

MEDIDAS DE ACCESIBILIDAD, AJUSTES RAZONABLES Y ACCIONES POSITIVAS

Antonio-Luis Martínez-Pujalte

1. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTION.

En su excelente trabajo titulado “De nuevo sobre la accesibilidad: diseño, medidas, ajustes, apoyos y asistencia”, Rafael de Asís aborda una nueva presentación de lo que él llama el “eje de la accesibilidad”, que constituye una categoría básica para la comprensión y aplicación de los derechos de las personas con discapacidad. El aspecto más novedoso de esta contribución –con respecto a anteriores desarrollos del autor sobre la materia- es la tesis según la cual los apoyos forman parte también del eje de la accesibilidad.

Pues bien, en las páginas siguientes quisiera formular algunas matizaciones a esta tesis, que en mi opinión no la invalidan, sino que la complementan. La lectura del citado artículo me ha conducido, por lo demás, a repensar mi propio punto de vista sobre la materia, expresado en estudios míos anteriores, por lo que el diálogo crítico con Rafael de Asís me permitirá a la vez desarrollar y completar mi propia posición.

Para evitar cualquier posible malinterpretación, pienso que es importante precisar, desde el comienzo, que este debate no gira en torno a meras disquisiciones terminológicas o conceptuales, que en mi opinión carecerían de todo interés. Por decirlo claramente, qué más da que a una determinada medida le denominemos “ajuste” o “apoyo”, si de esa calificación no se derivan implicaciones prácticas en relación con su eficacia o exigibilidad jurídica.

Parece, sin embargo, que distinguir entre tres categorías fundamentales de medidas encaminadas a la protección de los derechos de las personas con discapacidad –medidas de garantía de la accesibilidad, ajustes razonables y

medidas de acción positiva¹- resulta relevante, al menos por dos razones: en primer lugar, la exigibilidad jurídica de cada uno de los tres tipos de medidas varía, a tenor tanto de las disposiciones de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante, la Convención) como de nuestro propio Derecho interno; en segundo lugar, es preciso tener en cuenta que el eje de la accesibilidad –del que forman parte los ajustes razonables-, aun siendo muy importante para la garantía de los derechos de las personas con discapacidad, no resulta suficiente, pues la accesibilidad se sitúa en el plano de la igualdad formal o igualdad de trato, y una adecuada protección de los derechos de las personas con discapacidad exige ir más allá de la estricta igualdad formal. En las páginas siguientes, trataré de desarrollar estos argumentos, precisando la distinción entre las tres categorías de medidas mencionadas; para señalar también finalmente a cuál o cuáles de ellas se pueden adscribir, en mi opinión, los denominados “apoyos”.

2. IGUALDAD FORMAL E IGUALDAD MATERIAL.

Una de los principios básicos del Derecho de la Discapacidad –formulado también por la Convención como uno de sus principios generales (artículo 3.b)- es la prohibición de discriminación por razón de discapacidad, que refuerza las exigencias derivadas del principio general de igualdad. El principio de igualdad exige tratar a todas las personas como iguales, y, por tanto, tratar a las personas con discapacidad de idéntico modo a las restantes personas, si bien no veda todas las diferencias de trato, sino sólo aquellas que carezcan de una justificación objetiva y razonable; a ello se añade que, si una determinada diferencia de trato tiene precisamente como motivo la discapacidad –bien sea la discapacidad que efectivamente tiene la persona objeto de esa diferencia, o una discapacidad pasada, futura o presunta, o la discapacidad de otra persona a la que la persona que es objeto de la diferencia

¹. Esta –y no la de “apoyos”- es la denominación que yo he empleado en trabajos anteriores para designar la tercera categoría de medidas: cfr. Antonio-Luis MARTINEZ-PUJALTE, *Derechos fundamentales y discapacidad*, Madrid, Cinca, 2015, págs. 35 y ss.; si bien más adelante, en relación concretamente con el derecho a la educación, asimilo a esta categoría los “apoyos personalizados” a que se refiere el artículo 24.2 e) de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: cfr. págs. 126 y ss.

