

Accesibilidad y ajustes razonables como ejes de los derechos de las personas con discapacidad

Rafael de Asís

rafael.asis@uc3m.es

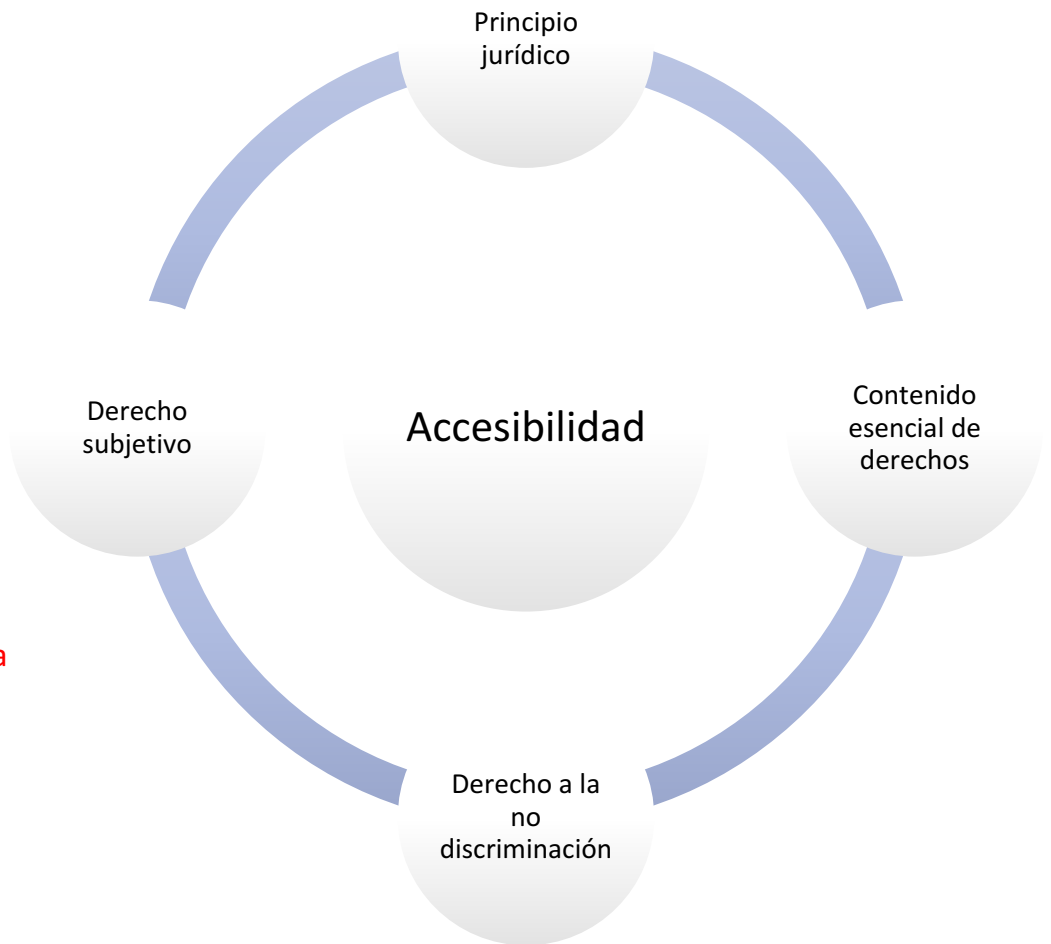
@Rarfid

Congreso Derecho y Discapacidad

Elche 2017

EL EJE DE LA ACCESIBILIDAD

Productos, entornos, programas, servicios y **DERECHOS**



EL SIGNIFICADO DEL EJE DE LA ACCESIBILIDAD (I)

- La accesibilidad es una idea esencial en el ámbito de cualquier derecho y, por ende, en el de los derechos humanos. Sin accesibilidad no hay satisfacción del derecho. Pero es una idea que se relaciona con los derechos de las personas con discapacidad.
- Accesibilidad y mundo “normal” (todo lo hemos hecho accesible para ese mundo). Por eso se relaciona con discapacidad. Por eso accesibilidad está estrechamente relacionada con no discriminación.
- **El sistema de derechos de las personas con discapacidad, se mueve en torno a lo que he denominado como el eje de la accesibilidad, compuesto por el diseño universal, las medidas de accesibilidad y los ajustes razonables (a los que hay que unir los apoyos)**
- **El artículo 9 de la Convención:** “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 servicios e instalaciones abiertos al público o de uso público, tanto en zonas urbanas como rurales”.
 - **Relaciona 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.
 - Pero también hace mención a **tres grandes derechos:** vida independiente, de la participación en la vida social y de la igualdad de oportunidades.
 - La accesibilidad debe relacionarse con los distintos tipos de discapacidad (**importancia de la accesibilidad cognitiva**)
 - El juego de estos tres derechos es lo que permite hablar de una **concepción amplia de la accesibilidad** y entenderla como el eje del sistema de los derechos de las personas con discapacidad. **Esta concepción amplia permite integrar la idea de los apoyos (si bien los apoyos pueden estar presentes siempre)**

