dar lugar a conflictos y colisiones similares a los que tienen su origen cuando se enfrentan dos derechos.

Vistas así las cosas, la relación entre este principio y los derechos, debe ser tratada como un problema de límites o de colisiones entre derechos y bienes constitucionales, asumiendo en todo caso la presencia de unos y otros en cualquier ámbito del Ordenamiento jurídico y concluyendo, por tanto, que cuando exista conflicto debe entrar en juego la ponderación y la proporcionalidad. Y en esta tarea, conviene ser consciente de que el problema es diferente según el ámbito de Derecho en el que nos movamos y según también el derecho de que se trate. El problema se presenta cuando se tiene en cuenta una posible colisión, en un mismo sujeto, entre autonomía y derechos. En nuestro caso esta colisión se produciría en los supuestos en los que una persona pretende renunciar a su derecho a la

accesibilidad y, con ello también, a los ajustes razonables. ¿Es posible esta renuncia, o por el contrario se considera que un sujeto no puede renunciar al derecho a la accesibilidad?

Esta cuestión se encuentra directamente relacionada con la del paternalismo. En el paternalismo justificado no hay un daño directo a un tercero, lo cual justificaría suficientemente la injerencia del Ordenamiento en el comportamiento en cuestión, sino que el daño físico o psíquico va a sufrirlo el sujeto que realiza la acción, lo cual puede evitarse si se prohíbe o se desincentiva la realización de dicha acción. Desde esta perspectiva, una persona podría renunciar a su derecho a exigir la accesibilidad o a la realización de ajustes razonables, siempre y cuando: (i) el sujeto posea una información completa al respecto; (ii) el sujeto no esté coaccionado; (iii) el sujeto posea capacidad de juicio.

Sin embargo, hay que advertir que esa renuncia puede ser ilegítima si implica daños a terceros (y por tanto nos hace salir del ámbito propio del paternalismo). La gravedad de éstos puede conducir a la imposibilidad de la renuncia sobre la accesibilidad, desde el manejo de un argumento vinculado al daño indirecto que puede producir ésta renuncia sobre el colectivo de personas con discapacidad o, también, a la relevancia de ese derecho como delimitador del marco moral que preside los Ordenamientos jurídicos basados en los derechos humanos. Como puede observarse, de nuevo nos hallamos en situaciones de conflictos entre bienes, derechos y valores.

En la solución de dichos conflictos, adquieren relieve dos grandes cuestiones: por un lado la relativa a quién debe solucionarlos y a través de qué procedimientos (mecanismos de resolución de conflictos); por otro la cuestión de cuáles son los referentes que deben ser utilizados (criterios de resolución de conflictos). De nuevo en este punto pueden diferenciarse dos momentos, el de la determinación de la configuración y el alcance de la accesibilidad y el de la determinación del alcance de los ajustes. Dando por sentado que la primera de las cuestiones depende de la decisión del constituyente o del legislador ordinario, nos referiremos principalmente a la cuestión de los conflictos desde la óptica de los ajustes. En todo caso, las conclusiones que obtengamos pueden ser tomadas en consideración cuando pueda predicarse una cierta indeterminación en la configuración y el alcance de la accesibilidad.

3.2.- Mecanismos de resolución de conflictos

El análisis de los mecanismos para la resolución de conflictos posee dos grandes proyecciones. Por un lado la del examen de los órganos legitimados para resolver los conflictos; por otro la de los procedimientos para su resolución.

3.2.1.- Órganos legitimados para la resolución de conflictos

La cuestión de la legitimidad para la resolución de conflictos tiene que ver con las razones que pueden esgrimirse para aceptar la autoridad de determinados órganos o personas. Ciertamente, esta cuestión depende, de nuevo, de los derechos, bienes y principios en juego, de la configuración jurídica y del significado que se adopte en relación con la accesibilidad y de la existencia de normativa que, de alguna manera, atribuye competencia para decidir sobre situaciones de conflicto a determinados órganos y personas.

Es habitual atribuir esta legitimidad a órganos de naturaleza judicial, aunque, como veremos, es posible hacerlo también en relación con personas u órganos que no poseen esa naturaleza. En todo caso, ambas posibilidades justifican dicha atribución basándose en los rasgos de imparcialidad e independencia que deben presidir la actuación de los órganos que deciden.

La imparcialidad supone que el juez, o quien decide, no puede actuar movido por influencias internas que condicionen su decisión. Obviamente, esta exigencia no puede entenderse en un sentido absoluto. Detrás de toda decisión existe una cierta subjetividad imposible de desaparecer. De esta forma, lo que exige este principio es aminorar en el mayor grado posible dicha subjetividad, o dicho de otra manera, lo que exige es el mayor grado de neutralidad posible. En este sentido, y refiriéndose a la figura del juez, el Tribunal Constitucional en el fundamento jurídico 3º de la Sentencia 47/82 de 12 de julio, ha recalcado la relevancia de la imparcialidad, "que se mide no sólo por las condiciones subjetivas de ecuanimidad y rectitud, sino también por las de desinterés y neutralidad". Por su parte el Tribunal Supremo, en Sentencia de 29 de abril de 1985, se ha referido a la imparcialidad como "sinónimo de los demás valores inherentes en la mecánica jurídica, confianza, equilibrio, sensatez y mesura, por

contrapuestos al encono, la inquina, la animadversión o la hostilidad, porque de lo que no puede caber la menor duda es de la necesidad, incuestionable e imprescindible, de que por encima de cualquier recelo o suspicacia, prevalezca siempre la más perfecta de las Justicias, o la más perfecta de las imperfecciones humanas, en garantía del auténtico Estado de Derecho que todo el sistema constitucional ofrece felizmente hoy".

Por su parte, la independencia implica que el órgano no puede actuar movido por influencias externas que condicionen su decisión. Ciertamente, esto no implica una ausencia total de comunicación con el mundo exterior. Entender así la independencia convertiría este principio en una exigencia imposible y, además, no deseable. Más bien, lo que exige es, por un lado, que la decisión no esté provocada por una influencia externa de presión sobre quien decide y, por otro, que sea adoptada por un órgano de poder que no dependa de otros poderes. Vistas así las cosas, la independencia tendría dos significados. El primero, relativo al primer sentido antes presentado, se relacionaría con la imparcialidad; el segundo con la separación de poderes.

Ahora bien, la imparcialidad y la independencia jurídicas no pueden contemplarse como principios ajenos a los Ordenamientos jurídicos concretos. Estos principios se desenvuelven en el marco del Derecho y, por tanto, no sirven para dar cobertura a decisiones contrarias al Ordenamiento jurídico de que se trate.

Precisamente por ello, **la motivación de la solución adoptada para resolver un conflicto adquiere en estas situaciones una enorme relevancia.** La satisfacción de la exigencia de motivar las decisiones permite comprobar el cumplimiento de los rasgos de independencia e imparcialidad, pero además, sirve también para aumentar la legitimidad de quien decide. En el punto relativo a los criterios de resolución, señalaremos algunos requisitos que, en la materia que nos ocupa, debe satisfacer la motivación.

3.2.2.- Procedimientos para la resolución de conflictos

3.2.2.1.- Prevención de conflictos

Es claro que los mejores mecanismos de “resolución” de conflictos serían todas aquellas medidas que evitaran que el conflicto se produjese. Esta consideración excesivamente generalista, tiene sentido resaltarla en nuestro caso, porque, como ya ha sido reiterado nos encontramos en la construcción de un nuevo paradigma, el modelo social, respecto a la forma de concebir la discapacidad y de reconocer y proteger los derechos de las personas con discapacidad. Por eso, la realización efectiva de la accesibilidad universal pasa porque este nuevo paradigma se implemente adecuadamente. Y para ello hay nada menos que cambiar la mentalidad y la cultura existentes en buena parte de nuestra sociedad. Como se señaló, las “barreras humanas” que se encuentran en los prejuicios y actitudes de las personas contribuyen de forma decisiva a la dificultad de realizar el objetivo de la accesibilidad universal. En este sentido, consideramos que, de nuevo, la educación ha de ser la principal vía que hay que seguir.

El diseño de una educación basada en los derechos humanos implica concienciar de la importancia de la dignidad humana y del igual valor de los seres humanos. Obviamente este es un camino largo cuyos frutos no son inmediatos. En todo caso es el camino más seguro.

La Declaración Universal de Derechos Humanos, destaca en su Preámbulo, entre las causas de las ofensas a la dignidad humana, el desconocimiento, menosprecio y desprotección de los derechos fundamentales. Asimismo en este preámbulo se proclama, literalmente, a la Declaración "como ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse, a fin de que tanto los individuos como las instituciones, inspirándose constantemente en ella, promuevan, mediante la enseñanza y la educación, el respeto a estos derechos y libertades, y aseguren, por medidas progresivas de carácter nacional e internacional, su reconocimiento y aplicación universales". En este sentido, su artículo 26.2 señala: "La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales; favorecerá la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos

étnicos o religiosos; y promoverá el desarrollo de las actividades de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz".

Una forma mejor de proteger los derechos humanos no radica sólo en el establecimiento de técnicas jurídicas destinadas a servir como garantía de los mismos, sino también en respaldarlos con buenos argumentos a la hora de fundamentarlos, delimitarlos y defenderlos, y esto se consigue mediante el desarrollo y el apoyo de un sistema educativo basado en los derechos humanos.

Así, y en lo que al tema que nos ocupa la educación debe tener dos grandes sentidos. El primero de ellos debe ir en la línea de favorecer la interiorización de esa idea de dignidad y de vida humana digna de la que hemos hablado, y que en definitiva implica considerar a la persona con discapacidad como sujeto moral. Y este sentido se proyecta tanto en la persona con discapacidad cuanto en las personas que no pertenecen a este colectivo. El segundo debe ir en la línea de mostrar la relevancia que la accesibilidad tiene para el desarrollo moral de las personas. En todo caso, esta proyección de la educación, debe estar especialmente dirigida hacia aquellos que producen y suministran productos, bienes y servicios o tienen que ver con el entorno en los que las personas con discapacidad se desenvuelven.

Cabe así hablar de **la necesidad de sensibilizar y concienciar a los diferentes actores involucrados y a la sociedad en general**. La Oficina Especializada del Consejo Nacional de la Discapacidad puede resultar de gran utilidad y contribuir a abordar "la agenda de la accesibilidad" desde un enfoque integrado y coordinado. Para lograr este fin, se requiere la participación activa de las personas con discapacidad acompañado de un plan de difusión generalizado empezando por incluir los aspectos esenciales de la accesibilidad en los planes educativos de todos los niveles, y enfatizando en la formación de aquellos profesionales cuyas labores puedan tener aplicación directa en el diseño de la sociedad. Ello, sin embargo, no debe restringirse a diseñadores o arquitectos, sino que debería incluirse en la mayor parte de ámbitos posibles (abogados, médicos, jueces, funcionarios de la administración, profesores, etc.).

En todo caso, no hay que olvidar otros mecanismos tan absolutamente trascendentales para evitar que surjan los conflictos como son el desarrollo de una adecuada normativa y políticas sociales. Las reflexiones que se han señalado en los anteriores apartados, favorecen la construcción adecuada de estas vías que habrían de evitar el conflicto. La configuración de la accesibilidad como un derecho con entidad propia, que implicaría unas obligaciones claras, supondría dar

una primera solución legal a los posibles conflictos. Pues significaría que el legislador da primacía a la protección del contenido esencial de ese derecho frente a otros derechos, principios o bienes jurídicamente protegidos en cuanto puedan entrar en conflicto directo con el mismo. Por otro lado, la satisfacción del principio del diseño para todos, también contribuiría a evitar posibles conflictos.

En este sentido, **las cuatro principales estrategias para disminuir los posibles conflictos son: la educación, la sensibilización y concienciación, la configuración jurídica clara de la accesibilidad y la realización efectiva del diseño para todos.**

Junto a estas estrategias y relacionadas con ellas, pueden señalarse algunos mecanismos para conseguir prevenir esos conflictos, consiguiendo generar una concienciación generalizada en todos los posibles actores sobre los beneficios de contar con un entorno accesible para todos.

Un primer camino es el de los **incentivos económicos**, pues en ocasiones la existencia de medidas de este tipo puede tener mejores resultados que la derivada con el establecimiento de sanciones. Desde hace mucho tiempo que el método de los incentivos económicos se viene utilizando para promover una actitud positiva de los actores involucrados. Los incentivos económicos pueden tomar diferentes formas (beneficios fiscales, subsidios, premios, ayudas etc.).

Un segundo camino es el de la **creación de organismos expertos para ofrecer el oportuno asesoramiento**. Para conseguir hacer accesible un entorno puede ser necesario tener un adecuado asesoramiento técnico y jurídico¹⁴⁰. Además, con el funcionamiento de estos organismos se puede generar más fácilmente estándares de accesibilidad de gran aceptación y uso, ofrecer una información preventiva sobre si se cumplen las obligaciones legales, cómo darles adecuado cumplimiento, las consecuencias jurídicas que derivarían de su incumplimiento, etc.

Un tercer camino es el de la **creación y concesión de certificados o etiquetas de accesibilidad**. Algunas administraciones ya emiten certificados o etiquetas de accesibilidad a los efectos de dar fe de que las reglamentaciones sobre dicha materia se encuentran satisfechas. La obtención del certificado o de la etiqueta puede ser obligatoria u opcional. En los casos en que la norma obliga a la

¹⁴⁰ El Plan contempla la creación de un Consultor de Accesibilidad, como técnico adecuado para asesorar a las administraciones o empresas en la adaptación de entornos y en la aplicación de medidas de Diseño para Todos (actuación 0204), *Plan Nacional de Accesibilidad*, p.76.

obtención de un certificado o etiqueta su utilidad resulta de facilitar el control en el cumplimiento de la normativa. En el caso de certificados o etiquetas opcionales, su utilidad reside en generar un valor agregado al producto, servicio o entorno en cuestión, de modo que la sociedad o el consumidor tome conciencia con gran facilidad de su calidad de accesible. También el disponer de un certificado o etiqueta de accesibilidad podría suponer beneficios económicos o de otra índole.

3.2.2.2.- La vía judicial

La vía procedimental o judicial puede finalmente constituirse en el medio de sustanciación de los conflictos que se producirán en relación con la vulneración de los derechos de las personas por vulneraciones que afecten a la accesibilidad universal. En los siguientes apartados se explicarán las estrategias y los criterios que habrán de seguirse para resolver los conflictos, sin embargo, conviene señalar aquí unas consideraciones sobre algunas cuestiones relevantes respecto a la utilización de la vía procedimental para la resolución de los conflictos. Así, nos referiremos a cuatro cuestiones concretas, como son: “¿quién tiene la legitimación activa?”, “¿sobre quién se ejerce la acción?”, “¿cuál puede ser el objeto de la reclamación?”, y “¿cuáles son las vías procedimentales correspondientes?”. En todo caso, hay que tener presente que según sea la configuración jurídica de la accesibilidad estas consideraciones que a continuación se harán deberán ser convenientemente matizadas.