de trato se encuentra asociada- reviste siempre una particular sospecha de ilicitud. Si, además, esa diferencia de trato se da en relación con el ejercicio de un derecho fundamental, no resulta ilícita tan sólo desde la óptica del principio de no discriminación, sino que vulnera además el específico derecho fundamental concernido. Así, por ejemplo, el artículo 3.1 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, que permite privar del derecho de sufragio a las personas incapacitadas judicialmente, constituye, por un lado, una discriminación por razón de discapacidad -pues sólo a las personas con discapacidad, que son las únicas que pueden ser incapacitadas judicialmente, se les puede privar de su derecho de sufragio-, y, por otro, una vulneración del derecho fundamental a la participación política reconocido por el artículo 23 de la Constitución. Es importante destacar, en este sentido, que el principio de igualdad y la prohibición de discriminación tienen una aplicación particularmente intensa en el ámbito de los derechos fundamentales, pues se debe garantizar sobre todo la igualdad en el ejercicio de los derechos; así lo pone de manifiesto con toda claridad la Convención, tanto en su definición de la “discriminación por motivos de discapacidad”, que se conecta con el reconocimiento, goce y ejercicio de los derechos humanos y libertades fundamentales (artículo 2), como al manifestar repetidamente a lo largo de su articulado que los diversos derechos han de reconocerse a las personas con discapacidad “en igualdad de condiciones con las demás” (cfr. vg. arts. 10, 12.2, 13, 14, 15.2, 17, etc.).

Pues bien, en el contexto que acaba de describirse es en el que tienen su juego la accesibilidad y los ajustes razonables. En efecto, la ausencia de accesibilidad constituye una diferencia de trato por razón de discapacidad. Si una persona en silla de ruedas no puede acceder a un establecimiento comercial porque existen barreras arquitectónicas que lo impiden, se le está vedando la entrada en el mismo por razón de su discapacidad, lo que supone una discriminación. Pero si el edificio al que se le impide acceder es una sede judicial, además de ser objeto de una discriminación se le está vulnerando su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. En este sentido, y como señala acertadamente Rafael de Asís (págs. 6-7), la accesibilidad puede ser

concebida como un aspecto de la prohibición de no discriminación o como parte del contenido esencial de cada derecho fundamental.

Así pues, el primer tipo de medidas que han de implementarse para la garantía de los derechos de las personas con discapacidad –incluido el derecho a la igualdad- son las medidas de garantía de la accesibilidad, si bien no resulta necesaria la adopción de estas medidas si los diversos productos, entornos, programas y servicios se han diseñado desde el inicio de forma que puedan ser utilizados por todas las personas (diseño universal). En todo caso, las medidas de garantía de la accesibilidad son de carácter general, y benefician potencialmente a todas las personas aun cuando no tengan una discapacidad.

Por su parte, los ajustes razonables son también medidas encaminadas a garantizar la igualdad de trato, pues sin ellos no existiría igualdad de condiciones en el acceso a los diversos entornos, productos, programas o servicios o en el ejercicio de los derechos, de tal suerte que la ausencia o denegación del ajuste constituiría una discriminación y, en su caso, la lesión de un derecho fundamental. Lo que diferencia a estas medidas de las examinadas anteriormente es que se trata de medidas particulares, que se aplican cuando no es posible garantizar la accesibilidad general. Constituye un ajuste razonable, por ejemplo, facilitar una rampa móvil a una persona en silla de ruedas para visitar un edificio histórico que no puede hacerse accesible, pues sin ella a esa persona se le vedaría el acceso; facilitar más tiempo en la realización de exámenes a una persona con TEA, pues sin ese tiempo adicional el alumno con TEA no estaría en igualdad de condiciones; adaptar el horario de trabajo a una persona con discapacidad que precisa mayores tiempos de descanso, pues sin esa adaptación no podría ejercer el derecho al trabajo; etc.

