



Papeles el tiempo de los derechos

DE NUEVO SOBRE LA ACCESIBILIDAD: DISEÑO, MEDIDAS, AJUSTES, APOYOS Y ASISTENCIA

Rafael de Asís
Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas
Universidad Carlos III de Madrid
Email: rafael.asis@uc3m.es

Palabras clave: Accesibilidad, Diseño Universal, Ajustes Razonables, Apoyos, Asistencia, Discapacidad

Número: 4 Año: 2017

ISSN: 1989-8797

Comité Evaluador de los Working Papers “El Tiempo de los Derechos”

María José Añón (Universidad de Valencia)
María del Carmen Barranco (Universidad Carlos III)
María José Bernuz (Universidad de Zaragoza)
Manuel Calvo García (Universidad de Zaragoza)
Rafael de Asís (Universidad Carlos III)
Eusebio Fernández (Universidad Carlos III)
Andrés García Inda (Universidad de Zaragoza)
Cristina García Pascual (Universidad de Valencia)
Isabel Garrido (Universidad de Alcalá)
María José González Ordovás (Universidad de Zaragoza)
Jesús Ignacio Martínez García (Universidad of Cantabria)
Antonio E Pérez Luño (Universidad de Sevilla)
Miguel Revenga (Universidad de Cádiz)
Maria Eugenia Rodríguez Palop (Universidad Carlos III)
Eduardo Ruiz Vieitez (Universidad de Deusto)
Jaume Saura (Instituto de Derechos Humanos de Cataluña)

DE NUEVO SOBRE LA ACCESIBILIDAD: DISEÑO, MEDIDAS, AJUSTES, APOYOS Y ASISTENCIA¹

Rafael de Asís

Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas

Universidad Carlos III de Madrid

rafael.asis@uc3m.es

En este trabajo me interesa volver sobre el concepto de accesibilidad y su relación con el diseño, los ajustes y los apoyos, con el objetivo de avanzar en la determinación de su significado y alcance. De manera más concreta, en esta ocasión, me centraré, al final, en la figura del apoyo. Como ha señalado recientemente la Relatora Especial sobre los derechos de las personas con discapacidad, Catalina Devandas, “para muchas personas con discapacidad, el apoyo es una condición indispensable para participar de forma activa y significativa en la sociedad y, al mismo tiempo, conservar su dignidad, autonomía e independencia”². En este sentido, resulta esencial aclarar su alcance y significado, y hacerlo, como también señala la Relatora en su informe, desde un enfoque de derechos humanos.

Ahora bien, en la construcción de los apoyos me separaré del planteamiento de Catalina Devandas, manifestado en su Informe, al situarlos dentro de lo que he denominado como eje de la accesibilidad.

La accesibilidad es una idea esencial en cualquier contexto. En términos generales buscamos que todo sea accesible. Este todo engloba productos, entornos,

¹ Trabajo realizado en el marco de los proyectos "Madrid sin barreras: discapacidad e inclusión social en la Comunidad de Madrid" (S2015/HUM-3330) financiado por la Comunidad de Madrid y "Diseño, accesibilidad y ajustes. El eje de los derechos de las personas con discapacidad" (DER2016-75164-P) financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad.

² *Informe de la Relatora Especial sobre los derechos de las personas con discapacidad* (Catalina Devandas), A/HRC/34/58, p. 5. Informe presentado al Consejo de Derechos Humanos, 34 período de sesiones (27 de febrero a 24 de marzo de 2017), Tema 3 de la agenda, Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo. Disponible en <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G16/436/69/PDF/G1643669.pdf?OpenElement>.

servicios, bienes, derechos... Y cuando hacemos o queremos que algo no sea accesible, normalmente debemos justificarlo. Así, podemos decir que lo “normal” es la accesibilidad.

Pero la discapacidad choca con esa “normalidad” y pone de manifiesto que lo “normal” es parcial y puede ser discriminatorio. Por ese motivo la accesibilidad cobra fuerza en el ámbito de la discapacidad, donde se vincula a la idea de posibilidad y aparece como discurso contra la discriminación.

Y es que posibilidad y no discriminación son dos de los referentes de la reflexión sobre los derechos de las personas con discapacidad. La primera como alternativa a la “hegemonía” de la capacidad o, si se prefiere, a la construcción de lo humano desde el discurso abstracto de la capacidad³. La segunda como llamada de atención de la situación creada y no natural en la que se encuentran las personas con discapacidad.

1.- El eje de la accesibilidad: sentido amplio y sentido restringido

Como he recalcado en otras ocasiones, el sistema de derechos de las personas con discapacidad, se mueve en torno al eje de la accesibilidad, compuesto por el diseño universal (que funciona como un principio general fuente de obligaciones específicas), las medidas de accesibilidad (medidas generales que aparecen cuando el diseño universal no se satisface de manera justificada) y los ajustes razonables (medidas individuales que surgen cuando la accesibilidad no se satisface a través del diseño o las medidas de manera justificada)⁴.

Así, el diseño universal, es “el diseño de productos, entornos, programas y servicios que puedan utilizar todas las personas, en la mayor medida posible, sin necesidad de adaptación ni diseño especializado”.

