



Mesa redonda “No discriminación y accesibilidad universal”

David Giménez Glück

Profesor de Derecho Constitucional de la Universidad Carlos III de Madrid, España.

¿Qué relación guarda la accesibilidad con el contenido esencial de los derechos?

El art. 9 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad define la accesibilidad como “las 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 servicios e instalaciones abiertos al público o de uso público, tanto en zonas urbanas como rurales”.

La Ley 51/2003, de Igualdad de Oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, recoge un concepto similar de accesibilidad, entendida 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

Por tanto, podríamos definir la accesibilidad como el conjunto de políticas que tiene como objetivo superar las barreras de dificultad o impidan el acceso de las personas con discapacidad a alguno de los ámbitos de la vida social, ya sea en la movilidad, en la comunicación o en el acceso a bienes o servicios.

En consecuencia, lo primero que afirmaríamos respecto a la pregunta que se formula es que **la accesibilidad es un requisito para que las personas con discapacidad puedan ejercer determinados derechos fundamentales, pero no es un requisito para el ejercicio de cualquier tipo de derecho fundamental.**

Por ejemplo, el derecho a la vida, a la integridad física o la libertad ideológica no tienen por qué verse afectados por la falta de accesibilidad, siempre que entendamos la misma en los términos arriba descritos, y no con una acepción más amplia.

Haciendo un repaso de la tabla de derechos de nuestra Constitución, los derechos que yo relacionaría con la accesibilidad serían:

- **Derecho a no discriminación (14 CE)**, pues privar a unos ciudadanos de los medios para poder ejercer sus derechos en igualdad de condiciones que los demás es discriminatorio;
- **Libre circulación (19 CE)**, en el sentido de que la accesibilidad del entorno mejora el derecho a la movilidad de las personas con discapacidad, derecho específico reconocido en la Convención, derecho a su vez que es imprescindible para el ejercicio efectivo del derecho fundamental a la libre circulación;
- **Expresión e información (20 CE)**, pues dota de los medios adecuados para ejercer el derecho a emitir opiniones y a recibir información;
- **Trabajo (35 CE)**, aunque con el ejercicio de este derecho se relacionan más directamente los ajustes razonables;
- **Educación (27 CE)**, en lo que tiene que ver con dotar de un entorno que permita a la persona con discapacidad acceder a una educación inclusiva, tal y como mandata la Convención;
- **Participación política (23 CE)**, sobre todo en lo que tiene que ver con la emisión del voto;
- **Acceso a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE)**, en lo que tiene que ver con el acceso físico a los tribunales y a los documentos judiciales;
- **Libertad y seguridad personal**, en lo que se relaciona con el ejercicio de los derechos reconocidos a los internos penitenciarios (art. 17 CE).

La pregunta sería: ¿esta afectación supone que la accesibilidad forma parte del contenido esencial de todos estos derechos?

Creo que no se puede dar una contestación uniforme. Para contestar esta pregunta, habría que repasar derecho por derecho para descubrir cuál es el contenido esencial de cada uno de ellos.

El contenido esencial es el límite que no puede atravesar el legislador al regular un derecho fundamental, según señala el **art. 53 CE. Es una garantía que establece la Constitución para que el legislador, a la hora de regular un derecho, no vacíe su contenido material que se considera irreductible.**

Para descubrir en qué consiste el contenido esencial la jurisprudencia del TC, desde su conocida **STC 11/1981**, delimitó como criterios: a) **las facultades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible**; y b) **la parte del derecho que es necesaria para que los intereses jurídicamente protegidos por el mismo sean realmente protegidos.**

Es decir, una ley rebasa el contenido esencial cuando hace el derecho irreconocible respecto a las ideas preconcebidas sobre el mismo generalmente admitidas por los juristas y cuando queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, es decir, cuando se le despoja de la protección que debería brindar.

Como se ve, la doctrina del contenido esencial está concebida, en principio, como una garantía de protección del derecho frente a una intromisión del legislador.

La pregunta es: ¿se puede entender que se vulnera el contenido esencial cuando una ley no recoge medidas prestacionales que facilitan el ejercicio del derecho a un determinado colectivo, como las personas con discapacidad? Es decir, ¿son las medidas de accesibilidad “obligatorias” para las leyes que desarrollan determinados derechos fundamentales, en la medida en que su ausencia vulnera el contenido esencial del derecho?