Respecto a la primera cuestión, “¿quién tiene la legitimación activa?”, hay que señalar que, obviamente, habría que considerar que la persona que directamente se haya visto vulnerada en sus derechos tendrá la legitimación activa para exigir por la vía judicial el cumplimiento de las obligaciones que supusiese dar cumplimiento a las exigencias de la accesibilidad y de los ajustes razonables. Como hemos señalado anteriormente, la legitimación puede verse ligeramente condicionada según la configuración jurídica de la accesibilidad en que nos encontremos. Mientras en el caso del derecho subjetivo a la accesibilidad, la legislación española parece restringir la legitimación a las personas con discapacidad definidas como tales en el artículo 2 de la Ley 51/2003, en el caso del ejercicio del derecho a la no-discriminación, dicha legitimación se abre a todos los ciudadanos que tengan un interés legítimo. Pero inclusive, en ocasiones los mismos fundamentos en los que reposa la idea de la accesibilidad permitirían,

o debieran permitir, una especie de legitimación a quienes carezcan de un interés legítimo directo. Si la accesibilidad, en última instancia, se entiende como una aproximación de carácter general, de aplicación transversal, de la cual se benefician no solo las personas con discapacidad sino la sociedad en su conjunto, se podría entender que nos encontramos ante situaciones parecidas a las que se dan en el caso de los derechos del consumidor o el derecho a un medio ambiente adecuado. **En este sentido, se puede sostener que existirían diferentes sujetos activos: los propios individuos -todos los individuos directamente afectados y no sólo las personas con discapacidad-, las personas jurídicas (como asociaciones o las propias ONGs), y el Estado.**

En lo que respecta a las personas jurídicas debemos aclarar que la Ley 51/2003 sólo las legitima para accionar, a las legalmente autorizadas, *en nombre de personas concretas que previamente le hayan autorizado al efecto*.¹⁴¹ En otros términos, la norma no legitima a las personas jurídicas que tienen como fin la tutela de los derechos de las personas con discapacidad para la defensa de los denominados “intereses difusos”. Tal facultad, sin embargo, sí se encuentra recogida por la normativa española con relación a asociaciones de consumidores.¹⁴² Por ello, consideramos que sería de gran utilidad para los colectivos de las personas con discapacidad que las asociaciones y fundaciones existentes en este ámbito tuviesen legitimación para reclamar y, en su caso, entablar acciones judiciales contra aquellas personas físicas o jurídicas, privadas o públicas, que incumplieran las exigencias de accesibilidad.

Por otro lado, el Estado, en el ejercicio de su función de garante último de la adecuada protección de los derechos de los ciudadanos, tiene una amplia legitimación para reclamar el cumplimiento de los requisitos de accesibilidad. Por ejemplo en el ejercicio de su función reguladora, sea en la concesión de servicios públicos o en la habilitación para actividades lucrativas, tiene el poder para exigir requisitos de accesibilidad a quienes vayan a desempeñar las tareas

¹⁴¹ Según lo establecido en el artículo 19 de la Ley 51/2003, que al abordar la legitimación, establece: “Sin perjuicio de la legitimación individual de las personas afectadas, las personas jurídicas legalmente habilitadas para la defensa de los derechos e intereses legítimos colectivos podrán actuar en un proceso en nombre e interés de las personas que así lo autoricen, con la finalidad de hacer efectivo el derecho de igualdad de oportunidades, defendiendo sus derechos individuales y recayendo en dichas personas los efectos de aquella actuación”.

¹⁴² Ley de Enjuiciamiento Civil, artículo 11, “sin perjuicio de la legitimación individual de los perjudicados, las asociaciones de consumidores y usuarios legalmente constituidas estarán legitimadas para defender en juicio los derechos e intereses de sus asociados y los de la asociación, así como los intereses generales de los consumidores y usuarios”.

mencionadas¹⁴³; en su dimensión ejecutiva, al sancionar un marco normativo específico y relativo a las diferentes áreas en las que ejerce su competencia reglamentaria, controlando al mismo tiempo, el cumplimiento de los mismos a través de los diferentes mecanismos que tiene a su disposición como las sanciones, inhabilitaciones, suspensiones, apercibimientos, entre otros¹⁴⁴; o en representación de los intereses de las personas con discapacidad, así, la mayoría de los Estados cuentan con organismos estatales cuya función principal es la de proteger los derechos y los intereses de las personas con discapacidad¹⁴⁵.

Por último en este punto conviene advertir como una de las vías de garantía de la accesibilidad, en concreto la que se desenvuelve en el ámbito del control de constitucionalidad, está limitada a la legitimación establecida en el artículo 162,1 a) de la Constitución (Presidente de Gobierno, Defensor del Pueblo, 50 Diputados, 50 Senadores, órganos colegiados ejecutivos de las Comunidades Autónomas y las Asambleas de las Comunidades Autónomas), para el caso del recurso de inconstitucionalidad, y a lo establecido en el artículo 163 (órgano judicial), para el caso de la cuestión de inconstitucionalidad.

¹⁴³ [...] “En la medida de lo posible, los poderes adjudicadores deben establecer especificaciones técnicas con el fin de tener en cuenta los criterios de accesibilidad para personas con discapacidades o el diseño para todos los usuarios. Dichas especificaciones técnicas deben indicarse claramente, de modo que todos los licitadores sepan qué abarcan los requisitos establecidos por el poder adjudicador” [...] Directiva 04/18/CE del Parlamento y del Consejo de 31 de marzo de 2004 sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministros y de servicios; [...] “Dado que las compras públicas ofrecen una buena oportunidad para influir en el diseño de los productos y servicios, las autoridades públicas que los compran deberían asegurar que éstos cumplen los requisitos de accesibilidad para las personas con discapacidad.” [...] punto 5.6 de la Resolución ResAP(2001)3 del Consejo de Europa, adoptada por el Comité de Ministros el 24 de octubre de 2001 en la reunión número 770 de los adjuntos a los ministros, “para la completa ciudadanía de las personas con discapacidad mediante nuevas tecnologías integradoras”.

¹⁴⁴ El “Proyecto de Ley sobre infracciones y sanciones a la Ley 51/2003” establece tres tipos de infracciones básicas: infracciones leves, infracciones graves e infracciones muy graves con sus respectivas sanciones a modo de multas que van desde los 301 al 1.000.000 de euros. Asimismo en el caso de las infracciones muy graves se contempla la posibilidad de ordenar la supresión, cancelación o suspensión total o parcial de ayudas oficiales, consistentes en subvenciones y cualesquiera otras que tuviese reconocidos o hubiera solicitado el sancionado en el sector de actividad en cuyo ámbito se produce la infracción.

¹⁴⁵ Uno de los organismos más representativos es la “*Oficina del Ombudsman para la Discapacidad*” creado en Suecia en 1994. *The Disability Ombudsman Instructions Ordinance* (1994:949) Issued: 9 June 1994; En el Reino Unido La Comisión de Derechos de Discapacidad (CDD), creada por la *Disability Rights Commission Act 1999*, puede llevar adelante investigaciones formales a fin de descubrir si una persona ha cometido o se encuentra cometiendo un acto ilegal de discriminación por discapacidad.

Respecto a la segunda de las cuestiones que antes se señalaban, “¿sobre quién se ejerce la acción?”, desde un punto de vista abstracto podríamos afirmar que **las exigencias de accesibilidad y de realizar ajustes razonables pueden recaer en aquellos que producen productos, bienes y servicios o tienen que ver con el entorno en los que se desenvuelven las personas en la sociedad. Se trata por tanto de personas (físicas o jurídicas), y del propio Estado, en la medida que dichos sujetos desarrollen una actividad que tenga incidencia directa con la accesibilidad del entorno, entendido éste en el sentido más amplio posible**¹⁴⁶. En el caso del Estado, independientemente de que sea en el desempeño de alguna actividad que tenga incidencia directa con la accesibilidad del entorno, existe una obligación general de garantizar la accesibilidad, por lo que subsidiariamente siempre podría ser sujeto pasivo si se acredita una omisión en el ejercicio de dicho deber.

En cuanto al objeto de la reclamación, podemos distinguir claramente tres vías con fines diversos. Así, se podría reclamar la adopción de las medidas necesarias para poner fin a la violación del derecho, o para evitar violaciones futuras, o para prevenir actos de represalia; se podría exigir una indemnización por daños y perjuicios; y, por último, se podría exigir la imposición de una multa o sanción.¹⁴⁷

Por último, respecto a las vías procedimentales que se pueden seguir, hay que señalar otra vez su gran dependencia de la configuración jurídica que se le reconozca a la accesibilidad universal. Dependiendo de ello, se pueden distinguir cinco vías diferentes de reclamación: la vía relacionada con el control de constitucionalidad, la vía de garantía de los derechos fundamentales, la vía contencioso-administrativa, la vía civil, y la vía penal.

La vía relacionada con el control de constitucionalidad, supone garantizar el desarrollo normativo de la accesibilidad en conformidad con el principio de igualdad y con el contenido del artículo 49 de la Constitución. Este control de constitucionalidad posee dos sentidos, por un lado el representado por el recurso

¹⁴⁶ El “Proyecto de Ley sobre infracciones y sanciones a la Ley 51/2003”, habla de personas “físicas o jurídicas y de comunidades de bienes”, estableciendo la “responsabilidad solidaria cuando sean varios los responsables y o sea posible determinar el grado de participación de cada uno de ellos en la comisión de la infracción”

¹⁴⁷ El “Proyecto de Ley sobre infracciones y sanciones a la Ley 51/2003” especifica claramente que el abono por parte del sujeto responsable de las multas impuestas como consecuencia de una sanción establecida en dicha norma no exime del cumplimiento de las obligaciones derivadas de la Ley 51/2003.

de inconstitucionalidad, y por otro, el representado por la cuestión de inconstitucionalidad.

La vía de garantía de los derechos fundamentales, como se ha señalado en varios puntos de este trabajo, viene a garantizar de modo general la tutela judicial, en última instancia a todas las personas que aleguen una discriminación. De este modo, de conformidad con el artículo 53.2 CE “cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección primera del Capítulo segundo ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional”. Sin embargo, la existencia o no de una norma específica que determine o proporcione indicios respecto de “qué se considera accesibilidad” en el caso concreto condicionará directamente la acreditación del derecho legítimo del reclamante, sus posibilidades probatorias y la responsabilidad del eventual reclamado.

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 ilícita¹⁴⁸), 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.¹⁴⁹ En el segundo caso la norma establece que cuando la Administración no ejecute sus actos firmes podrán los afectados

¹⁴⁸ En este sentido el “Proyecto de Ley sobre infracciones y sanciones a la Ley 51/2003” establece que la 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.

¹⁴⁹ Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, artículo 29.1.

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.¹⁵⁰

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,¹⁵¹ al monto indemnizatorio,¹⁵² y sobre la prueba de hecho relevantes.¹⁵³

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 indirectas

¹⁵⁰ Ídem, artículo 29.2

¹⁵¹ Véase punto sobre legitimación más arriba y artículo 19 de la Ley 51/2003.

¹⁵² 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.”

¹⁵³ 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.

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.¹⁵⁴ A su vez, la introducción de una herramienta procesal muy útil para el damnificado, como es la denominada **“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.¹⁵⁵

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;¹⁵⁶ en el delito de discriminación laboral;¹⁵⁷ en el delito de provocación a la discriminación y al odio el supuesto de injurias agravadas por su naturaleza discriminatoria;¹⁵⁸ en la discriminación en la

¹⁵⁴ Ley 62/2003, modificación al artículo 17.1 del Estatuto de los Trabajadores.

¹⁵⁵ 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.

¹⁵⁶ 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.”

¹⁵⁷ 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.”

¹⁵⁸ 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.”

prestación de un servicio público por parte de un funcionario a una persona o asociación;¹⁵⁹ o en la discriminación en una actividad privada.¹⁶⁰

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.¹⁶¹ En todo caso, sería de gran utilidad contar en el derecho español con un tipo penal específico que penalice la discriminación por inaccesibilidad como lo hace el derecho francés.¹⁶²

¹⁵⁹ 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."

¹⁶⁰ 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. "

¹⁶¹ En todo caso, cabe señalar los casos de infracciones muy graves recogidos en el "Proyecto de Ley sobre infracciones y sanciones a la Ley 51/2003", configurados por actos como el acoso, la coacción, la amenaza, las represalias, la resistencia, o el desacato. La norma establece que la instrucción de causa penal ante los Tribunales de Justicia suspenderá la tramitación del expediente administrativo sancionador que hubiera sido incoado por los mismos hechos, pero contemplando la posibilidad de establecer medidas cautelares en tanto la autoridad judicial se pronuncia sobre las mismas.

¹⁶² 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

En resumidas cuentas, la vía judicial adquiere relevancia a la hora de abordar la vulneración del derecho a la accesibilidad o a la hora de abordar el incumplimiento de la obligación de realizar ajustes razonables. En este sentido, el cauce procedimental dependerá de la configuración jurídica que se otorgue a la propia accesibilidad. En todo caso, dada la trascendencia de esta exigencia, **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. Así, la vulneración de la accesibilidad 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.**

3.2.2.3.- Las vías alternativas de resolución de conflictos

En la actualidad existe una pluralidad de medios extrajudiciales de resolución de conflictos que pretenden adaptarse con mayor facilidad a las necesidades de los usuarios y al objetivo de cada ámbito social de aplicación.

3.2.2.3.1.- Arbitraje, mediación y conciliación

La Ley 51/2003, dedica su Capítulo III al establecimiento de una serie de medidas que garanticen la eficacia de la equiparación. Medidas que la propia

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”

norma diferencia según su carácter de fomento y de defensa. “Entre las medidas de defensa, por su sencillez, rapidez y comodidad para las partes, se potencia el recurso del arbitraje para dirimir la resolución de conflictos que puedan surgir”, según indica la *Exposición de Motivos* de la norma, como mecanismo alternativo a la protección judicial. Y en el artículo 7, que establece el contenido de las medidas contra la discriminación de las personas con discapacidad, se permite la resolución de discrepancias entre la persona con discapacidad y el posible sujeto obligado a realizar el «ajuste razonable» conforme al sistema de arbitraje que la *Exposición de Motivos* anuncia, y que regula el artículo 17. Este precepto anuncia la creación de “un sistema arbitral que, sin formalidades especiales, atienda y resuelva con carácter vinculante y ejecutivo para ambas partes, las quejas o reclamaciones de las personas con discapacidad en materia de igualdad de oportunidades y no discriminación”, estableciendo el único límite a la disponibilidad del asunto la existencia de indicios racionales de delito, y, en todo caso, sin perjuicio de la protección administrativa y judicial que en cada caso proceda. La única formalidad respecto del arbitraje que la norma establece es el sometimiento voluntario, expreso y por escrito de ambas partes al arbitraje (artículo 17.2). La norma, igualmente, establece la necesidad para la composición de los órganos de arbitraje, que estos estén integrados “por representantes de los sectores interesados, de las organizaciones representativas de las personas con discapacidad y sus familias y de las Administraciones públicas dentro del ámbito de sus competencias” (artículo 17.3).

Hay que observar que quizás la razón más importante que justifica esta ampliación del sistema de solución alternativa de conflictos, que la ley reduce al arbitraje, se basa en su pretendida eficacia frente a los problemas que plantean las vías judiciales. Sin embargo, como veremos, **el arbitraje es solo uno más de los medios de resolución extraprocesal de conflictos, existiendo otros, como la mediación y la conciliación, que incluso pueden llegar a ser más efectivos para los objetivos que se plantea la Ley 51/2003, y que son compatibles con ella.**

El arbitraje en España se regula por la Ley 60/2003, de 23 de diciembre.¹⁶³ Esta ley, heredera de la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, y el Real Decreto 1094/1981, de 22 de mayo, prolonga la sensibilidad a favor de la armonización del régimen jurídico del arbitraje para favorecer la difusión de su práctica y promover la unidad de criterios en su aplicación, convencido el legislador de que

¹⁶³ BOE núm. 309, de 26 de Diciembre de 2003, (De aquí en adelante Ley 60/2003)

una mayor uniformidad en las leyes reguladoras del arbitraje propicia su mayor eficacia como medio de solución de controversias. Esta ley pretende ser una ley general, aplicable, por tanto, íntegramente a todos los arbitrajes que no tengan una regulación especial; pero también supletoriamente a los arbitrajes que la tengan, salvo en lo que sus especialidades se opongan a lo previsto en esta ley o salvo que alguna norma legal disponga expresamente su inaplicabilidad.