Las medidas de accesibilidad no están definidas en la Convención de manera expresa. Sin embargo, en la Ley General de los derechos de las personas con discapacidad de 2013 aparecen como exigencias de accesibilidad. En efecto, el artículo 63 de esta Ley, al referirse a la vulneración del derecho a la igualdad de oportunidades hace referencia a los incumplimientos de las exigencias de accesibilidad, entendidas

³ “La incursión de la discapacidad en la teoría de los derechos: posibilidad, educación, Derecho, poder”, en Campoy, I. (ed.), *Los derechos de las personas con discapacidad, Debates del Instituto Bartolomé de las Casas, n.2*, Dykinson, Madrid 2004, pp. 59 y ss.

⁴ “El eje de la accesibilidad y sus límites”, en *Anales de Derecho y Discapacidad, n. 1*, 2016, pp. 51 a 68.

como medidas contra discriminación. Por su parte, el artículo 65 señala que son medidas contra la discriminación: “aquellas que tengan como finalidad prevenir o corregir que una persona sea tratada de una manera directa o indirecta menos favorable que otra que no lo sea, en una situación análoga o comparable, por motivo de o por razón de discapacidad”. Por su parte, el artículo 66 señala que se 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 todas las personas”.

En todo caso se trata de actuaciones que tienden a corregir situaciones en las que el diseño universal no se ha satisfecho de manera justificada, esto es, porque no era posible. La medida de accesibilidad está dirigida a convertir el producto, entorno, programa, servicio y/o derechos en utilizable o ejercible. Puede servir de ejemplo el art. 10, 1,a de la Ley 49/1960, de 21 de julio, de Propiedad Horizontal, en el que se dice: “1. Tendrán carácter obligatorio y no requerirán de acuerdo previo de la Junta de propietarios, impliquen o no modificación del título constitutivo o de los estatutos, y vengan impuestas por las Administraciones Públicas o solicitadas a instancia de los propietarios, las siguientes actuaciones: a) Los trabajos y las obras que resulten necesarias para el adecuado mantenimiento y cumplimiento del deber de conservación del inmueble y de sus servicios e instalaciones comunes, incluyendo en todo caso, las necesarias para satisfacer los requisitos básicos de seguridad, habitabilidad y accesibilidad universal, así como las condiciones de ornato y cualesquiera otras derivadas de la imposición, por parte de la Administración, del deber legal de conservación”.

Los ajustes razonables son “las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales” (art. 2 de la Convención). Una de sus primeras formulaciones aparece en la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, en cuyo artículo 5 puede leerse: “A fin de garantizar la observancia del principio de igualdad de trato en relación con las personas con discapacidades, se realizarán ajustes razonables. Esto significa que los empresarios tomarán las medidas adecuadas, 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. La carga no se considerará excesiva cuando sea paliada en grado suficiente mediante medidas existentes en la política del Estado miembro sobre discapacidades”.

Ahora bien, la distinción entre ajuste y medida de accesibilidad no es clara. Así, por ejemplo, en el ámbito de la vivienda, la normativa se refiere a ajuste razonable cuando en realidad debería estar hablando de medida de accesibilidad⁵. Con carácter general, los ajustes razonables adquieren su significado cuando el bien de la accesibilidad no se puede satisfacer de manera universal, ya sea a través del diseño universal o de las medidas de accesibilidad, y se convierte así en un auténtico derecho destinado a remediar esa situación particular. Se trata por tanto de medidas que poseen un carácter individual.

El artículo 9 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad se refiere a la accesibilidad universal afirmando: “A fin de que las personas con discapacidad puedan vivir en forma independiente y participar plenamente en todos los aspectos de la vida, los Estados Partes adoptarán medidas pertinentes para asegurar el acceso de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, al entorno físico, el transporte, la información y las comunicaciones, incluidos los sistemas y las tecnologías de la información y las comunicaciones, y a otros

⁵ Así, por ejemplo, la Ley 8/2013, de Rehabilitación, Regeneración y Renovación Urbana, concreta en su artículo 2, apartado 4, lo que se entiende por ajuste razonable afirmando: “las medidas de adecuación de un edificio para facilitar la accesibilidad universal de forma eficaz, segura y práctica, y sin que supongan una carga desproporcionada. Para determinar si una carga es o no proporcionada se tendrán en cuenta los costes de la medida, los efectos discriminatorios que su no adopción podría representar, la estructura y características de la persona o entidad que haya de ponerla en práctica y la posibilidad que tengan aquéllas de obtener financiación oficial o cualquier otra ayuda. Se entenderá que la carga es desproporcionada, en los edificios constituidos en régimen de propiedad horizontal, cuando el coste de las obras repercutido anualmente, y descontando las ayudas públicas a las que se pueda tener derecho, exceda de doce mensualidades ordinarias de gastos comunes”. O también, el art. 10.1.b de la Ley 49/1960, de 21 de julio, de Propiedad Horizontal: 1. Tendrán carácter obligatorio y no requerirán de acuerdo previo de la Junta de propietarios, impliquen o no modificación del título constitutivo o de los estatutos, y vengán impuestas por las Administraciones Públicas o solicitadas a instancia de los propietarios, las siguientes actuaciones: b) Las obras y actuaciones que resulten necesarias para garantizar los ajustes razonables en materia de accesibilidad universal y, en todo caso, las requeridas a instancia de los propietarios en cuya vivienda o local vivan, trabajen o presten servicios voluntarios, personas con discapacidad, o mayores de setenta años, con el objeto de asegurarles un uso adecuado a sus necesidades de los elementos comunes, así como la instalación de rampas, ascensores u otros dispositivos mecánicos y electrónicos que favorezcan la orientación o su comunicación con el exterior, siempre que el importe repercutido anualmente de las mismas, una vez descontadas las subvenciones o ayudas públicas, no exceda de doce mensualidades ordinarias de gastos comunes. No eliminará el carácter obligatorio de estas obras el hecho de que el resto de su coste, más allá de las citadas mensualidades, sea asumido por quienes las hayan requerido”.

servicios e instalaciones abiertos al público o de uso público, tanto en zonas urbanas como rurales”.