Este tema no es pacífico en la doctrina constitucionalista. En mi opinión, la respuesta es sí. Baso esta afirmación en las siguientes razones:

A) Desde luego, afecta al **contenido esencial del derecho a la no discriminación**. El derecho a la no discriminación es un derecho fundamental en sí mismo, y es un derecho relacional. Cuando existe una ausencia irrazonable de medidas de accesibilidad para el ejercicio de cualquier derecho, sea o no fundamental, se está condenando a un determinado colectivo de la sociedad a no poder ejercer un derecho, por una inacción de los poderes públicos, y ello debe ser considerado una vulneración del contenido esencial del derecho a la igualdad del art. 14 CE, en combinación con el mandato de igualdad material a los poderes públicos del art. 9.2 CE.

Llego a esta conclusión basándome en dos motivos:

1) La discriminación no solo consiste en tratar de forma diferente lo que es igual; también consiste en tratar de forma igual lo que es claramente diferente.

Un ejemplo ilustrará perfectamente lo que se quiere decir: en el acceso a la Policía Nacional se realizan unas pruebas físicas. Las marcas que se le piden a las mujeres son inferiores que las que se les piden a los hombres. Pedir la misma marca sería discriminatorio, pues no se puede tratar igual lo que es diferente (hombres y mujeres tienen diferentes aptitudes físicas). De la misma manera es discriminatorio no implementar sistemas que garanticen la accesibilidad a una urna electoral y colocar las mismas barreras para la persona que puede sortearlas y para la persona discapacitada que no lo puede hacer, porque ello supone negarles a los segundos el ejercicio del derecho a la participación política. Esta no diferenciación, en realidad, es una discriminación.

2) La no accesibilidad representa una medida de discriminación indirecta, tal y como reconoce la Exposición de Motivos de la Ley 51/2003. Por tanto, salvo que se demuestre finalidad legítima, se deberá entender la no accesibilidad como una forma de discriminación, como una medida en apariencia neutra pero que esconde una intención discriminatoria por el impacto adverso que la misma tiene en el ejercicio de los derechos por un colectivo especialmente protegido, como es el de las personas con discapacidad.

B) **Todos los derechos tienen parte de libertad y parte de prestación**, e igual que se vulnera el contenido esencial del derecho a la educación cuando no se facilitan escuelas gratuitas para niños menores de 16 años, también se vulnera el mismo cuando no se facilita, en la medida de lo razonable, medidas de accesibilidad sin las cuales no se puede ejercer el derecho;

C) **Ello no significa que toda accesibilidad debería formar parte del contenido esencial: debería formar parte del mismo la accesibilidad que se reconoce como razonable**. Como señala el Profesor DE ASIS ROIG, se puede considerar como no razonables las adaptaciones del entorno que no son posibles en virtud del avance científico

y tecnológico del momento, o la exigencia de la accesibilidad cuando se ha fijado un plazo de adaptación y el plazo todavía no ha concluido. La no aplicación de este tipo de medidas de accesibilidad no debería dar lugar a vulneración de ningún derecho.

¿Qué implicaciones constitucionales tiene la no discriminación por razón de discapacidad y cómo interactúa con la no discriminación por razón de género?

El art. 14 CE establece una cláusula general de igualdad (Los españoles son iguales ante la ley) y cláusulas específicas de no discriminación (sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión). Por último, fija una cláusula abierta de no discriminación (o cualquier otra condición o circunstancia personal o social).

Las **cláusulas específicas de no discriminación** suponen que las cláusulas legislativas o medidas que utilicen el rasgo sospechoso para perjudicar al colectivo que lo comparte y por el que se le estigmatiza van a ser sometidas a **juicio estricto**.

Los **rasgos expresamente recogidos** en la CE son el sexo, la raza, la religión, la opinión y el nacimiento.

El TC ha interpretado que la **discapacidad** (STC 269/1994) o la **orientación sexual** (STC 41/2006) son rasgos sospechosos que dan lugar al mandato de no discriminación, al entrar en la **cláusula abierta del art. 14 in fine de la Constitución**.

Por tanto, **una discriminación por razón de discapacidad es igual de odiosa que una discriminación por razón de sexo, y se le aplican las mismas técnicas del juicio estricto**.

Entre estas técnicas, tanto la jurisprudencia como la propia legislación ha reconocido la técnica de la **discriminación indirecta** –considerar discriminatoria cualquier medida en apariencia neutra que produzca un impacto desfavorable en el colectivo, salvo que dicha medida se pueda justificar por una finalidad legítima y los medios para conseguirla sean apropiados y necesarios-, la **inversión de la carga de la prueba**, en el proceso laboral o la **consideración de la finalidad de la medida como constitucionalmente deseable**, en lugar de constitucionalmente admisible. **Aquí no hay diferencia** entre la no discriminación por razón de sexo y por razón de discapacidad.