Se puede entender que el elemento esencial de la institución del arbitraje es la intervención de un tercero que carece de potestad jurisdiccional pero al que la voluntad de las partes, reconocida por el Derecho, le encarga la solución de un conflicto entre ellas. Se trata de una facultad que excepciona la exclusividad jurisdiccional del artículo 117 CE, abriendo otra vía de solución de controversias, incorporando a los individuos en el derecho a decidir sobre los conflictos de interés.

El arbitraje se caracteriza fundamentalmente por tres rasgos. La preexistencia de un litigio entre las partes, la voluntad de las partes y la intervención vinculante de un tercero.

El rasgo de la voluntad de las partes, supone que es la autonomía de la voluntad la que justifica la fuerza vinculante del arbitraje. Lo que tiene dos consecuencias: en un sentido material que el arbitraje solo puede llegar hasta donde llega la libertad de las partes; y en un sentido formal que el arbitraje se caracteriza por su carácter facultativo, de manera que es una alternativa que tienen las partes –que serán las únicas que podrán iniciarlo- sin que pueda imponerse por parte de los poderes públicos. Y, finalmente, como rasgo esencial del arbitraje se destaca la intervención vinculante de un tercero al que se le encarga la resolución de la cuestión litigiosa entre las partes. Lo que supone, como «efecto negativo del convenio arbitral», el que se impida a los tribunales conocer de las controversias sometidas a arbitraje (aunque la jurisdicción estatal conserve ciertas funciones), y, como «efecto positivo», precisamente la concesión del poder de decisión al tercero o terceros (independientes e imparciales) que van a resolver la controversia entre las partes (aunque la jurisdicción oficial se reserve la facultad de ejecutar el laudo o decisión del arbitraje).

Junto al arbitraje pueden proponerse otros mecanismos, basados igualmente en la voluntad de las partes, tales como la conciliación y la mediación. Si lo que une a conciliación, mediación y arbitraje es su fundamento en la voluntad de las partes, el arbitraje se distingue radicalmente de los otros dos mecanismos ya que el establecimiento del arbitraje supone la aceptación de la decisión del tercero;

mientras que en los otros dos casos las partes mantienen su libertad de acción. Sin embargo, parece que entraña mayor problema la distinción entre mediación y conciliación. En la doctrina anglosajona hay cierta tendencia a diferenciarlas en función de su formalidad o formalización; de manera que se considera **la conciliación como un instituto procesal con intervención judicial que consistiría en la inducción a los litigantes al arreglo de la controversia, dando fuerza ejecutiva al arreglo convenido**. Este sería el caso de la Conciliación Previa en el ámbito laboral (regulada por los artículos 63 y ss. de la *Ley de Procedimiento Laboral*, y los R.D. 2756/1979, 140/1997 y 2725/98), y que es entendida como la transacción satisfactoria para ambas partes que tiene fuerza ejecutiva de sentencia. Se realiza ante el Servicio de Mediación, Arbitraje y Conciliación de las Direcciones Provinciales de Trabajo y Seguridad Social, los organismos creados por las CCAA en caso de transferencia o los organismos establecidos en acuerdos interprofesionales o convenios colectivos. El ámbito de la conciliación previa laboral es muy amplio porque en principio es un acto obligatorio del proceso laboral excepto para los casos que marca la ley (artículo 64 LPL). Es un mecanismo previo al proceso, pero ya procesal, por lo que realmente los incentivos de las partes para llegar a un acuerdo pueden ser escasos.

Por otro lado, contamos con **la mediación, como acto que cuenta con la intervención de un órgano que conforme a unas reglas preestablecidas pretende avenir a las partes a un acuerdo**. Quizás la gran diferencia con la conciliación no sea respecto a la naturaleza del tercero, sino más bien respecto del papel de la intervención del tercero: pues mientras que en el caso de la conciliación se llama desde fuera a las partes para un acuerdo, en el caso de la mediación, el mediador actúa en pro del acuerdo entre las partes.

En el espacio laboral está muy desarrollada la mediación como mecanismo de resolución de conflictos de carácter colectivo¹⁶⁴. Actualmente se regula por *El III Acuerdo sobre Solución Extrajudicial de Conflictos laborales* (ASEC-III), suscrito por las organizaciones sindicales y empresariales más representativas de ámbito estatal -CEOE, CEPYME, CC.OO. y UGT- el día 29 de diciembre de 2004 (BOE núm. 25, de 29 de enero de 2005)¹⁶⁵. Este acuerdo pretende mantener y desarrollar un sistema de solución extrajudicial de conflictos colectivos laborales que fue creado por esas mismas Organizaciones en el año 1996, con la firma del primer ASEC (BOE núm. 34, de 8 de febrero de 1996) y que, posteriormente, fue fomentado en

¹⁶⁴ Son ejemplares las normas y protocolos del programa ADA de mediación en el ámbito laboral en el caso de Estados Unidos.

¹⁶⁵ Véase ASEC III disponible en <http://www.ccoo.es/legislacion/ASEC.htm>

2001 mediante la suscripción del ASEC-II (BOE núm. 49, de 26 de febrero de 2001). El ASEC establece la posibilidad de solucionar, mediante los procedimientos de mediación y arbitraje, los conflictos que hayan surgido entre empresarios y trabajadores o sus respectivas organizaciones representativas, siempre y cuando el conflicto afecte a más de una Comunidad Autónoma. Únicamente se requiere que exista una voluntad previa de trabajadores y empresarios de sometimiento a tales procedimientos, mediante la suscripción de cualquiera de los sistemas de adhesión que el propio Acuerdo indica.

El ASEC encomienda la gestión de los procedimientos al Servicio Interconfederal de Mediación y Arbitraje (SIMA), fundación tutelada por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Por lo tanto, sus recursos tienen naturaleza pública y sus actuaciones resultan absolutamente gratuitas para las partes¹⁶⁶.

Podrían crearse mecanismos similares para el ámbito territorial de una Comunidad Autónoma. Lo especialmente relevante para nuestro estudio es que, a diferencia del marco estatal, los servicios autonómicos de mediación laboral en ocasiones acogen la mediación en conflictos individuales. Este es el caso de Andalucía, Aragón, Baleares, Cantabria, Cataluña, La Rioja y Navarra. En las Comunidades Autónomas en las que los Acuerdos sociales no han incorporado la conflictividad individual al mismo, las labores de mediación, arbitraje y conciliación las realizan los servicios del IMAC (Instituto de Mediación, Arbitraje y Conciliación), transferidas a las Comunidades Autónomas (vid. Decreto-Ley 5/1979, sobre creación del IMAC, decretos de transferencia a las Comunidades Autónomas, y normativa autonómica de Trabajo).

Pero, además, existen otras nuevas figuras en auge, como es la del *mediador comunitario*, *agente de comunidad* o *mediador de enlace* («linkworker»). Un experto en mediación comunitaria cuya misión consiste en crear vínculos, puentes y relaciones entre los colectivos excluidos o en riesgo de exclusión y diferentes esferas de la sociedad (el ámbito laboral, social, cultural, educativo, sanitario, etc.). Este tipo de modelo lo podemos encontrar aplicado con éxito en el campo de la integración laboral de las personas con discapacidad.

¹⁶⁶ Véase Fundación del Servicio Interconfederal de Mediación y Arbitraje disponible en http://www.fsima.es/menu_solo.htm, especialmente por lo que se refiere a la red de instituciones territoriales de mediación y arbitraje en <http://www.fsima.es/enlaces/index.htm>.

Y en esa línea, también cabría atender a la mediación familiar y a la mediación intercultural; instituciones que pueden extender fácilmente el ejercicio de sus funciones a las personas con discapacidad que se encuentren en sus respectivos ámbitos de actuación.

La primera, la Recomendación R (98) 1, sobre Mediación Familiar, aprobada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 21 de enero de 1998, ha sentado las bases del régimen jurídico de la mediación familiar en Europa. Se considera que en el ámbito familiar la mediación es el instrumento más efectivo de solución de conflictos. Primero, porque estos conflictos implican a personas que tienen relaciones de interdependencia que continuarán en el tiempo después de la ruptura; segundo, porque surgen en un contexto emocional difícil que los agrava; y tercero, porque afectan a todos los miembros de la familia.

Hay que entender que se considera la Mediación Familiar como una materia de competencia autonómica; y, así, ha sido regulada por Comunidades como la de Castilla-La Mancha (Ley 4/2005, de 24 de mayo, del Servicio Social Especializado de Mediación Familiar de Castilla La Mancha), Canarias (Ley 15/2003, de 8 de Abril de la Mediación Familiar), Comunidad Valenciana (Ley 7/2001, de 26 de Noviembre, reguladora de la mediación familiar en el ámbito de la Comunidad Valenciana), Galicia (Ley 4/2001, de 31 Mayo, de Mediación Familiar) y Cataluña (Ley 1/2001, de 15 de Marzo, de Mediación Familiar de Cataluña). Siguiendo la indicación del Consejo (Decisión de 29 de mayo de 2000) y el *Libro Verde*, estos regímenes jurídicos pueden ser interesantes tenerlos en cuenta si se considerase la creación de mediadores en el ámbito de la accesibilidad, sobre todo teniendo en cuenta que en la Disposición Adicional Décima de la Ley 51/2003 se considera necesario la promoción de profesionales sobre accesibilidad.

Y en cuanto a la mediación intercultural, hay que destacar que con la misma se pretende garantizar el acceso de los extranjeros a los servicios públicos y facilitar su integración en las sociedades de acogida, lo que supone la reducción de conflictos de raíz cultural por la vía de la prevención y la gestión de los conflictos. Para ello se ha desarrollado un nuevo tipo de mediación, como es la mediación intercultural, como una versión de la mediación comunitaria o de enlace (*linkworker*). En este sentido, destacan por su éxito los servicios de mediación intercultural del Ayuntamiento de Madrid (SEMSI), de la Generalitat de Cataluña y de la Junta de Andalucía (recogido en el I Plan Integral para la Inmigración en Andalucía).

Por último, hay que hacer referencia a la existencia otras nuevas figuras. En primer lugar a la existencia de una serie de mecanismos híbridos, que conjugan las diferentes técnicas de solución alternativa de conflictos. Así, según el *Libro Blanco sobre Mecanismos Extrajudiciales de Resolución de Conflictos en España*¹⁶⁷ (de donde tomamos esta expresión de mecanismos híbridos), estos mecanismos podrían dividirse en cuatro grandes grupos, en función de la mayor o menor incidencia en la decisión del tercero neutral o tercera parte en el conflicto: (i) Negociación no asistida, sin el concurso de una tercera parte ajena al conflicto; (ii) Negociación asistida sin opinión consultiva; (iii) Negociación asistida con opinión consultiva; y (iv) Negociación asistida con opinión vinculante.

Independientemente de la opción del legislador por la vía del arbitraje, no hay porqué descartar la mediación y la conciliación. Es importante subrayar que la conciliación y mediación pretenden evitar el proceso, mientras que el arbitraje lo sustituye. Ello permite establecer como un mecanismo obligatorio la mediación o la conciliación, mientras que no cabría establecer la obligatoriedad del arbitraje, que, salvo excepciones, siempre se debe basar en la voluntariedad de las partes (vid. en este sentido STC 174/1995, de 23 de noviembre)¹⁶⁸.

Y mientras que el arbitraje es un sistema basado en la coactividad, no lo es así en el caso de la conciliación y la mediación que son *medios persuasivos* de resolución del conflictos. Por lo tanto, una cuestión previa, para determinar cuándo es oportuno el arbitraje, frente a otros mecanismos de resolución alternativa de conflictos, debería consistir en la valoración sobre el tipo de mecanismos que se presenta como más adecuado para la situación: si los de carácter coactivo o bien los de naturaleza persuasiva.

La persuasión, que acaba por conseguir la adhesión personal a la solución del conflicto, constituye una gran ventaja. Ya que podríamos decir que mientras que el proceso y el arbitraje resuelven el conflicto, es decir, dan una solución; la

¹⁶⁷ *Libro Blanco sobre Mecanismos Extrajudiciales de Resolución de Conflictos en España* (coord.. Eduardo Paz Lloveras), AENOR, Madrid 2002, p. 14.

¹⁶⁸ Igualmente es necesario tener en cuenta que la STS de 27 de marzo de 1993, declaró nulo el precepto del R. Decreto 287/1991, que condicionaba el principio de justicia gratuita del artículo 20.1 de la LGDUC al previo uso del sistema de arbitraje. Con más detalle, sobre la relación entre Constitución y arbitraje vid. SSTC 43/1988, 233/1988, 15/1989 y 62/1991, y los AATC 382/1985, 954/1987 y 701/1988. En el Ordenamiento jurídico español hay una previsión de arbitraje obligatorio como facultad de la autoridad competente como medio idóneo de solución de conflictos laborales excepcionales de duración prolongada, en los que las posiciones son irreconciliables y se causa un grave perjuicio a la economía social (vid. RDL 17/1977 y la STS, de 9 de Octubre de 1988, que lo interpreta).

conciliación y la mediación lo disuelven. O, aun más claro, que mientras que la mediación y la conciliación pretenden *acabar* con el conflicto, el arbitraje solo lo *remedia*; ya que como cuestión meta-procesal, el conflicto sigue existiendo. Lo que en ámbitos como el laboral o el familiar puede resultar muy problemático por la convivencia que van a tener que desarrollar las partes en conflicto. El uso de técnicas como la mediación o la conciliación se justifica, pues, en ciertos tipos de conflictividad donde la vía contenciosa, bien sea de carácter jurisdiccional o arbitral, no es la óptima porque resulta necesario considerar los problemas sociales que subyacen en la *litis* más que los meros síntomas reveladores de esos problemas.

Además, estos mecanismos alternativos, basados en la voluntad de las partes, tienen un menor coste económico, tanto individual como social. Puesto que el acuerdo se produce desde las partes, y desaparece la desigualdad procesal basada en caros peritajes o costosos asesores jurídicos. La supuesta economía, agilidad y rapidez del arbitraje frente a la mediación o la conciliación, hay quien los considera mitos que es necesario matizar y justificar.

La naturaleza persuasiva de la solución por la vía de la mediación y la conciliación también aumenta el peso de la sociedad en la implementación de medidas que pretenden alterar el marco social, lo que puede ser de importancia en la implantación de un cambio de paradigma, como es el del modelo social en cuanto a los derechos de las personas con discapacidad. Pues al alentar la participación de la sociedad privada en la administración de la justicia, se provoca mayor y más fácilmente -entendiendo por esto, de forma menos traumática- el cambio social, incrementando la acción de la sociedad en las decisiones de cuestiones determinantes.

El arbitraje, debido a que sus características finalmente implican una renuncia a la jurisdiccional ordinaria, puede ser visto con suspicacia. Principalmente por la ausencia de una cultura o un hábito jurídico que permita hacer los necesarios pronósticos o predicciones que animen a utilizar este recurso alternativo al proceso jurisdiccional. Por el contrario, la mediación y la conciliación ofrecen más garantías a las partes, ya que siempre les queda la posibilidad de acudir a la jurisdicción ordinaria en defensa de sus intereses si finalmente consideran que el acuerdo no ha satisfecho sus pretensiones. Pero, aun en esos casos infructuosos, los mecanismos consensuales de terminación de conflictos permiten simplificar los pleitos, ya que, finalmente, se llega ante los tribunales solo con las cuestiones que no se han podido resolver entre las partes.