Así, la lectura de este artículo parece relacionar la accesibilidad con una serie de ámbitos: entorno físico, el transporte, la información y las comunicaciones, y otros servicios e instalaciones abiertos al público o de uso público. No obstante, el artículo hace mención a otros tres grandes derechos que sirven para justificar la accesibilidad y que permiten ampliar enormemente su proyección. Se trata de la vida independiente, de la participación en la vida social y de la igualdad de oportunidades.

El artículo 19 de la Convención se refiere al derecho a vivir de forma independiente señalando: “Los Estados Partes en la presente Convención reconocen el derecho en igualdad de condiciones de todas las personas con discapacidad a vivir en la comunidad, con opciones iguales a las de las demás, y adoptarán medidas efectivas y pertinentes para facilitar el pleno goce de este derecho por las personas con discapacidad y su plena inclusión y participación en la comunidad, asegurando en especial que: a) Las personas con discapacidad tengan la oportunidad de elegir su lugar de residencia y dónde y con quién vivir, en igualdad de condiciones con las demás, y no se vean obligadas a vivir con arreglo a un sistema de vida específico”⁶.

La participación plena en la vida social es un derecho presente en la definición de la discapacidad y que fundamenta muchos de los derechos que la Convención alude. Así, en su artículo 1 puede leerse: “Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”.

La igualdad de oportunidades sirve también de justificación a la accesibilidad, y de alguna manera, integra a los dos anteriores. Esta igualdad implica “la adopción de medidas orientadas a eliminar los obstáculos que impiden que los individuos compitan en condiciones de igualdad”⁷.

Es posible hablar así de un sentido restringido de accesibilidad y de un sentido amplio. El sentido restringido de la accesibilidad, que se proyecta sobre “productos,

⁶ Podemos entender la vida independiente como “la situación en la que la persona con discapacidad ejerce el poder de decisión sobre su propia existencia y participa activamente en la vida de su comunidad, conforme al derecho al libre desarrollo de la personalidad”. Así es como la define el artículo 2 de la Ley española General de los derechos de las personas con discapacidad del año 2013.

⁷ Barranco, M.C., *Diversidad de situaciones y universalidad de los derechos*, Cuadernos Bartolomé de las Casas n. 47, Dykinson, Madrid 2011, p. 36.

entornos, programas y servicios”, supone “el acceso de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, al entorno físico, el transporte, la información y las comunicaciones, incluidos los sistemas y las tecnologías de la información y las comunicaciones, y a otros servicios e instalaciones abiertos al público o de uso público, tanto en zonas urbanas como rurales”. El sentido amplio de la accesibilidad supone el acceso a todos los bienes y derechos y se fundamenta en la vida independiente, en la participación en la vida social y en la igualdad de oportunidades; conecta con la idea de capacidad, y subraya su dimensión como posibilidad o, si se quiere como derecho a tener derechos⁸.

2.- Naturaleza jurídica de la accesibilidad

El Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad de Naciones Unidas, en su Observación General núm. 2, sobre la accesibilidad universal, relaciona a esta con el derecho de acceso. Como es sabido, este derecho aparece en el artículo 5,f) de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial de 1965, en el que se afirma: “El derecho de acceso a todos los lugares y servicios destinados al uso público, tales como los medios de transporte, hoteles, restaurantes, cafés, espectáculos y parques”.

Recientemente, en *Sobre discapacidad y derechos*⁹, retomando un discurso que elaboramos en un antiguo trabajo *Sobre la accesibilidad universal en el Derecho*¹⁰, señalaba la posibilidad de concebir la accesibilidad de cuatro formas diferentes, no excluyentes sino complementarias: “a) como una exigencia de actuación de los poderes públicos y como un parámetro de validez de cualquier actuación jurídica (principio jurídico de accesibilidad universal); b) como una exigencia susceptible de defender jurídicamente al hilo de la defensa de cualquier derecho fundamental (la accesibilidad universal como parte del contenido esencial de todo derecho fundamental); c) como una exigencia de no discriminación (el derecho a la igual accesibilidad)”;

y d) como un derecho a la accesibilidad de bienes, productos y servicios no relacionados con los

⁸ Es este uno de los puntos que me separa de la posición de Catalina Devandas expresada en el informe con el que comenzaba este escrito, que maneja un concepto restringido de accesibilidad. Vid el Informe de la Relatora especial..., citado p. 10.

⁹ Dykinson, Madrid 2013.

¹⁰ Dykinson, Madrid 2007.

derechos humanos (entendido como un derecho prestacional que posee como situación correlativa la obligación del diseño para todos).