EL SIGNIFICADO DEL EJE DE LA ACCESIBILIDAD (II)

- **Es posible hablar de accesibilidad en un sentido restringido (productos y servicios) y de accesibilidad en un sentido amplio (además, bienes y derechos).**
- **Sentido integral (amplio) de la accesibilidad**
 - diseño universal, que funciona como un principio general fuente de obligaciones específicas
 - las medidas de accesibilidad, que aparecen cuando el diseño universal no se satisface
 - el ajuste razonable, que surgen cuando está justificado que la accesibilidad no sea universal.
- **Diseño universal**
 - “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” (art. 2 CDPD). Ahora bien, la comprensión amplia de la accesibilidad subraya la condición de la universalidad. Así, el diseño universal se proyecta también sobre derechos.
- **Medidas de accesibilidad**
 - No encontramos en la Convención una definición de medida de accesibilidad. Pero la LGDPD se refiere a ellas (arts. 63,65,66). 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.
- **Los ajustes razonables**
 - “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 CDPD). 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.

EL EJE DE LA ACCESIBILIDAD Y LOS APOYOS Y LA ASISTENCIA

- **Dos grandes significados de los apoyos.**
 - 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).
 - Aquel que los relaciona con el ejercicio de la capacidad y, en concreto, con la **toma de decisiones** (art. 12 CDPD).
- **Dos grandes sentidos de asistencia.**
 - 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.
 - Aquel 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).
- **Apoyos y asistencia puede ser tratados de manera conjunta poseyendo tres proyecciones:**
 - la del ejercicio de los derechos;
 - la de la toma de decisiones; y,
 - 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 ejercicio
- **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).

EL EJE DE LA ACCESIBILIDAD Y LAS ACCIONES POSITIVAS

- **Las acciones positivas son medidas que diferencian a favor de un colectivo desfavorecido y protegido constitucionalmente contra la discriminación y que tienen como objetivo su igualdad material como grupo.** 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”.
- 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”.
- De esta forma, **es posible construir el diseño o las medidas de accesibilidad como acciones positivas**
- Ejemplo del mercado laboral

EL EJE DE LA ACCESIBILIDAD Y LOS DERECHOS (I)

- Distintas construcciones posibles de la accesibilidad:
 - como un principio jurídico
 - como parte del contenido esencial de los derechos fundamentales
 - como parte del derecho a la no discriminación
 - como un derecho subjetivo.
- Desde el eje de la accesibilidad
 - **la accesibilidad de productos y servicios 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)**
 - **la accesibilidad de derechos y bienes se presenta principalmente como parte del contenido esencial del derecho en cuestión y con ello relacionada con la no discriminación. En este punto entra en juego la dimensión de los apoyos y la asistencia ya sea como diseño, medida o ajuste.**

EL EJE DE LA ACCESIBILIDAD Y LOS DERECHOS (II)

- **Derecho subjetivo**

- a la accesibilidad de bienes, productos y servicios no relacionados con los derechos humanos, entendido como un derecho prestacional que posee como situación correlativa la obligación del diseño para todos.

- **Contenido esencial**

- STC 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”.