De lo anterior se desprende la necesidad de compaginar el sistema arbitral, que la Ley 51/2003 establece, con estos otros mecanismos y, principalmente con la mediación. En lo que sigue, abordaremos el análisis del arbitraje en esta materia si bien, en su momento, introduciremos la posibilidad de acudir al instrumento de la mediación.

3.2.2.3.2.- El arbitraje en el ámbito de la accesibilidad y de los ajustes razonables

Como venimos reiterando, la Ley 51/2003, contempla el establecimiento de un sistema arbitral que atienda y resuelva con carácter vinculante y ejecutivo las quejas o reclamaciones de las personas con discapacidad en la materia que constituye objeto de la ley, siempre que no existan indicios racionales de delito y sin perjuicio de la protección administrativa y de la judicial que en cada caso proceda. La disposición final decimotercera de dicho texto legal encomienda al Gobierno el establecimiento del sistema arbitral en el plazo de dos años desde la entrada en vigor de la ley.

En este sentido la ley establece la necesidad de incorporar una regulación específica del arbitraje en el ámbito de la accesibilidad universal y los ajustes razonables, aun reconociendo la lógica supletoriedad de la Ley 60/2003, como norma general. Lo que estaría también conforme a la norma, pues, de acuerdo con su artículo 2, se puede considerar que, en principio, son cuestiones arbitrables las cuestiones disponibles. En la Exposición de Motivos se reconoce que es concebible que por razones de política jurídica haya o pueda haber cuestiones que sean disponibles para las partes y respecto de las que se quiera excluir o limitar su carácter arbitrable; pero parece que ése no es el caso del arbitraje en materia de accesibilidad y ajustes razonables, porque ya hay una opción en sede legal por este sistema de resolución alternativa de diferencias. Como ya se ha señalado el único límite que establece la Ley 51/2003 es que no existan indicios racionales de delito (artículo 17), lo que entraría en el ámbito de lo no disponible por las partes. Como hemos mencionado anteriormente, algunas situaciones de discriminación podrían encuadrarse en algunos de ciertos tipos penales contemplados en la

legislación penal española, y por ende, dichas situaciones quedarían manifiestamente fuera del ámbito del arbitraje.¹⁶⁹

En todo caso, conviene detenerse en el alcance de la opción de legislativa sobre el arbitraje y su relación con la limitación de las cuestiones disponibles. A lo largo de este informe, hemos venido configurando la accesibilidad como un principio jurídico y político, como parte del contenido esencial del derecho a no ser discriminado y como derechos subjetivos concretos.

En este sentido, desde una perspectiva maximalista podría parecer que la lucha por la igualdad no puede ser objeto de acuerdos, ya que, desde esa visión, se consideraría que la sumisión al arbitraje en este tipo de cuestiones excede del interés de las partes para considerarse como una cuestión de «interés público» o incluso de «orden público», puesto que la igualdad sería un bien que estaría “fuera del comercio de los hombres” o impuesto “por las leyes o las buenas costumbres” (1271 C.C.). Sin embargo, la pauta de interpretación de libre disponibilidad de la materia que deberíamos tener en cuenta es si esa cuestión afectaría o no a terceros, y podríamos concluir que no tiene por qué hacerlo, o al menos no de forma directa.

Como punto de partida podemos sostener que **la Ley 51/2003 recoge un sistema de arbitraje especial**. Al igual de lo que ocurre en otros ámbitos como en materia de consumo, transporte o propiedad intelectual entre otros, la norma citada contempla la creación de un sistema especial de arbitraje para que, en este caso, atienda y resuelva con carácter vinculante y ejecutivo para ambas partes, las quejas o reclamaciones de las personas con discapacidad en materia de igualdad de oportunidades y no discriminación. **Este sistema especial requiere para su puesta en funcionamiento de una norma que lo reglamente**. En el diseño de dicha norma resultará de vital importancia la delimitación de las materias objeto de arbitraje, es decir, lo que en terminología arbitral se denomina como “cuestiones arbitrables”. Gran parte del éxito de un procedimiento que pese a sus ventajas procesales sigue quedando sujeto a la voluntad de las partes, dependerá en gran medida de las cuestiones que incluyamos o excluyamos del arbitraje.

En todo caso, **una cuestión importante es la de decidir la vía normativa a seguir a la hora de regular el arbitraje**. A estos efectos, la Disposición Final Decimotercera de la Ley 51/2003 encomienda al Gobierno la creación de dicho sistema, por lo que parece que la vía sería la de una norma infra legal, esto es a

¹⁶⁹ Véase al respecto el punto 3.2.2.2 las observaciones relativas a la vía penal.

través de un Real Decreto. Sin embargo, dicha regulación normativa podría hacerse también a través de una Ley. Es más, **la opción de regular esta materia por vía legal, como veremos, permite superar ciertos problemas que presentan este sistema de resolución de conflictos.**

Para centrarnos en las cuestiones arbitrables debemos tener en cuenta, que independientemente de lo que queramos incluir en la norma que reglamente el sistema de arbitraje especial, debemos contemplar la existencia de ciertos límites. Como punto de partida, la misma Ley 51/2003 recoge un primer límite respecto de las cuestiones arbitrables cuando requiere que sobre las mismas no existan indicios racionales de delito.¹⁷⁰ En un segundo nivel, podemos identificar ciertos límites generales del ordenamiento jurídico, entre los que podríamos destacar el “orden público”, la “no-afectación a terceros”, y las “normas de *ius cogens*”.¹⁷¹ Por último podemos identificar los límites impuestos para la legislación general en materia de arbitraje, que de forma general traza el límite entre las cuestiones arbitrables haciendo alusión al parámetro de la disponibilidad de conformidad a derecho.¹⁷²

Sin perjuicio de lo dicho anteriormente, es importante destacar que el establecimiento de una norma especial sobre arbitraje en materia de igualdad y no discriminación de las personas con discapacidad, no necesariamente tiene que sujetarse a los límites establecidos por la legislación general de arbitraje (Ley 60/2003), siempre y cuando esta norma posea un rango de Ley –otra cosa cabe decir si se optara por la vía del Real Decreto- puesto que la misma es sólo de aplicación *supletoria*. También la norma especial sobre arbitraje en materia de igualdad y no discriminación, no tiene que ceñirse del mismo modo a los parámetros de la legislación general sobre “orden público”, “afectación a terceros”, o “normas de *ius cogens*” puesto que estos límites están impuestos

¹⁷⁰ Ley 51/2003, artículo 17.2 d.

¹⁷¹ Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil

Artículo 19. Derecho de disposición de los litigantes. Transacción y suspensión.

“1. Los litigantes están facultados para disponer del objeto del juicio y podrán renunciar, desistir del juicio, allanarse, someterse a arbitraje y transigir sobre lo que sea objeto del mismo, excepto cuando la ley lo prohíba o establezca limitaciones por razones de interés general o en beneficio de tercero.”

¹⁷² Ley 60/2003, artículo 2.1:

Materias objeto de arbitraje:

“1. Son susceptibles de arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho”.

principalmente al ámbito de la autonomía de la voluntad de las partes, y encuentra por lo tanto, mucho menos reparos cuando la cuestión objeto de arbitraje es establecida legalmente. En otras palabras, podría el legislador darle a la norma específica sobre arbitraje el alcance que considere necesario, siempre y cuanto claro está, que no se contravengan normas o principios constitucionales.

Ahora bien, ¿qué cuestiones podrían ser susceptibles de quedar comprendidas en la norma especial sobre arbitraje en materia de igualdad y no discriminación?

En primer lugar, tenemos que determinar si la ley especial se aplicaría únicamente al contexto específico de la Ley 51/2003, o si por lo contrario se debiera aplicar a todas las cuestiones sobre igualdad y no discriminación de las personas con discapacidad. Recordemos que existen disposiciones sobre accesibilidad y ajustes razonables fuera de la Ley 51/2003. El artículo 17 habla de “un sistema arbitral que, sin formalidades especiales, atienda y resuelva con carácter vinculante y ejecutivo para ambas partes, las quejas o reclamaciones de las personas con discapacidad en materia de igualdad de oportunidades y no discriminación”, por lo que **no se ven motivos legales ni racionales para excluir de dicho sistema arbitral todas las controversias que versen sobre igualdad de oportunidades y no discriminación de las personas con discapacidad.**¹⁷³ Además en la aplicación de la institución del arbitraje respecto de los derechos de las personas con discapacidad deben tenerse en cuenta la existencia de mecanismos arbitrales en los que en ocasiones pueden concurrir los intereses de las personas con discapacidad¹⁷⁴.

¹⁷³ En este sentido puede resultar ilustrativo la regulación que finalmente se estableció en arbitraje de consumo de conformidad con el artículo 31 de la Ley 26/1984, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, que causalmente tiene una redacción muy similar a la del artículo 17 de la Ley 51/2003.

¹⁷⁴ Así, se puede señalar, por ejemplo, que se ha previsto el arbitraje como un mecanismo de solución alternativa de conflictos en un área especialmente importante para las personas con discapacidad y la cuestión de la accesibilidad como es el de la sociedad de la información y del comercio electrónico. (Véase igualmente en este ámbito el *Libro Blanco sobre los Sistemas de Autorregulación, los Sellos y las Marcas de Confianza en Mercados Digitales y Códigos de Buenas Prácticas para el Comercio Electrónico*, AENOR, Madrid, 2002). El artículo 18.1 de la *Ley de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico*, de 11 de julio, (BOE núm. 166, de 12-07-2002, pp. 25388-25403; corrección de errores BOE núm. 187, de 06-11-2002, p. 28951). [Modificada por la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (BOE núm. 264, de 4-11-2003)], establece el impulso por parte de las Administraciones Públicas de Códigos de conducta que regulen las materias establecidas por esta Ley. Para este procedimiento de autorregulación, los sujetos de este mercado deben garantizar la participación, entre otros colectivos, de las organizaciones representativas de las personas con discapacidad

En segundo lugar, tenemos que determinar si la ley especial se aplicaría a las cuestiones emergentes de una obligación de adaptar un entorno, bien o servicio a los parámetros de accesibilidad, o si por lo contrario se debiera aplicar únicamente respecto de las obligaciones de realizar ajustes razonables. **El caso de los ajustes razonables por su carácter particular –en el sentido de una obligación entre dos sujetos específicos y en el caso concreto- parece que la arbitrabilidad se abre paso más fácilmente ante la inexistencia de derechos de terceros.** Si embargo plantea problemas sobre la aparente exclusión del ámbito laboral en cuestiones de arbitraje, cuando son esencialmente en el empleo donde parece más probable que se generen dichas obligaciones –sobre este punto volveremos más adelante-.

Las cuestiones relativas a la accesibilidad nos plantean desde la perspectiva de su posible arbitrabilidad, algunos inconvenientes. El primero de ellos, debido su posible fundamento en el derecho a la igualdad, que a su vez se trata de un derecho fundamental. La LEC en su artículo 249 somete la tutela de los derechos fundamentales a la jurisdicción ordinaria y establece que es esos procesos será siempre parte el Ministerio Fiscal. La legislación es bastante categórica en esta cuestión aunque por otro lado se podría sostener que si la propia Ley 51/2003 contempla el arbitraje en materia de accesibilidad es porque da por sentado que algunas cuestiones son arbitrables. En nuestra opinión, la respuesta pasa por diferenciar como lo hemos hecho a lo largo de este informe las diferentes configuraciones jurídicas de la accesibilidad. De este modo, **en los casos en que la accesibilidad aparezca como un derecho general a no ser discriminado o como parte del contenido esencial de un derecho fundamental, dando cabida a la vía preferente del amparo del artículo 53.2, resulta lógico que se excluya dicha controversia del recurso al arbitraje debido a su conexión con los derechos fundamentales.** En este sentido, es difícil ahora pensar en la accesibilidad como un bien que puede ser objeto de acuerdos. **Sin embargo, en los casos de un derecho subjetivo a la accesibilidad, es decir, cuando existe una norma que especifica una determinada obligación y habilita una vía ordinaria de reclamación a través de una acción civil o administrativa, no**

(artículo 18.2). Sin embargo, para desarrollar los preceptivos procedimientos que se establecen y en cumplimiento de la Disposición Final Octava, el Ministerio de Presidencia, dictó el Real Decreto 292/2004, de 20 febrero (que crea el distintivo público de confianza en los servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico y regula los requisitos y procedimiento de concesión), sin que, a pesar del mandato legal, ni en su elaboración (al menos no lo señala así) ni en su contenido prevea la participación de las asociaciones de personas con discapacidad, a pesar de que incluye como medida adicional las garantías sobre la accesibilidad -aunque es cierto que en su artículo 6 regula la participación del Consejo de Consumidores y Usuarios-.

parece que los límites relativos a la operatividad de los derechos fundamentales tengan aquí su cabida. En este sentido, cabe trazar una analogía entre el derecho subjetivo a la accesibilidad y el derecho subjetivo al consumidor, para descubrir que en este último caso, todas las cuestiones relativas al orden público, a los derechos de terceros, y las imperatividad de sus disposiciones han sido superadas mediante el establecimiento de un sistema arbitral especial de carácter institucional, y con representación de todos los sectores involucrados incluida la Administración pública.

En este sentido, la opción del legislador por el arbitraje puede entenderse justificada sólo en los casos de limitación razonable de la accesibilidad que precisen un ajuste razonable o en aquellos casos en los que la accesibilidad, se presente como un derecho subjetivo.

El segundo de los problemas que planea la posible arbitrabilidad de la accesibilidad, recae en los posibles derechos de terceros. Es cierto que la obligación de adaptar un entorno, bien o servicio para que sea accesible es una obligación de carácter general y de sujetos indeterminados. Por ende, de una cuestión concreta pueden existir múltiples sujetos legitimados. Si por ejemplo se genera una controversia sobre el establecimiento de una rampa en un edificio de uso público, en teoría todas las personas con discapacidad tienen un interés, y un derecho de que tal adaptación se lleve a cabo. Ahora bien, ¿pueden en el caso de que se lleve esta cuestión a una sede arbitral verse socavado los derechos de esos terceros? El laudo arbitral que pueda determinarse entre esas dos partes no tiene porqué afectar los intereses de aquellos que no han intervenido en el procedimiento, por lo que tendrán sin reparo alguno, su derecho de accionar judicialmente si consideran que su derecho a la accesibilidad ha sido vulnerado. Por ello, **no consideramos que el sometimiento a arbitraje de una cuestión sobre accesibilidad afecte de forma alguna los derechos de terceros, o al menos no más de lo que podría afectar la misma controversia en sede judicial.** Además al igual de lo que ocurre con el arbitraje de consumo donde se afirma su carácter social e institucional, el arbitraje en materia de igualdad y no discriminación debiera contemplar en sus órganos institucionales a los representantes de los sectores interesados, de las organizaciones de personas con discapacidad y de las Administraciones públicas dentro del ámbito de sus competencias.¹⁷⁵

¹⁷⁵ Ley 51/2003, artículo 17.3

En tercer, y último lugar, no queda por determinar si las cuestiones laborales debieran quedar excluidas del ámbito del arbitraje de la ley especial. Las diferentes remisiones legales del ordenamiento jurídico español pueden generar algunas confusiones que conviene aclarar. El artículo 3 *in fine* de la Ley 51/2003 establece su supletoriedad en el ámbito del empleo y la ocupación, respecto de la legislación específica de medidas para la aplicación del principio de igualdad de trato en el empleo y la ocupación. Por su parte, **el artículo 1,4 de la Ley 60/2003 de arbitraje excluye del ámbito de aplicación de la Ley a los arbitrajes laborales**. Pero el artículo 17 de la Ley 51/2003 encomienda el establecimiento de una ley especial de arbitraje en cuestiones de igualdad y no discriminación, y no excluye expresamente para dicha norma la materia laboral. Tampoco la exclusión expresa de la Ley 60/2003 es óbice para que se establezca una norma especial sobre arbitraje que abarque las cuestiones laborales.¹⁷⁶ En resumidas cuentas, **la Ley 51/2003 es supletoria de la legislación laboral, pero nada impide que una nueva ley (por ejemplo la ley especial de arbitraje) introduzca reformas en la legislación laboral**. Además en materia de accesibilidad y ajustes razonables, conviene separar materias arbitrales estrictamente laborales de las que nos los son aunque se vinculen a las anteriores de un modo intrínseco. Así por ejemplo y volviendo al caso señalado más arriba en el que se genera una controversia sobre el establecimiento de una rampa en un edificio público, si en lugar de reclamar un usuario cualquiera lo hace una persona que trabaja en dicho edificio ¿vamos a negar la vía arbitral sólo por el hecho de que entre dicho sujeto reclamante y el sujeto obligado existe una relación laboral? La exigencias de accesibilidad de un entorno, bien o servicio no deberían afectar los principios y valores que existen en torno a una relación laboral, por el simple hecho de que finalmente reclamante y reclamado terminen siendo, a su vez, empleado y empleador. Diferente podría resultar el caso, al menos a primera vista, que la controversia verse sobre la realización de un ajuste razonable entre un empleado y empleador, debido a que en este caso no hallamos ante el reclamo por parte de un trabajador que necesita un ajuste por parte del empleador para poder desempeñar su trabajo en igualdad de condiciones. Es más, la propia ley determina el procedimiento laboral para solicitar la realización de un ajuste razonable en el empleo.¹⁷⁷ Por ello, **salvo que la ley especial sobre arbitraje en materia de igualdad y no discriminación regule de forma expresa el arbitraje ante controversias sobre ajustes**

¹⁷⁶ De hecho la mayoría de los comentarios a la Ley 60/2003, convienen en señalar en que artículo 1.4 redundante en lo que no hacía falta decir. Se trata de una ley general y el arbitraje laboral es especial, por lo que nada se opone a que se incluya esa materia en una norma específica.