Pues bien, la accesibilidad en sentido restringido puede verse de cualquiera de esas cuatro maneras prevaleciendo su visión como principio y como derecho subjetivo (en realidad como derecho que desempeña una función objetiva y una función subjetiva). Por su parte, la accesibilidad en un sentido amplio, en lo referido a derechos y bienes se presenta principalmente como parte del contenido esencial del derecho en cuestión y con el derecho a no ser discriminado.

En *Sobre discapacidad y derechos*, me detuve en la determinación del significado de la accesibilidad como derecho subjetivo. Pues bien, en este momento me interesa profundizar en la accesibilidad como parte del contenido esencial de los derechos y en la accesibilidad como parte del derecho a la no discriminación. Comenzaré con la accesibilidad como contenido esencial de los derechos y dejaré para más adelante, al tratar la cuestión de los apoyos y la asistencia, el segundo de los temas.

Como es sabido, el contenido esencial de los derechos fundamentales es una figura que tiene su origen en Alemania, y que se ha trasladado a los sistemas constitucionales. El Tribunal Constitucional español en sus primeras sentencias se refirió al contenido esencial pronunciándose sobre su significado general. Así, en su sentencia de 8 de abril de 1981, señaló: “Constituyen el contenido esencial de un derecho subjetivo aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro, desnaturalizándose por decirlo así. Todo ello referido a un momento histórico en que cada caso se trata y a las condiciones inherentes en las sociedades democráticas, cuando se trate de derechos constitucionales”. Se trata así, según este Tribunal, de aquella “parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos”. El contenido esencial de un derecho es violado “cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, la dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección”.

De esta forma, como señaló Luciano Parejo en uno de los primeros comentarios a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el contenido esencial, se trata de “aquella parte de los elementos integrantes del contenido que sean absolutamente indispensables para la reconocibilidad jurídica del derecho en cuanto tal, tanto en su

aspecto interno (haz de facultades) como en su aspecto externo (protección de que goza), puede considerarse constitutiva del contenido esencial”¹¹. Y así, el contenido esencial es violado “cuando la imagen del derecho que proyecta su regulación legal no es reconocible con precisión y en sus rasgos determinantes como perteneciente a la categoría abstracta teórica de dicho derecho o cuando, aun siendo reconocible como tal, aparece el derecho en la regulación legal sujeto a limitaciones o dificultades de ejercicio más allá de lo razonable o despojado de la protección necesaria”¹².

Así, el contenido esencial tiene que ver con haz de facultades y con condiciones de ejercicio, entrando en juego, en esta última dimensión, la idea de razonabilidad. Pues bien, no cabe duda de que la accesibilidad forma parte de las condiciones de ejercicio de cualquier derecho.

La posibilidad de acceder al Juzgado o la de comprender el sentido de un proceso, son condiciones que permiten el ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva y, en este sentido, forman parte del contenido esencial de dicho derecho. La posibilidad de acceder a un centro educativo, de compartir espacios o de tener acceso a los materiales y contenidos educativos, con también exigencias de una educación inclusiva y, por tanto, del contenido esencial del derecho a la educación.

3.- Apoyos y asistencia

Los apoyos y la asistencia son dos herramientas muy relevantes dentro del discurso de los derechos de las personas con discapacidad. Aunque poseen diferentes significados y proyecciones, es común relacionar los apoyos con el ejercicio de los derechos y la asistencia con la vida independiente y con las actividades básicas de la vida diaria. Es importante aclarar desde el principio que me refiero a apoyos y asistencia desde un enfoque de derechos humanos y no desde un enfoque meramente asistencial.

Como ha señalado Catalina Devandas, “el apoyo es una obligación de derechos humanos que se desprende de varios derechos, como el derecho a un nivel de vida adecuado, el derecho a protección social, el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental y el derecho a la educación”. Pero, además, “el apoyo puede derivarse también de los principios básicos de los derechos humanos,

¹¹ Parejo, L., “El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional: a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Vol. 1. Núm. 3. Septiembre-diciembre 1981, p. 181.

¹² Parejo, L., “El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional: a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981”, cit., p. 190.

como la dignidad, la universalidad, la autonomía individual, la igualdad y la no discriminación, la participación y la inclusión”¹³.

Es posible destacar dos grandes significados de los apoyos. Por un lado, aquel que los conecta con el ejercicio de los derechos, y en este sentido se habla por ejemplo de los apoyos en el ámbito educativo (art. 73 y ss de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación) o del empleo con apoyo (artículo 2.1 Real Decreto 870/2007 de 2 de julio). Por otro, el que los relaciona con el ejercicio de la capacidad y, en concreto, con la toma de decisiones (art. 12 CDPD).

De igual manera podemos referirnos a dos grandes sentidos de asistencia. Por un lado, aquel que en conexión con la vida independiente se proyecta, de nuevo, en el ejercicio de los derechos, identificándose con el primer significado de los apoyos. Por otro, el que vincula asistencia con lo que tradicionalmente se entiende como actividades básicas (o fundamentales) de la vida diaria (art. 2 de la Ley 39/2006 de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia).