Ahora bien, la pregunta que inmediatamente cabe plantear es: para la plena efectividad de los derechos de las personas con discapacidad, ¿es suficiente garantizar la accesibilidad, bien sea a través de medidas generales o individuales (ajustes razonables)? En otras palabras, ¿basta con la igualdad formal? Pienso que la respuesta a esta pregunta ha de ser negativa. Si se tiene

en cuenta, por ejemplo, que la tasa de actividad de las personas con discapacidad es cerca de 45 puntos inferior a la de las personas con discapacidad (un 33,9 frente al 78'1%²), parece evidente que una adecuada protección del derecho al trabajo no puede limitarse a garantizar la igualdad de trato en el acceso al empleo y en el ejercicio del trabajo, sino que el Derecho ha de encaminarse hacia la consecución de una efectiva igualdad material, esto es, en este caso a la aproximación entre las tasas de actividad de las personas con discapacidad y sin discapacidad. Este mandato de tender a la igualdad material aparece recogido en nuestra Constitución en el artículo 9.2, cuya importancia en relación con el Derecho de la Discapacidad he tenido ocasión de subrayar en publicaciones anteriores³; y –para las personas con discapacidad, al igual que en relación con otros colectivos socialmente desfavorecidos- se justifica al menos por dos razones principales: en primer lugar, la existencia de una posición desventajosa de partida, derivada de una situación histórica de discriminación (por ejemplo, las personas con discapacidad tienen mayores dificultades objetivas de acceso al mercado de trabajo porque tradicionalmente han estado excluidas de él, han tenido menores oportunidades de acceder a una educación en igualdad de condiciones o a otros ámbitos de participación social, etc.); en segundo lugar, el hecho de que las barreras más importantes que dificultan la plena participación social de las personas con discapacidad y el ejercicio de sus derechos son las barreras subjetivas o actitudinales, que derivan de una actitud de desprecio o minusvaloración hacia ellas, cuya corrección no se logra con la mera exigencia de la igualdad de trato⁴.

Pues bien, el principal instrumento que el Derecho emplea para la consecución de la igualdad material viene constituido por las medidas de acción positiva, que normalmente comportan una desigualdad de trato en detrimento de las personas que no pertenecen al grupo social desfavorecido

². Cfr. INSTITUTO NACIONAL DE ESTADISTICA, *El empleo de las personas con discapacidad. Año 2015*, disponible en www.ine.es.

³. Especialmente en Antonio-Luis MARTINEZ-PUJALTE, *Derechos fundamentales y discapacidad*, págs. 23-30.

⁴. Destaca especialmente la importancia de estas barreras el artículo 8 de la Convención, relativo a la toma de conciencia. Cfr. al respecto Leonor LIDON HERAS, *La discapacidad en el espejo y en el cristal: derechos humanos, discapacidad y toma de conciencia*, Madrid, Cinca, 2016.

beneficiario de las mismas, en este caso las personas sin discapacidad, que en algunos casos puede traducirse incluso en un perjuicio individualizado. Por ello, y para evitar que estas diferencias de trato puedan considerarse discriminatorias, la Convención se ve en la obligación de precisar, en su artículo 5.4, que “no se considerarán discriminatorias, en virtud de la presente Convención, las medidas específicas que sean necesarias para acelerar o lograr la igualdad de hecho de las personas con discapacidad”. En este sentido, y por continuar con el ejemplo del derecho al trabajo, constituye por ejemplo una medida de acción positiva la cuota de reserva de puestos de trabajo establecida hoy por el artículo 42 de la Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad y de su Inclusión Social (en adelante, LGDPD).