¹⁷⁷ Ley 62/2003, y sus reformas a la legislación laboral.

razonables en el empleo, el actual marco normativo no parece permitir la validez de un convenio arbitral de estas características.

Como acabamos de ver, la opción de configurar el sistema arbitral a través de una Ley permite superar ciertos obstáculos de este sistema en su proyección sobre la accesibilidad. La opción de regular el sistema mediante un Real Decreto, sujeta este sistema a la Ley general sobre el arbitraje y limita enormemente su extensión.

En la línea con lo que se ha indicado en los apartados anteriores, conviene señalar la especial posición que las Administraciones Públicas tienen ante la utilización de métodos alternativos para solucionar conflictos. Al margen de la delimitación de las cuestiones arbitrables, **la imposibilidad de las Administraciones Públicas de transigir condiciona seriamente la posibilidad real de utilizar el arbitraje cuando la acción en cuestión se dirija contra órganos de las mismas.**

Según la *Exposición de Motivos* de la Ley 60/2003 la preferencia por el arbitraje de Derecho en defecto de acuerdo de las partes es la orientación más generalizada en el panorama comparado. El arbitraje de equidad queda limitado a los casos en que las partes lo hayan pactado expresamente, ya sea a través de una remisión literal a la «equidad», o a términos similares como decisión «en conciencia», «ex aequo et bono», o que el árbitro actuará como «amigable componedor». No obstante, si las partes autorizan la decisión en equidad y al tiempo señalan normas jurídicas aplicables, los árbitros no pueden ignorar esta última indicación. Esta cuestión es muy relevante a la hora de desarrollar una futura normativa sobre el arbitraje para dirimir las controversias relativas a la accesibilidad, porque dado el carácter supletorio de la ley de arbitraje, de no especificarse se entenderá que es arbitraje de Derecho. Para reforzar esa necesidad, no solo juega el principio de supletoriedad de la Ley 60/2003, sino que, además, al exigir el artículo 34.1 la autorización expresa de ambas partes para resolver en equidad, no bastaría con que unos posibles futuros reglamentos de arbitraje de accesibilidad lo establecieran, ya que el artículo 4, a) excluye el artículo 34 de la autorización a un tercero (unas hipotéticas Juntas arbitrales de ajustes razonables para la accesibilidad) a establecer las condiciones del arbitraje.

En todo caso, **la configuración del sistema arbitral que impone la Ley 51/2003 (que debe ser, obviamente, íntegramente accesible) debe contemplar una serie de instituciones e instrumentos: la Junta arbitral; la adscripción al sistema arbitral; los Colegios Arbitrales; y el procedimiento de arbitraje.**

La competencia del Gobierno de la Nación para establecer el Sistema de arbitraje y crear los correspondientes órganos arbitrales (y con ella, en su caso, la del Parlamento estatal), fue avalada por el Tribunal Constitucional en relación con el sistema arbitral de consumo, en las Sentencias 15/1989, de 26 de enero, y 62/1991, de 22 de marzo. En esta última Sentencia se afirma que, el **"establecimiento de un sistema de arbitraje es materia atribuida a la competencia del Estado por los títulos competenciales de los artículos 149.1.5 y 6 de la Constitución**, pues siendo el arbitraje un equivalente jurisdiccional, mediante el cual las partes pueden obtener los mismos objetivos que con la jurisdicción civil -esto es, la obtención de una decisión que ponga fin al conflicto con todos los efectos de la cosa juzgada-, es evidente que la creación de órganos de naturaleza arbitral y el establecimiento de un procedimiento hetero-compositivo es materia de la legislación procesal civil, relacionada, en cuanto a los efectos del laudo arbitral al sistema de recursos, con la Administración de Justicia".

Independientemente de la cuestión general sobre el marco competencial en materia de accesibilidad –al que hemos hecho alusión anteriormente-, el sistema de arbitraje en materia de igualdad y no discriminación, nos sitúa ante un doble inconveniente. En primer lugar, el relativo a determinar si el Estado posee competencia para regular un sistema de arbitraje especial, o si por lo contrario se trata de materia legislativa propia de las competencias de las Comunidades Autónomas. Este punto, como se ha mencionado anteriormente, parece haber sido resuelto a favor del Estado por la jurisprudencia del TC en materia de arbitraje de consumo, y en principio nada nos hace pensar que dicha jurisprudencia no pueda ser extensible al contexto de la accesibilidad. En segundo lugar, nos queda por determinar los ámbitos de actuación de las Juntas Arbitrales. Al igual de lo que sucede en materia de consumo, es probable que a fin de aproximar las Juntas Arbitrales a las partes, sea necesaria su difusión por todo el territorio. En este sentido, la normativa sobre Arbitraje de consumo diferencia entre una Junta Nacional y las demás, que lo serán de ámbito municipal, de mancomunidad de municipios, provinciales y autonómico. La diferencia entre la primera y las restantes no sólo es territorial sino también objetiva, mientras que las segundas entre sí sólo mantienen diferencias de índole territorial.¹⁷⁸

¹⁷⁸ Real Decreto 636/1993, de 17 de diciembre, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo

“Artículo 3. 1. Se constituye una Junta Arbitral de Consumo de ámbito nacional, adscrita al Instituto Nacional del Consumo, que conocerá, exclusivamente, de las solicitudes de arbitraje

A continuación se exponen los rasgos básicos de las instituciones e instrumentos que deberán tenerse en cuenta en la configuración del arbitraje.

a.- La Junta arbitral

Se trata de la **institución que administra el arbitraje**; que puede tener un **ámbito nacional, autonómico, provincial o municipal**; y que está **adscrita a la Administración correspondiente. Es un órgano colegiado integrado por tres miembros** (Presidente y dos vocales, de los cuales uno debiera representar a las personas con discapacidad), **designados y auxiliados, tanto personal como materialmente, por la mencionada Administración.**

Para el desarrollo del sistema arbitral **deberá constituirse de manera necesaria la Junta de ámbito nacional. El resto deberán hacerlo a través de un acuerdo con la Administración General del Estado en el que se fijará su ámbito funcional y territorial.**

Así con carácter general, la Junta deberá ser de ámbito nacional cuando se trate de solicitudes de arbitraje en relación con conflictos que afectan a más de una comunidad autónoma (esta Junta puede situarse en el ámbito de la Oficina Permanente Especializada del Consejo Nacional de la Discapacidad); deberá ser de ámbito autonómico cuando se trate de solicitudes de arbitraje en relación con conflictos que afectan a más de una provincia dentro de la misma comunidad autónoma o a más de un municipio dentro de comunidades autónomas uniprovinciales (en defecto de Junta Arbitral de ámbito autonómico asumirá las funciones de ésta la de ámbito nacional); deberá ser de ámbito provincial cuando se trate de solicitudes de arbitraje en relación con conflictos que afecten a más de un municipio dentro de la misma provincia (en defecto de Junta Arbitral de

presentadas a través de las asociaciones de consumidores y usuarios cuyo ámbito territorial exceda del de una comunidad autónoma, por los consumidores y usuarios que estén afectados por controversias que superen asimismo dicho ámbito.

2. Las Juntas Arbitrales de Consumo, de ámbito municipal, de mancomunidad de municipios, provincial y autonómico, se establecerán por la Administración General del Estado mediante acuerdos suscritos a través del Instituto Nacional del Consumo, con las correspondientes Administraciones públicas.

3. En los acuerdos se fijará el ámbito funcional y territorial de las Juntas, de acuerdo con los siguientes criterios:

- a) Otorgar preferencia al domicilio del consumidor.
- b) Otorgar preferencia a la Junta de inferior ámbito territorial.
- c) Salvaguardar la libertad de elección de la Junta por las partes.”

ámbito provincial asumirá las funciones de ésta la de ámbito autonómico); deberá ser de ámbito municipal cuando se trate de solicitudes de arbitraje en relación con conflictos que afecten a un municipio (en defecto de Junta Arbitral de ámbito municipal asumirá las funciones de ésta la de ámbito provincial).

Las **principales funciones** de estas Juntas arbitrales deberán ser: (i) **informar sobre el sistema arbitral en esta materia a todos los colectivos afectados** y de manera especial a las personas con discapacidad, a sus representantes y a aquellos que producen y suministran a dichas personas productos, bienes y servicios o tienen que ver con el entorno en los que se desenvuelven; (ii) **formalizar y controlar la adscripción al sistema arbitral**; (iii) **elaborar y actualizar el listado de personas físicas y jurídicas que se hayan adscrito al sistema arbitral con carácter general en su ámbito territorial e identificar a las mismas a través de un distintivo oficial**; y, (iv) **elaborar y actualizar el listado de los miembros de los Colegios Arbitrales**.

b.- La adscripción al sistema arbitral

Se trata de formalizar con carácter general (posibles conflictos futuros) o concreto (conflictos presentes) la adscripción al sistema arbitral en materia de ajustes razonables para la accesibilidad.

En el caso de adscripción general se requiere la realización de un Convenio con la Junta arbitral correspondiente. En el resto de los casos bastará con la aceptación formal ante la Junta arbitral correspondiente.

Podrán formalizar dicha adscripción: (i) las personas con discapacidad y aquellos que producen y suministran a dichas personas productos, bienes y servicios o tienen que ver con el entorno en los que se desenvuelven; (ii) las asociaciones representativas de las personas con discapacidad y de sus familias y las organizaciones sin ánimo de lucro representativas del sector económico correspondiente.

En casos de adscripción general deben proponerse un listado de posibles árbitros.

c.- Los Colegios Arbitrales

Se trata de los órganos que llevan a cabo el arbitraje. Cada Colegio Arbitral deberá estar **compuesto por tres personas designadas por la Junta arbitral (un representante de la Administración, un representante de las**

personas con discapacidad y un representante de aquellos que producen y suministran a dichas personas productos, bienes y servicios o tienen que ver con el entorno en los que se desenvuelven) y por **una cuarta, también designada por la Junta, que actuará como secretario del Colegio y que tendrá voz pero no voto**. Estas designaciones podrán realizarse por un periodo de tiempo definido o para un conflicto específico.

El representante de la Administración, actuará como Presidente y deberá ser Licenciado en Derecho. Será nombrado por la Administración Pública de la que depende la Junta escogiendo de una lista establecida. También puede ser propuesto por las partes en razón de la especialidad del caso o cuando la reclamación se dirija contra un órgano de la Administración de la que depende la Junta arbitral. No podrá tener relación con las partes, y actuará de manera independiente e imparcial.

El representante de la persona con discapacidad, deberá ser abogado en ejercicio. Será propuesto por la persona con discapacidad y en su defecto por las asociaciones representativas de las personas con discapacidad y de sus familias. En el caso de existir el listado de árbitros propuestos por quienes hayan realizado la adscripción general deberá formar parte de dicho listado. No podrá tener relación con las partes, y actuará de manera independiente e imparcial.

El representante de aquellos que producen y suministran a dichas personas productos, bienes y servicios o tienen que ver con el entorno en los que se desenvuelven, deberá ser abogado en ejercicio. Será propuesto por el afectado y en su defecto por las organizaciones que los representan. En el caso de existir el listado de árbitros propuestos por quienes hayan realizado la adscripción general deberá formar parte de dicho listado. No podrá tener relación con las partes, y actuará de manera independiente e imparcial.

d.- El procedimiento de arbitraje

Tal y como señala la Ley el procedimiento debe ser **sencillo y rápido**. Es importante en ese sentido fijar un plazo. Los **principales pasos del procedimiento** pueden ser los siguientes:

.- La junta arbitral notifica la solicitud al demandado quien debe aceptarla o rechazarla. La no contestación implica rechazo, y conlleva el archivo de las actuaciones por parte de la Junta arbitral, debiéndose notificar al demandante.

.- Constituido el colegio arbitral se dará audiencia a las partes en las que estas podrán exponer de manera verbal o por escrito las alegaciones que estimen pertinentes.

.- Se podrán practicar las pruebas que se consideren necesarias a juicio del colegio arbitral que serán costeadas por la Administración de la que dependa la Junta arbitral.

.- Se podrá dar una nueva audiencia a las partes.

.- A continuación se dictará el laudo arbitral. Dicho laudo tendrá carácter vinculante y efectos de cosa juzgada; será adoptado por mayoría (decidiendo, en caso de empate, el presidente); deberá estar fundamentado; y deberá fijar un plazo para la realización de lo que en él se disponga.

En todo caso, como hemos venido señalando, es posible compaginar el sistema arbitral con la mediación y la conciliación. En ese sentido, **la mediación podría desarrollarse en el ámbito de las Juntas Arbitrales o en el propio ámbito de la Oficina Permanente Especializada del Consejo Nacional de la Discapacidad.**

Respecto al mecanismo de **la conciliación** este podría desarrollarse al hilo del sistema arbitral delineado anteriormente. Más en concreto, la conciliación **cabría desarrollarla en el trámite de audiencia ante el colegio arbitral.**

3.3.- Criterios de resolución de conflictos

Tanto la resolución de conflictos entre la accesibilidad y otros bienes y derechos, cuanto la determinación de los ajustes razonables (que de nuevo plantean conflictos de ese tipo), ya sea por vía judicial o por otras vías alternativas, requieren de una serie de criterios y referentes en los que apoyarse. Obviamente, esos criterios y referentes deben desenvolverse en el marco de las reflexiones hasta aquí realizadas sobre la discapacidad, e igualmente deberán tener en cuenta el significado de los derechos y bienes en juego.

En este sentido, como ya hemos tenido ocasión de subrayar, es difícil señalar con carácter general criterios que permita resolver todos y cada uno de los

posibles conflictos, dada la variedad de situaciones y de derechos que pueden estar implicados.