De esta forma, apoyos y asistencia puede ser tratados de manera conjunta poseyendo tres proyecciones: a) la del ejercicio de los derechos; b) la de la toma de decisiones; y, c) la de las actividades básicas (o fundamentales) de la vida diaria. En ocasiones, esta tercera proyección coincide con la primera al ser la actividad el contenido de un derecho y, de esa forma, consustancial a su ejercicio¹⁴.

Pues bien, estas tres proyecciones o significados de los apoyos y la asistencia están presentes en el eje de la accesibilidad y en sus tres grandes momentos. Y es que dentro de los apoyos y la asistencia es posible diferenciar una proyección universal, en donde tienen cabida el diseño y las medidas, y un ámbito particular, en donde entran en juego los ajustes. Así, se pueden construir como diseño universal (medidas generales para todos/as, esto es, que posibilitan a todos/as), medidas de accesibilidad (medidas generales que posibilitan a las personas con discapacidad) o como ajustes (medidas individuales).

¹³ Informe de la Relatora Especial..., cit., pp. 9 y 10.

¹⁴ En efecto, si tomamos como referencia el catálogo de actividades básicas de la vida diaria (ABVD), recogido en el Marco de Trabajo para la Práctica, realizado por la Asociación Americana de Terapeutas Ocupacionales), veremos como muchas de estas se refieren a derechos y otras, directamente, a necesidades que están detrás de estos. Vid. “Occupational Therapy Practice Framework: Domain and Process, 2nd Edition (Framework–II)”, en *The American Journal of Occupational Therapy*, vol. 62, n. 6, 2008, pp. 625 y ss.

Si, por ejemplo, tomamos como referencia el derecho de acceso a la justicia, podemos señalar que el diseño universal nos obliga a que los edificios sean accesibles, las medidas a solucionar de manera universal una falta de accesibilidad justificada (por ejemplo, porque el edificio era antiguo) y el ajuste a remediar de manera particular una falta de accesibilidad justificada (por ejemplo, acondicionar una determinada sala). Pues bien, este mismo esquema podemos aplicarlo a los apoyos. Estos pueden ser parte del diseño universal o de las medidas (existencia de personal especializado para asistir a personas con discapacidad intelectual en los juzgados), pero también de los ajustes (asistente personal o persona de apoyo para la toma de decisiones)¹⁵.

De la misma manera, apoyos y asistencia, como elementos del eje de la accesibilidad, pueden participar de las distintas construcciones jurídicas que hemos señalado. Así, pueden formar parte del contenido esencial de los derechos y, por tanto, su falta puede suponer una transgresión de ese derecho¹⁶. Pero también, es posible configurarlos como derechos. Así, en *Sobre discapacidad y derechos*, me he referido a la posibilidad de construir un derecho a los apoyos para la toma de decisiones o un derecho a la asistencia en las actividades fundamentales de la vida diaria.

Ahora bien, igualmente, es posible vincular la idea de los apoyos y la asistencia con las acciones positivas¹⁷. En efecto, cuando hemos hecho referencia a la construcción jurídica de la idea de accesibilidad, hemos señalado como esta podía ser representada como expresión del derecho a la no discriminación (como derecho a una igual accesibilidad). Y es en este punto en el que aparece la vinculación con las acciones positivas.

Como es sabido, las acciones positivas son medidas que diferencian a favor de un colectivo desfavorecido y protegido constitucionalmente contra la discriminación y

¹⁵ Algunos autores defienden la posibilidad de diferenciar la accesibilidad de los apoyos y de los ajustes. Así, por ejemplo, Jose Luis Rey, al estudiar el uso de estas figuras en el ámbito laboral, afirma que la accesibilidad tiene que ver con el acceso al trabajo (por ejemplo, la política de cuotas), mientras que los apoyos y los ajustes, se refieren a los derechos laborales (básicamente al ejercicio del derecho). Vid. Rey, J.L., "Accesibilidad y ajustes en el ámbito laboral", Paper presentado como borrador de trabajo al Congreso Accesibilidad, Ajustes y Apoyos celebrado en la UC3M en mayo de 2016, pp. 2 y ss. No obstante, considero que, en este ámbito, los apoyos y los ajustes pueden formar parte de la accesibilidad, del acceso al trabajo.

¹⁶ Creo que es a esto a lo que se refiere Catalina Devandas cuando afirma: "El acceso a un apoyo adecuado es, sin lugar a dudas, una condición necesaria para que las personas con discapacidad puedan ejercer efectivamente sus derechos humanos en igualdad de condiciones con las demás y, de ese modo, vivir con dignidad y autonomía en la comunidad". Informe de la relatora especial..., cit., p. 10.

¹⁷ Vid. Martínez Pujalte, A-L., *Derechos fundamentales y discapacidad*, CINCA, Madrid 2015, pp. 23 y ss.

que tienen como objetivo su igualdad material como grupo¹⁸. En España, el artículo 2,g) de la Ley General de los derechos de las personas con discapacidad define a las medidas de acción positiva como, “aquellas de carácter específico consistentes en evitar o compensar las desventajas derivadas de la discapacidad y destinadas a acelerar o lograr la igualdad de hecho de las personas con discapacidad y su participación plena en los ámbitos de la vida política, económica, social, educativa, laboral y cultural, atendiendo a los diferentes tipos y grados de discapacidad”.