Sí la hay, en mi opinión, en la justificación constitucional de las acciones positivas.

Yo distingo entre las medidas a favor de las personas con discapacidad – a las que denomino **medidas de igualación positiva**- y las **medidas a favor de las mujeres –acciones positivas-**.

En primer lugar, las que favorecen a las personas con discapacidad son medidas que tratan de compensar una desventaja individual, y no solo el estigma de pertenecer a un colectivo socialmente discriminado, como ocurre con las segundas.

Las primeras son **atemporales, siempre tendremos que plantearlas y siempre serán constitucionales**. Las segundas solo serán constitucionales mientras no se alcance la igualdad material de las mujeres. La desventaja de las mujeres es una construcción social discriminatoria; la

desventaja de las personas con discapacidad, además de una construcción social discriminatoria, es una desventaja individual y objetivable.

Las personas con discapacidad tienen que superar la merma de oportunidades que supone su discapacidad, y **no sería justo**, en ninguna circunstancia, ni en una sociedad ideal sin discriminaciones, **que no recibieran esa ayuda por parte de las medidas de igualdad positiva**, pues el esfuerzo y talento que tienen que utilizar para alcanzar los bienes sociales y materiales es mayor del que tienen que utilizar las personas que no tienen una discapacidad reconocida jurídicamente.

De ahí que el rasgo sexo sea bidireccional, y el rasgo discapacidad no lo sea. El rasgo sexo, si se utiliza para perjudicar a las mujeres, es odioso, y está prohibido. Se le aplica juicio estricto. Si se utiliza para beneficiarlas, puede ser constitucional, según nos dice el TC, por el juego del art. 14 con el art. 9.2 CE, pero siempre dentro de unos límites. La clasificación legislativa sigue siendo sospechosa: ha de ser proporcional, temporal, para ser constitucional. Se le aplica juicio intermedio. En el caso de las personas con discapacidad no es así: siempre es constitucional, salvo desproporción manifiesta. Se le aplica juicio de mínimos.

Todo esto se ve claramente en la STC 269/1994. La medida que se ponía en cuestión en este caso desarrollaba literalmente el art. 79 de la Ley 2/1987, de la Función Pública de Canarias que establecía la obligatoriedad de reservar hasta un 3% de las plazas en los concursos u oposiciones de acceso a la función pública para personas con discapacidades físicas, psíquicas y sensoriales iguales o superiores al 33% hasta alcanzar una cuota del 2% en el funcionariado, siempre que las personas con discapacidad superaran las pruebas. Una mujer sin discapacidades que perdió la plaza a favor de otro concursante con una discapacidad de sordera, pese a obtener una puntuación superior en la prueba de acceso, recurrió estas bases por considerarlas discriminatorias. El TC convalidó la constitucionalidad sin grandes argumentaciones, en lógica aplicación del juicio de mínimos. Y sabemos que hoy en día el porcentaje de la cuota ha aumentado, sin polémica alguna.

Imaginemos que la cuota fuera de mujeres, y que por el hecho de ser mujer se tuviera alguna ventaja en el acceso a la función pública, incluso cuando el mérito demostrado en las pruebas fuera menor. En España no se ha juzgado una medida así porque no se ha planteado el supuesto de hecho, pero el Tribunal de Luxemburgo ya se pronunció en el caso Kalanke (1995) declarando contraria a Derecho comunitario la preferencia automática de la mujer sobre el hombre “a igualdad de méritos” en el acceso a la función pública.

Es evidente que estamos hablando de cosas distintas, aunque se les llame a las dos acciones positivas, porque en ningún caso se aceptaría una preferencia automática de la mujer en la función pública, por el hecho de ser mujer, aunque el mérito acreditado en las pruebas de la oposición fuera menor que la de un hombre. Esto sería objeto de segura controversia constitucional, al contrario de lo que ocurre con las cuotas de personas con discapacidad. Y así debe ser.



Universidad
Carlos III de Madrid
www.uc3m.es

Instituto de Derechos Humanos
“Bartolomé de las Casas”



COMITÉ ESPAÑOL
DE REPRESENTANTES
DE PERSONAS
CON DISCAPACIDAD