Ciertamente, la solución de estos conflictos puede lograrse operando a través de la jerarquización de los derechos, principios o bienes enfrentados. El camino más fácil para solucionar cuestiones de conflictos entre derechos o entre éstos y bienes, podría consistir en el establecimiento de un sistema de jerarquías entre las normas de derechos fundamentales y entre éstas y los posibles bienes que puedan entrar en contradicción. Es decir, señalar de antemano qué derecho o qué bien prevalece en caso de que se produzca un conflicto. Sin embargo, esta estrategia no es aconsejable por varios motivos. Y es que, además de que desde un punto de vista teórico no es posible establecer una jerarquía entre los derechos y que desde un punto de vista jurídico es difícil de justificar, en las posibles situaciones de conflicto lo importante es la situación concreta, por lo que el establecimiento de medidas generales pueden llegar a ser insatisfactorias al no tener en cuenta las diferentes circunstancias caso. Por otro lado, la adopción de un planteamiento unívoco y jerárquico puede conducir a una situación trágica en la que uno de los derechos o de los bienes pierda su sentido (así lo ha señalado también el Tribunal Constitucional en reiteradas ocasiones -por ejemplo, en sus sentencias 17/85 de 9 de febrero, fundamento jurídico 4º, y 119/90 de 21 de junio, fundamento jurídico 4º-).

En todo caso, los problemas de esta estrategia, no tienen por qué llevarnos a dejar de tomar en consideración como, la idea de los derechos, se fundamenta en la existencia de una serie de valores y principios desde los que estos adquieren justificación. Ya hemos señalado que los derechos se justificaban en cuanto instrumentos necesarios para la libertad, la igualdad y la autonomía, siendo su principal objetivo el respeto de la dignidad humana con el libre desarrollo de la personalidad. Pues bien, de este modo, la defensa de la opción por un derecho en situaciones de conflicto, estará más justificada y tendrá más fuerza, en la medida en que se presente como directamente vinculada a esos valores y principios.

En este sentido, la consideración de que la satisfacción de los requisitos de accesibilidad es el camino necesario para el disfrute de los otros derechos, haría posible situar a la misma en una situación jerárquica elevada. En un tipo de argumentación semejante que el que lleva a considerar a la vida como un derecho básico porque es necesaria para que se puedan ejercitar el resto de los derechos, podría considerarse también de la accesibilidad universal como un derecho básico al resultar también necesaria para que se puedan ejercitar el resto de los derechos.

Mas allá de lo anterior, lo relevante será el examen del caso concreto y de los derechos y bienes enfrentados, con lo que la cuestión de la interpretación de éstos adquiere una enorme relevancia.

Como ha sido destacado en los estudios sobre interpretación de los derechos, ésta debe partir del significado más amplio posible que pueda estar justificado desde los diferentes criterios interpretativos, con especial atención a la normativa internacional y al contexto social. En todo caso, como la decisión no puede contradecir derechos y valores, en el caso de colisiones entre derechos, debe llevarse a cabo una ponderación lo más amplia posible (a través del principio de proporcionalidad) y respetando la razonabilidad.

Estas consideraciones pueden proyectarse directamente sobre la cuestión de la accesibilidad y los ajustes razonables. En todo caso, y a la vista del significado que poseen estos últimos, la exigencia de razonabilidad y de proporcionalidad adquiere una relevancia fundamental. La interpretación de esta exigencia (ya sea considerada como principio o como derecho) debe ser así la más amplia posible, pero también debe serlo la de los derechos que pueden entrar en colisión, siendo necesario operar a través del principio de proporcionalidad, respetando la razonabilidad, en el marco de los valores que presiden el discurso de los derechos.

Obviamente, se trata de una delimitación genérica y abstracta pero que, da cuenta de aquello que debe tener en cuenta quien decide sobre estos problemas. En todo caso, y teniendo en cuenta la importancia que tiene en todo ello el marco de valores, la razonabilidad y el principio de proporcionalidad, nos detendremos en su análisis.

3.3.1.- Sobre la razonabilidad

En otros puntos de este informe hemos aludido ya a la idea de razonabilidad. Se trata de una idea que añade exigencias a la decisión que van más allá de su racionalidad. En efecto, podemos en línea de principio entender que una decisión es racional en la medida que puede deducirse de una serie de parámetros objetivos, mientras que la razonabilidad de una decisión tiene que ver con su concordancia con una serie de parámetros que se corresponden con una teoría o con un punto de vista ético o político. Como hemos venido señalando, la interpretación de los derechos, y por tanto de la accesibilidad, es una actividad

que posee unas indudables dimensiones éticas y políticas, por lo que la dimensión de la razonabilidad adquiere una indudable presencia. Además, todo derecho vinculado a la cuestión de la no-discriminación está conectado con la razonabilidad. Por último, la exigencia de realizar ajustes *razonables* pone también sobre la mesa el análisis de esta dimensión.

La idea de razonabilidad, en la temática que nos ocupa, implica una serie de condicionantes que, a pesar en ciertos casos de su obviedad, conviene apuntar. De esta forma implica la exigencia de una configuración del derecho a la accesibilidad o una decisión en el ámbito de los ajustes que sea posibilista, compatible con el resto de los derechos, que cuente con el apoyo de la comunidad, desde el respeto a los valores que presiden el discurso de los derechos, tomando como referencia las exigencias de satisfacción de necesidades básicas de los sujetos y de la igualdad de oportunidades.

Ello, entre otras razones, porque las exigencias de la accesibilidad pueden implicar, -al igual que sucede con el resto de derechos-, ciertas restricciones a derechos de terceros. Esto, que es una nota característica de los derechos en general, nos conduce a preguntarnos -al igual que con el resto de derechos- si dichas potenciales restricciones se encuentran justificadas -es decir, si son razonables-. Pongamos un ejemplo. Si un empresario construye su empresa cumpliendo con todos los requisitos legales (entre ellos los requisitos de accesibilidad) y luego de unos años dichos requisitos son modificados legislativamente, imponiéndole asumir una serie de modificaciones a los fines de cumplir con la nueva normativa, habrá que tener en cuenta una serie de cuestiones. En primer lugar, que la situación de inaccesibilidad (sobreviniente) de su empresa es, al menos legalmente, justificable (dado a que en su momento no se exigían ciertos parámetros de accesibilidad que ahora si se exigen y se le imponen). La norma que así lo establece debe tener presente, o al menos haber valorado que esto implicará un costo económico determinado. Ello porque la adaptación de obras, bienes y servicios existentes, o la realización de un ajuste razonable, puede significar para el sujeto activo de carácter privado un costo importante. Para ello, puede decirse que -para una mayor garantía de eficacia- en un principio las políticas y la legislación sobre accesibilidad deberían contemplar medios para compensar los gastos que puede conllevar el cumplimiento de los requisitos de accesibilidad.

A su vez, estos costos adicionales que puede conllevar el cumplimiento de los requisitos de accesibilidad en ciertas circunstancias, requieren de **un análisis de razonabilidad diferente según nos encontremos ante obras, bienes y**

servicios nuevos o ante obras, bienes y servicios existentes. En el primer caso, basta con establecer la pauta de accesibilidad en las reglas que disciplinen la realización de obras o la oferta en el mercado de bienes y servicios nuevos – con las modulaciones temporales que se consideren convenientes. En este caso, si quien pretende construir una obra o poner en circulación un bien o servicio nuevo pretende que la pauta o requisito de accesibilidad fijada legal o reglamentariamente resulta irrazonable, es él quien tiene la carga de impugnar la norma y de probar la irrazonabilidad alegada –no queda mayor duda, a partir del mandato del artículo 49 de la CE, y de la ley 51/2003, que el Estado está facultado a adoptar medidas para garantizar la accesibilidad, colocando en cabeza de particulares, de ser necesario, el cumplimiento de obligaciones al respecto. Juegan a favor del Estado, además, la presunción de constitucionalidad de la ley y la presunción de licitud de los actos administrativos generales y particulares. Se podría establecer un procedimiento previo de consulta a los sectores interesados, a fines de tomar una decisión documentada al respecto, previa escucha de los diversos puntos de vista en cuestión, pero una vez determinada la pauta o requisito de accesibilidad que se impone a quienes pretendan construir o poner en circulación bienes o servicios, no queda mayor margen de discusión al respecto de en qué consisten las obligaciones, y qué pueden exigir las personas con discapacidad al respecto.

Pero sin embargo, como veníamos mencionando, **el análisis de razonabilidad cobra mayor espacio cuando se trata de imponer modificaciones a obras, bienes y servicios ya existentes.** En este caso es cuando hay que evaluar la razonabilidad de imponer obligaciones de hacer accesible obras, servicios y bienes que, originalmente y sin la existencia de una obligación al respecto al momento de su construcción o puesta en circulación, fueran inaccesibles. Si se usan pautas o requisitos del momento de la construcción de la obra o puesta en circulación del bien o servicio, la inaccesibilidad podía ser moral o socialmente injustificable, pero sin dudas legalmente justificada; si, por el contrario, al momento de la construcción de la obra o de la puesta en circulación del bien o servicio la pauta o requisito impuesto era la de la accesibilidad, y ese requisito fue incumplido, entonces el incumplimiento era jurídicamente injustificable.

De este modo, queda claro que el parámetro de razonabilidad, así como el conflicto de derechos en juego resulta muy diferente y complejo en los casos de una *imposición sobreviviente*. Básicamente, los derechos involucrados aquí son el derecho de propiedad, las libertades contractuales y la libertad empresarial –y por

ello, las consideraciones sobre los costes y sobre la gradualidad de las imposiciones gravosas devienen aquí importantes. *Ello* a la luz del sacrificio que esto signifique en relación con otros derechos, y con las facilidades y medidas promocionales que el Estado ponga a disposición para su implementación.

Como quiera que en estos condicionantes, la relación entre los derechos y los bienes posee una importancia esencial, la utilización del principio de proporcionalidad adquiere un especial relieve.

3.3.2.- El principio de proporcionalidad

Existen diferentes maneras de enfrentarse al análisis del principio de proporcionalidad. Entre todas ellas, la que consideramos más adecuada es la que parte de entenderlo como un criterio que afecta al desarrollo normativo de los derechos. Ahora bien, en el ámbito jurídico, la cuestión del desarrollo normativo está estrechamente vinculada a la creación y la aplicación y, estas a su vez, se desenvuelven en el marco del análisis de la interpretación.

El principio de proporcionalidad, en el ámbito de la teoría de los derechos, se engloba dentro del tema genérico de los límites; siendo la cuestión principal en este ámbito la de quién puede limitar los derechos y desde qué referentes puede hacerlo. En todo caso, y de manera más concreta, el principio de proporcionalidad se engloba dentro del tema de los límites a los límites de los derechos. Es posible entender que los límites a los derechos vienen comúnmente establecidos desde fuera (salvo en los casos de abuso de los derechos); es decir, los límites a los derechos son restricciones establecidas al contenido de un derecho apelando a otros valores, bienes o derechos. Mientras que el límite a los límites puede ser establecido bien desde el propio significado del derecho en cuestión, bien, de nuevo, desde la apelación a otros valores, bienes o derechos. Sea como fuere, la operatividad del principio de proporcionalidad, implica necesariamente la existencia de contenidos limitadores susceptibles de extraer del significado de las normas (normalmente, dado que estamos en el ámbito de los derechos, de las normas constitucionales). De ahí que se adopte la idea de que en toda norma de derechos fundamentales, es posible identificar un núcleo de certeza pero también un ámbito de incertidumbre.

El análisis del principio de proporcionalidad proyectado en la temática propia de los derechos de las personas con discapacidad, debe proporcionar mecanismos que permitan resolver, o ser guía, de dos cuestiones básicas: (i) qué límites a los derechos de las personas con discapacidad es posible entender como razonables; (ii) qué límites a los derechos en general pueden ser establecidos desde el reconocimiento de los derechos de las personas con discapacidad. Si lo proyectamos en la temática de la accesibilidad y de los ajustes razonables, el estudio del principio de proporcionalidad debe suministrar criterios a tener en cuenta a la hora de justificar o rechazar la razonabilidad de la accesibilidad universal a través de la estrategia del diseño para todos, y, en su caso, del establecimiento de los ajustes razonables. Estos casos reflejan normalmente situaciones de conflictos entre derechos y exigencias de intervención en éstos por lo que el estudio de su proporcionalidad se hace imprescindible.

El principio de proporcionalidad permite, y esta es su principal utilidad, establecer eso que puede ser denominado como cuestiones de agenda interpretativa. Las cuestiones de agenda interpretativa son criterios que el intérprete de un derecho debe tener siempre en cuenta a la hora de llevar a cabo cualquier interpretación. Estas cuestiones no permiten alcanzar decisiones definitivamente correctas pero su no utilización sí que puede hacer que la decisión sea incorrecta.

El punto de partida de la utilización de este principio no es otro que el cuestionamiento de una actuación o una omisión en relación con una norma de derechos fundamentales. En este sentido, la concepción interpretativa que estamos manejando presupone que toda decisión u omisión que afecte a un derecho (ya sea de manera directa y clara –como por ejemplo suprimiendo una norma de derechos fundamentales o impidiendo el ejercicio de acciones basadas en ella-, ya sea de manera indirecta y menos clara –como por ejemplo variando la interpretación consolidada sobre el derecho en cualquiera de sus posibles proyecciones-), debe ser entendida como un desarrollo del derecho susceptible de ser analizado en los términos del principio de proporcionalidad.

La proyección de estas consideraciones sobre la problemática de las colisiones entre derechos, exigen igualmente manejar una visión amplia de los posibles conflictos y de los derechos enfrentados. Esto quiere decir que todo argumento que plantee la intervención sobre un derecho, por débil que ésta sea, podrá ser examinado desde el principio de proporcionalidad.

Pues bien, una vez resuelto este primer momento, esto es, una vez comprobada la existencia de un desarrollo (activo o pasivo) de un derecho fundamental, la construcción dogmática de este principio exige plantearse la posible existencia de otro desarrollo normativo del derecho fundamental, contrario al que se esté analizando. Es decir, de lo que se trata es de plantear una hipótesis distinta a la realmente producida, y que pueda estar basada en las mismas normas iusfundamentales. De esta forma, aparece ya directamente la proyección de este principio en el ámbito de las colisiones entre derechos. En efecto, a partir de ese momento, el principio de proporcionalidad lo que va a enjuiciar es, en definitiva, cuál de las dos opciones se ajusta en mayor medida al Ordenamiento jurídico.

El principio de proporcionalidad, tanto en su configuración doctrinal como jurisprudencial, aparece como la unión de tres grandes “sub-principios”¹⁷⁹: el de idoneidad o de adecuación, el de necesidad y el de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación.

El principio de idoneidad o de adecuación expresa la exigencia de que toda limitación a un derecho (desarrollo de un derecho) debe ser adecuada en relación con un fin constitucionalmente legítimo. Pues bien, de esta formulación genérica se extraen dos grandes exigencias: a) que el desarrollo persiga un fin constitucionalmente legítimo (entendiéndose que son fines legítimos todos aquellos que tienen que ver con la realización de valores, principios, bienes o derechos constitucionales); b) que el desarrollo sea un medio idóneo para obtenerlo. Aunque, en todo caso, es importante recordar que en todos los casos, la cuestión de la legitimidad del órgano que desarrolla el derecho es esencial. La aplicación de este principio en el ámbito de los ajustes razonables, exige evaluar su conexión con la accesibilidad como fin constitucionalmente legítimo y, además, evaluar igualmente si el ajuste propuesto es el remedio idóneo (evita la no accesibilidad) y factible (existe la posibilidad material para llevarlo a cabo y quien debe realizarlo puede realmente hacerlo).