LA CUESTIÓN DE LOS LÍMITES EN EL EJE DE LA ACCESIBILIDAD (I)

- La importancia de la reflexión sobre los límites de los derechos
 - No hay derechos absolutos
 - Tipos de límites
 - Intrínsecos
 - Extrínsecos
 - Ahora bien
 - Bienes y derechos de igual valor
 - Caso a caso
- Los límites de la accesibilidad universal
 - **límites de lo necesario (tipo de bienes, productos o servicios sobre los que se proyecta la accesibilidad)**
 - **límites de lo posible (situación del conocimiento científico, diversidad humana, carga, actitudinal)**
 - **límites de lo razonable (ausencia de justificación de la accesibilidad al afectar a otros derechos y bienes o al constituir un coste desproporcionado)**

LA CUESTIÓN DE LOS LÍMITES EN EL EJE DE LA ACCESIBILIDAD (II)

Los límites de lo necesario

- Vida independiente, participación en la vida social e igualdad de oportunidades, son tres referentes necesarios en la construcción de la accesibilidad.
- La ausencia de accesibilidad puede estar justificada cuando se produce en ámbitos no relacionados con la vida independiente, la participación social y la igualdad de oportunidades.
- Es difícil encontrar un ámbito ajeno a estos tres referentes (incluyen lo privado y lo público, lo individual y lo social, la ausencia de discriminación).
- **No funcionan en la accesibilidad en derechos y por tanto en lo referido a los apoyos.**
- Funcionan como razones

LA CUESTIÓN DE LOS LÍMITES EN EL EJE DE LA ACCESIBILIDAD (III)

Los límites de lo posible

- Se proyectan básicamente sobre el diseño universal si bien también en las medidas de accesibilidad.
- **Primer sentido**
 - Estado del conocimiento y diversidad humana. El diseño para todos puede encontrar sus límites en el estado de la ciencia y la técnica y, también, en la posibilidad de conocer la diversidad humana (*“ad impossibilia nemo tenetur”*).
- **Un segundo sentido**
 - Tiene que ver con actitudes y derechos
 - La exigencia de lo posible se traduce en exigencia de razonabilidad. Ej: mercado laboral
- **Un tercer sentido**
 - Tiene que ver con las consecuencias
 - La exigencia de lo posible se traduce en la exigencia de razonabilidad y esta en exigencia de proporcionalidad
 - exige tener en cuenta cómo afecta el diseño a los derechos y cuál es su coste. Ahora bien, se trata de dos cuestiones que no pueden separarse, estando la segunda condicionada por la primera.

LA CUESTIÓN DE LOS LÍMITES EN EL EJE DE LA ACCESIBILIDAD (IV)

Los límites de lo razonable

- Se proyectan especialmente en los ajustes (ojo también en el diseño)
- **La justificación del ajuste exige su razonabilidad en dos momentos.**
 - En el primero de ellos, lo razonable del ajuste radica en la existencia de una falta de accesibilidad justificada y por lo tanto no discriminatoria;
 - En el segundo, lo razonable del ajuste radica en que no se traduce en una carga indebida o desproporcionada.
- En todo caso, la razonabilidad no puede ser una válvula de escape de la exigencia del diseño universal y convertirse en una estrategia que permita ocultar verdaderos casos de discriminación.
- Delimitación de lo razonable
 - no es lo mismo racional que razonable; racionalidad y razonabilidad no tienen por qué coincidir.
 - el uso de lo razonable nos lleva a una única solución
 - En el campo jurídico, tiene que ver con
 - No discriminación. Discriminación: Trato directo o indirecto, igual o diferente, carente de justificación
 - Principio de 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.
 - Aceptabilidad. Decisiones que supuestamente sean aceptables para la comunidad.
- Ciertamente, los casos más complejos y que sólo podrán ser resueltos en su singularidad, son aquellos en los que el ajuste choque con verdaderos derechos humanos. De ahí la importancia de su consideración como un derecho humano más.

LA CUESTIÓN DE LOS LÍMITES EN EL EJE DE LA ACCESIBILIDAD (V)

Los apoyos y los costes

- Apoyos
 - Derechos de otros
 - Salvaguardas
- Los costes
 - Aparece en el diseño universal y en el ajuste (y, por tanto también en las medidas)
 - Estamos dentro del discurso de los derechos humanos
 - Los derechos han estado siempre limitados por su efectiva posibilidad económica de realización: La escasez y la reserva de lo posible
 - Los argumentos de la reserva de lo posible y de la escasez nos llevan de nuevo al principio de proporcionalidad.
 - 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**.
 - 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.
 - Exige una total **transparencia** y conocimiento del uso de los recursos y, en definitiva del gasto público.

CONTESTANDO CRÍTICAS

- Cuatro críticas
 - El diseño universal y la accesibilidad cognitiva
 - El eje de la accesibilidad y la igualdad formal
 - Accesibilidad es a derechos, los apoyos y los ajustes se producen cuando los derechos ya son accesibles
 - Acciones positivas no son medidas de accesibilidad

Muchas gracias

Rafael de Asís