Recapitulando, pues, existen tres tipos fundamentales de medidas necesarias para la protección de los derechos de las personas con discapacidad, entre las que puede trazarse una clara distinción conceptual. En primer lugar, las medidas de accesibilidad son medidas de carácter general, encaminadas a hacer posible para todas las personas el acceso a los entornos, productos o servicios o el ejercicio de los derechos. En segundo lugar, los ajustes razonables son medidas particulares necesarias para que la persona con discapacidad se encuentre en igualdad de condiciones con las demás en el acceso a un entorno, producto o servicio o en el ejercicio de un derecho. Finalmente, las medidas de acción positiva no son necesarias para que la persona con discapacidad se encuentre en igualdad de condiciones, sino que por el contrario constituyen diferencias de trato en favor de las personas con discapacidad –que, por así decirlo, las sitúan en “mejores condiciones”-, encaminadas a compensar sus desventajas de partida y a promover la igualdad material. En algunos casos, la adscripción de una determinada medida a una de las tres categorías no presenta especiales dudas: en el ámbito de la educación universitaria, por ejemplo, la instalación de una rampa para salvar una barrera arquitectónica en el acceso al edificio es una medida de accesibilidad; la asignación a un estudiante sordo de un intérprete de lengua de signos para seguir las clases sería un ajuste razonable (derivado de que, en este caso, no resulta posible garantizar la accesibilidad general, pues no tendría sentido que hubiera intérpretes de lengua de signos en todas las clases

si no hay alumnos que los precisen); y la exención de las tasas académicas a las personas con discapacidad constituye una medida de acción positiva. En otros casos, en cambio, la delimitación entre las tres categorías de medidas presenta dificultades prácticas de enorme relieve. Por utilizar un ejemplo que ya he usado en otro lugar, la Sentencia de la Audiencia Nacional de 2 de noviembre de 2009 calificó como “ajuste razonable” la exención a un estudiante universitario con una discapacidad neurológica grave –que le ocasionaba fuertes dolores de cabeza casi diarios, en ocasiones acompañados de sueño prolongado- de los requisitos académicos establecidos en una convocatoria de becas. En mi opinión es dudoso que se trate de un “ajuste razonable”, pues creo que no puede afirmarse que sin la concesión del ajuste la persona con discapacidad no se encuentra en igualdad de condiciones con las demás. Si es legítimo exigir determinados requisitos académicos para acceder a una convocatoria de becas para los estudios universitarios, parece en principio legítimo reclamarlos también a las personas con discapacidad; ahora bien, resulta adecuado que se produzca una flexibilización de esos requisitos –que es lo que acuerda en este caso el Tribunal-, como medida de acción positiva, encaminada a corregir la infrarrepresentación de las personas con discapacidad en el alumnado universitario.

Como se ha adelantado anteriormente, la distinción entre las tres clases de medidas mencionadas presenta una evidente relevancia práctica, habida cuenta de las diferencias en lo que se refiere a la exigibilidad jurídica de cada una de ellas. Así, la obligación de garantizar la accesibilidad es absoluta, y se impone a los particulares y a todos los poderes públicos, pues es una consecuencia del principio de igualdad, de tal forma que la ausencia de accesibilidad constituye una discriminación por motivos de discapacidad; cuando nos encontramos ante condiciones de accesibilidad necesarias para el ejercicio de un derecho fundamental específico distinto del derecho a la igualdad, la exigencia de garantizar esas condiciones se refuerza, pues, como acertadamente indica Rafael de Asís, pueden considerarse integrantes del contenido esencial del derecho. Desde la óptica de la Convención, el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de la ONU ha puesto de relieve expresamente que “la obligación de establecer la accesibilidad es