El principio de necesidad puede ser formulado como sigue: toda limitación idónea a un derecho (desarrollo idóneo de un derecho), debe ser la más benigna para dicho derecho, en relación con el resto de limitaciones idóneas (desarrollos idóneos). Pues bien, al igual que nos ocurría con el principio anterior, este principio plantea dos exigencias: a) el desarrollo

¹⁷⁹ Existen dos sentencias del Tribunal Constitucional español que se refieren a estos tres sub-principios. La Sentencia 66/95, en su fundamento jurídico 5º, y la Sentencia 207/96, en su fundamento jurídico 4º.

presenta una idoneidad mayor que otros; b) la intervención en el derecho (en el sentido de disminución del haz de facultades que este puede representar) es inferior al que puede producir otros desarrollos igualmente idóneos, lo que plantea que entre diferentes desarrollos igualmente idóneos de un derecho, se opte por aquél que menos repercuta en el mismo. En este sentido, esta exigencia sólo puede entenderse desde dos presupuestos. El primero de los presupuestos es el del contenido esencial, el segundo presupuesto es que quien desarrolla o analiza el desarrollo, debe intentar plantearse el mayor haz de facultades susceptibles de asociar a ese derecho (a lo que denominaremos como contenido amplio del derecho) y a partir de ellos optar por el desarrollo que los aminoran en menor grado. A diferencia de la vía del contenido esencial, esta segunda posibilidad amplía el marco justificatorio de este principio, lo que, sin disminuir el margen de valoración presente, acrecienta la legitimidad de la decisión. En definitiva, **este principio implica plantear la inexistencia de un desarrollo mejor y exige que quien desarrolle el derecho se plantee la posibilidad de desarrollos alternativos (esto es, de otras interpretaciones).** En el caso de los ajustes razonables, de lo que se trata es de comprobar la existencia o no de otras posibles ajustes destinados al logro de la accesibilidad y de evaluar el grado de consecución de este objetivo produciendo el menor daño posible a quien debe realizarlo.

El principio de proporcionalidad en sentido estricto exige que toda limitación idónea y necesaria de un derecho (desarrollo de un derecho) implique más ventajas que sacrificios (tanto para los titulares de los derechos como para la ciudadanía en general) en el marco de los valores constitucionales. De esta forma, este principio opera a través de la realización de tres pasos: a) determinación de la relevancia del desarrollo del derecho desde dos referentes, el propio derecho y el fin que se persigue; b) comparación de los resultados del análisis anterior con el propósito de determinar cual de los dos puede ser presentado como más relevante; c) determinación de cual de las dos opciones debe ser la que prevalezca. En el ámbito de los ajustes razonables, de lo que se trataría es de llevar a cabo una ponderación entre la accesibilidad y los derechos afectados que corresponden al presunto obligado a realizar el ajuste. En relación con esto último, es importante tener en cuenta los costos financieros y de otro tipo en que incurriría el posible obligado al tomar dicha medida y el grado de afectación que la misma tendría sobre sus actividades; la capacidad financiera y otros recursos del posible obligado; la disponibilidad que tenga el empleador de obtener asistencia financiera o de otro tipo para la adopción de dicha medida (ya que no se debería

exigir una misma inversión a un posible obligado con pocos recursos que a otro con recursos más importantes).

Al principio de proporcionalidad se le ha criticado la falta de certeza existente en su utilización. Crítica que, en realidad, por un lado, pone de manifiesto que la utilización del principio de proporcionalidad es algo enormemente valorativo, esto es, independientemente de que se lleve a cabo tomando como referencia el texto constitucional, implica adoptar puntos de vista, significados y jerarquías de valores cuestionables. Y, por otro, plantea la imposibilidad de entender este principio como un mecanismo objetivo y útil para alcanzar las únicas soluciones correctas. La utilización del principio de proporcionalidad no puede justificarse de esa forma. Más bien, el principio de proporcionalidad lo que añade es racionalidad a la decisión, y esta es su principal virtud, sobre todo en temas como los que estamos estudiando.

Como se ha señalado, **el principio de proporcionalidad nos proporciona criterios agenda**, esto es, criterios que forman parte de una especie de plantilla desde la que quien desarrolla un derecho o quien analiza su proyección en otros derechos deben trabajar. La composición de dicha plantilla se constituiría conforme a los siguientes puntos básicos:

(a) **Tener siempre como referentes a la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad; y así, a la integridad física, la autonomía, la independencia, la libertad, la igualdad y la solidaridad.**

(b) **Atender 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 si existen argumentos poderosos que apoyen su conexión con valores constitucionales, o, dicho a la inversa, un fin es ilegítimo si está expresamente prohibido o si existen argumentos poderosos que apoyen su enfrentamiento a los valores constitucionales.**

(c) **Atender igualmente a la idoneidad de las opciones para el logro de los fines; teniendo presente que para saber si la opción es razonablemente adecuada para alcanzar los fines que la justifican hay que valorar los medios y técnicas, los tiempos, los costes económicos y las personas implicadas y sus rasgos. Y para saber si la opción es la más adecuada para alcanzar los fines que la justifican, haya que plantearse otras opciones (de nuevo valorando medios y**

técnicas, tiempos, costes económicos y personas implicadas y sus rasgos) y habrá que plantearse la afectación que se produce en el derecho, manejando el contenido más amplio posible.

(d) Ponderar 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.

Como se ha señalado, el principio de proporcionalidad se desenvuelve en un marco valorativo, que además se ve aumentado teniendo en cuenta los elementos sobre los que se proyecta, esto es, los derechos fundamentales. Su uso expresa, pues, la adopción de una determinada posición de índole ético y político (dimensiones, como sabemos, inseparables de los derechos). Lo que significa que la cuestión sobre la legitimidad de quien decide adquiere una enorme relevancia.

3.3.3.- Algunas conclusiones

Como se ha señalado, la razonabilidad y la proporcionalidad suministran referentes para solucionar, tanto a la hora de establecer la configuración y el alcance de la accesibilidad y de los ajustes razonables, cuestiones relativas a cómo se debe decidir. En este sentido, exigen tener siempre como referentes (en el sentido de plantearse si las decisiones que se toman se enfrentan a ellos) los siguientes aspectos:

(a) El ideal de la igual dignidad humana con la consiguiente consecución del libre desarrollo de las diferentes personalidades.

(b) Los valores que presiden el discurso de los derechos humanos, como instrumentos que expresan un consenso mínimo en el ámbito de la organización de nuestras sociedades; así la integridad física, la autonomía, la independencia, la libertad y la igualdad.

(c) Un concepto de persona con discapacidad situado en el ámbito del discurso de los derechos humanos. Habría, en este sentido, que manejar un concepto de discapacidad que sea lo más amplio posible, entendiendo que afecta a un número importante de

ciudadanos de manera directa y a todos indirectamente, y que en muchos casos, la discapacidad (que produce una situación de desventaja en el ámbito de la participación social) es fruto de la manera en la que hemos construido nuestro entorno, no sólo físico sino también intelectual y actitudinal. La satisfacción de los derechos de las personas con discapacidad depende de una elección de la sociedad antes de ser un problema técnico o económico.

(d) Lo relevante en materia de no discriminación es el examen de la justificación o no de la restricción. Una teoría integral de los derechos entiende como justificada la diferenciación que pretenda satisfacer necesidades básicas de los individuos, que pretenda situar a los individuos en idénticas condiciones en el ámbito de la discusión moral. El disfrute de los derechos debe estar abierto a todos, si bien pueden establecerse diferencias que, en virtud de los diferentes tipos de desigualdad, atendiendo al contexto en el que éstos se desenvuelven, y teniendo en cuenta diferentes criterios de distribución en ellos presentes, sean aceptados por la mayoría de sujetos implicados.

Y dentro de los criterios específicos con los que operar para establecer la proporcionalidad, se trataría de tener siempre como referentes los siguientes aspectos:

(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, 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 no discriminación. Operar desde el mayor haz de facultades susceptibles de asociar a los derechos implicados. Alcanzar interpretaciones que sean las que beneficien en mayor

medida a los derechos en general y que estén apoyadas en razones concluyentes. Alcanzar interpretaciones que puedan justificarse desde el contenido esencial de un derecho. Alcanzar interpretaciones que puedan justificarse desde disposiciones normativas internacionales. 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). Tener en cuenta los posibles datos que puedan llegar a desvirtuar o refutar los criterios y elementos que se toman como referente. Y alcanzar decisiones que puedan ser justificadas con el mayor número de criterios interpretativos.

(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 –individuales, 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, de toda la sociedad.

4.- CONCLUSIONES

1.- Sobre la necesidad de abordar la discapacidad desde un enfoque complejo, que contenga los aportes del modelo social.

Es posible identificar diferentes formas de entender la discapacidad, que se identifican a través de diferentes 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. De este modo, 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. 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. 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. Desde el modelo social se aspira simplemente a que el tratamiento social que se brinda a las

personas con discapacidad se base en la búsqueda de la inclusión, respetando el principio de igualdad de oportunidades. 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. 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. Es evidente que para esto último la accesibilidad universal es un requisito ineludible a los fines perseguidos.

Un objetivo esencial de las sociedades contemporáneas es alcanzar el mayor grado posible de satisfacción de los derechos; lo que obliga a prestar especial atención a las situaciones en las que dicha satisfacción no se produce. Y no cabe duda de que la discapacidad se presenta como una de esas situaciones.

La regulación de la cuestión de la discapacidad en el ámbito del Ordenamiento jurídico español, presidido por la Constitución de 1978, se desenvuelve entre los dos modelos apuntados. En la legislación española 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, a la Ley 51/2003.

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.

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 el ámbito español, conforme a la regulación de la LISMI la aplicación de los beneficios establecidos para las personas con discapacidad comienzan a tener efecto a partir de un acto administrativo, que se denomina el “reconocimiento del grado de minusvalía”; y en la Ley 51/2003 se relaciona directamente la discapacidad con una situación de minusvalía igual o superior al 33%. En este

sentido, desde la Ley se acota y reduce el marco de análisis de la discapacidad y su protección antidiscriminatoria.

Hubiera sido oportuno que la nueva norma siguiese 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.

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 discapacidad, puede también deberse a consecuencias “naturales” de la deficiencia, 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 braile, 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*.

2.- 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:

(i) *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.

(ii) *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.

(iii) *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 establece en el artículo 2 inciso b) que 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, que 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.

(iv) *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 asimismo otra cuestión, y es que, en relación con las personas con discapacidad, los poderes públicos las “*ampararán 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.

Los derechos fundamentales son los instrumentos político jurídicos idóneos para 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. Por otro lado, y 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.

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

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, cuáles barreras operan en tales ámbitos.

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

(i) Barreras en la movilidad: Dentro de este ámbito se 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).

(ii) 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.

(iii) 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 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.

(iv) 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.

EL SIGNIFICADO DE LA ACCESIBILIDAD UNIVERSAL Y SU JUSTIFICACIÓN EN EL MARCO NORMATIVO ESPAÑOL

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.

Sin perjuicio de tener en cuenta estos aspectos generales, así como de 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, lo que conlleva a la asunción de una relación dinámica entre la accesibilidad universal y las barreras, que debería ir solucionándose de forma 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.

4.- Sobre las estrategias para la accesibilidad: el diseño para todos y los ajustes razonables

La accesibilidad puede alcanzarse a través de diferentes vías, si bien pueden destacarse dos: 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 algunos 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, 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: 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.

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 lo 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. Ambas variantes son perfectamente compatibles, aunque la primera es inevitable en algún grado (pues es imposible determinar a priori todos los 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.

5.- Sobre la dimensión política de la accesibilidad

En el contexto de la dimensión política, teniendo en cuenta el análisis conceptual y normativo que hemos realizado, 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 inspiran 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.

6.- Sobre el marco competencial de la política de accesibilidad

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 capacidad, 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 – transversal a otras políticas, y no totalmente subsumible en el concepto de asistencia social- se sugiere la posibilidad de 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.

El necesario punto de partida de la existencia de competencia estatal para establecer unas condiciones básicas en materia de accesibilidad universal al amparo del artículo 149.1.1 pasa por verificar las condiciones establecidas en la jurisprudencia constitucional para la aplicación de esta cláusula. La utilización de esta cláusula de competencia está condicionada: a) por la presencia de un derecho o deber constitucional cuyo ejercicio, en condiciones de igualdad, se quiere garantizar; b) la finalidad que justifica la utilización que es garantizar la de igualdad en el ejercicio de dicho derecho, y c) por un determinado tipo de medida a las que se circunscribe este título competencial: condiciones básicas.

De estos requisitos, los dos últimos deben examinarse de manera pormenorizada en relación con las concretas medida que se hayan adoptado.

En relación con el primero de los requisitos, el artículo 49 CE no consagra un verdadero derecho constitucional, al menos en su sentido literal. En consecuencia, el artículo 49 CE presenta un importante e inicial inconveniente para servir de fundamento de una intervención del Estado a través del artículo 149.1.1 CE, por no consagrar específicamente un derecho constitucional para el que sea necesario fijar unas condiciones básicas que garanticen la igualdad en el ejercicio del derecho.

Sin embargo esta dificultad puede ser más aparente que real.

a) En primer lugar, porque la finalidad de garantía de la eficacia de los derechos constitucionales que persigue el artículo 49 supone la afectación (en concepto de facilidad o de regulación) de esos derechos, y, en todo caso, la justificación en tales derechos de las medidas que se realicen en desarrollo del referido precepto constitucional. Esta consideración de los derechos constitucionales no es muy diferente a la que contempla el artículo 149.1.1 CE, lo que significa que la posibilidad de utilizar el cauce competencial previsto en este último precepto para cuestiones relacionadas con la accesibilidad no necesitaría buscar su justificación en el concepto de accesibilidad universal, como competencia, sino en los concretos derechos constitucionales en consideración con los cuales se adoptan las medidas. En otras palabras, las medidas consistentes en condiciones básicas de accesibilidad a edificaciones no precisan de un título autónomo, sino que es suficiente aludir a los derechos fundamentales que puedan resultar afectados como pueden ser los derechos fundamentales a la libertad y a la seguridad (artículo 17), libertad de residencia y circulación (artículo 19), derecho a la vivienda (artículo 47), derecho a un medio ambiente adecuado (artículo 45) o el derecho a recibir información (artículo 20), sin perjuicio que tales medidas estén recogidas y coordinadas en un programa dirigido a garantizar la accesibilidad.

b) En segundo lugar, por el fin último de toda esta intervención con una clara vocación de obtener condiciones de igualdad, que pone sobre la mesa la posibilidad de utilizar el principio de igualdad (derecho fundamental a la igualdad) en conexión con los derechos constitucionales, como habilitante para la adopción de medidas en esta materia. Sin embargo, esta posibilidad no ofrece un sólido fundamento ya que la materia utilizada como referencia: (i) sólo tiene un sentido sustantivo por relación a otros derechos constitucionales para los que se reclama esa misma igualdad –con una operatividad muy parecida por cierto al papel que juega la igualdad en el artículo 149.1.1. CE-; y (ii) por que, para la estructura interna del artículo 149.1.1 supone una cierta confusión entre el elemento funcional del supuesto –garantizar la igualdad de ejercicio...- y el material – que se refieran a derechos constitucionales-. En consecuencia la invocación genérica al principio de igualdad no facilita un criterio sólido de justificación para el uso de la cláusula contenida en el artículo 149.1.1. De hecho la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha advertido sobre la

imposibilidad de “abrir” el ámbito de aplicación de la referida cláusula de competencia estatal, a aspectos no relacionados con aspectos básicos de los derechos fundamentales a través, precisamente del principio de igualdad.

En definitiva, si bien es posible adoptar disposiciones en esta materia con carácter general y que puedan proyectarse sobre distintas materias, sobre la base del artículo 149.1.1 éstas deberían justificarse específicamente en los derechos constitucionales cuyo ejercicio en condiciones de igualdad se pretende garantizar.