Por su parte, el artículo 64 de esta misma Ley señala: “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”. El artículo 67, referido ya directamente a las medidas de acción positiva, señala: “1. Los poderes públicos adoptarán medidas de acción positiva en beneficio de aquellas personas con discapacidad susceptibles de ser objeto de un mayor grado de discriminación, incluida la discriminación múltiple, o de un menor grado de igualdad de oportunidades, como son las mujeres, los niños y niñas, quienes precisan de mayor apoyo para el ejercicio de su autonomía o para la toma libre de decisiones y las que padecen una más acusada exclusión social, así como las personas con discapacidad que viven habitualmente en el medio rural. 2. Asimismo, en el marco de la política oficial de protección a la familia, los poderes públicos adoptarán medidas de acción positiva respecto de las familias cuando alguno de sus miembros sea una persona con discapacidad”.

Respecto al contenido de las medidas de acción positiva, el artículo 68, dice: “1. Las medidas de acción positiva podrán consistir en apoyos complementarios y normas, criterios y prácticas más favorables. Las medidas de igualdad de oportunidades podrán ser ayudas económicas, ayudas técnicas, asistencia personal, servicios especializados y ayudas y servicios auxiliares para la comunicación. Dichas medidas tendrán naturaleza de mínimos, sin perjuicio de las medidas que puedan establecer las comunidades autónomas en el ámbito de sus competencias. 2. En particular, las administraciones públicas garantizarán que las ayudas y subvenciones públicas promuevan la efectividad del derecho a la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad así como las personas con discapacidad que viven habitualmente en el ámbito rural”.

¹⁸ Giménez Gluck, D., *Juicio de igualdad y Tribunal Constitucional*, Bosch, Barcelona 2004, pp. 316 y ss.

De esta forma, es posible construir la idea de los apoyos o incluso la asistencia como acción positiva. Esta construcción presenta la ventaja de que no está sujeta expresamente a un juicio de razonabilidad (más adelante me detendré en este punto), si bien en su contra está el carácter temporal que por definición poseen estas acciones y el que están sujetas a la voluntad política.

Ahora bien, como acabamos de ver, la legislación española se refiere también a las medidas de igualdad de oportunidades, donde es posible de nuevo, situar a los apoyos y a la asistencia, salvando el problema de la temporalidad de las acciones positivas.

4.- El alcance de la accesibilidad (y de los apoyos)

Como es sabido, no existen derechos absolutos. Los derechos están limitados tanto por lo que podríamos entender como condiciones de posibilidad cuanto por otros derechos o bienes fundamentales.

El Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad en su Observación General núm. 2, sobre la accesibilidad universal, ha señalado que mientras que la accesibilidad es una obligación incondicional, el ajuste razonable está sujeto a la proporcionalidad: “De conformidad con la Convención, los Estados partes no pueden aducir medidas de austeridad como excusa para evitar implantar gradualmente la accesibilidad para las personas con discapacidad. 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. El deber de realizar ajustes razonables, por el contrario, existe solo si la aplicación no representa una carga indebida para la entidad”. En este sentido, parece referirse al diseño universal como algo que no puede verse limitado al contrario de lo que ocurre con los ajustes razonables. Y algo parecido hace este Comité en su Observación General núm. 1, que versa sobre la capacidad, en la que distingue los ajustes razonables de los apoyos, afirmando: “El derecho a obtener ajustes razonables en el ejercicio de la capacidad jurídica es independiente, y complementario, del derecho a recibir apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica. Los Estados partes están obligados a efectuar las modificaciones o adaptaciones necesarias para que las personas con discapacidad puedan ejercer su capacidad jurídica, salvo cuando impongan una carga desproporcionada o indebida. Esas modificaciones o adaptaciones pueden incluir, entre otras cosas, el acceso a los edificios esenciales, como los tribunales, bancos,

oficinas de prestaciones sociales y lugares de votación; información accesible sobre las decisiones que tengan efectos jurídicos; y asistencia personal. El derecho a recibir apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica no se limitará esgrimiendo que constituye una carga desproporcionada o indebida. El Estado tiene la obligación absoluta de proporcionar acceso al apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica”.

De esta manera, el Comité avala la idea de que el apoyo puede constituirse en parte del contenido esencial de los derechos, si bien no parece admitir que, en ocasiones, el apoyo presentarse como un ajuste razonable, lo que sin duda le otorga una mayor fuerza, aunque no tanta como la que expone ya que, como señalaba al comienzo de este punto, no existen derechos absolutos.

En este sentido, es importante detenerse brevemente en el tema de los límites al eje de la accesibilidad. Como he señalado en otros lugares, el eje de la accesibilidad universal puede verse limitado por tres tipos de circunstancias que pueden ser denominadas como los límites de lo necesario, de lo posible y de lo razonable. Los límites de lo necesario se refieren al tipo de bienes, productos, servicios, derechos sobre los que se proyecta la accesibilidad; los límites de lo posible tienen que ver, principalmente con la situación del conocimiento científico y la diversidad humana; los límites de lo razonable se refieren a la ausencia de justificación de la accesibilidad al afectar a otros derechos y bienes o al constituir un coste desproporcionado. Pues bien, en este punto me interesa detenerme en los límites de lo posible y en los límites de lo razonable.