incondicional, lo que significa que la entidad obligada a asegurarla no puede excusarse por no hacerlo aduciendo la carga que supone proporcionar acceso a las personas con discapacidad”⁵. No obstante, debe matizarse este carácter absoluto de la accesibilidad teniendo en cuenta, que, como sucede en todos los casos, debe ser armonizado con los restantes derechos fundamentales en juego y con el contexto vital en que los derechos se ejercen⁶, de tal suerte que, por ejemplo, si la medida de accesibilidad se exige a una empresa privada y comporta un coste desproporcionado que podría comprometer su viabilidad, y su ausencia no lesiona específicos derechos fundamentales de la persona con discapacidad distintos de la igualdad, podrían eventualmente existir situaciones en que el derecho a la libertad de empresa, que constituye asimismo un derecho fundamental reconocido por el artículo 38 de la Constitución, amparase la no adopción de la medida de accesibilidad. Por su parte, los ajustes razonables resultan también obligatorios para los particulares y para los poderes públicos, si bien en este caso con el límite de que impongan una carga desproporcionada o indebida (artículo 2 de la Convención y, en nuestra legislación, artículo 2.m LGDPD), lo que exige llevar a cabo un examen de la proporcionalidad del ajuste, que determinará si el ajuste es “razonable”, y, por tanto, si su denegación resulta o no justificada⁷. Finalmente, las medidas de acción positiva sólo deben entenderse obligatorias para los poderes públicos, pues es a los poderes públicos a quienes incumbe la obligación de promover la igualdad material, como indica con claridad el artículo 9.2 de la Constitución (mientras que los particulares sólo tendrían la obligación indirecta de cumplir “las medidas de acción positiva legalmente establecidas”, en los términos del artículo 63.1 LGDPD); además, desde el punto de vista de la Convención cabe añadir que, en tanto que comporten un coste, a estas medidas se aplica el criterio de la progresividad, por lo que deben ser adoptadas “hasta el límite de los recursos disponibles”, a tenor del artículo 4.2. Ahora bien, ello no significa

⁵. COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, *Observación General nº 2* (2014), n. 25.

⁶. Cfr. DE DOMINGO, Tomás, “La *Drittwirkung* de los derechos fundamentales. Una alternativa al conflictivismo”, en MARTINEZ-PUJALTE, Antonio Luis – DE DOMINGO, Tomás, *Los derechos fundamentales en el sistema constitucional. Teoría general e implicaciones prácticas*, Granada, Comares, 2011, especialmente págs. 130-138.

⁷. A ello se refiere Rafael de Asís en págs. 14-15 y, con más amplitud, en *Sobre discapacidad y derechos*, Madrid, Dykinson, 2013, págs. 122-124, análisis con los que coincido sustancialmente.

que estas medidas sean discrecionales o dependan meramente de decisiones políticas, como parece dar a entender Rafael de Asís (págs. 12 y 17): como he podido mostrar en trabajos anteriores⁸, en nuestro sistema constitucional la adopción de aquellas medidas de acción positiva que resulten necesarias para garantizar la plena efectividad de los derechos fundamentales, concretamente por las personas con discapacidad, es constitucionalmente obligatoria (sobre la base principalmente del artículo 9.2) y, por tanto, exigible a los poderes públicos.

3. NATURALEZA JURIDICA DE LOS APOYOS.

Restaría por examinar, tan sólo, la última de las preguntas que se ha planteado al inicio de estas páginas: a cuál de las categorías de medidas anteriormente mencionada, si es que a alguna de ellas, cabe adscribir los apoyos.

La Relatora especial sobre los derechos de las personas con discapacidad de la ONU ha definido el apoyo como “el acto de prestar ayuda o asistencia a una persona que la requiere para realizar las actividades cotidianas y participar en la sociedad”⁹. En otras palabras, podríamos decir que el apoyo es una forma de facilitar el ejercicio de los derechos o la realización de las actividades que consiste en la asistencia de una tercera persona. Esta asistencia de una tercera persona es la característica esencial de la noción de “apoyo”.

Conviene señalar, en este sentido, que todas las personas precisamos, de forma más o menos intensa a lo largo de nuestra vida, de apoyos para el ejercicio de nuestros derechos. Precisamos la asistencia médica para la protección de nuestro derecho a la salud; quien ha de afrontar un proceso precisa la asistencia de un abogado para que su tutela judicial sea efectiva; un parlamentario precisa la asistencia del personal que las Cortes Generales

⁸. Cfr. Antonio-Luis MARTINEZ-PUJALTE, *Derechos fundamentales y discapacidad*, cit., págs. 26-28, y *Los derechos fundamentales en el sistema constitucional*, cit., págs. 139-164.