Dos últimas aclaraciones son pertinentes: (i) esta peculiar configuración “extrae” a este título competencial del plano de la distribución de competencias por razón de la materia para operar como criterio de intervención en función del objetivo constitucional que tiene atribuido, pero con posible incidencia en otras materias que pueden corresponder a las Comunidades Autónomas y que éstas han de respetar en el desarrollo de sus respectivas políticas; (ii) el ejercicio de esta competencia no puede perseguir la implantación de un régimen uniforme, razón que explica la necesidad de reconocer margen de operatividad a los titulares de las competencias afectadas por el ejercicio de este título de competencia.

7.- Sobre la dimensión jurídica de la accesibilidad universal

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.

7.1.- 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 se destaca 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.

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

7.3.- 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 ilícita), 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. En el segundo caso la norma establece 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.

El proceso civil será en principio la vía idónea 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, al monto indemnizatorio, y sobre la prueba de hecho relevantes.

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 indirectas 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. A su vez, en materia procesal laboral, también se contempla la “inversión de la carga de la prueba”. De este modo, en aquellos procesos en que las alegaciones de la parte actora se deduzca la existencia de indicios fundados de discriminación por razón de discapacidad, corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad.

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; en el delito de discriminación laboral; en el delito de provocación a la discriminación y al odio en el supuesto de injurias agravadas por su naturaleza discriminatoria; en la discriminación en la prestación de un servicio público por parte de un funcionario a una persona o asociación; o en la discriminación en una actividad privada.

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 inaccesibilidad como lo hace el Derecho francés.

La accesibilidad se termina configurando, de esta manera, en un derecho que todo ciudadano ha de tener reconocido y protegido, 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. Es por ello que, asimismo, debe tenerse presente dentro del colectivo de personas con discapacidad, a 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.

Ahora bien, la defensa de la existencia del derecho a la accesibilidad universal como un derecho fundamental tendría que recurrir a la figura de los derechos implícitos 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.

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

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.

8.- Sobre la garantía de la accesibilidad

Obviamente, la garantía de la accesibilidad está condicionada por la proyección con la que ésta se presente en el caso concreto. En todo caso, dada las trascendencia de este bien y de su conexión con la igualdad y no discriminación, la vía natural de solución de conflictos será la judicial.

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 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. Este sistema sólo cabría cuando la accesibilidad apareciera en la forma de un derecho subjetivo. Sin embargo, otros sistema de resolución extrajudicial, como la mediación y la conciliación, no revisten los problemas del arbitraje.

De esta forma, podemos encontrarnos con las siguientes situaciones:

.- La garantía del principio político de la accesibilidad. En este caso, la garantía se desenvuelve en el marco de la política. El incumplimiento de la accesibilidad supone un déficit de legitimidad que debe conllevar una exigencia de responsabilidad política.

.- La garantía del principio jurídico de la accesibilidad. En este caso, el incumplimiento de la accesibilidad se produce en el ámbito del desarrollo normativo y trae como consecuencia la posibilidad de utilizar los mecanismos diseñados para el control constitucional, esto es, el recurso de inconstitucionalidad y la cuestión de inconstitucionalidad.

.- La garantía del derecho a no ser discriminado por ausencia de accesibilidad. Al tratarse del contenido de un derecho susceptible de protección a través del recurso de amparo, éste será el mecanismo para su protección. Obviamente, esta consideración requiere la acreditación de un trato discriminatorio.

.- La garantía del derecho a la accesibilidad. La accesibilidad aparece en esta proyección como un derecho subjetivo susceptible de ser defendido a través de los mecanismos judiciales que el Ordenamiento jurídico establece y en relación con el ámbito en el que la supuesta violación del derecho se produce (principalmente el contencioso-administrativo, el civil y el penal). Ciertamente, en este caso, cabría hacer una excepción a la limitación reseñada del arbitraje.

.- La garantía de la accesibilidad como contenido esencial de los derechos. Desde esta proyección, la garantía de la accesibilidad se desarrollaría a través de los mecanismos establecidos para la protección del derecho de que se trate.

Como hemos señalado, las diferentes posibilidades no son excluyentes. En este sentido habrá que estar al caso en cuestión para saber cuál es la opción que mejor sirva para la defensa de los intereses en juego.

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. Así, 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.

Por otro lado, es importante referirse a quienes son los sujetos legitimados, y en este sentido, se puede sostener que serán los propios individuos -todos los individuos directamente afectados y no sólo las personas con discapacidad-, las personas jurídicas -como asociaciones u ONGs representantes de las personas con discapacidad-, y el Estado.

Los sujetos pasivos serán aquellos que producen productos, bienes y servicios o tienen que ver con el entorno en los que se desenvuelven las personas con discapacidad. Se trata por tanto de personas (físicas o jurídicas), y del propio Estado, en la medida que dichos sujetos desarrollen una actividad que tenga incidencia directa con la accesibilidad del entorno, entendido éste en el sentido más amplio posible

9.- Sobre el sistema de arbitraje

La Ley 51/2003 recoge un sistema de arbitraje *especial*, que requiere para su puesta en funcionamiento de una norma que lo reglamente. Una cuestión importante es la de decidir la vía normativa a seguir a la hora de regular el arbitraje. En este sentido, la opción de regular esta materia por vía legal permite superar ciertos problemas que presenta este sistema de resolución de conflictos.

En el caso de los ajustes razonables, por su carácter particular –en el sentido de una obligación entre dos sujetos específicos y en el caso concreto- parece que la arbitrabilidad se abre paso más fácilmente ante la inexistencia de derechos de terceros.

En los casos en que la accesibilidad aparezca como un derecho general a no ser discriminado o como parte del contenido esencial de un derecho fundamental, dando cabida a la vía preferente del amparo del artículo 53.2 C.E., resulta lógico que se excluya dicha controversia del recurso al arbitraje debido a su conexión con los derechos fundamentales. Sin embargo, en los casos de un derecho subjetivo a la accesibilidad, es decir, cuando existe una norma que especifica una determinada obligación y habilita una vía ordinaria de reclamación a través de una acción civil o administrativa, no parece que los límites relativos a la operatividad de los derechos fundamentales tengan aquí su cabida.

En este sentido, la opción del legislador por el arbitraje puede entenderse justificada sólo en los casos de limitación razonable de la accesibilidad que precisen un ajuste razonable o en aquellos casos en los que la accesibilidad se presente como un derecho subjetivo.

Salvo que la ley especial sobre arbitraje en materia de igualdad y no discriminación regule de forma expresa el arbitraje ante controversias sobre ajustes razonables en el empleo, el actual marco normativo no parece permitir la validez de un convenio arbitral de estas características. Aunque el artículo 14 de la Ley 60/2003 de arbitraje excluye del ámbito de aplicación de la Ley a los arbitrajes laborales y la Ley 51/2003 es supletoria de la legislación laboral, nada impide que una nueva ley (por ejemplo la ley especial de arbitraje) introduzca reformas en la legislación laboral.

Independientemente de la opción del legislador por la vía del arbitraje, no hay porqué descartar la mediación y la conciliación. Es importante subrayar que la conciliación y mediación pretenden evitar el proceso, mientras que el arbitraje lo sustituye. Ello permite establecer como un mecanismo obligatorio la mediación o la conciliación, mientras que no cabría establecer la obligatoriedad del arbitraje, que, salvo excepciones, siempre se debe basar en la voluntariedad de las partes.

La competencia del Estado para establecer el Sistema de arbitraje y crear los correspondientes órganos arbitrales, fue avalada por el Tribunal Constitucional, respecto al Gobierno de la Nación, en relación con el sistema arbitral de consumo, en las Sentencias 15/1989, de 26 de enero y 62/1991, de 22 de marzo.

En todo caso, la configuración del sistema arbitral que impone la Ley 51/2003 (que debe ser, obviamente, íntegramente accesible) debe contemplar una serie de instituciones e instrumentos: la Junta arbitral; la adscripción al sistema arbitral; los Colegios Arbitrales; y el procedimiento de arbitraje.

La Junta arbitral es la institución que administra el arbitraje. Puede tener un ámbito nacional, autonómico, provincial o municipal, estando adscrita a la Administración correspondiente. Es un órgano colegiado integrado por tres miembros (Presidente y dos vocales, de los cuales uno debiera representar a las personas con discapacidad), designados y auxiliados, tanto personal como materialmente, por la mencionada Administración

Para el desarrollo del sistema arbitral deberá constituirse de manera necesaria la Junta de ámbito nacional. El resto deberán hacerlo a través de un

EL SIGNIFICADO DE LA ACCESIBILIDAD UNIVERSAL Y SU JUSTIFICACIÓN EN EL MARCO NORMATIVO ESPAÑOL

acuerdo con la Administración General del Estado en el que se fijará su ámbito funcional y territorial.

Las principales funciones de estas Juntas arbitrales deberán ser: (i) informar sobre el sistema arbitral en esta materia a todos los colectivos afectados y de manera principal a las personas con discapacidad, a sus representantes y a aquellos que producen y suministran a dichas personas productos, bienes y servicios o tienen que ver con el entorno en los que éstos se desenvuelven; (ii) formalizar y controlar la adscripción al sistema arbitral; (iii) elaborar y actualizar el listado de personas físicas y jurídicas que se hayan adscrito al sistema arbitral con carácter general en su ámbito territorial e identificar a las mismas a través de un distintivo oficial; y, (iv) elaborar y actualizar el listado de los miembros de los Colegios Arbitrales.

La adscripción al sistema arbitral, es el mecanismo a través del cual se formalizan con carácter general (posibles conflictos futuros) o concreto (conflictos presentes) la adscripción al sistema arbitral en materia de ajustes razonables para la accesibilidad. Podrán formalizar dicha adscripción: (i) las personas con discapacidad y aquellos que producen y suministran a dichas personas productos, bienes y servicios o tienen que ver con el entorno en los que estos se desenvuelven; (ii) las asociaciones representativas de las personas con discapacidad y de sus familias y las organizaciones sin ánimo de lucro representativas del sector económico correspondiente.

Los Colegios Arbitrales son los órganos que llevan a cabo el arbitraje. Este órgano deberá estar compuesto por tres personas designadas por la Junta arbitral (un representante de la Administración, un representante de las personas con discapacidad y un representante de aquellos que producen y suministran a dichas personas productos, bienes y servicios o tienen que ver con el entorno en los que estos se desenvuelven) y por una cuarta, también designada por la Junta, que actuará como secretario del Colegio y que tendrá voz pero no voto. Estas designaciones podrán realizarse por un periodo de tiempo definido o para un conflicto específico.

Los principales pasos del procedimiento de arbitraje deberán ser los siguientes:

- La junta arbitral notifica la solicitud al demandado quien debe aceptarla o rechazarla. La no contestación implica rechazo, y conlleva el archivo de las actuaciones por parte de la Junta arbitral, debiéndose notificar al demandante.

.- Constituido el colegio arbitral se dará audiencia a las partes en las que éstas podrán exponer de manera verbal o por escrito las alegaciones que estimen pertinentes.

.- Se podrán practicar las pruebas que se consideren necesarias a juicio del colegio arbitral que serán costeadas por la Administración de la que dependa la Junta arbitral.

.- Se podrá dar una nueva audiencia a las partes.

.- A continuación se dictará el laudo arbitral. Dicho laudo tendrá carácter vinculante y efectos de cosa juzgada; será adoptado por mayoría (decidiendo, en caso de empate, el presidente); deberá estar fundamentado; y deberá fijar un plazo para la realización de lo que en él se disponga.

En todo caso, como hemos venido señalando, es posible compaginar el sistema arbitral con la mediación y la conciliación. En ese sentido, la mediación podría desarrollarse en el ámbito de las Juntas Arbitrales o en el propio ámbito de la Oficina Permanente Especializada del Consejo Nacional de la Discapacidad.

Respecto al mecanismo de la conciliación este podría desarrollarse al hilo del sistema arbitral delineado anteriormente. Más en concreto, la conciliación cabría desarrollarla en el trámite de audiencia ante el colegio arbitral.

10.- Sobre los criterios desde los que resolver cuestiones de accesibilidad y de ajustes

Las tres principales estrategias para disminuir los posibles conflictos son: la educación, la configuración jurídica clara de la accesibilidad y la realización efectiva del diseño para todos.

Junto a estas estrategias y relacionadas con ellas, pueden señalarse algunos mecanismos para conseguir prevenir esos conflictos, tales como los incentivos económicos, la creación de organismos expertos para ofrecer el oportuno asesoramiento o la creación y concesión de certificados o etiquetas de accesibilidad.

A partir de aquí, es posible aludir a algunos criterios o pautas a la hora de abordar problemas relacionados con la accesibilidad y los ajustes. La razonabilidad y la proporcionalidad suministran referentes para solucionar a la hora de establecer la configuración y el alcance de la accesibilidad y de los ajustes razonables, cuestiones relativas a cómo debe decidir. Se trata de referentes que no permiten llegar a soluciones únicas ni a soluciones incuestionables. Pero, en todo caso, su no atención sí que permite hablar de soluciones incorrectas. Dicho en términos más clásicos, se trata de criterios necesarios pero no suficientes. En este sentido, exigen tener siempre como referentes (en el sentido de plantearse si las decisiones que se toman se enfrentan a ellos) los siguientes aspectos:

(a) El ideal de la igual dignidad humana con la consiguiente consecución del libre desarrollo de las diferentes personalidades.

(b) Los valores que presiden el discurso de los derechos humanos, como instrumentos que expresan un consenso mínimo en el ámbito de la organización de nuestras sociedades; así la integridad física, la autonomía, la independencia, la libertad y la igualdad.

(c) Un concepto de persona con discapacidad situado en el ámbito del discurso de los derechos humanos. Habría, en este sentido, que manejar un concepto de discapacidad que sea lo más amplio posible, entendiendo que afecta a un número importante de ciudadanos de manera directa, y a todos indirectamente, y que, en muchos casos, la discapacidad (que produce una situación de desventaja en el ámbito de la participación social) es fruto de la manera en la que hemos construido nuestro entorno, no sólo físico sino también intelectual y actitudinal. La satisfacción de los derechos de las personas con discapacidad depende de una elección de la sociedad antes de ser un problema técnico o económico.

(d) Lo relevante en materia de no discriminación es el examen de la justificación o no de la restricción. Una teoría integral de los derechos entiende como justificada la diferenciación que pretenda satisfacer necesidades básicas de los individuos, que pretenda situar a los

individuos en idénticas condiciones en el ámbito de la discusión moral. El disfrute de los derechos debe estar abierto a todos, si bien pueden establecerse diferencias que, en virtud de los diferentes tipos de desigualdad, atendiendo al contexto en el que éstos se desenvuelven, y teniendo en cuenta diferentes criterios de distribución en ellos presentes, sean aceptados por la mayoría de sujetos implicados.

Y dentro de los criterios específicos con los que operar para establecer la proporcionalidad, se trataría de tener siempre como referentes los siguientes aspectos:

(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, 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. Operar desde el mayor haz de facultades susceptibles de asociar a los derechos implicados. Alcanzar interpretaciones que sean las que beneficien en mayor medida a los derechos en general y que estén apoyadas en razones concluyentes. Alcanzar interpretaciones que puedan justificarse desde el contenido esencial de un derecho. Alcanzar interpretaciones que puedan justificarse desde disposiciones normativas internacionales. 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). Tener en cuenta los posibles datos que puedan llegar a desvirtuar o refutar los criterios y elementos que se toman como referente. Y alcanzar decisiones que puedan ser justificadas con el mayor número de criterios interpretativos.

(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, de toda la sociedad.