Los límites de lo posible aparecen con la referencia que en la propia definición del diseño universal se hace a lo posible. Como señalé esta referencia sirve también para delimitar el significado de las medidas de accesibilidad. Lo posible en este ámbito tiene que ver con: (i) el estado y la posibilidad de conocimiento (la accesibilidad puede encontrar sus límites en el estado de la ciencia y la técnica y, también, en la posibilidad de conocer toda la diversidad humana); (ii) las consecuencias sobre otros derechos.

Los límites de lo razonable se proyectan especialmente en los ajustes razonables¹⁹, si bien, como hemos visto, inciden también en las otras dimensiones de la accesibilidad. Y esto es así porque, como hemos venido advirtiendo, los derechos encuentran sus límites en otros derechos y bienes fundamentales, y cuando se produce

¹⁹ Pérez Bueno, L.C., “La configuración jurídica de los ajustes razonables”, en *2003-2012, 10 años de legislación sobre no discriminación de personas con discapacidad en España*, Cinca, Madrid 2012, pp. 159 y ss.

un conflicto ente derechos, nos vemos obligados a realizar un juicio de razonabilidad. En cualquier caso, y teniendo esto muy presente, examinaré esta idea tomando como referencia el ajuste ya que es en este punto donde la idea de razonabilidad suele aparecer de manera individual y no vinculada a un derecho concreto.

Pues bien, la justificación del ajuste exige su razonabilidad en dos momentos: en el primero, lo razonable del ajuste radica en la existencia de una falta de accesibilidad justificada y por lo tanto no discriminatoria (era imposible el diseño y también las medidas de accesibilidad); en el segundo, lo razonable del ajuste radica en que no se traduce en una carga indebida o desproporcionada. Lo esencial pues para conocer los límites al ajuste consiste en descifrar el significado de lo razonable. En este punto la razonabilidad se traduce en la exigencia de proporcionalidad.

Como es sabido, el principio de proporcionalidad aparece como la unión de tres grandes “sub-principios”: idoneidad, necesidad y proporcionalidad²⁰.

El principio de idoneidad expresa la exigencia de que toda limitación a un derecho debe ser adecuada en relación con un fin constitucionalmente legítimo. Así, trasladado al ámbito del ajuste razonable, el principio de idoneidad establece que una limitación en el ajuste sólo podría hacerse tomando como referencia un fin constitucional y desde la consideración de que la limitación del ajuste es un medio idóneo para lograr ese fin constitucional.

El principio de necesidad expresa la exigencia de que toda limitación idónea a un derecho debe ser la más benigna para dicho derecho, en relación con el resto de limitaciones idóneas. En lo que se refiere al ajuste establece que la medida que lo limita debe ser la menos dañina (entre todas las idóneas). Es decir, obliga a precisar si existen medidas mejores.

El principio de proporcionalidad en sentido estricto (también denominado como ponderación), establece que toda limitación idónea y necesaria de un derecho debe

²⁰ Vid. Bernal Pulido, C., *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2007, y también ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de E. Garzón Valdés, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1997, pp. 100 y ss. El Tribunal Constitucional español se ha referido a estos tres sub-principios en reiteradas ocasiones. Así por ejemplo, en la Sentencia 55/1996, dentro de fundamento jurídico 5, afirma: “Para comprobar si la medida impeditiva del ejercicio del derecho de reunión supera el juicio de proporcionalidad exigible, es necesario constatar si cumple los siguientes tres requisitos o condiciones: si tal medida era susceptible de conseguir el objetivo propuesto -la garantía del orden público sin peligro para personas y bienes-; si, además, era necesaria en el sentido de que no existía otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia; y, finalmente, si la misma era proporcionada, en sentido estricto, es decir, ponderada o equilibrada por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto”.

superar el test de las ventajas y de los sacrificios. Dicho test, implica considerar que las ventajas de la limitación sean superiores a los sacrificios (tanto para los titulares de los derechos como para la ciudadanía en general) en el marco de los valores constitucionales. En definitiva, obliga a valorar y medir el peso de los bienes en juego.

Por tanto, la proporcionalidad supone: (i) examinar si los bienes que se sacrifican con el ajuste pueden ser satisfechos con otras medidas o solo prohibiendo el ajuste, (ii) evaluar si hay medidas (ajustes) mejores; (iii) comparar las ventajas y sacrificios de una u otra.

En la aplicación de la proporcionalidad se plantean una serie de problemas y, difícilmente puede decirse que con su utilización se garantiza el logro de una única decisión correcta. La determinación de los fines, de las ventajas, de los sacrificios, de la idoneidad, etc..., es una actividad sujeta a valoraciones. La proporcionalidad, como criterio que legitima la posible limitación de un derecho, supone un amplio margen de valoración y en este sentido, lo relevante en su uso son finalmente las razones en las que se apoya. En este punto, y dentro de una argumentación basada en derechos, es importante advertir que no toda razón puede ser tenida en cuenta ni todas tienen el mismo peso²¹.