⁹. *Informe de la Relatora especial sobre los derechos de las personas con discapacidad al Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas*, 20 de diciembre de 2016, n. 13.

ponen a su disposición para el ejercicio de la función representativa que es contenido del derecho fundamental reconocido por el artículo 23.2 de la Constitución; etc. No cabe duda, sin embargo, de que las personas con discapacidad requieren apoyos de forma mucho más intensa, y para muchas de ellas los apoyos son esenciales para el ejercicio de sus derechos o la realización de sus actividades cotidianas.

Así pues, como medidas específicas para la protección de los derechos de las personas con discapacidad cabe plantearse si los apoyos forman una clase de medidas distintas a las tres examinadas en el epígrafe anterior. Pero conviene recordar que la relevancia práctica de esa clasificación deriva de la diferente exigibilidad jurídica de los distintos tipos de medidas. En este sentido, el mero hecho de que la medida consista en la asistencia de una tercera persona no nos dice nada acerca de su eficacia jurídica; habrá que examinar para ello su relación con los principios esenciales del tratamiento jurídico de la discapacidad –no discriminación e igualdad material- y con el ejercicio de los derechos. Por tanto, no parece razonable afirmar que los apoyos sean una clase específica de medidas, pero tampoco que se adscriban en exclusiva a una de las categorías anteriores, pues podrá haber apoyos que puedan ser calificados como medidas de accesibilidad (o incluso que formen parte del diseño universal), otros que tendrán la naturaleza de ajustes razonables y otros que constituirán medidas de acción positiva. En este sentido, y completando los ejemplos que indica Rafael de Asís (p.10), en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva podríamos señalar que la dotación a una institución judicial de personal especializado para la asistencia de personas con discapacidad intelectual, o de intérpretes de lengua de signos, sería una medida de accesibilidad; la asignación en un proceso, a una persona que lo precise, de un asistente o de un intérprete de lengua de signos, aun cuando no exista ese personal en la plantilla del órgano judicial, sería un ajuste razonable¹⁰; en cambio, la provisión de asistencia jurídica gratuita sólo por el hecho de que esa

¹⁰. Tiene también, en mi opinión, la naturaleza jurídica de “ajuste razonable” la provisión de apoyos para el ejercicio de la capacidad jurídica, pues se trata precisamente de una asistencia encaminada a que la persona con discapacidad pueda ejercer la capacidad jurídica “en igualdad de condiciones con las demás”, como indica el art. 12.2 de la Convención; si bien en este caso se trata de un tipo de ajuste de particular relevancia y singularidad jurídica, por lo que configura una institución con sustantividad propia: el “apoyo en la toma de decisiones”.

persona tiene una discapacidad –aun cuando no acredite la insuficiencia de recursos para litigar-, sería una medida de acción positiva, que podría resultar justificada –e incluso constitucionalmente obligatoria- si se demuestra que las personas con discapacidad encuentran dificultades objetivas de partida que les detraen del acceso a la tutela judicial.

4. CONCLUSION.

Pienso que la argumentación desarrollada a lo largo de estas páginas ha puesto de relieve suficientemente mis sustanciales coincidencias con la posición de Rafael de Asís, así como algunas matizaciones menores. Quisiera concluir reiterando una idea que me parece fundamental: el eje de la accesibilidad (del que forman parte el diseño universal, las medidas de accesibilidad y los ajustes razonables, así como buena parte de los apoyos, que cabría encuadrar en alguno de los tres componentes de ese eje), aun resultando esencial para la protección de los derechos de las personas con discapacidad, no es sin embargo suficiente, pues el eje de la accesibilidad se sitúa en el plano de la igualdad formal; mientras que una adecuada efectividad de los derechos de las personas con discapacidad requiere asimismo la adopción de medidas de acción positiva para la promoción de la igualdad material –algunas de las cuales consistirán en apoyos-, que, aun cuando resulten sólo exigibles a los poderes públicos, no pertenecen en cambio enteramente a su ámbito de discrecionalidad, sino que resultan, por el contrario, constitucionalmente obligatorias.