Uno de los límites del eje de la accesibilidad está relacionado con su coste. La atención a la economía y a los costes de las medidas no es algo ajeno al discurso de los derechos. Ahora bien, limitar un derecho por su coste excesivo no es un argumento que pueda tener cabida en el discurso de los derechos, salvo que se demuestre que dicho coste daña de manera insoportable otros derechos. Y en este punto lo relevante no es el coste en sí sino la afectación al derecho. La economía es un instrumento que, como tal, debe estar al servicio de los derechos y no éstos al servicio de la economía. El modelo económico pretende basarse y justificarse también en los valores de la libertad, la dignidad, la igualdad... Y, obviamente, son estos los que justifican también al Estado²².

²¹ En España, la Ley General de los Derechos de las Personas con Discapacidad y de su Inclusión de 2013, establece en su artículo 66,2: “A efectos de determinar si un ajuste es razonable.... se tendrán en cuenta 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 cualquier otra ayuda”.

²² Como ha recordado Ferrajoli, el Estado “no es una sociedad mercantil con fines de lucro”. Ferrajoli, L., *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia, 2. Teoria della democrazia*, Laterza, Bari 2007, p. 68.

De esta forma, la utilización “de un argumento basado en un coste desproporcionado del ajuste, deberá ser examinado con mucha precaución e incluso considerarlo carente de justificación cuando ese coste no conlleve una insatisfacción real y evidente de derechos humanos de otras personas. Esto es, el coste como argumento independiente del disfrute de los derechos no puede tener cabida aquí. Su uso, como argumento admisible en el discurso de los derechos, requiere de su conexión con estos (en el sentido de expresar una limitación de los derechos de otros). Pero además, deberá evaluar el coste que conlleva la insatisfacción del bien en términos de falta de inclusión o de segregación”²³.

El discurso de los derechos, que asume la inexistencia de derechos absolutos, exige que la limitación de los derechos se haga dentro del marco ético en el que éstos se mueven y, por tanto, utilizando razones y argumentos apoyados en derechos o en bienes de igual valor. El discurso sobre los límites debe ser así especialmente sensible al logro de una vida humana digna y a la consideración de que el principal fin de los derechos es, precisamente, el de la lucha contra las barreras y obstáculos que impiden la satisfacción de ciertos bienes considerados de especial valía.

El discurso de los derechos de las personas con discapacidad singulariza el examen de la razonabilidad en el interior del propio discurso de los derechos humanos. Así, por ejemplo, en el uso del principio de proporcionalidad no debemos perder de vista que no estamos hablando de medidas para el bienestar de las personas (que también), sino de instrumentos para el desarrollo de una vida humana digna, de instrumentos que pretenden satisfacer necesidades o demandas de primer orden y que, en este sentido, deben prevalecer frente a otras²⁴. Por otro lado, y en lo referido al diseño universal y al ajuste razonable, es importante ser conscientes de que una limitación del primero (justificada) deja abierta la vía del ajuste, pero que una limitación de éste, deja sin satisfacer definitivamente el derecho.

En todo caso, esta construcción general de los límites del eje de la accesibilidad, adquiere unas connotaciones propias cuando se proyecta en los apoyos y la asistencia. Y ello es así básicamente por dos razones.

²³ De Asís, R., *Sobre discapacidad y derechos*, cit., p.124.

²⁴ Vid. el punto 16 del Comentario sobre el artículo 9 del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas ya citado.

En primer lugar, porque en estas situaciones entran en juego de manera clara los derechos de otra persona (la que realiza el apoyo o la asistencia). Por ello, nos vemos obligados a realizar una ponderación entre los bienes en juego.

En segundo lugar, porque, en ocasiones, de lo que se trata es de apoyar la voluntad de una persona, y en este punto es posible esgrimir ciertos requisitos justificados en la defensa de la propia persona que se apoya y/o asiste. En efecto, la idea del apoyo o la asistencia adquiere dimensiones singulares cuando se proyecta en el marco de la discapacidad intelectual o de la discapacidad psicosocial.

La construcción de la accesibilidad, y más concretamente de los apoyos y la asistencia, como acciones positivas o como medidas de igualdad de oportunidades, permite superar en cierto sentido algunos de los límites que acabamos de ver. Sobre todo, permite superar los razonamientos amparados en supuestas cargas desproporcionadas o indebidas (si bien siguen estando presentes las posibles situaciones de conflicto con otros derechos). Esto es así porque, en realidad, las acciones positivas tienen que ver con decisiones políticas, con voluntad política, y expresa una elección entre diferentes posibilidades. Dicho de otra manera, tiene que ver con la discrecionalidad. Ahora bien, esto no significa olvidarnos de la razonabilidad²⁵.

En contra de la configuración de los apoyos y la asistencia como acciones positivas está el carácter temporal de las primeras, su carácter eminentemente político y la acusación de discriminación inversa que, en muchas ocasiones, se lanza contra este tipo de medidas.

No cabe duda que si queremos dar fuerza a la idea de los apoyos y la asistencia dentro del eje de la accesibilidad, su consideración como parte del contenido esencial de los derechos parece el camino más adecuado.

²⁵ Al respecto resulta muy interesante la lectura de Parejo, L., *Crisis y renovación del Derecho Público*, CEC, Madrid, 1991; Parejo, L., *Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias*, Tecnos, Madrid, 1993; Sánchez Morón, M., *Discrecionalidad Administrativa y control judicial*, Tecnos, Madrid, 1994; Fernández, T.R., *De la arbitrariedad de la Administración*, Civitas, Madrid, 1997.